

Antecedentes y principios de la Ley Concursal, y declaración del concurso

Juan Francisco Garnica Martín

PID_00159722



Universitat Oberta
de Catalunya

www.uoc.edu

Índice

1. Antecedentes de la Ley Concursal.....	5
1.1. Procedimientos concursales relativos al deudor comerciante	5
1.1.1. La suspensión de pagos	6
1.1.2. La quiebra	6
1.2. Procedimientos relativos al deudor no comerciante	7
1.3. El régimen transitorio: la aplicación de principios de la nueva legislación concursal a procedimientos anteriores	7
1.3.1. Finalización del procedimiento	7
1.3.2. Incumplimiento del convenio	7
1.3.3. Convenios	8
1.3.4. Recursos	8
2. Principios a los que responde la Ley Concursal.....	9
2.1. Principio de unidad	9
2.2. Principio de flexibilidad	9
2.3. Acentuación de la <i>vis attractiva</i> del concurso	10
2.4. Instancia de parte	10
3. La declaración del concurso.....	12
3.1. Presupuestos	12
3.1.1. El presupuesto subjetivo	12
3.1.2. El presupuesto objetivo	14
3.2. El procedimiento de declaración	18
3.2.1. La solicitud de concurso	18
3.2.2. La admisión a trámite de la solicitud	19
3.2.3. El trámite de audiencia al deudor en el concurso necesario	20
3.2.4. Oposición del deudor	21
3.2.5. Resolución desestimatoria de la solicitud	27
3.3. El auto de declaración	28
3.3.1. El carácter voluntario o necesario del concurso	28
3.3.2. Efectos sobre las facultades de administración y disposición del deudor respecto a su patrimonio	30
3.3.3. Nombramiento de administradores concursales y expresión de sus facultades	31
3.3.4. Requerimiento al deudor para que presente libros y documentos contables	32
3.3.5. Adopción de medidas cautelares de carácter real	34
3.3.6. Llamamiento a los acreedores	36
3.3.7. Publicidad	37
3.3.8. Formación de pieza separada respecto a la disolución de gananciales	38

3.3.9. Decisión respecto a la aplicación del régimen del procedimiento abreviado	38
3.3.10. Otras cuestiones sobre las que también debe recaer o puede recaer pronunciamiento en esta resolución	39
Bibliografía	43

1. Antecedentes de la Ley Concursal

Nuestra legislación concursal previa a la entrada en vigor de la Ley Concursal estaba caracterizada por las notas de diversidad y dispersión. Era muy diversa porque estaba integrada por nada menos que cuatro procedimientos distintos. Era muy dispersa porque no se encontraba regulada en un solo texto legal sino que era preciso acudir a cuatro: el Código de comercio, el Código civil, la Ley de Suspensión de Pagos y la Ley de Enjuiciamiento civil.

La nueva Ley ha sustituido esa enorme dispersión por una regulación única, contenida en la Ley Concursal y por un procedimiento único, con especialidades para el caso del concurso de deudores con un patrimonio y deudas reducidos, el procedimiento abreviado, que es idéntico en sus trámites al ordinario y cuyas únicas especialidades consisten en la reducción a uno del número de administradores y en la reducción a la mitad de los plazos.

Si en la legislación derogada existían procedimientos distintos para deudores comerciantes (quiebra y suspensión de pagos) y para los no comerciantes (concurso de acreedores y quita y espera), en la nueva regulación se unifica el procedimiento para todo tipo de deudores. Si en la vieja regulación existía un procedimiento distinto en función de que el concurso pudiera terminar presumiblemente por convenio o en liquidación, lo que originaba no pocos problemas, en la nueva se establece un procedimiento único con una fase común y una diversidad de soluciones concursales: convenio o liquidación.

1.1. Procedimientos concursales relativos al deudor comerciante

La primera cuestión a la que era preciso atender para determinar el procedimiento que se debía seguir era calificar la naturaleza del deudor como comerciante o no comerciante, lo que había venido constituyendo una fuente inagotable de conflictos. Si el deudor era comerciante el procedimiento a seguir era el establecido en el Código de comercio, que preveía en realidad dos procedimientos, el de suspensión de pagos y el de quiebra. Los presupuestos sustantivos de estos procedimientos estaban regulados en el Código de comercio de 1885 y el procedimiento propiamente dicho se regulaba en la Ley de Enjuiciamiento civil de 1881. No obstante, el hecho de que la regulación del procedimiento fuera anterior determinaba que en muchas cuestiones se remitiera al régimen sustantivo anterior, esto es, al Código de comercio de Sainz de Andino, que a estos efectos se había venido considerando vigente.

Por otra parte, las deficiencias del procedimiento de suspensión de pagos determinaron que fuera preciso elaborar con toda urgencia un nuevo procedimiento con ocasión de una crisis empresarial célebre, la del Banco de Barcelo-

na en los años veinte. Así fue como vio la luz la Ley de Suspensión de Pagos de 1922, que fue concebida como una legislación provisional y mantuvo su vigencia durante más de ochenta años.

1.1.1. La suspensión de pagos

Como se ha adelantado, estaba regulada en la ley de 1922, que se ocupaba tanto de los aspectos sustantivos como procesales. El objeto de este procedimiento era permitir al deudor comerciante que pudiera alcanzar un convenio con sus acreedores para pagar de forma más ventajosa sus deudas. El contenido de este convenio podía consistir en conseguir una demora (espera) o una rebaja (quita).

Constituía presupuesto del mismo que el deudor se encontrara en insolvencia provisional, esto es, que su activo fuera superior a su pasivo o bien que afianzara la diferencia, caso de encontrarse en insolvencia definitiva.

Aunque en línea de principio el procedimiento de Suspensión de Pagos no estaba pensado para dar cauce a soluciones de liquidación sino únicamente a crisis empresariales pasajeras, lo cierto es que en la práctica no ocurrió así y con frecuencia acudieron a él deudores cuyo único objetivo era la liquidación. La razón que permitió que ello ocurriera era que el contenido del convenio no se encontraba limitado y ello posibilitó que en él el deudor hiciera cesión global de todos sus bienes a sus acreedores que, constituidos en una comisión liquidadora, se encargaban de llevar a cabo la liquidación de forma privada.

Su esquema procedimental era muy simple y bastante parecido al del actual concurso con solución de convenio: una primera fase de informe sobre el activo y el pasivo del deudor, que era emitido por los interventores; tras ello se convocaba a junta a los acreedores para votar el convenio. Si éste no se aprobaba el procedimiento se sobreesía.

1.1.2. La quiebra

Si bien era el proceso liquidatorio por excelencia respecto del deudor comerciante, en él también era posible alcanzar un convenio con los acreedores que desembocara en una solución distinta a la de la liquidación.

Su esquema era bastante complicado por la circunstancia de que el órgano fundamental era la junta de acreedores, a quien había que someter la decisión de casi todas las cuestiones fundamentales del concurso: el nombramiento de los síndicos, el reconocimiento y graduación de los créditos, etc.

1.2. Procedimientos relativos al deudor no comerciante

Como se ha anticipado eran la quita y espera y el concurso de acreedores cuya regulación se encontraba de forma fundamental en la Ley de Enjuiciamiento civil de 1881, con algunas normas sustantivas en el Código civil. En líneas generales, su finalidad y esquema son similares a los que antes hemos visto respecto de la suspensión de pagos y la quiebra.

1.3. El régimen transitorio: la aplicación de principios de la nueva legislación concursal a procedimientos anteriores

Los procedimientos concursales que se encuentren en trámite en el momento de entrada en vigor de la Ley Concursal (1 de septiembre del 2004), resultan afectados por ésta en los términos que se establecen en la Disposición Transitoria Primera. Tal disposición se refiere a los cuatro procedimientos a los que se ha hecho referencia y establece consecuencias que afectan al régimen de terminación de los procedimientos, a las consecuencias del incumplimiento de un convenio aprobado en ellos, al contenido del convenio y a la forma de su aprobación y al régimen de recursos.

1.3.1. Finalización del procedimiento

Se dispone que será de inmediata aplicación lo que se previene en los arts. 176 a 180 de la Ley Concursal, con exclusión de los incisos 1 y 2 del apartado 1 del art. 176. A tales efectos, la referencia a la fase común del concurso del apartado 1.5 del artículo 176 debe entenderse realizada al trámite de reconocimiento de créditos o su equivalente, que la referencia al incidente concursal debe entenderse hecha al procedimiento del artículo 393 LEC, que contra la sentencia que resuelva la oposición a la conclusión cabrá el recurso de apelación y que contra la sentencia que resuelva este último cabrá recurso de casación o de infracción procesal.

1.3.2. Incumplimiento del convenio

La resolución que declare el incumplimiento de un convenio aprobado en cualquiera de los procedimientos concursales antes citados (quita o espera, concurso de acreedores, suspensión de pagos y quiebra) y que gane firmeza después de la entrada en vigor de la Ley Concursal producirá la apertura de oficio del concurso del deudor a los solos efectos de tramitar la fase de liquidación regulada en ella.

Los procedimientos a los que se refiere esta norma son los que se encuentren en tramitación, si bien a estos efectos debe considerarse que el procedimiento se encuentra en tramitación hasta que el convenio no se haya cumplido. No obstante, la ausencia de un trámite formal en aquellos procedimientos de declaración de cumplimiento del convenio, a diferencia de lo que ocurre en la nueva Ley Concursal, puede originar dudas sobre ello. Tales dudas creemos

que se deben disipar en el sentido propuesto, lo que de hecho determina que no pueda instarse la solicitud de un nuevo concurso respecto de un deudor con convenio aprobado en un procedimiento previo mientras no se haya cumplido el convenio o al menos transcurrido el plazo de cumplimiento sin que se haya instado la acción de incumplimiento.

Se ha dispuesto que se proceda directamente a la liquidación sin reparar que ello no va a ser posible o va a originar unas graves disfunciones, ya que la apertura de la liquidación presupone la formación previa de las masas activa y pasiva de acuerdo con los principios que la propia ley establece, lo que no siempre habrá ocurrido en esos procedimientos tramitados de acuerdo con lo dispuesto en la vieja ley o se habrá llevado a cabo de forma muy distinta a lo que se exige en la nueva. Ello va a determinar que con frecuencia sea necesario proceder al nombramiento de administradores concursales y a que éstos lleven a cabo una actividad previa de carácter similar al de la fase común del concurso.

1.3.3. Convenios

Respecto de los convenios que se puedan proponer después del 1 de septiembre del 2004 se establecen dos normas distintas:

Una primera de procedimiento, dirigida a evitar que se puedan proponer antes de la conclusión de la fase de reconocimiento de créditos, norma con la que se ha pretendido la práctica amparada bajo la vigencia de la anterior liquidación de admitir la posibilidad, en el procedimiento de quiebra, de que pudiera aprobarse el convenio ya en la junta convocada para el nombramiento de síndicos, esto es, antes de que se hubieran reconocido los créditos del quebrado, lo que se podía prestar a serios abusos.

La segunda hace referencia al contenido de las proposiciones de convenio y las somete a la disciplina de la Ley Concursal, que es mucho más restrictiva que la de la legislación anterior.

1.3.4. Recursos

También en el régimen de recursos se establece la aplicación del propio de la nueva ley a los procedimientos iniciados antes de su entrada en vigor, para las resoluciones que se dicten con posterioridad. Tal remisión debe considerarse realizada al régimen de recursos establecido en el artículo 197 LC, que impone una fuerte restricción en el acceso al recurso de apelación.

2. Principios a los que responde la Ley Concursal

2.1. Principio de unidad

En la propia Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Concursal se hace referencia a los principios esenciales que informan sobre la nueva regulación que se propone: unidad y flexibilidad.

El principio de unidad tiene una triple dimensión: unidad legal, de disciplina y de sistema. La primera de ellas se refiere a la idea de que la regulación de toda la materia concursal se proyecta en una sola ley, comprensiva tanto de los aspectos sustantivos como de los procesales. Con ello se supera la dualidad de regulación que ha sido tradicional en nuestro sistema jurídico.

Con la segunda de ellas se supera la tradicional dualidad de instituciones concursales que atendían a que el deudor tuviera o no la condición de comerciante, que había quedado completamente obsoleta en nuestro tiempo, al no subsistir las razones a las que originariamente había obedecido, de forma que suponía una duplicación sin sentido de instituciones.

Con la tercera, el legislador ha optado de forma decidida por el principio de unidad de procedimiento concursal. Unidad que en este sentido tiene una doble perspectiva: (i) la de que el legislador ha establecido un procedimiento único; y (ii) que se ponen mecanismos para impedir que se puedan sustanciar simultáneamente dos procedimientos respecto de un mismo deudor. Admitida una solicitud, las demás que se presenten se deben acumular al primer procedimiento iniciado.

Esa unidad procedimental también se ve plasmada en la regulación de un único procedimiento incidental, por medio del cual se tramitarán todas las cuestiones incidentales que se susciten durante la sustanciación del proceso concursal.

2.2. Principio de flexibilidad

Para hacer posible esa unidad ante la diversidad de situaciones y soluciones que en los procedimientos concursales se presentan se ha diseñado un procedimiento flexible, en el que se acentúan los poderes de oficio del juez para adaptarlo a cada una de ellas. La flexibilidad del procedimiento es una nota predominante en la regulación y la que permite al legislador poder establecer un procedimiento único.

Así se puede comprobar en la regulación del procedimiento simplificado o abreviado, que responde al mismo esquema del ordinario, con un acortamiento de los plazos.

Y la flexibilidad que inspira todo el procedimiento concursal se combina con las características de rapidez y simplicidad. Se persigue crear un procedimiento que permita reconducir la complejidad propia del concurso por medio de un procedimiento eficaz y económico, aunque no reñido con las garantías procesales de todos los interesados.

La celeridad se complementa con un sistema de recursos que se acomoda a los principios establecidos en la reciente Ley de Enjuiciamiento civil, en el que se pretende evitar recursos devolutivos frente a resoluciones interlocutorias, en el que la apelación se admite, como regla, sin efectos suspensivos y la casación e infracción procesal se intentan limitar de forma importante.

2.3. Acentuación de la *vis attractiva* del concurso

Otro principio esencial al que responde la nueva regulación es el de la acumulación ante el juez del concurso de todas las acciones que puedan tener repercusión económica en el propio procedimiento concursal. Probablemente en esta materia la *vis attractiva* del concurso sea excesiva, al no limitarse a las ejecuciones sino extenderse a todas las acciones declarativas posteriores a la declaración de concurso (art. 49) e incluso, potestativamente, a las anteriores (art. 50.1).

2.4. Instancia de parte

Si bien en algunos ordenamientos distintos al nuestro se admite la posibilidad de que el concurso se pueda iniciar de oficio por el órgano jurisdiccional cuando llegue a su conocimiento la situación de insolvencia del deudor, en el nuestro ello no es posible, porque nuestro legislador lo ha descartado rotundamente. Ni siquiera el Ministerio Fiscal tiene legitimación para instar el concurso; su legitimación se ve reducida en el proceso concursal a intervenir en la sección de calificación.

Únicamente a instancia de los acreedores, o bien del síndico designado en otro concurso en el que se vea implicado el mismo deudor en otro país puede ser declarado el concurso.

Hasta el extremo se lleva ese principio que, si se ha iniciado el procedimiento a instancia de un acreedor y éste pierde con posterioridad interés en la declaración o apertura del concurso desistiendo o no compareciendo a la vista para sustanciar la oposición el procedimiento, se debe archivar, salvo que se encuentre a otro acreedor dispuesto a mantener la petición.

En cambio, una vez declarado el concurso rige de forma estricta el principio de impulso de oficio y la pérdida de interés del solicitante es irrelevante. Para que el desistimiento sea eficaz debe ser realizado por todos los acreedores.

El principio de instancia de parte está al servicio de la idea de responsabilidad por los gastos derivados de la declaración del concurso. El acreedor solicitante, mediante su procurador, debe soportar los gastos iniciales derivados de la declaración, hasta que sea posible sufragarlos con el patrimonio del propio concursado. También debe responder de los daños y perjuicios que la solicitud haya podido causar al solicitado en los casos en los que el concurso no se termine declarando.

Por otra parte, el legislador incentiva a los acreedores para que puedan solicitar el concurso premiándole con el privilegio de hasta una cuarta parte de su crédito.

3. La declaración del concurso

3.1. Presupuestos

3.1.1. El presupuesto subjetivo

Quién puede ser declarado en concurso

Está regulado en el artículo 1 de la Ley Concursal, que contiene tres apartados. En el primero se establece una regla general, la de que el concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica. El apartado 2, en el que se precisa que también procede el concurso de un ente sin personalidad: la herencia. Y el apartado 3, en el que se establece una excepción, la única, respecto a la regla general del apartado 1: consiste en exceptuar del concurso las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y los demás entes de derecho público.

1. La personalidad jurídica como presupuesto para ser declarado en concurso.

La regla general del artículo 1.1 determina que la declaración del concurso procede respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica. Para ser deudor basta ostentar una capacidad general para obligarse en las relaciones jurídicas, capacidad que en principio ostentan todas las personas físicas y jurídicas. No se requiere capacidad de obrar sino que basta con tener capacidad jurídica general para cumplir con el presupuesto subjetivo del concurso en los términos en los que se contempla en el artículo 1.1 LC.

Con acierto se ha dicho que todo deudor queda sometido al derecho concursal, de forma que el derecho concursal es algo así como "una norma de cierre" del derecho de obligaciones.

Pese a que de la lectura del artículo 1.1 LC puede desprenderse la idea inequívoca de que la personalidad jurídica constituye un presupuesto para ser declarado en concurso, el apartado 2 permite que también pueda ser declarado el concurso de la herencia. La cuestión que se suscita es la de si también cabe aplicar de forma analógica esa extensión del presupuesto subjetivo a otros entes sin personalidad. En una posición contraria a tal posibilidad se muestra Ferrándiz, mientras que otros autores, como Vila Florensa y Conde Díez, admiten la posibilidad de que puedan ser declarados en concurso otros entes sin personalidad, como las uniones temporales de empresas.

Bibliografía asociada

Mercadal Vidal (2004). "Comentario al artículo 1" (p. 21). En *Comentarios a la Ley Concursal*, obra coordinada por Sagrera, Sala y Ferrer. Barcelona, vol. 1.

Referencia bibliográfica

Vila Florensa (2004). *Nueva Ley Concursal* (pág. 69). En: Sala; Mercadal; Alonso-Cuevillas (coord.). Barcelona.

Con frecuencia se hace referencia dentro de este apartado a las sociedades irregulares, respecto de las que se produjo una gran discusión doctrinal hace decenios en nuestro país. Tal discusión terminó saldándose al introducirse en el Reglamento de Registro Mercantil una expresa referencia a la quiebra y suspensión de pagos de la sociedad irregular, norma que aún subsiste (art. 322.2 del texto vigente). No obstante, no resulta difícil argumentar que el reconocimiento de la posibilidad de declarar en quiebra a la sociedad irregular ha sido una idea asociada al reconocimiento, absolutamente predominante en nuestra doctrina y jurisprudencia, de su personalidad jurídica. Por esa razón, aun cuando hoy también creo que resulta indudable que debe reconocerse respecto de ellas la posibilidad de que sean declaradas en concurso, el argumento no permite extender esa posibilidad a otros entes sin personalidad.

2. La exceptuación del concurso de las entidades de derecho público.

El criterio establecido por el legislador en el artículo 1.3 LC se sitúa en la línea de nuestra tradición jurídica, que ha llegado a establecer incluso un privilegio de inembargabilidad de los bienes y derechos de la Hacienda Pública (arts. 6 y 30.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas).

El ámbito de exclusión que se establece en este precepto distingue entre tres categorías de entes públicos:

- Entidades que integran la administración territorial del Estado, donde se comprenden:
 - La Administración del Estado.
 - Las comunidades autónomas.
 - Las corporaciones locales, esto es, diputaciones y ayuntamientos.
- Los organismos públicos.
- Los demás entes de derecho público.

Las dudas que se plantean respecto el alcance de la excepción proceden del fenómeno de huida del derecho administrativo hacia el derecho privado y son las siguientes:

- Primera, supuestos de sociedades mercantiles de propiedad pública, pero enteramente sometidas al derecho privado. En estos casos parece que se está fuera del supuesto de excepción previsto en el artículo 1.3 LC.
- Segunda, los supuestos en los que la huida del derecho administrativo ha sido parcial, distinguiéndose en diferentes esferas de actividad, unas some-

Referencia bibliográfica

Conde Díez, Ricardo (2003). *Comentarios a la legislación concursal*. En: Palomar (coord.). Madrid.

tidas al derecho público y otras al privado. En estos casos parece que debe prevalecer el derecho público y se estaría ante un supuesto de excepción a la posibilidad de declarar el concurso.

Quién puede solicitar el concurso

El propio deudor y sus acreedores, en principio (art. 3.1). En el caso de personas jurídicas se extiende a los socios, miembros o integrantes que sean personalmente responsables de sus deudas (art. 3.3). Respecto a la herencia, la legitimación activa le corresponde a los acreedores, a los herederos y al administrador de la herencia (art. 3.4).

En el caso de deudor persona jurídica, el órgano al que se concede la capacidad para realizar la solicitud es únicamente el administrador.

Quién debe solicitar el concurso

Para el deudor, la solicitud del concurso no constituye una facultad únicamente, sino que es un verdadero deber, tal y como resulta de lo que se dispone en el artículo 5.1 LC: "El deudor deberá solicitar la declaración del concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su situación de insolvencia".

El Real decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de Medidas Urgentes en Materia Tributaria, Financiera y Concursal, ha introducido una novedad muy significativa que deja en suspenso ese plazo de dos meses por otros cuatro más siempre que el deudor haya iniciado negociaciones dirigidas a obtener una propuesta anticipada de convenio y lo ponga en conocimiento del juzgado (art. 5.3 LC).

3.1.2. El presupuesto objetivo

La insolvencia como presupuesto del concurso

El presupuesto objeto está integrado por aquel conjunto de situaciones o circunstancias de hecho cuya concurrencia determina la apertura del procedimiento concursal.

Está regulado en el artículo 2 de la Ley Concursal, que en su apartado 1 determina que consiste en la insolvencia del deudor común. En el apartado 2 del propio precepto se conceptúa la insolvencia como la situación en la que se encuentra el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles.

Referencia bibliográfica

Gallego Sánchez, Esperanza (2004, mayo). "El presupuesto objetivo del concurso en la nueva Ley Concursal". *Revista Práctica de Tribunales* (núm. 5, p. 22).

De tal concepto se deriva que nuestro legislador no ha tomado como presupuesto para que el concurso se declare la situación del patrimonio del deudor, el llamado desbalance, esto es, la situación de que su pasivo sea superior a su activo, sino un dato externo objetivo como la imposibilidad de pago de sus obligaciones exigibles. De ello se deriva que no se encuentra en situación de insolvencia un deudor por el hecho de que su patrimonio se encuentre en situación de desbalance, siempre que pueda seguir atendiendo regularmente el pago de sus obligaciones exigibles.

Lo que se toma en consideración para definir la insolvencia es exclusivamente la imposibilidad de atender regularmente los pagos exigibles. A continuación examinaremos con detalle cada uno de los elementos de tal concepto de insolvencia, esto es, en qué consiste la imposibilidad de cumplimiento y cuándo existe cumplimiento regular. Junto a ellos se exige que la obligación sea exigible, concepto que no comporta mayores problemas interpretativos.

1. La imposibilidad de cumplimiento.

Consiste en el dato objetivo de que el deudor no pueda hacer frente a sus obligaciones de pago, cualquiera que sea la causa de tal imposibilidad. Tal causa se puede encontrar tanto en la falta de liquidez como en la falta de recursos propios.

La falta de recursos propios no determina imposibilidad de cumplimiento, y por consiguiente insolvencia, siempre que exista liquidez suficiente para atender las obligaciones vencidas. Sólo cuando la falta de recursos con los que atender las obligaciones exigibles sea la causa del incumplimiento de las obligaciones exigibles se cumple con el requisito legal.

La falta de liquidez también puede constituir causa de la imposibilidad de cumplimiento, con independencia de que el deudor tenga recursos propios con los que garantizar el pago. La cuestión que se suscita es si toda situación de iliquidez es suficiente para entender cumplido el requisito legal o bien únicamente aquellas que tengan un carácter permanente. La doctrina se ha decantado abiertamente por la idea de que no basta cualquier situación puntual de imposibilidad de pago para constituir la insolvencia, sino que se exige al menos un cierto grado de permanencia de tal situación.

2. El cumplimiento regular.

Ni todo incumplimiento es susceptible de dar lugar a la insolvencia ni todo cumplimiento la enerva. La regularidad en el cumplimiento no significa únicamente, ni tampoco esencialmente, puntualidad en el pago, sino que implica que el pago de las obligaciones corrientes se haga empleando los medios propios y normales de pago, esto es, recursos procedentes de la propia actividad empresarial del deudor. Si el deudor ha tenido que acudir para realizar el pago a la venta o gravamen de elementos esenciales de su patrimonio, necesarios

Nota

Como ocurriría en el supuesto de que, a pesar de su desbalance, el deudor tuviera crédito suficiente para efectuar regularmente el pago de sus obligaciones.

Referencia bibliográfica

Pulgar (2003). "El presupuesto objetivo de apertura del concurso de acreedores". En: García Villaverde; Alonso Ureba; Pulgar (coord.). Derecho Concursal (p. 67).

Referencia bibliográfica

Gallego Sánchez, Esperanza (2004, mayo). "El presupuesto objetivo del concurso en la nueva Ley Concursal". *Revista Práctica de Tribunales* (núm. 5, p. 24).

para el desarrollo de su actividad empresarial, no estaría ante un cumplimiento "regular" en el sentido del artículo 2.2 LC, porque con él se está comprometiendo la viabilidad de la empresa.

Por consiguiente, puede existir insolvencia sin que se hayan dejado de atender las obligaciones exigibles por parte del deudor, cuando se haya acudido a medios anormales para poder cumplir. Ello significa tanto como decir que la imposibilidad de cumplimiento no debe ser deducida por el juez del concurso únicamente a partir de la constatación del dato externo de la falta de pago, sino que puede obligarle a examinar los medios con los que el deudor esté consiguiendo liquidez para poder realizar el pago. El pago, o su ausencia, no son más que datos indiciarios que el juez debe valorar para determinar si existe insolvencia, pero no el único dato que debe considerar, ni tampoco el más determinante.

Clases de insolvencia

La insolvencia puede ser actual o inminente (art. 2.3 LC). Es actual cuando en el momento de la solicitud ya se ha manifestado la imposibilidad de cumplimiento regular de las obligaciones. Es inminente cuando aún no se ha producido la imposibilidad de regular cumplimiento pero el deudor prevea que no podrá cumplir, regular y puntualmente, sus obligaciones en un futuro próximo.

Llama la atención que el legislador haya añadido a la nota de regularidad en el cumplimiento la de puntualidad, lo que supone un cambio sobre el concepto de insolvencia del artículo 2.2 LC, si bien se trata de un cambio meramente aparente, dado que el cumplimiento regular de este último precepto incluye, como se ha visto, el requisito de la puntualidad en el cumplimiento.

La insolvencia inminente no justifica la apertura de todo tipo de concurso, sino únicamente del concurso voluntario, lo que resulta indicativo de que el legislador ha querido dar facilidades al deudor que pretende llevar a cabo una reorganización de su actividad para que pueda instar el concurso como mecanismo de saneamiento de la empresa. Por otra parte, mientras en el supuesto de insolvencia actual la solicitud del concurso constituye un deber jurídico (art. 5 LC), en el supuesto de insolvencia inminente se trata de una simple facultad que se concede al deudor.

Referencia bibliográfica

Gallego Sánchez, Esperanza (2004, mayo). "El presupuesto objetivo del concurso en la nueva Ley Concursal". *Revista Práctica de Tribunales* (núm. 5, p. 25).

Los términos literales en los que el legislador se refiere a la insolvencia inminente parecen dar a entender que es el deudor quien únicamente está facultado para apreciarla. No obstante, si se considera que la declaración en concurso comporta evidentes beneficios para el deudor (interrupción del curso de los intereses, paralización de ejecuciones, etc.) no puede interpretarse que se haya querido dejar a la exclusiva voluntad del propio deudor la apreciación de esa circunstancia. Por ello la doctrina propone una interpretación del requisito de la previsibilidad de la insolvencia en términos objetivos, de forma que el juez estará facultado para en cada caso decidir si efectivamente existe la insolvencia inminente.

Ninguna referencia hace el legislador al lapso temporal al que puede estar referida la inminencia. Ante ello es preciso acudir como único criterio delimitativo de la inminencia a una correcta apreciación de la previsibilidad del incumplimiento. La misma debe resultar de datos inequívocos respecto a la evolución de las cuentas del deudor. Y puede existir un pronóstico muy sólido realizado dentro de un lapso de tiempo largo, como ocurriría en el caso de la empresa cuyo único negocio está constituido por la concesión de una marca desde que sabe que ha perdido el derecho que explota. En cualquier caso, lo que es exigible es que el juicio de pronóstico se apoye en datos objetivos, no en meras especulaciones.

Situaciones en las que se presume legalmente la insolvencia

Para el supuesto de concurso necesario, en el que al acreedor no le resulta fácil poder acreditar la insolvencia del deudor, lo que se ha hecho por el legislador es acudir a signos externos indicativos de la misma. Tales signos son los que están recogidos en el artículo 2.4 LC y son los siguientes:

- **Embargo infructuoso.** Debe aportarse el título en virtud del cual se haya despachado ejecución así como la diligencia negativa de embargo o la que muestre la insuficiencia de bienes libres bastantes para el pago.
- **Sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones.** Aplicando la doctrina jurisprudencial sobre el artículo 876. II del Código de comercio de 1885, debe considerarse que el sobreseimiento equivale a la cesación en los pagos, si bien no es indispensable que el cese sea total sino que basta que afecte a una pluralidad de deudas.
- **Embargos por ejecuciones pendientes.** Es preciso que éstos afecten de una manera general al patrimonio del deudor.
- **Alzamiento o liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor.**
- **Incumplimiento de determinadas obligaciones.** El incumplimiento de algunas obligaciones calificadas es un indicio calificado de insolvencia. Tales obligaciones son las enunciadas en el ordinal 4.º del apartado 4 del artículo 2 LC: obligaciones tributarias, cuotas de la Seguridad Social y el pago de salarios.

Referencia bibliográfica

Gallego Sánchez, Esperanza (2004, mayo). "El presupuesto objetivo del concurso en la nueva Ley Concursal". *Revista Práctica de Tribunales* (núm. 5, p. 39).

El acreedor tiene que acreditar en su solicitud que concurre el indicio de insolvencia para que la solicitud pueda ser admitida a trámite. Con ellos es suficiente para que se declare el concurso, en el caso de que no exista oposición por parte del deudor. Pero, en el caso de que el deudor se oponga, los indicios no tienen mayor valor que el de una presunción *iuris tantum* de insolvencia, presunción que admite prueba en contrario. Le corresponderá al deudor, o bien acreditar que no existe el indicio o bien que no se encuentra en situación de insolvencia, a pesar de que sí concurra el indicio (art. 18.2 LC).

Por consiguiente, bastará que el deudor acredite que no se encuentra en una situación de imposibilidad de cumplimiento regular de sus obligaciones exigibles para que el concurso no se pueda declarar.

De esa regulación sobre la acreditación de la insolvencia en el caso de concurso necesario se deriva que, para la apertura de un concurso necesario, no basta que el deudor se encuentre en situación de insolvencia, sino que es indispensable que se acredite que el deudor ha incurrido en alguna de las situaciones concretas indicativas de la insolvencia en las que el legislador ha dispuesto que ésta se presuma. Y, por otra parte, la acreditación de alguno o de varios de los indicios no excluye que el concurso no se declare cuando el deudor acredite que no se encuentra en insolvencia.

3.2. El procedimiento de declaración

3.2.1. La solicitud de concurso

Los requisitos de la solicitud son distintos en cada una de las clases de concurso. Para el concurso voluntario, se regulan en el artículo 6 los requisitos de la solicitud del deudor. En el artículo 7 se regulan los requisitos de la solicitud de concurso necesario.

Solicitud de concurso voluntario

Los requisitos de la solicitud de concurso voluntario se encuentran en el artículo 6, precepto en el que propiamente no se trata sobre los requisitos de forma de la propia solicitud sino de los documentos que a ella se deben acompañar. Los requisitos de forma no se encuentran regulados en ninguna otra parte, por lo que debe acudir a las normas generales establecidas en la Ley de Enjuiciamiento civil, a la que la Disposición Final Quinta se remite como legislación supletoria. Y dentro de la LEC, concretamente a los requisitos que se establecen en el artículo 399 para la demanda.

A la solicitud se debe acompañar el poder otorgado al procurador, que debe ser un poder especial (art. 6.2, 1.º).

Todos los demás documentos están relacionados con la cuestión de fondo, la acreditación del presupuesto objetivo del concurso y la preparación de sus efectos. Se trata de la memoria, un inventario de bienes y derechos, la relación de acreedores y la contabilidad, en el caso de que estuviere obligado a llevarla.

Solicitud de concurso necesario

Los requisitos de la solicitud de concurso necesario se regulan de forma muy poco detallada. Es fundamental que se acompañe a ella el documento que acredite la legitimación activa del solicitante, en el caso de ser acreedor (art. 7.1, pf. 1.º) o bien que se proponga la prueba necesaria para acreditarla, en el caso de los demás legitimados (art. 7.1, pf. 2.º).

El documento acreditativo de la legitimación del acreedor es el justificativo de su crédito contra el deudor. El legislador exige la acreditación de la legitimación activa como presupuesto de admisibilidad del concurso y en el caso del acreedor el único medio con el que permite que se realice esa acreditación es con el documento del que dimane el crédito.

Un segundo requisito de la solicitud es que en ella se expresen los medios de prueba de que el solicitante se valga o pretenda valerse para acreditar los hechos en que se fundamente la petición de declaración de concurso (art. 7.2). Este requisito está en directa relación con la acreditación del presupuesto objetivo del concurso: la insolvencia del deudor.

3.2.2. La admisión a trámite de la solicitud

Si la solicitud cumple todos los requisitos exigidos, o bien si se han subsanado los defectos apreciados, procede dictar auto admitiendo a trámite el procedimiento y ordenando el emplazamiento del deudor.

La admisión a trámite de la solicitud produce el efecto de impedir que puedan admitirse a trámite otros procesos concursales. Una de las características que tradicionalmente se le han atribuido a los procesos concursales es la que comúnmente se enuncia como principio de proceso único, que es consecuencia del carácter universal del concurso. El juicio concursal es necesariamente un juicio único porque tiene por base la entera afección o vinculación del total patrimonio del deudor a la liquidación o extinción de su total pasivo.

Atendidos el objeto y finalidad del proceso concursal, el sentido común rechaza, en línea de principio, la posibilidad de que puedan seguirse de forma simultánea dos concursos.

No obstante, tal regla tiene una excepción: se puede producir en el supuesto de concursos internacionales. Cuando un mismo deudor tenga bienes y deudas en más de un Estado miembro de la Unión Europea, el Reglamento 1346/2000, de 29 de mayo del 2000, sobre procedimiento de insolvencias, a cuyos

Nota

No se exige que tal documento tenga fuerza ejecutiva sino únicamente que con él se acredite el crédito *prima facie*. Bastan, por consiguiente, aquellos documentos con los que usualmente se documentan las relaciones jurídicas.

Referencia bibliográfica

Ramírez, J. A. *La quiebra* (2.ª ed., vol. I, p. 280), con cita de Navarrini y Vicente y Gella.

principios se ha adecuado nuestra propia Ley Concursal, admite la posibilidad de que se sigan procedimientos concursales paralelos sobre el patrimonio de un mismo deudor en distintos Estados. De esos procedimientos uno tendrá el carácter de principal y los demás de secundarios. Con ello lo que se ha establecido es un mecanismo que permita coordinar los diferentes procedimientos, ante la imposibilidad o la dificultad que comporta el establecimiento de un proceso único.

La admisión a trámite de la solicitud de concurso produce litispendencia respecto a cualquier petición posterior relativa al mismo deudor, aunque sea realizada por un legitimado distinto. La razón de ello es que el objeto de un proceso de ejecución concursal está determinado exclusivamente por la persona del deudor y su patrimonio. A diferencia de lo que ocurre en un proceso civil declarativo, la persona del solicitante es completamente irrelevante a este efecto.

No obstante, el efecto que se establece respecto a las peticiones ulteriores es distinto al de la litispendencia, como no podía dejar de serlo, atendidas las particularidades del proceso concursal. No se cierra la posibilidad de las nuevas peticiones sino que únicamente se dispone que se deben acumular a la primeramente repartida teniendo por comparecidos a los nuevos solicitantes sin retrotraer las actuaciones.

De ello se deriva que el concurso puede finalmente admitirse a trámite con fundamento en la segunda petición acumulada, dando por subsanada con ésta defectos de la primera. Ello no afecta para nada a la posición procesal del primer solicitante, a quien se debe tener por comparecido siempre que tenga legitimación y haya cumplido los requisitos formales para comparecer (abogado y procurador).

El proceso es único y consecuencia de ello es que la acumulación de las solicitudes posteriores se deba hacer sin necesidad de retrotraer las actuaciones. Los nuevos peticionarios deben admitir el proceso en el estado en que se encuentre cuando su solicitud es repartida.

3.2.3. El trámite de audiencia al deudor en el concurso necesario

Tal y como se ha adelantado, una de las novedades más significativas de la nueva regulación es que ha roto con los antecedentes que admitían la posibilidad de que la declaración de quiebra o concurso se pudiera realizar sin haber oído al deudor. En la nueva Ley Concursal resulta inexorable prestar previa audiencia al deudor, lo que probablemente también pueda considerarse excesivo. Si bien creemos que existen razones de mucho peso para que la audiencia previa al deudor sea aconsejable, también existen otras para que pueda ser exonerada en determinadas circunstancias en las que la urgencia de la situa-

ción podría justificar que la declaración se hiciera *inaudita pars*. El legislador no lo admite así en ninguna circunstancia, de forma que lo único que se permite en esa situación de urgencia es adoptar medidas cautelares (art. 17).

Si la solicitud cumple todos los requisitos exigidos, o bien si se han subsanado los apreciados, procede dictar auto admitiendo a trámite el procedimiento y ordenando el emplazamiento del deudor por cinco días con traslado de la solicitud, conforme a lo prevenido en el artículo 184.

El emplazamiento se debe hacer por un plazo de 5 días y con traslado de copias de la solicitud. Aunque la mención legal es algo equívoca, el plazo de 5 días es común para comparecer y formular oposición, o bien allanarse a la solicitud.

Las posiciones que puede adoptar el deudor cuyo concurso se inste tras el emplazamiento que se le haya realizado según lo establecido en el artículo 15 son las siguientes:

- No hacer nada, ni siquiera comparecer en las actuaciones.
- Limitarse a comparecer y no oponerse a la solicitud.
- Allanarse a la pretensión del solicitante.
- Oponerse a ella.

En los tres primeros supuestos la consecuencia es la misma: debe declararse concursado al deudor sin entrar a examinar siquiera si concurren los presupuestos del concurso, porque ello se ha debido hacer al admitir a trámite la solicitud.

El allanamiento del deudor y la falta de oposición son situaciones que se asimilan en sus efectos a que el deudor hubiera presentado su propio concurso antes de emplazado, aunque después de la solicitud de concurso necesario. No se contempla que la solicitud de concurso voluntario del deudor se pueda formular después de emplazado, probablemente porque no es razonable que tal situación se produzca, ya que no cambiaría el carácter necesario del concurso y el mismo efecto de esa solicitud se podría conseguir de forma mucho más simple, allanándose a la solicitud del acreedor. No obstante, no se puede descartar que esa situación se dé, ante lo cual creemos que la consecuencia debe ser la misma que si la petición se hubiera presentado antes del emplazamiento: la directa declaración del concurso.

3.2.4. Oposición del deudor

Requisitos de forma

Se debe formular dentro del plazo de 5 días por el que se formula el emplazamiento. Requiere la comparecencia en forma en las actuaciones cumpliendo los requisitos de postulación legalmente exigidos, esto es, por medio de

abogado y procurador. No parece que se deba exigir poder especial, que únicamente es exigible en el caso de que se solicite el concurso voluntario o bien si se produce el allanamiento, pero no para el escrito de oposición.

Es dudoso si la oposición debe ser fundada. El contenido del apartado 2 del precepto que se comenta, que hace referencia al posible contenido de la oposición, sugiere la idea de que sí, igual que la circunstancia de que la proposición de la prueba deba hacerse en el propio escrito de oposición. La razón es que no parece razonable que se lleve a cabo la proposición de prueba sin que simultáneamente se expresen las razones de oposición a la solicitud. Ello nos lleva a pensar que el escrito debe ser fundado y que no sería suficiente un escrito en el que el deudor se limitara a manifestar su voluntad de oponerse sin expresar las razones por las que lo hace. No obstante, en sentido contrario, los términos del artículo 19.4 parecen indicar que en el acto de la vista el deudor no debe estar constreñido al contenido de su oposición escrita, sino que puede expresar todas las razones de oposición que quiera manifestar en ese acto.

Objeto o contenido de la oposición: cuestiones de fondo

El contenido de la oposición no está limitado, aunque sí aparece indicado en el artículo 18.2, donde se expresa que el deudor la podrá fundar en dos circunstancias:

- La inexistencia del hecho en que se fundamenta la solicitud.
- Que no se encuentra en estado de insolvencia.

La inexistencia del hecho en que se funda la solicitud debe considerarse referida al título que presente el deudor, conforme a lo que se exige en el artículo 2.4, esto es, el título por el que se hubiera despachado ejecución o apremio o bien en la existencia de los hechos que se mencionan: el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones, la existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de manera general al patrimonio del deudor, el alzamiento o liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes o el incumplimiento generalizado de sus obligaciones de las clases indicadas.

También se puede fundar la oposición negando encontrarse en estado de insolvencia. La insolvencia es el presupuesto objetivo del concurso, de modo que los hechos anteriores no son otra cosa que indicios de insolvencia. El deudor puede enervar esos indicios desacreditando los hechos que presuntamente la evidenciarían o bien puede negar que se encuentre en situación de insolvencia probando su solvencia. Eso es lo que en definitiva se establece cuando se le atribuye al deudor la prueba de su solvencia, haciendo aplicación práctica y puntual del principio de facilidad probatoria.

La prueba de la solvencia se establece que debe basarse en la propia contabilidad, en el caso de que el deudor estuviera obligado a llevarla. Una aplicación demasiado rigurosa de esa norma puede llevar a consecuencias tan indeseables

como convertir el incumplimiento de la obligación legal de llevar de forma ordenada la contabilidad en una causa más de declaración del concurso, lo que no parece haya sido expresamente querido por el legislador, ni sea razonable. Por ello creemos que la prueba de la solvencia debe admitirse que se haga de forma más amplia y generosa.

La oposición del deudor negando el crédito del solicitante

Otra de las posibilidades de defensa que puede utilizar el deudor es negar la existencia del crédito del solicitante del concurso. Con ello en realidad lo que se está cuestionando es que la solicitud de concurso se esté realizando por alguien legitimado activamente para ello. Esa creemos que es la única razón que puede permitir que la oposición a la petición del concurso se funde en cuestiones relativas al crédito del instante del procedimiento.

Desde luego, no creemos que resulte admisible como motivo de oposición, que se discuta en parte el crédito, porque ello no tendría repercusión en la legitimación del solicitante y sobre esa cuestión únicamente se puede entrar en el proceso concursal más adelante, cuando se trate de configurar las masas del concurso.

La negativa del crédito incluye otras cuestiones, tales como la propia titularidad por parte del solicitante o su extinción por pago, compensación o cualesquiera de las formas de extinción de las obligaciones.

En cambio, no creemos que la falta de exigibilidad del crédito en el momento de la solicitud pueda justificar la oposición, porque no tiene repercusión alguna respecto a la legitimación del solicitante, al que únicamente se le exige que acredite la condición de acreedor.

El carácter contencioso o controvertido del crédito también puede justificar la oposición, como ocurría en el supuesto resuelto por la Audiencia Provincial de Oviedo de 30 de mayo de 1992, en el que el solicitante aportaba como título simple fotocopias de cambiales respecto a las cuales previamente el deudor había puesto tacha de falsedad en la firma.

También puede impugnarse por el solicitado la suficiencia de los títulos acreditativos del crédito, lo que es tanto como impugnar la propia existencia del crédito. Ello no significa, en nuestra opinión, admitir la idea de que deban acompañarse necesariamente por parte del solicitante documentos que no sean de producción unilateral. Creemos que puede bastar con simples facturas no conformadas, siempre que sean el instrumento habitual para la documentación del crédito en el ámbito de actividad de las relaciones comerciales en las que el crédito se hubiera podido gestar. La impugnación por parte del deudor de esos documentos creemos que debe permitir que el crédito se cuestione y que

Referencia bibliográfica

Pedreño; Baró (1999). *Derecho Concursal* (vol. II, p. 262-263). Barcelona.

el incidente de oposición deba versar sobre su existencia. Pero, en cualquier caso, no creemos que se deba exigir una prueba plena del crédito sino que debe bastar con una justificación razonable.

En este punto creemos que el nuevo diseño del procedimiento debe conducir a modificar las posiciones que habían venido manteniendo nuestros tribunales con la legislación anterior, cuando de forma mayoritaria no se consideraba título suficiente las facturas no conformadas. El trámite contradictorio de la declaración, y la posibilidad de llevar a cabo la justificación del crédito con medios distintos a los documentos, permiten ese cambio de orientación y creemos que también lo reclaman.

Otros posibles contenidos de la oposición: cuestiones procesales

La mayor parte de cuestiones que se pueden suscitar para la admisión a trámite de la solicitud de concurso y para su propia declaración son analizables de oficio. No obstante, ello no le priva al deudor de la posibilidad de fundar la oposición en esas cuestiones, ayudando así al *officio judicis* en la eventual depuración de los vicios que no se hayan puesto de manifiesto previamente.

El éxito de las alegaciones relativas a vicios procesales que pueda realizar el deudor al formular la oposición no debe conducir necesariamente a su rechazo, sino que debe permitir la subsanación del defecto denunciado, siempre que tenga ese carácter. El hecho de que exista un plazo especial y previo para subsanar los defectos no significa que no pueda, y deba, procederse más tarde de la misma forma cuando el defecto se advirtió de forma extemporánea y por indicación del deudor.

Así creemos que debe ocurrir en supuestos de vicios de postulación, de representación, o bien de meros vicios de forma de la solicitud. También creemos que debe permitirse la subsanación en el caso de falta de acreditación de la legitimación activa, esto es, la falta de aportación del título del crédito junto con la solicitud. Aunque este supuesto puede parecer más dudoso, no es razonable que se admita que es subsanable si se advierte de oficio antes de la admisión a trámite de la demanda y que no se admita en este momento.

Tramitación de la oposición

Se establece que se lleve a cabo mediante una vista pública. La citación a la vista se dispone que se debe realizar al día siguiente de formulada la oposición por el deudor. Tal citación se realizará por medio de los procuradores de ambas partes, que deben encontrarse comparecidas en forma en las actuaciones. La vista se debe señalar dentro de los 10 días siguientes al de la oposición, según se expresa en el artículo 19.1.

Al hacer la citación se debe requerir a las partes para que comparezcan a la vista con todos los medios de prueba que puedan practicarse en el acto y al deudor con los libros de contabilidad, si estuviera obligado a su llevanza obligatoria.

Si el deudor estuviera obligado legalmente a la llevanza de contabilidad, se establece que se le debe advertir al citarle para la vista que debe comparecer con los libros de llevanza obligatoria. Lo que no se establece es cuál es la consecuencia del incumplimiento de esa obligación.

Las consecuencias de la falta de aportación no se establecen de forma expresa por parte del legislador. La aportación de los libros de contabilidad al procedimiento constituye un verdadero deber una vez declarado el concurso, pero antes de la declaración no parece que se le pueda atribuir otro carácter que el de carga. Se establece expresamente que la prueba de la solvencia por parte del deudor, en el caso de que base su oposición en la inexistencia de la misma, ha de basarse en la contabilidad que llevara "conforme a derecho". Por consiguiente, la consecuencia más apreciable de la falta de aportación de la contabilidad parece, en principio, que es que no pueda hacer prueba de la solvencia, para desacreditar la concurrencia del presupuesto objetivo del concurso.

Creemos que se deben descartar otras consecuencias más duras, tales como que la aportación de las cuentas al proceso constituya un presupuesto para considerar bien comparecido al deudor en las actuaciones. No parece que se haya querido establecer un efecto tan trascendente y debiera haberse previsto expresamente para que pueda ser aplicado, ya que nos parece que se trata de una consecuencia excesiva y desproporcionada.

Por otra parte, si se hubiera querido establecer que la falta de aportación de los libros condicionara la válida comparecencia del deudor o su posibilidad de oposición, se habría establecido expresamente en el artículo 19, donde se ha regulado con detalle la comparecencia del deudor y sus presupuestos. No lo ha sido así y, por tanto, ello creemos que permite descartar completamente la idea referida.

Por tanto, la única consecuencia razonable que se puede derivar de la falta de aportación se traduce en las posibilidades de efectiva defensa que se le permiten al deudor, que no podría cuestionar su insolvencia con fundamento en documentos distintos.

Las situaciones que se pueden dar en la vista son varias, algunas expresamente contempladas por el legislador en sus efectos y otras no:

- **Que no comparezca el deudor**, supuesto en que se dará por terminado el acto y se declarará el concurso. La comparecencia debe ser formal, esto es, asistido de letrado y representado por procurador, salvo que comparezca personalmente el deudor. Creemos que, ante la falta de norma expresa que

indique otra cosa, debe ser de aplicación lo establecido en el artículo 414 LEC respecto a las diferentes situaciones que se pueden presentar.

- **Que, compareciendo el deudor, desista de su oposición o se allane al concurso**, supuesto en el que debe también declararse el concurso.
- **Que, compareciendo el deudor, no lo haga el solicitante o bien compareciere pero no ratificare su solicitud**. En tal caso, a pesar de que se contempla expresamente por el legislador, no se establece cuál es la consecuencia concreta que debe acordarse. En el artículo 18.3 del Proyecto, antecedente del 19.3 actual, se establecía que en tal caso se dictaría auto de conclusión del procedimiento y el juez resolvería sobre las costas. La supresión de esas menciones en el texto definitivo tiene que llevar a la aplicación de las reglas generales establecidas en la LEC, que actúan como subsidiarias por virtud de lo dispuesto expresamente en la disposición final quinta. Esa remisión nos lleva a lo establecido en el artículo 414.3 LEC respecto al sobreseimiento. En materia de costas, el artículo 396 LEC establece la regla general de que deben imponerse al demandante (aquí, el solicitante) salvo que la contraparte (el deudor) muestre su consentimiento, lo que aquí debe considerarse como una renuncia a las costas producidas.
- **Que no comparezca ninguna de las partes**. Es un supuesto que no está expresamente contemplado en el precepto que se comenta y que creemos que debe conducir a las mismas consecuencias de que quien no comparezca sea el solicitante, esto es, al sobreseimiento del proceso, salvo que de las actuaciones resulte la existencia de otros acreedores y el juez considere que concurre el presupuesto objetivo para la declaración del concurso, supuesto en el que se debe dar a los acreedores un plazo de 5 días para que formulen alegaciones. En el caso de que ninguno tuviera interés en la continuación del concurso o bien que no se conociera la existencia de esos acreedores o el juez no estimara conveniente oírles, se acordará el sobreseimiento o conclusión del proceso, sin que se deban imponer las costas.
- **Que comparezcan ambas partes**. En tal caso las situaciones que se pueden dar son asimismo diversas:
 - a) Que el deudor hubiera consignado a disposición del acreedor solicitante el importe de su crédito y el acreedor la acepte y no ratifique su solicitud.
 - b) Que el deudor hubiera consignado el importe del crédito pero, pese a ello, el solicitante hubiera ratificado su solicitud.
 - c) Que no realice el deudor la consignación del crédito.

En los supuestos b) y c) la consecuencia es que se pasa a la fase contenciosa de la vista, mientras en el supuesto a) parece que lo razonable es que deba considerarse el procedimiento concluido.

Los supuestos que dan paso a la fase contenciosa de la vista aparecen regulados de forma farragosa y poco afortunada en el primer inciso del apartado 4 del artículo 19: "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...".

La sustanciación de la fase contenciosa consta de:

- Una fase de alegaciones en la que el juez oye a las partes y a sus abogados sobre la procedencia o improcedencia de la declaración del concurso.
- La proposición de prueba y la decisión sobre su admisibilidad.
- La práctica de la prueba admitida.

3.2.5. Resolución desestimatoria de la solicitud

Supone la estimación de la oposición del deudor a la petición de concurso y la finalización del procedimiento concursal, su conclusión. Su fundamento, como hemos anticipado, tanto puede consistir en cuestiones procesales como de fondo. Como regla debe consistir en cuestiones de fondo, la falta de concurrencia del presupuesto objetivo del concurso, pero no puede descartarse que también cuestiones procesales puedan fundar la desestimación. Si bien, en principio, todas las cuestiones de carácter procesal tienen un carácter que permiten su examen de oficio, por lo que lo razonable es que la resolución sobre ellas se haya anticipado a este momento procesal; cuando no sea así y hayan sido opuestas por el deudor en la oposición, deben resolverse en este momento y quedan convertidas en causas que pueden dar lugar a que la solicitud se desestime.

También se ha de hacer pronunciamiento sobre las costas, pronunciamiento que se debe acomodar a los mismos principios establecidos en el artículo 394 LEC, aunque con una formulación particular en el artículo 20.1: serán impuestas al solicitante, salvo que el juez aprecie, y así lo razone, que el caso presenta serias dudas de hecho o de derecho.

Por consiguiente, únicamente las dudas de hecho o de derecho respecto a la procedencia de la declaración pueden justificar que las costas no se impongan al solicitante cuando la resolución sea desestimatoria de la declaración del concurso. Ello creemos que excluye la aplicación de otros criterios, como el de la mala fe, lo que probablemente no sea muy afortunado.

No creemos que sea preciso que se establezca pronunciamiento alguno respecto a la condena del solicitante al resarcimiento al deudor de daños y perjuicios. El resarcimiento de éstos se concibe como un efecto de la resolución desestimatoria del concurso, sin que precise pronunciamiento expreso en la resolución judicial.

Sobre el régimen de recursos que procede contra ella entraremos más adelante, al tratar de los recursos contra el auto de declaración del concurso.

3.3. El auto de declaración

La declaración del concurso es la resolución judicial más importante del proceso concursal, la que produce los efectos más trascendentes. De otra parte, es la resolución que propiamente inicia tal proceso. La actividad previa que en él se puede acometer, particularmente en el caso de que la petición sea de un legitimado distinto al deudor, no tiene otro objeto que permitir que esa resolución se dicte tras la constatación de que concurren los presupuestos subjetivos y objetivos del concurso. Pero no es hasta que se dicta esta resolución y se declara el concurso cuando propiamente se puede hablar de un verdadero proceso concursal. Por ello se dispone que uno de sus efectos sea la apertura de la fase común de la tramitación del concurso.

El contenido del auto que declara el concurso está descrito en el apartado 1 del artículo 21 y será desarrollado de forma separada a continuación. Antes es preciso indicar, como una novedad significativa respecto a la legislación anterior, la supresión de la fecha de retroacción de determinados efectos, que constituía contenido no obligado del auto de declaración de quiebra, pero sí común.

3.3.1. El carácter voluntario o necesario del concurso

En el auto de declaración del concurso debe consignarse expresamente el carácter voluntario o necesario del mismo. Cuando tiene un carácter u otro está indicado en el artículo 22: será voluntario cuando la primera de las solicitudes presentada sea la del propio deudor. En otro caso será necesario.

El concurso únicamente debe considerarse como voluntario cuando sea solicitado por quien tiene la facultad de representar al deudor. En el caso de que sea persona jurídica la legitimación para instar el concurso voluntario la tiene su órgano de representación y administración (art. 3.1, 2.º). En el caso de que fuera instado por otro de los legitimados ligados a la esfera interna del deudor, tales como un socio o miembro, en el caso de personas jurídicas, el concurso debe ser considerado como necesario.

Si la persona jurídica tiene un órgano de representación y administración colectivo, no creemos que resulte imprescindible que la solicitud cuente con el respaldo de la mayoría. Particularmente, en el caso de que se trate de una sociedad mercantil con dos administradores, solidarios o mancomunados, cualquiera de ellos puede solicitar el concurso. La razón por la que sostenemos esa idea es porque la solicitud de concurso constituye una obligación para el deudor y para su órgano de administración, cuyos integrantes pueden incurrir en responsabilidad personal por el incumplimiento de ese deber.

La solicitud de concurso voluntario constituye, como hemos anticipado, una obligación para el deudor, que lo debe instar dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia (art. 5). En consonancia con ello, el legislador establece un diferente régimen de efectos para el concurso necesario y para el voluntario, con lo que se ha querido primar al deudor que cumple con esa obligación frente al que no lo hace, haciendo mucho más gravosa su posición jurídica en el caso de concurso necesario.

También se debe consignar en el auto de declaración de concurso si se ha solicitado por el deudor la liquidación. La razón de ello es que, tras la fase común del procedimiento, se abren dos alternativas distintas a éste: o bien pasar a la fase de convenio o a la de liquidación. La opción entre una u otra le corresponde en principio al propio deudor, que puede hacer uso de ella en la propia solicitud (art. 142.1, 1.º), en cuyo caso deberá acompañar a ella propuesta de plan de liquidación (art. 6.4), o bien con posterioridad a que se dicte el auto de declaración de concurso y hasta que expire el plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores (art. 142.1, 2.º) o bien si no se mantiene la propuesta anticipada de convenio (art. 142.1, 3.º) o en los 5 días siguientes al en que los acreedores hayan presentado propuesta de convenio (art. 142.1, 4.º).

La solicitud de liquidación es relevante, aunque no en este momento procesal. Determina que una vez finalizada la fase común se abra en el procedimiento la fase de convenio o la de liquidación. También determina la necesaria apertura de la Sección sexta, o de calificación del concurso (art. 163.1, 2.º), si bien tal sección no se debe abrir en este momento sino una vez se dicte la resolución ordenando proceder a la liquidación (art. 167.1, 1.º).

Únicamente se ha previsto legalmente que la solicitud de liquidación se pueda realizar antes de la declaración con la solicitud del deudor, lo que prácticamente reduce esa posibilidad al concurso voluntario. No obstante, no creemos que exista inconveniente alguno para que también se pueda formular en el necesario, particularmente cuando en él se encuentre acumulada una solicitud del deudor. Más dudoso parece cuando no haya existido solicitud del deudor; podría realizarse la solicitud tras el emplazamiento del deudor en el escrito de allanamiento a la solicitud de un acreedor y creemos que tampoco debe existir impedimento para que la opción se considere bien realizada, aun cuando

Nota

Los artículos 262.5 TRLSA y 105.5 LSRL establecen la responsabilidad de los administradores por las deudas sociales en el caso de que no insten la disolución de la sociedad concurriendo causa para ello. La jurisprudencia ha venido sosteniendo que el deber de instar la disolución también se puede considerar cumplido cuando se insta la liquidación por medio de un procedimiento concursal.

Nota

Se ha puesto fin, con esa expresa e inequívoca declaración, a la duda que se cernía en nuestro ordenamiento jurídico sobre esta cuestión, al haber venido interpretando la jurisprudencia mayoritaria que fue suprimido ese deber por la Ley de 10 de junio de 1897, que modificó el sistema de suspensión de pagos. Sobre el particular puede consultarse: Cerdá Albero; Sancho Gargallo (2000). Curso de derecho concursal (p. 75). Colex.

tan siquiera se acompañe a ella una propuesta de liquidación. La razón por la que sostenemos esa idea es porque la propuesta de liquidación es requisito de la solicitud de concurso voluntario, no presupuesto ineludible para el válido ejercicio de la opción, como resulta del artículo 142.1, 2.º, que no la exige.

3.3.2. Efectos sobre las facultades de administración y disposición del deudor respecto a su patrimonio

Constituye novedad respecto a la legislación anterior que en el auto de declaración del concurso deba hacerse indicación de los efectos sobre las facultades de administración y disposición del deudor respecto a su patrimonio. En la regulación anterior, el auto declarando la quiebra producía unos efectos más importantes incluso que el auto de concurso sobre esas facultades pero no era preciso indicarlos en la propia resolución porque se trataba de efectos legalmente establecidos y que tenían un carácter invariable. La razón fundamental por la que en la nueva regulación se exige que se consignen en el auto es porque han perdido ese carácter invariable y pueden ser modulados por el juez del concurso en cada caso.

Como punto de partida, el legislador dispone que los efectos de la declaración del concurso sobre las facultades de administración y disposición del deudor sobre su patrimonio son distintos en función de que el concurso sea voluntario o necesario, tal y como resulta de lo que se establece en el artículo 40. En el caso de concurso voluntario el deudor conservará, en principio, las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido a la intervención de los administradores concursales; en el caso de concurso necesario, en cambio, se debe suspender al deudor en el ejercicio de esas facultades, siendo sustituido por los administradores concursales.

No obstante, esa no es más que una regla general de la que puede apartarse el juez, siempre que lo haga motivando adecuadamente las razones que tenga para ello.

Aunque nada impide que esa alteración respecto a la inicial previsión del legislador se pueda hacer en el mismo auto de declaración del concurso, no parece razonable que sea así, particularmente en el caso de concurso voluntario, salvo en el muy improbable supuesto de que así se hubiera instado por el propio deudor. En el necesario es más probable que se pueda hacer porque antes de la declaración ha existido una fase de audiencia al deudor. Si bien, en principio, no debe ser objeto de ese incidente contradictorio otra cosa que la procedencia de declarar el concurso, su propia existencia posibilita que también se pueda hacer referencia en él a esta cuestión. Creemos que debe admitirse que así sea, aun cuando el deudor no llegue a formular propiamente oposición a la declaración de concurso. No obstante, no creemos aconsejable que se proceda

a establecer una situación distinta a la establecida por el propio legislador para cada uno de los casos antes de que se haya nombrado y oído a la administración concursal.

En el apartado 4 se establece que el cambio de circunstancias se puede hacer a instancia de la administración concursal y oído el concursado; no obstante, también parece razonable que se pueda llevar a cabo a instancia del propio concursado y con la audiencia de la administración concursal. No vemos que pueda existir ninguna razón de peso para que al principal interesado para instar esa modificación se le niegue legitimación para realizar la solicitud. Por ello sostenemos que debe hacerse una interpretación abierta de ese precepto.

Para que proceda acordar el cambio de circunstancias no basta una motivación de carácter general o abstracta, aplicable a supuestos diferentes, sino que es preciso que en concreto se expresen los riesgos que se pretenden evitar y las ventajas que se quieran obtener.

Es posible que la suspensión se limite a facultades concretas, por ejemplo a las de disposición. También creemos que es admisible que esas facultades se suspendan respecto a bienes concretos (por ejemplo, respecto a los inmuebles) y no respecto a otros, así como que la suspensión se refiera a determinados actos y no a otros.

A título de mero ejemplo, no parece razonable que se suspendan las facultades dispositivas de un deudor comerciante sobre el género a cuyo comercio se dedica, si aún mantiene su establecimiento abierto al público, porque con ello se le puede estar forzando a cerrarlo, lo que puede no ser conveniente para el interés del concurso.

3.3.3. Nombramiento de administradores concursales y expresión de sus facultades

Nombramiento

Tal y como se dispone en el artículo 27, la administración concursal estará integrada por tres miembros, salvo en el caso de que se aplique el procedimiento abreviado, supuesto en que puede estar integrada por un único miembro.

En el caso de que se nombre tres miembros, han de ser: (1) un abogado, (2) un auditor de cuentas, economista o titulado mercantil y (3) un acreedor.

Al realizar el nombramiento de los dos primeros administradores es preciso tomar en consideración lo que se indica en el apartado 3 del artículo 27: se le concede al juez un cierto grado de arbitrio permitiéndole que elija a quienes considere oportunos siempre que cumplan los requisitos legales, esto es, que reúnan las condiciones legales y se encuentren inscritos en las listas de personas disponibles que deben presentar los respectivos colegios en el decanato

de los juzgados competentes. También debe tomarse en consideración la circunstancia que se indica en el artículo 28.2, que limita los nombramientos de una misma persona a tres concursos durante el período de dos años por cada juzgado. Para controlar que esa circunstancia no se produzca debería llevarse un registro interno en cada juzgado, todo ello sin perjuicio del Registro que se debe llevar en el órgano público que se crea en el artículo 198, esto es, un Registro dependiente del Ministerio de Justicia en el que se deben inscribir tanto las designaciones de administradores concursales como sus inhabilitaciones.

En el caso de que se acuerde seguir los trámites del procedimiento abreviado, porque se cumplan los presupuestos para ello, se autoriza que pueda nombrarse un solo administrador, que debe ser abogado, auditor de cuentas, economista o titulado mercantil. En cualquier caso, se trata de una simple posibilidad que no excluye que el número de miembros pueda ser superior: dos o incluso tres. En el caso de que se nombre a dos creemos que lo más razonable es que uno sea abogado y el otro auditor, economista o titulado mercantil.

Facultades

Además del nombramiento de los administradores, debe expresarse en el auto declarando el concurso cuáles son sus facultades, que deben estar en consonancia con el grado de afectación de las facultades de administración y de disposición del deudor sobre su patrimonio.

En principio creemos que es suficiente que se exprese que sus facultades serán la intervención, mediante su autorización o conformidad, de todos los actos de administración y disposición sobre su patrimonio, en el caso de que no se acuerde la suspensión de esas facultades. En caso de suspensión de las facultades de administración o disposición del deudor, o de una de ellas (la de administración, más presumiblemente), deben atribuirse concretamente esas facultades afectadas a la administración concursal.

También es posible que la suspensión de las facultades de administración o suspensión se haga de forma parcial, respecto a concretos actos o bienes, supuesto en el que debe establecerse, correlativamente, la atribución a la administración concursal.

3.3.4. Requerimiento al deudor para que presente libros y documentos contables

Este requerimiento debe únicamente llevarse a cabo en el caso de concurso necesario. E incluso creemos que no en todos los supuestos de concurso necesario: si a él se ha acumulado la petición de concurso del propio deudor, formulada después de la del primer acreedor, el concurso seguirá teniendo la

Nota

No obstante ser admisible que se puedan nombrar dos, al menos en nuestra opinión, no lo creemos aconsejable, por cuanto los administradores deben actuar de forma colegiada, adoptando decisiones por mayoría cuando no puedan conseguir la unanimidad y si son número par quedan obligados a una actuación mancomunada.

consideración de necesario y no será preciso el requerimiento, porque esa documentación puede haber sido ya aportada. En caso de que no esté completa, el requerimiento se debe limitar a los documentos que falten.

Los libros y documentos contables a que se refiere este requerimiento son los que se detallan en el artículo 6, esto es, los que debe presentar el deudor cuando solicita el concurso. La razón por la que se dispone tal requerimiento es porque esos documentos son completamente necesarios para el correcto desarrollo del proceso concursal. Sin la relación de acreedores no se podrá dar cumplimiento por la administración concursal a la obligación de llevar a cabo una comunicación individualizada a cada uno de los acreedores de la declaración del concurso, lo que es de importancia capital para formación de la masa pasiva.

Cabe la posibilidad de que alguno de esos documentos (por ejemplo, los libros contables) haya sido previamente aportado por el deudor al oponerse al concurso. En tal caso el requerimiento debe limitarse a lo no aportado.

Aunque el requerimiento es respecto a todos los documentos del artículo 6, parece obvio que del mismo debe considerarse excluido el poder especial para solicitar el concurso, así como la propuesta del plan de liquidación, si bien sí que está facultado para aportar esta última cuando ya desde este momento desee optar por la liquidación.

El plazo que se debe conceder al deudor para que presente tales documentos es de 10 días, a contar desde que se le notifique personalmente el auto de declaración del concurso. En el caso de que no pudiera ser encontrado para emplazarle personalmente, tras haber llevado a cabo las actuaciones del artículo 184.7, el plazo se debe computar a partir de la publicación del último de los edictos que se acuerden.

No se establece que el incumplimiento de ese deber de aportación de esos libros o documentos deba producir una consecuencia concreta, salvo que deba presumirse en la conducta del deudor dolo o culpa grave a efectos de declarar el concurso como culpable, de acuerdo con lo que se establece en el art. 165. 2.º en relación con el 164, lo que no es poca cosa, atendidas las graves consecuencias que comporta la declaración de que el concurso es culpable. No obstante, no creemos que el incumplimiento del plazo de diez días tenga concretas consecuencias: no se trata de un plazo preclusivo cuyo transcurso deba considerarse que le impide al deudor cumplir extemporáneamente. Al concurso no le conviene una consecuencia como esa, sino que le resulta mucho más provechoso un cumplimiento extemporáneo que no poder disponer de esos documentos tan esenciales para su buena marcha.

3.3.5. Adopción de medidas cautelares de carácter real

No constituye contenido obligado del auto declarando el concurso, sino facultativo, tal y como se deduce de la expresión *en su caso* con la que se inicia la redacción del ordinal 4.º del apartado 1 del artículo que se comenta.

Aunque el único objeto del proceso concursal no está constituido por la liquidación del patrimonio del deudor, sino que esta es únicamente una de las dos posibles soluciones, no puede pasar por alto al legislador, ni tampoco al juez del concurso, que el procedimiento puede terminar con la liquidación del patrimonio. De hecho, aunque esta solución sea la excepcional desde la perspectiva de la regulación legal, es muy probable que sea en la práctica la más usual. Por ello puede resultar de vital importancia que durante la sustanciación del procedimiento se adopten medidas de garantía sobre dicho patrimonio, medidas que permitan asegurar ese fin último del proceso.

Esa finalidad se puede conseguir por medio de un completo desapoderamiento del deudor respecto a su patrimonio, tal y como se disponía en los procesos concursales de la vieja legislación a la que la Ley Concursal viene a sustituir, o bien por medio de la adopción de medidas cautelares concretas. En la nueva Ley no se establece como efecto de la declaración del concurso un completo desapoderamiento del deudor respecto a su patrimonio, ni siquiera en el caso de que se acuerde la suspensión de sus facultades de administración y disposición. Como regla, si no se dispone otra cosa de forma particular, el patrimonio continúa siendo poseído por el propio deudor. Ello puede constituir una fuente de conflictos, por el riesgo de deterioro del patrimonio que de ello se puede derivar, con el consiguiente perjuicio para los acreedores. Las medidas cautelares de carácter real son el instrumento que arbitra el legislador en la nueva legislación para conseguir un efectivo desapoderamiento del deudor respecto a su patrimonio.

En realidad, más que auténticas medidas cautelares se parecen a las medidas de garantía de la traba que se pueden adoptar en el proceso de ejecución singular respecto a los bienes embargados. No es preciso que se preste fianza para su adopción y tampoco que concurra apariencia de buen derecho, sino que debe considerarse implícita en la propia declaración de concurso. Únicamente es preciso que concurra una concreta situación de peligro que justifique la adopción, en términos similares a lo que ocurre en el proceso de ejecución respecto a las medidas de garantía del embargo.

Tampoco es preciso que exista concreta petición de parte. Estas medidas pueden ser adoptadas de oficio por el juez.

En principio, las medidas que se adopten parecen estar limitadas a producir efectos durante un lapso de tiempo breve: hasta que los administradores concursales tomen posesión de sus cargos. Se trataría, por consiguiente, de medidas cuya eficacia se limitaría a escasos días. La razón por la que se dispone

El depositario

Uno de los cargos que era indispensable nombrar en el procedimiento de quiebra era el de depositario, cuya función es precisamente tomar posesión del patrimonio del deudor declarado en quiebra para entregarlo a los síndicos una vez fueran nombrados.

esa limitación es porque, una vez que los administradores hayan aceptado el cargo pueden adoptar por sí mismos las medidas que estimen oportunas, al menos en el caso de que se haya dispuesto la suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor. La atribución de esas facultades a la administración concursal creemos que comporta la autorización para que puedan disponer lo más oportuno respecto a la conservación de los bienes.

En el caso de que no se les haya atribuido la facultad de administración sino únicamente la de intervención de las actuaciones del deudor, en cambio, no puede considerarse que los administradores concursales estén facultados para adoptar concretas medidas de conservación. En tal supuesto no creemos que la eficacia de las medidas adoptadas por el juez del concurso pueda estar limitada por la toma de posesión del cargo por parte de los administradores concursales, sino que estimamos que se puede prolongar con posterioridad. Así se debe deducir de la puesta en relación de este precepto con el artículo 17, en el que se regulan las medidas cautelares que pueden adoptarse antes de la declaración del concurso. En su apartado 3 únicamente se establece que en la declaración el juez debe pronunciarse sobre la eficacia de estas medidas cautelares, pero no que esa eficacia deba quedar limitada hasta que los administradores concursales tomen posesión de su cargo. El juez concursal tiene facultades para adoptar medidas cautelares sobre los bienes del concursado que pueden producir efectos durante todo el proceso concursal. Por tanto, esa limitación temporal que se establece en el ordinal 4.º del artículo 21.1 debe ser interpretada de forma restrictiva y nunca en el sentido de que comporte una limitación de la facultad de que el juez del concurso pueda establecer medidas cautelares que se mantengan durante todo el procedimiento.

Por otra parte, una interpretación literal de la norma también permite poner en relación la limitación referida únicamente con una de sus finalidades, la última, la de administración del patrimonio del deudor. Y es razonable que así sea, porque las facultades de los administradores concursales están en principio orientadas de forma fundamental a la administración del patrimonio más que a su conservación en sentido estricto. Por eso no se dispone que haya una toma de posesión de los administradores del patrimonio al aceptar sus cargos. En lógica correspondencia, deben existir instrumentos que permitan atender adecuadamente a esa finalidad de conservarlo.

Tampoco puede considerarse razonable que se niegue que el juez pueda adoptar concretas medidas cautelares con permanencia en el tiempo más allá de la aceptación del cargo por los administradores cuando, en el artículo 40.4, se le faculta para poder acordar en cualquier momento el cambio de la situación de intervención o suspensión de las facultades de administración o disposición del deudor a solicitud de la administración concursal u oído el deudor, lo que constituye una verdadera medida cautelar de efectos mucho más fuertes incluso que concretas medidas de conservación del patrimonio.

No se establece cuál es el contenido de las medidas cautelares que se pueden adoptar, sino que únicamente se dice que las que resulten necesarias para asegurar la integridad, la conservación o administración del patrimonio del deudor. De ello se deriva que fundamentalmente pueden consistir en la constitución de depósitos o bien en concretas prohibiciones de disponer, particularmente en supuestos en que no se acuerde la suspensión de la facultad de disposición del deudor sobre sus bienes.

3.3.6. Llamamiento a los acreedores

En principio, ese llamamiento de los acreedores se establece que se realice por medio de las publicaciones edictales que se realicen en el BOE, ello sin perjuicio de la comunicación individualizada (en el apartado 4) que se debe realizar por la administración concursal a cada uno de los acreedores cuya identidad y domicilio consten en el procedimiento.

El plazo para que los acreedores puedan realizar la oportuna manifestación o comunicación de sus créditos, que debe hacer cumpliendo los requisitos de forma establecidos en el artículo 85, es de 30 días, que se computarán, en cualquier caso (esto es, con independencia de que exista comunicación personal) en el plazo de un mes desde que se publique el edicto en el BOE.

Parece que lo más razonable a la vista de la forma en la que se debe computar ese plazo es que no deba existir demasiado desfase entre la publicación de los edictos y la comunicación personal, para evitar que el conocimiento efectivo de los acreedores se pueda producir una vez concluido el plazo de comunicación.

La consecuencia del transcurso del plazo expresado no es propiamente de preclusión, porque la función de esa comunicación es que la administración concursal pueda disponer de la información precisa para elaborar su informe y la lista de acreedores. La comunicación del crédito fuera de plazo no excluye la posibilidad de que se incluya el crédito en la lista. Por consiguiente, cuando la manifestación se presente una vez transcurrido el plazo no creemos que se deba privar a la administración concursal de esa información. Así creemos que lo exige el buen orden del concurso. En otro caso no se estaría haciendo otra cosa que potenciando la litigiosidad interna, remitiendo a los acreedores que se pudieran haber visto excluidos de la lista por esta causa al incidente concursal para la declaración de su crédito.

3.3.7. Publicidad

Constituye contenido necesario del auto de declaración del concurso la expresión de la publicidad que haya de darse a la propia declaración. La forma en la que debe llevarse a cabo la publicidad del concurso se regula en los artículos 23 y 24. En el primero de ellos la publicidad en sentido estricto y en el segundo la publicidad registral. A ambas debe considerarse referida la norma.

Anuncios o edictos que deben publicarse

Son de dos tipos: necesarios y facultativos. Son necesarios los que el propio legislador exige en el apartado 1 del artículo 23, esto es, en el Boletín Oficial del Estado. Tras la reforma operada por el Real decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, el régimen de publicidad se ha modificado considerablemente, suprimiendo la obligatoriedad de la publicación de edictos en prensa no oficial (diarios de circulación). También se ha establecido el carácter gratuito de los edictos que deben publicarse en el BOE, y se ha previsto la creación de un Registro Público Concursal donde se publicarán las resoluciones que traigan causa del concurso.

Con carácter facultativo se establece la posibilidad de que el juez acuerde cualquier publicidad complementaria que considere imprescindible para la efectiva difusión de los actos del concurso.

Anotaciones registrales

Se debe acordar en el propio auto de declaración la inscripción en el Registro civil, en el caso de deudor persona física, la declaración del concurso y los efectos que ha comportado sobre las facultades de administración y disposición del deudor sobre su patrimonio (art. 24.1).

Si el deudor fuera sujeto inscribible en el Registro Mercantil, se practicarán iguales inscripciones en éste, previa su propia inscripción, si no se hubiera practicado previamente (art. 24.2).

Lo mismo se hará en el caso de deudor persona jurídica no inscribible en el Registro Mercantil pero que conste inscrita en otro registro público (art. 24.3).

También debe llevarse anotación preventiva al Registro de la Propiedad y a cualesquiera otros registros públicos sobre bienes o derechos en los que figuren inscritos bienes del deudor (art. 24.4).

3.3.8. Formación de pieza separada respecto a la disolución de gananciales

En el caso de concurso de persona casada, se dispone en el artículo 77.1, que la masa activa del concurso comprenderá únicamente los bienes y derechos propios y privativos del concursado, con la salvedad que se establece en el apartado 2, esto es, que el régimen económico del matrimonio fuese el de sociedad de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, supuesto en el que también se incluirán en la masa activa los bienes gananciales o comunes cuando deban responder de obligaciones del concursado. En este caso el cónyuge del concursado podrá pedir la disolución de la sociedad o comunidad conyugal y el juez acordará la liquidación o división del patrimonio que se llevará a cabo de forma coordinada con lo que resulte del convenio o de la liquidación del concurso.

Que se acuerde en el auto declarando el concurso la formación de esta pieza separada es algo contingente y que depende de las siguientes circunstancias: primera, que se trate de un concurso de una persona casada en régimen de comunidad de bienes; y segunda, que el cónyuge del concursado inste la liquidación o disolución de la sociedad o comunidad conyugal.

Que sea precisa la concurrencia de esas dos condiciones, particularmente de la segunda, hace que sea poco probable que la formación de la pieza separada se pueda llevar a cabo siempre al dictarse el auto declarando el concurso. Por ello creemos que no debe existir inconveniente alguno para que su formación se pueda llevar a cabo en un momento posterior, cuando se haya constatado la concurrencia de ambos presupuestos.

3.3.9. Decisión respecto a la aplicación del régimen del procedimiento abreviado

Los presupuestos para que proceda seguir los trámites del procedimiento abreviado se establecen en el artículo 190: cuando el deudor sea una persona natural o bien una persona jurídica que, conforme a la legislación mercantil, esté autorizada a presentar balance abreviado y, en ambos casos, que la estimación inicial de su pasivo no supere los 10 millones de euros.

En el caso de concurso voluntario, o necesario pero con solicitud también del deudor, no existen demasiados inconvenientes para que se pueda acordar seguir el procedimiento abreviado en este momento, que es cuando tiene mayor sentido, ya que esa decisión condiciona efectos tales como el número de administradores que es preciso nombrar. No obstante, en el caso de concurso necesario, con mucha frecuencia se puede desconocer en el momento de dictar esta resolución si concurren los presupuestos, porque no se haya tenido aún acceso a la contabilidad del deudor. Si éste vino cumpliendo con su obligación legal de aportar las cuentas al Registro Mercantil es posible deducir de

las últimas aportadas si concurren tales presupuestos, lo que significa tanto como exigirle al legitimado solicitante que aporte esas cuentas con la solicitud para poder determinar el procedimiento a seguir.

3.3.10. Otras cuestiones sobre las que también debe recaer o puede recaer pronunciamiento en esta resolución

Hasta aquí se ha expuesto el contenido que debe tener el auto declarando el concurso, contenido que, como se ha visto, puede ser necesario o bien contingente, en la medida en que alguno de los pronunciamientos únicamente procederá si concurren los presupuestos a los que la ley los condiciona.

Por otra parte, nos preguntamos si el contenido que se expresa en este precepto es completamente exhaustivo o aún existen cuestiones sobre las cuales deba también recaer pronunciamiento en esta resolución o bien resulte conveniente hacerlo. Como resulta de lo que a continuación se expone, el apartado 1 del artículo 21 no agota todas las cuestiones sobre las que debe recaer pronunciamiento expreso en el auto declarando el recurso.

Formación de otras piezas separadas

En el apartado 3 del propio artículo que se comenta se establece que declarado el concurso se debe acordar la formación de las secciones segunda, tercera y cuarta, cada una de las cuales se encabezará con testimonio de la resolución en la que se acuerde su formación.

Resulta difícil de comprender que se disponga que el encabezamiento de cada sección se deba hacer con el auto, o sentencia, que hubiera ordenado su formación, por dos razones: primera, porque no resulta posible saber en qué supuesto se debe acordar que la formación de cualquiera de esas secciones se haga por sentencia; y segunda, porque parece que lo razonable es que la formación se acuerde mediante una resolución que se adopte en la Sección primera, la única hasta ese momento constituida, de forma que parece que lo único razonable es que el encabezamiento de cada una de las secciones que se haya ordenado formar se haga con testimonio de la resolución dictada en aquella sección, no con el original, que lógicamente debe permanecer en la Sección primera.

Por otra parte, aunque la mención legal es algo equívoca, no creemos que exista inconveniente alguno que impida que la formación se pueda ordenar en el propio auto declarando el concurso. Parece que lo más razonable es que sea en esta misma resolución en la que se acuerde esa formación y que sea testimonio de dicho auto el que se lleve al encabezamiento de cada una de esas secciones.

Medidas cautelares personales

Aunque estas medidas no están reguladas en la Ley Concursal sino que lo están en la Ley Orgánica que la acompaña (LO 8/2003, de 9 de julio), concretamente en su artículo 1.º, ello no puede impedir que su adopción se haga de forma conjunta con otras decisiones del concurso y el auto de declaración puede ser una buena ocasión para ello.

Las medidas de que tratamos son las siguientes:

- La intervención de las comunicaciones del deudor.
- El deber de residencia del deudor persona natural en la población de su domicilio o, dicho con otros términos, la imposibilidad de cambiar de domicilio.
- La entrada y registro en el domicilio del deudor.

Respecto al procedimiento para la adopción de cualesquiera de esas medidas únicamente se establece un requisito: la necesidad de prestar audiencia al Ministerio Fiscal. No se exige, en cambio, que deba ser oído al deudor, algo que resulta incomprensible.

Con independencia de ello, lo cierto es que junto a esa exigencia de audiencia se establece la necesidad de que exista petición de parte legitimada para instar el concurso para que puedan ser adoptadas esas medidas antes de la declaración. En cambio, desde la declaración pueden ser adoptadas incluso de oficio. Ello nos sitúa en que en el caso de concurso necesario puede ser adoptada la medida en el propio auto declarando el concurso, porque antes ha sido posible prestar la audiencia al Ministerio Fiscal.

En cambio, en el caso de concurso voluntario esa posibilidad es menos probable que se produzca, porque la necesidad de prestar audiencia al Ministerio Fiscal lo impide. No obstante, creemos que nada impide que se pueda acordar en la propia resolución prestar la audiencia al concursado, como parece aconsejable hacer, en el caso de que se pretenda adoptar cualesquiera de esas medidas.

Inscripción en el Registro del nombramiento de administradores concursales

En el artículo 198 se establece la necesidad de inscribir en el Registro que al efecto debe constituir el Ministerio de Justicia el nombramiento de los administradores concursales que se realice. Para dar cumplimiento a esa exigencia debe acordarse la inscripción en el propio auto en el que la designación se realice.

Aunque puede parecer discutible si la inscripción se debe realizar una vez que el administrador acepte el cargo, creemos que lo que se ha dispuesto es la simple designación, no la aceptación del cargo, razón por la que la inscripción debe acordarse en la propia resolución en la que se realice la designación.

Expresión de los recursos que caben contra la resolución

También debe consignarse en la propia resolución, o al notificarla, según lo que se expresa en el artículo 248.4 LOPJ, los recursos que contra la misma proceden. Esos recursos son dos distintos, en función de lo que se pretenda impugnar. Si se quiere discutir la cuestión principal, esto es, la procedencia de la propia declaración de concurso, el único recurso admisible es el de apelación. En cambio, si únicamente se pretende cuestionar alguno de sus particulares pronunciamientos aceptando el de declaración, el recurso procedente es el de reposición.

Suspensión de las ejecuciones en trámite sobre el patrimonio del concursado

El artículo 55.2 establece ese efecto sobre las ejecuciones que se encuentren en tramitación en el momento en que el concurso se haya declarado, por lo que debe acordarse en la resolución librar comunicación a tal efecto a los juzgados en que se conozca que se están siguiendo. Aunque no esté expresamente ordenado, parece aconsejable que se acuerde en el propio auto de declaración del concurso librar comunicación a los juzgados del orden civil de la misma población haciendo saber tal declaración y sus efectos sobre las ejecuciones singulares en curso.

La declaración del concurso también afecta a las ejecuciones singulares de garantías reales, determinando su suspensión durante el plazo de un año desde ese momento o bien hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho. También se establece la imposibilidad de iniciarlas desde ese momento hasta que se produzca cualquiera de esas dos circunstancias (art. 56, apartados 1 y 2). La comunicación a la que antes se ha hecho referencia es preciso que también se refiera, por consiguiente, a las ejecuciones de este tipo y a los efectos del concurso sobre ellas.

Costas

En el caso de que hubiera existido oposición del deudor, debe hacerse en el auto declarando el concurso pronunciamiento sobre las costas. La declaración del concurso comporta la declaración de que las costas del procedimiento, incluidas las sufridas por el solicitante, son de cargo del concursado y tienen la consideración de crédito contra la masa. No se establece excepción alguna a esa regla general, de forma que siempre regirá ese principio objetivo. Este pronunciamiento está referido únicamente a las costas del incidente que se

resuelve con esta resolución. Respecto a las demás costas del procedimiento concursal, es preciso estar a las reglas generales establecidas en el artículo 84.2, ordinales 2.º y 3.º, que como norma las reputa también como costas de la masa.

Bibliografía

Mercadal Vidal (2004). "Comentario al artículo 1". En: Sagrera; Sala; Ferrer (coord.). Comentarios a la Ley Concursal (vol. 1, p. 21). Barcelona.

Ferrándiz, José Ramón (2003). "Comentario al artículo 1". En: Fernández-Ballesteros (coord.). Derecho Concursal Práctico. Comentarios a la nueva Ley Concursal (p. 26). Madrid.

