

Calificación, conclusión y normas procesales

Juan Francisco Garnica Martín

PID_00159725



Universitat Oberta
de Catalunya

www.uoc.edu

Índice

1. Calificación del concurso	5
1.1. Función de la calificación concursal	5
1.2. ¿Cuándo se abre la sección de calificación?	5
1.3. Objeto de la calificación	6
1.3.1. La calificación en sentido estricto	6
1.3.2. La existencia de complicidad	6
1.3.3. La inhabilitación y su alcance	7
1.3.4. La responsabilidad de los administradores de la persona jurídica	7
1.4. La calificación del concurso culpable	8
1.4.1. La regla general	8
1.4.2. Presunciones <i>iuris et de iure</i>	9
1.4.3. Presunciones <i>iuris tantum</i> de dolo o culpa grave	9
1.5. El procedimiento de calificación	10
1.5.1. Naturaleza del procedimiento	10
1.5.2. Legitimación activa	10
1.5.3. Legitimación pasiva	11
1.5.4. Trámites	11
2. Conclusión y reapertura del concurso	13
2.1. Conclusión del concurso	13
2.2. Reapertura del concurso	14
3. Normas procesales generales	15
3.1. Principios generales del nuevo proceso concursal	15
3.2. Competencia	16
3.3. Partes y postulación	17
3.3.1. Partes necesarias	17
3.3.2. Partes facultativas	19
3.3.3. La actuación de los acreedores	21
3.4. Secciones y piezas separadas	22
3.4.1. Sección Primera	23
3.4.2. Sección Segunda	23
3.4.3. Sección Tercera	24
3.4.4. Sección Cuarta	24
3.4.5. Sección Quinta	25
3.4.6. Sección Sexta	26
3.5. Esquema del procedimiento	27
3.5.1. La fase de declaración	27
3.5.2. La fase común	30
3.5.3. La fase de convenio	31
3.5.4. La fase de liquidación	32

3.6.	Procedimiento abreviado	32
3.7.	El incidente concursal	33
3.7.1.	Partes en el incidente	33
3.7.2.	Demanda incidental y documentos	34
3.7.3.	Admisión a trámite	34
3.7.4.	El juicio	35
3.7.5.	Sentencia y recursos	36
3.8.	Las medidas cautelares en el proceso concursal	36
3.8.1.	Medidas de carácter personal	36
3.8.2.	Medidas sobre los bienes	38
4.	El sistema de recursos.....	39
4.1.	Recursos contra resoluciones interlocutorias	39
4.2.	Recursos contra sentencias dictadas en incidentes concursoales	40
4.2.1.	En el caso de que el objeto no sea laboral	40
4.2.2.	Cuando su objeto sea laboral	40
4.3.	Recursos extraordinarios	41

1. Calificación del concurso

1.1. Función de la calificación concursal

La calificación del concurso tiene como objeto determinar si la conducta del concursado ha sido relevante en la producción de su situación de insolvencia y, caso de serlo, establecer las oportunas responsabilidades, que pueden afectar al propio concursado o bien a terceros, sus administradores, en el caso de que el concursado sea una sociedad, o bien a los que hubieran sido cómplices en su conducta.

En la legislación derogada la calificación de la quiebra o el concurso como fraudulentos llegó a ser incluso presupuesto para que fueran admisibles acciones penales contra el concursado por los tipos de la insolvencia punible. Ese carácter lo perdió la calificación ya antes de la entrada en vigor de la Ley Concursal, que ha mantenido el mismo sistema, de forma que para la prosecución del proceso penal no resulta preciso que exista calificación, ni la calificación del concurso como fortuito resulta prejudicial respecto a la suerte de las acciones penales (art. 163.2).

Las sanciones que procede imponer caso de que el concurso se considere culpable son siempre de carácter civil, sin perjuicio de las penales que se puedan imponer en el proceso penal que eventualmente se pueda seguir. Entre ellas, la sanción tipo es la de inhabilitación para administrar bienes ajenos durante un período de dos a quince años, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo período (art. 172.2.2). Pero la novedad más sobresaliente en la nueva regulación está constituida por el sistema de responsabilidad de los administradores de las personas jurídicas, que pueden verse afectados doblemente: primero, la de indemnizar daños y perjuicios causados a la masa del concurso (art. 172.2.3); y segundo, la de poder ser sancionados al pago (total o parcial) de las deudas sociales que resulten insatisfechas con los bienes que integran la masa del concurso (art. 172.3).

1.2. ¿Cuándo se abre la sección de calificación?

La sección de calificación no constituye un trámite obligado de todo concurso sino que, únicamente, se debe abrir en aquellos supuestos en los que el legislador ha considerado que del concurso se ha derivado para los acreedores un sacrificio suficientemente oneroso. Los supuestos en los que la apertura procede son (art. 163 LC):

- 1) Todos aquellos en los que el concurso termine en liquidación, con independencia del resultado de la misma.
- 2) Los supuestos en los que termine con convenio, siempre que éste sea muy gravoso, esto es, cuando se establezca una quita superior a un tercio del importe de los créditos o un espera superior a tres años.

Junto a esos dos supuestos es preciso hacer referencia a un tercero, el caso de que el concurso termine archivándose en la fase común por falta de bienes en la masa (art. 176). En tal supuesto el concurso finaliza de forma distinta a las soluciones prototipo (convenio o liquidación), si bien antes de proceder al archivo es preciso iniciar y concluir la sección de calificación, para depurar las responsabilidades a que, en su caso, hubiera lugar.

1.3. Objeto de la calificación

1.3.1. La calificación en sentido estricto

El objeto de la calificación en sentido estricto está constituido por considerar el concurso como fortuito o como culpable (art. 163.2). A diferencia de la legislación anterior en la que las categorías de la calificación eran tres: fortuito, culpable y fraudulento, en la Ley Concursal se han agrupado en un única categoría las conductas que en la anterior hubieran merecido la consideración de culpable y de fraudulento.

1.3.2. La existencia de complicidad

La calificación del concurso puede no afectar únicamente al concursado, sino que también pueden verse involucrados en la misma determinados terceros que hubieran participado en las conductas que hubieran dado lugar a la calificación del concurso como culpable. Estos terceros son los cómplices, quienes además de resultar condenados a la sanción de inhabilitación, igual que el concursado, también pueden resultar condenados a:

- La pérdida de cualquier derecho que tuvieran como acreedores concursales o de la masa.
- La devolución de los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa.
- La indemnización por los daños y perjuicios causados.

1.3.3. La inhabilitación y su alcance

La sanción tipo, como se ha adelantado, es la de inhabilitación para administrar bienes ajenos durante un período de dos a quince años, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo período (art. 172.2.2).

El afectado por esta sanción no queda afectado para la administración de su propio patrimonio, ni tampoco queda imposibilitado para seguirse dedicando a una actividad comercial o industrial (para ejercer el comercio en sentido amplio) a diferencia de lo que ocurría en la legislación derogada. En cambio, no podrá ejercer el cargo de administrador de cualquier persona jurídica. Respecto de la concursada, los que sean administradores o liquidadores de ella deben ser sustituidos, conforme a lo que se dispone en el artículo 173.

Por otra parte, la sanción de inhabilitación, como también se ha adelantado, no alcanza únicamente al concursado sino también a sus administradores, de hecho o de derecho, y a los cómplices.

El alcance temporal de esta sanción es extraordinariamente amplio, pues va desde los dos años hasta los quince. Se concede un amplio arbitrio al juez para acomodar la gravedad de la sanción a la conducta que la motive.

1.3.4. La responsabilidad de los administradores de la persona jurídica

El legislador ha establecido un doble tipo de responsabilidad de los administradores de la persona jurídica:

- Una responsabilidad por daños y perjuicios (art. 172.2.3)
- Una responsabilidad "sanción", al pago (total o parcial) de las deudas de la sociedad que no resulten satisfechas con la masa del concurso.

Ese doble sistema de responsabilidad, que tanta polémica está originando, por la enfrentada interpretación que en la doctrina se está haciendo de la segunda, constituye una de las novedades esenciales que introduce la Ley Concursal. Si bien es una novedad relativa porque el sistema de "responsabilidad-sanción" ya había adquirido carta de naturaleza en nuestro derecho desde que fuera introducido por el legislador en el año 1989, en la reforma de la Ley de Sociedades Anónimas. La Ley Concursal no ha hecho otra cosa que seguir ese sistema dual de responsabilidad que desde entonces ha sido habitual en nuestro derecho de sociedades mercantiles.

La diferencia entre esos dos tipos de responsabilidad está en que, mientras que para que la primera pueda prosperar es preciso que concurren (se acrediten) los tres típicos requisitos de la culpa civil: hecho dañoso, daño y relación de causalidad. En cambio, respecto de la segunda basta con que concurren los presupuestos legales a los que el legislador anuda la imposición de la sanción legal. La diferencia fundamental entre ambos sistemas consiste en que, en la responsabilidad sanción, no resulta preciso que se acredite la concurrencia de nexo de causalidad entre el daño producido al patrimonio del concursado (a la masa activa del concurso) y la conducta que se hace acreedora de la sanción legal.

1.4. La calificación del concurso culpable

1.4.1. La regla general

El sistema legal para la calificación del concurso se funda en la tipificación de las causas que pueden determinar que el concurso se declare como culpable, de forma que en el caso de no existir conductas incluidas en los tipos legales el concurso se debe considerar como fortuito.

Para realizar esa determinación de conductas se parte de una regla general y, a continuación, se incluyen conductas que aparentemente no son otra cosa que concreciones o indicios (*iuris tantum* o *iuris et de iure*) de tal regla general, si bien no es cierto que sea así, ya que algunas de las conductas tienen autonomía y en modo alguno pueden considerarse incluidas como concreciones de la regla general.

La regla general se encuentra en el artículo 164.1 que establece que el concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravamiento del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en el caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores de hecho o de derecho.

Interpretación

Un sector doctrinal ha interpretado que no se trata de una responsabilidad sanción sino que se trata también de responsabilidad civil, con lo que ha asimilado una responsabilidad con otra, dejando prácticamente vacío de contenido el precepto legal. Con ello no se ha hecho otra cosa que reeditar una vieja discusión que se produjo ya hace más de un decenio en torno a la responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles al introducirse la acción del art. 262.5 TRLSA. También aquí se discutió si se estaba ante una responsabilidad civil o ante una "responsabilidad sanción", imponiéndose sin paliativos la segunda postura en la jurisprudencia.

1.4.2. Presunciones *iuris et de iure*

Las presunciones contenidas en el artículo 164.2 no son simples presunciones de culpa, sino verdaderos tipos de concurso culpable. En realidad no es presumible simplemente el dolo o la culpa grave, sin posibilidad de prueba en contrario, sino que con una fórmula un tanto atípica lo que el legislador ha hecho es establecer tipos concretos en los que el concurso debe ser declarado culpable **en todo caso**, esto es, con independencia de que la conducta haya podido contribuir o no a la generación o agravación de la insolvencia.

Los tipos que se establece son los siguientes:

- La total ausencia de contabilidad o la existencia de doble contabilidad o de irregularidad relevante para la comprensión de la situación patrimonial o financiera del deudor.
- La inexactitud grave o la falsedad en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud o presentados durante todo el procedimiento.
- Cuando se haya debido abrir de oficio la fase de liquidación por incumplimiento del convenio debido a causas imputables al concursado.
- Diferentes conductas de alzamiento de bienes (apartados 4, 5 y 6 del art. 164.2).

1.4.3. Presunciones *iuris tantum* de dolo o culpa grave

En el artículo 165 se establecen varias conductas en las que se presume *iuris tantum*, esto es, salvo prueba en contrario, la existencia de dolo o culpa grave. Tales conductas son las siguientes:

- Haber incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso. Tal deber consiste en instarlo dentro de los dos meses siguientes al momento en el que el deudor conoce su situación de insolvencia (art. 5 LC).
- Incumplir el deber de colaboración con el juez del concurso y con la administración concursal o no asistir a la junta de acreedores.
- Si el deudor, obligado a llevar la contabilidad, no hubiera formulado las cuentas anuales, no las hubiera sometido a auditoría, debiendo hacerlo o no las hubiera depositado en el Registro en alguno de los tres ejercicios anteriores a la solicitud.

Nota

Respecto del incumplimiento de este deber se puede apreciar con claridad que lo que en realidad el legislador ha querido establecer no es simplemente una presunción de culpa sino un verdadero tipo de concurso culpable, que es completamente independiente de la relevancia que tales conductas tengan respecto de la insolvencia del deudor, porque no se comprende cómo podrían influir en ella tales conductas que tienen lugar cuando el deudor ya se encuentra concursado y, con frecuencia, incluso desposeído de la administración de su patrimonio.

1.5. El procedimiento de calificación

1.5.1. Naturaleza del procedimiento

Se trata de un simple procedimiento incidental del de concurso, que se tramita en una sección separada del proceso concursal. Por consiguiente, no tiene autonomía propia y está siempre ligado al proceso concursal, si bien ello no significa que quienes sean parte en cualesquiera de las secciones del mismo también puedan ostentar ese mismo carácter en esta sección.

Por otro lado, este procedimiento no tiene la estructura típica de un proceso declarativo, ya que no comienza con una demanda en sentido estricto, sino con el informe de la administración concursal y el dictamen del Ministerio Fiscal. Podría decirse que en este procedimiento existe un importante debilitamiento del principio de contradicción y una importante acentuación de los poderes de oficio del juzgador.

1.5.2. Legitimación activa

Como resulta de lo que se ha dicho en el apartado anterior, en este procedimiento no existen propiamente legitimados activamente, salvo que como tales queramos considerar a la administración concursal y al Ministerio Fiscal, que son quienes están más próximos a asumir una posición cercana a la de parte actora en un procedimiento declarativo.

A los demás interesados les está reservada únicamente la posibilidad de intervenir y mostrarse como interesados (con la condición formal de parte), y alegar por escrito cuanto consideren relevante para la calificación del concurso como culpable (art. 168). Esas alegaciones no cumplen otra función que la de poner en conocimiento de la administración concursal la existencia de circunstancias que pueden ser tomadas en consideración en la calificación del concurso, si bien ni son demanda de calificación, ni vinculan a la administración concursal ni al fiscal, ni tampoco pueden ser tomadas como referencia por el juez del concurso para calificar el concurso como culpable cuando no le halla sido solicitado así por la administración concursal o el fiscal.

Gráficamente, se podría decir que los interesados se limitan a poner sus alegaciones en un buzón que abre la administración concursal para realizar su propia calificación, que es la que pasa al dictamen del Ministerio Fiscal. En el RDL 3/2009 se ha precisado que su intervención les atribuye la condición de parte, pero sin que ello signifique que baste con su solicitud de que se considere el concurso como culpable para que el procedimiento de calificación siga adelante.

1.5.3. Legitimación pasiva

Legitimados pasivamente lo están el concursado y todos los demás que puedan resultar afectados por la calificación, sea a título de cómplices, sea como administradores de hecho o de derecho de la persona jurídica concursada.

A todos ellos es preciso darle traslado, pero únicamente en el caso de que el informe de la administración concursal y el dictamen del Ministerio Fiscal, en su caso, contemplen la posibilidad de que el concurso se declare como culpable. Si no es así, si se propone que se declare fortuito el juez debe proceder, sin más trámites, a dictar auto de archivo de las actuaciones.

1.5.4. Trámites

El primer trámite es el de personación y alegaciones de los interesados. Cualquier acreedor o persona que acredite interés legítimo puede personarse en la sección dentro de los diez días (cinco, en el caso de concurso abreviado) siguientes a la última publicación que se hubiera dado a la resolución judicial de aprobación del convenio o, en su caso, de apertura de la fase de liquidación.

El siguiente trámite consiste en dar vista de las alegaciones de los acreedores a la Administración Concursal para que dentro de los siguientes 15 días presente al juez un informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso, con propuesta de resolución. En el caso de que se proponga que el concurso se declare como culpable, se debe expresar en el informe la identidad de las personas a las que debe afectar la calificación y las que deban ser consideradas cómplices, justificando la causa, así como la determinación de los daños y perjuicios que en su caso se hayan causado por las personas anteriores (art. 169.1).

Del informe de la administración concursal se debe dar traslado por 10 días al Ministerio Fiscal para que emita dictamen. La falta de emisión del mismo no impide que el procedimiento pueda continuar adelante.

En el caso de que de la administración concursal y el dictamen coincidan en calificar el concurso como fortuito, el procedimiento se archiva sin más trámite y sin posibilidad de recurso alguno (art. 170.1).

Si en alguno de esos dictámenes el concurso se califica como culpable, debe darse audiencia a las personas que pudieran ser afectadas por la calificación para que puedan oponerse a ella.

Si comparecen se les da vista del contenido de la sección para que puedan alegar cuanto les convenga. A quienes no comparezcan se les declarará en rebeldía.

La oposición, caso de existir, se sustancia por los trámites del incidente concursal. Por consiguiente, la oposición hace las veces de verdadera demanda que da lugar, ahora sí, a un verdadero proceso contencioso en el que la parte actora es quien se oponga y demandada la administración concursal y el Ministerio Fiscal.

Tras sustanciarse el juicio se dicta sentencia de calificación (art. 172), que puede ser objeto de recurso de apelación por quienes hubieran sido parte en la sección de calificación.

2. Conclusión y reapertura del concurso

2.1. Conclusión del concurso

La conclusión del concurso está regulada en el artículo 176, donde se ha pretendido hacer referencia de forma conjunta y exhaustiva a todas las causas de extinción del procedimiento, haciéndose referencia a las siguientes:

- Una vez firme el auto de la Audiencia Provincial que revoque en apelación el auto de declaración de concurso. A esta resolución debe añadirse el supuesto, en el concurso necesario, de que el juez dicte auto desestimando la solicitud (art. 19), o aquel en que la solicitud no llega a admitirse a trámite, casos a los que no se hace expresa referencia por considerarse que en ellos no ha llegado a haber propiamente concurso.
- Una vez firme el auto que declare el cumplimiento del convenio y caducadas o rechazadas por sentencia firme las acciones de declaración de incumplimiento.
- Cuando se produzca o compruebe, en cualquier estado del procedimiento, el pago o la consignación de la totalidad de los créditos reconocidos o la íntegra satisfacción de los acreedores por cualquier otro medio.
- Cuando se compruebe, en cualquier estado del procedimiento, la inexistencia de bienes y derechos del concursado y de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores. Si bien, no podrá dictarse auto poniendo fin al procedimiento por esta causa mientras se esté tramitando la sección de calificación o estén pendientes demandas de reintegración a la masa o de exigencia de responsabilidad a terceros (art. 176.3).
- En cualquier estado del procedimiento, una vez terminada la fase común del concurso, cuando quede firme la resolución que acepte el desistimiento o la renuncia de la totalidad de los acreedores reconocidos o la sentencia que homologue una transacción del deudor con éstos.

En esta última causa se regula el desistimiento, dejando claro que no basta con que desista el acreedor que instara el concurso sino que es preciso el desistimiento de todos los acreedores para que pueda finalizar el procedimiento. No obstante, lo establecido en este artículo debe ser puesto en relación con lo prevenido en el artículo 18, que sí que establece la finalización del procedimiento por el desistimiento del instante antes de que el concurso sea declarado. Tras la declaración es preciso estar a lo establecido en el artículo 176.1.5.º.

El desistimiento del deudor en el concurso voluntario no está previsto ni parece que pueda tener relevancia alguna una vez declarado el concurso. Únicamente tendría consecuencias si se produce antes de la admisión a trámite del procedimiento.

Para que se pueda dictar el auto dando por finalizado el procedimiento en los supuestos de pago, inexistencia de bienes, desistimiento y renuncia de los acreedores, es preciso que previamente se emita informe por parte de la Administración judicial y se pongais de manifiesto a las partes personadas por el plazo de 15 días. En el caso de que se formulara oposición por alguna de ellas, debe resolverse previamente por el trámite del incidente concursal.

Los efectos que de la conclusión se derivan son los siguientes:

- El cese de las limitaciones sobre las facultades de administración y disposición del concursado, salvo que se haya impuesto la inhabilitación en la sentencia de calificación (art. 178.1).
- Si la causa de conclusión ha sido la inexistencia de bienes, el deudor queda responsable de las deudas y los acreedores puede iniciar ejecuciones singulares o continuar las previamente suspendidas (art. 178.2).
- Rendición de cuentas por parte de la administración concursal (art. 181).

2.2. Reapertura del concurso

La conclusión del concurso no siempre tiene un carácter definitivo, ya que el propio legislador determina en el artículo 179 la posibilidad de que el concurso se pueda reabrir dentro de los cinco años siguientes de la conclusión de un concurso por inexistencia de bienes cuando de nuevo se inste el concurso con posterioridad por el mismo concursado, persona natural o jurídica.

Para el caso de la persona jurídica se dispone que la reapertura se hará a los simples efectos de proceder a la apertura de la liquidación. Para el caso del deudor persona física no se dispone nada en concreto, lo que parece significar que no se ha querido descartar otra solución concursal distinta como, por ejemplo, que se pueda conseguir un convenio.

La administración concursal deberá actualizar, dentro de los dos meses siguientes a la acumulación de las actuaciones anteriores, las listas definitivas de acreedores y el inventario (art. 180).

3. Normas procesales generales

3.1. Principios generales del nuevo proceso concursal

En la propia Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Concursal se hace referencia a los principios esenciales que informan 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. 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.

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.

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.

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).

3.2. Competencia

La competencia objetiva corresponde a los Juzgados de lo Mercantil, si bien, transitoriamente, se dispone en la Transitoria Segunda que hasta que no se creen esos juzgados sus competencias las asumirán los de Primera Instancia de las capitales de provincias, Ceuta y Melilla.

La competencia territorial se regula en el artículo 9 y responde al principio general de inderogabilidad de los fueros establecidos, con el consiguiente examen de oficio por parte del juez (apartado 4).

Como primer fuero se establece el del territorio de la provincia en que el deudor tenga el centro de sus intereses principales, reputándose como tal el lugar donde el deudor ejerce de modo habitual y reconocible por terceros la administración de tales intereses. En el caso de que el deudor sea persona jurídica, se presume que el centro de intereses principales se encuentra en el lugar de su domicilio social, sin que a estos efectos sea eficaz el cambio de domicilio efectuado en los seis meses anteriores a la solicitud del concurso.

Si el deudor tuviere en España su domicilio y no coincidiese con el centro de sus intereses principales, también será competente, a elección del acreedor solicitante, el Juzgado de lo Mercantil de su demarcación.

Para el caso de que el centro de los intereses principales no se encuentre en territorio español, se establece como fuero el del lugar en que el deudor tuviere un establecimiento. Y de existir varios, cualquiera de ellos, a elección del solicitante.

También se regula la impugnación de la competencia por medio de la declinatoria (art. 11), distinguiéndose dos situaciones distintas:

- El deudor podrá plantearla dentro de los 5 días siguientes a aquel en que hubiera sido emplazada.

- Los demás legitimados podrán plantearla dentro de los 10 días siguientes a la última de las publicaciones.

La interposición de la declinatoria no suspenderá la sustanciación del proceso, manteniendo validez lo practicado, a pesar de que luego la declinatoria se estime.

3.3. Partes y postulación

Las particularidades que en esta materia se presentan en los procedimientos concursales no son escasas, por lo que se echaba en falta una regulación que diera respuesta a las incertezas que la anterior originaba. En el Proyecto de nueva Ley Concursal se afronta esta materia en el artículo 184, donde se distingue entre diferentes tipos de partes y se establecen normas de postulación distintas, atendiendo a cada una de ellas, así como a atendiendo a las particularidades del procedimiento o bien de la actuación que dentro de él se pretenda desarrollar.

3.3.1. Partes necesarias

Se atribuye la condición de *parte necesaria* en el proceso concursal al deudor y a los administradores judiciales, disponiéndose que uno y otros serán reconocidos como parte en todas las secciones, sin necesidad de previa comparecencia formal.

La novedad más significativa es que se haya atribuido a los administradores el estatus formal de parte, con lo que se ha dado un importante paso adelante para superar los problemas que, en otro caso, se hubieran planteado sobre su carácter y posición procesal, dejando clara la necesidad de que les sean notificadas todas las resoluciones que se dicten en el proceso concursal.

También puede considerarse que tiene la condición de parte necesaria del procedimiento concursal el Fondo de Garantía Salarial, si bien únicamente en el caso de que del proceso pudiera derivarse su responsabilidad para el abono de salarios o indemnizaciones de los trabajadores. No obstante, en este caso no ostenta el mismo estatus procesal que el deudor y los administradores, al no disponerse que también deba ser considerado como parte en todas las secciones del procedimiento. Por consiguiente, el Fondo deberá ser citado como parte, pero su condición formal de parte en cada una de las secciones dependerá de que, en efecto, comparezca formalmente y la notificación de las posteriores resoluciones que se dicten en el procedimiento debe estar condicionada a que esa comparecencia formal se llegue a producir.

El Ministerio Fiscal es parte necesaria en el procedimiento, aunque únicamente en la sección sexta, la de calificación.

- **Requisitos de postulación del deudor.** La comparecencia formal de cada una de las llamadas *partes necesarias* está sometida a reglas propias: la del deudor exige de abogado y procurador. La cuestión que se suscita es la de si le deberán ser nombrados de oficio cuando no haya tomado la iniciativa de nombrarlos por su parte en el caso del concurso necesario, o bien no es preciso que ese nombramiento se lleve a efecto.

Creemos que la respuesta más razonable que debe darse a la anterior cuestión es que el nombramiento de oficio no es preciso, a pesar de que la condición sea de parte necesaria. No obstante, ello origina otras dudas, tales como si deberá, no obstante su falta de comparecencia formal, notificársele las resoluciones que recaigan en el procedimiento, como parece derivarse precisamente de su condición de parte necesaria. Esa cuestión no tiene una respuesta expresa en la regulación que se proyecta, de forma que habría que acudir a la Ley de Enjuiciamiento civil, que expresamente se reconoce como subsidiaria. El artículo 150 establece la necesidad de notificar las resoluciones a todos los que sean parte en el proceso y los artículos 153 y siguientes disponen la forma de practicar las notificaciones, esto es, por medio del procurador a las partes personadas y en el domicilio personal a las aún no personadas o no representadas (art. 155). Ello nos podría situar en la incomodísima posición, desde la perspectiva de una razonable gestión del procedimiento concursal, de practicar un enorme número de notificaciones en el domicilio personal del concursado, con el coste y los retrasos que ello comporta.

La solución a ese problema, que nos parece importante, puede encontrarse por dos vías distintas: primera, la de considerar que del carácter de parte necesaria se deriva la imprescindibilidad de una defensa técnica, de forma que le sea nombrada de oficio cuando el concursado no la nombra voluntariamente, tal y como ocurre en el proceso penal; segunda, considerar que cuando el legislador habla de *parte* necesaria en el artículo 184.1 no utiliza el concepto de parte en sentido formal sino material.

Esta segunda solución puede resultar imaginativa pero creemos que pugna con el sentido literal del propio precepto, que parece querer imponer con claridad la condición formal de parte con independencia de que se realicen actos procesales. Por ello, creemos que la única salida razonable es la de proceder al nombramiento de oficio de abogado y procurador.

- **Requisitos de postulación del FOGASA.** La comparecencia del Fondo de Garantía Salarial está exonerada de cumplir los requisitos de postulación

antes referidos, atendido su carácter de organismo público, por lo que bastará que comparezca por medio del abogado del Estado.

- **Requisitos de postulación de los administradores concursales.** Los administradores concursales, tal y como se ha anticipado, son parte necesaria sin necesidad de comparecencia formal en todas las secciones del procedimiento, por lo que están exonerados de especiales requisitos de postulación. En ese sentido se dispone en el artículo 184.5 que serán oídos siempre sin necesidad de comparecencia formal. Ello es completamente razonable y acorde con la naturaleza de este órgano, que en realidad es algo distinto a una simple parte: tal y como se concibe en la regulación, es un órgano necesario del concurso, no siendo sus funciones las de un simple postulante, aunque incidentalmente también pueda actuar como tal. Por esa razón hay que distinguir los supuestos de actuación normal de los administradores, en que no requieren especiales requisitos de postulación, de forma que podrán acceder al proceso con tal de que reúnan los requisitos de forma legalmente establecidos y aquellos en que se pretenda interponer recursos o plantear incidentes, en los que los administradores deben actuar asistidos de letrado, que puede ser el propio administrador en quien concurra tal condición. Ni siquiera en ese supuesto es precisa la intervención de procurador, que es, en todo caso, facultativa.

Nota

La única particularidad en ese sentido procede de lo previsto en el art. 34.4, que dispone que las decisiones que no sean de trámite o gestión ordinaria se consignarán por medio de actas, que se extenderán o transcribirán en un libro legalizado por el Secretario del Juzgado. Las cuestiones de trámite se sobreentiende que pueden documentarse a través de simple acta que se incorpore al proceso.

En el supuesto de que se hubiera nombrado a un único administrador, como autoriza el artículo 26.2.3.º, y no tuviere la condición de abogado, precisará de la asistencia de letrado en ejercicio para poder llevar a cabo los referidos actos de postulación.

3.3.2. Partes facultativas

Este carácter lo tiene en el procedimiento concursal los acreedores y demás legitimados, a quienes se reconoce la posibilidad de solicitar la declaración de concurso, comparecer en el procedimiento, interponer recursos, plantear incidentes o impugnar actos de administración, aunque, en todos esos supuestos, siempre actuando por medio de abogado y procurador.

La condición de parte de los acreedores del concursado no plantea mayores problemas. En cambio, lo que deba entenderse como *demás legitimados* parece más oscuro. Creemos que esencialmente debe estarse a lo que resulta de lo establecido en el artículo 3 del propio texto, y particularmente de su apartado 3, que atribuye legitimación para instar el concurso de una persona jurídica a los socios, "miembros o integrantes que sean personalmente responsables de las deudas de aquélla".

En cualquier caso, se está ante un supuesto extraordinario que no puede ser interpretado con generosidad, sino rigurosamente y que creemos que suscita varios problemas. El esencial es el de poder concretar hasta dónde se extiende el círculo de esos otros legitimados, si a los que son responsables de las deu-

das o a los que pudieran llegar a serlo. Creemos que la norma debe ser entendida en su sentido literal, esto es, limitándola a quienes responden personalmente de las deudas de la sociedad sin necesidad de que esa responsabilidad sea declarada judicialmente en virtud del éxito de una acción de responsabilidad. Por consiguiente, no estarían incluidos los administradores de la sociedad anónima o limitada, porque su responsabilidad no es actual sino que precisa ser declarada cuando concurren los presupuestos legales para ello. En cambio, sí estarían legitimados los socios de una sociedad en formación, o quienes hubieran actuado en su nombre (art. 15 LSA), o bien los socios de una sociedad de carácter personal.

No obstante, la posibilidad de otros eventuales legitimados no se agota ahí. Si bien en el procedimiento concursal propiamente dicho puede pensarse que sí, no puede perderse de vista que, cuando se habla del procedimiento incidental, también se está haciendo referencia a los demás procesos asociados o acumulados y éstos, que son numerosos, como resulta de lo que más arriba se ha expuesto, tienen sus propias reglas de legitimación que es preciso respetar y que pueden llevar consigo que terceros, en la perspectiva del verdadero procedimiento concursal, se vean involucrados en alguna de sus piezas separadas. La regla de postulación en esos procedimientos es la necesidad de utilizar abogado y procurador, con la salvedad de los procedimientos laborales.

La eventualidad de que al concurso se acumulen procedimientos laborales ha llevado a establecer una matización de las normas sobre postulación en esos procedimientos. Esa especialidad consiste en remitir a lo establecido en los artículos 18 y 21 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral respecto a la postulación en los procedimientos de esta clase. Cuando los trabajadores comparezcan en el concurso deben cumplir las reglas generales (abogado y procurador) si lo desean hacer fuera de los procedimientos para los que están legitimados de forma concreta y que se sustancian de acuerdo con la legislación laboral (el ERE y las acciones individuales de impugnación contra lo resuelto en el mismo), ya que comparecen en calidad de acreedores y a estos efectos no tienen estatuto privilegiado.

Cuando los acreedores y demás legitimados actúen como parte formal, y allí donde exclusivamente lo quieran hacer, que no tiene por qué ser en todas las secciones del concurso, ni siquiera en el caso de quien lo haya instado, ostentarán el estatus formal de parte y deberán ser notificados de todas las resoluciones que se dicten. A quienes no hubieran comparecido formalmente no es preciso notificarles resolución alguna, con salvedad de lo establecido respecto a la publicidad del concurso en los artículos 22 y 23 y cuando expresamente se disponga lo contrario.

La condición para estar entre los legitimados que pueden ser facultativamente parte del procedimiento concursal se adquiere por haber instado el propio procedimiento o cualquiera de las demandas a él acumuladas, o bien incidentes o recursos, o simplemente por haber comparecido formalmente, sin necesidad de tener que emprender actuación procesal concreta.

Para que los legitimados tengan oportunidad de intervenir es preciso que se les dé la posibilidad para hacerlo, lo que en este procedimiento se hace de forma general mediante la publicidad establecida en el artículo 22, es decir, la publicación de edictos en boletines oficiales y diarios de gran circulación en la provincia en la que el deudor tenga el centro de sus principales intereses y en la de su domicilio.

Como excepción se dispone en el artículo 193, dentro de la regulación del incidente concursal, que la condición de parte demandada la tendrán aquellas contra las que se dirija la demanda y cualesquiera otras que sostengan posiciones contrarias a lo pedido por la actora. También se habilita a que cualquier persona comparecida en el concurso pueda intervenir con plena autonomía en el incidente concursal, coadyuvando con la parte que lo hubiera promovido o con la contraria. No obstante, no se establece cómo debe procederse para que tengan la oportunidad de conocer de la existencia de la demanda.

La cuestión no es demasiado complicada respecto a las partes comparecidas, dado que si se procede correctamente y se provee respecto a la interposición del incidente en la Pieza Primera del procedimiento se les habrá al menos notificado la resolución ordenando la admisión a trámite y la formación de la pieza. Lo único que suscita duda es si bastará que esa noticia se dé por medio de la simple notificación o bien se le deberá dar traslado de copia del escrito suscitando el incidente. Parece que lo más razonable es lo segundo, aunque ello pueda comportar en ocasiones una pesada carga para quien lo ejercite, que deberá acompañar tantas copias como partes personadas existan.

En cambio, no se sabe muy bien cómo habría que proceder en el caso previsto en el artículo 193.1, esto es, para dar noticia a todos los que puedan sostener posturas contrarias a lo pedido por la actora en el proceso incidental. Apuntamos la cuestión y dejamos el examen con mayor detalle para más adelante, cuando examinemos el procedimiento incidental.

3.3.3. La actuación de los acreedores

Igual que en la legislación precedente, se establece la posibilidad de que los acreedores puedan actuar en el procedimiento concursal sin ostentar la condición formal de parte del mismo y, por consiguiente, sin necesidad de abogado y procurador. Los supuestos en los que pueden hacerlo son los siguientes:

- Comunicar créditos y formular alegaciones respecto a ellos.
- Asistir e intervenir en la junta.

- Ejercer el derecho de examen de los autos.

De esos supuestos la novedad la representa el último y está desarrollada en el artículo 185, donde se consagra expresamente el derecho de los acreedores no comparecidos en forma de solicitar al juzgado el examen de aquellos documentos o informes que consten en autos sobre sus respectivos créditos, derecho que pueden ejercitar acudiendo personalmente a la secretaría del juzgado, o bien por medio de abogado o procurador que los represente, quienes tan siquiera están obligados a personarse para dicho trámite.

Creemos censurable que, si lo que se ha regulado es una actuación no precisada de requisitos de postulación, se haya limitado la posibilidad de representación a abogado y procurador. Lo más razonable es que se hubiera permitido cualquier representación.

Una cuestión que no se ha resuelto expresamente es si la representación debe ser expresa y formal o es suficiente con el mandato verbal o implícito. Creemos que la voluntad del precepto proyectado es limitarla a la representación expresa y formal, aunque el hecho de que la actuación no deba quedar documentada en el proceso puede permitir que se flexibilice ese requisito en la práctica.

3.4. Secciones y piezas separadas

En el artículo 183 se determina que las secciones de las que debe constar el concurso son seis y las piezas separadas, tantas como se consideren necesarias o convenientes. Mientras las secciones están predeterminadas, para las piezas separadas se acude a dos criterios distintos: primero, el de necesidad, esto es, siempre que legalmente se disponga la necesidad de formación de la pieza separada o bien cuando la naturaleza de la cuestión a decidir lo exija; y segundo, por pura conveniencia práctica, esto es, para dotar de una mayor claridad al procedimiento.

La necesidad de formar pieza separada se produce en todos aquellos supuestos en los que se deba sustanciar un proceso autónomo, aunque acumulado al concursal. En este supuesto creemos que la formación debe hacerse ya con la demanda, con independencia de que luego no se admita a trámite.

También parece claro que resulta imprescindible proceder a la formación de pieza separada para cada una de las cuestiones incidentales que se planteen y que se deban sustanciar por medio del llamado "incidente concursal", que es el procedimiento común establecido al efecto, salvo en el caso de que deban sustanciarse acumuladamente. No obstante, en este caso parece que lo más razonable es que la formación de la pieza no se produzca hasta que formalmente el incidente se haya admitido a trámite, ya que el juez puede inadmitirlas con fundamento en que considere que la cuestión planteada es impertinente o carece de entidad necesaria para tramitarla por la vía incidental.

3.4.1. Sección Primera

Comprenderá lo relativo a la declaración de concurso, a las medidas cautelares y su ejecución, a la resolución final de la fase común, a la conclusión y, en su caso, a la reapertura del concurso.

Es la sección que está llamada a cumplir la función de general, esto es, a donde se llevarán todas aquellas cuestiones para las que no esté dispuesto expresamente que se lleven a otra diferente. Aunque no se establezca de manera manifiesta su carácter residual, no parece que pueda evitarse. En ese sentido, creemos que a esta sección deben llevarse todas las actuaciones relacionadas con la propuesta anticipada de convenio regulada en los artículos 103 y siguientes, aunque probablemente hubiera sido más oportuno que se dispusiera expresamente que se llevara a la Sección Quinta.

Su formación se debe producir, tal y como establece el artículo 15, con la declaración del concurso a solicitud del deudor o bien una vez admitida a trámite la solicitud de cualquier otro legitimado, y se encabezará con dicho escrito inicial. Por lo tanto, por regla general, la formación coincidirá con la primera actuación procesal y, cuando ello no sea así, no creemos que deba comportar la formación de una nuevas actuaciones, sino que se deberá entenderse formadas con las actuaciones previas que ya se hayan incoado. Lo contrario creemos que implicaría una innecesaria duplicación de actuaciones.

El amplio contenido que se atribuye a esta Sección Primera debe aconsejar que dentro de ella se proceda a la creación de piezas separadas, al menos cuando se adopten medidas cautelares.

3.4.2. Sección Segunda

Comprenderá todo lo relativo a la administración judicial del concurso, al nombramiento y estatuto de sus miembros, a la determinación de sus facultades y a su ejercicio, a los créditos contra la masa, a la rendición de cuentas y, en su caso, a la responsabilidad de los administradores judiciales.

Su formación se producirá una vez declarado el concurso (art. 25). En el caso de solicitud de concurso voluntario la declaración se hace con la propia solicitud del deudor (art. 13) y, en el caso del concurso necesario, tras haber emplazado al deudor por 5 días para que pueda formular oposición (art. 14) y una vez sustanciada ésta por medio de la oportuna comparecencia (art. 18).

Esta sección se encabeza con testimonio del auto declarando el concurso, resolución en la que se habrán nombrado los administradores judiciales (art. 20.1.2.º) en número de tres, salvo que se aplique el procedimiento abreviado, supuesto en el que podrá estar integrada por un único miembro (art. 26).

Nota

Al regular la Sección Quinta se dispone que su apertura se producirá una vez se dicte el auto poniendo fin a la fase común del concurso, dentro de la cual se realiza la propuesta anticipada de convenio. Y al regular ésta se dispone expresamente en el artículo 108.2 la posibilidad de que el juez apruebe la propuesta anticipada si se obtiene la mayoría exigida, *sin apertura de la fase de convenio*. De esta expresa previsión normativa es de la que cabe deducir que la actividad derivada de la propuesta anticipada no se puede producir en la Sección Quinta, por lo que parece que lo deberá ser en la Primera.

Nota

Esas actuaciones previas, pre-concursales, se producirían cuando fuera necesario solicitar que se subsane algún defecto antes de admitir la solicitud a trámite.

El nombramiento de administrador debe ser comunicado al designado por el medio más rápido y, aceptado el cargo, se le entregará documento acreditativo de su condición (art. 28).

Dentro del plazo de tres meses a partir de que se produzca la aceptación de dos de ellos, los administradores deberán presentar su informe (art. 73) sobre la contabilidad del deudor y demás circunstancias a que se refiere el artículo 74.

3.4.3. Sección Tercera

Comprenderá todo lo relativo a la determinación de la masa activa y a la sustanciación, decisión y ejecución de las acciones de reintegración y de reducción que se promuevan con posterioridad a la declaración de concurso o que, siendo anteriores, se acumulen a él.

Esta sección se formará con el inventario de la masa activa que deben formular los administradores antes del día anterior a la emisión de su informe y que contendrá la relación y el avalúo de los bienes y derechos del deudor.

También debe formar parte de las actuaciones de esta sección la impugnación del inventario, que puede producirse dentro de los quince días siguientes a la publicidad del informe y de la documentación complementaria (art. 95). Tal impugnación debe sustanciarse a través del incidente concursal, por lo que debe constituir una pieza separada de esta sección. No obstante, estando especialmente prevista la posibilidad de que se acumule esta impugnación a la que se formule contra la lista de acreedores también podría formarse el incidente como pieza de la Sección Cuarta. En ambos casos será preciso llevar testimonio de la resolución que le ponga fin a las actuaciones propias de la Sección Tercera.

Igualmente, forman parte de esta sección y deben sustanciarse en pieza separada las directas acciones de reintegración de la masa que se ejerciten por parte de los administradores judiciales o por los administradores, acciones que deben sustanciarse por los trámites del incidente concursal (art. 71).

3.4.4. Sección Cuarta

Comprende lo relativo a la determinación de la masa pasiva, a la comunicación, reconocimiento, graduación y clasificación de créditos, así como las acciones relativas a la existencia, legitimidad y circunstancias de los créditos contra el deudor que se promuevan con posterioridad a la declaración de concurso o que, siendo anteriores, se acumulen a él.

Se debe encabezar esta sección con testimonio del auto de declaración de concurso y en ella se deben llevar a cabo las actuaciones que procedan del llamamiento a los acreedores para que pongan en conocimiento de la administra-

ción judicial la existencia de sus créditos (art. 20.1.5.º). La documentación que remitan los acreedores en el plazo de un mes desde la última de las publicaciones del auto de declaración del concurso debe llevarse a esta sección.

Los administradores judiciales deben determinar la inclusión o exclusión en la lista de acreedores, tanto a partir de lo que resulte de los libros de contabilidad y documentos del concursado como de los documentos aportados por los propios acreedores. La lista de acreedores la deben formular los administradores y presentar junto con su informe, distinguiendo una relación de créditos incluidos y otra de excluidos (art. 93), así como su calificación jurídica, esto es, su graduación.

Las impugnaciones que se formulen contra la lista de acreedores forman parte de esta sección y se deben sustanciar por los trámites del incidente concursal en pieza separada (art. 95), aunque con la posibilidad de que el juez las acumule de oficio.

También forman parte de esta sección, y deben sustanciarse en pieza separada, las acciones relativas a la determinación de créditos contra el deudor, tanto en el caso de que se hayan promovido antes de iniciarse el procedimiento concursal y se hayan acumulado a él como las que se inicien después, y cualquiera que sea su carácter, civil o laboral.

3.4.5. Sección Quinta

Comprende: lo relativo al convenio, su proposición, discusión, aceptación, aprobación, impugnación y cumplimiento; y lo relativo a la liquidación del concurso, realización de los bienes y derechos de la masa activa y pagos a los acreedores.

En cambio, no parece que pueda formar parte de esta sección la actividad derivada de la propuesta anticipada de convenio, habida cuenta lo que expresamente se dispone en el artículo 108.2, por lo que parece que deberá llevarse a la Sección Primera, tal y como hemos anticipado.

El convenio y la liquidación son las dos opciones posibles para la solución del concurso. Una y otra actividad se excluyen, por lo común, aunque la liquidación también puede ser consecuencia de la imposibilidad de cumplimiento del convenio, de forma que el contenido de esta pieza puede estar constituido: únicamente por la actividad de convenio; únicamente por la actividad de liquidación; o por la actividad de convenio y, ante su frustración, por la de liquidación.

La apertura de esta sección se debe hacer una vez concluida la fase común, lo que se lleva a cabo por medio de una resolución judicial que se dicta transcurrido el plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores sin

que se hubieran presentado impugnaciones. Tal resolución reviste la forma de auto y en ella se debe acordar la apertura de la fase de convenio (art. 110) o bien la de liquidación (art. 141.2).

3.4.6. Sección Sexta

Comprende lo relativo a la calificación del concurso y sus efectos.

La formación de esta sección se ordenará en la misma resolución judicial por la que se apruebe un convenio con una quita superior a un tercio del importe de sus créditos o una espera superior a tres años o bien en la que se ordene la liquidación (art. 167.1).

La sección se encabezará con testimonio de la resolución judicial y se incorporarán a ella testimonio de la solicitud de declaración de concurso, de la documentación que hubiere presentado el deudor con su solicitud o a requerimiento del juez, y del auto de declaración de concurso (art. 167.2).

Dentro de los diez días siguientes a la última publicación de la resolución judicial de aprobación del convenio o de apertura de la liquidación, cualquier acreedor o persona con interés legítimo puede personarse en la sección alegando por escrito cuanto considere relevante para la calificación del concurso como culpable (art. 168.1).

Dentro de los 15 días siguientes a que expire el plazo para la personación de los interesados la administración judicial, ha de presentar un informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso, con propuesta de resolución y, una vez unido el informe, se dará traslado al Ministerio Fiscal del contenido de la Sección Sexta para que emita dictamen en el plazo de 10 días. Si no lo emite se entiende conforme con la propuesta de calificación (art. 169).

Si tanto la administración judicial como el Ministerio Fiscal coinciden en que debe calificarse el concurso como fortuito, el juez sin más trámite ordenará el archivo de las actuaciones por medio de auto contra el que no cabe recurso (art. 170.1). En otro caso se dará audiencia al deudor por el plazo de 10 días y se ordenará emplazar a todas las personas que pudieran resultar afectadas por la calificación del concurso o declaradas cómplices, a fin de que en 5 días comparezcan en la sección si no lo estuvieran. Y a quienes comparezcan se les da vista del contenido de la sección para que en los 10 días siguientes aleguen cuanto convenga a su derecho.

Si se formulara oposición por parte del deudor o de cualquiera de los comparecidos, se substanciará por los trámites del incidente concursal (art. 171).

3.5. Esquema del procedimiento

El procedimiento concursal se articula en una fase común que puede desembocar en otra de convenio o de liquidación. La fase común se abre con la declaración de concurso y concluye una vez presentado el informe de la administración judicial y transcurrido el plazo de impugnaciones o resueltas las formuladas contra la lista de acreedores. En determinados supuestos se permite la utilización de un procedimiento abreviado.

3.5.1. La fase de declaración

Solicitud

El procedimiento concursal comienza con la solicitud presentada por el propio deudor (concurso voluntario) o de algún acreedor o de los demás legitimados (concurso necesario). A la solicitud del deudor deben acompañarse los documentos expresados en el artículo 5, es decir:

- Poder especial para solicitar el concurso.
- Memoria expresiva de todas las circunstancias que se indican en el apartado 2.2.º.
- El inventario de sus bienes y derechos.
- Relación de acreedores.
- En el caso de que el deudor estuviere obligado a llevar contabilidad: cuentas anuales y, en su caso las consolidadas, memoria de los cambios operados en su patrimonio, estados financieros.

En el supuesto de concurso necesario es preciso acompañar a la solicitud el documento acreditativo del crédito, así como el que acredite la legitimación y expresar los medios de prueba de que se valga o pretenda valerse para acreditar los hechos en que la fundamente, sin que sea suficiente la testifical por sí sola (art. 6).

Admisión a trámite

Este trámite es distinto en cada clase de concurso. En el voluntario la admisión a trámite se lleva a cabo por medio del propio auto de declaración de concurso, que será la primera resolución que se dicte en el procedimiento, salvo que sea preciso subsanar algún defecto de la solicitud, conforme a lo que se establece en el artículo 12.2.

En el caso de concurso necesario se introduce una fase intermedia entre la admisión a trámite y la declaración del concurso cuyo objetivo es prestar audiencia al deudor. Aquí se produce una importante novedad respecto al procedimiento anterior, que había venido siendo tachado de inconstitucionalidad por no conceder audiencia al deudor antes de la declaración en concurso o quiebra.

La admisión a trámite se produce en tal caso por medio de una simple providencia (art. 14), lo que puede parecer censurable si se considera que en la nueva LEC la admisión de cualquiera demanda se hace siempre por medio de auto. Probablemente hubiera sido más acertado seguir esa misma línea, aunque tampoco creemos que este sea un problema trascendente, pues lo que puede ponerse en cuestión, en un plano *lege ferenda*, es que el auto sea resolución indispensable para la admisión a trámite de la demanda.

En la providencia de admisión a trámite se debe acordar el emplazamiento del deudor en el plazo de los siguientes 5 días, plazo que se concede únicamente al efecto de que comparezca en las actuaciones y formule oposición a la solicitud proponiendo los medios de prueba de que intente valerse. Ese plazo de 5 días es demasiado breve para exigirle al deudor que prepare toda su prueba. Pero ello no es significativo porque en el artículo 18.4 se permite proponer nuevos medios de prueba durante la comparecencia.

Si el deudor se allana o no formula oposición se dicta de inmediato auto declarando el concurso de acreedores (art. 17.1).

Si el deudor formula oposición, se cita a las partes a una comparecencia previéndolas para que comparezcan con todos los medios de prueba que puedan practicarse en el acto. En el caso de deudor obligado a la llevanza de contabilidad, debe aportarlos necesariamente al acto.

La comparecencia del concurso necesario

La comparecencia se celebrará dentro de los 10 días siguientes a aquel en que se hubiera formulado la oposición. Las situaciones que se pueden plantear son las siguientes:

- Si no comparece el deudor a ella se da por finalizada y se declara el concurso.

Nota

En el informe del CGPJ se critica que no se haya establecido en este supuesto también una comparecencia previa, como en el caso del concurso necesario. Por nuestra parte, no se considera fundada esa crítica y estimamos que no hubiera tenido sentido alguno disponer una comparecencia previa a la declaración del concurso en el supuesto de concurso voluntario, atendido que la finalidad de la comparecencia establecida en el necesario es exclusivamente respetar el principio de audiencia y que éste juega de forma muy distinta respecto al deudor que con relación a los demás legitimados.

- Si no comparece el solicitante, se dicta auto teniéndole por desistido y concluyendo el concurso con imposición de las costas al solicitante.
- Si el deudor comparece y consigna el importe del crédito del acreedor solicitante se le debe dar traslado para que manifieste si ratifica su solicitud y, en caso contrario, se dicta auto de conclusión resolviéndose sobre las costas, único efecto al que podrá oírse a las partes. Si el acreedor ratifica su solicitud continúa la comparecencia en la forma prevenida.

La finalidad y efectos de esa consignación no están expresamente desarrollados. Parece responder a la idea de disuadir al acreedor que haya instado el procedimiento sin un claro fundamento, permitiéndole desistir de él, o facilitándole el desistimiento. Lo que no queda claro es si esa consignación debe hacerse en concepto de pago y si debe ser necesariamente entregada al acreedor cuando decide no continuar adelante el proceso. Esa idea, que parece la más razonable, puede convertir la consignación establecida en el precepto en una especie de institución enervadora del procedimiento. No creemos que haya sido esa la voluntad del prelegislador, pues en tal caso la consignación llevaría consigo siempre la finalización del proceso y debe observarse que no es así, sino que únicamente cuando el acreedor solicitante no ratifique su solicitud se produce ese efecto. Por consiguiente, si no obedece a una finalidad enervadora, parece que la finalidad de la consignación deba ser de simple garantía del crédito, lo que debe excluir su entrega al acreedor como regla, salvo que expresamente se solicite la entrega por parte del propio deudor.

El peligro de atribuirle carácter enervador es que termine invitando a los acreedores a acudir al procedimiento concursal como instrumento de mera coacción contra el deudor.

- Caso de falta de consignación, de que el acreedor se hubiere ratificado en su solicitud o su crédito no estuviere vencido o no tuviere la condición de acreedor, se oirá a las partes sobre la procedencia o improcedencia de la declaración de concurso y a continuación se decidirá sobre la procedencia o improcedencia de los medios de prueba propuestos o que en el acto se propongan, acordando la práctica inmediata de las que puedan practicarse en el propio acto y señalando la continuación para la práctica de las demás dentro de los siguientes 20 días.

Declaración de concurso

Como se ha anticipado, se hace por medio de auto, que constituye la primera resolución en el concurso voluntario. En el necesario, el auto de declaración se dicta una vez finalizada la comparecencia en la que se sustancia la audiencia al deudor, en el caso de que éste hubiera hecho oposición, o bien cuando conste que no la hará, tal y como se ha visto.

La declaración del concurso supone la verdadera apertura del proceso concursal. Hasta entonces lo que ha existido es un procedimiento previo que podría denominarse de declaración del concurso. Pero es con la declaración con la que se abre el procedimiento concursal propiamente tal, entrando en la fase común del concurso cuyo eje central lo ocupa el informe de la administración concursal.

3.5.2. La fase común

El informe de la administración judicial e impugnaciones

El modelo de administración judicial es una de las novedades más significativas de la nueva regulación y la elaboración del informe es uno de los cometidos más importantes que se atribuye a los administradores.

Tras su nombramiento en el auto de declaración de concurso, han de tomar posesión del cargo aceptándolo y dentro de los tres meses siguientes, prorrogables por el máximo de un mes más, contados desde la aceptación por dos de los tres designados; deben presentar el informe, junto con los documentos que deben acompañarle, esto es, el inventario de la masa activa, la lista de acreedores y, en su caso, el escrito de evaluación de las propuestas de convenio que se hubieran presentado (art. 74.2).

Debe llamarse la atención sobre el importante cambio de modelo que se produce al atribuir a los administradores judiciales funciones tan significativas como la formación de la masa activa y de la pasiva, que antes se atribuían a la junta de acreedores, lo que entorpecía enormemente el desarrollo del proceso concursal. Con ese cambio de modelo el procedimiento se simplifica y racionaliza.

La clasificación de los créditos también se hace por los administradores, de forma que queda hecha con la presentación de la lista de acreedores que acompaña al informe, sin perjuicio de las impugnaciones que se puedan formular.

La presentación del informe se anunciará por medio de edictos que se publicarán en el BOE y en el tablón de anuncios del juzgado, haciendo saber a los interesados que quedan de manifiesto en la secretaría, que podrán obtener copias a su costa y que disponen de un plazo de 15 días para impugnar el inventario y la lista de acreedores (art. 94.1).

Las impugnaciones se sustanciarán por los trámites del incidente concursal, pudiendo el juez acumularlas de oficio para resolverlas conjuntamente (art. 95.4). Quienes no planteen impugnaciones no podrán plantear pretensiones de modificación del contenido de esos documentos (art. 96.1).

Finalización de la fase común

Transcurrido el plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores sin que se hubieren presentado impugnaciones o, de haberse presentado, una vez puestos de manifiesto en la secretaría del juzgado los textos definitivos de aquellos documentos, el juez dictará la resolución que proceda (art. 97).

Esta resolución, que debe revestir la forma de auto, cierra la fase común a la vez que abre la de convenio o de liquidación, según proceda, conforme a lo que resulta de lo establecido en los artículos 110 y 141.

3.5.3. La fase de convenio

Comienza con el auto a que se ha hecho referencia antes, que sirve a la vez que de cierre de la fase común de la apertura de la de convenio, o de su alternativa, la de liquidación.

A diferencia del procedimiento común que, tal y como su nombre indica, es común a todos los procedimientos concursales, la fase de convenio no siempre existirá sino únicamente cuando concurren los presupuestos legales para ello. En otro caso, se entraría directamente en la fase de liquidación.

El convenio es la solución normal del concurso, de forma que el legislador la favorece. Por esa razón procede su apertura aunque no haya sido presentada propuesta alguna de convenio por parte del deudor y permite incluso que la iniciativa de la propuesta de convenio pueda proceder de los acreedores (art. 112.1).

Para que proceda abrir la fase de convenio es preciso:

- Que el concursado no hubiere solicitado previamente la liquidación.
- Que no haya sido aprobada ni mantenida una propuesta anticipada de convenio.

En el propio auto de apertura de la fase de convenio se acuerda convocar a los acreedores a junta (art. 110.2) y se regula la forma en la que podrán presentarse las iniciativas de convenio y la tramitación a seguir respecto a ellas, permitiéndose las adhesiones de los acreedores con los requisitos que se establecen en el artículo 102.

La aprobación del convenio debe hacerse, primero, por los acreedores en la junta con las mayorías establecidas en los artículos 123 y 124, y, posteriormente, por el juez, resolviendo las impugnaciones (oposiciones) que se formulen por los acreedores dentro de los siguientes diez días a la conclusión de la junta (art. 127) por medio del trámite del incidente concursal (art. 128) e incluso sin ellas (arts. 129 y 130).

3.5.4. La fase de liquidación

La fase de liquidación se abre también una vez concluida la fase común del concurso en los siguientes supuestos:

- Que el deudor hubiera instado la liquidación de cualquiera de las formas expresadas en el artículo 141.1
- Cuando, durante la vigencia del convenio, el deudor conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad (art. 141.3).
- Si lo solicita cualquiera de los acreedores en los supuestos del apartado anterior, cuando no lo haya hecho el deudor (art. 141.4). En este caso, debe procederse a prestar audiencia al deudor en la forma establecida en los artículos 14 y 18 antes de abrir la fase de liquidación.
- De oficio, en cualquiera de los supuestos establecidos en el artículo 142.

Las operaciones de liquidación que se han de llevar a cabo en esta sección son:

- La elaboración por los administradores y aprobación por el juez del plan de liquidación.
- La enajenación de los bienes.
- El pago a los acreedores.

3.6. Procedimiento abreviado

Los supuestos en los que procede seguir el procedimiento abreviado se determinan en el artículo 190:

- Cuando el deudor sea una persona natural y la estimación inicial de su pasivo no supere los 10 millones de euros.
- Cuando el deudor sea una persona jurídica que esté autorizada a formular balance abreviado y la estimación de su pasivo no supere los 10 millones de euros.
- Cuando no se conozca *ab initio* la concurrencia de estos requisitos, el proceso comenzará como ordinario, si bien deberá adaptarse a abreviado en cuanto resulten conocidos.

El procedimiento a seguir es el mismo que se ha visto, con las siguientes especialidades:

- La reducción a la mitad de todos los plazos, salvo aquellos que el juez estime conveniente mantener.
- El plazo para que la administración judicial presente su informe se reduce a un mes, con la posibilidad de prorrogarlo otros quince días.

- La administración judicial estará integrada por un único miembro, salvo que el juez aprecie motivos especiales que justifiquen lo contrario.

3.7. El incidente concursal

Uno de los aspectos sobresalientes de la regulación es la huida de la diversidad procedimental. Para lograrlo se ha dispuesto un trámite común por el que se deben sustanciar los innumerables incidentes que son posibles en el procedimiento concursal, así como todas las acciones que deban ventilarse ante el juez del concurso conforme a lo dispuesto en el artículo 49.1 (juicios civiles y laborales) y los que se acumulen en virtud de lo dispuesto en el artículo 50.1 (declarativos en tramitación en el momento de la declaración del concurso (art. 192.1).

Como reglas de carácter general se establecen las siguientes:

- Que los incidentes concursales no suspenderán el procedimiento de concurso, sin perjuicio de que el juez, de oficio o a instancia de parte, acuerde la suspensión de aquellas actuaciones que estime puedan verse afectadas por la resolución que se dicte (art. 192.2). En el mismo sentido, cuando se admite recurso de apelación contra la sentencia que pone fin al incidente, se dispone que tampoco se paralizará la sustanciación del concurso ni la de ninguna de sus piezas, sin perjuicio de que el juez, de oficio o a instancia de la parte recurrente, pueda acordar la suspensión de aquellas actuaciones que considere pueden verse afectadas por la resolución del recurso (art. 198.2).
- La posibilidad de acumular de oficio los diferentes incidentes que se planteen por distintas partes respecto a una misma cuestión (art. 192.3).
- La prohibición general de admitir incidentes que tengan por objeto solicitar actos de administración o impugnarlos por razones de oportunidad (art. 192.4).

3.7.1. Partes en el incidente

La condición de parte actora no plantea mayores problemas y la ostenta el instante del incidente. Cualquier persona comparecida en forma en el concurso podrá intervenir con plena autonomía en el incidente concursal coadyuvando con la parte que hubiera promovido el incidente, o con la contraria (art. 193.2).

La condición de parte demandada presenta mayores problemas, que se intentan resolver en el artículo 193.1 considerando parte demandada a aquellos contra quienes se dirija la demanda y cualesquiera otros que sostengan posiciones contrarias a lo pedido por la actora. Para la resolución de las cuestiones que puede plantear la determinación de la parte demandada debe estarse a lo

que se dispone en el artículo 184 y la consideración como parte necesaria del deudor y de los administradores, de forma que deben ser considerados como parte demandada cuando no sean quienes insten el procedimiento.

También debe estarse a lo que se dispone en tal precepto respecto a las reglas de postulación.

3.7.2. Demanda incidental y documentos

La demanda se debe formular por escrito, acompañando los documentos pertinentes y proponiendo los medios de prueba de que el demandante pretende valerse (art. 194.1).

Entre los documentos que se deben acompañar a la demanda se deben encontrar aquellos en los que se funde la pretensión que se ejercita y todos los demás que quieran aportarse como medio de prueba, aunque no sean directamente fundamentadores de la pretensión, atendido que la proposición de prueba se debe hacer en el propio escrito. Ello plantea la cuestión de si pueden aportarse documentos posteriormente, particularmente, cuando la conveniencia o necesidad de su aportación se deduzca del contenido del escrito de oposición.

La cuestión parece dudosa, pues no existe regulación expresa y la remisión a las reglas del juicio ordinario que se contiene en el artículo 195.2 encuentra serios problemas interpretativos derivados de la inexistencia de audiencia previa. Ello plantea la cuestión de cómo debe interpretarse el artículo 265.3 LEC, que permite aportar documentos al actor en la audiencia previa cuando su interés o relevancia se ponga de manifiesto a consecuencia de las alegaciones del demandado en la contestación a la demanda. Creemos que esa posibilidad de aportación ulterior no puede ser negada, aunque lo razonable es que su ejercicio no quede postergado hasta el momento del juicio, sino que debiera hacerse de forma previa a él. El esquema del procedimiento, en el que la admisión de la prueba se hace con anterioridad al juicio, así parece exigirlo.

No parece dudoso que pueda realizarse la aportación en el propio acto del juicio cuando el documento se aporte para fundamentar un hecho nuevo o de nueva noticia, porque ese supuesto está expresamente contemplado en el artículo 433.1, párrafo. 2.º LEC.

3.7.3. Admisión a trámite

Se debe realizar por medio de resolución en el que el juez debe valorar:

- Si la cuestión planteada es pertinente.
- Si tiene entidad suficiente para ser tramitada por la vía incidental.

Si se considera que no es pertinente o bien que carece de la suficiente entidad debe inadmitirse la demanda mediante auto contra el que cabe recurso de apelación.

En el caso de que se decida admitir la demanda basta con dictar una providencia en la que se mandará emplazar a las partes personadas para que, en el plazo común de 20 días, contesten y propongan los medios de prueba de que deseen valerse.

Parece censurable que la resolución admitiéndola sea una simple providencia, particularmente cuando el objeto del procedimiento sea una auténtica cuestión incidental, porque ello puede conducir a que en la práctica queden sin hacer los juicios de pertinencia y entidad que son esenciales en la admisión a trámite. Lo razonable es que se hubiera exigido siempre que la resolución revistiera la forma de auto, con independencia de que fuera distinto su régimen de recursos.

Por otra parte, no se ha tomado en consideración que la legitimación como parte demandada que se establece en el artículo 193.1 puede comprender a personas no personadas formalmente en la sección en la que se deba incardinar el incidente o que tan siquiera pueden estar comparecidos formalmente en el procedimiento. Por ello parece incorrecta la redacción del artículo 194.3, que parece limitar el emplazamiento, y consiguiente traslado de la demanda, "a las demás partes personadas". Lo razonable es que deba procederse al emplazamiento personal o bien por medio de la adecuada publicidad a los presuntos legitimados pasivos por sostener posiciones contrarias a las del instante del incidente.

Y todo ello sin tener en consideración que el procedimiento es cauce obligado para demandadas que, en otro caso, se sustanciarían mediante los procedimientos declarativos civil o laboral y en las que puede traerse como demandados a terceros formalmente ajenos al procedimiento concursal y responsables solidarios con el concursado, tales como los propios administradores de la sociedad incurso en el concurso frente a quien se ejerciten acciones de responsabilidad. Respecto a esas situaciones, parece evidente que la norma se muestra insuficiente y que habrá que acudir a las normas de la LEC y de la LPL para complementar la regulación.

3.7.4. El juicio

"Concertada la demanda o transcurrido el plazo para ello, el proceso continuará conforme a los trámites del juicio verbal de la LEC, salvo en lo relativo a la celebración de la vista. El juez únicamente citará para la vista cuando las partes lo hayan solicitado en sus escritos de demanda y contestación y previa declaración de pertinencia de los medios de prueba anunciados".
(art. 194.4 LC)

La norma que se acaba de transcribir procede de la reforma introducida en el RDL 3/2009 que, queriendo exonerar de la vista en todos aquellos casos en los que no resultaba necesaria (la gran mayoría), lo que ha hecho es introducir una gran confusión en la regulación de este procedimiento.

Consecuencia de esa reforma es que la prueba debe ser propuesta por las partes en sus escritos de alegaciones (demanda y contestación).

Aunque la dicción de la norma no es muy afortunada, habrá que interpretar que bastará con que alguna de las partes haya solicitado la vista y el juez haya admitido algún medio de prueba que la exija.

3.7.5. Sentencia y recursos

El procedimiento termina por sentencia, que se dictará en el plazo de 10 días a contar desde la última comparecencia de práctica de prueba o bien desde que acuerde no haber lugar a la celebración del juicio. En ella, se impondrán las costas a la parte o partes cuyas pretensiones resulten íntegramente desestimadas. En caso de desestimación parcial, el juez razonará los pronunciamientos que haga sobre costas (art. 196).

Contra las sentencias resolutorias de los incidentes concursales planteados en la fase común o en la de convenio no cabrá recurso alguno, pero las partes podrán reproducir la cuestión en la apelación más próxima siempre que hubieran formulado protesta en el plazo de 5 días (art. 197.3).

3.8. Las medidas cautelares en el proceso concursal

La regulación de las medidas cautelares que se pueden adoptar en el proceso concursal aparece algo desperdigada en el texto de la ley. Normas sobre esta materia pueden encontrarse en los artículos 17, 21, 40, 41, 48 y 137, así como en el artículo 1 de la Reforma Orgánica que la acompaña (LO 8/2003).

Las medidas que se pueden adoptar son de dos tipos: a) de naturaleza personal, sobre el deudor o su administrador o liquidador; b) de naturaleza real, sobre los bienes.

3.8.1. Medidas de carácter personal

En la LO 8/2003 se regulan las medidas cautelares de carácter personal que afectan a los derechos fundamentales, estableciéndose que la suspensión del ejercicio por el deudor declarado en concurso de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio deberá ir acompañada de las siguientes medidas:

- La intervención de las comunicaciones del deudor, con garantía del secreto de los contenidos que sean ajenos al interés del concurso.

- El deber de residencia del deudor persona natural en su domicilio, así como del administrador o liquidador de la persona jurídica. Para garantizar esta última medida se establece la posibilidad de acordar incluso el arresto domiciliario.

En el caso de que no se produjera la suspensión sino solamente la intervención, la adopción de esas medidas será facultativa.

En cuanto al procedimiento para la adopción, se dispone en el apartado 3 del propio precepto la necesidad de prestar audiencia previa al Ministerio Fiscal para las medidas de imposición del deber de residencia y de arresto domiciliario, así como los presupuestos para su adopción: a) resolución motivada; b) proporcionalidad; y, c) mínima onerosidad.

Además de esas medidas de carácter personal, también pueden adoptarse otras con igual carácter que están reguladas dentro del propio Proyecto de Ley Concursal, como es el caso de la suspensión de las facultades de administración y disposición a la que se hace referencia en el artículo 40.3. La suspensión de esas facultades se contempla como un efecto inherente a la declaración de concurso necesario (art. 40.2), mientras en el caso del concurso voluntario se produciría como regla la simple intervención (art. 40.1), de forma que pueden considerarse como medidas cautelares inherentes al propio procedimiento concursal. No obstante, lo que se establece en el artículo 40.3 es la posibilidad de que se sustituya o agrave la medida legal de intervención por la de suspensión de las facultades de administración e intervención, en el caso de concurso voluntario. Para que ello se produzca es preciso que concurren circunstancias que lo justifiquen y que se dicte resolución motivada. Una resolución de evidente carácter cautelar.

En el artículo 40.4 se establece la posibilidad de que se adopte en cualquier momento el cambio de las situaciones de suspensión o intervención de esas facultades del deudor sobre su patrimonio, a solicitud de la administración judicial y oído el concursado.

También pueden considerarse como auténticas medidas cautelares las que se establecen en el artículo 137.1, que prevé la posibilidad de que en el convenio se adopten medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio de las facultades de administración y disposición del deudor, medidas que son incluso inscribibles en los registros públicos correspondientes y cuya infracción constituye incumplimiento del convenio.

Nota

El hecho de que se adopten por los acreedores puede poner en discusión su carácter cautelar. No obstante, el hecho de que el convenio deba ser aprobado por el juez le atribuye la nota de jurisdicción imprescindible para que tengan carácter cautelar.

3.8.2. Medidas sobre los bienes

En cuanto a las medidas de carácter real, se establecen en los artículos 17.1 y 21.1.4.º. En ambos supuestos se utiliza la misma fórmula, una expresión abierta de las concretas medidas a adoptar, siempre que sirvan al fin de asegurar la integridad del patrimonio del deudor.

Las medidas pueden ser muy variadas y van desde el secuestro, en el caso de que se trate de garantizar bienes muebles, anotaciones registrales, etc.

En el artículo 17 se regula la posibilidad de su adopción antes de la declaración de concurso, en el caso de concurso necesario, y presentan una novedad respecto a la regulación de las medidas cautelares en la Ley de Enjuiciamiento civil, el carácter facultativo que parece que se ha querido conceder a la fianza. Los demás presupuestos de las medidas cautelares deben concurrir.

Las medidas establecidas en el artículo 21.1.4.º se adoptan en el propio auto de declaración de concurso y presentan diferencias significativas respecto a las del artículo 16, las previas. No es precisa petición de parte ni tampoco la prestación de fianza y el examen de los demás presupuestos (*fumus y periculum*) debe entenderse implícito en la propia resolución en la que se acuerdan.

4. El sistema de recursos

El sistema de recursos presenta particularidades propias que se encuentran recogidas en el artículo 197 LC. En este precepto únicamente se establecen normas sobre la procedencia de los recursos. Respecto de su tramitación, hay que remitirse a lo que se dispone en la LEC o bien en la Ley de Procedimiento Laboral, para los de este tipo.

A continuación, esbozaremos las líneas generales del sistema de recursos.

4.1. Recursos contra resoluciones interlocutorias

En la primera de las normas, el artículo 197, se establece el régimen de recursos que procede contra las resoluciones de carácter interlocutorio, providencias y autos, disponiéndose que contra esas resoluciones sólo cabrá el recurso de reposición, a menos que expresamente se disponga otra cosa, esto es, se excluya todo recurso o se establezca el de apelación. Contra el auto resolutorio del recurso de reposición no cabe recurso alguno, sin perjuicio de que la cuestión se pueda reproducir en el recurso de apelación que en su caso proceda contra la resolución judicial más inmediata posterior por la que se apruebe o rechace el convenio, se declare el cumplimiento o incumplimiento del convenio o se acuerde la conclusión del concurso.

Del examen de esas normas se desprende que se ha seguido la misma línea de la LEC en esta materia, esto es, la restricción de los recursos contra resoluciones interlocutorias, con el fin de evitar crisis al proceso concursal.

No obstante, las resoluciones de carácter interlocutorio que están sometidas a recurso son numerosas y, entre ellas, sobresale el auto de declaración del concurso (art. 20). La admisión del recurso de apelación no produce, como regla, la suspensión de la eficacia de la resolución, que continuará produciendo sus efectos mientras no resulte revocada, sin perjuicio de que el juez pueda acordar la suspensión.

4.2. Recursos contra sentencias dictadas en incidentes concursales

4.2.1. En el caso de que el objeto no sea laboral

Como regla, tampoco se admite el recurso de apelación de forma separada contra las resoluciones resolutorias de incidentes planteados en la fase común o en la de convenio (art. 197.3), dándoles a estas resoluciones el mismo tratamiento que a las resoluciones interlocutorias.

Ello no significa propiamente que no queda recurso de apelación frente a las sentencias que resuelven los incidentes concursales. A pesar de la equívoca terminología legal, en puridad lo que no cabe es que se sustancien separadamente, pero recurso de apelación sí que cabe, y por ello se dispone que debe ser preparado de forma inmediata a la resolución haciendo la oportuna protesta dentro de los cinco días siguientes al de su notificación.

Luego tal recuso de apelación se sustanciará de forma adhesiva al de apelación que quepa contra la sentencia que apruebe el convenio, pero sin que ello signifique que también se deba propiamente apelar el contenido de dicha resolución. Lo que se ha hecho es simplemente demorar la sustanciación de las apelaciones, lo que no siempre comportará ventajas apreciables y siempre comportará una demora apreciable. Es decir, más desventajas que ventajas.

En el RDL 3/2009 se ha introducido una importante novedad que ha venido a impedir la demora excesiva que se estaba produciendo en la sustanciación de esos recursos de apelación diferida. Consiste en establecer que sea el auto que pone fin a la fase común el primer vehículo que permita tramitar los recursos de apelación ya preparados. Los siguientes se adherirán a la apelación más próxima.

4.2.2. Cuando su objeto sea laboral

En este caso, el recurso procedente no será nunca el de apelación sino que procederá el recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal de Justicia respectivo.

Así, el recurso procede directamente, ya que no existe razón alguna que pueda justificar que quede aplazado.

Los únicos incidentes sometidos a este especial régimen de recursos son el que proceda contra los expedientes colectivos y los que se puedan interponer contra los incidentes individuales instados por los trabajadores contra lo resuelto en el expediente colectivo, así como el que pueda interponerse en el incidente en materia de personal de alta dirección.

4.3. Recursos extraordinarios

Contra la sentencia de la Audiencia Provincial sólo cabrá el recurso de casación o el extraordinario de infracción procesal si se tratare de las siguientes sentencias:

- Las que aprueben o rechacen un convenio.
- Las que declaren su cumplimiento o incumplimiento.
- Las de calificación del concurso.
- Resuelvan acciones de las comprendidas en las secciones tercera y cuarta, esto es, relacionadas con la determinación de la masa activa o pasiva.
- Acuerden la conclusión del concurso.

