

Antecedentes y principios de la Ley Concursal y declaración del concurso

Juan Manuel de Castro Aragonés
Juan Francisco Garnica Martín

PID_00194619



Los textos e imágenes publicados en esta obra están sujetos –excepto que se indique lo contrario– a una licencia de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada (BY-NC-ND) v.3.0 España de Creative Commons. Podéis copiarlos, distribuirlos y transmitirlos públicamente siempre que citéis el autor y la fuente (FUOC. Fundació para la Universitat Oberta de Catalunya), no hagáis de ellos un uso comercial y ni obra derivada. La licencia completa se puede consultar en <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/legalcode.es>

Índice

1. Antecedentes de la Ley Concursal	5
1.1. Procedimientos concursales relativos al deudor comerciante	7
1.1.1. La suspensión de pagos	7
1.1.2. La quiebra	8
1.2. Procedimientos relativos al deudor no comerciante	8
2. Principios a los que responde la Ley Concursal	9
2.1. Principio de unidad	9
2.2. Principio de flexibilidad	10
2.3. Acentuación de la <i>vis atractiva</i> del concurso	10
2.4. Instancia de parte	11
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 de concurso voluntario o necesario	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	26
3.3. El auto de declaración	27
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	29
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	33
3.3.6. Llamamiento a los acreedores	35
3.3.7. Publicidad	36
3.3.8. Formación de pieza separada respecto a la disolución de gananciales	37
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	38

1. Antecedentes de la Ley Concursal

Nuestra legislación concursal previa a la entrada en vigor de la Ley Concursal de 9 de julio de 2003, 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.

El artículo 86 bis LOPJ, modificado por el artículo 2 de la LO 8/23 de 9 de julio, para la Reforma Concursal (en adelante LORC), por la que se modificó la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, estableció que, con carácter general, en cada provincia, con jurisdicción en toda ella y sede en su capital, habría uno o varios juzgados de lo mercantil. Asimismo, regulaba la posibilidad de que pudieran crearse también en poblaciones distintas de la capital de provincia cuando, la población, la existencia de núcleos industriales o mercantiles y la actividad económica, lo aconsejasen, delimitándose en cada caso el ámbito de su jurisdicción. Por último, la LOPJ dispuso que podrían establecerse juzgados de lo mercantil que extendieran su jurisdicción a dos o más provincias de la misma comunidad autónoma.

La creación de estos **nuevos juzgados especializados** dentro del orden jurisdiccional civil respondió a un doble propósito según la exposición de motivos de la LO 8/2003, de 9 de julio; por un lado, dar respuesta a la necesidad que planteaba la nueva Ley 22/2003, Concursal y, por otro, avanzar decididamente en el proceso de la especialización.

Con esta especialización se pretendió conseguir tres objetivos básicos:

- El primero, la resolución de las materias sometidas a la jurisdicción de los juzgados de lo mercantil por titulares con conocimiento específico y profundo de la materia.
- El segundo, conseguir una mayor celeridad y agilidad en el estudio y resolución de los litigios.

- Por último, procurar una redistribución de trabajo que correlativamente favorecerá el mejor desarrollo de las previsiones de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.

Con la reforma de la Ley Concursal operada por el Real Decreto-Ley 3/2009 se intentó agilizar la tramitación del procedimiento concursal y solucionar aquellos problemas que estaban surgiendo en la práctica como consecuencia del **atasco** que la crisis económica está produciendo en los juzgados mercantiles.

Facilitando, por ejemplo, la negociación de convenios preconcursales y la realización de liquidaciones anticipadas de sociedades en caso que no sea en absoluto posible una salida airosa a la situación concursal.

Asimismo, se agilizaron los procedimientos incidentales dentro del concurso para facilitar toda la tramitación.

Igualmente, la Ley 13/2009, con entrada en vigor el 4 de mayo del 2010, implantó la **nueva Oficina Judicial** y realizó pequeños retoques al texto de la Ley Concursal para adecuar las nuevas funciones de los secretarios judiciales dentro de la nueva Oficina.

Por último, la reciente Ley 38/2011, que entró en vigor el 1 de enero del 2012, ha vuelto a modificar la Ley Concursal en aquellos aspectos en que su aplicación práctica había resultado más conflictiva, fomentando los institutos preconcursales y facilitando la rapidez de algunos de los procedimientos concursales más sencillos, mediante la creación de un verdadero procedimiento abreviado con especialidades distintas a las del procedimiento ordinario.

La Ley Concursal, con sus sucesivas reformas, sustituyó aquella enorme dispersión por una regulación única 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, si bien con determinadas especialidades en función de las circunstancias¹ de cada caso concreto.

⁽¹⁾De acuerdo con lo dispuesto en los nuevos artículos 190, 191, 191 bis y 191 ter.

Si en la legislación derogada existían procedimientos distintos para los deudores comerciantes (quiebra y suspensión de pagos) y para los no comerciantes (concurso de acreedores y quita y espera), en la nueva regulación se **unificó 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 estableció 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 Barcelona 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 **insolven-**
cia provisional, esto es, que su activo fuera superior a su pasivo o bien que afianzara la diferencia, caso de encontrarse en insolvenza 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 este no se aprobaba, el procedimiento se sobreseía.

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 la 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.

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 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 optó de forma decidida por el principio de unidad del procedimiento concursal. Unidad que en este sentido tiene una doble perspectiva:
 - la de que el legislador establece un procedimiento único; y
 - 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 diseña 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 la introducción de una serie de especialidades para cada caso concreto y que otorgan al juez la facultad de decidir su aplicación, salvo en los supuestos del artículo 190.3 de la Ley Concursal, en que está obligado a declarar el procedimiento abreviado concursal. Ya no se da un mero acortamiento de plazos a la mitad, como antes del 1 de enero del 2012, sino que se regula un verdadero procedimiento abreviado con especialidades.

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 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 atractiva* del concurso

Otro principio esencial al que responde la Ley Concursal es el de la acumulación ante el juez del concurso de todas las acciones que puedan tener repercusión económica en el propio procedimiento concursal, esto es, cuando se inicien acciones o ejecuciones contra el patrimonio del concursado, extendiendo sus efectos, por virtud de los artículos 55, 56 y 57 de la Ley Concursal, a las ejecuciones existentes en el momento de declaración del concurso, incluso ejecuciones administrativas de la Hacienda Pública y Seguridad Social, extendiéndose a prácticamente todas las acciones declarativas posteriores a la declaración de concurso e incluso, potestativamente, a las anteriores, lo que su-

pone que podamos definir el procedimiento concursal desde el punto de vista de universalidad, ya que el juez del concurso conoce de todas las cuestiones relativas a la sociedad o persona física concursada.

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 y, a lo sumo, en la imposición de ciertas medidas cautelares al concursado, de acuerdo con el artículo 4 de la ley. Únicamente a instancia del deudor o de los acreedores 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 este 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 necesario. 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 deudor 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 un 50% de su crédito, de acuerdo con el artículo 91.7º de la Ley Concursal.

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.
- 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 a 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.

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. Si bien existen opiniones contrarias a tal posibilidad, algunos autores admiten la posibilidad de que puedan ser declarados en concurso otros entes sin personalidad, como las uniones temporales de empresas.

Lectura recomendada

AA. VV. (2012). *Comentarios a la Ley Concursal*. La Ley Wolters Kluwer.

Otra cuestión es la de 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, resulta indudable que debe reconocerse respecto de ellas la posibilidad de que sean declaradas en concurso.

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:

a) 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.

b) Los organismos públicos.

c) 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 sometidas 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, salvo aquellos que hubieran adquirido el crédito por actos *inter vivos* y a título singular seis meses antes de la presentación (arts. 3.1 y 3.2). Es competente para solicitarlo, en personas jurídicas, el órgano de administración. En el caso de personas jurídicas, la legitimación 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).

Nota

El artículo 461-22 del libro cuarto del Código civil de Cataluña establece la obligación de solicitar el concurso de la herencia para el heredero que disfruta del beneficio de inventario.

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, introdujo una novedad muy significativa, posteriormente modificada por la Ley 38/2011, que deja en suspenso ese plazo de dos meses por otros tres más, con uno adicional, siempre que el deudor que se encuentre en insolvencia inminente o actual haya iniciado negociaciones dirigidas a obtener una propuesta anticipada de convenio o un acuerdo de refinanciación con sus acreedores y lo ponga en conocimiento del juzgado (actual art. 5 bis LC).

3.1.2. El presupuesto objetivo

La insolvencia como presupuesto del concurso

El presupuesto objetivo 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.

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, 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.

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. Solo 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

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.

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.

Prueba de la insolvencia: es distinta según la tipología del concurso:

1) Concurso voluntario (art. 2.3 LC)

Es aquel en que la solicitud de declaración de concurso es presentada por el propio deudor, quien deberá justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia. Esta última puede ser bien actual, es decir, la que concurre en el momento de presentar la solicitud de declaración de concurso, o bien inminente, cuando el deudor prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente con sus obligaciones. La Exposición de Motivos de la Ley Concursal expresa con toda claridad que la finalidad de este sistema dual de insolvencia, en que junto con las garantías del deudor se combina la conveniencia de adelantar en el tiempo la declaración del concurso, no es otra que la de evitar el deterioro del estado patrimonial de modo que se impidan o dificulten soluciones más adecuadas para satisfacer a los acreedores.

2) Concurso necesario (art. 2.4 LC)

Cuando la solicitud de declaración de concurso la presenta un acreedor, deberá fundarla en un título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago o bien en la existencia de alguno de los siguientes hechos:

- Sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor. Este sobreseimiento debe ser probado (Auto AP Murcia 31.05.2005). La mera existencia de procedimientos judiciales por créditos controvertidos no implica sobreseimiento (Auto JM 2 Madrid 29.11.2005).
- Existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor.

- Alzamiento o liquidación apresurada o ruinoso de sus bienes por el deudor. Se requiere por tanto incumplimiento “generalizado” (Auto JM 2 Madrid 29.11.2005).
- Incumplimiento generalizado de alguna de las obligaciones siguientes: tributarias, pago de cuotas a la Seguridad Social y pago de salarios, indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades.

Se entiende por la jurisprudencia que se trata de un *numerus clausus*, donde la legitimación del acreedor para la solicitud de concurso necesario no puede sostenerse sobre la existencia de la insolvencia como término genérico y difuso, sino que ha de apoyarse de forma exclusiva y excluyente en alguno de los supuestos previstos y tipificados por la Ley Concursal. En este sentido se pronuncia el Auto JM 2 Madrid 16.12.2004, el Auto JM 1 La Coruña 13.07.2005 y el Auto JM 2 Madrid 29.11.2005.

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.

1) 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 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, la relación de trabajadores y la contabilidad, en el caso de que estuviere obligado a llevarla.

2) 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. 7.1.1.º) o bien que se proponga la prueba necesaria para acreditarla, en el caso de los demás legitimados (art. 7.1.2.º).

El documento acreditativo de la legitimación del acreedor es el justificativo de su crédito contra el deudor, a través del cual puedan acreditarse las circunstancias previstas en el artículo 2.4. 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 dimana 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.

Documento del que dimana el crédito

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.

3.2.2. La admisión a trámite de la solicitud de concurso voluntario o necesario

Si la solicitud cumple todos los requisitos exigidos, o bien si se han subsanado los defectos apreciados, procede dictar resolución admitiendo a trámite el concurso y auto subsiguiente declarando el concurso, en el voluntario, o admitiendo a trámite el procedimiento y ordenando el emplazamiento del deudor, en el necesario, si bien el artículo 15, reformado por la Ley 38/2011, establece una declaración "directa" de concurso necesario, sin admisión a trámite y emplazamiento previo, en caso que el concurso se solicite con base en una declaración judicial o administrativa de insolvencia o en un embargo o una investigación infructuosa de patrimonio.

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.

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 esta 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

En la Ley Concursal resulta inexorable prestar **previa audiencia** al deudor, salvo en los supuestos que se han indicado y que se regulan en el artículo 15. Esta modificación ha solucionado los problemas existentes hasta ahora y ha recogido las posturas contrarias a la excesiva atención al emplazamiento del deudor, regulando una forma de declaración *inaudita parte*.

En otros casos, 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 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, todo ello conforme al artículo 22.

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, este con poder especial para poder solicitar el concurso, tanto si es necesario como si es voluntario.

La oposición del deudor debe ser **fundada**. El contenido del apartado 2 del precepto, 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. 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 interpretar 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

Presentación casi simultánea

No se puede descartar que se dé una situación en la que se produzca una presentación voluntaria y una solicitud de concurso necesario de forma casi simultánea, cuestión que ha sido resuelta con una interpretación finalista del artículo 22 y declarando el concurso como voluntario, a pesar de ser la solicitud de concurso necesario la primera en registrarse en el AJM JM10 Barcelona 1.2.2012.

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. Esta 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.

No parece 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 cualquiera de las formas de extinción de las obligaciones.

En cambio, la falta de exigibilidad del crédito en el momento de la solicitud no puede 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 simples fotocopias de cambiales respecto a las cuales previamente el deudor había puesto tacha de falsedad en la firma.

También puede impugnarse por el deudor la suficiencia de los títulos acreditativos del crédito, lo que es tanto como impugnar la propia existencia del crédito. Ello no significa admitir la idea de que deban acompañarse necesariamente por parte del solicitante documentos que no sean de producción unilateral, ya que puede bastar con simples facturas no conformadas, siempre que sean el instrumento habitual para la documentación de las relaciones comerciales.

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.

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.

Esto puede suceder en supuestos de vicios de postulación, de representación, o bien de meros vicios de forma de la solicitud. También 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 comparecidos 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.

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 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:

1) Si no comparece el deudor, 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. En este caso, es de aplicación lo establecido en el artículo 414 LEC respecto a las diferentes situaciones que se pueden presentar.

2) Si comparece el deudor y desiste de su oposición o se allana, debe también declararse el concurso.

3) Si comparece el deudor y no comparece el solicitante o este no se ratifica en su solicitud, no se establece en la ley 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.

4) Si no comparece ninguna de las partes, no está expresamente contemplado en el precepto que se comenta y 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.

5) Si comparecen ambas partes, se pueden dar, a su vez, varias situaciones:

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 que en el supuesto a) lo razonable es que deba considerarse el procedimiento concluido.

Los supuestos que dan paso a la fase contenciosa de la vista aparecen regulados 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 esta 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;
- y 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 puede consistir en cuestiones procesales y/o 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, 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 parece que excluye la aplicación de otros criterios, como el de la mala fe o la temeridad.

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

El régimen de recursos que procede contra la desestimación se trata 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. En aquellos supuestos regulados por la Ley 38/2011, puede suponer la apertura inmediata en el mismo auto de declaración de la fase de liquidación (art. 190.3), lo cual redundará en una rapidez del procedimiento y en un solapamiento de plazos para la presentación por la Administración Concursal de distintos informes (inventario de bienes y derechos, plan de liquidación, informe provisional).

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, todo ello con la particular interpretación que puede darse a este precepto y que ya ha quedado indicada.

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.

No exige la Ley Concursal, como hacía la legislación sobre suspensión de pagos, la presentación de certificación alguna del acuerdo del órgano de administración de presentar el concurso, pero sí que es conveniente que todos los documentos presentados vayan con la firma del administrador o administradores, en prueba de la conformidad a presentar el concurso voluntario. Ello 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.

El artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital establece 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.

La solicitud de concurso voluntario constituye 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. 5.1).

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. No obstante, pueden darse supuestos de concursos voluntarios con suspensión de facultades, como ha ocurrido recientemente con las declaraciones de concurso voluntario de la mayor parte de las sociedades que formaban parte del grupo Nueva Rumasa.

En el caso de que se hubiera solicitado la liquidación, el juez del concurso deberá decidir si apertura esta fase en el mismo momento de la declaración. En caso contrario, no se abrirá esta fase, pudiendo el deudor pedirla en cualquier otro momento posterior (art. 142.1), así como acreedores y el administrador concursal (arts. 142.2 y 142.3). Otro supuesto es que el deudor presente con la solicitud una propuesta anticipada de convenio, con los requisitos exigidos por los artículos 104 y siguientes, en cuyo caso el juez del concurso deberá analizar si se cumplen dichos requisitos y, en ese caso, en el mismo auto de declaración abrirá la fase de convenio.

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.

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 existe ninguna razón de peso para que al principal interesado para instar esa modificación se le niegue legitimación para realizar la solicitud. Por ello, debe hacerse una interpretación abierta de ese precepto.

Para que proceda acordar el cambio de circunstancias no basta una motivación de carácter general o abstracto, 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 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, y tras la Reforma de la Ley 38/2011, la Administración Concursal estará integrada por un único miembro, que puede ser: (1) un abogado o (2) un auditor de cuentas, economista o titulado mercantil, pudiendo ser designada igualmente una persona jurídica en la que se integre, al menos, un abogado y un economista. Esta integración debe ser de socio, aunque el representante designado por la persona jurídica para llevar el concurso, que tiene que ser abogado o economista, no es necesario que sea socio. En cuanto a la forma de la persona jurídica, aun cuando la ley no indica nada, la Exposición de Motivos de la Ley 38/2011 parece referirse a que deberá ser una sociedad profesional, por lo que deberá cumplir los requisitos de la Ley de Sociedades Profesionales.

Al realizar el nombramiento del administrador 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. La Ley 38/2011 ha introducido el concepto de la “distribución equitativa” de nombramientos, de tal manera que se refuerza ese libre arbitrio del juez para la designación, con cumplimiento de los requisitos legales. Adicionalmente, se da libertad al juez para designar a unos concretos administradores que reúnan ciertas características de competencia y profesionalidad para la designación en determinados concursos, si bien se señala que para un concurso ordinario solo se podrán nombrar administradores que hayan trabajado en otros concursos ordinarios o, al menos, tres concursos abreviados, salvo que el juez considere idóneo al administrador concursal.

Tras la Reforma de la Ley 38/2011, la única excepción al nombramiento de más de un administrador concursal lo constituyen los llamados concursos “de especial trascendencia”, que, de acuerdo con el artículo 27 bis, son aquellos en los cuales se dé alguna de estas circunstancias: que la cifra de negocio supere los cien millones de euros, que el pasivo sea superior a cien millones de euros, que el número de acreedores sea superior a mil, o que el número de

trabajadores sea superior a cien. Adicionalmente, se introduce la posibilidad de que los representantes de los trabajadores sean los que designen al segundo administrador, en caso de que la empresa tenga una importante deuda salarial, y que sea designado administrador alguna institución u organismo público.

Facultades

Además del nombramiento del administrador, 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.

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.

En principio, 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.

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

Este requerimiento debe llevarse a cabo únicamente en el caso de concurso necesario. En el concurso voluntario 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.

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 cuando ya desde este momento desee optar por la liquidación.

Observación

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

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 10 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 21.

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 sustituyó, o bien por medio de la adopción de medidas cautelares concretas. En esta 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, ni tampoco existe una verdadera diligencia de ocupación, como existía en la

legislación sobre quiebras. 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 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 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, salvo las del artículo 43. 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 deben hacer cumpliendo los requisitos de forma establecidos en el artículo 85, es 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, salvo las consecuencias previstas en el artículo 92.1. 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 se regula 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, confirmada por la Ley 38/2011, 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 (web concursal, página web del concursado, etc.).

Anotaciones registrales

Se debe acordar en el propio auto de declaración la inscripción en el Registro Civil, en el caso de deudor persona física, de 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 este, 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), con obligación del registrador mercantil, según el artículo 323 del Reglamento del Registro Mercantil, de notificar la inscripción al Registro Mercantil Central, al Registro de la Propiedad y a todos cuantos registros públicos incluyan bienes del concursado.

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 que declara 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, en su caso, proceda seguir los trámites del procedimiento abreviado se establecen en el artículo 190, reformado por la Ley 38/2011. En el apartado 1, los concursos de no especial complejidad en que la masa activa no supere los 5 millones de euros, que la masa pasiva no supere dicha cifra o que los acreedores no sean superiores a 50; en el apartado 2, que el concursado presente con la solicitud una propuesta anticipada de convenio o una propuesta que incluya una modificación estructural que suponga transmisión íntegra de activo y pasivo; y en el apartado 3, de forma obligatoria, será abreviado el concurso que se presente cuando la sociedad haya cesado la actividad y no tenga contratos laborales en vigor o cuando la solicitud contenga un plan de liquidación que incluya una oferta vinculante de compra de la unidad productiva.

La Ley 38/2011 ha introducido un verdadero procedimiento abreviado nuevo, separado del ordinario por una serie de especialidades para cada uno de los supuestos del artículo 190 en los artículos 191, 191 bis y 191 ter, reduciendo los plazos de tramitación del concurso de forma ostensible, simplificando los trámites procesales y obligando al administrador concursal a la realización de una serie de informes que no se prevén en el concurso ordinario.

Por tanto, la diferencia entre concurso ordinario y abreviado ya no es el importe del pasivo y una reducción de todos los plazos a la mitad, sino que es necesario tener en cuenta cada una de las especialidades de ese procedimiento abreviado para poder llevar a cabo su tramitación.

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 de declaración del 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. En todo caso, 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 y, en su caso, la quinta, si se presenta propuesta de convenio o plan de liquidación.

Aunque la mención legal es algo equívoca, no existe inconveniente alguno que impida que la formación se pueda ordenar en el propio auto de declaración del 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 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 cualquiera 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 el deudor.

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 cualquiera 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 ha de 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 y teniendo en cuenta si el concurso es voluntario o necesario.

En caso de concurso voluntario, el artículo 14.2 solamente permite recurso de reposición para el caso de desestimación del concurso voluntario. Nada se prevé para el caso de estimación, aunque ello es lógico por cuanto no parece muy posible que el propio deudor que solicita su concurso vaya a recurrir la estimación de la solicitud.

En caso de concurso necesario, según el artículo 20.2, si se quiere discutir la cuestión principal, esto es, la estimación o desestimación de la propia declaración de concurso, el único recurso admisible en todo caso es el de apelación, planteándose la posibilidad de un previo recurso de reposición, si aplicamos el artículo 197.3. En cambio, si únicamente se pretende cuestionar alguno de sus particulares pronunciamientos aceptando el de declaración, el recurso procedente es únicamente 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 or-

denado, 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. El mismo efecto se da para las ejecuciones administrativas, siempre que no se haya dictado diligencia de embargo. La Reforma de la Ley 38/2011 ha introducido expresamente la imposibilidad de acordar el levantamiento de esos embargos, aun cuando comienza a existir una corriente jurisprudencial que acuerda el levantamiento en interés del concurso, a pesar de la dicción legal.

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 o se abra la liquidación. 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 84.2.2.º y 84.2.3.º, que como norma las reputa también como costas de la masa.

