

Calificación, conclusión y normas procesales

Juan Francisco Garnica Martín
Carlos Nieto Delgado

PID_00194655



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. Calificación del concurso	5
1.1. ¿Cuándo se abre la sección de calificación?	6
1.2. Objeto de la calificación	6
1.2.1. La existencia de complicidad	6
1.2.2. La inhabilitación y su alcance	7
1.2.3. La responsabilidad de los administradores de la persona jurídica	8
1.3. La calificación del concurso culpable	8
1.3.1. Presunciones <i>iuris et de iure</i>	9
1.3.2. Presunciones <i>iuris tantum</i> de dolo o culpa grave	10
1.4. El procedimiento de calificación	10
1.4.1. Legitimación activa	11
1.4.2. Legitimación pasiva	11
1.4.3. Trámites	11
2. Conclusión y reapertura del concurso	14
2.1. Conclusión del concurso	14
2.1.1. La conclusión del concurso en caso de insuficiencia de activo	14
2.1.2. Efectos generales de la conclusión del concurso	16
2.1.3. Fallecimiento del concursado	16
2.2. Reapertura del concurso	16
3. Normas procesales generales	18
3.1. Principios generales del proceso concursal	18
3.2. Competencia	19
3.3. Partes y postulación	20
3.3.1. Partes necesarias	20
3.3.2. Partes facultativas	23
3.3.3. La actuación de los acreedores	25
3.4. Secciones y piezas separadas	26
3.4.1. Sección Primera	26
3.4.2. Sección Segunda	27
3.4.3. Sección Tercera	28
3.4.4. Sección Cuarta	29
3.4.5. Sección Quinta	30
3.4.6. Sección Sexta	30
3.5. Esquema del procedimiento	31
3.5.1. La fase de declaración	31
3.5.2. La fase común	34
3.5.3. La fase de convenio	35
3.5.4. La fase de liquidación	36

3.6.	Procedimiento abreviado	37
3.7.	El incidente concursal	38
3.7.1.	Partes en el incidente	38
3.7.2.	Demanda incidental y documentos	39
3.7.3.	Admisión a trámite	40
3.7.4.	El juicio	40
3.7.5.	Sentencia y recursos	41
3.8.	Las medidas cautelares en el proceso concursal	41
3.8.1.	Medidas de carácter personal	41
3.8.2.	Medidas sobre los bienes	42
4.	El sistema de recursos.....	44
4.1.	Recursos contra resoluciones interlocutorias	44
4.2.	Recursos contra sentencias dictadas en incidentes concursoales	45
4.2.1.	En el caso de que el objeto no sea laboral	45
4.2.2.	Cuando su objeto sea laboral	45
4.3.	Recursos extraordinarios	46

1. Calificación del concurso

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

En la antigua legislación de quiebras, la calificación de esta última como culpable o fraudulenta era el presupuesto necesario para el castigo penal del deudor. En tal sentido, los tipos penales incorporaban remisiones en blanco, que venían precisamente referidas a la calificación que previamente se hubiera establecido en el orden civil. Ya antes de la entrada en vigor de la vigente Ley Concursal comenzó a diluirse la ligazón entre el procedimiento civil y el penal, al interpretar la jurisprudencia que la calificación civil no vinculaba necesariamente al juez penal. La Ley Concursal culminó este proceso de separación de jurisdicciones, de tal forma que para la prosecución del proceso penal no resulta preciso que exista calificación, ni la calificación del concurso como fortuito resulta prejudicial respecto a la suerte de las acciones penales¹.

⁽¹⁾Artículo 163.2.

Las sanciones que puede imponer el juez mercantil, en caso de que el concurso se considere culpable, son siempre de carácter civil, sin perjuicio de las penales que se puedan imponer en el proceso penal que eventualmente se pueda seguir. Entre ellas, la sanción tipo es la de **inhabilitación para administrar bienes ajenos**² durante un período de dos a quince años, así como para representar a cualquier persona durante el mismo período. Pero la novedad más sobresaliente, en la vigente regulación, está constituida por el sistema de responsabilidad de los administradores de las personas jurídicas, que pueden verse afectados doblemente:

⁽²⁾Artículo 172.2.2.

1) Indemnizando los daños y perjuicios causados a la masa del concurso³.

⁽³⁾Artículo 172.2.3.

2) Mediante la condena a la cobertura (total o parcial) del déficit⁴.

⁽⁴⁾Artículo 172 bis.

1.1. ¿Cuándo se abre la sección de calificación?

La **sección de calificación** no constituye un trámite obligado de todo concurso sino que, únicamente, se debe abrir en aquellos supuestos en los que el legislador ha considerado que del concurso se ha derivado para los acreedores un sacrificio suficientemente oneroso.

Tras la reforma operada por la Ley 38/2011, el legislador no delimita positivamente en qué supuestos se abre la sección de calificación, sino que establece dos únicas excepciones⁵ en que dicha sección no debe formarse: la aprobación judicial de un convenio en el que se establezca, para todos los acreedores o para los de una o varias clases, una quita inferior a un tercio del importe de sus créditos, o una espera inferior a tres años, salvo que resulte incumplido.

⁽⁵⁾Artículo 167 LC.

Por comparación con la normativa anterior a la reforma del 2011, se ha reducido el número de supuestos en que procede la formación de la sección de calificación. Hasta la entrada en vigor de la nueva disciplina, la apertura de la sección era procedente en todos aquellos casos en que la quita fuera superior al tercio de los créditos o bien la espera superior a tres años. Ahora, basta con que la quita sea inferior al tercio o bien que la espera sea inferior a tres años para que la sección no deba formarse. Además, en la misma reforma el legislador ha previsto la posibilidad de concluir el concurso por insuficiencia de activo sin necesidad de formar sección de calificación⁶ cuando sea previsible que la calificación del concurso no será culpable.

⁽⁶⁾Artículo 176 bis.

1.2. Objeto de la calificación

El **objeto de la calificación**⁷ en sentido estricto consiste en considerar el concurso como fortuito o como culpable.

⁽⁷⁾Artículo 163.1.

A diferencia de la antigua legislación de quiebras en la que las categorías de la calificación eran tres (fortuita, culpable y fraudulenta), en la Ley Concursal vigente se han agrupado en una única categoría las conductas que en la anterior normativa hubieran merecido la calificación de culpable y fraudulento. Por otra parte, no hay definición del concurso fortuito: sencillamente, se reputa como tal todo aquel que no sea culpable.

1.2.1. La existencia de complicidad

La calificación del concurso puede no afectar únicamente al concursado y, cuando sea una persona jurídica, a sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, y a sus apoderados generales, sino que también pueden ver-

se involucrados en ella determinados terceros que hubieran participado en las conductas que hubieran dado lugar a la calificación del concurso como culpable. Estos terceros son los **cómplices**, quienes pueden resultar condenados a:

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

1.2.2. La inhabilitación y su alcance

La sanción tipo para el concurso culpable, como se ha adelantado, es la de **inhabilitación**⁸ para administrar bienes ajenos durante un período de dos a quince años, así como para representar a cualquier persona durante el mismo período.

⁽⁸⁾Artículo 172.2.2.

El condenado a la sanción de inhabilitación no tiene limitación alguna para la administración de su propio patrimonio, ni tampoco queda imposibilitado para seguirse dedicando a una actividad comercial o industrial (para ejercer el comercio en sentido amplio), a diferencia de lo que ocurría en la antigua legislación de quiebras. En cambio, no podrá ejercer el cargo de administrador de cualquier persona jurídica.

La sanción de inhabilitación, como también se ha adelantado, no alcanza únicamente al concursado, sino que puede extenderse también a sus administradores, de hecho o de derecho, a sus liquidadores y a los apoderados generales. Respecto de la concursada persona jurídica, los administradores o liquidadores a quienes se imponga la sanción deben ser sustituidos, conforme a lo que se dispone en el artículo 173.

El alcance temporal de esta sanción es extraordinariamente amplio, pues va desde los dos hasta los quince años. Se concede un amplio arbitrio al juez para acomodar la gravedad de la sanción a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio, así como la declaración culpable en otros concursos. En caso de pluralidad de condenas, el período de inhabilitación será la suma de todas ellas.

Al objeto de suavizar la aplicación de la sanción de inhabilitación, en los casos de convenio, la reforma operada por la Ley 38/2011 ha venido a permitir al juez del concurso, de forma excepcional, que autorice al inhabilitado para

continuar “al frente de la empresa o como administrador de la sociedad concursada”, aunque para ello debe mediar una expresa petición de la Administración concursal.

1.2.3. La responsabilidad de los administradores de la persona jurídica

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

- Una responsabilidad por los **daños y perjuicios causados a la masa activa**⁹.
- Una responsabilidad al pago (total o parcial) de las deudas insatisfechas a los acreedores: lo que se denomina **la cobertura del déficit de la sociedad**¹⁰.

⁽⁹⁾ Artículo 172.2.3.

⁽¹⁰⁾ Artículo 172 bis.

Desde la entrada en vigor de la Ley Concursal, se suscitó una viva polémica doctrinal y jurisprudencial en torno a la naturaleza de la segunda responsabilidad, la prevista en la actualidad en el artículo 172 bis, así como los requisitos que deben concurrir para su imposición. Dicha polémica ha enfrentado a la doctrina de la Sección 15.^a Especializada Mercantil de la Audiencia Provincial de Barcelona (partidaria de la naturaleza indemnizatoria de la responsabilidad y de la necesidad de acreditar el dolo o culpa grave del administrador y la relación de causalidad entre su conducta y la generación o agravación de la insolvencia) y la de la Sección 28.^a Especializada Mercantil de la Audiencia Provincial de Madrid, defensora del automatismo en la imposición de la responsabilidad en atención a su carácter sancionador.

La más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo parece haberse inclinado por el carácter resarcitorio de la responsabilidad, aunque ha venido a sostener su carácter objetivo, haciendo innecesaria la prueba del dolo o culpa grave del concreto administrador y la relación de causalidad con el déficit generado. Una vía intermedia entre las dos interpretaciones en liza.

1.3. La calificación del concurso culpable

El sistema legal para la calificación del concurso parte de una definición general del **concurso culpable**, que se contiene en el artículo 164.1:

Responsabilidad civil o sanción

La polémica en torno a la naturaleza de la responsabilidad concursal prevista hoy por el artículo 172 bis no ha hecho otra cosa que reeditar una vieja discusión que se produjo, ya hace más de un decenio, en torno a la responsabilidad por las deudas sociales de los administradores de las compañías mercantiles al introducirse la acción del artículo 262.5 TRLSA. También entonces se discutió si se estaba ante una responsabilidad civil o ante una **responsabilidad sanción**, imponiéndose sin paliativos la segunda postura en la jurisprudencia. Sin embargo, son ya varios los fallos del Tribunal Supremo (entre otras, sentencias de 23 de febrero y 12 de septiembre del 2011) que rechazan expresamente el carácter sancionador de la responsabilidad concursal.

Aquel en el que en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en el caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho o de sus apoderados generales; y también de quienes hubieran ostentado tal condición dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso.

Para facilitar la aplicación de esta regla general, el legislador recoge en los artículos 164.2 y 165 dos listas de presunciones (las primeras *iuris et de iure* y las segundas *iuris tantum*) que, en presencia de determinados actos o comportamientos que se detectan con cierta reiteración en las empresas en crisis, permiten afirmar la culpabilidad del concurso. Algunas de las citadas conductas tienen, sin embargo, autonomía propia y en modo alguno pueden considerarse incluidas como concreciones de la cláusula general.

1.3.1. Presunciones *iuris et de iure*

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

Los tipos que se establece son los siguientes:

- La total ausencia de contabilidad o la existencia de doble contabilidad o de irregularidad relevante para la comprensión de la situación patrimonial o financiera del deudor.
- La inexactitud grave o la falsedad en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de concurso o presentados durante todo el procedimiento.
- La apertura de la liquidación por incumplimiento del convenio debido a causas imputables al concursado.
- La salida fraudulenta de bienes o derechos del patrimonio del deudor en los dos años anteriores al concurso.
- La realización de actos encaminados a simular una situación patrimonial ficticia antes del concurso.

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

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

Tales conductas son las siguientes:

- Haber incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso¹¹. Tal deber impone la obligación de instarlo dentro de los dos meses siguientes al momento en el que el deudor conoció o debió conocer su situación de insolvencia.
- Incumplir el deber de colaboración con el juez del concurso y con la Administración concursal o no asistir, por sí o representado por apoderado, a la junta de acreedores.
- No formular, depositar o auditar las cuentas anuales, cuando exista obligación legal de hacerlo, en alguno de los tres ejercicios anteriores a la solicitud de concurso.

Controversia

Una enconada controversia doctrinal y jurisprudencial se ha suscitado en torno a las presunciones del artículo 165 de la Ley Concursal. Mientras que algunas resoluciones judiciales habían venido defendiendo que eran presunciones de culpabilidad del concurso, otras habían sostenido que solo conducían a afirmar la concurrencia del dolo o la culpa grave, siendo necesario además acreditar su vinculación causal con la generación o agravación de la insolvencia. Finalmente, el Tribunal Supremo (sentencia de 17 de noviembre del 2011) parece haber acogido esta segunda interpretación.

⁽¹¹⁾Artículo 5.

1.4. El procedimiento de calificación

Se trata de un simple procedimiento incidental del de concurso, que se tramita en una sección separada del proceso concursal.

Por consiguiente, no tiene autonomía propia y está siempre ligado al expediente concursal, si bien ello no significa que quienes sean parte en cualquiera de las secciones del mismo también puedan ostentar ese mismo carácter en esta sección.

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

1.4.1. Legitimación activa

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

A los demás interesados les está reservada únicamente la posibilidad de personarse (con la condición formal de parte) y alegar por escrito cuanto consideren relevante para la calificación del concurso como culpable¹². Esas alegaciones no cumplen otra función que la de poner en conocimiento de la Administración concursal la existencia de circunstancias que pueden ser tomadas en consideración en la calificación del concurso, si bien no pueden equipararse a una genuina demanda de calificación, ni vinculan a la Administración concursal ni al fiscal. Tales escritos tampoco pueden ser tomados como referencia por el juez del concurso para calificar el concurso como culpable cuando no le haya sido solicitado así por la Administración concursal o el fiscal.

⁽¹²⁾Artículo 168.

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

1.4.2. Legitimación pasiva

Legitimados pasivamente lo están el concursado y todas las demás personas que puedan resultar afectadas por la calificación (administradores de hecho o de derecho, liquidadores, apoderados generales), o bien sus cómplices.

A todos ellos es preciso darles traslado, pero únicamente en el caso de que el informe de la Administración concursal o bien el dictamen del Ministerio Fiscal, en su caso, contemplen la posibilidad de que el concurso se declare como culpable. Si el informe de la Administración concursal y el dictamen del Ministerio Fiscal coinciden en la calificación del concurso como fortuito¹³, lo procedente es el archivo de las actuaciones, sin más trámite y sin que quepa recurso alguno.

⁽¹³⁾Artículo 170.1.

1.4.3. Trámites

El primer trámite es el de **personación y alegaciones de los interesados**. Cualquier acreedor o persona que acredite interés legítimo puede personarse en la sección dentro de los diez días siguientes a la última publicación que se hu-

biera dado a la resolución judicial de aprobación del convenio o, en su caso, de aprobación del plan de liquidación o bien de la liquidación con arreglo a las reglas legales supletorias.

El siguiente trámite consiste en dar **vista de las alegaciones de los acreedores a la Administración concursal** para que, dentro del improrrogable plazo de quince días, presente al juez un informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso, con propuesta de resolución. En el caso de que se proponga que el concurso se declare como culpable¹⁴, se debe expresar en el informe la identidad de las personas a las que debe afectar la calificación y las que deban ser consideradas cómplices, justificando la causa, así como la determinación de los daños y perjuicios que en su caso se hayan causado por las personas anteriores.

(14) Artículo 169.1.

Una vez presentado el informe de la Administración concursal, se debe dar traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal por plazo de diez días (prorrogables por otros diez) para que emita **dictamen**. Si el Ministerio Fiscal no presenta ningún dictamen, se entiende que no se opone a la propuesta de calificación de la Administración concursal. Teóricamente, la coincidencia expresa de la Administración concursal y el Ministerio Fiscal en la calificación del concurso como fortuito debe determinar como antes se vio el archivo de las actuaciones, pero la ley no resuelve qué acontece cuando la calificación de la administración es fortuita y no hay dictamen del Ministerio Fiscal; o bien este se presenta fuera de plazo, pero proponiendo una calificación culpable. También, en tales casos, lo más razonable parece ser el archivo de la sección de calificación.

Si las actuaciones prosiguen por existir una calificación culpable de la Administración concursal o el Ministerio Fiscal, debe darse **audiencia a las personas que pudieran ser afectadas** por la calificación para que puedan oponerse a ella.

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

La oposición, caso de existir, se sustancia por los trámites del **incidente concursal**. Aunque ha sido una cuestión controvertida, tras la oposición a la calificación hecha valer por parte de las personas afectadas o sus cómplices, no es preciso dar nuevo traslado para alegaciones a la Administración concursal y al Ministerio Fiscal. Únicamente, si alguna de las partes lo ha pedido, proponiendo los medios de prueba de que pretenda valerse para su previa declaración de pertinencia¹⁵, se convocará a las partes a una vista.

(15) Artículo 194.4.

Tras sustanciarse el juicio, se dicta **sentencia de calificación**. En ella, además de la calificación fortuita o culpable y la imposición de las correspondientes medidas y responsabilidades a las personas afectadas y a sus cómplices, el juez deberá motivar expresamente la condición de administrador o liquidador de hecho que haya atribuido a cualquier persona. Es controvertido si algunas de las medidas previstas por el artículo 172.2, como la inhabilitación, pueden o no ser impuestas cuando la Administración concursal y el Ministerio Fiscal hubieran omitido su petición o no la hubieran concretado. La praxis judicial oscila entre su posibilidad de imposición con arreglo al criterio prudencial del juez hasta su imposición en el grado mínimo.

La sentencia de calificación puede ser objeto de **recurso de apelación**¹⁶ por quienes hubieran sido parte en la sección de calificación. Si en la sentencia se impusiera la responsabilidad concursal prevista por el artículo 172 bis, el juez deberá individualizar, en caso de pluralidad de condenados, la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos, de acuerdo con la participación en los hechos que hubieran determinado la calificación en el concurso. La legitimación para solicitar su ejecución corresponderá a la Administración concursal o, subsidiariamente, a los acreedores que hubieran requerido con tal objeto a la Administración concursal, sin que esta última la hubiera instado transcurrido el plazo de un mes.

⁽¹⁶⁾Artículo 172 bis 4.

2. Conclusión y reapertura del concurso

2.1. Conclusión del concurso

La **conclusión del concurso** está regulada en los artículos 176 a 178 de la Ley Concursal. El artículo 176 ha pretendido hacer referencia, de forma conjunta y exhaustiva, a todas las causas de extinción del procedimiento, incluyendo la siguiente enumeración:

- Una vez firme el auto de la Audiencia Provincial que revoque en apelación el auto de declaración de concurso. A esta resolución debe añadirse el supuesto, en el concurso necesario, de que el juez dicte auto desestimando la solicitud¹⁷, o aquel en que la solicitud no llega a admitirse a trámite, casos a los que no se hace expresa referencia por considerarse que en ellos no ha llegado a haber propiamente concurso.
- Una vez firme el auto que declare el cumplimiento del convenio y caducadas o rechazadas por sentencia firme las acciones de declaración de incumplimiento; y una vez firme el auto que declare finalizada la fase de liquidación.
- En cualquier estado del procedimiento, cuando se compruebe la insuficiencia de la masa activa para satisfacer los créditos contra la masa.
- Cuando se compruebe, en cualquier estado del procedimiento, el pago o la consignación de la totalidad de los créditos reconocidos o la íntegra satisfacción de los acreedores por cualquier otro medio o bien que no existe ya la situación de insolvencia.
- Una vez terminada la fase común del concurso, cuando quede firme la resolución que acepte el desistimiento o la renuncia de la totalidad de los acreedores reconocidos.

⁽¹⁷⁾Artículo 20.

2.1.1. La conclusión del concurso en caso de insuficiencia de activo

Tras la reforma operada en la Ley Concursal por la Ley 38/2011, merece una atención especial la **conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa**. Esta última se produce cuando sea presumible que el patrimonio del concursado no será ni siquiera suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa (costas y gastos judiciales necesarios para la solicitud del concurso, costas y gastos judiciales ocasionados por la asistencia y representación del

⁽¹⁸⁾Art. 176 bis.1

deudor en juicios que sigan o se inicien en interés de la masa, honorarios de la Administración concursal, obligaciones válidamente contraídas durante el procedimiento por la Administración concursal o el concursado, etc.)¹⁸.

Cuando esta insuficiencia se aprecie de manera evidente en el mismo momento inicial de apertura del procedimiento concursal, el artículo 176 bis 4 permite al juez mercantil acordar el archivo del procedimiento en el propio auto de declaración de concurso, siempre que no sea previsible el ejercicio de acciones de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros.

En los restantes casos, cuando la insuficiencia de la masa activa se aprecie después de la apertura del procedimiento, la Administración concursal lo comunicará sin demora al juez del concurso, que lo pondrá de manifiesto en la oficina judicial a las partes personadas.

Una importante particularidad que se produce cuando esa comunicación se haya practicado es que la Administración concursal deberá pagar los créditos contra la masa conforme a una prelación especial y en el siguiente orden:

- 1) Los créditos salariales de los últimos 30 días de trabajo efectivo con el límite del doble del salario mínimo interprofesional.
- 2) Los créditos por salarios e indemnizaciones hasta el triple del salario mínimo interprofesional.
- 3) Los créditos por alimentos en cuantía que no supere el salario mínimo interprofesional.
- 4) Los créditos por costas y gastos del concurso.
- 5) Los demás créditos contra la masa.

No obstante, con carácter previo a todos ellos, la Administración concursal deberá hacer efectivos aquellos créditos que sean imprescindibles para concluir la liquidación.

Una vez distribuida la masa con el pago de los créditos mencionados, la Administración concursal deberá presentar al juez un informe razonando que el concurso no será calificado como culpable y que no existen acciones viables de reintegración de la masa activa o de responsabilidad de terceros; o bien que el fruto del ejercicio de tales acciones no sería suficiente para atender los créditos contra la masa. Dicho informe se pondrá de manifiesto en la oficina judicial por quince días a todas las partes personadas. Si no hubiera oposición, se acordará si procede el archivo por auto apelable. En otro caso, la oposición se tramitará como un incidente concursal. La ley ofrece también la posibilidad a los acreedores y a cualquier otro legitimado para instar la continuación del concurso si justifican la posibilidad de ejercitar acciones de reintegración o

bien aportan hechos relevantes para la calificación culpable del concurso; y siempre que justifiquen haber depositado o consignado en el juzgado, o bien avalado, una cantidad suficiente para satisfacer los créditos contra la masa.

2.1.2. Efectos generales de la conclusión del concurso

Los efectos que de la conclusión del concurso se derivan con carácter general son los siguientes:

- El cese de las limitaciones sobre las facultades de administración y disposición del concursado¹⁹, salvo que se haya impuesto la inhabilitación en la sentencia de calificación.
- La extinción de la persona jurídica y la cancelación de su inscripción cuando la causa de la conclusión sea la liquidación o la insuficiencia de la masa activa. En cambio, el deudor persona física quedará responsable de las deudas y los acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares o continuar las previamente suspendidas (no existe, en derecho español, posibilidad de exonerar las deudas de las personas físicas). A tales efectos, la inclusión de un crédito en la lista definitiva se considera como si fuera una sentencia firme de condena.
- Rendición de cuentas²⁰ por parte de la Administración concursal.

⁽¹⁹⁾Artículo 178.1.

⁽²⁰⁾Artículo 181.

2.1.3. Fallecimiento del concursado

La muerte o declaración de fallecimiento del concursado²¹ no determina la conclusión del concurso, que continuará como concurso de la herencia, correspondiendo a la Administración concursal las facultades de administración y disposición del caudal relicto.

⁽²¹⁾Artículo 182.

2.2. Reapertura del concurso

La conclusión del concurso no siempre tiene un carácter definitivo. En el caso de las personas naturales, el propio legislador determina, en el artículo 179, la posibilidad de que el concurso pueda reabrirse dentro de los cinco años siguientes a su conclusión por inexistencia de bienes si se produjera una nueva declaración de concurso. Es decir, esta última declaración se considera reapertura del concurso anterior, uniéndose al nuevo procedimiento lo actuado en el anterior.

Para el caso de la persona jurídica, se dispone que la reapertura se hará a los simples efectos de proceder a la liquidación de los bienes o derechos aparecidos con posterioridad.

La Administración concursal deberá actualizar, dentro de los dos meses siguientes a la acumulación de las actuaciones anteriores, las listas definitivas de acreedores y el inventario²².

⁽²²⁾Artículo 180.

3. Normas procesales generales

3.1. Principios generales del proceso concursal

En la propia Exposición de Motivos de la Ley Concursal se hace referencia a los principios esenciales que informan la regulación vigente: unidad y flexibilidad.

El **principio de unidad** tiene una triple dimensión: **unidad legal, de disciplina y de sistema**.

La primera de ellas se refiere a la idea de que la regulación de toda la materia concursal se proyecta en una sola ley, comprensiva tanto de los aspectos sustantivos como de los procesales. Con ello, se supera la dualidad de regulación que ha sido tradicional en nuestro sistema jurídico.

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

Con la tercera, el legislador ha optado de forma decidida por el principio de unidad de procedimiento concursal. Para hacer posible esa unidad ante la diversidad de situaciones y soluciones que en los procedimientos concursales se presentan, se ha diseñado un procedimiento flexible en el que se acentúan los poderes de oficio del juez para adaptarlo a cada una de ellas.

La **flexibilidad** del procedimiento es una nota predominante en la regulación y la que permite al legislador poder establecer un procedimiento único.

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

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

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

Otro principio esencial al que responde la nueva regulación es el de la acumulación ante el juez del concurso de todas las acciones que puedan tener repercusión económica en el propio procedimiento concursal.

Probablemente, en esta materia la *vis attractiva* del concurso sea excesiva, al no limitarse a las ejecuciones sino extenderse a todas las acciones declarativas posteriores a la declaración de concurso²³ e incluso, potestativamente, a las anteriores²⁴.

⁽²³⁾Artículo 50.

⁽²⁴⁾Artículo 51.1.

3.2. Competencia

La **competencia objetiva** corresponde a los juzgados de lo mercantil, si bien, de forma provisional se dispuso en la Disposición Transitoria Segunda que hasta que no se creasen dichos juzgados sus competencias las asumirían los de Primera Instancia e Instrucción competentes conforme a la Ley de Demarcación y Planta Judicial.

La **competencia territorial** se regula en el artículo 10 y responde al principio general de inderogabilidad de los fueros establecidos, con el consiguiente examen de oficio por parte del juez²⁵.

⁽²⁵⁾Apartado 4.

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

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

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

También se regula la impugnación de la competencia por medio de la declinatoria²⁶, distinguiéndose dos situaciones distintas:

(26) Artículo 12.

- El deudor podrá plantearla dentro de los cinco días siguientes a aquel en que hubiera sido emplazado.
- Los demás legitimados podrán plantearla dentro de los diez días siguientes a la última de las publicaciones de la declaración de concurso.

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

3.3. Partes y postulación

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

3.3.1. Partes necesarias

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

También puede considerarse que tiene la condición de parte necesaria en el procedimiento concursal el Fondo de Garantía Salarial, si bien únicamente en el caso de que del proceso pudiera derivarse su responsabilidad para el abono de salarios o indemnizaciones de los trabajadores. No obstante, en este caso no ostenta el mismo estatus procesal que el deudor y los administradores, al no disponerse que también deba ser considerado como parte en todas las secciones del procedimiento. Por consiguiente, el Fondo deberá ser citado como parte, pero su condición formal de parte en cada una de las secciones depen-

derá de que, en efecto, comparezca formalmente y la notificación de las posteriores resoluciones que se dicten en el procedimiento debe estar condicionada a que esa comparecencia formal se llegue a producir.

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

1) Requisitos de postulación del deudor

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

Creemos que la respuesta más razonable que debe darse a la anterior cuestión es que el nombramiento de oficio no es preciso, a pesar de que la condición sea de parte necesaria. No obstante, ello origina otras dudas, tales como si deberá, no obstante su falta de comparecencia formal, notificársele las resoluciones que recaigan en el procedimiento, como parece derivarse precisamente de su condición de parte necesaria. Esa cuestión no tiene una respuesta expresa en la regulación vigente, de forma que habría que acudir a la Ley de Enjuiciamiento Civil, que expresamente se reconoce como subsidiaria. El artículo 150 establece la necesidad de notificar las resoluciones a todos los que sean parte en el proceso, y los artículos 153 y siguientes disponen la forma de practicar las notificaciones, esto es, por medio del procurador a las partes personadas y en el domicilio personal a las aún no personadas o no representadas²⁷. Ello nos podría situar en la incomodísima posición, desde la perspectiva de una razonable gestión del procedimiento concursal, de practicar un enorme número de notificaciones en el domicilio personal del concursado, con el coste y los retrasos que ello comporta.

⁽²⁷⁾ Artículo 155.

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

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

2) Requisitos de postulación del FOGASA

La comparecencia del Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) está exonerada de cumplir los requisitos de postulación antes referidos, atendido su carácter de organismo público, por lo que bastará que comparezca por medio del abogado del Estado.

3) Requisitos de postulación de los administradores concursales

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

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

Nota

La única particularidad en ese sentido procede de lo previsto en el artículo 35.3, que dispone que las decisiones que no sean de trámite o de gestión ordinaria se consignarán por escrito y serán firmadas, en su caso, por todos sus miembros.

3.3.2. Partes facultativas

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

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

“Miembros o integrantes que sean personalmente responsables de las deudas de aquella”.

Apartado 3 del artículo 3

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

Creemos que la norma debe ser entendida en su sentido literal, esto es, limitándola a quienes responden personalmente de las deudas de la sociedad sin necesidad de que esa responsabilidad sea declarada judicialmente en virtud del éxito de una acción de responsabilidad. Por consiguiente, no estarían incluidos los administradores de la sociedad anónima o limitada, porque su responsabilidad no es actual sino que precisa ser declarada cuando concurren los presupuestos legales para ello. En cambio, sí estarían legitimados los socios de una sociedad en formación, o quienes hubieran actuado en su nombre²⁸, o bien los socios de una sociedad de carácter personal.

⁽²⁸⁾Artículo 37 LSC.

No obstante, la posibilidad de otros eventuales legitimados no se agota ahí. Si bien en el procedimiento concursal propiamente dicho puede pensarse que sí, no puede perderse de vista que, cuando se habla del procedimiento incidental, también se está haciendo referencia a los demás procesos asociados o acumulados y estos, que son numerosos, como resulta de lo expuesto con anterioridad, tienen sus propias reglas de legitimación que es preciso respetar y que pueden llevar consigo que terceros, en la perspectiva del verdadero pro-

cedimiento concursal, se vean involucrados en alguna de sus piezas separadas. La regla de postulación en esos procedimientos es la necesidad de utilizar abogado y procurador, con la salvedad de los procedimientos laborales.

La eventualidad de que al concurso se acumulen **procedimientos laborales** ha llevado a establecer una matización de las normas sobre postulación en esos procedimientos. Esa especialidad consiste en remitir a lo establecido en la Ley de Procedimiento Laboral (remisión que hay que entender efectuada a la Ley 36/2011 reguladora de la jurisdicción social) respecto a la postulación en los procedimientos de esta clase. Cuando los trabajadores comparezcan en el concurso deben cumplir las reglas generales (abogado y procurador) si lo desean hacer fuera de los procedimientos para los que están legitimados de forma concreta y que se sustancian de acuerdo con la legislación laboral (el ERE y las acciones individuales de impugnación contra lo resuelto en el mismo), ya que comparecen en calidad de acreedores y a estos efectos no tienen estatuto privilegiado.

Cuando los acreedores y demás legitimados actúen como parte formal, y allí donde exclusivamente lo quieran hacer, que no tiene por qué ser en todas las secciones del concurso, ni siquiera en el caso de quien lo haya instado, ostentarán el estatus formal de parte y deberán ser notificados de todas las resoluciones que se dicten. A quienes no hubieran comparecido formalmente no es preciso notificarles resolución alguna, con salvedad de lo establecido respecto a la publicidad del concurso en los artículos 23 y 24 y cuando expresamente se disponga lo contrario.

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

Para que los legitimados tengan oportunidad de intervenir, es preciso que se les dé la posibilidad para hacerlo, lo que en este procedimiento se hace de forma general mediante la publicidad establecida en el artículo 23, es decir, la publicación de edictos en el BOE y en el Registro Público Concursal.

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

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

En cambio, no se sabe muy bien cómo habría que proceder en el caso previsto en el artículo 193.1, esto es, para dar noticia a todos los que puedan sostener posturas contrarias a lo pedido por la actora en el proceso incidental.

3.3.3. La actuación de los acreedores

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

Los supuestos en los que pueden hacerlo son los siguientes:

- Comunicar créditos y formular alegaciones respecto a ellos.
- Asistir e intervenir en la junta.
- Ejercer el derecho de examen de los autos.

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

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

Remisión

Apuntamos la cuestión y dejamos el examen con mayor detalle para más adelante, cuando examinemos el procedimiento incidental en el subapartado "El incidente concursal" de este módulo.

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

3.4. Secciones y piezas separadas

En el artículo 183 se determina que las secciones de las que debe constar el concurso son seis, y las piezas separadas tantas como se consideren necesarias o convenientes.

Mientras las secciones están predeterminadas, para las piezas separadas se acude a dos criterios distintos:

- 1) El de necesidad, esto es, siempre que legalmente se disponga la necesidad de formación de la pieza separada o bien cuando la naturaleza de la cuestión a decidir lo exija.
- 2) Por pura conveniencia práctica, esto es, para dotar de una mayor claridad al procedimiento.

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

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

3.4.1. Sección Primera

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

Lectura recomendada

Véase, por ejemplo, el artículo 167.2.2.º en los casos de reapertura de la sección de calificación por incumplimiento del convenio.

Es la sección que está llamada a cumplir la función de general, esto es, aquella a la que se llevarán todas aquellas cuestiones para las que no esté dispuesto expresamente que se lleven a otra diferente. Aunque no se establezca de manera manifiesta su carácter residual, no parece que pueda evitarse. En ese sentido, creemos que a esta sección deben llevarse todas las actuaciones relacionadas con la propuesta anticipada de convenio regulada en los artículos 104 y siguientes, aunque probablemente hubiera sido más oportuno que se dispusiera expresamente que se llevara a la Sección Quinta.

Al regular la Sección Quinta, se dispone que su apertura se producirá una vez se dicte el auto poniendo fin a la fase común del concurso, dentro de la cual podría haberse presentado una propuesta anticipada de convenio. Y al regular esta, se dispone expresamente en el artículo 109.2 la posibilidad de que el juez apruebe la propuesta anticipada si se obtiene la mayoría exigida, **sin apertura de la fase de convenio**. De esta expresa previsión normativa es de la que cabe deducir que la actividad derivada de la propuesta anticipada no se puede producir en la Sección Quinta, por lo que parece que lo deberá ser en la Primera.

Su formación se debe producir, tal y como establece el artículo 16, con la declaración del concurso a solicitud del deudor o bien una vez admitida a trámite la solicitud de cualquier otro legitimado, y se encabezará con dicho escrito inicial. Por lo tanto, por regla general, la formación coincidirá con la primera actuación procesal y, cuando ello no sea así, no creemos que deba comportar la formación de nuevas actuaciones, sino que se deberán entender formadas con las actuaciones previas que ya se hayan incoado. Lo contrario creemos que implicaría una innecesaria duplicación de actuaciones.

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

3.4.2. Sección Segunda

Comprenderá todo lo relativo a la Administración concursal, al nombramiento y estatuto de sus miembros, a la determinación de sus facultades y a su ejercicio, a los créditos contra la masa, a la rendición de cuentas y, en su caso, a la responsabilidad de los administradores concursales.

Su formación²⁹ se producirá una vez declarado el concurso. En el caso de solicitud de concurso voluntario³⁰ la declaración se hace con la propia solicitud del deudor y, en el caso del concurso necesario, tras haber emplazado al deudor por cinco días para que pueda formular oposición³¹ y una vez sustanciada esta por medio de la oportuna comparecencia³². Cuando el concurso lo insta un acreedor, la Ley 38/2011 ha venido a permitir, de forma excepcional, que su declaración en determinados supuestos sea automática³³, sin perjuicio de los recursos que quepan contra el auto de declaración que se dicte (esencialmente

Actuaciones preconcursales

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

⁽²⁹⁾Artículo 26.

⁽³⁰⁾Artículo 14.

⁽³¹⁾Artículo 15.

⁽³²⁾Artículo 19.

⁽³³⁾Artículo 15.1.

los casos en que, con carácter previo a la solicitud, haya mediado un embargo o una investigación de patrimonio infructuosos o que hubiera dado lugar a una declaración administrativa o judicial de insolvencia).

Esta sección se encabeza con testimonio del auto declarando el concurso, resolución en la que se habrá nombrado a la Administración concursal³⁴, que con carácter general será unipersonal, salvo en los concursos de especial trascendencia a los que alude el artículo 27 bis de la ley.

(34) Artículo 21.1.2.º.

El nombramiento de administrador³⁵ debe ser comunicado al designado por el medio más rápido y, aceptado el cargo, se le entregará documento acreditativo de su condición.

(35) Artículo 29.

Dentro del plazo de dos meses a partir de su aceptación, la Administración concursal deberá presentar su informe³⁶, incluyendo la lista de acreedores, el inventario de la masa activa y las demás circunstancias a que se refiere el citado precepto.

(36) Artículo 74.

3.4.3. Sección Tercera

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

Esta sección se formará con el inventario de la masa activa que debe formular la Administración concursal por referencia a los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración del concurso y los que se reintegren o adquieran hasta la conclusión del procedimiento, incluyendo su avalúo.

También debe formar parte de las actuaciones de esta sección la **impugnación del inventario**³⁷, que puede producirse dentro de los diez días siguientes a la notificación de la presentación del informe en el caso de las partes personadas; o a la última de las publicaciones para los restantes interesados. Tal impugnación debe sustanciarse a través del incidente concursal, por lo que debe constituir una pieza separada de esta sección. No obstante, estando especialmente prevista la posibilidad de que se acumule esta impugnación a la que se formule contra la lista de acreedores, también podría formarse el incidente como pieza de la Sección Cuarta. En ambos casos, será preciso llevar testimonio de la resolución que le ponga fin a las actuaciones propias de la Sección Tercera.

(37) Artículo 96.

Igualmente, forman parte de esta sección y deben sustanciarse en pieza separada las diferentes acciones de reintegración de la masa que se ejerciten, acciones que deben sustanciarse por los trámites del incidente concursal³⁸.

⁽³⁸⁾Artículo 72.4.

3.4.4. Sección Cuarta

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

Se debe encabezar esta sección con testimonio del auto de declaración de concurso y en ella se deben llevar a cabo las actuaciones que procedan del llamamiento a los acreedores³⁹ para que pongan en conocimiento de la Administración concursal la existencia de sus créditos. La documentación que remitan los acreedores en el plazo de un mes, desde la última de las publicaciones del auto de declaración del concurso, debía llevarse a esta sección, si bien tras la reforma de la Ley Concursal operada en el año 2011 los escritos de comunicación de créditos⁴⁰ deberán dirigirse ya exclusivamente a la Administración concursal.

⁽³⁹⁾Artículo 21.1.5.ª.

⁽⁴⁰⁾Artículo 85.2.

La Administración concursal debe determinar la inclusión o exclusión en la lista de acreedores, tanto a partir de lo que resulte de los libros de contabilidad y documentos del concursado como de los documentos aportados por los propios acreedores. La lista de acreedores la debe formular la Administración concursal y presentar junto con su informe, distinguiendo una relación de créditos incluidos y otra de excluidos⁴¹, así como su calificación jurídica, esto es, su graduación.

⁽⁴¹⁾Artículo 94.

Las impugnaciones que se formulen contra la lista de acreedores forman parte de esta sección y se deben sustanciar por los trámites del incidente concursal en pieza separada⁴², aunque con la posibilidad de que el juez las acumule de oficio.

⁽⁴²⁾Artículo 96.

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

3.4.5. Sección Quinta

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

En cambio, no parece que pueda formar parte de esta sección la actividad derivada de la propuesta anticipada de convenio, habida cuenta lo que expresamente se dispone en el artículo 109.2, por lo que parece que deberá llevarse a la Sección Primera, tal y como antes ya habíamos indicado.

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

La apertura de esta sección se debe hacer una vez concluida la fase común, lo que se lleva a cabo por medio de una resolución judicial que se dicta transcurrido el plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores sin que se hubieran presentado impugnaciones. Tal resolución reviste la forma de auto y en ella se debe acordar la apertura de la fase de convenio⁴³ o bien la de liquidación⁴⁴.

⁽⁴³⁾Artículo 111.

⁽⁴⁴⁾Artículo 142.

3.4.6. Sección Sexta

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

La formación de esta sección se ordenará en la misma resolución judicial por la que se apruebe un convenio gravoso (con quita superior al tercio de los créditos y espera superior a tres años) o bien en la que se apruebe el plan de liquidación o bien la liquidación con arreglo a las reglas legales supletorias⁴⁵.

⁽⁴⁵⁾Artículo 167.1.

La sección se encabezará con testimonio de la resolución judicial y se incorporará a ella testimonio de la solicitud de declaración de concurso, de la documentación que hubiere presentado el deudor con su solicitud o a requerimiento del juez, el auto de declaración de concurso y el informe de la Administración concursal.

Dentro de los diez días siguientes a la última publicación de la resolución judicial de formación de la sección de calificación, cualquier acreedor o persona con interés legítimo puede personarse en dicha sección alegando por escrito cuanto considere relevante para la calificación del concurso como culpable⁴⁶.

(46) Artículo 168.1.

Dentro de los quince días siguientes a que expire el plazo para la personación de los interesados, la Administración judicial ha de presentar un informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso, con propuesta de resolución y, una vez unido el informe, se dará traslado al Ministerio Fiscal del contenido de la Sección Sexta para que emita dictamen en el plazo de diez días (prorrogables por idéntico plazo). Si no lo emite, se entiende conforme con la propuesta de calificación⁴⁷.

(47) Artículo 169.

Si tanto la Administración judicial como el Ministerio Fiscal coinciden en que debe calificarse el concurso como fortuito, el juez, sin más trámite, ordenará el archivo de las actuaciones por medio de auto contra el que no cabe recurso⁴⁸. En otro caso, se dará audiencia al deudor por el plazo de diez días y se ordenará emplazar a todas las personas que pudieran resultar afectadas por la calificación del concurso o declaradas cómplices, a fin de que en cinco días comparezcan en la sección si no lo estuvieran. Y a quienes comparezcan se les da vista del contenido de la sección para que en los diez días siguientes aleguen cuanto convenga a su derecho.

(48) Artículo 170.1.

Si se formulara oposición por parte del deudor⁴⁹ o de cualquiera de los comparecidos, se substanciará por los trámites del incidente concursal.

(49) Artículo 171.

3.5. Esquema del procedimiento

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

3.5.1. La fase de declaración

1) Solicitud

El procedimiento concursal comienza con la solicitud presentada por el propio deudor (**concurso voluntario**) o de algún acreedor o de los demás legitimados (**concurso necesario**). A la solicitud del deudor deben acompañarse los documentos expresados en el artículo 6, es decir:

- Poder especial para solicitar el concurso.

- Memoria expresiva de la historia económica y jurídica del deudor.
- El inventario de sus bienes y derechos.
- Relación de acreedores.
- Plantilla de trabajadores e identificación del órgano de representación de los mismos.
- En el caso de que el deudor estuviere obligado a llevar contabilidad: cuentas anuales y, en su caso las consolidadas, memoria de los cambios operados en su patrimonio y estados financieros intermedios tras las últimas cuentas anuales.

En el supuesto de concurso necesario⁵⁰ es preciso acompañar a la solicitud el documento acreditativo del crédito, así como el que acredite la legitimación y expresar los medios de prueba de que se valga o pretenda valerse para acreditar los hechos en que la fundamente, sin que sea suficiente la testifical por sí sola.

⁽⁵⁰⁾Artículo 7.

2) Admisión a trámite

Este trámite es distinto en cada clase de concurso. En el voluntario, la admisión a trámite se lleva a cabo por medio del propio auto de declaración de concurso, que será la primera resolución que se dicte en el procedimiento, salvo que sea preciso subsanar algún defecto de la solicitud, conforme a lo que se establece en el artículo 13.2.

En el caso de concurso necesario, se introduce una fase intermedia entre la admisión a trámite y la declaración del concurso cuyo objetivo es prestar audiencia al deudor. La Ley 38/2011 de Reforma Concursal ha añadido en este punto una importante novedad, al permitir que el juez dicte auto de declaración de concurso necesario de forma automática el primer día hábil siguiente, sin audiencia de deudor, cuando la solicitud se funde en un embargo o en una investigación de patrimonio infructuosa o que haya dado lugar a una declaración administrativa o judicial de insolvencia. Los derechos de defensa del deudor quedan salvaguardados, al permitirle deducir contra el auto los recursos procedentes⁵¹.

Nota

En el informe del CGPJ se criticó que no se estableciera en este supuesto también una comparecencia previa, como en el caso del concurso necesario. Aunque con razón a veces se ha considerado poco fundada esta crítica, pues la finalidad de la comparecencia establecida en el concurso necesario es exclusivamente respetar el principio de audiencia, lo cierto es que no parece descabellada su exigencia en los concursos de persona física, habida cuenta de su nula utilidad para el solicitante en la mayoría de las ocasiones.

⁽⁵¹⁾Artículo 15.1.

La admisión a trámite del concurso necesario en los restantes casos se produce por auto⁵², ordenando el emplazamiento del deudor con traslado de la solicitud para que comparezca en el plazo de cinco días, dentro del cual se le pondrán de manifiesto los autos y podrá formular oposición, proponiendo los medios de prueba de que intente valerse. Ese plazo de cinco días es demasia-

⁽⁵²⁾Artículo 15.2.

do breve para exigirle al deudor que prepare toda su prueba. Pero ello no es significativo, porque en el artículo 19.4 se permite proponer nuevos medios de prueba durante la vista.

Si el deudor se allana o no formula oposición, se dicta de inmediato auto declarando el concurso de acreedores⁵³.

⁽⁵³⁾Artículo 18.1.

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

3) La comparecencia del concurso necesario

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

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

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

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

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

4) Declaración de concurso

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

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

3.5.2. La fase común

1) El informe de la administración judicial e impugnaciones

El modelo de Administración concursal es una de las novedades más significativas de la regulación vigente, en comparación con la anterior normativa de quiebras, y la **elaboración del informe** es uno de los cometidos más importantes que se atribuye a dicha administración.

Tras su nombramiento en el auto de declaración de concurso, los administradores concursales han de tomar posesión del cargo aceptándolo y, dentro de los dos meses siguientes, deben presentar su informe. Dicho plazo es prorrogable por un máximo de dos meses (si concurren circunstancias excepcionales), o bien si al vencimiento del plazo no hubiera concluido el plazo de comunicación de créditos, hasta los cinco días siguientes a la conclusión de dicho plazo. Asimismo, en el especial supuesto de que los acreedores fueran más de 2.000, se puede solicitar una prórroga por tiempo no superior a cuatro meses más. La

⁽⁵⁴⁾Artículo 32.1.3.º.

concesión de prórrogas presenta una considerable importancia tras la Reforma Concursal del 2011, pues en principio entraña la obligación de nombramiento de un auxiliar delegado⁵⁴.

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

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

La presentación del informe se notificará a los personados en el procedimiento y a través del Registro Público Concursal. El juez podrá acordar, adicionalmente, cualquier otra publicidad en medios oficiales o privados. En el plazo de diez días desde la notificación, las partes personadas podrán impugnar el inventario o la lista de acreedores; para los demás interesados, el plazo se computará desde la última publicación conforme se ha apuntado anteriormente.

Las impugnaciones se sustanciarán por los trámites del incidente concursal, pudiendo el juez acumularlas de oficio para resolverlas conjuntamente⁵⁵. Quienes no planteen impugnaciones, en principio no podrán plantear pretensiones de modificación del contenido de esos documentos⁵⁶. La Reforma Concursal del 2011, sin embargo, ha contemplado una serie de supuestos en que, excepcionalmente, cabe plantear modificaciones de los textos definitivos⁵⁷.

⁽⁵⁵⁾Artículo 96.4.

⁽⁵⁶⁾Artículo 97.1.

⁽⁵⁷⁾Artículos 97 bis y 97 ter.

2) Finalización de la fase común

Transcurrido el plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores sin que se hubieren presentado impugnaciones o, de haberse presentado, una vez puestos de manifiesto en la secretaría del juzgado los textos definitivos de aquellos documentos, el juez dictará la resolución que proceda (apertura de la fase de convenio o de la liquidación⁵⁸). Para intentar agilizar la tramitación del procedimiento, en la Reforma Concursal operada por la Ley 38/2011 se ha permitido dictar resolución de terminación de la fase común cuando las impugnaciones afecten a menos del 20% del activo o del pasivo⁵⁹.

⁽⁵⁸⁾Artículos 111 y 142.

⁽⁵⁹⁾Nuevo artículo 96.4.

3.5.3. La fase de convenio

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

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

El convenio es la solución normal del concurso, de forma que el legislador la favorece. Por esa razón procede su apertura, aunque no haya sido presentada propuesta alguna de convenio por parte del deudor y se permite incluso que la iniciativa de la propuesta de convenio pueda proceder de los acreedores⁶⁰.

(60) Artículo 113.1.

Para que proceda abrir la fase de convenio, es preciso:

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

En el propio auto de apertura de la fase de convenio se acuerda convocar a los acreedores a junta⁶¹ y se regula la forma en la que podrán presentarse las iniciativas de convenio y la tramitación a seguir respecto a ellas, permitiéndose las adhesiones de los acreedores con los requisitos que se establecen en el artículo 103.

(61) Artículo 111.2.

La aprobación del convenio debe hacerse, primero, por los acreedores en la junta con las mayorías establecidas en los artículos 124 y 125, y, posteriormente, por el juez, resolviendo las impugnaciones (oposiciones)⁶² que se formulen por los acreedores dentro de los siguientes diez días a la conclusión de la junta por medio del trámite del incidente concursal⁶³. En determinados casos, se permite sin embargo que el juez deniegue de oficio la aprobación⁶⁴.

(62) Artículo 128.

(63) Artículo 129.

(64) Artículos 130 y 131.

Como excepción, dadas las dificultades que entrañan la convocatoria y la celebración de juntas de acreedores cuando su número supera los 300, desde el Real decreto-ley 3/2009, nuestra normativa concursal permite sustituir la junta por la tramitación escrita del convenio. Simplificando el procedimiento, en lugar de reunir físicamente a los acreedores para que emitan su voto, el juez del concurso fija un plazo límite para que dichos acreedores se adhieran al convenio⁶⁵, que será de dos meses.

(65) Artículo 115 bis.

3.5.4. La fase de liquidación

Tras la reforma de la Ley Concursal operada por la Ley 38/2011, la liquidación puede ser pedida por el deudor en cualquier momento. Durante la vigencia del convenio, también puede pedir la apertura de la liquidación cualquier acreedor que acredite la concurrencia de cualquier hecho revelador de la insolvencia que podría fundamentar la declaración de concurso. En tal caso, la petición del acreedor se tramita como si se tratase de una solicitud de concurso

(66) Artículos 15 y 19.

necesario⁶⁶, resolviendo el juez por auto. Por último, la liquidación la puede pedir la Administración concursal en caso de cese de la actividad profesional o empresarial. En este último caso, se da traslado de la solicitud al deudor por plazo de tres días, resolviendo el juez en los cinco días siguientes.

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

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

3.6. Procedimiento abreviado

Una de las principales virtualidades de la Reforma Concursal del año 2011 ha sido la de establecer un nuevo y genuino procedimiento abreviado que no consiste, como en la normativa anterior, en una mera reducción de plazos. El artículo 190 de la Ley Concursal establece los casos en que procede su aplicación. En dicho precepto, se fijan dos únicos supuestos en que el procedimiento abreviado es obligatorio:

- 1) Cuando el deudor presente, junto con la solicitud de concurso, un plan de liquidación que contenga una propuesta escrita vinculante de compra de la unidad productiva en funcionamiento.
- 2) Cuando el deudor haya cesado completamente en su actividad y no tuviera en vigor contratos de trabajo.

En cambio, de forma puramente potestativa, el juez puede aplicar el procedimiento abreviado cuando considere que el concurso no reviste especial complejidad atendiendo a las circunstancias siguientes:

- Que la lista presentada por el deudor incluya menos de 50 acreedores.
- Que la estimación inicial del pasivo no supere los 5 millones de euros.
- Que la valoración de los bienes y derechos no alcance los 5 millones de euros.
- Que el deudor presente una propuesta anticipada de convenio o una propuesta de convenio que incluya una modificación estructural por la que se transmita íntegramente su activo y pasivo.

Cuando se aplique el procedimiento abreviado, el administrador concursal deberá presentar primero un inventario de bienes y derechos en los quince días siguientes a la aceptación del cargo y luego el informe del artículo 75 en el plazo de un mes, prorrogable únicamente por quince días. Si hubiere impugnaciones del inventario y de la lista de acreedores, el secretario judicial formará una única pieza separada dando traslado de todas ellas al administrador concursal sin incoar incidente alguno. Si la Administración concursal acepta las pretensiones de modificación, las incorporará a los textos definitivos. En otro caso, la reclamación dará pie a un procedimiento contradictorio, acumulándose todas las impugnaciones y resolviéndose en una única vista.

3.7. El incidente concursal

Uno de los aspectos sobresalientes de la regulación es la huida de la diversidad procedimental. Para lograrlo, se ha dispuesto un trámite común por el que se deben sustanciar los innumerables incidentes que son posibles en el procedimiento concursal, así como todas las acciones que deban ventilarse ante el juez del concurso conforme a lo dispuesto en el artículo 50.1 (juicios civiles y laborales) y los que se acumulen en virtud de lo dispuesto en el artículo 51.1 (declarativos en tramitación en el momento de la declaración del concurso⁶⁷).

⁽⁶⁷⁾Artículo 192.1.

Como reglas de carácter general, se establecen las siguientes:

- Que los incidentes concursales no suspenderán el procedimiento de concurso, sin perjuicio de que el juez, de oficio o a instancia de parte, acuerde la suspensión de aquellas actuaciones que estime puedan verse afectadas por la resolución que se dicte⁶⁸. En el mismo sentido, cuando se admite recurso de apelación contra la sentencia que pone fin al incidente, se dispone que tampoco se paralizará la sustanciación del concurso ni la de ninguna de sus piezas, sin perjuicio de que el juez, de oficio o a instancia de la parte recurrente, pueda acordar la suspensión de aquellas actuaciones que considere pueden verse afectadas por la resolución del recurso⁶⁹.
- La posibilidad de acumular de oficio los incidentes concursales de impugnación del inventario y de la lista de acreedores⁷⁰.
- La prohibición general de admitir incidentes que tengan por objeto solicitar actos de administración o impugnarlos por razones de oportunidad⁷¹.

⁽⁶⁸⁾Artículo 192.2.

⁽⁶⁹⁾Artículo 197.6.

⁽⁷⁰⁾Artículo 96.5.

⁽⁷¹⁾Artículo 192.3.

3.7.1. Partes en el incidente

La condición de parte actora no plantea mayores problemas y la ostenta el instante del incidente.

Cualquier persona comparecida en forma en el concurso podrá intervenir con plena autonomía en el incidente concursal⁷² coadyuvando con la parte que hubiera promovido el incidente, o con la contraria.

(72) Artículo 193.2.

La **condición de parte demandada** presenta mayores problemas, que se intentan resolver en el artículo 193.1, considerando parte demandada aquellos contra quienes se dirija la demanda y cualesquiera otros que sostengan posiciones contrarias a lo pedido por la actora.

Para la resolución de las cuestiones que puede plantear la determinación de la parte demandada, debe estarse a lo que se dispone en el artículo 184 y la consideración como parte necesaria del deudor y de los administradores, de forma que deben ser considerados como parte demandada cuando no sean quienes insten el procedimiento.

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

3.7.2. Demanda incidental y documentos

La demanda se debe formular por escrito, acompañando los documentos pertinentes y proponiendo los medios de prueba de que el demandante pretende valerse⁷³.

(73) Artículo 194.1.

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

Si, tras examinar la cuestión planteada, el juez considera que es impertinente o carece de entidad para tramitarla por la vía incidental, resolverá por auto su inadmisión y acordará que se dé a la cuestión planteada la tramitación que corresponda, siendo el auto apelable⁷⁴.

(74) Artículo 194.2.

3.7.3. Admisión a trámite

Si no se decreta su inadmisión en los términos que acabamos de ver, el juez dictará providencia, admitiendo a trámite el incidente y ordenando emplazar a las demás partes personadas para que, en el plazo común de diez días, contesten en la forma prevista para el procedimiento ordinario en el artículo 405 de la LEC.

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

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

3.7.4. El juicio

Para evitar la congestión judicial derivada de la celebración de vistas innecesarias, a partir del RDL 3/2009 el legislador estableció que las partes, en sus escritos alegatorios, deben interesar expresamente su convocatoria, proponiendo los medios de prueba de que pretendan valerse para su previa declaración de pertinencia. Si el juez considera que no existen hechos controvertidos, o bien que los medios de prueba propuestos no resultan a priori pertinentes, dictará sentencia sin más trámite. No obstante, si en la contestación se hubieran suscitado por el demandado cuestiones procesales (litispendencia, cosa juzgada, litisconsorcio pasivo necesario, defecto legal en el modo de proponer la demanda...), o bien se suscitaran por el demandante a la vista de la contestación, el juez las resolverá mediante auto en la forma prevista para el procedimiento ordinario. Si se ordena la continuación del proceso, el plazo para dictar sentencia será de diez días.

La normativa expuesta ha suscitado importantes dudas. Aunque en su tenor literal parece desprenderse que, únicamente, debe dictar el juez tras el escrito de contestación una resolución expresa si considera procedente la celebración de vista (y no en caso contrario), alguna resolución judicial ha declarado la nulidad de las actuaciones en supuestos en que se había dictado sentencia inmediatamente tras la contestación, habiéndose pedido la celebración de vista por alguna de las partes.

3.7.5. Sentencia y recursos

El procedimiento termina por sentencia, que se dictará en el plazo de diez días a contar desde la última comparecencia de práctica de prueba o bien desde que acuerde no haber lugar a la celebración del juicio. En ella, se impondrán las costas a la parte o partes cuyas pretensiones resulten íntegramente desestimadas, siguiendo los criterios de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁷⁵. Cuando el incidente sea laboral, los criterios para la imposición de costas deberán regirse por lo que disponga la Ley de la Jurisdicción Social.

(75) Artículo 394.

Contra las sentencias resolutorias de los incidentes concursales planteados en la fase común o en la de convenio, no cabrá recurso alguno, pero las partes podrán reproducir la cuestión en la apelación⁷⁶ más próxima siempre que hubieran formulado protesta en el plazo de cinco días.

(76) Artículo 197.4.

3.8. Las medidas cautelares en el proceso concursal

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

Las medidas que se pueden adoptar son de dos tipos:

- 1) De **naturaleza personal**, sobre el deudor o su administrador o liquidador.
- 2) De **naturaleza real**, sobre los bienes.

3.8.1. Medidas de carácter personal

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

- La intervención de las comunicaciones del deudor, con garantía del secreto de los contenidos que sean ajenos al interés del concurso.
- El deber de residencia del deudor persona natural en su domicilio, así como del administrador o liquidador de la persona jurídica. Para garantizar esta última medida, se establece la posibilidad de acordar incluso el arresto domiciliario.

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

En cuanto al procedimiento para la adopción, se dispone en el apartado 3 del propio precepto la necesidad de prestar audiencia previa al Ministerio Fiscal para las medidas de imposición del deber de residencia y de arresto domiciliario, así como los presupuestos para su adopción:

- Resolución motivada
- Proporcionalidad
- Mínima onerosidad

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

3.8.2. Medidas sobre los bienes

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

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

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

Carácter cautelar

El hecho de que las medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio de las facultades de administración y disposición del deudor se voten por los acreedores puede poner en discusión su carácter cautelar. No obstante, el hecho de que el convenio haya de ser aprobado por el juez le atribuye la nota de jurisdiccionalidad imprescindible para que tengan carácter cautelar.

Las medidas establecidas en el artículo 21.1.4.º se adoptan en el propio auto de declaración de concurso y presentan diferencias significativas respecto a las del artículo 17, las previas. No se precisa petición de parte ni tampoco la prestación de fianza, y el examen de los demás presupuestos (*fumus* y *periculum*) debe entenderse implícito en la propia resolución en la que se acuerdan.

4. El sistema de recursos

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

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

4.1. Recursos contra resoluciones interlocutorias

En la primera de las normas, el artículo 197, se establece el régimen de recursos que procede contra las resoluciones de carácter interlocutorio, **providencias** y **autos**, disponiéndose que contra esas resoluciones solo cabrá el recurso de reposición, a menos que expresamente se disponga otra cosa, esto es, se excluya todo recurso o se establezca otro distinto.

Contra el **auto resolutorio** del recurso de reposición no cabe recurso alguno, sin perjuicio de que la cuestión se pueda reproducir en el recurso de apelación que en su caso proceda contra la resolución de apertura de la fase de convenio, la que acuerde la apertura de la fase de liquidación y la que apruebe la propuesta anticipada de convenio.

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

No obstante, las resoluciones de carácter interlocutorio que están sometidas a recurso son numerosas y, entre ellas, sobresale el **auto de declaración del concurso**⁷⁷. La admisión del recurso de apelación no produce, como regla, la suspensión de la eficacia de la resolución, que continuará produciendo sus efectos mientras no resulte revocada, sin perjuicio de que el juez pueda acordar la suspensión.

⁽⁷⁷⁾Artículo 20.

4.2. Recursos contra sentencias dictadas en incidentes concursales

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

Como regla, tampoco se admite el recurso de apelación de forma separada contra las resoluciones resolutorias de incidentes planteados en la fase común o en la de convenio⁷⁸, dándoles a estas resoluciones el mismo tratamiento que a las resoluciones interlocutorias. La única excepción son las sentencias dictadas en los incidentes a que se refiere el artículo 72.4 (**acciones de reintegración**) y el artículo 80.2 (**incidente de separación**), que serán apelables directamente.

(78) Artículo 197.4.

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

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

4.2.2. Cuando su objeto sea laboral

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

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

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

4.3. Recursos extraordinarios

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

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