

TRATADO DE DERECHO MERCANTIL

MANUEL OLIVENCIA
CARLOS FERNÁNDEZ-NÓVOA
RAFAEL JIMÉNEZ DE PARGA
(Directores)
GUILLERMO JIMÉNEZ SÁNCHEZ
(Coordinador)

DERECHO PROCESAL CONCURSAL

VALENTÍN CORTÉS DOMÍNGUEZ
JUAN DAMIÁN MORENO
PIEDAD GONZÁLEZ GRANDA
PEDRO ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN
MARÍA JESÚS ARIZA COLMENAREJO
JOSÉ ALBERTO REVILLA GONZÁLEZ

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2008

ÍNDICE

	Pág.
ABREVIATURAS	15

CAPÍTULO I

LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE CONCURSO

I. INTRODUCCIÓN	17
II. LAS BASES ESTRUCTURALES DEL NUEVO CONCURSO ESTUDIADAS DESDE LA ÓPTICA PROCESALISTA.....	18
III. LA NATURALEZA CONSTITUTIVA DE LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO.	24
A) La declaración del concurso según el legislador.....	24
B) La declaración del concurso según la Ley	26
C) El derecho a pedir el concurso	29
D) La naturaleza meramente declarativa del auto denegando la declaración de con- curso	33
IV. LOS PROBLEMAS CONCEPTUALES Y DOGMÁTICOS PLANTEADOS POR LA FALTA DE CONTRADICCIÓN EN LA DECLARACIÓN DE CONCURSO VOLUNTARIO.....	34
V. LA VIGENCIA DEL PRINCIPIO DISPOSITIVO. SUS CONSECUENCIAS	37

CAPÍTULO II

JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA EN MATERIA CONCURSAL

I. ESPECIALIZACIÓN DE LOS JUZGADOS DE LO MERCANTIL EN MATERIA CONCURSAL	42
A) Los Juzgados de lo Mercantil: ¿Especialización necesaria y oportuna?	42
B) Su debida incardinación en la estructura legal de los órdenes jurisdiccionales...	45
II. SISTEMATIZACIÓN DE LOS PRESUPUESTOS PROCESALES DE JURIS- DICCIÓN Y COMPETENCIA DEL PROCESO CONCURSAL	52
A) Aspectos críticos previos	52
a) Cuestiones terminológicas.....	53
b) Cuestiones de sistematización legal	56

	Pág.
B) <i>Vis attractiva</i> de la declaración del concurso y sus repercusiones en la ordenación de los presupuestos de jurisdicción y competencia	61
C) Extensión y límites de la jurisdicción: la regulación de la llamada «competencia internacional»	67
a) El art. 10 de la Ley Concursal y la legislación comunitaria en materia de insolvencia	67
b) Criterios de determinación de la «competencia internacional»	70
1. El fuero legal del centro de los intereses principales del deudor	71
2. El fuero legal del establecimiento	72
3. ¿Limitación de la <i>vis attractiva</i> en el «ámbito internacional»?	73
D) Competencia objetiva <i>ratione materiae</i> del juez del concurso	74
a) Principal: el conocimiento del proceso concursal	76
b) Derivada de la <i>vis attractiva</i>	77
1. Tutela judicial declarativa en materias propias del orden jurisdiccional civil	78
2. Tutela judicial declarativa en materias propias del orden jurisdiccional social	82
3. La tutela judicial ejecutiva y cautelar	86
c) Regulación de la prejudicialidad	91
1. Administrativa y Social	94
2. Penal	95
E) Competencia territorial	99
a) Para la apertura de un concurso principal	100
b) Para la apertura de un concurso territorial o secundario	101
c) Carácter imperativo de los fueros en la materia	102
F) Competencia funcional	103
a) Ausencia de regulación expresa	104
b) Principales manifestaciones normativas	105
1. Competencia funcional para el conocimiento y la resolución de los recursos devolutivos	105
2. Competencia funcional para el conocimiento de todos los incidentes ...	107
3. Competencia funcional para la adopción de medidas cautelares y de intervención	107
4. Otras manifestaciones de interés en la legislación concursal	112
III. TRATAMIENTO PROCESAL DE LOS PRESUPUESTOS DE JURISDICCIÓN Y DE COMPETENCIA EN MATERIA CONCURSAL	113
A) Control de oficio: solución legal específica para el control de la «competencia internacional» y de la competencia territorial	114
B) La vía de la declinatoria: solución legal específica para el control de la competencia territorial	118
C) Solución interpretativa ante el silencio del legislador en los demás casos	120
a) La declinatoria como vía de control de la llamada «competencia internacional»	121
b) Control de la jurisdicción <i>ratione materiae</i> o competencia genérica	121
c) Control de la competencia objetiva y funcional	123

CAPITULO III

**LÍNEAS GENERALES DEL PROCEDIMIENTO CONCURSAL.
BREVE DESCRIPCIÓN DE SU CONTENIDO**

I.	EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO CONCURSAL	127
A)	Estructura del procedimiento ordinario.....	128
a)	Iniciación del procedimiento. Solicitud de declaración del concurso	130
b)	Declaración del concurso	131
c)	Fase común del concurso	131
d)	Solución del concurso. Fases de convenio y liquidación.....	132
1.	Fase de convenio.....	132
2.	Fase de liquidación	133
e)	Conclusión y reapertura del concurso	134
1.	Conclusión del concurso.....	134
2.	Reapertura del concurso.....	135
B)	Especialidades procesales.....	135
II.	EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO.....	137
A)	Ámbito de aplicación.....	137
B)	Especialidades del procedimiento abreviado.....	138

CAPÍTULO IV

EL PROCEDIMIENTO DE DECLARACIÓN DE CONCURSO

I.	CONSIDERACIONES GENERALES. ESQUEMA GENERAL DEL PROCEDIMIENTO DE DECLARACIÓN DE CONCURSO.....	139
II.	PROCEDIMIENTO DE DECLARACIÓN DE CONCURSO NECESARIO	145
A)	Legitimación activa y pasiva	145
B)	Admisión a trámite	148
C)	Emplazamiento	149
D)	Acumulación de solicitudes.....	150
E)	Fase contradictoria. Allanamiento y oposición. Contenido de la vista	151
a)	Allanamiento.....	151
b)	Oposición.....	152
c)	Efectos de la consignación del importe del crédito infructuoso	153
d)	Desarrollo de la vista. Resolución sobre la solicitud de concurso necesario. Recursos	154
III.	EL AUTO DE DECLARACIÓN DE CONCURSO.....	156
A)	Contenido	156
B)	Notificación.....	159
C)	Publicidad registral	161
D)	Publicidad meramente informativa	162
IV.	PROCEDIMIENTO DE DECLARACIÓN DE CONCURSO VOLUNTARIO	162
A)	El derecho a pedir la declaración de concurso voluntario	162
B)	Requisitos de la solicitud. Documentos acreditativos de la pretensión de declaración de concurso voluntario.....	164

	Pág.
C) Procedimiento y efectos de la declaración	166
D) Actuaciones subsiguientes a la fase común. Apertura de la fase de convenio o de liquidación.....	167
E) Terminación anticipada del concurso voluntario.....	167
V. EL PROCEDIMIENTO DE DECLARACIÓN DE CONCURSO TERRITORIAL....	170

CAPÍTULO V

CONCLUSIÓN DEL CONCURSO

I. CAUSAS DE CONCLUSIÓN.....	173
II. PROCEDIMIENTO.....	175
III. EFECTOS.....	176
IV. TERMINACIÓN DEL CONCURSO POR CONVENIO.....	176
A) El convenio como solución conservativa	176
B) Aceptación por los acreedores. Adhesiones individuales y aprobación en junta.....	178
C) Aprobación judicial del convenio. Rechazo <i>ex officio</i> del convenio aceptado.....	180
a) Aprobación judicial	180
b) Rechazo <i>ex officio</i>	182
1. Control de legalidad.....	182
2. Tipos de resolución.....	182
3. Efectos.....	183
D) Oposición a la aprobación judicial.....	183
a) Plazo.....	184
b) Tramitación.....	185
c) Legitimación activa.....	187
d) Sentencia. Efectos.....	191
1. Por infracción legal en la constitución o celebración de la junta.....	193
2. Por infracción legal en el contenido del convenio o por inviabilidad objetiva de su cumplimiento.....	194
3. Por infracción legal en la forma y el contenido de las adhesiones.....	195
4. Oposición por concurrencia de causas.....	196
E) Declaración de cumplimiento.....	197
a) Solicitud de declaración de cumplimiento.....	197
b) Documentación que hay que acompañar.....	198
c) Puesta de manifiesto del informe y la solicitud.....	198
d) Resolución. Auto de declaración de cumplimiento.....	199
F) Declaración judicial de incumplimiento.....	200
a) Legitimación para instar la declaración.....	201
b) Plazo.....	202
c) Procedimiento.....	202
D) Sentencia de incumplimiento.....	203
V. REAPERTURA DEL CONCURSO.....	204

CAPITULO VI

**EL PROCESO INCIDENTAL CONCURSAL. EL LLAMADO
«INCIDENTE CONCURSAL»**

I.	JUSTIFICACIÓN Y NATURALEZA DEL INCIDENTE CONCURSAL.....	208
	A) El incidente en el proceso concursal.....	209
	B) Configuración y naturaleza del incidente concursal.....	211
	C) El incidente concursal como instrumento para la flexibilidad del procedimiento concursal.....	214
	D) Regulación del incidente en la Ley Concursal.....	215
II.	ÁMBITO Y OBJETO DEL INCIDENTE CONCURSAL.....	219
	A) Planteamiento del ámbito del incidente en el contexto de la Ley Concursal.....	219
	B) Cuestiones que expresamente se remiten al trámite del incidente concursal.....	224
	C) El incidente concursal de las nuevas acciones ejercitadas una vez declarado el concurso.....	234
	a) El incidente concursal como solución a la <i>vis attractiva</i> concursal ante el ejercicio de nuevas acciones.....	234
	b) Las acciones cuyo ejercicio esté sujeto a convenio arbitral.....	237
	D) Acumulación de juicios declarativos pendientes y continuación por los trámites del incidente concursal.....	238
	a) Valoración de la llamada acumulación de juicios declarativos pendientes como solución integradora de la Ley Concursal.....	238
	b) La adaptación procedimental de los juicios declarativos pendientes a los trámites del incidente concursal.....	241
	E) Delimitación negativa: las cuestiones que tengan señalada otra tramitación.....	242
	F) Materias excluidas: los actos de administración.....	245
III.	LAS PARTES EN EL INCIDENTE CONCURSAL.....	249
	A) Una introducción sobre las partes en el proceso concursal.....	249
	B) La regulación de las partes en el incidente concursal.....	253
	C) Las partes en los incidentes concursales especialmente previstos en la Ley.....	257
	D) Las partes en los supuestos de incidentes derivados de la iniciación de nuevos juicios declarativos.....	258
	E) Partes en el incidente concursal e integración de procesos declarativos pendientes.....	261
	a) La cuestión de los procesos en que el deudor sea la parte demandante.....	261
	b) Demás partes en los incidentes derivados de procesos integrados en el concurso.....	266
IV.	PROCEDIMIENTO DEL INCIDENTE CONCURSAL.....	268
	A) Procedimiento incidental y celeridad procesal.....	268
	B) La demanda incidental.....	269
	C) Admisión de la demanda y emplazamiento.....	270
	D) La contestación a la demanda.....	272
	E) Sustanciación por los trámites del juicio verbal.....	273
	F) La sentencia.....	274
	G) Las costas en el incidente concursal.....	276
	H) Régimen de recursos en la tramitación del incidente concursal.....	277

	Pág.
<i>a)</i> La apelación supeditada o diferida.....	277
<i>b)</i> La apelación preferente	279
<i>c)</i> El efecto suspensivo del recurso de apelación	281
<i>d)</i> Los recursos extraordinarios y el incidente concursal	282
D) Sobre el incidente concursal en materia laboral	284
<i>a)</i> Especialidad del incidente concursal en materia laboral y su remisión al juicio verbal civil	284
<i>b)</i> Normas para la sustanciación del incidente	286
<i>c)</i> Criterios de imposición de costas.....	287
<i>d)</i> Los recursos en el incidente concursal en materia laboral	288

CAPÍTULO VII

PROCESOS INCIDENTALES CONCURSALES CON TRAMITACIÓN ESPECÍFICA Y CALIFICACIÓN DEL CONCURSO

I. EL INCIDENTE PARA LA REINTEGRACIÓN DE LA MASA ACTIVA	292
A) Determinación de la masa activa.....	292
B) Naturaleza de la acción de reintegración	293
C) Ámbito de aplicación temporal	294
D) Procedimiento y legitimación.....	296
<i>a)</i> Procedimiento	296
<i>b)</i> Legitimación	297
1. Legitimación activa principal.....	297
2. Legitimación subsidiaria de los acreedores	301
3. Legitimación pasiva	304
E) Cesión de acciones	305
F) Otras acciones de impugnación.....	306
II. EL INCIDENTE PARA LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE RESOLUCIÓN DE CONTRATOS CON OBLIGACIONES RECÍPROCAS	307
A) Resolución en interés del concurso	307
<i>a)</i> Legitimación.....	308
<i>b)</i> Solicitud.....	309
<i>c)</i> Comparecencia	310
<i>d)</i> Falta de acuerdo. Tramitación del incidente concursal.....	311
B) Acción resolutoria por incumplimiento.....	311
<i>a)</i> Incumplimiento resolutorio	311
<i>b)</i> Ejercicio de la acción resolutoria	312
<i>c)</i> «Enervación» de la acción por interés del concurso	313
III. CALIFICACIÓN DEL CONCURSO.....	315
A) Calificación del concurso	315
B) La sección de calificación del concurso	316
<i>a)</i> Supuestos de apertura.....	316
<i>b)</i> Formación de la sección de calificación	318
<i>c)</i> Personación de interesados.....	318
<i>d)</i> Informe de la administración concursal y dictamen del Ministerio Fiscal...	321

	Pág.
1. Informe de la administración concursal.....	321
1.1. Plazo de presentación	322
1.2. Justificación documental	323
1.3. Contenido del informe.....	323
2. Dictamen del Ministerio Fiscal.....	325
2.1. Plazo	325
2.2. Contenido.....	326
e) Tramitación	327
1. Coincidencia en la calificación como fortuito. Archivo de las actuaciones.....	327
2. Solicitud de calificación como culpable	329
2.1. Audiencia al deudor y emplazamientos a los afectados y cómplices.....	329
2.2. Comparecencia y rebeldía	331
C) Oposición a la calificación. Falta de oposición.....	332
a) Oposición a la calificación	332
b) Falta de oposición.....	334
D) Sentencia de calificación	334
a) Ámbito subjetivo del concurso culpable	335
b) Efectos personales: la inhabilitación.....	336
c) Efectos patrimoniales	338
1. Pérdida de los derechos de crédito	339
2. Restitución de los bienes o derechos.....	339
3. Indemnización de daños y perjuicios	340
IV. DECLARACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL DE ADMINISTRADORES Y LIQUIDADORES DE PERSONAS JURÍDICAS	341
A) La responsabilidad de los administradores sociales como contenido de la sentencia de calificación	341
B) Carácter potestativo u obligatorio de la condena	341
C) Presupuestos de la responsabilidad concursal	342
D) Legitimación para la exigencia de responsabilidad.....	343
E) Carácter solidario o mancomunado de la obligación de pago.....	343
F) Compatibilidad entre la responsabilidad concursal y el régimen general de responsabilidad de administradores y liquidadores.....	344

CAPÍTULO VIII

MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO DE DECLARACIÓN Y OTRAS MEDIDAS DEL PROCEDIMIENTO CONCURSAL

I. MEDIDAS CAUTELARES Y OTRAS MEDIDAS DEL PROCESO CONCURSAL.....	347
II. LAS MEDIDAS DE LA LO PARA LA REFORMA CONCURSAL DE 2003	348
A) Órganos competentes para su adopción y legitimación para solicitarlas.....	349
B) Tipos de medidas	351
a) Intervención de las comunicaciones del deudor	351
b) La entrada en el domicilio del deudor y su registro	355
c) El deber de residencia del deudor	357

	Pág.
C) Presupuestos materiales de las medidas: su aproximación a un posible carácter cautelar.....	358
<i>a)</i> Idoneidad.....	360
<i>b)</i> Proporcionalidad.....	361
<i>c)</i> Funcionalidad.....	362
<i>d)</i> Temporalidad.....	365
D) Poderes del juez en la decisión sobre los efectos del concurso.....	367
E) Presupuestos procesales para su adopción: procedimiento.....	369
F) Modificación o finalización de las medidas durante la tramitación del concurso.....	371
III. MEDIDAS CAUTELARES EN LA LEY CONCURSAL: CARACTERÍSTICAS....	372
A) Características de las medidas cautelares del proceso concursal.....	374
B) Presupuestos de las medidas cautelares: aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil.....	378
<i>a)</i> Peligro por la mora procesal.....	378
<i>b)</i> Apariencia de buen derecho.....	380
<i>c)</i> Caucción del solicitante.....	380
C) Procedimiento para la adopción de medidas.....	382
<i>a)</i> Antes de la declaración de concurso: art. 17 LC.....	383
1. Competencia.....	383
2. Legitimación.....	384
3. Oposición a las medidas anteriores a la declaración.....	385
<i>b)</i> Con la declaración de concurso y su mantenimiento (art. 21.1.4.º LC).....	386
1. Consecuencias del recurso de apelación contra la declaración de concurso sobre las medidas cautelares.....	388
2. Recurso contra la adopción de concretas medidas cautelares en el auto de declaración de concurso.....	390
D) Tipos de medidas cautelares.....	391
<i>a)</i> Medidas de carácter general: remisión a la LEC.....	392
<i>b)</i> Medidas específicas de la LC: su ocasional carácter cautelar.....	392
1. Anotación preventiva del auto de declaración de concurso (art. 24.5 LC). 2. Intervención y suspensión de las facultades patrimoniales del deudor (arts. 40 y 44 LC).....	393 394
3. Embargo en caso de declaración de concurso de persona jurídica: art. 48.3 LC.....	396
4. Embargo en caso de acción contra el socio o socios subsidiariamente responsables: art. 48.5 LC.....	398
5. Medidas cautelares en casos especiales de reconocimiento de créditos: art. 87.4 LC.....	399
E) Incidente concursal.....	400
<i>a)</i> ¿Cabén medidas cautelares en el incidente concursal?.....	400
<i>b)</i> Oposición a la aprobación del convenio: supuesto de hipotéticas medidas cautelares dentro del incidente concursal.....	402
BIBLIOGRAFÍA	405

CAPÍTULO I

LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE CONCURSO

Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ
Catedrático de Derecho Procesal

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LAS BASES ESTRUCTURALES DEL NUEVO CONCURSO ESTUDIADAS DESDE LA ÓPTICA PROCESALISTA.—III. LA NATURALEZA CONSTITUTIVA DE LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO.—A) La declaración del concurso según el legislador.—B) La declaración del concurso según la Ley.—C) El derecho a pedir el concurso.—D) La naturaleza meramente declarativa del auto denegando la declaración de concurso.—IV. LOS PROBLEMAS CONCEPTUALES Y DOGMÁTICOS PLANTEADOS POR LA FALTA DE CONTRADICCIÓN EN LA DECLARACIÓN DE CONCURSO VOLUNTARIO.—V. LA VIGENCIA DEL PRINCIPIO DISPOSITIVO. SUS CONSECUENCIAS.

I. INTRODUCCIÓN

La promulgación en 2003 de la Ley Concursal (Ley 22/2003) y de la LO 8/2003, para la reforma Concursal, por la que se modifica la LOPJ (LPpRC), ambas de 9 de julio, ha puesto fin a un amplísimo ciclo temporal en el que ha estado vigente una legislación en materia de suspensión de pagos, concurso de acreedores y quiebras que empezó en 1829 con la promulgación del Código de Comercio. En dicho Código se regularon, en el libro IV, las quiebras; más tarde en el Código de Comercio de 1885, que dejó vigentes las normas del Código anterior, se llevó a cabo una regulación adicional sobre las quiebras que, de alguna manera, pretendía acoplarse a la LEC de 1881, para intentar hacer un bloque legislativo único de esta Ley con los dos Códigos de Comercio citados. Toda esta amalgama legislativa tuvo su culminación con la aprobación de la Ley de Suspensión de Pagos de 1922, que tuvo, como es bien sabido, una gestación bien particular, ajena, por tanto, a la característica esencial de toda Ley, cual es la regulación de supuestos abstractos y generales.

Por tanto, el panorama legislativo que existía antes de la promulgación de la Ley Concursal era absolutamente caótico y disperso; todo ello, sin olvidar la legislación procesal civil en materia de quita y espera y concurso de acreedores, que tenía su origen legislativo inmediato prácticamente en el inicio del siglo XIX.

El panorama que ha ofrecido este amplio abanico de cuerpos legislativos, reguladores de lo que podemos denominar el proceso concursal, ha sido desolador. De una parte, porque una regulación tan antigua, tan alejada de la sociedad española y de la economía que España ha tenido en los últimos años, ha producido una distorsión evidente que ha impedido el tratamiento de los problemas de insolvencia general de las personas físicas y jurídicas desde una perspectiva, no digo ya preventiva, o patrimonialmente preservadora, sino incluso represiva, habiéndose imposibilitado la solución eficaz y práctica de muchos de estos concursos.

De otra parte, porque esa antigüedad de la legislación era pareja a una falta de técnica y de sistema que han impedido el desarrollo real de, primero, una doctrina científica adecuada y, después, de una doctrina jurisprudencial eficaz para la solución de los problemas que se regulaban. La jurisprudencia del Tribunal Supremo no ha tenido una visión general de lo que se puede denominar el proceso concursal, pues ha tratado exclusivamente temas concretos (fundamentalmente, los de la «retroacción»), planteados de forma reiterada a lo largo de todos estos años, lo que ha dificultado y, quizá, imposibilitado que la doctrina científica pueda tener una base suficiente para la construcción dogmática. Por su parte, la doctrina científica, que sí puede afirmarse que ha tenido algún desarrollo, aunque mínimo, desde el punto de vista mercantilista, ha sido prácticamente inexistente desde el punto de vista procesal, pudiéndose contar con los dedos de la mano aquellos trabajos doctrinales que hayan incidido en el proceso concursal desde un punto de vista general. Esto ha sido una rémora muy importante para comprender en su justo sentido lo que significa el concurso.

Toda esta legislación terminó en septiembre de 2004, cuando entró en vigor la nueva regulación legal, y, esperemos que con ello termine el estado de cosas que hemos descrito muy brevemente.

II. LAS BASES ESTRUCTURALES DEL NUEVO CONCURSO ESTUDIADAS DESDE LA ÓPTICA PROCESALISTA

1. Desde la perspectiva del procesalista, que es la única que vamos a utilizar en esta obra, podemos afirmar que el concurso que se ha diseñado por el legislador de 2003 presenta unas características generales que son dignas de poner de relieve, quizá por su contraposición a la legislación anterior, y no tanto por su novedad, cuanto por su intensidad. Queremos mencionar en este momento la gran idea en la que el legislador sustenta toda la estructura del concurso: el legislador ha creado un único proceso concursal, que pivota y que parte de la esencial declaración judicial de concurso.

Si leemos todo el contenido de la Ley, y lo hacemos de forma sistemática, y desde una perspectiva netamente procesal, nos damos cuenta que el legislador ha regulado un procedimiento para dar solución a una situación económica o financiera, como la insolvencia, de una persona, física o jurídica, que tiene varios o una multiplicidad de acreedores; la solución que el legislador ha ideado, que regula y que protege, es la de, bien la liquidación del patrimonio del deudor para hacer frente a la totalidad de las deudas de éste, dentro de unos principios que, fundamentalmente, van por el camino de la preferencia y del privilegio, bien el convenio del deudor con sus acreedores, para que aquél satisfaga sus deudas con las correspondientes quitas o esperas que el propio legislador entiende como casi inevitables.

Es ese conflicto jurídico el que el legislador quiere solucionar, estableciendo esas dos vías de solución.

El procedimiento que el legislador ha ideado *es único*, en el sentido de que no se regulan distintos procedimientos, para las distintas clases de deudores que puedan existir en el tráfico jurídico, pues lo que ha determinado la regulación del conflicto no es tanto la cualidad que pueda tener el deudor, o las circunstancias que puedan rodear a éste, como el hecho de que exista un deudor común en un estado de insolvencia patrimonial. En este sentido, creemos que es destacable que la nueva legislación haya optado, en forma plausible, por un sistema en el que no hay distinciones, ni procesales ni materiales, en el tratamiento de cualquier concurso que pueda originarse, sean cuales sean las circunstancias, comerciales o no, que rodeen al deudor. Esto quiere decir que en la legislación vigente se ha terminado con la diferencia que existía entre lo que se había venido llamando concurso de acreedores y quiebra, basando la diferencia en la condición de comerciante o no del acreedor común.

Modestamente nos cabe, no sabemos si el mérito, pero sí la oportunidad, de haber sido los primeros en haber estudiado, en nuestro país, en nuestro *Derecho Procesal. Parte Especial*, desde su primera edición en 1986, conjuntamente a ambos procesos, intentando dar al concurso de acreedores y a la quiebra un tratamiento y explicación comunes que ya lo tenían entonces y lo tienen ahora, como es evidente, con tan sólo leer la Ley.

Lo que en principio puede parecer baladí, en cuanto que se trata de una distinción que necesariamente habría de perecer en cualquier legislación moderna que se llevara a cabo en España, no lo es, pues puede dar lugar a enormes cambios en el futuro (ya los está dando), dado que una mejor regulación concursal aplicable no sólo a los comerciantes y personas jurídicas mercantiles, sino igualmente a cualquier ciudadano, propician que se produzcan casos de concurso de personas físicas o jurídicas insolventes, sin que sea necesario que tengan la condición de empresarios o comerciantes. En la práctica de países extranjeros, tal como ocurre, por ejemplo, en los Estados Unidos, son muy comunes las quiebras de personas físicas no comerciantes, que en estado de insolvencia, ordenan convenientemente el pago de sus deudas y posibilitan, en no pocos casos, el mantenimiento del patrimonio.

Dicho esto, parece innecesario afirmar que la condición de comerciante, más particularmente de persona jurídica, introduce necesariamente factores de diferenciación o de tratamiento específico, que obviamente están recogidos en la Ley; pero ello no empece que el procedimiento y el proceso concursal sean únicos para cualquier persona que se encuentre en las condiciones establecidas en la Ley, determinantes de la declaración de concurso.

2. Pues bien, ese proceso único ideado por el legislador, ante todo, podemos decir que tiene *naturaleza jurisdiccional*. Lo que puede parecer una obviedad, no lo es, pues, en efecto, lo que regula el legislador en la Ley Concursal no es un procedimiento o expediente de jurisdicción voluntaria. La intervención del órgano judicial en este procedimiento no va destinada a *completar* normas jurídicas, que es la esencia de la jurisdicción voluntaria, sino a crear situaciones jurídicas y a declarar derechos y a tutelar la actuación de poderes y facultades que el ordenamiento jurídico concede a las distintas personas e instituciones que actúan en este proceso. Digo que no es obvio, no sólo porque en las páginas que siguen encontrará el lector una explicación, creemos que suficiente, sobre la naturaleza jurídica del concurso, como por el hecho de que con la legislación anterior y en base a legislaciones extranjeras, se pudo defender por importantes sectores de la doctrina que el concurso (entonces, la quiebra), no era sino un expediente de jurisdicción voluntaria.

Así, pues, el legislador ha entendido, tal como decíamos anteriormente, que el concurso es un *proceso jurisdiccional*, por lo que en el mismo debe tener el órgano judicial la intervención que en todo proceso tiene el juez: es decir, el juez *enjuicia* —juzga en palabras del art. 117 CE—, y para ello dirige, debe dirigir, formal y materialmente, el proceso; y, al mismo tiempo, siempre siguiendo el dictado del art. 117 CE, el juez *lleva a cabo lo juzgado*.

Lo importante en esa lectura sistemática que estamos haciendo de la Ley Concursal, desde la perspectiva del procesalista, es saber cuándo el órgano judicial *enjuicia o juzga* y cuándo *lleva a cabo lo juzgado*, entendiendo esta última alocución no en el sentido estricto y técnico-jurídico de *ejecución procesal*, como de esa actividad que el órgano judicial debe realizar para que su enjuiciamiento sea eficaz, y, por tanto, aporte certeza y seguridad en el tráfico jurídico.

Desde esta perspectiva, la actividad esencial y nuclear que lleva a cabo el órgano judicial es declarar el concurso, porque toda la actividad posterior que se regula en la propia Ley no es sino consecuencia de esa declaración que lleva a cabo el juez; podíamos decir que la norma sobre la que pivota toda la regulación legal es el art. 21 LC, que regula los «pronunciamientos» que debe contener el auto de declaración del concurso y las normas que están contenidas en el Título III de la Ley (arts. 40 y ss.) que hablan y regulan los efectos de la declaración del concurso.

Podíamos decir, en una primera aproximación, que en el proceso jurisdiccional del concurso el juez *enjuicia o juzga* cuando dicta el auto declarando el concurso o cuando niega la declaración del concurso; y que lleva a cabo lo juzgado

cuando realiza toda una actividad jurisdiccional, de muy distinto signo, que hace posible que se produzcan los efectos de la declaración del concurso. Veremos cómo esa actividad en absoluto es ejecutiva, sino que es una actividad muy variada que hace eficaz el auto declarando el concurso.

Que el concurso no es actividad ejecutiva estaba claro ya en la legislación derogada en 2003. La mal llamada entonces ejecución universal o general, fue el resultado de un deficiente análisis de nuestra legislación. Lo que entonces era claro, y así lo defendimos en un trabajo que citaremos más adelante, lo es ahora mucho más, pues toda la actividad que lleva a cabo el órgano judicial tras el auto declarando el concurso, no es sino manifestación del principio general que recoge el art. 522 LEC de la necesidad y oportunidad de llevar a cabo actuaciones judiciales para dar eficacia a las resoluciones judiciales constitutivas. Podríamos decir que el art. 522 LEC es una norma en blanco, que en el caso del concurso, se concreta en todas y cada una de aquellas normas que regulan dicho procedimiento, y las actuaciones contenidas en el mismo, posteriores al auto declarando el concurso. Esa actividad no es ejecutiva, es una actividad jurisdiccional, de muy variado signo, que debe llevar a cabo el órgano judicial para que la creación de la situación jurídica de concursado no quede ineficaz. Sobre esto nos detendremos más adelante.

3. Ese proceso jurisdiccional que ha ideado el legislador ofrece unas innegables características, permítasenos los términos, de *procesalización y de judicialización*, términos éstos que debemos entender de la siguiente manera:

i) *Procesalización*, en cuanto que fuera del proceso nada hay, ni nada merece la atención del legislador, lo que es tanto como decir que nada hay previsto por el legislador que pueda llevarse a cabo, si no es dentro del proceso.

ii) *Judicialización*, en cuanto dentro del proceso, no sólo, lo que es obvio, el juez llevará a cabo la actividad de enjuiciamiento, sino que por sus manos pasará, de manera directa o indirecta, toda la actividad necesaria que hay que realizar para hacer eficaz la declaración de concurso.

Cuando decimos que se ha dado a la luz una legislación con una innegable procesalización y judicialización del concurso, queremos decir que lo que ocurre, realmente, es que esa actuación, simple y exclusivamente dentro del proceso, y esa intervención omnipresente del órgano judicial se han llevado por el legislador concursal a límites difícilmente superables —pues posiblemente hubiera sido factible, desde el punto de vista legislativo, cualquier tipo de solución extrajudicial a la crisis del deudor, dándole protagonismo a los actores de la misma—, pues el órgano judicial interviene en la decisión de todos y cada uno de los posibles flecos que puedan presentarse directa o indirectamente como previos a la solución, por la vía del convenio o por la de la liquidación, que exige la insolvencia; todo esto hasta extremos que lo que realmente se regula, a pesar de lo que se pueda mantener por algunos, es un verdadero laberinto jurídico que está dirigido necesariamente a la resolución de cualquier problema que se pueda plantear en relación con la insolvencia del acreedor común, mediante la intervención del juez en verdaderos procesos declarativos, que son denominados *incidentes*, con participación procesal de múltiples partes y con posibilidad de recursos que, en algunos casos, incluso, tienen efectos suspensivos.

La exageración de esta procesalización y de esta intervención judicial, así como la de la lógica y necesaria *vis atractiva* del proceso concursal (que llega incluso a imponer, es un ejemplo, entre otros muchos, que la liquidación de la sociedad de gananciales del deudor común se tramite dentro del proceso concursal, art. 77 LC) hace inevitable la existencia de muchos de esos incidentes y, por ende, la procesalización y judicialización total de la resolución de todos y cada uno de los posibles problemas que se puedan plantear por la insolvencia del deudor común. Hasta qué punto esta exagerada procesalización y judicialización es determinante en muchos casos de la inoperancia, ineficacia e ineficiencia del proceso concursal, lo vemos todos los días en el desarrollo actual práctico del proceso.

Por eso, en razón a este fortísimo grado de procesalización y judicialización del concurso, el legislador ha entendido que era necesario crear una nueva clase de órgano judicial: *el Juzgado de lo Mercantil* (LO 8/2003). En otras palabras, tal mecanismo jurisdiccional, concebido con esos límites, fuera de los cuales no puede haber nada, y concebido con tal intervención judicial, ha convencido al legislador que no puede estar en manos de los órganos de la jurisdicción ordinaria, en concreto, de aquellos que tienen que resolver los problemas jurídicos previos, cuya solución es necesaria para que el auto declarando el concurso sea eficaz y pueda llevarse a cabo. Por eso, en base a ese convencimiento, se crea el Juzgado de lo Mercantil.

A este Juzgado se atribuye una jurisdicción que excede de la meramente civil o mercantil, pues abarca temas importantes que se ubican, incluso, en la jurisdicción penal y en la jurisdicción laboral, y pueden afectar a los derechos fundamentales del concursado. Se deduce, por tanto, que la Ley les ha concedido a esos órganos judiciales competencias amplísimas, en muchos aspectos colaterales a la propia situación de insolvencia, que hacen de los Juzgados de lo Mercantil, y de las Secciones especializadas de las Salas de las Audiencias Provinciales, unos órganos jurisdiccionales que integran, según nuestro criterio, *un nuevo orden jurisdiccional*, que traspasa a los órdenes jurisdiccionales civil, penal y laboral.

Nos cabe la duda, más que razonable, de si para dar solución jurídica a la insolvencia de un deudor común, se impone otorgar al órgano competente, no sólo los poderes y funciones normales que tiene cualquier juez en un proceso determinado, sino estos otros que exceden con mucho los límites de la normalidad y, lo que parece más sorprendente y grave, los límites de los órdenes jurisdiccionales concretos.

Igualmente, nos cabe la duda de si ha sido o no oportuno crear unos órganos jurisdiccionales que rompen el esquema de nuestra organización jurisdiccional, todo ello para intentar conseguir algo que muy posiblemente se alcanzaría por otros caminos y con menos destrozos doctrinales y conceptuales.

Por eso, merece la pena detenerse, aunque sea brevemente, en la oportunidad de haber creado órganos nuevos, dentro de nuestra jurisdicción, para hacerlos competentes jurisdiccionalmente del conocimiento y tramitación del proceso concur-

sal. Diré de inmediato que no estoy de acuerdo con las razones que ofrece el legislador, en la Exposición de Motivos de la LO 8/2003, en la que se hace referencia a la complejidad de la realidad social y económica de nuestro país, haciendo necesaria, según el legislador, la especialización de los órganos jurisdiccionales que puedan conocer de las muy variadas materias que vienen propiciadas por la existencia de un proceso, como el concursal, que afecta a muy variadas cuestiones que tienen un tratamiento igualmente variado y complejo. Ello no es, tal como cree el legislador, un seguro para obtener resoluciones de calidad, como tampoco lo es para obtener coherencia y unidad en la interpretación de las normas, que eviten resoluciones contradictorias.

En realidad, el juez que ha de conocer de un proceso concursal no requiere conocimientos que vayan más allá de los que necesite cualquier otro juez que actúe en cualquier Juzgado de 1.^a Instancia de España. Me atrevería a decir que, quizá, necesite algunos conocimientos de contabilidad (en sentido amplio) que le permitan aproximarse a la verdadera situación contable del concursado; pero estos mismos conocimientos debería tenerlos cualquier juez, porque en cualquier momento puede encontrarse con demandas en las que elemento primordial o esencial sea la situación patrimonial de cualquier persona o cualquier empresa.

Pues bien, lo que pretendía conseguir el legislador, posiblemente, se alcanzaría con una mejor y obligada coordinación entre los órganos judiciales de los distintos órganos jurisdiccionales, y con una apuesta por la imaginación en la creación de una oficina judicial capaz de absolver el trabajo que conlleva la tramitación de un proceso concursal. Por tanto, la solución hubiera venido dada con la creación de una oficina judicial especializada en la llevanza de temas de concurso de acreedores, al servicio de cualquier juez que, por reparto, conociera de estas demandas de concurso.

En otro lugar ya hemos dicho que la opción que ha tomado el legislador presenta un claro abanico de desventajas, de las que desgraciadamente ya tenemos una demostración palpable en otras esferas jurisdiccionales. En efecto, la creación de jueces especiales siempre ha de mirarse con recelo, pues crean ámbitos de poder que, en muchas ocasiones, pueden suponer gravísimos inconvenientes para el buen desarrollo y funcionamiento de la jurisdicción. La figura de los «*jueces estrella*» no es deseable en ningún ordenamiento jurídico y esta figura surge siempre en el ámbito de competencias especiales, dentro del que se producen relaciones entre el juez y las partes que muestran un claro desequilibrio a favor del juez. La inevitable especialización de los abogados y de los profesionales, por tanto su escaso número de actuaciones en el ejercicio de la profesión dentro del mundo concursal, propicia relación de dependencia de dichos profesionales con relación al juez, pues son abogados comprometidos profesionalmente ante muy pocos jueces, lo que se trasluce en abusos, inercias y corruptelas. La creación de jueces estrella conlleva la degeneración del principio de inamovilidad y, en ocasiones, plantea crisis en el aparato judicial que no hay más forma de remediarlas que mediante expedientes administrativos de responsabilidad o querellas judiciales por prevaricación, que nunca son soluciones adecuadas a problemas que pueden solucionarse de forma más conveniente en aquellos ámbitos en los que no existen, ni es posible que existan, jueces estrella. En realidad, la razón última de creación de estos órganos judiciales es la influencia que sobre el

legislador ha tenido un amplio sector de la doctrina mercantilista, que viene entendiendo desde siempre, es decir, desde que influye en el legislador, que las materias mercantiles son lo suficientemente complejas, enrevesadas e importantes como para que deban crearse, unas veces jueces especiales o especializados y, otras veces, procesos igualmente especiales. Ello ocurrió, y es un ejemplo paradigmático, con la creación en la LSA derogada, de los procesos sobre impugnación de acuerdos sociales, donde la «necesidad» de la especialización procedimental llegó hasta extremos inconcebibles en cualquier legislación medianamente equilibrada.

Pero dicho esto, lo cierto es que nuestra legislación concursal contempla la figura de un juez especializado, cuando no especial, que tiene atribuidas unas extraordinarias y amplísimas competencias jurisdiccionales, dentro de un proceso único, con clarísima vocación universal, con una *vis attractiva* desmesurada, que está pensado para solucionar cualquier problema, por muy colateral o indirecto que sea y que pueda ser previo para la decisión acerca de la insolvencia del deudor común.

4. Nos hemos detenido, aunque haya sido brevemente, en estas cuestiones porque la interpretación sistemática de las normas de la Ley Concursal no puede perder de vista estas ideas filosóficas del legislador, por muy equivocadas que sean o que creamos que son, de modo que deberemos buscar el sentido de dichas normas partiendo de esos principios que han sido expuestos con anterioridad.

La exageración de la procesalización y judicialización a la que nos venimos refiriendo se pone de manifiesto en otra cuestión que en absoluto es anecdótica: obsérvese cómo en la Ley Concursal no existen mecanismos de prevención del concurso, no digo ya económicos, sino jurídicos, lo que indica que al legislador no le ha interesado, ni poco ni mucho, evitar el proceso, quizá porque piensa que el proceso concursal es una panacea que resuelve en todo caso el problema de la insolvencia del deudor común, o no siéndolo, aparece como algo absolutamente inevitable.

III. LA NATURALEZA CONSTITUTIVA DE LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO

A) La declaración del concurso según el legislador

Así como el legislador es consciente de que ha promulgado una legislación concursal, en la que tiene un papel destacadísimo el órgano judicial, a través de los múltiples y variados incidentes que nos podamos imaginar y de actuaciones directas no declarativas, soy de la opinión de que nuestro legislador sabe que ha regulado un proceso de declaración de concurso, pero no es consciente del proceso de declaración que realmente ha regulado, ni lo es de la trascendencia conceptual y dogmática que tiene la declaración de concurso. Es muy ilustrativo leer con detenimiento la Exposición de Motivos de la Ley, porque de esa lectura podemos deducir que, efectivamente, el legislador cree que su Ley es algo distinto de lo que realmente se deduce de las normas jurídicas promulgadas.