



UNIVERSITAT DE VALÈNCIA
FACULTAT DE DRET

Tesis Doctoral
Programa de Doctorado en Derecho, Ciencia Política y Criminología
Departamento de Derecho Administrativo y Procesal

**LA INSOLVENCIA DE LA PERSONA FÍSICA:
SU TRATAMIENTO DESDE UNA PERSPECTIVA JURISDICCIONAL**

Presentado por:
D. Killian Beneyto Pallás

Dirigido por:
D. Fco. Javier Jiménez Fortea
Prof. Titular de Derecho Procesal
Universidad de Valencia

Valencia, octubre de 2018

*A Aurora, Vivi, Oli y el zoo.
A Antonia, Beatriz y Sonia, mis mentoras.
A mi director de tesis, por su extraordinaria paciencia y apoyo.*

ÍNDICE

SIGLAS, ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS.	7
OBJETO DE LA TESIS, NATURALEZA Y MOTIVO DE SU ELECCIÓN.	11
METODOLOGÍA.	17
CAPÍTULO PRIMERO: EVOLUCIÓN LEGAL DE LA INSOLVENCIA EN ESPAÑA Y SU CONTRASTE CON LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS DE LA <i>COMMON LAW</i>.	21
1. Derecho Romano: de la <i>manus iniectio</i> a la <i>Lex Iulia</i>	21
2. Derecho Medieval y Moderno.	24
3. Codificación jurídica decimonónica.	26
4. Siglo XX: prolongación de la división normativa entre deudor comerciante y no comerciante.....	29
4.1 Situación legal sobre el deudor comerciante: la aparición de la LSP.	30
4.2 Situación legal sobre el deudor no comerciante.	33
5. Anteproyectos precursores de la actual Ley Concursal.	37
5.1 Anteproyecto de 1959.....	37
5.2 Anteproyecto de 1983.....	38
5.3 Anteproyecto de 1995.....	39
5.4 Anteproyectos de 2000, 2001 y Proyecto de Ley Concursal de 2002.	41
6. <i>Statu quo</i> : el periodo reformista concursal entre 2013 y 2015.	42
7. La insolvencia de la persona física en la <i>Common Law</i>	49
7.1 El concurso de acreedores de persona física bajo el derecho concursal estadounidense (<i>personal bankruptcy</i>).	51
7.1.1 Antecedentes históricos y contexto normativo actual.	51
7.1.2 Estructura jurisdiccional en el derecho concursal estadounidense: normas procesales, sistema judicial y poderes.	55
7.1.3 Objeto, presupuestos y naturaleza del concurso voluntario.	60
7.1.4 Especial legitimación y presupuestos en el concurso necesario (<i>involuntary filings</i>).	66
7.1.5 Mecanismos principales para la protección del concursado persona física: automatic stay & exemption laws.....	67
7.1.5.1 Automatic stay.....	67
7.1.5.2. Exemption laws.....	69
7.1.6 Vías procedimentales concursales disponibles para la persona física: <i>Chapters 7, 11, 12 y 13 Bankruptcy Code</i>	71
7.1.6.1 <i>Chapter 7</i> : liquidación concursal.	71
7.1.6.2. <i>Chapter 11</i> : reorganización de deuda.....	73

LA INSOLVENCIA DE LA PERSONA FÍSICA:
SU TRATAMIENTO DESDE UNA PERSPECTIVA JURISDICCIONAL

7.1.6.3. <i>Chapter 13</i> : reestructuración de deudas de la persona física.	75
7.1.6.4 <i>Chapter 12</i> : tratamiento <i>ad hoc</i> de determinados tipos de insolvencia (<i>farmers & fishermen</i>).	77
7.2 La insolvencia de la persona física en el derecho concursal inglés y galés.	78
7.2.1 Antecedentes históricos y evolución normativa.	78
7.2.2 Alternativas al proceso concursal.	81
7.2.2.1 Debt management plans, deeds of arrangement y County Court administration orders.	81
7.2.2.2 <i>Debt relief orders (DRO)</i> : la insolvencia a pequeña escala.	83
7.2.2.3 Individual Voluntary Arrangements (IVA) y el especial protocolo para consumidores.	87
7.2.3 El concurso de persona física.	92
7.2.3.1 <i>Statutory demands</i> : un requisito de procedibilidad.	92
7.2.3.2 <i>Bankruptcy</i> : la liquidación concursal.	94
7.2.3.2.1 Jurisdicción y competencia.	94
7.2.3.2.2 El concurso necesario.	96
7.2.3.2.3 Efectos derivados de una bankruptcy order.	97

CAPÍTULO SEGUNDO: COMPETENCIA Y DERECHO DE ACCIÓN EN EL PROCESO CONCURSAL. 101

1. Competencia y <i>vis attractiva</i> concursal.	103
1.1 La competencia objetiva y funcional del juez del concurso (arts.8 LC y 86.ter.1 LOPJ).	103
1.1.1 Fraccionamiento de la competencia objetiva (art.85.6 LOPJ).	105
1.2 Las acciones civiles y su correcta interpretación (art.8.1º LC).	108
1.2.1 Especial referencia a los procesos monitorio y cambiario.	119
1.3 Competencias en el ámbito laboral (arts.8.2º y 64 LC).	121
1.4 Procesos ejecutivos y concurso (arts.8.3º y 84.4 LC).	126
1.5 Medidas cautelares (arts.8.4º y 17 LC).	132
1.6 Asistencia jurídica gratuita (art.8.5º LC).	137
1.7 Reclamación de deudas sociales y desembolso de aportaciones (art.8.6º LC).	138
1.8 Las pretensiones societarias social, individual y por deudas (arts. 8.7º y 48 <i>quáter</i> LC) frente al concurso del responsable.	140
1.3.1 Extensión de la jurisdicción y prejudicialidad penal (arts.9 y 189 LC).	143
1.4.1 Competencia territorial y declinatoria (arts.10 y 12 LC).	145
2. Derecho de acción vs pretensiones ejercitadas <i>ex ante</i>	150
2.1 Derecho de acción: los <i>nuevos juicios declarativos</i> (art.50 LC).	150
2.1.1 El excepcional régimen del art.50.4 LC.	154

2.1.2 La inmunidad sobre los procedimientos arbitrales y de mediación (arts.52 y 53 LC).....	156
2.1.3 El ejercicio de nuevas pretensiones por parte del sujeto concursado (art.54 LC).	157
2.2 Procesos iniciados <i>ex ante</i>	163
2.2.1 Efectos sobre la capacidad del sujeto concursado (art.51 LC).	164
2.2.2 Continuación, acumulación y suspensión sobre procesos declarativos (arts. 51 y 51.bis LC).	166
2.2.3 Ejecuciones singulares y apremios administrativos (art.55 LC).	170
2.2.3.1 ¿Privilegio procesal o sustantivo?	174
2.2.4 Ejecución de garantías reales (arts.56, 57 y 155 LC).	177
2.2.4.1 La inexplicable falta de adaptación de la Ley Concursal al fenómeno del sobreendeudamiento hipotecario.	186
 CAPÍTULO TERCERO: PRESUPUESTOS Y DESARROLLO PROCEDIMENTAL DEL CONCURSO DE PERSONA FÍSICA.....	189
1. Presupuesto subjetivo.....	190
1.1 Declaración conjunta y acumulación de concursos (arts.25 a 25.ter LC).....	193
2. Presupuesto objetivo.	198
2.1 Pluralidad de acreedores (art.2.1 LC).	199
2.2 La insolvencia del deudor persona física (arts.2.2 y 2.3 LC)	204
2.3 Concursos sin masa (art.176.bis LC).	209
3. Clases de concurso.	220
3.1 Concurso voluntario: carga procesal, principio dispositivo y provisión de la demanda (arts.5, 6 y 14 LC).	222
3.2 Concurso necesario.	231
3.2.1 Legitimación (art.3 LC).	231
3.2.2 Procedimiento en la insolvencia cualificada (arts.2.4, 7 y 15 LC).	235
4. Fase común.....	243
4.1. Auto declarativo de concurso y sus efectos (art.21 LC).	243
4.1.1 Carácter del concurso (art.22 LC).	245
4.1.2 Efectos sobre las facultades patrimoniales del concursado (arts.40 a 44 LC).	245
4.1.3 La administración concursal (arts.33 a 36 y 184.5 LC).	251
4.1.4 La facultad de adopción de medidas cautelares (art.17 LC).	258
4.1.5 El llamamiento a los acreedores y su <i>deber</i> de comunicación (art.85 LC).	258
4.1.6 Potestad disolutoria sobre la sociedad de gananciales (art.21.1.7º LC).	262
4.2 La sujeción al procedimiento abreviado (art.190 y ss. LC).	265

LA INSOLVENCIA DE LA PERSONA FÍSICA:
SU TRATAMIENTO DESDE UNA PERSPECTIVA JURISDICCIONAL

4.2.1	Ámbito de aplicación.....	265
4.2.2	Especialidades en la tramitación (art.191 LC) y recursos (art.197 LC).	269
4.2.3	Especialidades en función del objeto último del proceso: convenio o liquidación (arts.191.bis y ter LC).....	276
4.3	Especialidades en la formación de la masa activa (art.82 LC).	276
4.3.2	Efectos sobre el régimen económico matrimonial (art.77 LC).	285
4.3.3	Presunciones y pacto de sobrevivencia (art.78 LC).	295
4.3.4	La protección extraconcursal sobre la vivienda habitual y la especial potestad de enervación del desahucio (art.70 LC).....	298
4.3.5	Cuentas bancarias en régimen indistinto (art.79 LC).	303
4.4	Especialidades en la formación de la masa pasiva (art.49 LC).....	304
4.4.1	Personas especialmente relacionadas (art.93 LC).	308
4.4.2	Créditos frente al cónyuge del sujeto concursado (art.49.2 LC).	311
4.5	El cauce universal del incidente concursal (arts.192 a 194 LC).	314
5.	Vías procedimentales para la conclusión del concurso.....	320
5.1	El convenio concursal.....	321
5.1.1	Configuración y efectos.....	322
5.1.1.1	Fase de ejecución (cumplimiento) del convenio concursal.....	331
5.1.1.2	Incumplimiento del convenio concursal.	333
5.1.1.3	La pretensión de modificación del convenio concursal.	337
5.1.2	Propuesta anticipada de convenio (arts.104 a 110 LC).	342
5.1.3	Propuesta ordinaria de convenio.....	348
5.2	La liquidación concursal.....	355
5.2.1	Liquidación ordinaria (art.142 LC).	356
5.2.1.1	Plan de liquidación (art.148 LC) y reglas legales (art.149 LC).	358
5.2.1.2	Los informes trimestrales (art.152 LC).....	364
5.2.1.3	El pago a los acreedores (art.154 y ss. LC).....	365
5.2.1.4	Conclusión de la liquidación.	367
5.2.2	El concurrente régimen del art.176.bis LC.....	368
6.	La calificación del concurso (arts.164 y 165 LC).....	374
6.1	Formación de la sección sexta (art.167 LC).	378
6.2	La reapertura de la pieza de calificación (art.167.2 LC).....	384
6.3	La condición de parte e intervención en la sección sexta (art.168 LC).	389
6.4	Las pretensiones del <i>informe</i> y <i>dictamen</i> (art.169 LC).....	394
6.5	Procedimiento sin <i>petitum</i> de culpabilidad (art.170 LC).....	396
6.6	Procedimiento con <i>petitum</i> de culpabilidad (arts.170 y 171 LC).	397
6.7	Efectos de la sentencia de calificación culpable (arts.166, 172 y 172.bis LC).400	

6.8 Conflictos entre el proceso concursal y el orden jurisdiccional penal.....	409
7. Procedimiento de condonación o <i>discharge</i> concursal.	416
7.1 Antecedentes previos y la esperada ruptura con el art.1911 CC.....	417
7.2 La consolidación de un régimen procedimental propio (art.178.bis LC).	424
8. Fallecimiento del concursado (art.182 LC).....	433
9. Reapertura del concurso de persona física (art.179 LC).....	434

CAPÍTULO CUARTO: LOS MECANISMOS PRECONCURSALES Y EXTRACONCURSALES FRENTE A LA INSOLVENCIA DE LA PERSONA FÍSICA..... 441

1. Los mecanismos preventivos y su integración en el ordenamiento concursal.....	443
1.1 Acuerdos de refinanciación: estado patrimonial del deudor para su acogimiento.	443
1.1.1 Procedimiento de homologación de la Disp. Adicional Cuarta LC.	446
1.1.2 Las modalidades de los arts.71.bis.1 y 71.bis.2 LC.	456
1.2 El llamado precurso y su construcción jurisdiccional.....	459
1.2.1 La <i>comunicación preconcursal</i> : requisitos, legitimación y presupuestos.	461
1.2.2 El art.5.bis.4 LC: Ámbito de aplicación, configuración y efectos.....	466
1.2.2.1 El art.5.bis.4.I, II y III LC: la regla general.....	467
1.2.2.2 El art.5.bis.4.IV LC y su correcta inteligencia.	477
1.2.2.3 El art.5.bis.4.V LC: garantías reales y precurso.	479
1.2.2.4 Finalización de los efectos suspensivos (art.5.bis.5 LC).	480
2. El acuerdo extrajudicial de pagos: ¿una huida hacia la jurisdicción voluntaria?.....	482
2.1 Antecedentes y concepto: mediación o algo bien distinto.	482
2.2 Presupuestos subjetivos y objetivos (art.231 LC).....	486
2.3 Requisitos de la solicitud, competencia y tratamiento (art.232 LC).....	491
2.4 El llamado <i>mediador concursal</i> y sus funciones (arts.233, 234 y 237 LC).....	493
2.5 Efectos derivados del acuerdo extrajudicial de pagos (arts.235 y 240 LC).....	498
2.6 Plan de pagos: contenido, requisitos y efectos (arts.236, 238 y 238.bis LC). .	501
2.7 Tratamiento y pretensiones de los acreedores: impugnación e incumplimiento del acuerdo (arts. 237, 239 y 241 LC).	506
2.8 El concurso consecutivo: su especial tramitación y efectos (art.242 LC).	511
2.9 Especialidades sobre las personas físicas no empresarios (art.242.bis LC). ...	519
3. El fenómeno del sobreendeudamiento hipotecario y su tratamiento extraconcursal.....	521
3.1 Una reflexión previa: la malograda protección del deudor arrendatario.	521

LA INSOLVENCIA DE LA PERSONA FÍSICA:
SU TRATAMIENTO DESDE UNA PERSPECTIVA JURISDICCIONAL

3.2 Un concepto de insolvencia extraconcursal: umbral de exclusión.	524
3.3 Mecanismos procesales frente a la insolvencia hipotecaria.....	526
3.3.1 El procedimiento del art.670.4 LEC tras la Ley 13/2009, de 3 de noviembre. ...	527
3.3.2 El Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio: criterios de inembargabilidad.	529
3.3.3 El Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo: el código de buenas prácticas.	531
3.3.4 La suspensión del derecho de tutela ejecutiva (lanzamiento).....	534
3.3.5 Una aproximación al proceso de ejecución hipotecaria tras la Ley 1/2013, de 14 de mayo.	538
CONCLUSIONES Y RESULTADOS	547
FUENTES DE LA INVESTIGACIÓN.....	559
Doctrina administrativa.	560
Doctrina.	560
Jurisprudencia de derecho comparado (EE.UU).....	578
Jurisprudencia de derecho comparado (Inglaterra y Gales).....	578
Jurisprudencia española.....	579
Capítulo Primero.....	579
Capítulo Segundo.....	579
Capítulo Tercero.	584
Capítulo Cuarto.....	597
Prensa.	599

SIGLAS, ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS.

ALC 1959: Anteproyecto de Ley Concursal de 1959.

ALC 1983: Anteproyecto de Ley Concursal de 1983.

ALC 2000: Anteproyecto de Ley Concursal de 2000.

Bankruptcy Code: Title 11 of the Code of Laws of the United States of America.

BOCG: Boletín Oficial de las Cortes Generales.

BOE: Boletín Oficial del Estado.

BORME: Boletín Oficial del Registro Mercantil.

CC o Código Civil: Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil.

C de C de 1829: Código de Comercio español, decretado, sancionado y promulgado el 30 de mayo de 1829.

C de C de 1885: Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio.

CE: Constitución Española de 1978.

CGPJ: Consejo General del Poder Judicial.

CP 1995: Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

DGRN: Dirección General de los Registros y del Notariado.

DRO: Debt Relief Order.

ET: Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

FOGASA: Fondo de Garantía Salarial.

FRBP: Federal Rules of Bankruptcy Procedure.

FRCP: Federal Rules of Civil Procedure.

IA1986: England and Wales Insolvency Act 1986.

INE: Instituto Nacional de Estadística.

IR1986: Insolvency Rules 1986.

IR2016: Insolvency (Amendment) Rules 2016.

Juez del concurso: juez conocedor del proceso concursal.

LAJG: Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.

LARB: Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

LAU: Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos.

LC o Ley Concursal: Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

LCSP: Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

LEC: Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

LEC 1855: Ley de Enjuiciamiento Civil, de 5 de octubre de 1855.

LEC 1881: Ley de Enjuiciamiento Civil, de 3 de febrero de 1881.

LeCrim: Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

LGP: Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

LGS: Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

LGSS: Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

LGT: Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

LH: Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria.

LJCA: Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

LJS: Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

LJV: Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

SIGLAS, ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS.

LME: Ley 3/2009, de 3 abril, de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

LMED: Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

LN: Ley de 28 de mayo 1862, Orgánica del Notariado.

LOPJ: Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

LORC: Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal.

LPAC: Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

LRC: Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

LREMV: Ley 10/2007, de 20 de marzo, de la Generalitat, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano.

LSC: Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

LSP: Ley de Suspensión de pagos, de 26 de julio de 1922.

PALC 1995: Propuesta de anteproyecto de Ley Concursal de 1995.

RD 1415/2004: Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social.

RDL 5/2005: Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública.

RDL 6/2004: Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados

REG 44/2001: Reglamento 44/2001, del Consejo de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil

REG 655/2014: Reglamento 655/2014 de 15 de mayo, por el que se establece el procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas.

REG 848/2015: Reglamento 848/2015 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia.

RGR: Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación.

RGSS: Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social.

RH: Decreto de 14 de febrero de 1947, por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario.

RMED: Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

RN: Decreto de 2 de junio de 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado.

RRM: Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

U.S.C. o U.S. Code: Code of Laws of the United States of America.

OBJETO DE LA TESIS, NATURALEZA Y MOTIVO DE SU ELECCIÓN.

La presente tesis doctoral tiene por objeto analizar, desde un enfoque fundamentalmente *jurisdiccional*¹, el tratamiento legal histórico y existente para la insolvencia del deudor persona física en España. Junto con ello, también se ha procedido a examinar dicha materia desde la disciplina del derecho comparado, concretamente, en atención a los ordenamientos jurídicos más representativos de la *common law*, habiendo sido éstos seleccionados por las razones que se detallan en sus correspondientes epígrafes.

El actual marco legislativo que regula la insolvencia de la persona física en España nos exige, al menos todavía, investigar su tratamiento partiendo del proceso concursal a tal fin formalmente previsto, con especial énfasis sobre aquellas especialidades normativas que la Ley Concursal prevé en atención a la naturaleza del deudor persona física: tanto sus previsiones específicas sobre la persona física comprendidas dentro de las herramientas *preventivas* del proceso (precurso, refinanciación, acuerdo extrajudicial de pagos), así como aquellas otras propias del concurso de acreedores.

Una perspectiva de examen complementario, la cual también ha sido objeto de estudio separado en esta tesis doctoral, dada cuenta de su singularidad, radica en el tratamiento jurisdiccional del fenómeno social del sobreendeudamiento hipotecario, cuya ubicación normativa escapa de la Ley Concursal según se ha querido establecer por cuestiones de política legislativa. Ahora bien, no por ello deja de estarse ante un particular concepto de «insolvencia», el cual no cabe ignorar, máxime ante la consabida realidad social subyacente en torno a esta singular tipología *sui generis* de deudor insolvente persona física. Del examen de dicha excepcionalidad legislativa nos hemos ocupado en el Capítulo Cuarto, en vista de que la misma obedece a un mecanismo puramente extraconcursal, y ya no solamente *preventivo* del concurso, así como da muestra de la respuesta específica que se ha querido dar a tan característico patrón de insolvencia.

Bajo todo este ámbito normativo de investigación, la presente tesis doctoral persigue, en definitiva, concluir cuáles son los aciertos y problemáticas que presenta el tratamiento jurisdiccional de la insolvencia de la persona física en España; sea ya planteándonos nuevos conflictos, o bien constructivamente criticando y posicionándonos sobre los ya conocidos, así como proponiendo una respuesta (*de lege lata* o *de lege ferenda*) en aras de intentar contribuir al debate sobre su posible mejora efectiva.

¹ El título del presente estudio ha estado tentado de acabar denominándose *procesal* en lugar de *jurisdiccional*, aun solamente por respetar un vicio terminológico que se ha mantenido más por tradición que realidad presente.

No obstante, se ha optado por defender que la materia de esta tesis doctoral deba presentarse como *jurisdiccional*: porque no solamente se estudian las normas que forman el proceso, o bien se hace teoría del mismo, sino también aquellas que regulan el derecho de acción y las que marcan las normas competenciales y de organización judicial. Por tanto, el concepto principal de esta tesis es la jurisdicción, siendo el proceso una parte de dicho concepto. El mismo enfoque académico cabe predicar de las llamadas *instituciones preconcursales*, si bien partiendo aquí de su naturaleza de jurisdicción voluntaria.

Fijado, pues, cuál es el objeto de esta tesis doctoral, conviene detenerse de nuevo en el anunciado carácter *jurisdiccional* que aquí se pretende, por cuanto no por ello se está ignorando la realidad sobre la compleja determinación conceptual del derecho concursal.

En este sentido, cabe preguntarse: ¿acaso resulta el derecho concursal una materia susceptible de ser académicamente atribuible, ya sea al derecho jurisdiccional, al derecho mercantil, o incluso al derecho civil, de una manera exclusiva y excluyente?

Desde el punto de vista de la práctica forense concursal, son frecuentes las ocasiones en que se trabajan cuestiones de derecho material y jurisdiccional puramente laborales -ora somos *laboralistas*-, que a su vez se fusionan con la *especialidad en la especialidad*: el derecho concursal-laboral, pues baste con que existan o hayan existido trabajadores de una persona jurídica concursada o bien de un empresario o profesional persona física.

Otro ejemplo de esta forzosa versatilidad son aquellas liquidaciones u otras actuaciones en materia tributaria -ora somos *fiscalistas*-, pues para las deudas tributarias anteriores al concurso no siempre existirá unanimidad con el criterio que emita la Agencia Tributaria, toda vez que las obligaciones tributarias posteriores de todo deudor concursado continúan subsistiendo. Incluso se puede vivir alguna que otra intervención obligada en materia penal y administrativa, debiendo además saber confrontarlas con la *lex specialis* del concurso.

Idéntico fenómeno se vive en el mundo académico doctrinal, mucho más sensible a este debate sobre la naturaleza del derecho concursal y siendo que la doctrina mercantilista es cuantitativamente sin duda la dominante en cuanto a su estudio. Sin embargo, dicho aspecto cuantitativo no elimina por sí solo el hecho de hallarnos ante un proceso, el concurso, susceptible de un análisis *per se*, ni tampoco la condición de actos de jurisdicción voluntaria que presentan determinadas figuras preventivas o sustitutivas al concurso (Título X de la LC). Bajo este equívoco debate, incluso podría plantearse la correspondencia del derecho concursal al estudio civilista, al regular la insolvencia de personas físicas no necesariamente sujetas a un ámbito de actuación mercantil, así como a la vista de su regulación antaño ubicada parcialmente en el Código Civil.

Pues bien, frente a todas estas polémicas vicisitudes, resulta mucho más acertada la propuesta de integrar el derecho concursal y todo lo que al mismo respecta en una asignatura *interdisciplinar*, como ya tuvo ocasión de proponer VÁZQUEZ SOTELO². Esta mejor concepción del derecho concursal como una disciplina transversal, por su particular naturaleza, interdisciplinar o multidisciplinar, explica a su vez la versatilidad temática que presenta esta tesis doctoral, en la que pese a dicho énfasis jurisdiccional no ha resultado dable renunciar a abordar cuestiones de derecho material; ello para no poner en riesgo el completo entendimiento -material y procedimental- que exige (así lo creemos) cualquier tipo de estudio en materia de insolvencia.

² VÁZQUEZ SOTELO, J.L., *La nueva Ley Concursal*, ed. IVADP, 2003, pág.17.

En lo que se refiere al motivo de la elección temática de esta tesis doctoral, la misma obedece en primer lugar al razonable interés académico que potencialmente puede suscitar, siendo que la doctrina *concurralista* tradicionalmente se ha centrado mucho más en torno a la persona jurídica concursada, probablemente por su mayor concurrencia en la práctica forense.

A dicha realidad cabe añadir un segundo motivo, que no es otro que todas las últimas y sucesivas reformas que ha venido sufriendo la Ley Concursal, y, por consiguiente, la necesidad de un sosegado estudio doctrinal sobre la renovación que éstas han provocado en el seno concursal, preconcursal e incluso de forma sustitutiva al concurso; ello último a la vista de toda la normativa extraconcursal igualmente introducida, todavía recientemente, para regular la insolvencia de la persona física.

Todavía más, cabría sumar un último motivo de elección de la temática de esta tesis doctoral, cual es el hecho de que la *doctrina procesalista* -y el pertinente énfasis que ésta realiza- en materia concursal no es particularmente abundante ni, todavía menos, tras todas las reformas concursales que se citarán al término de esta introducción.

Sobre las aportaciones que pueden hacerse desde la mentada doctrina procesalista, baste con tener en cuenta la enriquecedora carga de estudio jurisdiccional que por sí solo presenta el derecho concursal. En este sentido, cualquier perito del derecho, ya se dedique a la práctica forense del derecho concursal o bien a su estudio desde la doctrina científica, seguramente habrá llegado o acabe llegando a una conclusión análoga a la del resto de sus compañeros de idéntica *experiencia intelectual*: que el proceso concursal sin duda es uno de los más complejos y enriquecedores para el jurista, y, no cabe negarlo, en ocasiones también uno de los más laboriosos por su duración en el tiempo, con un sinfín de potenciales escenarios, producto del amplísimo *iter* procedimental existente que lo sustenta³.

Con ello, se está pensando en todas las posibles actuaciones de parte y de contrario -de una potencial pluralidad de contrarios-, así como las que prevé el propio proceso, todo ello regulado a través de las respectivas *secciones* (art.183 LC) en que se divide nuestra actual Ley Concursal. En definitiva, lejos de nuestra órbita quedaría el tríptico habitual de actuaciones procesales propias del proceso civil ordinario: demanda, audiencia previa -en su caso- y juicio o vista, a lo que debe sumarse el sinfín de alteraciones competenciales fruto de la consabida *vis atractiva* concursal, así como respecto del propio derecho de acción del sujeto concursado y de terceros que quieran dirigir sus pretensiones frente a aquel.

De análoga complejidad participa el derecho preconcursal, ya sea en su vertiente puramente preconcursal o bien aquella otra sustitutiva del concurso (acuerdo extrajudicial de pagos), cuyo estudio igualmente puede realizarse desde el derecho

³ “El proceso concursal tiene una suerte de estructura fija, pero compleja y de desarrollo impredecible.”
Palabras de DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., en AA.VV., *Enciclopedia de derecho concursal*, Tomo II, ed. Aranzadi, 2012, pág.2441.

jurisdiccional pese a no ejercerse jurisdicción alguna, y ello por la potencial intervención de un juez como garante de derechos privados (art.117.4 CE), al igual que con carácter general sucede en la jurisdicción voluntaria.

Existen, asimismo, motivos personales en cuanto a la elección del presente objeto de estudio. A este respecto, el derecho concursal resulta aquella materia a la que más dedicación profesional he destinado desde el ámbito de la abogacía⁴, además de haber tenido la oportunidad de realizar anteriores publicaciones (mediante libros⁵, artículos en revistas especializadas⁶ y periódicos financieros⁷) al respecto.

Bajo este contexto de antecedentes, no puedo sino acogerme plenamente al espíritu vocacional de BELTRÁN SÁNCHEZ, referencia imprescindible en el derecho concursal, quien compaginó las profesiones de abogado y catedrático. Siguiendo, pues, su concepción sobre lo que debe ser un correcto estudio doctrinal, considero que el camino adecuado para una completa investigación doctrinal debe consistir en aunar la enseñanza teórica con la práctica forense. Recordaba así D. Emilio a otra eminencia del Derecho, CARNELUTTI, quien categóricamente sentó aquello de que el hombre que *sólo sabe de leyes no sabe nada de derecho*⁸, toda vez que esa misma investigación teórica debe buscar soluciones para los problemas prácticos existentes, evitando así que se desdibuje la aspiración de simetría que debería existir entre estudio teórico y práctica.

Tampoco podemos ignorar el apasionante dinamismo, pensemos que de algún modo positivo, salvo para la seguridad jurídica, que en los últimos años está sufriendo el derecho de la insolvencia en nuestro ordenamiento jurídico, lo que le hace merecedor de nuevos y necesarios análisis académicos respecto de su constante renovación legal.

El listado de reformas habidas entre los años 2013 y 2015 es, como podrá apreciarse, tan innumerable como doctrinalmente agotador: la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización; el Real Decreto 892/2013, de 15 de noviembre, por el que se regula el Registro Público Concursal; el Real Decreto

⁴ Profesión a la que tengo en buena estima, aunque sin llegar al grandilocuente nivel de elogio de la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1930 (RJ 1930\508), que describe al abogado como *el apóstol de la ciencia jurídica que dirige a la humanidad y hace a ésta desfilar a través de los siglos*.

⁵ MAGDALENO CARMONA, A. y BENEYTO, K., *Aspectos procesales de la práctica concursal*, ed. Bosch, 2015, o BENEYTO, K., en AA.VV., “La respuesta del derecho concursal ante elementos de extranjería”, *Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión Europea*, ed. Tirant lo Blanch, 2016. De hecho, parte de la presente tesis, durante su realización, ha sido ya utilizada para su previa publicación en los mismos.

⁶ Entre otros, vid. MAGDALENO CARMONA, A., y BENEYTO, K., “El concurso de acreedores de persona física: problemas pendientes y soluciones legislativas propuestas.”, *Anuario de Derecho Concursal*, ed. Civitas, núm.30/2013.

⁷ Vid. entre otros, BENEYTO, K., “¿Refinanciar al deudor preinsolvente?”, *Periódico Expansión*, artículo publicado en prensa escrita en fecha 09.06.2014.

⁸ Citado por AVENDAÑO VALDEZ, J.L., “El procesalista”, *Revista Derecho & Sociedad*, ed. Pontificia Universidad Católica del Perú, nº 38, 2012.

980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles; el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial; el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal; la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial; Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social; la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal; la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social; y finalmente -por el momento- la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen jurídico del sector público.

Advertida, pues, la inquietante técnica legislativa que estamos sufriendo en los últimos tiempos, cuya incontinenencia nos obliga en la práctica forense a lidiar con numerosas Disposiciones Transitorias, o, cuando no, con la ausencia de éstas, nada nos queda sino consolarnos con las sabias palabras de VON KIRCHMANN⁹: *dos palabras del legislador echan al cubo de la basura toda una biblioteca jurídica.*

Por último, resulta inexcusable hacer mención en este apartado introductorio a OLIVENCIA RUIZ, uno de los apodados *padres* de la Ley Concursal, por haber sido el representante de la Sección Especial, para la Reforma Concursal, de la Comisión General de Codificación. Con perspicaz sentido común recordaba este renombrado autor¹⁰, frente a algunas desmesuradas críticas hacia el sistema concursalista, sobre todo las derivadas de sus estadísticas liquidadoras, que el gran mérito de la Ley Concursal había sido precisamente instaurar un sistema que poder criticar. Asimismo, con aguda ironía, reflexionaba este autor si acaso la Ley Concursal debía cargar con la culpa de los efectos de la crisis económica española, como si fuese cometido de la Ley Concursal dedicarse a paliar la situación de dicha crisis económica. Y es que de ciertos preámbulos normativos del legislador concursal más contemporáneo, a lo largo del intenso periodo reformista (2013 a 2015) de la Ley Concursal, parece inferirse a modo de chivo expiatorio que la culpa *de todo* resultaba ser de la inadecuación e ineficiencia de la legislación concursal, dando así la espalda a cualquier responsabilidad por una política que no ha sabido prevenir a tiempo la crisis económica española o bien aminorar sus efectos.

⁹ Citado en URBINA MENDOZA, E.J., *Análisis e investigación en derecho*, ed. Universidad Católica Andrés Bello, 2007, pág.44.

¹⁰ OLIVENCIA RUIZ, M., “La reforma de la Ley Concursal”, *Revista de Derecho Mercantil*, ed. Civitas, núm.285/2012.

METODOLOGÍA.

El punto de partida analítico, para elaborar esta tesis doctoral, ha consistido en tratar de entender la estadística que subyace al objeto de su estudio, so pena de no conocer su realidad en la práctica forense, y, con ello, no acertar en las propias hipótesis que deben formularse a partir de dicha realidad. En el caso que nos ocupa, además, es notorio el tradicional fracaso del legislador en el tratamiento de la insolvencia de la persona física.

Los datos oficiales recogidos por el INE¹¹ hablan por sí solos, si se toma el último ciclo de la Ley Concursal, entendido éste desde su primera reforma sustancial por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, y que además coincide con los años más delicados de la controvertida crisis económica española. Así pues, partiendo del año 2012, de un total de 9.071 procesos concursales, únicamente 1.291 correspondieron a personas físicas. En el año 2013, tristemente célebre por ser el año con mayores declaraciones de concursos (9.937), sólo 1.034 obedecieron a personas físicas. Respecto al año 2014, el notable descenso total de procesos concursales (7.280) no supuso un aproximamiento sustancial entre los de personas jurídicas (6.378) y físicas (902). En cambio, en el año 2015, del total de 5.746 concursos de acreedores declarados, 831 correspondieron a personas físicas, de lo cual se empieza a observar una tendencia: mientras que los concursos de persona jurídica descienden a pasos considerables desde el año 2014, las declaraciones de concurso de persona física se mantienen relativamente estables, lo cual a su vez les aproxima en porcentaje comparativo a los concursos de persona jurídica. Prueba última de ello es el año 2016, pues, por tercera vez consecutiva, se da un descenso concursal global nada desdeñable (4.754), y, sin embargo, los concursos de persona física incluso aumentaron (882) respecto del año anterior. También en el año 2017 vuelve a apreciarse un aumento (1.397) del total de concursos de persona física¹², copando (1.145 o 81,96% del total de 1.397) la tipología de insolvencia de persona física *sin actividad empresarial* la utilización del concurso de la persona física.

En lo referente al tratamiento de la insolvencia de persona física desde el enfoque de la jurisdicción voluntaria, esto es, por la vía de los acuerdos extrajudiciales de pago (Título X de la LC), es de notar a fecha 28 de octubre de 2015 cómo el número de mediaciones concursales ascendió a un total de 248, correspondiendo 226 de ellas a personas físicas. Aunque se trata de un número no demasiado elevado, éste destaca si se tiene en cuenta su incremento en nada menos que un 564%, en comparación con el número total de mediaciones a fecha diciembre del año 2014 (entonces apenas 44)¹³. Con posterioridad, a fecha 30 de septiembre de 2016, el número total de mediaciones concursales seguidas

¹¹ Todos datos oficiales, obrantes en <http://www.ine.es/dynt3/inebase/index.htm?padre=971&capsel=971>

¹² Sobre las posibles causas en este mantenimiento estadístico y su repunte, vid. Capítulo Cuarto.

¹³ Todos estos datos estadísticos se recogen por el Registro de Expertos de Economía Forense, en “Breves notas sobre la mediación concursal y mercantil (hasta 28 de octubre de 2015) y estadísticas”, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, ed. Wolters Kluwer, 2016, nº 24.

ante personas físicas ascendió a 1.052, representando el 96% del total de mediaciones concursales, suponiendo un incremento del 136,88% frente a septiembre del año 2015¹⁴.

Una última visión estadística, no menos desdeñable, debe realizarse desde la óptica del fenómeno del sobreendeudamiento hipotecario, cuyo tratamiento normativo escapa de la Ley Concursal según se ha querido establecer por cuestiones de política legislativa, pero, no por ello, deja de estarse ante un particular concepto de «insolvencia», el cual no cabe ignorar, máxime ante la consabida realidad social subyacente en torno a esta singular tipología de deudor. Por ello mismo, se ha estimado oportuno proceder a abordar su estudio de forma separada, dentro del Capítulo Cuarto de esta tesis doctoral, dada cuenta, debe insistirse, de la trascendencia que ha tenido este tipo de endeudamiento y que -a la postre- también encierra una nota o categoría de insolvencia *sui generis* de acusada concurrencia en la práctica forense¹⁵. Dicho de otro modo, la Ley Concursal puede ser el punto de partida, pero no necesariamente el punto de llegada, en el estudio de la insolvencia de la persona física, o cuanto menos no el único, y ello a la vista de la constante normativa extraconcursal promulgada en los últimos años para combatir la concreta tipología de insolvencia inherente al deudor hipotecario.

Tal y como ya se ha indicado en el epígrafe anterior, el objeto de esta tesis doctoral se centra en estudiar el tratamiento jurisdiccional de la insolvencia de la persona física, sea ya ésta efectivamente tratada como proceso, o bien como una suerte de expediente de jurisdicción voluntaria. Por consiguiente, ha de asumirse la posibilidad de que la conclusión última de esta investigación tuviera que pasar por afirmar que lo más oportuno sea *administrativizar* el tratamiento procedimental de la insolvencia de la persona física, en aras de su desjudicialización, más allá incluso de su encaje bajo figuras propias de la jurisdicción voluntaria (vid. Título X de la Ley Concursal).

En efecto, no debe haber impedimento alguno a la posibilidad de alcanzar una conclusión así de radical, consistente en proponer la eliminación de toda herramienta jurisdiccional sobre el fenómeno de la insolvencia de persona física, por ejemplo, abogando a favor de su tratamiento administrativo o notarial, o bien, abogando por su tratamiento al margen de la Ley Concursal, tal y como de hecho ya sucede en materia de sobreendeudamiento hipotecario.

Sea cual fuere su conclusión última, lo cierto es que esta tesis doctoral se ha querido realizar combinando los distintos métodos de investigación existentes, esto es, sin renunciar a una investigación descriptiva y comparativa, pero, a su vez, añadiendo una visión pragmática, o en última instancia proponiéndose ésta *de lege ferenda*.

¹⁴ Datos estadísticos recogidos en “Mediaciones concursales hasta 30 septiembre 2016 según datos Registro Público Concursal. REFOR”, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, ed. Wolters Kluwer, 2017, nº 26.

¹⁵ Y ello a pesar de su marcado descenso a partir del año 2014 (44.939 ejecuciones hipotecarias) hasta el año 2017 (14.102 ejecuciones hipotecarias), pues, aún así, continúan siendo cifras muy superiores a las declaraciones de concurso de persona física y/o acuerdos extrajudiciales de pago habidos al tiempo.

Datos oficiales obtenidos del INE: <http://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=7712>

La presente investigación también ha querido partir desde un prisma histórico, pues si tomáramos como punto de partida la actual Ley Concursal se estaría obviando el desarrollo jurídico-histórico que antecede a nuestra actual Ley, sin el cual sería poco prudente pretender una justa comprensión y crítica de nuestro actual derecho de la insolvencia.

En cuanto a las fuentes de investigación utilizadas en esta tesis doctoral, las mismas pueden dividirse en fuentes de acceso telemático y aquellas otras de acceso físico. Con respecto a las primeras, se ha hecho uso de las principales bases de datos tales como Westlaw Insignis (especializada en temática concursal), La Ley, vLex y Tirant lo Blanch, en lo relativo a la recopilación de jurisprudencia y de una diversidad de artículos doctrinales de interés académico. Junto con ello, se ha hecho uso también de Dialnet, en tanto que posee una base de datos de artículos doctrinables obtenibles a través de la Universidad de Valencia. En materia de recursos online, por último, merece destacar especialmente la Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, así como el Anuario de Derecho Concursal, a los que igualmente he podido tener acceso constante.

Por otra parte, también ha sido imprescindible contar con los recursos físicos disponibles en la biblioteca Gregori Maians, de la Universidad de Valencia, a través de su catálogo con numerosos manuales y obras relativas al derecho concursal. De igual modo, también se ha podido contar con la biblioteca del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia (ICAV), al cual pertenezco como letrado colegiado ejerciente, así como con la biblioteca personal existente en el despacho de abogados en el que trabajo, especializado en derecho concursal y que por tanto cuenta también con un notable fondo bibliográfico sobre la materia. Por último, aquellas fuentes jurisprudenciales que he podido obtener desde la propia práctica forense, relevantes para el presente estudio, también han sido utilizadas como valor añadido de la tesis doctoral, puesto que no se encuentran disponibles en las bases de datos.

Finalmente, también como valor académico adicional, justificado debidamente en sus correspondientes apartados, se ha querido incorporar a esta tesis doctoral un estudio de derecho comparado en materia del tratamiento de la insolvencia de la persona física en los principales ordenamientos jurídicos de tradición anglosajona (EE.UU e Inglaterra).

A tal fin, se han realizado sendas estancias investigadoras en la Universidad de Harvard (EE.UU) y en la Universidad de Oxford (Inglaterra), respectivamente, durante los años 2015 y 2016. Por consiguiente, todas aquellas fuentes de investigación, que se citan en estos epígrafes correspondientes a derecho comparado, provienen así del fondo bibliográfico, físico y telemático, que disponen tales universidades y al cual tuve acceso durante mis acreditadas estancias de investigación.

CAPÍTULO PRIMERO: EVOLUCIÓN LEGAL DE LA INSOLVENCIA EN ESPAÑA Y SU CONTRASTE CON LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS DE LA *COMMON LAW*.

Resultaría un enfoque erróneo, cuanto menos incompleto, tomar como punto de partida para nuestro estudio la realidad legal existente bajo el paraguas de la actual Ley Concursal, aun incluso analizando la misma desde su nacimiento y cada una de sus sucesivas reformas; se estaría obviando, así, un intenso desarrollo jurídico-histórico que antecede a nuestra actual LC, sin el cual sería poco prudente pretender una justa comprensión y crítica de nuestro actual derecho de la insolvencia.

El objetivo de este estudio previo no persigue una exégesis minuciosa de la historia y desarrollo de las instituciones concursales, lo que sería ajeno a la naturaleza de esta tesis, sino que tiene un alcance mucho más modesto: se trata sencillamente de ajustar nuestro pretendido prisma crítico y valorativo sobre la actual Ley Concursal, mediante un concentrado repaso histórico de las instituciones habidas para regular la insolvencia.

Hemos de tener presente, a efectos aclaratorios, que gran parte del recorrido histórico de la insolvencia no puede sino hallarse *per se* íntimamente ligado al de la insolvencia de la persona física, en tanto en cuanto resulta ulterior la aparición del concepto de persona jurídica -entendida en su cariz como sujeto susceptible de insolvencia y limitador de responsabilidad-, y que en todo caso sólo supone que, presumiblemente, su utilización evitará la insolvencia personal de aquellos *comerciantes* -ahora empresarios- que operen con esta figura legal, al menos con respecto a sus actividades empresariales.

En definitiva, la propia delimitación del presente estudio nos exige *eo ipso*, como podrá observarse, no hacer especial énfasis en el desarrollo histórico del tratamiento legal de la insolvencia de la persona jurídica, sin perjuicio de las alusiones a ésta cuando resultare conveniente, precisamente, aunque sólo sea por su posible función delimitadora de la responsabilidad -y por ende insolvencia- sobre la persona física.

1. Derecho Romano: de la *manus iniectio* a la *Lex Iulia*.

Fuente de inagotables recursos e influencia en nuestro actual ordenamiento jurídico, con el derecho romano asistimos a algunas de las primeras fórmulas jurídicas propuestas para el tratamiento de la insolvencia.

Bajo este contexto histórico, en la época arcaica -periodo que abarca desde el año 754 a.C., hasta el año 130 a.C.¹⁶- asistimos a la ejecución procesal sobre la propia persona física del deudor insolvente, ello mediante la llamada *legis actio per manus iniectio*.

¹⁶ BETANCOURT SERNA, F., *Derecho romano clásico*, ed. Universidad de Sevilla, 2007, pág. 45.

Ante las diversas interpretaciones doctrinales para la *periodificación jurídica* de la historia de Roma, se ha tomado como referencia la clasificación otorgada por el citado autor, discípulo del maestro romanista D'ORS Y PÉREZ-PEIX, A., quien también suscribía dicha misma *periodificación*.

Esta potestad del acreedor estaba inicialmente¹⁷ limitada para aquellas deudas reconocidas en lo que hoy sería el equivalente a documentos o actos fehacientes. En concreto, bien mediante sentencia mero-declarativa, bien por disposición testamentaria frente a quien no recibió o recibió más de lo estipulado, o bien mediante garantía personal contraída por el propio deudor y otorgada en acto solemne -los conocidos *nexum* actuantes como modo de sujeción personal del deudor-.

El deudor era llamado -acudiría voluntaria o forzosamente- ante el magistrado por parte del acreedor, y como la deuda reclamada ya constaba reconocida con la cierta seguridad jurídica dimanante de los referidos escenarios, éste sólo tenía dos opciones: pagar o bien presentar un *vindex* (defensor) quien podía subrogarse en el pago u oponerse a la ejecución¹⁸.

Si el deudor no lograba alcanzar alguna de estas dos opciones pasaría entonces a convertirse en esclavo del acreedor, permaneciendo retenido durante sesenta días en casa de este último, quien a su vez quedaba legalmente autorizado para enajenarlo como esclavo en día de mercado o bien darle muerte.

Variante igual de cruenta parecía darse cuando existía una *pluralidad de acreedores*, para cuyo supuesto la Ley de las XII Tablas establecía una modalidad de ejecución procesal, nuevamente sobre la persona del deudor, conocida como *partes secanto*, que permitía a los acreedores descuartizar el cuerpo del deudor y repartirlo¹⁹.

La severidad de la *manus iniectio*, figura a fin de cuentas acorde a su tiempo y contexto histórico-social, se vio atemperada con la promulgación de la *lex Poetelia Papiria*²⁰ en el año 313 o 326 a.C., según autores. Con ella, se sustituye la figura del *nexum* como fuente de responsabilidad personal del deudor para con el acreedor, salvo en aquellas deudas con origen delictivo, y es a partir de dicha Ley cuando se entiende el patrimonio como concepto separado de la persona del deudor: los esclavos por deudas

¹⁷ BETANCOURT SERNA, F., en AA.VV., *Annaeus: anales de la tradición romanística*, ed. Tébar, 2007, pág.184.

Así se refiere a su configuración en la época de las XII Tablas. Posteriormente, la *manus iniectio* se extenderá a otros supuestos, sirva de ejemplo, en los casos de responsabilidad extracontractual.

¹⁸ Lo que sin duda precisaba de valentía, pues si no lograba la estimación de su oposición, aquel *vindex* sería condenado por el doble de deuda.

BETANCOURT SERNA, F., *Derecho romano clásico*, ed. Universidad de Sevilla, 2007, pág. 155.

¹⁹ GUERRERO LEBRÓN, M., “Una muestra de la crudelitas creditoris: la privación de sepultura del deudor”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 6, 2002, págs.419 y ss.

²⁰ Según la narración de Tito Livio, la citada Ley toma su nombre del usurero Lucio Papirio. Lucio tomó a un joven llamado Cayo Publilio como esclavo, por una deuda contraída por su padre frente al primero. El usurero intentó obtener favores sexuales del joven, y ante su negativa, ordenó que lo desnudaran y torturaran. La reacción en masa del pueblo romano fue acudir al Foro en clamor popular por la abolición de estas prácticas.

AA.VV., *El modo de producción esclavista*, ed. Akal, S.A., 1986 y Tito Livio, *Ab urbe condita*, VIII, 28, 2-7.

evitarían la prisión mediante el *juramentum bonae copiae*. Un juramento que conllevaba manifestar la existencia de activo suficiente como para poder satisfacer las deudas dentro de un periodo de tiempo cierto, lo que -salvando las distancias- podría identificarse como un antecedente de la actual *espera* concursal.

Posteriormente, en torno al año 165 a.C. -aunque su fecha de origen no está clara, se identifica con la época del pretor Publio Rutilio Calvo-, nace la institución procesal de ejecución universal conocida como *bonorum venditio*, aplicable cuando existiera una pluralidad de acreedores y quedando dirigida sobre todo el patrimonio del deudor²¹.

A instancia de los acreedores, el Pretor autorizaba el nombramiento un *curator bonorum*, una suerte de administración concursal, quien tenía el cometido de conservar el patrimonio del deudor -*missio in possessionem*- y la realización posterior de la venta al *bonorum emptor* o adquirente; con la peculiaridad de que este último se subrogaría en el pasivo del deudor con el patrimonio que había adquirido y hasta donde éste alcanzase.

Con acierto, la doctrina describe este fenómeno como una especie de sucesión universal del deudor por el comprador²², que llevaba aparejada la ficción de la muerte del deudor para así acarrearle infamia, y que en ningún caso le liberaba de aquella parte no satisfecha por el *bonorum emptor*²³.

Por todos estos aspectos, observamos que la *bonorum venditio* actuaba como un verdadero derecho concursal romano, dividido en dos fases: la *missio in bona rei servandae causa*, con la finalidad de preservar el patrimonio y dar publicidad al proceso de venta a través del *magister bonorum* o síndico²⁴, y en última instancia la referida venta al *bonorum emptor* con las singularidades anteriormente descritas.

Con posterioridad, el procedimiento de ejecución singular conocido como *distractio bonorum*, que evitaba una liquidación universal del patrimonio del deudor, acabaría por sustituir a la *bonorum venditio* por su mayor funcionalidad.

Finalmente, cabría destacar la aparición de la *cessio bonorum* o cesión de bienes, a través de la *Ley Julia* del año 17 a.C. Figura ésta regulada hoy en el art.1175 de nuestro actual Código Civil y que, ya por aquel entonces, establecía el principio de responsabilidad patrimonial universal, que hoy todavía se encuentra patente en el

²¹ PÉREZ ÁLVAREZ, M.P., en AA.VV., *Reflexiones para la reforma concursal*, ed. Editorial Reus, S.A., 2010, págs.116 y ss.

²² ROMERO SANZ DE MADRID, C., *Derecho concursal*, ed. Thomson Reuters, 2012, págs.36 y ss.

²³ MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “Las técnicas para limitar el ejercicio de las facultades patrimoniales del concursado desde el derecho Romano a la codificación”, *Anuario de Derecho Concursal*, ed. Civitas, núm.4/2005.

²⁴ PÉREZ ÁLVAREZ, M.P., “El procedimiento concursal romano-clásico”, *Anuario de Derecho Concursal*, ed. Civitas, núm.24/2011.

genérico art.1911 CC y pese a las -cada vez más crecientes- excepciones (vid. arts.579 LEC y 178.bis LC) a dicho polémico principio de nuestro ordenamiento.

No debiendo olvidar su coexistencia con las otras instituciones arriba descritas, así como su aplicación únicamente en supuestos de deudor no culpable -*favor debitoris* o bien *calificación fortuita*, en términos contemporáneos-, con la *cessio bonorum* desaparece finalmente el histórico castigo social de la nota de *infamia* contra el deudor, toda vez que se le permite conservar un mínimo de bienes inembargables para su subsistencia -*beneficium competentiae*-.

2. Derecho Medieval y Moderno.

La caída del Imperio romano de Occidente, tradicionalmente fechada en el año 476 tras la invasión de Roma por la tribu de los hérulos, supuso la no aplicación en la España visigoda de aquel proceso romano-concursal junto con sus posteriores reformas, éstas últimas recopiladas ya bajo el derecho justiniano.

Así las cosas, y aunque el ordenamiento jurídico visigodo mantuvo la figura de la cesión de bienes a través de la *Lex Romana Wisigothorum*, del año 506, la ejecución personal recaída sobre el propio deudor insolvente será la práctica más habitual²⁵ no obstante su teórica aplicación subsidiaria, por lo que ante la falta de bienes suficientes el deudor era entregado para su prisión y servidumbre perpetua al acreedor.

En el derecho español medieval de la Baja Edad Media, en función de los distintos Reinos cristianos en los que por aquel entonces se encontraba dividido el pueblo español, inmerso en plena Reconquista, puede observarse la perdurabilidad de la figura de la *cessio bonorum* e incluso la aparición de una regulación de la insolvencia mercantil propia en aquellas zonas de mayor flujo comercial por su ubicación. En este sentido, cabe destacar el Libro del Consulado del Mar, concedido a la ciudad de Valencia en el año 1283, o la Ley de Cortes de Barcelona, del año 1299.

En cambio, en el derecho castellano, la quiebra no aparecerá regulada hasta la Nueva Recopilación de 1562, en el Libro V, Título 19²⁶, si bien el Código de las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio ya contemplaba institutos concursales tales como la cesión de bienes, el convenio preventivo o el alzamiento²⁷. De hecho, el referido Código de las Siete Partidas incluía también, en su Título XV, una cierta positivización del concepto de insolvencia, que taxativamente se ligaba a la incapacidad (*non han poderio de fazer*

²⁵ MARTÍNEZ FLÓREZ, A., *Op.cit.*

²⁶ RAMÍREZ LÓPEZ, J.A., *La quiebra*, ed. Bosch, 1998, págs.153 y ss.

No obstante, la tardía fecha de la predicha Recopilación debe atemperarse, ya que ésta recopila, entre otras, Pragmáticas de los Reyes Católicos de 1480 así como de Carlos I, también de fechas precedentes: 1528, 1532 y 1548.

²⁷ PULGAR EZQUERRA, J., *El concurso de acreedores: la declaración*, ed. La Ley, 2009, págs.70 y ss.

la *paga* [...] para poder afrontar los pagos, es decir, no por cualquier motivo. Asimismo, cabe destacar su temprana inteligencia al prever y acoger en su regulación un verdadero mecanismo de condonación de deudas a través de la Ley 3ª, del Título 15, de la Partida 5ª²⁸; ello a diferencia del más estricto art.1911 CC, así como de la propia Ley Concursal hasta su primera -y tímida- reforma a este respecto mediante la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, hoy mejor consagrada en el actual art.178.bis LC.

Adentrándonos plenamente en el periodo de Edad Moderna, inevitable mención merecen dos juristas españoles de excepcional influencia. En tales términos de elogio cabe referirse a Amador Rodríguez y a Francisco Salgado de Somoza²⁹, cuyas respectivas obras, *Tractatus de concursu* (1616) y *Labyrinthus creditorum concurrentium* (1646), además de justificar el vocablo actual de *concurso*, resultaron de gran repercusión dentro y fuera del ordenamiento jurídico español³⁰.

Siendo que la precitada obra de SALGADO DE SOMOZA constituye una primera sistematización del derecho de quiebra moderno, de ésta cabe resaltar el carácter público y formalista que se le confiere al concurso, así como la continua intervención del juez, toda vez que la obra solamente contempla la vertiente voluntaria del concurso, lo que se traducía en la demanda por el propio deudor insolvente para la iniciación del proceso de cesión de bienes.

A diferencia de la obra de SALGADO DE SOMOZA, que no diferenciaba entre sujeto comerciante y no comerciante, las posteriores y pioneras Ordenanzas de Bilbao de 1737 establecen un completo sistema regulador para la quiebra de comerciantes, distinguiendo entre *quebrados atrasados, inculpables y culpables o alzados* en orden de gravedad. Así, su conceptualización de la insolvencia prosigue una línea de continuidad con la marcada en el referido Código Alfonsino de las Siete Partidas Castellanas³¹, en tanto en cuanto combina presupuestos objetivos externos (el incumplimiento de obligaciones) con presupuestos objetivos internos del deudor (su situación económica).

²⁸ Así lo recuerda el propio legislador contemporáneo en la Exposición de Motivos de la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social.

²⁹ Tal es así que, nuestra actual Ley Concursal, no se olvida de rendir tributo a ambos jurisconsultos, citándoles y reconociéndoles expresamente sus méritos en la Exposición de Motivos de la LC, *Exponendo II*.

³⁰ La citada obra de Salgado de Somoza constituyó la base del derecho de quiebra alemán durante los siglos XVII a XIX.

PULGAR EZQUERRA, J., *La declaración del concurso de acreedores*, ed. La Ley, 2005, pág.66, quien a su vez toma como base la obra de ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, N., *Un español mal comprendido. Salgado de Somoza en la literatura alemana sobre el concurso de acreedores*, ed. Javier Morata, 1932.

³¹ ALEMÁN MONTERREAL, A., *La insolvencia. Una cuestión de terminología jurídica*, ed. Andavira, 2010, págs.236 y ss. Para la calificación de *quebrado atrasado*, la menos gravosa de todas ellas, se exigía un patrimonio superior a la masa de deudas.

Mención final, aunque sucinta, merecen las Ordenanzas de Málaga de 1825, pues no llegaron a entrar en vigor, pero sí resultaron de influencia en la elaboración del inminente Código de Comercio de 1829 y obra de SAÍNZ DE ANDINO.

3. Codificación jurídica decimonónica.

El fenómeno jurídico de la codificación no debe entenderse como la simple acción de recopilación legislativa, sino que constituye una cosmovisión mucho más profunda, debiendo partir de la premisa de que su fin último fue plasmar la ideología ilustrada, garantista y liberal a los códigos. Suscribiendo las palabras del jurista alemán WIEACKER, frente a la caótica legislación de los antiguos regímenes los códigos no podían ser sino *anteproyectos de un futuro mejor*³².

El sistema procesal-mercantil español llega al siglo XIX con no pocas deficiencias; a destacar, su separación del proceso civil y la infinidad de consulados con distintas regulaciones, lo que provocaba una indeterminación procesal y consiguiente arbitrariedad³³. Bajo este contexto sociopolítico es cuando aparece, en 1829, el primer Código de Comercio español unificado.

Dentro del mismo, encontramos la llamada regulación *De las quiebras* en su Libro IV, cuyo articulado combina preceptos materiales y procesales, toda vez que estos mismos aspectos procesales, mediante la deficiente técnica de la remisión, aparecerán igualmente recogidos en el Título V de la Ley de Enjuiciamiento sobre los Negocios y las Causas de Comercio de 1830³⁴. Posteriormente, esta última Ley fue derogada mediante el Decreto de Unificación de Fueros de 6 de diciembre de 1868, evento de gran trascendencia, pues supuso finalmente la unión de los procesos civil y mercantil, quedando en pie el peor de los dos procesos: el proceso mercantil, con todos sus años de experiencia, fue directamente suprimido³⁵.

Cerrado este breve paréntesis histórico-procesal, en lo que a la conceptualización de la insolvencia se refiere y tomando como referencia las citadas Ordenanzas de Málaga de 1825, el art.1003 del C de C de 1829 establece una *quiebra de primera clase*, de modo que aun no llegando todavía a constituirse como un proceso autónomo, asistimos al nacimiento en nuestra tradición jurídica de la idea de un *convenio preventivo o suspensión de pagos*.

³² WIEACKER, F., *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*, ed. Aguilar, Madrid, 1957, págs.293 y ss.

³³ Para una concentrada síntesis sobre el recorrido procesal previo a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, así como el análisis de ésta, vid. MONTERO AROCA, J., “Cien años de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española”, *Revista de la Facultad de derecho de Méjico*, nº 142-143-144, 1985.

³⁴ Por ejemplo, el art.171 de la citada Ley rituarial se limitaba a remitirse a los arts.1017 a 1022 del C de C de 1829.

³⁵ MONTERO AROCA, J., *Op.cit.*

Asimismo, en consonancia con la línea distintiva marcada por las citadas Ordenanzas de Bilbao de 1737, el art.1014 del C de C de 1829 mantuvo con claridad dicha distinción: *el que no tenga la calidad de comerciante no puede constituirse ni ser declarado en quiebra*.

Sobre dicho presupuesto subjetivo, también cabe hacer mención sucinta a la normativa paraconcurzal por entonces emergente, como la contenida en la Ley Orgánica de la Bolsa de Madrid, de 8 de febrero de 1854, y el Reglamento de 11 de marzo de 1854, para la ejecución de la Ley de Bolsa de Madrid, relativa a la quiebra de agentes de bolsa y corredores de comercio.

Uno de los grandes hitos que trajo consigo esta primera codificación del derecho mercantil fue la regulación de los tres tipos clásicos de sociedades contemporáneas (*art.265 del C de C de 1829*): colectivas, en comandita y anónimas, siendo que en esta última tanto los socios como los administradores no responden con su patrimonio personal, sino *hasta la cantidad del interés que tengan en ella* o por el *buen desempeño* de sus funciones, respectivamente (*arts.277 y 278 del C de C de 1829*).

Se produce así, a través de la sociedad anónima y empero su ínfima regulación -trece artículos discontinuos-, la limitación de la responsabilidad personal del sujeto persona física, con motivo de la utilización de este tipo de sociedad como *forma peculiar de empresa capitalista*³⁶. De igual modo, también se limita la responsabilidad de los socios comanditarios sin dirección de la sociedad (*art.273 del C de C de 1829*).

Como ya hemos anunciado en su introducción, dado que el presente estudio tiene por objeto el estudio de la insolvencia de la persona física, presumiblemente podríamos vernos obligados a delimitar esta parte del recorrido histórico-normativo. Sin embargo, a este respecto, cabría realizar las siguientes consideraciones:

- i. Que no existió precepto declarando expresamente la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles hasta el Código de Comercio de 1885. Antes bien, lo relevante era la persona individual y no la social, toda vez que la limitación de responsabilidad, siguiendo el sistema francés, quedaba íntimamente ligada a la concesión de personalidad jurídica³⁷, que se otorgaba caso por caso³⁸, hasta su

³⁶ PRIETO GONZÁLEZ, C., “Los orígenes de la sociedad de responsabilidad limitada en España: el proyecto de Fabra”, Revista de Derecho Mercantil, ed. Civitas, núm.108/1968.

³⁷ GIRÓN TENA, J., “Sociedades mercantiles: distinción y relaciones en derecho español”, Revista de Derecho Mercantil, ed. Civitas, núm.10/1947.

³⁸ En este sentido, a modo de ejemplo, baste con recordar que el régimen normativo de la sociedad anónima estuvo regulado por un estricto intervencionismo en cuanto a su proceso de constitución: “intervención de los *Tribunales de Comercio*, sometimiento a la *Real aprobación* de sus estatutos y reglamentos, y la inserción obligatoria *a la letra* de los mismos en la inscripción o publicaciones de la sociedad.”

MOTOS GUIRAO, M., y BLANCO CAMPAÑA, J., *Centenario del Código de Comercio*, ed. Gráficas Arias Montano, 1991, pág.51.

sustitución por un sistema descentralizado de inscripción registral para las sociedades de capital.

- ii. En consonancia con lo precisado en el punto anterior, más de un distinguido autor³⁹ destaca que la regulación de la quiebra del C de C de 1829, a través de su citado Libro IV, parece estar pensada únicamente para el empresario individual ex art.1 del C de C de 1829, no siendo hasta la promulgación del C de C de 1885 cuando se incluyó una mención a las *Compañías mercantiles o industriales* (art.1.2 del C de C de 1885), así como se introducen normas especiales para la quiebra de las sociedades mercantiles (arts.923 y ss. del C de C de 1885).
- iii. Finalmente, tampoco cabe ignorar la figura legal de los socios colectivos, quienes no evitaban su responsabilidad ilimitada, y, por tanto, soportaban un importante riesgo en devenir insolventes ellos mismos, según reza el art.923 del C de C de 1885, en conexión con los arts.127 y 148 del mismo cuerpo legal, aunque su responsabilidad ostentase un carácter subsidiario⁴⁰.

Así pues, prosiguiendo con nuestro análisis, hemos de avanzar hacia el ya citado Código de Comercio español de 1885, que desde una desafortunada técnica legislativa no supuso la íntegra derogación de los preceptos de la quiebra recogidos en el C de C de 1829⁴¹, hito que supuso la génesis del posterior caos normativo y que precede a la LC.

En el C de C de 1885 se mantuvo la cualidad de *comerciante* como presupuesto subjetivo de la quiebra (*art.870 del C de C de 1885*), cuya regulación procesal se recogió en el Título XIII de la LEC 1881, a raíz del ya citado Decreto de Unificación de Fueros de 1868, si bien ello bajo la pobre técnica del simple volcado del Título V de la

³⁹ GARCÍA VILLAVERDE, R., en AA.VV., *Comentarios a la Ley Concursal, Volumen I*, ed. Tecnos, 2004, pág.30. En el mismo sentido, PARRA LUCÁN, M.A., en AA.VV., *Aspectos civiles de derecho concursal*, ed. Editum, 2009, pág.69.

Finalmente, cabe destacar que esta misma crítica tuvo gran peso a la hora de inspirar el PALC 1995, del profesor ROJO, A., como se desprende de la Exposición de Motivos del mismo.

⁴⁰ De conformidad con el art.237 del C de C de 1829, que se superpone frente al art.923 del mismo cuerpo legal, ante la evidente contradicción entre ambos preceptos, el patrimonio particular de los socios colectivos será ejecutado cuando se haya efectuado la entera excusión del haber social, lo que lógicamente no puede suceder al tiempo de declaración de quiebra de la sociedad.

Sobre estas cuestiones, resulta especialmente interesante el análisis de URÍA, R., en “Problemas y cuestiones sobre quiebra de las sociedades”, *Revista de Derecho Mercantil*, ed. Civitas, núm.4/1946.

⁴¹ La omisión de una cláusula general derogatoria en el C de C de 1885, junto con la dificultad de determinar qué preceptos debían entenderse derogados y cuáles no, y, finalmente, las referencias que se mantuvieron en la LEC 1881 al C de C de 1829, perpetuaron la vigencia de éste hasta la aparición de la Disposición Derogatoria Única de la Ley Concursal.

En este sentido, destacando el buen hacer del legislador contemporáneo por suprimir expresamente el C de C de 1829, DE LA CUESTA RUTE, J.M., “Las normas de transición sobre el convenio concursal”, *Anuario de Derecho Concursal*, ed. Civitas, núm.3/2004.

suprimida Ley rituarial mercantil⁴². Todavía más, debía estarse supletoriamente a las normas procedimentales que todavía contenía vigentes el C de C de 1829, y, en última instancia, a aquellas otras previstas para el concurso de acreedores civil (arts.1156 a 1317 LEC 1881)⁴³.

La declaración de quiebra podía formularse por parte del deudor o por cualquiera de sus acreedores, constituyéndose como una carga procesal para el primero que debía cumplir en el somero plazo de tres días hábiles desde que hubiere cesado en el pago corriente de sus obligaciones; toda vez que de resultar la quiebra instada de contrario, en tal caso procedía el arresto (domiciliario de prestar fianza) del quebrado⁴⁴. En todo caso, procedía el nombramiento de un comisario (hoy administración concursal) y la convocatoria de la junta de acreedores de cara a la posible aprobación de una propuesta de convenio.

A través del citado C de C de 1885 se crea, finalmente, una completa y autónoma distinción de la figura de la suspensión de pagos, dedicando así setenta y dos artículos de su Título I, Libro IV, a ambas instituciones, con seis secciones para la quiebra y ocho para la suspensión de pagos. Aparece así la suspensión de pagos como un *estado preliminar al de la quiebra*⁴⁵, consistente en el simple retraso de los pagos obligados, en lugar de un sobreseimiento definitivo de las obligaciones del deudor insolvente.

De cara a evitar una utilización abusiva de esta última figura, con la Ley de 10 de junio de 1897 se añadió el requisito de la suficiencia de bienes para cubrir todas las deudas, en consonancia con el concepto de simple iliquidez del *quebrado atrasado* de las Ordenanzas de Bilbao de 1737, que no implicaba la existencia de desbalance -activo menor que pasivo-.

4. Siglo XX: prolongación de la división normativa entre deudor comerciante y no comerciante.

Dada cuenta que el presente estudio tiene por objeto la insolvencia de la persona física, sin mayores condicionantes, ha de insistirse en que nuestro recorrido histórico debe apartarse de la bifurcación normativa y conceptual en función del deudor *comerciante* o *no comerciante*, sin perjuicio de haber reconocido su aparición en el derecho positivo mediante las Ordenanzas de Bilbao de 1737.

⁴² Esto es, la ya citada Ley de Enjuiciamiento sobre los Negocios y Causas de Comercio, de 24 de julio de 1830.

⁴³ Advierte con crítica dicho caos normativo PULGAR EZQUERRA, J., *La declaración del concurso de acreedores*, ed. La Ley, 2005, pág.127.

⁴⁴ Ambos extremos son advertidos por LASTRES, F., *Procedimientos civiles y criminales*, ed. Victoriano Suarez, 1884, págs.444 a 446.

⁴⁵ ROMERO SANZ DE MADRID, C., *Derecho concursal*, ed. Thomson Reuters, 2012, pág.39.

De igual manera, ya se ha advertido también de la aparición de determinadas figuras legales de persona jurídica con personalidad jurídica propia, que en su caso supondrían la insolvencia de ésta, y, presumiblemente, evitarían la de sus socios y administradores, por sus efectos limitadores sobre la responsabilidad personal.

Por ello, a continuación, se seguirá abordando el examen de la normativa prevista para el deudor comerciante, junto con aquella otra que concierne al deudor no comerciante, considerando que la una no puede entenderse plenamente sin la otra, así como por la utilidad comparativa de repasar ambos cuerpos legales, aplicables a fin de cuentas a la persona física y dejando al margen aquellas especialidades previstas para la insolvencia de la persona jurídica (arts.923 y ss. del C de C de 1885).

4.1 Situación legal sobre el deudor comerciante: la aparición de la LSP.

La Ley de Suspensión de Pagos, de 26 de julio de 1922, originariamente fruto del proyecto de Bertrán y Musitu, acaba viéndose sometida a la ardua empresa de corregir la crisis del Banco de Barcelona⁴⁶, para lo cual incluso llega a establecerse su aplicación retroactiva, en contra del precavido principio general de irretroactividad que proclama el art.3 del Código Civil.

Se produce así su nacimiento a la vida jurídica de un modo ciertamente defectuoso, pues la resolución de un caso concreto no debe ser nunca el origen de una Ley. Consecuencia de todo ello es que la LSP se exceda en las funciones que le ordenaba el propio C de C de 1885, no limitándose a establecer normas procesales de desarrollo, sino también aspectos materiales contenidos en dicho Código.

Hecha esta primera advertencia, hemos de centrar nuestra atención en la *tendencia liberalizadora*⁴⁷ con la que la LSP se proyectó. En este sentido, se vuelve a la situación anterior a la promulgación de la antes citada Ley de 10 de junio de 1897, pudiendo aplicarse la suspensión de pagos tanto en supuestos de *insolvencia provisional* (iliquidez) como de *insolvencia definitiva* -desbalance-, ex art.8 LSP. En consecuencia, ya pudiera ser la insolvencia desmedida, pues salvo que el considerable quórum de dos quintas partes del pasivo (art.10 LSP) de acreedores solicitase que se declare la quiebra, el proceso de suspensión de pagos continuaría su curso⁴⁸.

⁴⁶ La forzada función teleológica a la que se vio sometida la LSP es ampliamente conocida.

En este sentido, vid. SARDÁ CALOMARDE DE CAMBRA, J., “La nueva Ley Concursal”, Actualidad Jurídica Aranzadi, ed. Aranzadi, núm.531, 2002, o el propio BERTRÁN Y MUSITU, J., *La suspensión de pagos del Banco de Barcelona*, 1924, págs.40 y ss.

⁴⁷ CARRERAS LLANSANA, J., *Estudios e informes en materia concursal*, ed. Marcial Pons, 2012, págs. 44 y ss.

⁴⁸ Lo que en la práctica convertirá a la suspensión de pagos en procedimiento prioritario sobre la quiebra. ROJO, A., “Notas para la reforma de la legislación concursal”, *Revista de Derecho Mercantil*, ed. Civitas, núm.138/1975.

Otro ejemplo visible de dicha liberalización se observa respecto del posible contenido de la propuesta de convenio, admitiéndose no solamente quitas y esperas sin limitación⁴⁹, sino cualquier otra solución posible, lo que en la práctica generalmente se traducía a la liquidación del patrimonio, sólo que evitando -normalmente- el deudor acciones de retroacción o una calificación culpable, a diferencia del escenario de la quiebra y más gravoso de por sí⁵⁰.

Tal y como destaca DE LA CUESTA RUTE⁵¹, el carácter a favor de la libertad de pactos en la LSP es tal que, incluso, la consecución de un convenio no se vinculaba a la continuidad de la actividad mercantil como sería lógico, siendo que queda al amparo de las partes -deudor y acreedores- marcar su finalidad dentro de los límites de libertad de pactos que con carácter general ordena el art.1255 CC.

Tal vez por su defectuoso nacimiento a la vida jurídica, anteriormente señalado, la cuestión es que la LSP originó un intenso debate doctrinal por la falta de regulación de su presupuesto objetivo, pues cabía la interpretación de que los arts.870 a 873 del C de C de 1885, que exigían la suficiencia de bienes como presupuesto objetivo, debían darse por derogados implícitamente⁵².

Por su trascendencia, también cabe hacer mención a las múltiples y conocidas dificultades interpretativas que se han producido sobre los efectos procesales del art.9 LSP, regulador de los efectos sobre las ejecuciones singulares y plagado de lagunas legales; comenzando así por su propia delimitación temporal, donde la interpretación mayoritaria se decantó por marcar el inicio de sus efectos a partir de la declaración de suspensión de pagos mediante providencia, y no desde la admisión a trámite de la demanda del deudor.

Cuestión igual o más grave se suscitaba en torno a la posible existencia de efectos paralizadores, que impidiesen iniciar nuevas acciones judiciales ordinarias y ejecutivas

⁴⁹ ALCOVER GARAU, G., “Quiebra versus suspensión de pagos”, Revista de Derecho Mercantil, ed. Civitas, núm.223/1997.

⁵⁰ CARRERAS LLANSANA, J., *Ídem*.

⁵¹ DE LA CUESTA RUTE, J.M., “A propósito de la función del convenio en el concurso”, Anuario de Derecho Concursal, ed. Civitas, núm.4/2005.

⁵² Decantándose la mayoría de la doctrina por entender dichos preceptos como implícitamente derogados.

Así, vid. la excelente recopilación de doctrina favorable a ello, recogida por GUASCH MARTORELL, R., en “Aproximación crítica a la protección de la integridad del patrimonio concursal en la Ley de Suspensión de Pagos”, Revista de Derecho Mercantil, ed. Civitas, núm.216/1995. Se citan a tal fin, entre otros autores, a TORRES DE CRUELLES, J., *La suspensión de pagos*, ed. Bosch, 1957, págs.20 y ss., y a GONZÁLEZ DE ECHAVARRI VIVANCO, J.M., y MIGUEL ROMERO, M., *Comentarios a la Ley de suspensión de pagos*, Valladolid, 1932, pág.150.

con posterioridad a la declaración de suspensión de pagos y por deudas anteriores a ésta, ante el silencio de la norma⁵³.

Al margen de esta polémica quedaban, por lo menos, aquellos acreedores con privilegios propios de su crédito -a modo de ejemplo, el derecho de ejecución separada tradicionalmente aparejado a una garantía real-. En cuanto a aquellas acciones judiciales iniciadas *ex ante* a la suspensión de pagos, de igual modo que la regla general del actual art.51 LC, el art.9 LSP también permitía su continuación hasta la finalización de tal proceso declarativo, impidiéndose en cambio su posterior ejecución y por ende también el devengo de cualesquiera intereses desde la declaración concursal; así se ha recordado, precisamente, en la Sentencia núm.312/2016, de 12 de mayo, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª⁵⁴.

Finalmente, también es digno de resaltar el peculiar derecho de elección⁵⁵ con el que contaba el deudor insolvente, a quien se le otorgaba la facultad de elegir entre instar un proceso de suspensión de pagos o de quiebra. Esta permisibilidad no era baladí en sus efectos, pues entre otras consecuencias, suponía abandonar cualquier distinción procesal *ex ante* por conducta fraudulenta culpable, impedía a los acreedores conocer la situación de insolvencia provisional o definitiva en el inicio del proceso, y ralentizaba considerablemente el curso de las actuaciones, para mayor frustración de los acreedores.

No es de extrañar pues que, todas las consideraciones anteriores y tantas otras que durante la larga existencia de la LSP ha venido advirtiendo la doctrina, terminasen por provocar la necesidad de acabar con el solapamiento entre suspensión de pagos y quiebra, principalmente por la referida falta de presupuesto objetivo de la primera⁵⁶.

⁵³ En lo referente a la interposición de acciones declarativas, el Tribunal Supremo ha sido favorable a su admisibilidad: “(...) *en todo caso es manifiesto que aún con posterioridad a la suspensión de pagos pueden ser entablados juicios ordinarios contra el suspenso, por lo mismo que el interesado no pierde la administración de sus bienes, artículo seis, aunque su situación quede afectada por la intervención judicial con arreglo al artículo cuatro, párrafo segundo*”.

Sentencia de 9 de abril de 1985, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (RJ 1985\1686).

Por su parte, a falta de un criterio jurisprudencial unánime para el supuesto de interposición de demandas de juicio ejecutivo, resulta interesante la reflexión realizada por la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 3ª, en su Auto núm.611/2000, de 13 de septiembre (AC 2000\1902), que se decanta a favor del ejercicio de tal derecho, “*sin perjuicio de que los efectos de la Sentencia que en tal proceso pudiera recaer quedarán en suspenso (...)*”.

⁵⁴ CENDOJ 28079110012016100306.

⁵⁵ GUASCH MARTORELL, R., *Op.cit.*

⁵⁶ Necesidad que recogía BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Solicitudes concurrentes de quiebra y suspensión de pagos”, Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, ed. Aranzadi, 1999.

4.2 Situación legal sobre el deudor no comerciante.

Hablar en este epígrafe -y no en el anterior- de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, como así se pretende, podría parecer una omisión o salto cronológico. No obstante, ello se ha considerado necesario por motivos de claridad, al haber reservado el anterior epígrafe al fenómeno de la codificación mercantilista.

Así pues, ha de tomarse como punto de partida la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, por su novedosa introducción de un proceso de concurso de acreedores civil, es decir, diferenciado del previsto para los comerciantes, y el cual además ya preveía la distinción entre un carácter voluntario o necesario del mismo.

El análisis de dicho cuerpo procesal, por lo común menos estudiado frente a los códigos mercantilistas, es analizado en detalle por DÍAZ GONZÁLEZ y CALDERÓN ORTEGA⁵⁷. Siguiendo a los precitados autores, la configuración decimonónica del concurso de acreedores civil puede definirse en su constitución como proceso universal sobre los bienes del deudor, destinado a saldar las deudas de éste con sus acreedores, cuando se ve incapaz de cumplir con sus obligaciones. Como igualmente se destaca en dicho trabajo, el libro de *práctica jurídica* del escribano real FEBRERO⁵⁸ revela la existencia de hasta cuatro procedimientos: cesión de bienes (concurso voluntario), pleito u ocurrencia (concurso necesario), espera o moratoria y remisión o quita de acreedores.

Con anterioridad a la promulgación de la LEC 1855, y todavía a falta de un Código Civil unificado, la solución legal existente era aplicar, a *sensu contrario*, el art.1014 del C de C de 1829: *el que no tenga la calidad de comerciante no puede constituirse ni ser declarado en quiebra*. Entendiéndose, por comerciante, una dedicación al tráfico mercantil continuada en el tiempo; labor calificativa ésta a la que tuvo que enfrentarse la jurisprudencia hasta la promulgación de nuestra actual LC, determinando una casuística caso por caso⁵⁹. Piénsese, a modo de visualización, la variedad de posibles supuestos que podían darse: sociedades irregulares, sociedades civiles, profesionales liberales, sociedades con capital público, agrupaciones de interés económico, artesanos y así un largo etcétera.

⁵⁷ DÍAZ GONZÁLEZ, F.J., y CALDERÓN ORTEGA, J.M., “El concurso de acreedores en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855”, Anuario de Derecho Concursal, ed. Civitas, núm.29/2013.

⁵⁸ FEBRERO, J., *Librería de escribanos, abogados y jueces*, ed. Fermín Villalpando, 1829, pág.57.

“Considerado en toda su estension el concurso de acreedores es de cuatro maneras, á las cuales corresponden nombres diversos, á saber (...)”.

⁵⁹ Con carácter general, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de marzo de 1857, recordaba que la persona que efectúa una operación mercantil -en aquel caso, compra de bienes con ánimo de lucro mediante su reventa-, quedaba sujeta a la jurisdicción mercantil.

Sentencia citada en DIAZ GONZÁLEZ, F.J., y CALDERÓN ORTEGA, J.M., *Op.cit.*

Las bondades de una primera regulación positivizada del concurso de acreedores civil no tardaron en destacarse por parte de la doctrina de la época⁶⁰, pues a falta de otra que la precediese, difícilmente podía suponer un paso atrás o desmejora de la *no-regulación* anterior, que daba pie a un sistema de normas impredecible y arbitrario.

Posteriormente, tras la promulgación del actual Código Civil, la regulación del concurso de acreedores civil se recogerá en los arts.1912 a 1920 CC, así como en el Título XII de la LEC 1881, ello de manera conjunta con el previo expediente de *quita y espera*.

Comenzando por este último, y limitado su presupuesto subjetivo únicamente a *todo deudor que no sea comerciante*, se confería la posibilidad a éste -como único legitimado- de solicitar judicialmente una quita y espera de sus acreedores (art.1912 CC en relación con los arts.1130 y ss. LEC 1881). Por su parte, el art.1913 CC específicamente imponía al deudor la carga de demandar el concurso de acreedores cuando el pasivo fuese superior a su activo (*desbalance*). En cualquier caso, no cabe duda de que la existencia de dos escenarios distintos: aquel primero de la quita y espera como un expediente de jurisdicción voluntaria, potestativo para su único legitimado que era el deudor, y además sólo disponible *ex ante* a incoar el concurso; y este último, como verdadero proceso.

Ciertamente cabe preguntarse si la referida quita y espera se erigía como un expediente de jurisdicción voluntaria, o de lo contrario, también como un verdadero proceso, puesto que en puridad se hallaba desubicado de los arts.1811 y ss. LEC 1881 destinados a la jurisdicción voluntaria. No obstante, pese a dicha desubicación, su regulación e incluso efectos (vid. art.1135 LEC 1881) nos recuerdan a las actuales instituciones preconcursales (art.5.bis LC), que también participan de la naturaleza de la jurisdicción voluntaria. Junto con ello, la propia figura de la quita y espera *ex ante* al concurso se asemeja notablemente a la actual del acuerdo extrajudicial de pagos (Título X de la LC), véase así la existencia de una junta de acreedores y una regulación tasada en materia de impugnación del acuerdo que en su caso allí se alcance (arts.1144 y 1149 LEC 1881 y 239 LC), así como su ontológica finalidad evitadora del concurso⁶¹.

En cuanto al escenario del concurso de carácter necesario, la LEC 1881 pormenorizaba dos posibles escenarios: la falta de cumplimiento del convenio en su caso alcanzado -a través del citado expediente de quita y espera- (art.1155 LEC 1881), o bien la existencia de dos o más ejecuciones contra dicho deudor sin haberse podido encontrar bienes

⁶⁰ Por su claridad, transcribimos la siguiente cita: “*En vista de la falta de reglas en el derecho común escrito, y de los abusos que la ignorancia, el empirismo, la avaricia curial y la mala fe habían introducido, comenzaba a levantarse una jurisprudencia racional que indicaba cuál era la opinión respecto a la reforma, y señalaba al legislador el camino que debía seguir.*”

GÓMEZ DE LA SERNA, P. *Motivos de las variaciones principales que ha introducido en los procedimientos la Ley de Enjuiciamiento civil*, Madrid, 1857, Título Undécimo.

⁶¹ *Por cuyo medio se liberta de ser declarado en concurso*, según palabras de LASTRES, F., *Procedimientos civiles y criminales*, ed. Victoriano Suarez, 1884, pág.411.

suficientes (art.1158 LEC 1881). En definitiva, podía observarse una extremada concreción de los presupuestos objetivos para la declaración de concurso⁶².

Pese a esta aparente claridad inicial, no dejaron de nacer interrogantes en torno a toda esta cuestión, susceptibles de una interpretación correctora por la doctrina y jurisprudencia. Se trata además de cuestiones verdaderamente primarias, pues, ¿podía acaso el deudor, cuyo pasivo ya fuese superior a su activo, instar igualmente un expediente judicial de quita y espera? ¿Qué debía imponerse, el art.1913 CC o el art.1130 LEC 1881, ambos reguladores de esta cuestión?

Atendiendo al orden de promulgación de una norma y otra, sería inadecuado defender por una interpretación extensiva del art.1130 LEC 1881. Sin embargo, por criterios más prácticos que jurídicos, la jurisprudencia más contemporánea ha venido entendiendo la primacía de aquel precepto más antiguo en favor del deudor⁶³.

Por otro lado, tal y como apuntan MANRESA Y NAVARRO y GARCÍA VALDÉS⁶⁴, cuestión distinta es que si el deudor no ejercitaba la petición *ex ante* de quita y espera regulada en los arts.1130 a 1155 LEC 1881, entonces para alcanzar un acuerdo con sus acreedores sólo le quedaba sujetarse a las distintas y patrimonialmente más invasivas (arts.1161 y 1173.1ª LEC 1881) normas reguladoras del convenio concursal (arts.1303 y ss. LEC 1881), naturalmente siempre que fuera declarado en concurso voluntario o necesario.

En todo caso, del procedimiento de quita y espera cabe destacar un quórum de constitución de la junta de acreedores coincidente -tres quintos- con el exigido en el acuerdo extrajudicial de pagos (art.238.1 LC); una doble mayoría para su aprobación, cual es que se reúnan dos terceras partes de votos de los acreedores que tomen parte en la votación, y que los créditos concurrentes representen tres quintas partes del pasivo total; la falta de límites a la espera o quita; y finalmente, algún que otro anacronismo como las referencias a las posesiones españolas en África en materia de cómputo de plazos, o que la mujer del deudor no pudiera tomar parte en el debate ni la votación (art.1141 LEC 1881).

En cuanto al procedimiento de declaración de concurso, encontramos diversas similitudes con el actual proceso, tales como la dicotomía entre su carácter voluntario o necesario (art.1156 LEC 1881), la obligación de aportación de determinados

⁶² SOTO VÁZQUEZ, R., *Quiebras y concurso de acreedores*, ed. Comares, 1994, págs.67 y ss.

⁶³ Así repasa su interpretación histórica el Auto núm.63/2001, de 20 de marzo, de la Audiencia Provincial de Gerona, Sección 1ª (JUR 2001\17821).

No obstante, el Tribunal Supremo mantuvo la interpretación histórica de sus resoluciones de principios del siglo XX, dando preferencia al art.1913 CC sobre el art.1130 LEC 1881, al menos hasta su Sentencia núm.971/1994, de 4 de noviembre (RJ 1994\8370).

⁶⁴ MANRESA Y NAVARRO, J.M. y GARCÍA VALDÉS, R., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Tomo V*, ed. Reus, 1946, p.294.

documentos junto con la demanda inicial (art.1157 LEC 1881 y actual art.6 LC), o el nombramiento de un depositario-administrador en el mismo auto declarativo (art.1173 LEC 1881 y actual art.21 LC), figura que fusionada junto con la del síndico (art.1210 LEC 1881), hoy se hallan subsumidas en la de administración concursal (art.26 LC).

Por otro lado, cabe resaltar también la configuración de la pieza de calificación del concurso (art.1295 y ss. LEC 1881 y, en contraste, el art.163 y ss. LC), por la notable incidencia del derecho penal en el supuesto de concurso culpable, pues de acordarse dicho calificativo de culpabilidad automáticamente se ordenaba proceder criminalmente contra el deudor (art.1300 LEC 1881).

Sobre ello último, es inevitable realizar una breve inmersión en el proceso penal: y es que, aun no existiendo precepto expreso que exigiese la previa calificación de culpabilidad en la vía civil, el tribunal penal se veía subordinado a dicho pronunciamiento para determinados delitos producto de una insolvencia punible. En el ámbito normativo material del deudor comerciante, al menos, sí aparecía un precepto que así lo establecía (art.896 del C de C de 1885), como presupuesto procesal para poder instar la vía criminal.

En cualquier caso, esta posible intromisión en la competencia o autonomía de otros órdenes jurisdiccionales se ve mitigada, en parte, a partir de la pionera Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 13 de junio de 1959, que establece que dicho enjuiciamiento criminal posterior no se hallaría vinculado a tal calificación de culpabilidad, aun resultando ésta requisito de *procedibilidad*⁶⁵.

Por su parte, salvo para aquellos delitos de concurso o quiebra punible, la previa calificación de culpabilidad, como presupuesto de *procedibilidad*, no operaría respecto de otros delitos -véase, la estafa-, que por su naturaleza también hubieren podido ser tratados en el concurso o quiebra.

Con el Código Penal de 1995, se producirá una absoluta desvinculación procesal con la calificación concursal otorgada en el proceso civil, ex art.260.4 CP 1995, al margen de la propia y preceptiva declaración de concurso como presupuesto de hecho.

Finalmente, es de interés destacar la evocación de los arts.1919 y 1920 CC en el actual debate jurídico concursal, ello a la vista de su notable examen en la exposición de motivos contenida en la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social. En efecto, con el fin de intentar maquillar la no poco tardía aparición del art.178.bis LC (otro art.178.2 LC) en materia de condonación concursal de deudas, nuestro legislador actual viene a criticar cómo aquel art.1920 CC tampoco establecía ningún sistema de condonación de deudas.

⁶⁵ Ya en periodo constitucional, la STS de 18 de abril de 1990 (RJ 1990\2730) disipa cualquier duda sobre la posible vulneración de los arts.24 y 117.3 CE, relativos a la presunción de inocencia y la predeterminación legal del juez, respectivamente.

Se busca advertir, así, la diferencia de criterio ideológico de aquel art.1920 CC frente a la Ley 3ª, del Título 15, de la Partida 5ª, de Las Partidas de Alfonso X⁶⁶, sobre la cual parece inspirarse el legislador concursal contemporáneo al tiempo de introducir la regulación de un sistema de condonación de deudas (art.178.bis LC), a modo de invocación de un principio ya existente en nuestro derecho histórico.

5. Anteproyectos precursores de la actual Ley Concursal.

La caótica regulación existente antes de la Ley Concursal ha venido denunciándose por la doctrina desde tiempo atrás⁶⁷. Algo comprensible a la luz de la insostenible coexistencia de hasta cuatro procesos concursales, integrados, para mayor confusión, entre los citados C de C de 1829 y 1885, la LSP, el Código Civil y la LEC 1881, plagados de embarazosos arcaísmos a sortear por el jurista contemporáneo e incluso algunos de ellos procedentes de la tan lejana época de Fernando VII⁶⁸.

Así las cosas, con carácter previo al estudio procesal de la actual LC, es necesario realizar una retrospectiva mirada al proceso de maduración doctrinal reflejado en los principales anteproyectos anteriores a la Ley Concursal, pese a que no llegaran a culminarse legislativamente. Téngase en cuenta asimismo que, el espíritu de unificación legislativa finalmente operado por la Ley Concursal, se remonta tan atrás como al II Congreso Nacional de derecho Procesal⁶⁹ celebrado en Madrid en 1954, por tanto existiendo una opinión unánime al respecto por parte de la doctrina incluso con anterioridad a la plasmación de los anteproyectos a continuación comentados.

5.1 Anteproyecto de 1959.

Elaborado por el Instituto de Estudios Políticos, en el Anteproyecto de 1959 se retoma el principio de unidad legislativa perdido, inevitablemente, desde la distinción entre

⁶⁶ Igualmente citada en dicha Ley y que reproducimos: «*El desamparamiento que faze el debdor de sus bienes (...) ha tal fuerza que después non puede ser el debdor emplazado, nin es tenido de responder en juyzio a aquellos a quien deuiesse algo: fueras ende si oviessse fecho tan gran ganancia, que podría pagar los debdos todos, o parte dellos, e que fincasse a el de que podiessse vivir*».

⁶⁷ Llegándose a afirmar que el derecho concursal era la “pieza más ineficiente de cuantas componen nuestro derecho mercantil”.

Vid. BISBAL MÉNDEZ, J., “La insoportable levedad del derecho concursal”, Revista de Derecho Mercantil, ed. Civitas, núm.214/1994.

⁶⁸ Sirva de ejemplo el art.1046 del C de C de 1829, relativo a la *ocupación de los bienes y papeles de comercio del quebrado*, nada menos que a través de un *arca con dos llaves*.

⁶⁹ Proponiéndose, a tal fin, su unificación dentro de los arts.1318 a 1396 LEC 1881, tal y como recuerda e igualmente suscribía VACAS MEDINA, L., “El supuesto fundamental de la quiebra en los derechos inglés y norteamericano y en el derecho español”, Revista de Derecho Mercantil, ed. Civitas, núm.57/1955, quien asimismo menciona a los autores RIVES Y MARTÍ y MANRESA como precursores en proclamar dicha unificación (años 1899 y 1901, respectivamente).

deudor comerciante y no comerciante creada por las Ordenanzas de Bilbao de 1737. Este hito será el de mayor aplauso por parte de la doctrina más reconocida⁷⁰.

Por su notable similitud con la actual regulación en la LC⁷¹, cabe destacar su regulación de la liquidación de la masa activa del concurso sobre la base de un *proyecto de liquidación*, elaborado por los Administradores y disponiendo igualmente de un conjunto de normas supletorias (*art.76 ALC 1959*, y, en contraste, vid. actual *art.149 LC*). Se observa en esta fase una menor judicialización, en tanto que la aprobación de dicho proyecto de liquidación correspondería a la junta de acreedores.

Del mismo modo, también se aminora la carga judicial del proceso por la supresión que el ALC 1959 realiza sobre los órganos de administración *depositario* y *comisario*, sustituidos por el síndico, que sería nombrado en el auto declarativo (*art.55 ALC 1959*).

En cuanto al orden de pagos de los créditos (*art.91 ALC 1959* y, en contraste, actual *art.154 y ss. LC*), la tendencia doctrinal de la época ya preveía la satisfacción de unos gastos pre-deducibles -en términos actuales, créditos contra la masa-, con anterioridad al pago de los créditos concursales reconocidos.

Tratándose del primero de los anteproyectos que aparecerían, no podían faltarle evidentes insuficiencias, tales como la ausencia de una regulación sobre los posibles conflictos de derecho internacional privado, o la armonización entre el concepto de calificación culpable, también previsto en el ALC 1959, así como en la legislación penal de la época.

5.2 Anteproyecto de 1983.

El ALC 1983 fue elaborado por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación y se compone de un articulado de 401 normas materiales y procesales.

En dicho anteproyecto ya se hacía hincapié en el objetivo de la conservación frente a la liquidación del patrimonio, siendo así el convenio la *solución normal* del concurso -finalidad hoy en día reflejada en el *Exponendo VI* de la LC-.

Con respecto al presupuesto objetivo para la declaración de concurso, que tradicionalmente ha generado un acalorado debate doctrinal, extendido también a la actual LC, el ALC 1983 introdujo el novedoso concepto de *estado de crisis económica*,

⁷⁰ ROJO, A. “Notas para la reforma de la Legislación Concursal”, Revista de Derecho Mercantil, ed. Civitas, núm.138/1975.

⁷¹ Como apunta GUTIÉRREZ GILSANZ, A., “La liquidación concursal anticipada”, Revista de Derecho Mercantil, ed. Civitas, núm.274/2009.

criticado por la doctrina por su carácter sumamente abstracto e impreciso, sin que guardase tampoco tradición en nuestro ordenamiento⁷².

Para atenuar esta imprecisión, se concretaron una serie de supuestos a efectos ilustrativos, con el fin de permitir adelantar la declaración de concurso sin esperar a una situación de insolvencia sobre el deudor, todo ello para intentar aumentar el principio de satisfacción de los acreedores, que de este modo presumiblemente verían aumentadas sus posibilidades de cobro.

Una vez más, cabe observar los antecedentes doctrinales de algunos de los actuales preceptos de la LC. Así, por ejemplo, la acción de enervación del desahucio (art.70 LC) ya aparecería regulada en el art.180 ALC 1983.

Puede constatarse aquello de que *la historia se repite*, por cuanto la polémica sobre el presupuesto subjetivo de la pluralidad de acreedores -hoy en día en conflicto abierto entre la doctrina, la jurisprudencia y la DGRN-, también era por entonces objeto de debate. En este sentido, a diferencia de su antecesor el ALC 1959, en el ALC 1983 directamente desaparece la mención expresa al presupuesto subjetivo de la pluralidad de acreedores⁷³.

Al cabo de unos años, este trabajo pre-legislativo fue recuperado y volvió a escena mediante el Anteproyecto de Ley de Bases de 1987, que pretendía delegar en el gobierno la potestad de dictar normas con rango de Ley sobre el concurso de acreedores y que tampoco terminó por fraguarse.

5.3 Anteproyecto de 1995.

Con un contenido de 298 artículos, la propuesta de anteproyecto de Ley Concursal redactada por el profesor ROJO, suprimía la distinción del carácter civil o mercantil del deudor, dejando pues como única diferenciación los expedientes de suspensión de pagos y el concurso de acreedores.

El primero de estos procedimientos se configuraba de un modo prácticamente desjudicializado, debiendo ser calificado más bien como un *cauce de tramitación registral*⁷⁴, que se instrumentalizaba a través del Registro Mercantil.

Dicha configuración inevitablemente nos recordará, en su estudio más adelante, a la actual herramienta del *acuerdo extrajudicial de pagos*, introducida por la Ley 14/2013,

⁷² ROJO, A., *La reforma de la legislación concursal*, ed. Marcial Pons, 2003, pág.117 y ss.

⁷³ VELA TORRES, P.J., “La pluralidad de acreedores como requisito del concurso”, *Anuario de Derecho Concursal*, ed. Civitas, núm.11/2007.

⁷⁴ BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Jornadas sobre las nuevas fronteras del derecho de la insolvencia”, *Anuario de Derecho Concursal*, ed. Civitas, núm.21/2010.

de 27 de septiembre. En la propuesta del profesor ROJO, para poder acceder a dicho cauce, y en aras de evitar su abuso, debía cumplirse con su sistema de *merecimientos*⁷⁵.

Uno de los aciertos más plausibles que traía consigo el PALC 1995 era su voluntad de terminar con una de las prácticas más perniciosas, y pese a ello arraigadas, en la regulación vigente por aquel entonces, conocida como el *mercado de créditos*.⁷⁶ Dicha práctica consistía en la adquisición *inter vivos* de créditos reconocidos en el concurso, para así poder alcanzar o imponer un determinado convenio en el concurso. Es por ello que el PALC 1995 consideraba imprescindible privar del derecho de voto en el convenio a los adquirentes de créditos concursales, cuando su adquisición se produjera con posterioridad al auto declarativo de concurso.

Esta privación sobre el derecho de voto, heredada del PALC 1995, fue incorporada en el art.122 LC hasta la reforma de este último por el Real-Decreto Ley 11/2014, de 5 de septiembre (confirmada por la Ley 9/2015, de 25 de mayo), dando así la razón al profesor ROJO, quien ya advirtió que su justificación en la actual Ley Concursal era prescindible, puesta ésta ya regula taxativamente el contenido y límites que puede contener un convenio concursal frente a la total autonomía de las partes ex art.1255 CC.

Tal vez inspirado por la novedosa formulación del presupuesto objetivo regulado en el ALC 1983, el PALC 1995 también buscó que la institución concursal pudiese ser utilizada por deudores que todavía no hubieran devenido en insolventes, o siquiera en una cesación de sus pagos por obligaciones vencidas. A tal fin, se establece un amplio concepto de insolvencia, acompañado de una serie de presunciones, que a su vez facilitaban al acreedor poder instar el concurso de su deudor solamente probando el incumplimiento duradero en el impago de su crédito, y no mediante lo que no conoce o es prácticamente imposible que conozca -la insolvencia acaecida o el sobreseimiento generalizado en los pagos-.

La obra del profesor ROJO será tomada para la Propuesta de Anteproyecto de 1996, la cual tampoco acabó culminando legislativamente. En cualquier caso, nuevamente se observa cómo el desarrollo procesal del concurso, con independencia de su entrada o no en vigor, iba adquiriendo una constitución cada vez más próxima a la Ley Concursal actualmente vigente.

⁷⁵ Que exigía al deudor, por ejemplo, la inexistencia de deudas con la Seguridad Social o la Agencia Tributaria, así como que -con carácter general- no tuviera obligaciones vencidas.

A este respecto, se pronuncia el Magistrado-Juez GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., “En torno al nuevo artículo 5.3 de la Ley Concursal”, Anuario de Derecho Concursal, ed. Civitas, núm.19/2010.

⁷⁶ ROJO, A., “La pérdida del derecho de voto en caso de adquisición de crédito concursal”, Anuario de Derecho Concursal, ed. Civitas, núm.12/2007.

5.4 Anteproyectos de 2000, 2001 y Proyecto de Ley Concursal de 2002.

Nos encontramos ante el último de los eslabones que anteceden a la actual LC, elaborado por la Sección Especial para la Reforma concursal.

Concluido su contenido inicial en mayo de 2000, y presentado al Ministerio de Justicia el 17 de noviembre de 2000, en términos antropológicos es el *pariente más directo*⁷⁷ del posterior proyecto de Ley Concursal, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 23 de julio de 2002, junto con el proyecto de Ley Orgánica para la reforma concursal.

Existe una versión del ALC 2000 posterior, cuando éste es presentado por el Ministro de Justicia en fecha 7 de septiembre de 2001, y que básicamente consiste en su versión modificada por la Secretaría General Técnica⁷⁸. Así, no es de extrañar que, entre otros aspectos, en dicha versión posterior se aumentaran los privilegios de clasificación concursal de los créditos de derecho público.

A la vista de que la doctrina⁷⁹, de manera generalizada, califica el ALC 2000 como el antecedente más directo de la vigente Ley Concursal, en aras de evitar posibles reiteraciones de contenido ya existente en la actual LC, así como por la adecuada extensión que ello merecería, no procede pormenorizar en las enmiendas sufridas a través de la citada versión de 2001 o durante su posterior desarrollo hasta llegar al proyecto de Ley Concursal publicado el 23.07.2002 en el BOCG.

Sí parece oportuno matizar, por aclaración, que en el ALC 2000 desaparecen los innovadores planteamientos sobre el presupuesto objetivo del ALC 1983 y del PALC 1995, exigiendo en cambio, para la declaración del concurso, que el deudor no pueda cumplir con sus obligaciones, con independencia del motivo que origine dicha falta de cumplimiento.

Por su parte, en lo que se refiere al proyecto de Ley Concursal del año 2002, para un detallado resumen de las enmiendas introducidas y otras vicisitudes propias de su desarrollo parlamentario nos remitimos al interesante estudio realizado por PULGAR EZQUERRA⁸⁰, pudiendo destacar someramente la delimitación posterior que se hace sobre el concepto de *insolvencia inminente* (art.2.3 LC) por parte de la Comisión pertinente; la fijación de un carácter *no confesorio* a la demanda de concurso voluntario

⁷⁷ YANES YANES, P., en AA.VV., *Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la Reforma Concursal*, ed. Dilex, 2003, págs.179 y ss.

⁷⁸ Como destaca LINACERO DE LA FUENTE, M., *Las acciones de reintegración en la Ley Concursal*, ed. Reus, 2005, págs. 12 y ss.

⁷⁹ Por todos, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., y GUILARTE GUTIÉRREZ V., en AA.VV., *Comentarios a la legislación concursal*, ed. Lex Nova, 2004, pág.362.

⁸⁰ PULGAR EZQUERRA, J., “La aprobación de la reforma concursal en el pleno del Congreso: ¿cambio de sentido de la reforma?”, *Actualizad Jurídica Aranzadi*, ed. Aranzadi, núm.578/2003.

(art.14 LC); o el establecimiento de un *numerus clausus* de manifestaciones externas de insolvencia (art.2.4 LC) sobre las que poder basar la *causa petendi* del concurso necesario, tal y como tiene a bien resaltar la precitada autora.

Mención *obiter dicta* merece, por último, la proposición de ley *relativa a la prevención y el tratamiento del sobreendeudamiento de los consumidores*, presentada en el Congreso de los Diputados el 30 de abril de 2003, por parte del Grupo Parlamentario Socialista, rechazada en septiembre del mismo año.

Y es que aunque dicha proposición de ley guardaba un propósito legislativo ajeno al de la promulgación de una nueva Ley Concursal, en cambio sí cabe advertir la estructuración de un interesante procedimiento extrajudicial para el tratamiento del sobreendeudamiento de consumidores, con carácter previo al concurso y bajo la técnica de la mediación.

Por medio de dicho procedimiento, se proponía la posibilidad de alcanzar -aunque en la forma de laudo arbitral ejecutable- un acuerdo extrajudicial de pagos vinculante, toda vez que también preveía una suerte de posterior concurso consecutivo en caso de fracasar aquel, incluyendo en dichas especialidades concursales el efecto de una posible condonación de las deudas. A la vista de todo ello, es fácil notar las similitudes de este primigenio esbozo legislativo con el actual Título X de la Ley Concursal y su denominado acuerdo extrajudicial de pagos.

6. *Statu quo*: el periodo reformista concursal entre 2013 y 2015.

El 8 de julio del año 2008⁸¹ el entonces presidente del poder ejecutivo, D. José Luis Rodríguez Zapatero, tras dejar atrás su todavía recordado eufemismo de *desaceleración económica*, pronunciaba por primera vez la fatídica palabra *crisis*. Dicho pronunciamiento tuvo lugar tardíamente, y además dejó patente su cuestionable negativa a reconocer la crisis internacional ya existente durante la campaña electoral, celebrada apenas unos pocos meses antes, a pesar de que el impacto de tal crisis sobre nuestro país ya había sido advertido por diversos economistas⁸². El 31 de diciembre de aquel año, 2008, España entraría en recesión.

En el año siguiente, 2009, célebre en el ámbito económico por la primera intervención del Banco de España sobre una caja de ahorros (Caja Castilla-La Mancha), así como por

⁸¹ Así lo recoge la noticia publicada en el periódico El Mundo, en edición digital de 9 de agosto de 2012, “Las fechas decisivas en la crisis económica española”, noticia de la cual igualmente tomaremos otras citas a continuación referidas. Enlace:

<http://www.elmundo.es/elmundo/2012/06/09/economia/1339243054.html>

⁸² De imprescindible lectura, por su excelente síntesis, es el artículo publicado por el economista RALLO JULIÁN, J.R., “Los orígenes de la crisis”, en el periódico Libertad Digital, en su edición digital de fecha 4 de diciembre de 2007. Enlace:

<http://www.libertaddigital.com/opinion/ideas/los-origenes-de-la-crisis-1276234068.html>

la creación del Fondo de Reestructuración y Ordenación Bancaria (FROB), se introduce por primera vez un ordenamiento jurídico preconcursal con sustantividad propia.

Aparecen, así, la denominada solicitud de precurso y la figura de los acuerdos de refinanciación, ambas introducidas por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, con el fin de -según rezaba su Exposición de Motivos- *revisar en profundidad la legislación concursal a la luz de la intensa experiencia vivida en los tribunales como consecuencia de la crisis*. También se introdujeron otra serie de reformas en el ámbito del convenio concursal, encaminadas a favorecer su flexibilidad y con ello su uso. Sin embargo, aquel Real Decreto-Ley 3/2009 olvidó por completo la perspectiva de la crisis económica desde la posición de la persona física que la padece. La propia exposición de motivos, antes referida, reconoce abiertamente su geocentrismo sobre la figura de la empresa: *las modificaciones contenidas en el presente Decreto-ley pretenden facilitar la refinanciación de las empresas que puedan atravesar dificultades financieras que no hagan ineludible una situación de insolvencia*.

De hecho, aquel año 2009 sólo reparó en la persona física susceptible de verse en dificultades económicas, derivadas de la crisis, si bien para agilizar el procedimiento que regula la pretensión de desahucio al amparo de la LEC, primero con la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, y luego mediante la Ley 19/2009, de 23 de noviembre, bautizada como de *agilización procesal del alquiler* y cuyo Expositivo II habla por sí solo. Unos años más tarde, pero bajo el mismo espíritu implacable con el deudor arrendatario, tuvo lugar la promulgación de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, conocida por el apelativo coloquial del *desahucio exprés* que introdujo⁸³. La falta de sensibilidad de todos los integrantes de aquel poder ejecutivo, especialmente respecto de los arrendatarios de vivienda habitual, quedó de este modo patente en sus citadas reformas.

Advertido lo cual, el poder ejecutivo entonces al cargo volvería a llamar su atención⁸⁴ sobre la Ley Concursal mediante su reforma por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, cuya entrada en vigor con carácter general (1 de enero del año 2012) se produjo ya tras la victoria por mayoría absoluta del Partido Popular, en las elecciones anticipadas que se celebraron el 20 de noviembre del año 2011, cuatro meses antes de lo estipulado.

Sin embargo, tampoco aquella reforma del año 2011 tuvo a bien reparar en el tratamiento concursal de la persona física y su necesaria adaptación al contexto de crisis económica, pues como ya se señalaba en el Preámbulo III de dicha reforma, *ante todo, la ley profundiza en las «alternativas» al concurso o los denominados institutos*

⁸³ A este respecto, proclamaba su Expositivo III: *Se extiende el sistema del juicio monitorio a los juicios de desahucio por falta de pago, de modo que, en el caso de que el arrendatario no desaloje el inmueble, pague o formule oposición tras el requerimiento, se pase directamente al lanzamiento, cuya fecha se le comunica en el mismo requerimiento, única comunicación procesal necesaria para el buen fin del proceso, aun cuando el demandado tratase de dilatar la ejecución, evitándose asimismo la celebración de vistas innecesarias*.

⁸⁴ La nimia reforma del art.98 LC, hoy derogado, operada por la Ley 4/2010, de 10 de marzo, no guarda sustancialidad alguna a este respecto.

preconcursoales, ofreciendo a las empresas una solución más ágil y económica a sus crisis, a través de acuerdos de refinanciación.

De nuevo, el grueso de las pretendidas mejoras introducidas siguió girando en torno al presupuesto subjetivo de la persona jurídica y pese a la dualidad procesal concursal proclamada en el art.1.1 LC. Sólo algunas reformas muy concretas (p.ej. arts.47.1, 84.1 y 145.2 LC) guardaron exclusividad respecto del proceso concursal de persona física, y, en cualquier caso, resultaron a todas luces insuficientes para su fomento a la luz del nuevo contexto económico, incluso de sumar aquellas otras reformas -la creación del art.5.bis LC promoviendo el precurso- previstas *a priori* para la persona jurídica.

Frente a la patente inoperatividad legislativa de aquel poder ejecutivo, los años venideros del ordenamiento jurídico concursal reflejan el también desconcertante extremo opuesto: el frenesí legislativo, a través de una concatenación de sucesivas reformas de la Ley Concursal, en ocasiones hasta contradictorias entre sí, a modo de rectificación. Se asiste, en definitiva, a la falta de un debate de cierta elevación intelectual y rigor jurídico, así como de la consiguiente pobreza en la técnica legislativa que hasta se ve en la necesidad de rectificarse a sí misma en un periodo de tiempo ínfimo.

Sin embargo y pese a lo dicho, en el primer año del nuevo gobierno, 2012, aquel en el que la prima de riesgo española alcanzó en el mes de julio su máximo histórico (649 puntos) y la rentabilidad del bono español rozaba la propia de los bonos basura, el tipo de IVA general ascendió al 21% y se solicitó a la Unión Europea el -negado- *rescate* para sanear el sistema financiero español, el año en que tuvieron lugar toda esta serie de incidencias entre tantas otras, no existió reforma alguna sobre la Ley Concursal.

La primera reforma del nuevo poder ejecutivo no se produjo hasta prácticamente el último cuarto del año 2013, mediante la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, cuya primera medida *estrella* fue la creación del denominado *emprendedor de responsabilidad limitada*, de dudosa aceptabilidad terminológica y escasa efectividad⁸⁵.

Tanto es así que la simple creación de una sociedad de responsabilidad limitada, o el establecimiento de un régimen matrimonial de separación de bienes, resultan alternativas de protección patrimonial más efectivas. La segunda gran medida que trajo consigo la citada reforma fue la creación de un nuevo Título X de la Ley Concursal, y, con ello, la aparición de la figura del acuerdo extrajudicial de pagos como una nueva alternativa dentro del ámbito preconcursal.

⁸⁵ Pues no entraña una limitación de la responsabilidad patrimonial universal (art.1911 CC), sino que su función es únicamente exonerar un activo inmueble de la propiedad del *emprendedor* y que resulte su vivienda habitual, con unos límites de valor económico que no puede superar dicho activo. Además, dicha exoneración no afecta a aquellas deudas no empresariales o profesionales, ni tampoco a las deudas de naturaleza tributaria y con la Seguridad Social, ni por supuesto elimina la ejecución de aquellas garantías reales (p. ej. hipoteca) que pesaren sobre dicho bien inmueble.

Junto con ello, por primera vez -y por sorprendente que ello parezca- se promovió un sistema de condonación de deudas concursal propio (art.178.2 LC en su redacción otorgada por dicha reforma) en detrimento del principio general de responsabilidad universal del art.1911 CC. Repárese en el ilógico hecho de que la LEC, norma estrictamente procesal y ajena a la especialidad del derecho de la insolvencia, disfrutara de un sistema propio de condonación de deudas (art.579.2 LEC reformado por la Ley 1/2013, de 14 de mayo) antes de que la Ley Concursal también gozara del suyo propio frente al mentado principio general civilista.

Con todo, también esta segunda medida estelar centrada en las reformas concursales resultó un despropósito. En el ámbito sustantivo, los requisitos para alcanzar la anhelada condonación concursal de deudas resultaban, precisamente, inalcanzables en la práctica forense común. En el ámbito procedimental, no se explicaba que el Título X de la Ley Concursal hubiera sido restringido solamente en favor del *empresario persona natural* (art.231.1 LC en su primera redacción), dejando así de lado la tipología de la insolvencia de persona física consumidor, entre otras excentricidades, como la prohibición de utilizar -y además devolver- sus tarjetas de crédito (art.235.1 LC en su primera redacción). Asimismo, el acuerdo extrajudicial de pagos en su caso logrado no resultaba vinculante para los acreedores con garantía real, ni el inicio de su procedimiento suspendía el proceso de ejecución de tal garantía.

Tuvo que ser a través del Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, cuando verdaderamente asistimos a un cambio significativo en la efectividad del derecho de la insolvencia: la suspensión de la tutela ejecutiva de los acreedores sobre aquellos bienes o derechos, de carácter necesario, respecto de la actividad empresarial o profesional del deudor.

Se extendía así sobre el procedimiento de precurso, pese a su naturaleza propia de la jurisdicción voluntaria y sin existir proceso alguno como tal, la misma fórmula ya seguida en los arts.55.1.II y 56.1 de la Ley Concursal, y, por tanto, participando también de su mismo defecto de absoluta exclusión sobre el deudor persona física que no resultara ni empresario ni profesional.

Por otro lado, la citada reforma también amplió la accesibilidad al procedimiento de refinanciación concursal, rebajando su porcentaje de aprobación al 51% y permitiendo la extensión de sus efectos sobre aquellos acreedores financieros disidentes incluso con garantía real. En cualquier caso, sobre esta última figura, ha de tenerse en cuenta su utilización dominante por personas jurídicas pese a su potencial aplicabilidad sobre personas físicas. Huelga aclarar que el contenido de la reforma del Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, tuvo que ser confirmado -léase reiterado- mediante la posterior Ley 17/2014, de 30 de septiembre, habida cuenta de la urgente tramitación parlamentaria seguida para aquel y sin perjuicio de otras modificaciones adicionales -en materia de nombramiento y régimen de la administración concursal- introducidas *ex novo* mediante la misma Ley.

Transcurría así prácticamente un año desde aquella primera reforma concursal (Ley 14/2013, de 27 de septiembre), tras el cambio de poder ejecutivo, a lo que debe sumarse casi un año previo de inactividad legislativa concursal desde la formación de gobierno, con la sorprendente constatación de que ninguna de tales reformas se destinó a renovar la herramienta del convenio concursal y pese a resultar ésta -así lo dice el *Exponendo VI* de la LC- la supuesta solución *normal* del concurso. Daba así la razonable sensación de que el legislador prefería optar por promover soluciones de naturaleza preconcursal o, directamente, centrarse en regular el fenómeno del sobreendeudamiento hipotecario.

Superado este aparente desdén legislativo inicial, el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, por fin tuvo a bien acordarse del cauce del convenio concursal en aras de su reforma. Así pues, el citado Real Decreto-Ley supuso la anhelada renovación de la figura del convenio concursal ante la consabida rigidez de su contenido, así por ejemplo, permitiendo por primera vez la posibilidad de incluir pactos de cesión de bienes o de dación en pago.

Bajo el mismo propósito, se eliminó el límite del 50% de quita de la deuda -hasta entonces sólo evitable por empresas con *especial trascendencia* para la economía- y se amplió el plazo de espera hasta los 10 años, todo ello aun a costa de incrementar el porcentaje de voto favorable al convenio al 65%. Por último, y mediante la introducción de la técnica conocida como *loan-to-value ratio*, se puso fin a la peor técnica del ilimitado reconocimiento de créditos con privilegio especial sin tener en cuenta el límite de valor del propio bien que los garantiza, situación agravada en supuestos de pluralidad de créditos garantizados por un mismo bien, y todo ello de nuevo con el fin de fomentar la participación de estos acreedores en el concurso bajo su -más realista- condición de acreedores total o parcialmente ordinarios (art.89.3 LC).

Una vez más, hemos de advertir que el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, fruto de su naturaleza parlamentaria, tuvo que ser confirmado mediante la posterior Ley 9/2015, de 25 de mayo, que vino a reiterar su contenido. Esta última Ley trajo también consigo, junto con dicha reiteración, algunas modificaciones (vid. especialmente los arts.5.bis.4 y 155.5 LC) de carácter procedimental ante las carencias ya advertidas en la regulación anterior apenas vigente unos meses. De esta manera, se provocó en todo operador jurídico un desafortunado caos legislativo y la consiguiente falta de seguridad jurídica, a lo que debe añadirse la múltiple disparidad de disposiciones transitorias existentes entre una reforma y otra, ello último a la hora de resolver su aplicabilidad sobre procesos concursales ya declarados antes de su entrada en vigor.

Llegamos así a la ulterior reforma concursal operada por el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, de cuyo contenido se extrae la profunda inadecuación procedimental y sustantiva de aquella primera reforma mediante la Ley 14/2013, de 27 de septiembre.

En este sentido, de una parte, se sustituyó el paupérrimo contenido del art.178.2 LC en su redacción entonces otorgada en materia de condonación concursal, a cambio de un sistema de condonación reglado bajo un trámite procedimental mucho más detallado,

otrora inexistente, así como resultando desde un punto de vista sustantivo mucho más accesible -al menos- en contraste con aquel inicial.

Por otro lado, el procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos, cuya naturaleza como herramienta preconcursal también se identifica con la de la jurisdicción voluntaria, también fue objeto de una profunda y necesaria reforma dada cuenta de las severas críticas que mereció la exclusión de la persona física no empresaria ni profesional de su presupuesto subjetivo. Igualmente, esta reforma supuso la vinculación obligatoria (art.238.bis LC) de los acreedores con garantía real respecto del acuerdo extrajudicial de pagos alcanzado, bajo unos porcentajes de voto *reforzados* respecto de los comunes tal y como ya se admitía bajo la figura de los acuerdos de refinanciación concursales. Asimismo, el legislador por fin incluyó (art.235.2.a) LC) la vivienda habitual del deudor como bien susceptible de protección al mismo nivel que aquellos necesarios para la actividad empresarial o profesional, extendiendo así la suspensión de la tutela ejecutiva de los acreedores respecto de dicho activo.

Por tercera vez consecutiva, la recurrente utilización de la apremiante técnica legislativa del Real Decreto-Ley supuso tener que asistir a la posterior reiteración de tal reforma mediante la subsiguiente Ley 25/2015, de 28 de julio.

¿*Quo vadis*, derecho concursal? De la lectura que precede, cabe advertir un profuso sinfín de reformas concursales mediante las cuales el legislador decide complementar su anterior reforma, de apenas unos meses antes, o incluso directamente tiene que proceder a su corrección manifiesta, y todo ello mediante una utilización abusiva frente al uso excepcional que debería predicarse de un real decreto ley (art.86 CE).

¿Era necesario, pues, tanto apremio legislativo a la vista de la multitud de desaciertos y enmiendas que han seguido después? Y cuando no se ha seguido este cuestionable trámite parlamentario, el legislador ha utilizado la igual de desafortunada técnica legislativa de modificar una Ley mediante una disposición final contenida en otra Ley, de distinto contenido, tal como sucede en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, y que también introdujo algunas modificaciones menores en la Ley Concursal.

Es precisamente todo este profundo desorden de reformas el que ha motivado la propuesta de *Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal*, de 6 de marzo de 2017, promulgado por parte de la Comisión General de Codificación⁸⁶, cuyo propósito principal viene a ser precisamente ordenar la Ley Concursal, y, bajo dicha finalidad, aprovechar para reubicar sus preceptos, así como mejorar el lenguaje de los mismos bajo una nueva redacción más simplificada.

⁸⁶ Disponible en la página oficial del Ministerio de Justicia. Enlace: <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/comision-general-codificacion/propuestas>

De esta manera, se explica cómo la mencionada propuesta presenta una Ley Concursal con nada menos que 751 artículos, de una redacción ciertamente más liviana, frente a la actual que sólo alcanza hasta el art.242.bis LC, así como también incluye la creación de nuevos libros (p. ej. del derecho preconcursal) o títulos (p. ej. del concurso consecutivo) enteros. En teoría, dicha propuesta únicamente busca mejorar la ubicación sistemática y lenguaje de la Ley Concursal, procurando la división de aquellos preceptos con un volumen de texto que se ha considerado excesivo, lo cual justificaría la triplicación en el número de preceptos que contiene esta propuesta legislativa. Ahora bien, cierto es que ello no ha impedido su fundada crítica, precisamente, por excederse de los límites propios de la delegación legislativa, puesto que no sólo se han realizado las labores encomendadas de *regularización*, *aclaración* y *armonización* sistemática entre las distintas reformas legales⁸⁷, sino que también se modifican cuestiones sustantivas⁸⁸.

Se hace difícil adivinar el desenlace final que tendrá esta propuesta emitida, especialmente, a la vista de la composición parlamentaria y la ausencia de un gobierno con mayoría absoluta que permita, como ha venido sucediendo en años anteriores, la promulgación de normativa concursal sin reparo o contención alguna. Junto con esta incertidumbre de corte político cabría añadir otra de orden pragmático, y es que la susodicha propuesta refundidora podría acarrear el efecto que busca remediar.

En este sentido, no es aventurado prever que la citada propuesta de reforma podría acrecentar la todavía patente inseguridad jurídica en esta materia, de la que todavía se está recuperando la Ley Concursal a raíz de su constante encadenamiento de reformas, y ello ante el simple pero ambicioso objetivo de triplicar el número de sus preceptos, trasladar su ubicación y mejorar -sustituir- su lenguaje aun con la buena voluntad de que todo ello ayudaría a su mejor comprensión.

No es ésta la primera impresión -la sencillez- que uno recibe al querer abordar la lectura de esta propuesta, insistimos, menos aún ante la todavía reciente asimilación de las sucesivas reformas concursales. La pretendida finalidad de aclaración o sencillez del lenguaje normativo concursal no deja de suponer una valoración altamente subjetiva por parte de su autor, bajo cuya modificación puede terminar por subvertirse la propia interpretación del precepto en sí, incluso aunque tal interpretación supusiera la existencia de elementos de cierta ambigüedad semántica o sintáctica, e incluso aunque a raíz de ello fuera defendible una pluralidad de interpretaciones.

En definitiva, de adoptarse esta propuesta -al menos- en el corto plazo se estaría actuando en detrimento del mejor entender y análisis a prestar por el intérprete concursal, sean ya letrados, jueces o la propia doctrina académica, pues podría suponer una merma a su capacidad de asimilación en tan incesante ciclo reformista.

⁸⁷ Conforme a la habilitación establecida en la Disposición Final Octava de la Ley 9/2015, de 25 de mayo.

⁸⁸ Así, por ejemplo, esta propuesta ha *decidido* ampliar notablemente la publicidad registral derivada del concurso de acreedores, lo cual ha sido ya objeto de reproche, en concreto, en el Auto de 16 de mayo de 2018, del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid (autos de concurso núm.139/2013).

7. La insolvencia de la persona física en la *Common Law*.

Este epígrafe tiene como finalidad, justificada en su interés académico, incorporar al presente estudio una aproximación desde el derecho comparado al tratamiento de la insolvencia de la persona física en el ámbito de los países de tradición legal anglosajona.

A tal concreto fin, de todas aquellas fuentes disponibles se ha considerado oportuno tomar como fuentes específicas de investigación aquellos ordenamientos jurídicos más representativos dentro de este ámbito legal, cuales son el ordenamiento jurídico estadounidense y el británico en su versión -la legislación aplicable en Inglaterra y Gales- más extendida.

La razón de esta elección en favor del estudio de la tradición legal anglosajona, reside en el hecho de que es en dicha tradición legal donde presumiblemente nace la conocida doctrina de la -hoy así acuñada- *cultura del emprendedor*, tan extendida últimamente dentro de Occidente.

Detrás del origen de este fenómeno sociológico queda el interrogante, o tal vez mito, en todo caso de inevitable debate especulativo, sobre si la mentalidad protestante frente a la católica es el elemento histórico diferenciador que explica el aparente nacimiento del pensamiento emprendedor burgués en los países de ética protestante.

A este respecto, es inevitable acordarse de la controvertida obra de WEBER⁸⁹ y preguntarse si sus conclusiones alcanzan también al tratamiento jurídico y social de la insolvencia, es decir, sobre el devenir de aquel sujeto que por un motivo u otro ha fracasado patrimonialmente.

En cualquier caso, retomando el concepto de emprendedor, tan familiar vocablo de moda⁹⁰, pues de un tiempo a esta parte viene siendo fervientemente reiterado y

⁸⁹ Baste con advertir cómo comienza la afamada obra de WEBER, M., *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, ed. Istmo, 1998, págs.95, 99 y 100:

Un vistazo a la estadística profesional de un país en el que conviven varias confesiones religiosas suele mostrar [...] el carácter fundamentalmente protestante de la posesión de capital y del empresariado, así como de las capas cualificadas superiores de los trabajadores [...]. Más bien, se da el hecho de que los protestantes [...] han mostrado [...] una inclinación específica al racionalismo económico que entre los católicos ni era ni es observable [...]. El pueblo dice en broma: o comes bien o duermes tranquilo. En el caso presente, el protestante prefiere comer bien, mientras que el católico quiere dormir tranquilo.

⁹⁰ Indudablemente, vivimos en una época -si puede catalogarse como tal apenas un lustro de años- en la que emprender *está de moda*. Así lo expresa, además de analizar el perfil del emprendedor español, la noticia digital “¿De verdad los jóvenes quieren ser emprendedores?”, del periódico Expansión, de 18 de mayo de 2016. Enlace: <http://www.expansion.com/emprendedores-empleo/emprendedores/2016/05/18/573cb01e22601de0048b46bc.html>

aclamado en todo partido político⁹¹ y medio de comunicación⁹² que se precie, es claro que dicho concepto guarda también una importancia vital en el último escalón sustantivo y procesal de la regulación legal de la insolvencia de una persona física: una más efectiva e indulgente *salida* del deudor de dicha situación de insolvencia -léase condonar sus deudas- y cómo articularla -léase mediante un proceso, mediante mecanismos propios de la jurisdicción voluntaria, o bien incluso de forma completamente extrajudicial-.

En otras palabras, el debate subyacente versa sobre si debería ponerse el foco en el reproche jurídico al que ha fracasado por emprender, en un sentido laxo del término, o por el contrario, todo esfuerzo debería pasar por establecer una política legislativa de mecanismos sustantivos y procedimentales exclusivamente pensada para la superación del desafortunado estado de insolvencia, para que así aquel sujeto insolvente pueda sin temor alguno retomar el siempre deseable ánimo emprendedor. Como suele ocurrir en tantos otros ámbitos, ni la defensa de un extremo ideológico ni del otro parecen soluciones óptimas, ni tampoco los ordenamientos jurídicos español y anglosajones -aquí analizados- distan el uno de los otros tan radicalmente, sobre todo tras las reformas acometidas en nuestra Ley Concursal a partir de septiembre del año 2013 y anteriormente analizadas.

Finalmente, no está de más recordar que las bondades de la legislación concursal estadounidense, en el tratamiento de la insolvencia de la persona física, incluso han formado parte de nuestro debate parlamentario, por ejemplo, en la tramitación del Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero⁹³ y en el de la posterior Ley 25/2015, de 28 de

⁹¹ Un interesante resumen, que además evidencia el notable peso que han ganado los emprendedores y autónomos en los programas de los cuatro principales partidos políticos, repasando uno por uno sus principales propuestas al respecto para las elecciones del 20 de diciembre de 2015, se recoge en el consultorio y asesoría online *InfoAutónomos*: <http://infoautonomos.economista.es/blog/20d-propuestas-electorales-autonomos/>

Toda esta tendencia -repentinamente- ensalzadora hacia la cultura de emprender alcanza su punto álgido durante las elecciones del 20 de noviembre del año 2011, en pleno epicentro de la crisis económica española, con proclamas tales como prometer *alfombra roja* a los emprendedores por parte del partido político a la postre vencedor de aquellas elecciones: <http://www.pp.es/actualidad-noticia/rajoy-promete-alfombra-roja-emprendedores>. Esta técnica de adulación ha sido igualmente imitada por otros partidos políticos, vid. así el folleto (archivado online en junio de 2016) disponible en la página oficial <http://www.psoe.es/media-content/2016/06/Documento.-S%C3%8D-a-facilitar-el-trabajo-de-AUT%C3%93NOMOS-EMPRENDEDORES-Y-PYMES1.pdf>

⁹² De nuevo, la creciente y llamativamente repentina importancia sobre todo este particular, es decir, de todo lo relativo a la actividad de emprendimiento empresarial, puede apreciarse fácilmente a la vista de las continuas noticias e incluso secciones al respecto. Como ejemplo perfecto de todo este fenómeno comunicativo, véase la noticia “¿Empresario o emprendedor?” publicada el 6 de mayo de 2016 en la plataforma digital del periódico El Mundo: <http://www.elmundo.es/economia/2016/05/06/572c7ead468aeb96418b462d.html>

⁹³ Vid. así la intervención del diputado socialista Manuel de la Rocha Rubí, así como del diputado de La izquierda plural D. Joan Coscubiela Conesa, ambas en la sesión plenaria celebrada el 12 de marzo de 2015 en el Congreso de los Diputados. Enlace [http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu10&FMT=PUWTXDTS.fmt&DOCS=1-1&QUERY=%28DSCD-10-PL-267-C1.CODI.%29#\(P%C3%A1gina88](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu10&FMT=PUWTXDTS.fmt&DOCS=1-1&QUERY=%28DSCD-10-PL-267-C1.CODI.%29#(P%C3%A1gina88)

julio, que confirmó aquel⁹⁴. También en el ámbito jurisprudencial⁹⁵ es posible encontrar referencias, de índole comparativa, al modelo de condonación de deudas propio del derecho concursal estadounidense.

7.1 El concurso de acreedores de persona física bajo el derecho concursal estadounidense (*personal bankruptcy*)⁹⁶.

7.1.1 Antecedentes históricos y contexto normativo actual.

Mientras que la llamada *Bankruptcy Act* de 1800 se identifica claramente con la primera *Ley federal* de los Estados Unidos, ello de conformidad con tal carácter federal -léase uniforme- que la Sección 8ª, del Artículo I, de la Constitución de los EE.UU⁹⁷ exige sobre el derecho concursal, con carácter previo a dicha Ley la legislación concursal aplicable en los EE.UU venía dependiendo según la *Ley estatal (state law)* correspondiente, datando la más antigua de éstas de marzo del año 1638, fecha en la que el *Act for the recovery of debts* fue aprobada por la Asamblea General de Maryland⁹⁸.

Sin perjuicio de la práctica forense derivada de estas primigenias legislaciones concursales, de tipo estatal, lo cierto es que la citada *Bankruptcy Act* de 1800 no resultó sino una mera transcripción del derecho concursal británico (*1732 English Statute of King George II*), al tiempo vigente, toda vez que debido a su alta impopularidad fue derogada tan pronto como en 1803⁹⁹. Por lo demás, cabe asimismo recordar la pretérita

⁹⁴ Vid. la intervención del portavoz del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado, D. Ramón Arturo Lloan, en la sesión extraordinaria celebrada el 14 de julio de 2015 en la Comisión de Economía y Competitividad. Enlace: [http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu10&DOCS=1-1&QUERY=\(DS_C_10_497.CODI.\)](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu10&DOCS=1-1&QUERY=(DS_C_10_497.CODI.))

⁹⁵ Se destaca así el carácter *paradigmático* de dicho sistema estadounidense en el Auto de 14 de abril de 2015, del Juzgado de lo Mercantil nº 10 de Barcelona (JUR 2015\127196).

⁹⁶ Publicado en BENEYTO K., “Una aproximación sustantiva y procesal al concurso de acreedores de persona física en el derecho concursal estadounidense”, Revista Boliviana de Derecho, ed. Fundación Iuris Tantum, 2017, nº 24.

⁹⁷ De modo análogo a lo que prevé el art.149.1.6ª de nuestra Constitución Española.

⁹⁸ Considerada la primera Ley concursal en el continente americano, según concluye REGIS NOEL, F., *A history of the bankruptcy law*, ed. William S. Hein & Co Inc., 2003, págs.43 et 65.

Téngase en cuenta que estas *Leyes estatales* continuaron siendo promulgadas incluso después de la entrada en vigor (1789) de la Constitución de los EE.UU, véase así por ejemplo el *Act to establish a system of bankruptcy within this Commonwealth*, aprobada el 8 de febrero de 1797 por la Asamblea General de Pensilvania.

⁹⁹ Entre los aspectos más negativos de la *Bankruptcy Act* de 1800, destaca que sólo los acreedores -y no el propio deudor- podían demandar el concurso de este último (tradúzcase ello en términos de legitimación activa), toda vez que solamente los deudores comerciales eran aptos para entrar en concurso (tradúzcase ello en términos de presupuesto subjetivo).

Para más detalles, vid. JORDAN TABB, C., “The History of the Bankruptcy Laws in the United States”, *American Bankruptcy Institute Law Review*, 1995, vol. 3

existencia de otras tantas legislaciones concursales de tipo *federal* a lo largo del siglo XIX: aquellas de 1841 y 1867, así como finalmente la más longeva *Bankruptcy Act* de 1898.

El actual Título 11¹⁰⁰ del *United States Code*¹⁰¹ (U.S.C.), comunmente referido como *Bankruptcy Code*, encuentra sus orígenes normativos en el *Bankruptcy Reform Act of 1978*, vigente desde el 1 de octubre de 1979. Con anterioridad a dicha reforma, el derecho concursal federal estadounidense se encontraba regulado por la llamada *Chandler Act (Bankruptcy Act de 1938)*, cuyo cometido fue someter a una profunda renovación la antes citada *Bankruptcy Act* de 1898¹⁰².

La mencionada reforma concursal federal de 1978, que sentó las bases y estructura de lo que hoy se conoce como el ya referido *Bankruptcy Code*, ha sido posteriormente objeto de ulteriores reformas, a saber -principalmente- the *Bankruptcy Amendments and Federal Judgeship Act of 1984* (BAFJA); the *Bankruptcy Judges, United States Trustees, and Family Farmer Bankruptcy Act of 1986*; the *Bankruptcy Reform Act of 1994*; y the *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005* (BAPCPA).

Así las cosas, puede afirmarse que a la fecha el Título 11 U.S.C. resulta nuestra principal fuente legislativa federal para el estudio del derecho concursal, tanto respecto de las personas físicas como jurídicas. Este *Bankruptcy Code* se encuentra, a su vez, dividido en un total de 9 Capítulos (*Chapters*), si bien numerados de forma no consecutiva -los Capítulos 2, 4, 6, 8, 10 y 14 no existen-.

Ahora bien, enunciado esto desde una cándida aproximación general, cuestión muy distinta y que pone en entredicho el propio mandato constitucional de *uniformidad* en materia concursal, al comienzo citado, es el hecho de que continúen coexistiendo distintas *state laws* y que -realmente- estas últimas terminen por imponer sus notables particularidades en la relación jurídico-material entre deudor y acreedores. Como bien apunta el profesor BLUM¹⁰³, el derecho concursal federal se ve a la postre obligado a “interactuar” con todo este cuerpo de supuestas *non-bankruptcy laws* y con el único límite de que estas últimas no pueden resultar contrarias a lo dispuesto en el mentado *Bankruptcy Code* (Título 11 U.S.C.).

¹⁰⁰ Disponible online en la página oficial del gobierno federal: <http://uscode.house.gov/browse.xhtml>

¹⁰¹ El Código de los Estados Unidos puede definirse como la compilación oficial de aquellas normas generales y permanentes de naturaleza *federal*. Se divide en 54 “títulos”, estando el derecho concursal ubicado bajo el referido Título 11. Este Código se publica cada seis años por parte del *Office of the Law Revision Counsel*, siendo su última y actual edición del año 2012.

¹⁰² WILDE, C., “The Chandler Act”, *Indiana Law Journal*, 1938, vol. XIV, no. 2.

¹⁰³ BLUM, B.A., *Bankruptcy and Debtor/Creditor*, ed. Aspen Publishers, 2006., p.89.

El Tribunal Supremo Federal de los EE.UU (*Supreme Court of the United States*) ya tuvo ocasión de pronunciarse a todo este respecto y con bastante prontitud, concretamente en *Hanover National Bank v. Moyses*, 186 U.S. 181 (1902), concluyendo que la aludida uniformidad constitucional en materia concursal (*Section 8, Article I*) sólo se requiere desde una perspectiva geográfica¹⁰⁴ y no sustantiva. Así por ejemplo, en materia de protección de activos del deudor (*exemption laws*), tales como su vivienda habitual, cabe observar cómo el propio Título 11 U.S.C. §522 hasta dispone una remisión a la correspondiente *state law*.

En cualquier caso, dejando a un margen toda esta fricción formal con el mandato de uniformidad constitucional, igualmente han sido criticados -ya en términos de coherencia e igualdad¹⁰⁵ - los *resultados* prácticos de semejante heterogeneidad normativa, pues -siguiendo con el ejemplo anterior- en el ámbito de las variadas *exemption laws* (fundamentales en los concursos de persona física) no han sido infrecuentes los casos de deudores adquiriendo una vivienda en aquel estado con mayores protecciones.

Particularmente afamada es la generosa *exemption law* aplicable en el estado de Florida, por medio de su Constitución estatal, y sobre la que luego tendremos ocasión de referirnos. Incluso el propio Tribunal Supremo Federal ha tenido que admitir, desde una óptica *favor creditoris*, que una de las finalidades del derecho concursal federal también es garantizar una uniformidad en el tratamiento de los acreedores¹⁰⁶.

Para completar esta resumida visión de las distintas normativas sustantivas concursales existentes (federales y estatales), también debe realizarse una breve mención al tratamiento normativo tributario y penal bajo un escenario concursal. Respecto de la primera materia, deberá estarse al *Bankruptcy Tax Act* de 1980, hoy contenida en el llamado *Internal Revenue Code* (Título 26 U.S.C.), esto es, de forma separada al *Bankruptcy Code* (Título 11 U.S.C.) si bien al menos gozando ambas fuentes de naturaleza federal. En el ámbito de la insolvencia punible, al igual que sucede en los arts.259 a 261.bis de nuestro Código Penal, también pueden localizarse distintos tipos delictivos de esta naturaleza, concretamente en el Título 18 U.S.C. §151 a §158, véase por ejemplo el delito de *bankruptcy fraud* (castigado con pena de prisión de hasta 5 años).

Dicho todo esto, en lo relativo a las distintas fuentes de derecho concursal *sustantivo*, desafortunadamente no debemos olvidar que buena parte del mismo y su cuestionable fenómeno normativo también concurre en el ámbito procesal concursal estadounidense.

¹⁰⁴ MALINS ROSE, W., *Abandoned property act to Equitable title*, ed. Bancroft-Whitney, 1903, pág.294.

¹⁰⁵ AUSTIN, DA., “Bankruptcy and the Myth of Uniform Laws”, *Seton Hall Law Review*, 2012, vol.42, no.3.

¹⁰⁶ *Central VA. Community College v. Katz* 546 U.S. 356 (2006).

Así, una vez más, aparentemente se cuenta con un punto de partida procesal uniforme, esto es, las llamadas *Federal Rules of Bankruptcy Procedure* (FRBP)¹⁰⁷, establecidas por el Tribunal Supremo Federal y conforme le permite para dicha potestad legislativo-procesal el Título 28 U.S.C. §2075. Las FRBP se encuentran en vigor desde el pasado 1 de agosto de 1983, resultando aplicables con carácter general en todos los EE.UU.

El inmediato predecesor de las FRBP se encuentra en las *Bankruptcy Rules* de 24 de abril de 1973, también promulgadas por el Tribunal Supremo Federal y vigentes desde el 1 de octubre del mismo año, toda vez que su antecedente más antiguo se sitúa en las llamadas *general orders* adoptadas por el Tribunal Supremo Federal en 1898¹⁰⁸.

Sin embargo, como ya se ha querido advertir anticipadamente, también en el ámbito procesal concursal deberá estarse a la correspondiente Ley procesal civil estatal, que bien puede introducir variaciones o especialidades sobre las FRBP. Repárese en que más de la mitad de los 50 estados de EE.UU cuentan con su propia Ley procesal civil, véanse *ad exemplum* las *Massachusetts Rules of Civil Procedure*, con sus propias y también separadas normas procesales de apelación, las *Massachusetts Rules of Appellate Procedure*. Por todo lo cual, es fácil adivinar, el ejercicio práctico del Derecho entre un Estado y otro puede suponer tanto como tener que empezar de cero.

Este fenómeno normativo encuentra su explicación -que no justificación- en la organización territorial federal vigente en los EE.UU, que implica que existan *State Courts* (Tribunales estatales) y que éstos puedan contar con su propio sistema (*state court system*) separado del sistema federal (*federal court system*).

Entiéndase bien: en un mismo Estado coexistirán estos Tribunales estatales con los Tribunales federales, no siendo éstos siquiera los únicos posibles (municipales, por condados), pero ello sin compartir idéntica regulación procesal, pues la creación de normas procesales no es una material federalmente reservada por la Constitución de los EE.UU, a diferencia de lo que sí restringe el art.149.1.6º de la Constitución Española. Tanto es así que, incluso, dicha creación de normas procesales estatales se encuentra expresamente permitida en la *Rule 83* de las *Federal Rules of Civil Procedure* (FRCP), siempre y cuando no resulten *inconsistentes* con dichas FRCP¹⁰⁹. Naturalmente, como era también de adivinar o prever, esta permisividad no ha hecho sino provocar una abundante proliferación de normas procesales y un marcado suspenso en cualquier tipo de *consistency test* con las FRCP que quiera hacerse¹¹⁰.

¹⁰⁷ Disponibles en la página web oficial www.uscourts.gov/file/rules-bankruptcy-procedure.

¹⁰⁸ FREY, M.A. y SWINSON, S.K., *Introduction to bankruptcy law*, ed. Delmar, 2013, pág.23.

¹⁰⁹ Así lo explican, por todos, CARTER, J.H. y FELLAS, J., *International Commercial Arbitration in New York*, ed. Oxford University Press, 2010, pág.42.

¹¹⁰ ROBERTS, D.M., “The Myth of Uniformity in Federal Civil Procedure: Federal Civil Rule 83 and District Court Local Rulemaking Powers”, *University of Puget Sound Law Review*, 1985, vol.8.

Por si este trasfondo de notable desconcierto jurisdiccional no fuera suficiente, resulta además que en el concreto ámbito del derecho procesal concursal -precisamente- esta difícil coexistencia ha sido objeto de una notoria polémica y, en última instancia, resuelta si bien para ello creándose sus propias y únicas especialidades jurisdiccionales.

En efecto, por los motivos que intentaremos exponer con la mayor claridad posible en el siguiente apartado, un concurso de acreedores (*bankruptcy proceeding*) no puede solicitarse ni seguirse ante una *State Court*, sino ante la figura *ad hoc* de los denominados *Bankruptcy Courts*, gobernados procesalmente no por las aludidas FRCP, sino por las ya citadas *Federal Rules of Bankruptcy Procedure* (FRBP); y en última instancia, sin poder escapar tampoco en este ámbito procesal a las consiguientes *local bankruptcy rules* que adopten los *District Courts*, debiendo sumar las *general orders* que estos mismos *District Courts* también pueden adoptar e, incluso, pudiendo llegar a extremos procesales tan *microscópicos* como las posibles especialidades procedimentales individualmente establecidas por cada juez.

7.1.2 Estructura jurisdiccional en el derecho concursal estadounidense: normas procesales, sistema judicial y poderes.

Como es evidente, el derecho concursal no sólo puede ser analizado desde un punto de vista sustantivo, normalmente objeto de mayor atención mediática, sino también desde la óptica jurisdiccional. Esta doble perspectiva de estudio se hace especialmente necesaria en el particular y complejo sistema procesal concursal estadounidense.

En primer lugar, debemos llamar nuevamente nuestra atención sobre el Título 28 U.S.C. §2075, que ya hemos tenido ocasión de mencionar. Bajo dicho Título 28, de naturaleza puramente jurisdiccional al estar destinado a la regulación del *judiciary and judicial procedure*, su citada sección (§2075) concede determinadas potestades legislativo-procesales al Tribunal Supremo Federal de los EE.UU en materia concursal: *to prescribe by general rules, the forms of process, writs, pleadings, and motions, and the practice and procedure in cases under title 11* (recuérdese que dicho Título 11 constituye el *Bankruptcy Code*). Bajo este mandato es como nacen las llamadas *Federal Rules of Bankruptcy Procedure* (FRBP), vigentes desde el 1 de agosto de 1983¹¹¹.

Las FRBP se encuentran organizadas en nueve capítulos, todos ellos con el objeto de servir como las normas que regularán el concurso de acreedores: así por ejemplo, la parte I destinada al procedimiento y declaración de concurso, como lo hace el Título I de nuestra Ley Concursal; la parte II estando destinada a la elección del administrador concursal (*trustee*); la parte VII como una suerte de regulación especial aplicable sobre determinados incidentes concursales allí definidos, consistiendo en una adaptación o incluso remisión a las FRCP generales (del mismo modo que el carácter supletorio de la

¹¹¹ Sin perjuicio de las distintas reformas operadas sobre las FRBP, la última de éstas tuvo lugar el 29 de abril de 2015, entrando en vigor el 1 de diciembre de ese mismo año.

LEC sobre la Ley Concursal); o la parte VIII regulando el sistema de apelación, entre otros ejemplos.

Dicho lo cual, como complemento a las FRBP deberá estarse seguidamente a las apodadas *local bankruptcy rules*, tal y como dispone la Regla 9029 de las FRBP, véanse así -entre muchos otros ejemplos- las *local bankruptcy procedure rules* aplicables en el *Bankruptcy Court District of Massachusetts*¹¹².

Dejando al margen la cuestionable idoneidad de no haberse reservado constitucionalmente la creación de normas procesales de manera uniforme y por ende solamente de tipo federal, ¿cuál es el sentido práctico de estas normas procesales adicionales?

Según apunta LEVIN¹¹³, las mismas determinan las “peculiaridades locales procedimentales y de la práctica forense”, aunque no podrán resultar “inconsistentes” (de nuevo se hace uso de esta abstracta fórmula) con las FRBP. Recuerda también el citado autor, y así puede comprobarse en las respectivas páginas web oficiales de cada *Bankruptcy Court*, la existencia complementaria -en una suerte de tercer nivel- de *general orders* adoptadas por dichos *Bankruptcy Courts* e incluso de normas individuales propias de cada juez -cuarto y último nivel procedimental-.

Partiendo, pues, de este múltiple contexto normativo procesal (FRBP + *local bankruptcy rules* + *general orders* + *single-judge orders*), la segunda pregunta a hacerse gira en torno al propio sistema judicial (*bankruptcy court system*), de una complejidad insólitamente torpe.

En aras de poder comprender dicho *bankruptcy court system*, debemos retroceder un escalón conceptual previo: entender la dualidad existente entre los tribunales cuya potestad jurisdiccional emana directamente del artículo III de la Constitución de los EE.UU, y todos aquellos tribunales restantes y no creados con base en dicho precepto, sino sobre los artículos I o IV de la misma Constitución, siendo que estos últimos no gozan de las protecciones -nominación presidencial sujeta al Senado, cargo vitalicio, garantías salariales- de las que únicamente disponen los jueces del Artículo III (*Article III judges*)¹¹⁴. El debate legal sobre la constitucionalidad, cuando un juez *federal* no está protegido al amparo de las protecciones del citado Artículo III, no es ni mucho nuevo, pudiendo destacar los precedentes *American Insurance Company v. Canter* 26 U.S. 511 (1828) y *Murray's Lessee v. Hoboken Land & Improvement Co.* 59 U.S. 272 (1856).

¹¹² Disponibles en su página web oficial:
http://www.mab.uscourts.gov/pdfdocuments/localrules/OLR_06-2015.pdf

¹¹³ LEVIN, R.B., AA.VV., *Fundamentals of bankruptcy law*, ed. Aliaba, 2010, pág.17.

¹¹⁴ Estas protecciones exclusivas de los *Article III judges*, así como el poder que dispone el Congreso de los EE.UU para crear *non-Article III Courts* se explican por ATTANASIO, J. y GOLDSTEIN, J.K., *Understanding Constitutional Law*, ed. Matthew Bender & Company Inc., 2012, pág.58 et seq.

La creación de la llamada *public rights doctrine*, a través de este último precedente, antes citado, ha sido mantenida a lo largo del siglo XX y como criterio para analizar la admisibilidad de los tribunales no respaldados por el marco constitucional del Artículo III y de los propios poderes legislativos para su creación, si bien quedó superada por la posterior y actual doctrina de la *separación de poderes*. A este último respecto, como señala COFFIN¹¹⁵, no es necesario que un tribunal cumpla con los requisitos del Artículo III, sino únicamente cuando se ejercita el poder *judicial* emanado de la Sección 2ª del Artículo III (*common law, equidad o Derecho marítimo*)¹¹⁶.

En palabras de DODGE¹¹⁷, los *non-Article III tribunals* deben ser concebidos como órganos “no judiciales”, es decir, como órganos pertenecientes al poder legislativo o incluso ejecutivo y no obstante su *nomen iuris* como Tribunal. Por lo demás, la política expansiva en la creación de *non-Article III tribunals* constituye un complejo y sempiterno debate político, como en el ámbito español existe -especialmente pero no siendo el único- el debate sobre la politizada elección de los miembros del Tribunal Constitucional, todo lo cual excede de los términos de este estudio.

Pues bien, pese a la existencia -o fruto- de todas estas polémicas, la *Bankruptcy Act Reform* de 1978 no tuvo mejor idea que conceder a los *bankruptcy judges* unos amplísimos poderes -judiciales- al amparo constitucional del Artículo III y, al mismo tiempo, no establecer su cargo de tipo vitalicio sino por un periodo de 14 años (vid. Título 28 U.S.C.§152). Todo ello, como era pronosticable, dio lugar al precedente *Northern Pipeline Construction Co. v. Marathon Pipeline Co.* 458 U.S. 50 (1982), a través del cual el Tribunal Supremo Federal concluyó que unos jueces concursales federales sin cargo vitalicio no podían quedar facultados para ejercer tan amplios poderes judiciales concedidos (vid. derogado Título 28 U.S.C.§1471), procediendo así a declarar la nulidad de todo el sistema judicial concursal introducido por aquella reforma de 1978.

Debido a la decretada nulidad sobre el sistema judicial concursal, por parte del Tribunal Supremo Federal, no se tuvo más remedio que adoptar una *Emergency Rule* como norma jurisdiccional temporal a propuesta de la *Judicial Conference* de los EE.UU (órgano relativamente similar a nuestro CGPJ y cuyo poder emana del Título 28 U.S.C.§331), por medio del cual los jueces concursales podrían -competencialmente- entrar a conocer sobre asuntos concursales (*core matters*) y únicamente *recomendar* respecto de aquellos asuntos no propiamente derivados del derecho concursal (ej.: el divorcio del deudor), cuya resolución pasaba a ser enjuiciada por el *District Court* federal del correspondiente Estado (existiendo un total de 94 *District Courts*, aproximadamente dos por Estado), en tanto que estos Tribunales sí gozan de las protecciones constitucionales del Artículo III.

¹¹⁵ COFFIN, K.G., “Limiting Legislative Courts: Protecting Article III from Article I Evisceration”, *Barry Law Review*, 2011, vol. 16.

¹¹⁶ Aunque con algunas excepciones, vid. *CFTC v. Schor* 478 U.S. 833 (1986).

¹¹⁷ DODGE, J., “Reconceptualizing Non-Article III Tribunals”, *Minnesota Law Review*, 2015, vol.99.

¿Cuál es la situación actual? La reforma concursal operada en 1984 (*BAFJA Act*) terminó por resolver esta inestable etapa normativa al establecer, en una propuesta similar a la mentada *Emergency Rule*, que los jueces concursales (*bankruptcy judges*) serían considerados una *unidad* del *District Court*, pasando a ser conocidos como el *Bankruptcy Court* integrado en el oportuno *District Court* (Título 28 U.S.C.§151), así como reduciéndose su competencia objetiva para conocer sobre aquellas materias no concursales (*non-core proceedings*). Ello último sería logrado, conforme al Título 28 U.S.C.§157(c)(1), mediante la fórmula de que los jueces concursales únicamente podrán remitir una propuesta de los hechos y conclusiones jurídicas al *District Court*, pero siendo el distinto *district judge* -y no el *bankruptcy judge*- el titular competente para resolver tales *non-core proceedings*. Ésta viene a ser, en esencia, la singular estructura dualista del sistema judicial concursal estadounidense.

Así pues, de conformidad con el Título 28 U.S.C.§157(b)(3), el juez concursal (*bankruptcy judge*) determinará -siendo su resolución susceptible de apelación- si una materia puede considerarse o no propia del derecho concursal (*core vs. non-core*), toda vez que el Título 28 U.S.C.§157(b)(2) enumera -aunque sin efectos *numerus clausus*- una serie de asuntos definitivamente clasificables como *core*.

Tal y como recuerda COOK¹¹⁸, ha venido dándose un continuo debate jurídico sobre si este concepto (*core vs. non-core*) debería ser interpretado en un sentido amplio o bien en uno más limitado, siendo la primera de estas opciones la que parece ser más aceptada, según el autor citado. En todo caso, cabe apreciar cómo la delimitación del objeto del proceso (*petitum*) y su causa de pedir guardan una particular relevancia añadida en el transcurso de un concurso de acreedores en EE.UU.

Junto con dicha primera distinción a efectos competenciales, sobre si una materia puede considerarse o no propia del derecho concursal, a continuación debe notarse también en materia de competencia cómo el Título 28 U.S.C.§1334 otorga ampliamente tanto exclusiva jurisdicción y competencia objetiva -por materia- en favor de los *District Courts* sobre cualquier *bankruptcy case*, así como jurisdicción y competencia no-exclusivas en favor de los mismos *District Courts* sobre todos aquellos otros litigios civiles surgidos bajo el Bankruptcy Code, relacionados o con efectos sobre éste, ello último a gran diferencia de lo que viene sucediendo en el cuestionadamente limitado art.8.1º de la Ley Concursal.

Esta amplitud competencial ha sido ensalzada¹¹⁹ por evitar la dispersión de a través de su unificación ante el referido *District Court*, así como por su particular flexibilidad, pues permite a éste incluso *abstenerse* de conocer una determinada materia concursal de su competencia (sea ya ésta *core* o *non-core*). Al respecto de dicha especie de potestad de abstención competencial, la misma bien puede ser otorgada por el *District Court* de

¹¹⁸ COOK, M.L., *Bankruptcy Litigation Manual*, ed. Wolters Kluwer Law & Business, 2014, pág.120 y ss.

¹¹⁹ BLUM, B.A., *Op.cit.*, p.132 et 133 et 151.

forma voluntaria (*permissive abstention*) conforme al Título 28 U.S.C. §1334(c)(1) o de forma preceptiva -Título 28 U.S.C. §1334(c)(2)-. Especial mención merece también el Título 28 U.S.C. §1452, en tanto que permite la acumulación al concurso de procesos declarados *ex ante* con mucha mayor amplitud que el equivalente art.51.1.II de nuestra Ley Concursal.

¿Cuál es, entonces, la correcta inteligencia competencial que debe regir entre los *Bankruptcy Courts* y los *District Courts*, siendo ambos de tipo federal y siendo que los segundos ostentan formalmente la competencia exclusiva en *bankruptcy cases*? Siguiendo a GINSBERG, MARTIN y KELLEY¹²⁰, la clave reside en la ya comentada potestad dispositiva de los *District Courts* sobre su competencia (original) en materia concursal, para así “cederla” en favor de los *Bankruptcy Courts* (cuya competencia es por tanto cedida o derivada), quienes no obstante solamente podrán resolver asuntos propiamente de derecho concursal (los aludidos *core proceedings*) según el ya citado Título 28 U.S.C. §157(a).

Advertida esta dicotomía entre Tribunales, por lo demás puede decirse que un bankruptcy court opera como un tribunal ordinario y pese a su singular concepción como *unidad del District Court*¹²¹.

Con todo, en los últimos años el sistema judicial concursal estadounidense ha resultado una vez más puesto en entredicho constitucional, concretamente a raíz de *Stern v. Marshall* 564 U.S. ____ (2011), por medio del cual el Tribunal Supremo Federal estableció que las partes tienen Derecho a que su demanda (*claim*) sea enjuiciada por un *federal district judge* cuando tal *petitum* no resulte plenamente conexa al concurso de acreedores, véanse supuestos de demanda reconvenicional (*counterclaim*) como sucedía en aquel afamado caso.

Así pues, tras la resolución de dicho precedente, los *Bankruptcy Courts* se han visto obligados a estudiar las denominadas *Stern claims* de cada caso concreto, en aras de valorar si cuanto menos podían ser tratadas como materias *non-core* sobre las cuales poder remitir una propuesta fáctica y conclusiones jurídicas por parte del *Bankruptcy Court* al *District Court* -Título 28 U.S.C. §157(c)(1)-, para que éste sea quien resuelva como verdadero órgano competente, conforme al sistema dual competencial que ya hemos explicado con anterioridad.

Dicho adecuamiento competencial en la forma de posibles materias *non-core* no fue confirmado sino hasta el precedente *Executive Benefits Insurance Agency v. Arkison*, 134 S. Ct. 2165, 189 L. Ed. 2d 83 (2014). Ha sido incluso con todavía mayor posterioridad, en *Wellness Int'l Network, Ltd. v. Sharif* 575 U.S. ____ (2015), cuando el Tribunal Supremo Federal ha matizado que si las partes consienten voluntariamente que

¹²⁰ GINSBERG, R.E., MARTIN, R.D. y KELLEY, S.V., *Ginsberg & Martin on Bankruptcy*, ed. Wolters Kluwer, 2015, pág.34.

¹²¹ LEVIN, R.B., *Op.cit.*, pág.27.

un *Bankruptcy Court* pueda resolver materias reservadas constitucionalmente al amparo de su Artículo III, entonces dicho precepto no puede considerarse vulnerado no obstante la falta de plenas garantías constitucionales de los correspondientes *bankruptcy judges*.

Para finalizar nuestro recorrido por el sistema judicial-federal concursal de los EE.UU, cuyo punto de partida -léase la primera instancia- resultan los susodichos *Bankruptcy Courts* considerados como una *unidad* dentro de cada uno de los 94 *District Courts*, en un siguiente nivel podemos encontrar los *Circuit Courts* como Tribunales de apelación, existiendo un total de 13¹²².

Sin embargo, tales *Circuit Courts* solamente conocerán en sede de apelación aquellas resoluciones -también en materia concursal- dictadas por los *District Courts* (Título 28 U.S.C.§1291 y 1292), mientras que las apelaciones ejercitadas frente a las resoluciones concursales dictadas por los *Bankruptcy Courts* son resueltas precisamente por los *District Courts* conforme al Título 28 U.S.C.§158(a)(1). Vemos, pues, cómo de nuevo se continúa con un dualismo competencial también en la segunda instancia.

Todavía más, existe una segunda peculiaridad en el régimen de apelación concursal, por cuanto aquellas apelaciones dirigidas frente a resoluciones de un *Bankruptcy Court* pueden ser conocidas por los llamados *Bankruptcy Appellate Panels* (formados por un total de tres jueces), cuya creación resulta potestativa en virtud del Título 28 U.S.C.158(b)(1).

Nos encontramos, así, ante un sistema competencial *alternativo* -con idéntico alcance competencial y territorial- para dirigir tales apelaciones a dicho *Bankruptcy Appellate Panel* en lugar de formularla frente al *District Court*¹²³, pero que sin embargo no está disponible -al ser su creación potestativa- en todos (13) los *Circuit Courts*¹²⁴. Por su parte, las propias resoluciones emitidas en apelación por tales *Bankruptcy Appellate Panels* podrán ser recurridas ante el propio *District Court* conforme al Título 28 U.S.C.§158(d)(1); de modo que cabría también afirmar que en aquellos *District Courts* donde se haya creado un *Bankruptcy Appellate Panel* se ha originado, a su vez, una suerte de régimen de apelación *doble* o *intermedio*.

En el más alto escalón se encuentra el Tribunal Supremo Federal -no debiendo confundirse con aquellos otros Tribunales Supremos estatales-, órgano jurisdiccional éste también disponible en el ámbito concursal estadounidense como sucede en el español (art.197.7 LC), siendo la técnica para su acceso conocida como *petition for writ of certiorari*, consistente en una petición para una plena *revisión* del pleito.

7.1.3 Objeto, presupuestos y naturaleza del concurso voluntario.

¹²² El *First Circuit Court*, por ejemplo, abarca los *Districts Courts* de Maine, Massachusetts, New Hampshire, Puerto Rico y Rhode Island, ello conforme al Título 28 U.S.C.§41.

¹²³ LEVIN, R.B., *Op.Cit.*, pág.67.

¹²⁴ Es el caso del *Second Circuit Court*, según recuerda RALPH MECHAM, L., *Judicial Business of the United States Courts*, ed. Government Printing Office, 2008, pág.135.

Al igual que sucede con el *binomio* de concurso voluntario y necesario existente en nuestra Ley Concursal, idéntica dualidad tiene lugar en el derecho concursal estadounidense: *voluntary* e *involuntary bankruptcy filings*. Todo ello, a la postre, no viene a significar sino -traducido en apropiada terminología procesal- una distinción del tipo de legitimación activa del solicitante del concurso.

La solicitud de concurso voluntario se confecciona a través de un formulario oficial (*Rule 9009 FRBP*), sin mediar requisito de postulación alguno (*Rule 9010 FRBP*). Ello no quita que, en la práctica, resulte necesario una adecuada dirección letrada, véase para cumplimentar toda la documentación que debe acompañar a dicha solicitud (*Rule 1007 FRBP*, equivalente a nuestro art.6 de la Ley Concursal). Por su parte, a diferencia de la exención objetiva en el pago de la llamada *tasa judicial* aquí establecida sobre la demanda de concurso voluntario, huelga advertir que en el ámbito estadounidense la misma *-filing fee-* no se encuentra exenta -vid. Título 28 U.S.C.§1930(a)-, sin perjuicio del fraccionamiento sobre su pago o su excepcional exención (*Rule 1006 FRBP*).

Así las cosas, en primer lugar, debe notarse que el término insolvencia *-bankruptcy-* no aparece definido en el Título 11 U.S.C.§101 (que recoge las *definitions*), a diferencia de lo que en mayor o menor medida sí prevé nuestro art.2 de la Ley Concursal a modo de presupuesto objetivo del concurso. Tanto es así que, en puridad, una persona física *solvente* puede solicitar su concurso en EE.UU incluso interesando la vía liquidadora (*Chapter 7*). Ante dicha patente omisión sobre el presupuesto objetivo del concurso, debemos considerar sustituir la tradicional pregunta sobre qué entender por *bankruptcy* a cambio de cuál es el objeto del concurso de persona física en EE.UU, así como quién reúne los presupuestos para su solicitud.

La primera de estas preguntas -el objeto del concurso de persona física- fue contundentemente contestado en *Grogan v. Garner* 498 U.S. 279 (1991): conceder un *fresh start* a aquellos sujetos adjetivamente calificables como *honest but unfortunate debtors*, léase deudores de buena fe. Para lograr dicho objetivo, según se recuerda posteriormente en *Marrama v. Citizens Bank of Mass.* 549 U.S. 365 (2007), podrá acudir a los distintos mecanismos contenidos en el Bankruptcy Code, ya sea una liquidación concursal o bien la reestructuración del pasivo del deudor.

Por el contrario, tan previsible propósito brilla por su ausencia en la Exposición de Motivos de nuestra Ley Concursal, más allá de referirse a que el convenio es la *solución normal* del concurso (vid. Exponendo VI), anhelo éste que cualquier conocedor de la -hasta ahora- práctica forense concursal sólo puede encontrar irónico. Dicha omisión ha sido al menos formalmente corregida mediante el intenso *periodo reformista* concursal español (años 2013 a 2015), véase así por ejemplo el Preámbulo I de la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social.

Respecto de la segunda pregunta a plantearse -quién reúne los presupuestos para solicitar el concurso de persona física-, debemos acudir a las *eligibility rules* contenidas en el Título 11 U.S.C.§109, que genéricamente exigen reunir la condición de “persona”,

en el bien entendido sentido de que se deberá cumplir con la norma definitoria concursalmente de “persona”, antes ya referidas -concretamente en el Título 11 U.S.C.§101(41)-, siendo que la persona física así lo cumple.

Junto con lo anterior, no debe olvidarse el criterio -procesal- de competencia recogido igualmente a modo de presupuesto subjetivo, establecido en laxos términos en el Título 11 U.S.C.§109(a), exigiendo así que el deudor deba residir, tener un domicilio, un negocio y/o bien ser propietario de un bien inmueble en los EE.UU. En definitiva, se debe acreditar un nexo causal que justifique una solicitud de concurso bajo su ordenamiento jurídico y sin perjuicio de las ya comentadas especialidades procesales y sustantivas -sobre todo en materia de protección de activos o *exemption laws*- existentes en diversos Estados.

Asimismo, por su singularidad, regulación aparte ha merecido el presupuesto subjetivo general establecido en el Título 11.U.S.C.11 U.S.C.§109(g), que prohíbe lo que se conoce como *filing abuse*, esto es, el abuso del concurso con fines fraudulentos frente a los acreedores. Este hipotético abuso del concurso, en nuestro ordenamiento, se nos presenta más complicado en tanto que sí existe un presupuesto objetivo de la insolvencia definido y enjuiciado *ab initio* (art.14 de la Ley Concursal), así como por las propias garantías -intervención o suspensión de las facultades del deudor, sujeto al órgano de la administración concursal- que prevé la Ley Concursal en favor de los acreedores.

Por último, el Título 11 U.S.C.§109(h) cierra el elenco de presupuestos subjetivos *generales* con uno muy peculiar, solamente aplicable a la persona física, introducido en la reforma concursal de 2005 (BAPCPA): con carácter previo a solicitar el concurso voluntario y, como norma general, dicha persona física deberá recibir lo que se conoce como *credit counseling* -asesoramiento crediticio- por parte de alguna de las agencias a tal fin creadas (vid. Título 11 U.S.C.§111), ello dentro del plazo *ex ante* de los 180 días previos a la fecha de su solicitud de concurso y bajo una suerte de ánimo *educacional* sobre el -así visto- *desdichado* deudor.

Se ha de reseñar que, para mayor flexibilidad, la práctica forense¹²⁵ admite que dicho asesoramiento tenga lugar incluso el mismo día -aunque *stricto sensu* con ligera anterioridad- de la presentación de la solicitud de concurso. No existiendo un equivante en nuestra Ley Concursal, siquiera en el ámbito del derecho preconcursal, el precepto teleológicamente más cercano se encuentra en el art.178.bis.3.3º de la Ley Concursal, que exige al sujeto que reúna los presupuestos para solicitar un acuerdo extrajudicial de pagos así hacerlo, so pena de no considerársele deudor de *buena fe* y con ello negarle la exención concursalista de deudas allí regulada.

Superado este característico *cuadruple* presupuesto subjetivo general (*intuitu personae-competencial-antiabusivo-educacional*) del concurso, y no existiendo un presupuesto objetivo definitorio de la insolvencia como tal -ya se ha dicho que hasta el sujeto

¹²⁵ Vid. *In re Warren*, 339 B.R. 475 (Bankr. E.D. Ark. 2006).

solvente puede solicitar su concurso por liquidación-, a continuación el mismo Título 11 U.S.C.§109 se subdivide en ciertos presupuestos subjetivos *especiales* en función del concreto *Chapter* que pretenda solicitarse.

Comenzando así por las solicitudes de concurso de persona física interesando la liquidación (*Chapter 7 filings*), de lejos las más prolíficas -un 66% en 2014¹²⁶-, lo cierto es que junto con los presupuestos subjetivos *general* y *competencial* antes referidos no existe ninguna otra restricción subjetiva sobre las personas físicas, no así en el caso de ciertas personas jurídicas que sí se ven excluidas expresamente del *Chapter 7* (aseguradoras, entidades financieras), vid. así Título 11 U.S.C.§109(b).

En siguiente lugar, en cuanto al *Chapter 11* (reorganización de deudas), sus especiales presupuestos subjetivos se encuentran recogidos en el Título 11 U.S.C.§109(d), que entre otros se remite a los del ya aludido *Chapter 7*. Con todo, el Tribunal Supremo tuvo que confirmar en *Toibb v. Radloff* 501 U.S. 157 (1991) que las personas físicas -y no solamente las jurídicas- podía igualmente optar por dicho Capítulo. Como más adelante se dirá, se trata ésta de una opción estadísticamente atípica entre las personas físicas, pero que podría resultar conveniente en aquellas con una masa pasiva particularmente elevada. De igual modo, para las personas físicas empresarios -*small business cases*-, según su definición el Título 11 U.S.C.§101(51)(D)(A), también puede resultar una vía concursal adecuada.

Frente a la amplitud en el presupuesto subjetivo de los aludidos *Chapters 7* y *11*, como ya se deduce por su nombre el *Chapter 12* (reestructuración de deuda de granjeros y pescadores) está obviamente limitado a aquellos sujetos que cumplan -de nuevo- con la pertinente definición legal de *family farmer* -Título 11 U.S.C.§101(18)(A)-, *family fishermen* -11 U.S.C.§101(19)(A)- o bien *farmer* -11 U.S.C.§101(20)-, que pueden incluir tanto personas físicas como jurídicas, en función de los distintos requisitos aplicables a cada una de estas definiciones, así como de los límites cuantitativos sobre el pasivo -algo así como nuestro art.190 de la Ley Concursal- actualizados cada tres años por la *Judicial Conference*, mediante la publicación del llamado *Revision of Certain Dollar Amounts in the Bankruptcy Code*¹²⁷.

Ante la singularidad del *Chapter 12*, no es de extrañar que en 2014 únicamente se declararan 361 concursos por esta específica vía sustantiva y procedimental, siendo además que solamente una de estas 361 declaraciones resultó ser de persona física. Por lo demás, huelga recordar que no existe *ius singulare* alguno en nuestro ordenamiento jurídico concursalista equivalente al *Chapter 12*.

Siguiendo con el orden numeral del *Bankruptcy Code*, en el ámbito de la persona física finalmente debe estarse al emblemático *Chapter 13* (reestructuración de deuda), única y

¹²⁶ GERDANO, S.J., *The 2015 Bankruptcy Yearbook & Almanac*, ed. Kerry A. Mastroianni, 2015, pág.3.

¹²⁷ Datando la última publicación de 22 de febrero de 2016, disponible en <http://regulations.justia.com/regulations/fedreg/2016/02/22/2016-03607.html>

LA INSOLVENCIA DE LA PERSONA FÍSICA:
SU TRATAMIENTO DESDE UNA PERSPECTIVA JURISDICCIONAL

exclusivamente apto para personas físicas y que, además, cuenten con ingresos regulares (*regular income*). Junto con lo anterior, el Título 11 U.S.C. §109(e) establece asimismo unos límites cuantitativos sobre el pasivo, importes estos que de nuevo se encuentran sujetos a su actualización cada tres años por parte de la *Judicial Conference*, mediante la ya referida *Revision of Certain Dollar Amounts in the Bankruptcy Code*.

Los últimos límites cuantitativos, publicados por la *Judicial Conference* -vid. primera cita al respecto- el pasado 22 de febrero de 2016 y aplicables desde el 1 de abril de 2016, ascienden a 394.725 \$ en *unsecured debts* (créditos no garantizados) y 1.184.200 \$ en *secured debts* (créditos con garantía real, identificables con nuestro art.90.1.1° de la Ley Concursal). ¿Cuál es, entonces, la alternativa para aquellos deudores persona física con un pasivo superior a uno u otro límite? Sencillamente, sólo podán optar por solicitar su concurso por la vía liquidadora del *Chapter 7* o bien a través de aquellas otras alternativas no-liquidadoras de los *Chapters 11* y -cuando aplicable- 12.

Podría decirse, *mutatis mutandis*, que el *Chapter 13* encuentra su equivalente en nuestro convenio concursal, sólo que la Ley Concursal contiene un único y más reducido cuerpo uniforme de normas relativas a dicho convenio concursal, con independencia del tipo del deudor y sin perjuicio de alguna concreta especialidad respecto de las personas jurídicas (vid.art.100.2 de la Ley Concursal). Dicho de otro modo, no se encuentra una separación normativa tan desarrollada como la existente entre las distintas vías solutorias apreciables en los *Chapters 11*, 12 y 13.

¿Cuál es la correcta inteligencia que debe regir entre todo este recorrido presupuestario del Título 11 U.S.C. §109 y la admisión de la solicitud de concurso voluntario? Partiendo contaminadamente de nuestro sistema procesal concursal, intuitivamente podría concluirse que el incumplimiento de alguno de tales presupuestos subjetivos -generales y aquellos especiales aplicables- supondrá la desestimación del *petitum* de concurso voluntario (art.14 de la Ley Concursal) cuando no sea posible su subsanación (vid. art.13.2 del mismo cuerpo legal).

Pues bien, frente a dicha presumible creencia, el elemento procesal fundamental aquí existente es que la solicitud de concurso voluntario en EE.UU guarda efectos constitutivos *ab initio*, es decir, desde su misma presentación y sin tener que aguardar a declaración judicial alguna. Tal y como irónicamente visualiza JORDAN TABB¹²⁸, el deudor no ha presentado su solicitud de concurso ante un cajero del Burger King, por lo que válidamente habrá invocado su derecho al orden jurisdiccional federal y así a los efectos del concurso, entre otros su llamada *automatic stay* -una suerte de paralización de las acciones individuales análoga a los arts.50 a 58 de la Ley Concursal, que más adelante se explicará- y que por ello mismo recibe dicho apelativo de automaticidad. Cuestión distinta, naturalmente, es que con posterioridad a tal solicitud de concurso ésta pueda verse archivada -revocada si se prefiere- y además con posibles efectos retroactivos.

¹²⁸ JORDAN TABB, C., *Law of Bankruptcy*, ed. West Academic Publishing, 2014, pág.131.
En el mismo sentido, vid. *In re Tomco* 339 B.R. 145 (Bankr. W.D. Pa. 2006).

En definitiva, debe partirse del concepto de que es la propia solicitud de concurso voluntario la que constituye el equivalente a su declaración constitutiva, su comienzo, desde el mismo momento en que el oficial (*clerk*) del Juzgado recibe la solicitud del concurso voluntario (*Rule 1002(a) FRBP*) y sella ya la misma¹²⁹.

¿Existe, entonces, algún posible límite al previsible abuso de solicitar el concurso voluntario para el inmediato aunque temporal beneficio de sus efectos automáticos?

En el precedente estatal *In re Elmendorf 345 B.R. 486 (Bankr. S.D.N.Y. 2006)*, se consideró aceptable el uso de la distinta herramienta procesal de la *inadmisión (striking)* en aras de evitar dicho comienzo automático del concurso y sus efectos con la mera solicitud¹³⁰.

En cualquier caso, mientras que la *inadmisión (striking)* no producirá efectos de litispendencia (*pendency*), con la ulterior revocación o archivo (*dismissal*) el concurso de acreedores no deja de haber existido durante un cierto periodo de tiempo, luego revocado con efectos retroactivos.

La declaración constitutiva del concurso que trae consigo, *per se*, la mera presentación de la solicitud de concurso voluntario, encierra una segunda consecuencia jurídico-procesal, cual es la propia naturaleza del concurso, que por tal motivo no puede calificarse de contenciosa sino perteneciente a la jurisdicción voluntaria¹³¹. Todo ello, como puede apreciarse, a gran diferencia de nuestro proceso concursal de naturaleza contenciosa, si bien no desconocemos que algunos autores procesalistas¹³² han defendido que todo lo que transcurra a partir del auto declarativo de concurso (art.21 de la Ley Concursal) también participa de una naturaleza de jurisdicción voluntaria, debate este otro que excede del presente estudio.

¿Es el concurso voluntario de acreedores estadounidense permanentemente no-contencioso? A la vista de su extensa y variada tramitación procedimental, no cabe detenerse en dicha solicitud de concurso primigenia sino también en sus posteriores hitos, sirva a modo de ejemplo, los potenciales *adversary proceedings* regulados en *Part VII* de las FRBP. En consecuencia, resulta más preciso admitir un punto de partida no-contencioso del concurso, razón por la que aquí hemos venido refiriéndonos a su *solicitud* en lugar de su *demanda*, pero sin que ello elimine su potencial conversión en contencioso, en función del recorrido concreto de su *iter* procedimental.

¹²⁹ JORDAN TABB, C., *Op.cit.*, pág.137.

¹³⁰ Así lo explica SARTORIUS, J., “Strike or Dismiss: Interpretation of the BAPCPA 109(h) Credit Counseling Requirement”, *Fordham Law Review*, 2007, vol.75

¹³¹ PFANDER, J.E. y BIRK, D.D., “Article III Judicial Power, the Adverse-Party Requirement, and Non-Contentious Jurisdiction”, *Yale Law Journal*, 2015, vol.124, no.5.

¹³² Para un resumen concentrado de tales posturas, vid. DAMIÁN MORENO, J., AA.VV., *Derecho procesal concursal*, ed. Marcial Pons, 2008, pág.157.

7.1.4 Especial legitimación y presupuestos en el concurso necesario (*involuntary filings*).

A diferencia de lo que acontece en nuestra Ley Concursal, la solicitud de concurso necesario (*involuntary filing*) únicamente puede iniciar su tramitación bajo el procedimiento liquidador del *Chapter 7*, o bien bajo aquel otro de reorganización de deudas previsto en el *Chapter 11*, quedando así expresamente excluidos los *Chapters 12* y *13* -vid. Título 11 U.S.C. §303(a)-, así como en parte desactivados los presupuestos subjetivos del Título 11 U.S.C. §109 antes analizados.

No obstante, pese a dicho prefijado inicio procedimental y sin perjuicio de la posible oposición frente a la propia solicitud de concurso necesario, el deudor tiene la posibilidad de demandar una *conversión* del procedimiento liquidador (*Chapter 7*) en aquel otro de reestructuración de deuda de persona física (*Chapter 13*), según dispone el Título 11 U.S.C. §706.

Junto con dichas limitaciones procedimentales, el concurso necesario en su integridad se encuentra directamente restringido al legítimo acreedor -en su derecho de acción- frente a *farmers* y *family farmers*, no siendo legalmente posible solicitar el concurso necesario de cualquiera de éstos. De igual modo, tampoco una solicitud acumulativa de peticiones de concurso (*joint case*) es posible por parte del acreedor a diferencia de nuestro art.25.2 y 25.3 de la Ley Concursal. Nos encontramos, pues, con que también el presupuesto subjetivo *intuitu personae* se ve igualmente sustituido o cuanto menos limitado.

A la vista de estas excepciones o alteraciones sobre los presupuestos subjetivos del concurso, no es aventurado preguntarse ¿existe también alguna variación en el presupuesto objetivo del concurso?

Siendo que éste resulta inexistente bajo el prisma del concurso voluntario, en el sentido de que la insolvencia no venía definida al punto de que un sujeto solvente puede solicitar su liquidación concursal, nos encontramos con que en el ámbito del concurso necesario existe un mínimo de pasivo exigido -Título 11 U.S.C. §303(b)-, actualmente fijado en 15.775\$ de lo que sería pasivo 'ordinario' (no garantizado con cargas reales), según la última *Revision of Certain Dollar Amounts in the Bankruptcy Code* de la *Judicial Conference*, de 22 de febrero de 2016. Podría deducirse, por tanto, que la legislación concursal no considera insolvente a aquel sujeto con un pasivo ordinario inferior a dicha cuantía, pues sencillamente no existe un derecho de acción para solicitar el concurso necesario frente al mismo.

Junto con todas estas restricciones sobre el derecho de acción, aún más atípico se nos hace el establecimiento de un litisconsorcio activo necesario (*compulsory joinder*), proscrito en nuestro ordenamiento procesal, para poder solicitar un concurso necesario. En efecto, el Título 11 U.S.C. §303(b) requiere que un total de tres acreedores formulen dicha petición de concurso necesario siempre que el deudor tenga un pasivo compuesto por más de 12 acreedores. Solamente de ostentar una masa pasiva con un número de

acreedores menor a 12, entonces desaparece dicho litisconsorcio activo y es posible la solicitud por uno de ellos.

Para finalizar, y si de la solicitud de concurso voluntario cabía extraer una naturaleza no contenciosa, ¿qué ocurre en el contexto de una solicitud de concurso necesario (*involuntary bankruptcy filing*)?

Aunque aquí se prevé un trámite previo de posible oposición del deudor (*Rules* 1011 y 1013 FRBP), así como dicha solicitud no constituye una *order for relief*¹³³ (declaración de concurso) por sí misma, no menos cierto es que tal solicitud de concurso necesario igualmente adelanta ciertos efectos del concurso durante este llamado *gap period* hasta que dicha declaración tenga lugar judicialmente, tales como la *automatic stay* (paralización de acciones y ejecuciones) o la creación de una masa activa (*bankruptcy estate*). Por todo lo cual, de nuevo, su naturaleza parece también identificable con la de la iniciación de un expediente de jurisdicción voluntaria, sin perjuicio de su potencial conversión en contencioso.

7.1.5 Mecanismos principales para la protección del concursado persona física: *automatic stay & exemption laws*.

7.1.5.1 *Automatic stay*.

Como ya se ha tenido ocasión de exponer, cualquier tipo de solicitud de concurso trae consigo *-per se-* el antes citado efecto de la *automatic stay* (espera o suspensión automática), homólogo a nuestros arts.50 a 57 de la Ley Concursal, incluyendo una análoga prohibición de compensación (vid. art.58 del mismo cuerpo legal), según determina el Título 11 U.S.C.§301 y el extenso 362(a).

La *automatic stay* supone, en esencia, una orden judicial (*injunction*) declarando la prohibición de ejercitar acciones legales contra los activos del deudor durante su concurso, incluso su continuación a diferencia de nuestro actual art.51 de la Ley Concursal, siendo extensiva dicha prohibición frente a cualquier tipo de reclamación (*claim*), según su amplia definición en el Título 11 U.S.C.§101(5). Por su parte, el Título 11 U.S.C.§362(a)(4) y (5) prohíben la creación o ejecución de todo tipo de garantía frente a la masa activa, toda vez que el Título 11 U.S.C.§362(c)(3) limita su duración temporal a 30 días cuando una previa solicitud de concurso hubiera mediado en el año anterior y dicho concurso hubiera sido posteriormente revocado o archivado (*dismissed*)¹³⁴.

¹³³ JORDAN TABB. C., *Op.Cit.*, pág.159

¹³⁴ Si el número de solicitudes de concurso archivadas o revocadas fuera superior, dentro de dicho mismo periodo, entonces directamente no se despliega ningún efecto de *automatic stay* -Título 11 U.S.C.§362(c)(4)(A)-.

Cualquier acción declarativa o ejecutiva, iniciada o continuada, judicial o extrajudicial, que fuera ejercitada y contraria a dicha *automatic stay* resultará inmediatamente nula (*void*)¹³⁵, ahora bien, siempre que la misma no se encuentre dentro de las -también amplias- excepciones del Título 11 U.S.C. §362(b). A este último respecto, es de notar cómo dichas excepciones aglutinan variadamente desde cualquier proceso penal, que bien puede iniciarse o continuar con su tramitación, así como la continuación ejecutiva de un desahucio (*eviction*) resuelto (*judgment for possession*) con anterioridad al concurso, en detrimento del deudor concursado.

Junto con ello, la reforma concursal de 1994 introdujo notables excepciones a dicha *automatic stay*, concretamente en favor de los acreedores titulares de garantías reales sobre inmuebles. En este sentido, el Título 11 U.S.C. §362(d) permite una *liberación* (*relief from the automatic stay*) salvo que el deudor pueda cumplir con los requisitos establecidos en dicho precepto, básicamente que haya presentado un plan de pagos de previsible e inmediato cumplimiento, o bien comience a realizar pagos mensuales a dicho acreedor. Según resume BAIRD¹³⁶, el espíritu de ambas previsiones no es otro que el deudor sea capaz de demostrar su liquidez a corto plazo.

En cualquier caso, debe dejarse claro que una solicitud (*motion for relief*) del levantamiento de la *automatic stay* puede instarse por cualquier tipo de acreedor, de forma justificada, también por aquellos que no titulen garantía alguna (*unsecured creditors*), dándose previa audiencia del deudor (*response*) y la administración concursal para su posible oposición, con celebración de vista, antes de ser resuelta su petición.

¿Y en materia de ejecuciones hipotecarias (*foreclosure*) sobre la vivienda? Aunque éstas no aparecen inicialmente excluidas de la *automatic stay*, el acreedor hipotecario bien puede formular la mentada *motion for relief* basándose sencillamente en el -posible- adeudo ya existente sobre el préstamo hipotecario, si es que dicho adeudo tampoco consigue ser subsanado durante el concurso, en un tratamiento del crédito hipotecario sin equivalente en nuestro ordenamiento (vid. art. 90.1.1º de la Ley Concursal), pero que nos recuerda al art. 62.1 de la Ley Concursal relativo a los contratos sinalagmáticos funcionales de tracto sucesivo. Otra justificación habitual, para la concesión de la *motion for relief*, suele recaer en la propia solicitud de concurso, cuando de ésta se pueda deducir que el deudor no tiene como finalidad mantener dicho activo, sino que prefiere librarse del mismo y con ello de su deuda garantizada.

Por otro lado, una solución intermedia consiste en suscribir la llamada *mortgage reaffirmation*, que no es sino una renuncia parcial -Título 11 U.S.C. §524(f)- de la exoneración de deudas (*discharge*) respecto de dicho crédito concreto, sujeta a control

¹³⁵ Dicho efecto de inmediata nulidad se estableció tan pronto como en *Kalb v. Feuerstein* 308 U.S. 433 (1940).

¹³⁶ BAIRD, D.G., *Elements of bankruptcy*, ed. Foundation Press, 2014, pág. 204.

judicial, con el objeto de mantener la propiedad del activo garantizado y proseguir con los respectivos pagos periódicos de tal deuda no exonerada.

Naturalmente, en caso de segundas y ulteriores cargas hipotecarias, ningún sentido tendría renunciar a la exoneración del primer préstamo hipotecario y en cambio ignorar las restantes garantías reales, pues incluso habiendo quedado éstas integradas dentro del *discharge* personal, por el contrario el *ius in re* del acreedor -y ésta es la clave- se mantiene incólume con independencia de dicha exoneración meramente *obligacional* frente al deudor.

En cualquier caso, obsérvese que el polémico sistema conceptual del bien *necesario* -antes *afecto*- a la actividad empresarial (arts.55 y 56 de la Ley Concursal) guarda una mayor rigidez que el allí seguido, lo que a la postre restringe un mayor elenco de opciones al deudor hipotecario -especialmente si su voluntad es la de mantener el bien garantizado-, además de anticiparse estos efectos desde la misma solicitud de concurso.

7.1.5.2. Exemption laws.

Comoquiera que la solicitud de concurso provoca efectos constitutivos inmediatos, la consiguiente masa activa *-bankruptcy estate-* también nace de forma automática de acuerdo con el Título 11 U.S.C.§541.

Sin embargo, las denominadas *exemption laws* -con mucha mayor amplitud que nuestro art.76.2 de la Ley Concursal- juegan un rol fundamental en esta materia, en tanto que excluyen de dicha masa activa un predeterminado importe *valorativo* sobre determinados bienes patrimoniales del deudor -comenzando por su vivienda-, lo que otorgan a éste un escenario concursal completamente distinto al aquí conocido. Estas peticiones de exención-protección deberán demandarse en la propia solicitud de concurso o dentro de los 14 días siguientes (*Rules* 1007 y 4003 FRBP).

Por su capital importancia -y aliciente- respecto de la persona física concursada, tanto en escenarios de liquidación (evitando la venta del bien o garantizándole un ingreso de ésta) como de reestructuración de deuda (influyendo en el importe mínimo a devolver mediante el plan de pagos), merece la pena detenerse algo más en el particular funcionamiento de estas llamadas *exemption laws*.

Aunque el *Bankruptcy Code* ya contiene su propia lista de *exemptions* -vid. Título 11 U.S.C.§522(d)-, incluyendo sobre la vivienda del deudor, como ya se ha advertido deberá estarse a la correspondiente *state exemption law*, resultando aquella existente en Florida la más afamada por sus elevados beneficios en favor del deudor. En efecto, repárese en cómo el Artículo X, Sección 4ª, de la Constitución del Estado de Florida, otorga una exención cuantitativamente ilimitada sobre el valor de mercado de la vivienda del deudor, ya se trate ésta de una mansión con todo lujo incorporado.

LA INSOLVENCIA DE LA PERSONA FÍSICA:
SU TRATAMIENTO DESDE UNA PERSPECTIVA JURISDICCIONAL

Frente a ello, para evitar posibles abusos, el Título 11 U.S.C. §522(b)(3)(A) exige al deudor haber establecido su residencia en el Estado a cuya *exemption law* pretenda acogerse, con al menos dos años de anterioridad a la solicitud de concurso. Asimismo, el Título 11 U.S.C. §522(p) estableció un límite cuantitativo respecto del valor protegido de dicha vivienda, actualmente fijado en 160.375\$ desde el pasado 22 de febrero de 2016 por parte de la *Judicial Conference* -ya citada su publicación online-, pero que sólo se aplicará si tal vivienda fue adquirida dentro de los 1215 días anteriores a la solicitud de concurso.

Para comprender correctamente el funcionamiento de las *exemption laws*, sea la federal o cualquiera de las estatales, debe asumirse la noción de que la exención no recae sobre el bien como tal, sino en su *cuota de valor de mercado exenta*; la masa activa del concurso, por tanto, sólo tendrá derecho a aquel posible sobrante de valor existente¹³⁷.

En concursos de persona física acumulados (*joint cases*), los cónyuges deberán llegar a un acuerdo en la elección de la legislación aplicable, optándose en defecto de acuerdo por aquella federal -Título 11 U.S.C. §522(b)(1)- y, en todo caso, doblándose tal cuota de valor de mercado exenta -Título 11 U.S.C. §522(m)-.

Dicho énfasis sobre el valor y no sobre el mismo bien en sí explica asimismo, por ejemplo, la posibilidad de utilizar la llamada *wild card* -Título 11 U.S.C. §522(d)(5)-, que sencillamente consiste en utilizar aquellas *cuotas de valor exentas y no utilizadas por el deudor* sobre activos en principio sin cuota de exención alguna, o bien con una cuota que no alcance a cubrir la totalidad de su valor de mercado.

Con todo, este peculiar sistema de *exemptions* resulta completamente estéril en aquellos bienes cuyo *equity* o valor de mercado -por su depreciación- se encuentre ya por debajo de *ceros*, pues en tal caso nada hay que eximir o proteger. De igual modo, tampoco eliminan la obligación de seguir atendiendo los pagos del acreedor titular de aquellas posibles garantías reales que pesaran sobre un determinado bien, véase el clásico ejemplo del acreedor hipotecario, sin que la liquidación concursal (*Chapter 7*) o el convenio (*Chapter 13*) dispongan de mecanismos para evitar su ejecución (*foreclosure*), más allá de la ya referida *automatic stay* e igualmente limitada.

Para finalizar, veamos con un ejemplo sencillo su funcionamiento: imagínese que un bien inmueble -vivienda- tiene un valor de mercado de 100.000\$ y se encuentra libre de cargas, toda vez que la pertinente *exemption law* aplicable solamente prevé una exención valorativa de hasta 80.000\$. Ello significaría, por tanto, que en un escenario de liquidación concursal (*Chapter 7*) el administrador concursal estaría legitimado para intentar su enajenación pues existe un *equity* (valor de mercado) no cubierto por la exención. Si se produce dicha venta, abonará al deudor el importe valorativo de su exención y el sobrante (20.000\$) corresponderá al *bankruptcy estate* (masa activa).

¹³⁷ Vid. *Schwab v. Reilly* 560 U.S. ____ (2010).

Por el contrario, en un escenario de convenio (*Chapter 13*) la importancia de las *exemption laws* radica *a contrario sensu*: el importe total *no exento* actúa como mínimo que debe ser abonado, pues los acreedores no pueden recibir menos de lo que presumiblemente recibirían en liquidación concursal.

7.1.6 Vías procedimentales concursales disponibles para la persona física: *Chapters 7, 11, 12 y 13 Bankruptcy Code*.

No se descubre nada al calificar de tradicional fracaso el tratamiento de la insolvencia de persona física bajo la Ley Concursal, de cuyo reflejo estadístico al respecto se da ya buena cuenta en el posterior Capítulo Cuarto, y ello a pesar de reconocer el notable aumento (utilización) de los concursos de persona física a partir del año 2016.

Este tradicional desbalance estadístico en España, patente entre los concursos de acreedores de personas físicas y jurídicas, no trae causa precisamente de una sociedad española pudiente, menos aún durante los años de la consabida crisis económica española, sino de una *lex concursal* endémicamente estéril para encontrar soluciones a la insolvencia del individuo, en especial hasta su reforma por el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero.

Por el contrario, en el derecho concursal estadounidense la tendencia estadística ha venido siendo justamente la opuesta. En este sentido, las declaraciones de concurso *non-business* (personas físicas) han venido siendo mayoría desde 1985 hasta nuestros días. Así por ejemplo, en 2014 se declararon en EE.UU un total de 909.812 concursos *non-business*, frente a los 26.983 *business bankruptcy filings*¹³⁸.

7.1.6.1 *Chapter 7*: liquidación concursal.

Ya se ha tenido oportunidad de mencionar que las solicitudes de liquidación concursal (*Chapter 7 filings*) representan la mayoría -un 66% en 2014- de los concursos de persona física.

Tal y como sucede en nuestra homóloga fase de liquidación (art.142 y ss. de la Ley Concursal), el objeto del *Chapter 7* no es otro que proceder a la liquidación de los activos del deudor no exentos (*non-exempt assets*), ello por parte del administrador concursal y conforme a su discrecional criterio. Respecto del concepto de *non-exempt assets*, debemos remitirnos a lo antes ya expuesto en materia de *exemption laws* y cómo una adecuada estrategia en la utilización de dichos importes valorativos exentos pueden extraer de la enajenación concursal determinados activos totalmente *exentos* o, al menos, que el deudor reciba buena parte del precio de su venta.

¹³⁸ Estadísticas reflejadas por GERDANO, S.J., *Op.Cit.*, págs.4 et. 22.

En cuanto al orden legal de pagos (*priority rules*) a seguir tras la conversión en dinero de aquellos activos liquidados, establecido en el Título 11 U.S.C. §507 -por remisión del §726-, entre los créditos ordinarios (*unsecured claims*) existe un rango privilegiado de hasta diez tipos concretos de créditos en función de su origen o naturaleza, siendo el primero de ellos en el orden jerárquico las obligaciones por alimentos. En consecuencia, podría decirse que estos créditos no garantizados, pero prioritarios, acaban siendo tratados como una suerte de créditos con privilegio general (art.91 de la Ley Concursal).

Por su parte, como ocurre en nuestro art.155 de la Ley Concursal, aquellos *secured creditors* (acreedores especialmente privilegiados) cobrarán su crédito con cargo al bien afecto a su garantía (*collateral*). Desde la perspectiva de la administración concursal, ésta podrá incluso dar por directamente abandonado (Título 11 U.S.C. §554) dicho bien - en términos liquidadores- si considera que su valor de mercado no supera el de sus cargas reales y la parte exenta (*exemption law*) pagadera al deudor, por tanto sin que reste sobrante alguno para luego distribuir entre los acreedores.

En todo caso, huelga señalar que la masa pasiva del concurso vendrá constituida por las previas comunicaciones de crédito (*proof of claims*) a practicar por los acreedores, de modo análogo a nuestro art.85 de la Ley Concursal, tal como dispone el Título 11 U.S.C. §501, si bien en relación con aquellos créditos devengados hasta la misma fecha de la presentación de la solicitud de concurso -Título 11 U.S.C. §502(b)-.

En contraposición al anhelado y tardío establecimiento de un especial régimen condonatorio de deudas concursal (primero ex art.178.2 de la Ley Concursal y luego en el art.178.bis de la misma Ley), que supusiera un aliciente para el concurso de persona física en España, lo cierto es que en el derecho concursal estadounidense se ha seguido el camino opuesto: restringir la exoneración (*discharge*) de deudas concursales ante los abusos allí vividos.

A tal concreto fin, la reforma concursal de 2005 (BAPCPA) procedió a establecer un régimen de acceso mucho más restringido al propio *Chapter 7* en su integridad, por medio del sometimiento del deudor a lo que se conoce como un *means test*. Dicho *abuse test* resulta sencillamente inexistente en nuestro art.178.bis de la Ley Concursal, que se limita a reconducir esta cuestión por la vía de la buena fe, entendida ésta como *no culpabilidad* concursal, ni concurrencia de ciertos ilícitos penales, así como a haberse intentado un acuerdo extrajudicial de pagos de resultar aplicable, obviando así una cierta *zona gris* de posible comportamiento imprudente, según viene acertadamente recordando CUENA CASAS¹³⁹.

Advertido lo anterior, y retomando el ámbito del *means test*, conforme al Título 11 U.S.C. §707(b) un procedimiento liquidador (*Chapter 7*) resultará archivado o bien -si el deudor lo consiente- convertido a un procedimiento no-liquidador del *Chapter 11* o *13*, siempre que aprecie la posible concurrencia de un *abuso*, conceptualizando dicho abuso

¹³⁹ CUENA CASAS, M., AA.VV., *El Derecho de la insolvencia*, ed. Tirant lo Blanch, 2015, pág.106.

mediante una ardua fórmula de cálculo -disponible online¹⁴⁰- para determinar si sus ingresos mensuales se encuentran por encima de la *media* estadounidense del Estado concreto en que resida el deudor y en atención al tamaño de su familia, entre otros factores. Dicho de otro modo, el acogimiento a la liquidación concursal solamente resulta legítimo si los ingresos del deudor resultan lo suficientemente bajo.

Como cláusula de cierre, aun superándose el *means test* también sigue siendo posible apreciar un abuso del concurso por la causa general de la mala fe -Título 11 U.S.C.§707(b)(3)-, toda vez que el mismo deudor solamente puede recibir una condonación cada ocho años -Título 11 U.S.C.§707(b)(8)-. Asimismo, dicho *discharge* también puede ser revocado por alguna de las causas contempladas en el Título 11 U.S.C.§707(d), si bien no por la cuestionable razón de venir a mejor fortuna como, en cambio, sí sanciona nuestro art.178.bis.7.II.c) de la Ley Concursal.

Como puede verse, la concesión de una condonación de deudas está lejos de ser automática. Asimismo, tal y como se observa en ambos regímenes condonatorios de nuestro art.178.bis de la Ley Concursal, la condonación de deudas tampoco es universal sino que existen determinados tipos de deudas impermeables a dicha exoneración -vid. Título 11 U.S.C.§523-, tales como las deudas tributarias, así como respecto de los posibles créditos contra la masa (*post-petition debts*) devengados con posterioridad a la solicitud de concurso.

En cuanto al tratamiento de créditos garantizados, como es el clásico ejemplo del crédito hipotecario, ya se ha explicado la debida distinción que debe hacerse entre la posible condonación de la deuda y la posibilidad de evitar la ejecución del bien objeto de la garantía, pues ambos efectos no tienen por qué coincidir; pudiendo exonerarse el pasivo pero mantenerse el correlativo *ius in re*, lo que a fin de cuentas obliga al deudor que quiera preservar dicha propiedad a continuar con el pago del préstamo hipotecario.

7.1.6.2. *Chapter 11*: reorganización de deuda.

Aunque en la Ley Concursal no se cuenta con un equivalente exacto al *Chapter 11*, ya hemos tenido oportunidad de señalar su naturaleza teleológicamente análoga a la del convenio concursal, siendo que su distinción con el *Chapter 13* -con idéntico fin- trae causa del tipo de solicitante, pues este último está exclusivamente reservado a la persona física, y ello aunque dicho deudor persona física bien puede optar por acogerse a las especialidades del *Chapter 11* -vid. *Toibb v. Radloff* 501 U.S. 157 (1991)-.

Así, bajo este escenario, el deudor deberá trabajar en la realización de un convenio (*reorganization plan*) para su sometimiento a los acreedores (Título U.S.C.§1126) ante el *creditors' committee* (junta de acreedores), ello dentro del plazo de 120 días a contar desde la solicitud de concurso (11 U.S.C.§1121) o 180 días en el caso de *small businesses*.

¹⁴⁰ Vid. la página no oficial de consumidores <https://www.legalconsumer.com/bankruptcy/means-test/>

Dentro de dicho plan de reorganización, el deudor deberá clasificar a sus acreedores en distintas *clases* según la naturaleza del crédito (vid. nuestro análogo art.94.2 de la Ley Concursal), como así prevé el Título 11 U.S.C.§1122. Junto con ello, el deudor deberá asimismo decidir si una determinada *clase*, de las antes referidas, se va a encontrar o no vinculadas por las previsiones del *reorganization plan*, calificándose de *impaired* a aquellos créditos que el deudor quiera afectar con su pretendido convenio concursal, y de *unimpaired* a los que no. Solamente aquellas clases afectas (*impaired creditors*) ostentarán un derecho de voto frente al *reorganization plan*. En cuanto al resto de requisitos que debe cumplir el *reorganization plan*, nos remitimos al extenso Título 11 U.S.C.§1129(a) y según los recoge en dieciséis apartados.

¿Qué mayoría legal es exigida para la aceptación *-confirmation-* del pretendido convenio? Lo que debería ser una respuesta sencilla no lo es tanto, pues el Título 11 U.S.C.§1129(a)(10) considera suficiente con que vote a favor una sola *impaired class*. Recuérdese, a este respecto, la plena libertad del deudor en crear tantas *clases* de créditos como considere, siempre que dichos créditos guarden entre sí una análoga naturaleza, así como en decidir cuáles de estas *clases* quiere el deudor intentar vincular a su *reorganization plan* (convirtiéndose así en *impaired*) y cuáles no. Junto con ello, el Título 11 U.S.C.§1126(c) requiere a continuación de una doble mayoría: el voto favorable de más del 50% de los miembros de cada *impaired class*, y que los miembros que votaron a favor representen al menos dos tercios del importe total de créditos de su *clase*.

Sin embargo, el efecto de no conseguir la aprobación del *reorganization plan* por razón de dicha falta de aceptación puede verse superado conforme al extraordinario poder previsto en favor del *Bankruptcy Court*, conocido como *cramdown* -Título 11 U.S.C.§1129(b)-, que puede aprobar el susodicho convenio si éste cumple el resto de requisitos contenidos en el citado Título 11 U.S.C.§1129(a) a excepción de dicha mayoría de votos. Esta extraordinaria facultad nos revela, a su vez, una naturaleza *procesalista* y no *contractualista* del *reorganization plan*, pues no sólo su efectividad se vincula con la necesaria aprobación judicial como sucede en la Ley Concursal (art.127 de la Ley Concursal), sino que incluso puede suplirse la falta de aceptación por parte de determinadas *impaired classes*.

¿Qué papel juega la administración concursal (*trustee*) bajo el *Chapter 11*? Directamente ninguno, pues no se prevé su nombramiento sino que el deudor sencillamente se encuentra en una situación conocida como *debtor-in-possession*, lo que significa que el propio deudor viene a actuar con las mismas facultades que lo haría un administrador concursal (ej.: limitaciones para la venta de activos, vid. Título11 U.S.C.§363). Como contrapeso a dicha ausencia, el denominado *United States Trustee* -figura que no debe confundirse con el administrador concursal- tiene un papel de supervisión sobre el *debtor-in-possession*.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el *Chapter 11* también puede ser utilizado con fines liquidadores, a diferencia de nuestro convenio concursal (art.100.3 de la Ley Concursal), pues así puede contemplarlo el propio *reorganization plan* -Título 11

U.S.C. §1123(b)(4)-. Puede interesar así al deudor, a diferencia del *Chapter 7*, tener el control y dirección del procedimiento liquidador en lugar de someterse al criterio de un administrador concursal.

Finalmente, la condonación o *discharge* de deudas también se encuentra presente bajo este procedimiento -Título 11 U.S.C. §1141(d)(5)- como efecto derivado de la aprobación del convenio. Ahora bien, ello en el correcto sentido de exonerar solamente aquellos créditos afectos al convenio aprobado y cuando éste resulte cumplido en su totalidad. En consecuencia, y como ya viene defendiéndose¹⁴¹ en el marco de nuestro convenio concursal (art.136 de la Ley Concursal), realmente no se estaría ante una eficacia propiamente extintiva sino más bien ante un mero *pacto de non petendo* condicionado al cumplimiento del convenio.

7.1.6.3. *Chapter 13*: reestructuración de deudas de la persona física.

Como punto de partida, debe insitirse en que la esencia de este capítulo descansa en que se trata de un procedimiento de convenio configurado por y para la persona física.

Sin embargo, conforme a su especial presupuesto subjetivo establecido en el Título 11 U.S.C. §109(e), su acceso se encuentra cuantitativamente limitado en el importe de 394.725\$ respecto de créditos ordinarios (*unsecured claims*) y 1.184.200\$ para créditos garantizados (*secured claims*), según la última actualización de estos importes por parte de la *Judicial Conference*, a fecha 22 de febrero de 2016 y aplicables a partir del 1 de abril de ese año. Toda persona física cuyo pasivo supere dicho importe podrá, si no quiere optar por la liquidación (*Chapter 7*), acogerse al antes referido *Chapter 11*.

Junto con dicha limitación en el presupuesto subjetivo, debe asimismo recordarse que la legitimación activa para su incoación no se encuentra reconocida para los acreedores (vid. Título 11 U.S.C. §303(a) al respecto), es decir, que aquellos concursos necesarios no podrán ser tramitados inicialmente bajo este procedimiento sino únicamente bajo el *Chapter 7* o el *Chapter 11*, ello sin perjuicio de su posible *conversión* procedimental a petición del deudor.

Con arreglo a la *Rule 3015 FRBP*, el deudor debe presentar una propuesta de convenio (*repayment plan*) en el sucinto plazo de 14 días a contar desde su solicitud de concurso, para su aprobación por el *Bankruptcy Court*.

En cuanto al contenido de la propuesta, es necesario que ésta prevea cuantitativamente que lo obtenido por los acreedores mediante la misma no suponga una minoración frente a lo que obtendrían por medio de la liquidación concursal, siendo que dicho importe último -a modo de cláusula de mínimo- vendrá constituido por el valor de mercado (*equity*) total de los *non-exempt assets* susceptibles de liquidación.

¹⁴¹ PULGAR EZQUERRA. J., “Rescisión concursal y aprobación judicial del convenio: cláusulas convencionalmente pactadas”, Revista de Derecho Mercantil, ed. Civitas, núm.279/2011.

LA INSOLVENCIA DE LA PERSONA FÍSICA:
SU TRATAMIENTO DESDE UNA PERSPECTIVA JURISDICCIONAL

Asimismo, es requisito indispensable que la propuesta prevea el pago en su totalidad de todas las llamadas *priority claims* -Título 11 U.S.C. §1322(a)(1) en relación con §507-, que como ya se ha dicho en anteriores epígrafes no vienen sino a formar una suerte de créditos con privilegio general (no dejan de ser *unsecured claims* priorizados *ex lege*).

Respecto de los créditos especialmente privilegiados (*secured claims*), si el deudor desea mantener el activo que garantiza el pertinente crédito deberá entonces prever su pago al menos en la cuantía del valor de tal garantía (*collateral*). En definitiva, solamente aquellos *unsecured claims* sin *priority* (privilegio general) pueden verse sometidos a la respectiva quita.

¿Cómo funcionan los clásicos mecanismos de *espera* y *quita*? Respecto del primer elemento, más que una *espera* como tal se establece un plazo alternativo de duración del calendario de pagos, que podrá ser de hasta 3 o 5 años, en función de los ingresos del deudor -Título 11 U.S.C. §1322(d)-. En resumen, cuanto mayores sean los ingresos netos (*disposable income*) del deudor, más prolongado resultará su calendario de pagos, por lo que -a diferencia de lo que aquí acontece- al deudor le interesa cuanta menos *espera* sea legalmente posible.

En cuanto a la *quita*, que como ya se ha advertido únicamente operará sobre los *unsecured claims* sin *priority*, ésta se establece *a contrario sensu*: el deudor deberá pagar cuanto esté a su alcance debidamente calculado en función de sus ingresos netos (*best effort test*), toda vez que dicha cifra no podrá ser inferior a lo obtenible por la vía de la liquidación.

La iniciación de los efectos -pagos- del convenio concursal tiene lugar en el plazo de 30 días desde su presentación, esto es, incluso con anterioridad a su aprobación judicial (*Rule 3026 FRBP*). Dichos pagos no se realizan por el deudor, ni tampoco aquellos posteriores durante la vida del convenio concursal, sino que por el contrario se efectúan todos ellos por el deudor a la administración concursal, siendo esta última la encargada de su distribución a los acreedores -Título 11 U.S.C. §1302-.

Con respecto al tratamiento en sí de tales acreedores, la naturaleza procesal y no contractual de este tipo de convenio se revela en tanto que dichos acreedores no ostentan un previo derecho de voto frente al pretendido convenio. Se entiende así, en síntesis, que si el *Bankruptcy Court* considera que la propuesta de convenio cumple con todos los requisitos legalmente establecidos, entonces los acreedores ya se encuentran lo suficientemente protegidos al amparo de estas previsiones legales -Título 11 U.S.C. §1325-. Así pues, únicamente podrán oponerse a su aprobación, ante el *Bankruptcy Court -confirmation hearing-*, si consideran que dichos requisitos legales no concurren, resultando el argumento más utilizado en la práctica el consistente en defender que se obtendría un mayor importe de la liquidación concursal.

Durante la ejecución del convenio, el deudor no se ve liberado de determinados efectos concursales como sí ocurre en nuestro art.133.2 de la Ley Concursal, en tanto que precisa de consentimiento judicial para la asunción de nuevos pasivos, además de

depender del administrador concursal para realizar los pagos previstos en dicho convenio. Por otra parte, la potestad novatoria del convenio concursal, mediante su modificación, se encuentra expresamente recogida en el Título 11 U.S.C. §1329, a diferencia del estricto régimen de transitoriedad establecido por nuestro legislador, solicitud ésta que podrá también interesarse por la administración concursal o cualquier *unsecured creditor*.

Naturalmente, podrá también el deudor solicitar su conversión a liquidación -Título 11 U.S.C. §1307- tal y como también prevé nuestro art.142.2 de la Ley Concursal, sólo que dicha opción no es la única sino que también puede solicitar el archivo o revocación del procedimiento del *Chapter 13*, sin conversión a liquidación, eliminando así sus efectos y potencial *discharge*. Esta última posibilidad también puede ser demandada por los acreedores, por ejemplo, en caso de sufrir un impago previsto en el convenio, en relativa analogía con la demanda incidental por incumplimiento de convenio aquí prevista (art.140 de la Ley Concursal).

Por último, al igual que sucede en el *Chapter 11*, es el cumplimiento del convenio el que concede la condonación extintiva o *discharge* de deudas -Título 11 U.S.C. §1328-, encontrándose el deudor entre tanto en un régimen de *pacto de non petendo*. Debe notarse que la amplitud de la condonación de deudas bajo el *Chapter 13* es apreciablemente más extenso que aquel otro *discharge* del *Chapter 7*, según las excepciones que contiene cada una (Título 11 U.S.C. §1328 vs. Título 11 U.S.C. §727).

Asimismo, existe también la posibilidad de que dicha condonación de deudas sea concedida pese al incumplimiento del convenio, lo que se conoce como *hardship discharge* -Título 11 U.S.C. §1328(b)-. Dicha posibilidad se restringe, no obstante, a aquellos sujetos que cumplan con las condiciones allí señaladas, básicamente que dicho incumplimiento no resulte imputable al deudor, así como que los acreedores hayan percibido tanto como lo hubieran hecho en un escenario de liquidación y, por último, que la posibilidad de modificación del convenio no resultaría materialmente eficaz para su cumplimiento.

7.1.6.4 *Chapter 12*: tratamiento *ad hoc* de determinados tipos de insolvencia (*farmers & fishermen*).

Introducido en la reforma concursal de 1986, por su singularidad aunque infrecuente utilización -menos aún por personas físicas- merece una breve mención esta otra vía sustantiva y procedimental, que no viene sino a actuar como el equivalente *Chapter 13*. Para su acceso, de igual modo, se establece un presupuesto subjetivo consistente en la limitación del pasivo del deudor, si bien mucho más elevado que en aquel otro *Chapter 13*: 4.153.150\$ para *family farmers* y 1.924.550\$ respecto de *fishermen*.

Por lo demás, como ya se ha dicho con anterioridad, no es posible demandar un concurso necesario frente a este concreto tipo de deudores, sea al amparo del *Chapter 12* o bajo cualquier otra modalidad procedimental, toda vez que para acceder a este

último -siempre desde el concurso voluntario- se deberá cumplir con las definiciones estandarizadas de *family farmer* -Título 11 U.S.C.§101(18)(A)-, *family fishermen* - Título 11 U.S.C.§101(19)(A) o *farmer* -Título 11 U.S.C.§101(20)-

Comoquiera que la finalidad de esta vía de concurso no es otra que el convenio, al igual que sucede en el *Chapter 13* se exigirá al deudor que disponga de una fuente de ingresos regular (*regular annual income*) con que poder afrontar un convenio de pagos, so pena de tener que acudir directamente a liquidación. De nuevo, un administrador concursal es nombrado -Título 11 U.S.C. § 1202- y, en este caso, el plazo para presentar la equivalente propuesta de convenio será de 90 días desde la solicitud de concurso -Título 11 U.S.C. § 1221- ampliables a 180.

En cuanto al funcionamiento de la quita y la espera, nos remitimos a lo ya expuesto en el examen del *Chapter 13* en tanto que viene a ser transpuesto -Título 11 U.S.C.§ 1225-, así como en lo relativo a la ausencia de un Derecho de voto de los acreedores, que se entenderán amparados con que el plan cumpla con los requisitos legalmente establecidos y revisados por el *Bankruptcy Court*. Ello, de nuevo, sin perjuicio de su posible oposición *ex post* así como de cualquier acción por su incumplimiento.

Finalmente, en cuanto a la concesión de la condonación de deudas por extinción (*pacto de non petendo*), el Título 11 U.S.C.§ 1228 cuenta con su distinta configuración y excepciones, siendo aquel otro *discharge* del *Chapter 13* notablemente más beneficioso, si bien al menos bajo el régimen del *Chapter 12* también se permite un excepcional *hardship discharge*, esto es, aunque el convenio de pagos no haya resultado cumplido en su totalidad.

7.2 La insolvencia de la persona física en el derecho concursal inglés y galés¹⁴².

7.2.1 Antecedentes históricos y evolución normativa.

Tomando como punto de partida la evolución histórica del derecho de la insolvencia anglosajón, en un principio cabe destacar cómo sus disposiciones únicamente resultaban aplicables a los comerciantes¹⁴³ y de acuerdo con la *lex mercatoria* general, que sin demasiada ortodoxia en la praxis aplicaba ciertas instituciones (vid. la *cessio bonorum*) propias del derecho romano.

Así pues, la primera *lex specialis* como tal en esta materia no tuvo lugar hasta la *Bankruptcy Act de 1542*, ello en contraste con la más temprana inteligencia del derecho

¹⁴² Publicado en BENEYTO K., “La insolvencia de la persona física bajo el derecho concursal; un estudio de derecho comparado”, Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana, ed. Tirant lo Blanch, 2017, nº 62.

¹⁴³ SCHAW MILLER, S. y BAILEY, E., *Personal insolvency: law and practice*, ed. LexisNexis, 2008, pág.5.

castellano¹⁴⁴. En cualquier caso, aquel primer ensayo legislativo, pese a sus sucesivas reformas, se mantuvo en el tiempo hasta su derogación por la *Bankruptcy Act de 1861*.

Hasta la aparición en escena de esta última norma y su más amplio ámbito de aplicación (vid. *Section 69*), aquellos sujetos insolventes no-comerciantes simplemente quedaban sujetos a las medidas entonces existentes con carácter general en la *common law*, tales como afrontar indiscriminadamente el embargo (*seizure*) y venta de sus propiedades, así como, naturalmente, la menos afortunada alternativa de tener que afrontar la prisión fruto de sus deudas y ya propia de la *crudelitas creditoris* del derecho romano (vid. así la originaria *legis actio per manus iniunctionem*¹⁴⁵).

Sin embargo, el verdadero punto de inflexión en la evolución legal de la insolvencia en el ámbito anglosajón tuvo lugar con la posterior *Bankruptcy Act de 1869*, allí comunmente conocida como la “fundadora” del derecho contemporáneo de la insolvencia y pese a su relativamente escasa vigencia, por cuanto fue reemplazada por la *Bankruptcy Act de 1883*. Asimismo, es de interés advertir la insólita actividad legislativa en materia concursal que tuvo lugar durante la época victoriana, con más de cien reformas habidas entre 1831 y 1914¹⁴⁶, lo que desembocó en la anhelada *Bankruptcy Act de 1914*, en aras de unificar semejante grado de incontinencia legislativa.

Llegando así a nuestro tiempo legislativo vigente, tras la elaboración del célebre *Cork Report*¹⁴⁷, consistente en una suerte de profunda recopilación jurídico-técnica de recomendaciones y mejoras a introducir sobre el ordenamiento concursal, la actual positivización de este derecho concursal se recoge en la denominada *England and Wales Insolvency Act 1986* (IA1986)¹⁴⁸, junto con su cuerpo procesal de normas establecido en las *Insolvency Rules 1986* (IR1986) y cuya elaboración ya ordena la propia *Section 412 IA1986*.

¹⁴⁴ El Código de las Siete Partidas ya incluía, en su Título XV, una cierta positivización del concepto de insolvencia ligada a la incapacidad para afrontar los pagos (“*non han poderío fazer la paga [...]*”), así como un mecanismo para su posible condonación.

¹⁴⁵ En lo que a esta cruenta institución romana se refiere, como ya dijimos, el deudor era llamado (voluntaria o forzosamente) ante el Magistrado por parte del acreedor y tenía dos opciones: pagar o bien presentar un *vindex* (defensor) quien podía subrogarse en el pago u oponerse a la ejecución. Si el deudor no lograba superar satisfactoriamente alguna de estas dos opciones, pasaría entonces a convertirse en esclavo del acreedor, permaneciendo retenido durante sesenta días en casa de este último, quien a su vez quedaba legalmente autorizado para enajenarlo como esclavo en día de mercado o bien darle muerte. BETANCOURT SERNA, F., *Derecho romano clásico*, ed. Universidad de Sevilla, 2007, pág.155.

¹⁴⁶ GOODE, R., *Principles of Corporate Insolvency Law*, ed. Sweet & Maxwell, 2011, pág.11.

¹⁴⁷ DIGNAM, A. y LOWRY, J., *Company law*, ed. Oxford University Press, 2014, pág.451.

¹⁴⁸ También puede resultar de aplicación sobre la persona física la *Insolvent Partnership Order 1994*, equivalente a nuestras distintas formas de asociación bajo un régimen de responsabilidad ilimitada.

Respecto de estas últimas, debe asimismo estarse a su última reforma operada mediante las *Insolvency (Amendment) Rules 2016* (IR2016), vigentes desde el pasado 6 de abril de 2016, y que en palabras del propio legislador británico¹⁴⁹ “consolidan” y “modernizan” el lenguaje de las IR1986, así como reducen su *red tape* (carga burocrática) en favor de la economía procesal.

Análoga regulación recibe el derecho concursal en Irlanda del Norte y Escocia (allí conocido como *sequestration*), donde también se encuentra dividido a través de una ley sustantiva (*act*) y otra procesal (*rules*).

Con respecto a las principales reformas acometidas a partir de la vigente IA1986, sin lugar a dudas se hace necesario destacar la trascendental *Enterprise Act 2002*, en tanto que flexibilizó la aplicación de los *individual voluntary arrangements* (“IVA”), figura ésta más próxima a nuestro “acuerdo extrajudicial de pagos” que a la “propuesta de convenio”, y en definitiva, porque vino a positivizar aquella cultura del *fresh start* que una década después se ha reclamado en España. Resulta así, cuanto menos curioso, echar la mirada atrás y observar que análogas tertulias a las -todavía- recientemente vividas en nuestro orden sociopolítico se daban por aquel entonces en suelo británico, ello a raíz de un precursor documento de trabajo (*discussing paper*) oficial emitido en marzo del año 2000 por parte del Departamento de Insolvencia (*Insolvency Service Agency*), dependiente del Ministerio de Empresa, Energía y Estrategia Industrial (*Department for Business, Energy and Industrial Strategy*), bajo un ya contundente título: *Bankruptcy: A Fresh Start*.

En la misma línea, y a la vista de que el endeudamiento del consumidor persona física continuaba reflejando una tendencia de crecimiento, un segundo documento de trabajo o *discussing paper* fue emitido en marzo de 2005 por parte de la misma *Insolvency Service Agency*, bajo el también revelador título *Relief for the indebted - an alternative to bankruptcy*, esto es, *rescate* o *asistencia* para los endeudados. En efecto, como su nombre ya indica, se propuso una “alternativa” al clásico proceso concursal como estrategia para poder afrontar un determinado tipo de insolvencia cuando acontece a pequeña escala: poca deuda, pero también poco patrimonio y pocos ingresos.

Como resultado de este último pensamiento crítico objeto de debate, la *Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007* introdujo las conocidas como *debt relief orders* (“DRO”), de nuevo una figura de vital importancia para esta tipología de insolvencia tan poco adaptable a todo un proceso judicial: *low-debt, low-assets, low-income*, o como ya se ha dicho, *poco endeudamiento, poco patrimonio y pocos ingresos*.

¹⁴⁹ Vid. “Insolvency Rules 2016: Explanatory notes (General Points and Policy Changes)”, UK Government, 2016, disponibles en su página web oficial:
https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/448152/Explanatory_note_to_Insolvency_Rules_2016.pdf

7.2.2 Alternativas al proceso concursal.

Según se deduce de las críticas de la doctrina inglesa¹⁵⁰, parece ser un denominador común de cualquier ordenamiento jurídico el rechazo del individuo a someterse a un proceso concursal. No se trata, pues, de un problema sociocultural que aisladamente padezca la tradición social -o legal- española.

De igual modo, el verdadero motivo detrás de este rechazo no reside tanto en los efectos y posible resultado último que traiga consigo el concurso de acreedores, sino más llanamente en su estigma social y coste. Cuestión distinta es que además, en el supuesto español, hasta su intenso periodo reformista (2013 a 2015) la Ley Concursal no contaba con ningún aliciente sustancial en favor del concurso de persona física.

En el ámbito anglosajón que aquí nos ocupa, tanto los *Individual Voluntary Arrangements* (IVA) como las *Debt Relief Orders* (DRO) han logrado un consagrado éxito en su utilización que, todavía, no ha conseguido alcanzar el Título X de nuestra Ley Concursal. En cualquier caso, todas estas instituciones británicas y españolas, de carácter preconcursal o bien extraconcursal, coinciden en apartarse del proceso concursal pero no por ello del tratamiento jurisdiccional de la insolvencia, pues aun no ejerciendo jurisdicción alguna interviene un juez como garante de derechos privados (vid. art.117.4 de la Constitución Española), de igual modo que sucede en la jurisdicción voluntaria.

7.2.2.1 Debt management plans, deeds of arrangement y County Court administration orders.

Como sucede en cualquier otro ordenamiento jurídico, va de suyo que en la relación jurídica entre el deudor y sus acreedores -uno o varios- puede darse la posibilidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pago (*debt management plan*), en tan múltiple heterogeneidad como quiera imaginarse por su carácter informal, ello en el bien entendido sentido de no encontrarse sujetos a una tramitación o efectos *ex lege* en particular. Este tipo de acuerdos puramente extrajudiciales carecen, pues, de cualquier relevancia para el derecho jurisdiccional y de ninguna otra en el derecho sustantivo, más allá de la querida en virtud de la autonomía de la voluntad entre las partes contratantes.

Una distinta alternativa, también con fines solutorios frente a la insolvencia del deudor pero esta vez bajo un amparo legal expreso, consistía en la figura de las *deeds of arrangement* (literalmente *escritura de acuerdo*) y de cuya regulación se ocupaba la *Deeds of Arrangement Act 1914*. Sin embargo, esta herramienta de índole preconcursal resultó derogada el pasado 1 de octubre de 2015 mediante la *Deregulation Act 2015*. No puede hablarse, de todas formas, de una gran pérdida precisamente, en tanto que la

¹⁵⁰ MCQUEEN, J., *Bankruptcy explained*, ed. The Bankruptcy Association, 2005, págs.6, 8, 13 y 15.

última utilización de esta herramienta legal data del año 2004¹⁵¹. Por otro lado, no debe confundirse este extinto mecanismo con los afamados *scheme of arrangements*, esto es, los acuerdos de refinanciación equivalentes a la Disposición Adicional Cuarta de nuestra Ley Concursal, disponibles para las personas jurídicas sujetas a la *UK Companies Act 2006*.

Quedarían por examinar las denominadas *County Court administration orders*, cuya presencia en el tratamiento de la insolvencia se remonta al año 1883¹⁵², y que hoy se encuentran reguladas en la *County Courts Act 1984*. La legitimación activa para la solicitud de una *administration order* recae exclusiva y excluyentemente sobre el deudor¹⁵³, quien deberá presentarla ante el *County Court (hearing centre)* de su domicilio. Asimismo, para su concesión, es necesario que exista al menos una resolución judicial de condena ya dictada contra el deudor y a la que no pueda hacer frente¹⁵⁴, y, además, que el total de su pasivo no supere las 5000 libras esterlinas.

¿Pero en qué consiste tan particular procedimiento judicial preconcursal o (al menos) no-concursal? A través de esta intervención judicial directa, el deudor no busca sino obtener una *administration order* (orden judicial) por medio de la cual se establecerá, judicialmente, un calendario de pagos -léase *espera*- normalmente mensuales hasta que el deudor satisfaga la totalidad o bien sólo parte -léase *quita*- de su pasivo¹⁵⁵. En caso de quita, ésta se conoce como *composition order* dentro de aquella.

Con carácter previo a la emisión de dicha orden judicial, el *County Court* notificará a cada uno de los acreedores identificados por el deudor el inicio de este procedimiento y sobre los cuales -por tanto- recaerán sus efectos, con el fin de que en su caso puedan oponerse al crédito a su favor reflejado o bien al plan de pagos (*payment plan*) o quita incorporada (*composition order*), celebrándose una vista oral (*hearing*) a tal fin. La regulación legal de las *administration orders* confiere una llamativamente amplia flexibilidad, también discrecionalidad, en favor del *County Court* para decidir por sí mismo los términos de *espera* y *quita* que contendrá dicho plan de pagos (*vid. Section 112(6) County Courts Act 1984*).

¹⁵¹ Vid. la guía oficial “Guide to Insolvency Statistics”, publicada por el gobierno británico, en su versión de abril de 2016, pág.21. Disponible en su página web oficial:

https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/519489/Guide_to_Insolvency_Statistics.pdf

¹⁵² MACLEOD, J.K., *Consumer sales law*, ed. Cavendish Publishing, 2002, pág.858.

¹⁵³ Aunque no es posible la acumulación de solicitudes, por ejemplo, entre cónyuges, por lo que en estos supuestos de pluralidad la deuda se dividirá en tantos deudores solicitantes resulten.

¹⁵⁴ Vid. Section 112(1)(a) County Courts Act 1984.

¹⁵⁵ MORGAN, S., SMYTH, N., and TRIBE, J., *Personal insolvency law in practice*, ed. Jordan Publishing, 2013, págs.18 y 537 *et seq.*

A salvo de su posible revocación en caso de incumplimiento del plan de pagos, mientras se encuentre en vigor la *administration order* ninguno de los acreedores incluidos en el listado del deudor, y por tanto sujetos a la misma, podrán formular una demanda de concurso necesario¹⁵⁶, cuyo derecho de acción queda de este modo temporalmente suspendido. Existe algún privilegio crediticio, fundamentalmente, en materia de créditos adeudados con origen en un arrendamiento, pues al arrendador (*landlord*) se le permite poder embargar el patrimonio del deudor para saldar dicho adeudo arrendaticio incluso con posterioridad a la aprobación de la *administration order* (*vid. Section 116 County Courts Act 1984*).

Ante las apreciables bondades que, para el deudor, presentan las *administration orders*, su mucho más infrecuente uso (en contraste con los *Individual Voluntary Arrangements* y *Debt Relief Orders*) se explica por la estricta limitación cuantitativa (5.000 libras esterlinas) que existe para su acceso. En cualquier caso, no por ello debe dejar de elogiarse su disponibilidad para hacer frente a aquellos escenarios de insolvencia calificables como bajo endeudamiento (*low indebtedness*), para los cuales cualquier hipotética configuración de un proceso concursal termina por devenir en un mecanismo demasiado lento y costoso.

Bajo el mismo espíritu descansa la figura preconcursal, a la par que sustitutiva del concurso, de los *acuerdos extrajudiciales de pago* del todavía reciente Título X de la Ley Concursal: en definitiva, el camino de un tratamiento contencioso a otro más propio de la jurisdicción voluntaria, donde permanezca la intervención judicial en el tratamiento de la insolvencia si bien en forma de garante de los derechos privados.

7.2.2.2 *Debt relief orders (DRO)*: la insolvencia a pequeña escala.

El procedimiento (*Section 251 IA1986* y *Part 9 IR2016*) que ultima en la obtención de una *debt relief order* (orden de desahogo de deudas) constituye uno de los expedientes anglosajones de jurisdicción voluntaria, por excelencia, para el tratamiento de la insolvencia de la persona física a pequeña escala.

Creado mediante la *Tribunal Courts and Enforcement Acts 2007*, según ya se tuvo ocasión de resaltar en el apartado primero como una de las más significativas reformas del IA1986 e IR1986, nos encontramos ante un procedimiento exclusivamente pensado para combatir la insolvencia de la persona física y, más concretamente, aquella tipología de insolvencia que se caracteriza por un patrimonio escaso, un bajo endeudamiento y unos ingresos igualmente bajos.

Éste y no otro resulta el modesto propósito de las DRO: proporcionar una alternativa legal radicalmente accesible, en términos tanto económicos (el coste de su solicitud apenas es de 90 libras esterlinas) como de celeridad, en aras de combatir de manera

¹⁵⁶ FLOYD, R., BRUMBY, F., KNIGHT, S., *Personal insolvency: a practical guide*, ed. Sweet & Maxwell, 2012, p.7.

LA INSOLVENCIA DE LA PERSONA FÍSICA:
SU TRATAMIENTO DESDE UNA PERSPECTIVA JURISDICCIONAL

realista y asequible la insolvencia acontecida a pequeña escala -pequeña para confrontar un proceso concursal pero no pequeña en sus perniciosos efectos- sobre la persona física. Y todo ello, debe insistirse, sin prescindir de su tutela jurisdiccional.

Para la concesión de una DRO, como principales presupuestos subjetivos destacan que el deudor no podrá formular una solicitud hasta transcurridos seis años de la última (restricción similar a la de nuestro art.231.3.2º LC), así como debe haber residido en Inglaterra o Gales durante los tres últimos años. De otra parte, junto con la falta de capacidad patrimonial para poder hacer frente a los adeudos contraídos (*Section 251C(5)(a)*), existen tres presupuestos objetivos adicionales e íntimamente relacionados, a fin de cuentas, con la idea de limitar la utilización de este procedimiento para insolvencias de bajo rango, si bien -como se verá- su reforma operada en 2015 amplió notablemente su ámbito de aplicación.

El primero de estos presupuestos implica que el pasivo del deudor no puede superar las 20.000 libras esterlinas, ello conforme a la *Insolvency Proceedings (Monetary Limits) (Amendment) Order 2015*, que de hecho incrementó dicho límite del fijado hasta entonces en 15.000 libras esterlinas. En siguiente lugar, el sujeto insolvente no puede disponer de un sobrante de liquidez mensual que exceda las 50 libras esterlinas, cantidad ésta que permanece invariada desde la *Insolvency Proceedings (Monetary Limits) (Amendment) Order 2009*.

Finalmente, el valor global del activo o patrimonio del deudor no puede exceder de 1.000 libras esterlinas, cuantía también exigua pero que fue igualmente incrementada mediante la *Insolvency Proceedings (Monetary Limits) (Amendment) Order 2015*, elevando así el más estricto valor referencial anterior de 300 libras esterlinas. Existen, no obstante, normas de exclusión (*Rule 9.9 IR2016*) de determinados activos (un vehículo con valor de mercado inferior a 1.000 libras esterlinas) a la hora de computar dicho valor.

¿Quién dirige o supervisa el procedimiento de una DRO? No existiendo un administrador concursal como tal, dicho cometido recae sobre el *official receiver* designado para cada correspondiente *County Court (hearing centre)* por parte de la Secretaría de Estado (*Section 399 IA1986*), esto es, una suerte de oficial de Juzgado.

A tan particular figura debe sumarse aquella otra -ya externa al Juzgado- del cuerpo oficial de *approved intermediaries*¹⁵⁷, a quienes el deudor recurrirá para obtener un asesoramiento previo de su estado de insolvencia, así como serán quienes preparen y presenten la solicitud de DRO al pertinente *official receiver* (*Rule 9.3 IR2016*). Los *approved intermediaries* constituyen, *mutatis mutandis*, una figura cercana a la de nuestro mediador concursal.

¹⁵⁷ Para poder optar al cargo de *approved intermediary* se deberá ser miembro de una de las “*Competent Authority*”, que son aquellas expresamente designadas en la *The Debt Relief Orders (Designation of Competent Authorities) Regulations 2009*. Vid. asimismo *Section 251B IA1986*.

¿Existe entonces verdadera actividad jurisdiccional en este procedimiento, o por el contrario el *County Court* se limita a poner a disposición a su *official receiver* para canalizar la tramitación de una DRO? Pues bien, como ya pone de manifiesto la doctrina¹⁵⁸, en un principio la función judicial es meramente supervisora del procedimiento y siempre que el oficial nombrado o cualquier parte legitimada invoque su expresa intervención. Sin embargo, dicho esto, sucede que la propia figura *sui generis* del *official receiver* ya ostenta por sí misma la potestad, nada más y nada menos, que de ejercer funciones jurisdiccionales¹⁵⁹ emanadas o derivadas del *County Court (hearing centre)* al que se encuentren sujetos.

Por consiguiente cabe concluir, en esencia, que lejos de encontrarnos ante un procedimiento administrativo, las DRO guardan una naturaleza y sujeción propias del derecho jurisdiccional, siguiéndose el mismo ante el *County Court* y estando dicha potestad jurisdiccional llamativamente ejercitada a través del pertinente *official receiver*.

¿Qué efectos lleva consigo la concesión de una DRO? Su operativa resulta sencilla pero eficaz: si dicha orden judicial es otorgada al deudor, a través de la misma se le concederá una *espera* de 12 meses (*Section 251H IA1986*) durante los cuales sus acreedores, incluyendo aquellos de derecho público¹⁶⁰, a gran diferencia de su privilegiado trato en nuestra Ley Concursal (vid. arts.100.2, 100.3.III o 231.5.II LC), verán suspendido (*Section 251G IA1986*) su derecho de acción para ejercitar cualquier tipo de pretensión ejecutiva al amparo de su derecho de crédito. Con posterioridad, una vez transcurrido el mentado periodo de 12 meses, el deudor recibirá una condonación (*discharge*) completa de su pasivo.

Esta ambición de lograr una completa condonación de las deudas se encuentra, pese a todo, menguada a la vista de que ciertos tipos de deudas (obligaciones por alimentos o los polémicos *student loans*) no son susceptibles de ser consideradas elegibles (*qualifying debts*) dentro de una DRO (*Rule 9.1 IR2016*).

A lo anterior debe sumarse la análoga exclusión que reciben aquellas deudas con garantía real (*secured debts*), tampoco sujetas a una DRO, aunque en realidad, la escasa composición del activo (1.000 libras esterlinas) y pasivo (20.000 libras esterlinas) del deudor que exige el propio presupuesto objetivo de este procedimiento, ya excluye por sí solo su aplicabilidad sobre este último tipo de escenarios de deuda garantizada normalmente con algún activo inmobiliario.

¹⁵⁸ SCHAW MILLER, S. and BAILEY, E., *Personal insolvency: law and practice*, ed. LexisNexis, 2008, pág.1108.

¹⁵⁹ Vid. al respecto *R (on the application of Howard) v Official Receiver* [2013] EWHC 1839 (Admin), [2013] All ER (D) 73 (Jul).

¹⁶⁰ Vid. *Secretary of State for Work and Pensions v Payne and another* [2011] UKSC 60 [2011] All ER (D) 94 (Dec).

Cabría preguntarse cuál es, en cualquier caso, la finalidad de establecer una *espera* de 12 meses si es que al término de la misma no procede pago alguno sino, antes bien, la concesión directa de la anhelada condonación de aquellas deudas susceptibles de una DRO. Este tiempo de espera, aparentemente vacío de sentido, se justifica en que si durante dicho periodo mejoran las circunstancias económicas del deudor, en tal caso el *official receiver* -de oficio o a instancia de un acreedor afecto- podrá poner término a la DRO o cuanto menos extenderla por otros tres meses adicionales (*Section 251H(4) IA1986*).

Sin embargo, este tiempo adicional ya no guardaría el propósito de conceder una condonación de deudas una vez llegado su término, sino simplemente ofrecer un tiempo añadido al deudor para que intente llegar a un acuerdo con sus acreedores, antes de que finalicen los referidos efectos suspensivos de la DRO sobre las acciones ejecutivas de créditos.

Es fácil advertir lo paradójico de este efecto revocatorio por simple mejora de las circunstancias económicas del deudor, pues, en muchas ocasiones, provocará la tentación de que el deudor desee *contra natura* y haga todo lo posible por no mejorar sus finanzas, terminando así por convertir la situación en un deliberadamente periodo de ascética espera.

Existen otros motivos de revocación de una DRO durante su plazo de espera (*moratorium*) mucho más razonables, tales como la falta de colaboración posterior del deudor con el *official receiver*, el descubrimiento de ocultación de activos o pasivos por parte de aquel, o bien incurrir en alguna de las conductas específicamente prohibidas (*debt relief restriction orders*) y que comporta cualquier DRO durante su vigencia, tales como constituir una sociedad sin previo consentimiento judicial.

Téngase en cuenta que los acreedores afectos a la DRO pueden solicitar, además de la revocación de la propia DRO por razón de cualquiera de tales infracciones (*Rule 9.17 IR2016*), la ampliación cuanto menos de dicha orden judicial de restricciones en la conducta del deudor, ello hasta un periodo máximo de 15 años y que -aunque menos gravosamente- recuerda al régimen inhabilitador que contempla nuestro art.172.2.2º LC en sede de calificación concursal. En cualquier caso, el acreedor cuenta con un plazo de 30 días -antes 28- desde su notificación para formular su oposición (*objection*) interesando la revocación de la DRO por alguna de las causas de oposición allí tasadas (*Rule 9.15(3) IR2016*).

Resultaría ilusorio pretender equiparar las DRO con cualquiera de las herramientas preconcursales disponibles en la Ley Concursal, comenzando por las notables estadísticas¹⁶¹ (más de 30.000 órdenes en 2012; algo menos de 25.000 en 2015) de las

¹⁶¹ Disponibles en la página web oficial del gobierno británico:

https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/536966/Individual_insolvencies_by_location_age_and_gender_-_web.pdf

que gozan las DRO, a diferencia de aquellas, así como en atención a su bajo coste (90 libras esterlinas).

No está ni mucho menos claro que el expediente de los acuerdos extrajudiciales de pago, que regula el Título X de la Ley Concursal, se encuentre siquiera capacitado para afrontar esta particular tipología de insolvencia a pequeña escala; su compartida naturaleza de jurisdicción voluntaria, sustitutiva del proceso concursal, no es suficiente como para abaratar sus costes y agilización al nivel de las DRO. Por otro lado, su mucho mayor ámbito de extensión (incluyendo acreedores con garantía real ex art.238.bis LC), queda mermado en tanto que su éxito depende a la postre de la voluntad de la masa de acreedores (arts.236 y 237 LC), lo que de nuevo le aleja del aparente automatismo -pese al año de espera- que comprende una DRO.

En última instancia, huelga advertir que en ningún momento los acuerdos extrajudiciales de pago guardan como fin último desplegar una condonación de deudas siquiera en la forma del art.178.bis LC, sino que más bien se limitan a anticipar las bondades de una propuesta de convenio mediante los pertinentes mecanismos de espera y quita, así como -debe insistirse- quedando sometida a la aprobación de los acreedores afectos a la misma.

7.2.2.3 Individual Voluntary Arrangements (IVA) y el especial protocolo para consumidores.

En primer lugar debe estarse a la subdivisión de la figura de los IVA en dos instituciones diferenciadas¹⁶², cual es por un lado los denominados *composition agreements*, y, por otro, los *scheme of arrangements*, ambos recogidos bajo la *Section 253 IA1986*. No existe, por lo demás, un *tertium genus* entre ambas figuras, de modo que las solicitudes que no se adecúen a los requisitos de una u otra serán rechazadas¹⁶³.

La mayor diferencia entre ambas instituciones citadas reside, en esencia, en que el mecanismo del *composition agreement* opera a través de la herramienta de la *quita*¹⁶⁴ parcial de los pasivos del deudor, mientras que un *scheme of arrangement* dispone de una mayor amplitud o flexibilidad a la hora de contener cualesquiera términos económicos. Así, por ejemplo, bajo esta última figura legal, es habitual¹⁶⁵ recurrir a la cesión de los bienes del deudor, quien a través del *supervisor* (figura parecida a la del

¹⁶² Sobre su debida distinción legal, vid. *Commissioners of Inland Revenue v Adams [2001] BCLC 222*.

¹⁶³ *Inland Revenue Commissioners v Bland [2003] EWHC 1068*.

¹⁶⁴ SCHAW MILLER, S. y BAILEY, E., *Personal insolvency: law and practice*, ed. LexisNexis, 2008, pág.188.

¹⁶⁵ Así lo destacan MORGAN, S., SMYTH, N., y TRIBE, J., *Personal insolvency law in practice*, ed. Jordan Publishing, 2013, pág.452.

mediador concursal) procederá a su enajenación conforme a las pautas acordadas entre el deudor y sus acreedores, así como al posterior reparto de la liquidez obtenida.

Hasta su derogación el 26 de mayo de 2015, en virtud de la *Small Business, Enterprise and Employment Act 2015*, existía también una tercera subinstitución conocida como *fast-track IVA*, que fue introducida en 2002 y que estaba exclusivamente pensada para aquellos supuestos de solicitud de un IVA tras un concurso de acreedores (*bankruptcy*). En cualquier caso, según apunta la doctrina¹⁶⁶, su popularidad hasta entonces era notablemente escasa.

Así pues, comoquiera que a la fecha solamente existe un procedimiento de IVA disponible para cualquier deudor persona física, incluso cuando éste se hubiera sometido previamente a un concurso de acreedores, beneficiándose de su régimen de condonación de deudas¹⁶⁷, veamos a continuación cuáles resultan los principales hitos procedimentales de un IVA:

Una figura primordial y concurrente dentro de un procedimiento de IVA resultan las llamadas *Court interim orders* (órdenes judiciales temporales), reguladas en la *Rule 8.8 IR2016*. Con anterioridad al 1 de enero de 2003, la concesión de una *interim order* constituía incluso un requisito de procedibilidad para poder formular una solicitud de IVA¹⁶⁸.

Aunque desde tal fecha su previa concesión ya no resulte un requisito previo (*Section 252 IA1986*) para solicitar un IVA, su actual uso e importancia continúa siendo de primer orden en tanto que proporcionan una moratoria o espera de 14 días prorrogables (*Sections 255(6) y 256(4) IA1986*), durante los cuales el derecho de tutela ejecutiva de los acreedores de dicho deudor queda en suspenso (*stay*), siempre y cuando tales ejecuciones traigan causa de créditos potencialmente afectos a un IVA¹⁶⁹, quedando igualmente suspensa la tramitación o admisión a trámite de cualquier demanda de concurso necesario.

Por lo demás, la petición de una *interim order* sólo será posible cuando ninguna otra *interim order* haya sido solicitada en el último año (*Section 255 IA1986*), y, evidentemente, cuando el propósito último del deudor sea formular una solicitud de IVA. La competencia para demandar dicha *interim order*, por parte del deudor, recae en el *County Court (hearing centre)* de su domicilio (*Rule 8.9 IR2016*).

¹⁶⁶ SEALY, L., MILMAN, D., y BAILEY, P., *Annotated guide to the insolvency legislation*, Volume 1, ed. Thomson Reuters, 2016, pág.1028.

¹⁶⁷ *Tucker v Atkins EHC [2013] 4469*.

¹⁶⁸ DOYLE, L., *Insolvency legislation: annotations and commentary*, ed. Jordan Publishing, 2016, p.398.

¹⁶⁹ *Stella v Harris [2014] EWHC 4492 (Ch)*. Se exige, además, que pueda poner en peligro dicho IVA.

En siguiente lugar destaca el concepto *proposal* (propuesta), regulado en la *Section 256 IA1986* y *Rule 8.3 IR2016*, relativamente análogo a nuestra propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos (art.236 LC). En la *proposal* se recogerán todos los términos y condiciones del acuerdo, pudiendo preverse posibles modificaciones futuras al mismo.

Esta propuesta será facilitado al *nominee* (también equivalente al mediador concursal) designado, quien deberá valorarla a través de toda la información sobre el pasivo y patrimonio del deudor a facilitarle por éste, principalmente, por medio de un *statement of affairs* (*Rule 8.5 IR2016*) análogo al contenido de la solicitud de un acuerdo extrajudicial de pagos de nuestro art.232 LC.

¿Quién debe elaborar esta propuesta, el deudor o el *nominee*? Ni uno, ni otro, pues legalmente se exige que el deudor recabe asesoramiento legal a través de un *insolvency practitioner* (profesional de la insolvencia externo), quien a su vez basará sus recomendaciones legales en la guía legal conocida como *Statements of Insolvency Practice (SIPs)*. Dicha guía oficial es elaborada por parte de los cuerpos profesionales (*Section 391 IA1986*) expresamente reconocidos en materia concursal por parte del Secretario de Estado y el Departamento de Insolvencia del gobierno (*Insolvency Services*), todo ello a través de un comité mixto (*Joint Insolvency Committee – JIC*).

Se hace difícil encontrar una operativa mínimamente similar en nuestro ordenamiento concursal pues, en realidad, ésta recuerda más bien a la conocida función -aunque voluntaria- de estandarización de normas de observancia mediante los certificados ISO o UNE en diversos ámbitos legales. En cualquier caso y desde dicho prisma de voluntariedad, es admisible y aconsejable que puedan tener un rol parejo las pertinentes asociaciones de reconocido prestigio como la Asociación Profesional de Administradores Concursales (ASPAC).

Con todo, esta propuesta debe ser igualmente evaluada por parte del *nominee*, a semejanza de nuestro art.107 LC bajo un contexto de propuesta de convenio concursal, quien presentará su informe (*report*) al respecto ante el *County Court* concededor de la previa *interim order* o bien directamente a los acreedores de no existir ésta, en cuyo caso puede decirse que no habrá ninguna intervención judicial.

Bajo la antigua regulación de las *IR1986*, se procedía a convocar una junta de acreedores (*creditors' meeting*) requiriéndose en ella una aprobación por doble mayoría del 75% (*Rules 5.17 y 5.18 IR1986*) de los acreedores concurrentes (y que representen idéntico porcentaje de deuda) a la propuesta presentada. El resultado de esta junta de acreedores sería igualmente comunicada al *County Court (hearing centre)* concededor de la *interim order* previa, a salvo de que no exista ésta.

Sin embargo, tal y como resulta el propio documento gubernamental oficial aclaratorio, denominado *Insolvency 2016: Explanatory Notes*, el mecanismo de la convocatoria de una junta de acreedores databa del siglo XIX, habiendo devenido en la actualidad como una figura de pobre efectividad y asistencia. Mediante la *Small Business, Enterprise and Employment Act 2015*, desde el 1 de octubre de 2015 ya no resulta preceptiva una

reunión física de los acreedores en junta, excepto si fuera solicitado por diez de ellos o bien que representen un 10% del pasivo (*Section 379A(8) IA1986*).

Así pues, la forma de votar una propuesta (*decision making process*) será discrecionalmente decidida por parte del mediador concursal, con el límite prohibitivo del consentimiento tácito (*deemed consent*) y que no podrá utilizarse como criterio.

Una *proposal* también puede ser objeto de oposición por parte de los acreedores afectados y como sucede frente a un acuerdo extrajudicial de pagos (art.239 LC), ello ante el *County Court* en el plazo de 28 días desde su aprobación, e igualmente sólo por razón de una serie de causas tasadas (*Section 262 IA1986*) donde también concurre el concepto de desproporción (art.239.1 LC) o *unfair prejudice*.

Finalmente, cabe destacar -y elogiar- la existencia de un cuerpo de normas procedimentales y sustantivas, así como una serie de documentación estandarizada, expresamente previstas para afrontar la insolvencia de consumidores, conocidas como *The Straightforward Consumer IVA Protocol 2016 version* en su última versión vigente desde el 1 de octubre de 2016. Su definición de consumidor, regulado en su norma 3.1, contiene unas pautas absolutamente amplias y ni tan siquiera tasadas, siendo irrelevante factores tales como la edad o la condición de propietario de una vivienda.

El cometido de este *protocolo* no es otro que, según su propio legislador, facilitar la eficacia y forma de gestionar un procedimiento de IVA, proporcionando así al deudor una guía estandarizada de actuaciones conforme al espíritu de las certificaciones ISO o UNE antes referidas, incluyendo asimismo una serie de documentación modelo, todo ello con carácter voluntario.

Sin embargo, el mentado protocolo de recomendaciones (*advice rules*) no solamente viene dirigido al deudor-consumidor, para su mejor comprensibilidad real y uso del IVA, sino también a los acreedores que voluntariamente¹⁷⁰ se quieran adherir a sus normas en cuanto a la forma y -también- al fondo del IVA.

Nos encontraríamos, por tanto, no solamente ante unas meras recomendaciones sino ante todo un acuerdo que regulará los términos, efectos y especialidades que regirán el IVA. Por ejemplo, en caso de emergencia o reducción inesperada de ingresos, el protocolo prevé (vid. norma 10.8) que el deudor-consumidor pueda reducir los pagos convenidos con los acreedores hasta un máximo de nueve mensualidades conforme a los requisitos allí regulados; o en materia de la habitual problemática sobre cómo proteger la vivienda habitual del deudor, la norma 9 del protocolo contiene un detallado procedimiento que se basa en la fórmula del *equity release* (similar a nuestra figura de la hipoteca inversa).

¹⁷⁰ Los acreedores adheridos a la *British Bankers Association* han manifestado su apoyo y sujeción a este protocolo.

De igual modo, también el *insolvency practitioner* ve sometida su actuación y documentación a utilizar conforme al protocolo, ello en relación con su asesoramiento al deudor y elaboración de una *proposal*.

Durante todo el transcurso del procedimiento del IVA figura un *nominee*, cargo al que ya hemos hecho referencia con anterioridad y que razonablemente cabe identificar con un mediador concursal, en tanto que el cargo de *nominee* exige la condición de *insolvency practitioner*, toda vez que el propio procedimiento de IVA guarda una naturaleza de jurisdicción voluntaria -visto su control e intervención- de la que también participa nuestro acuerdo extrajudicial de pagos. Las funciones atribuidas al *nominee* consisten, básicamente, en evaluar la *proposal* del IVA.

El cargo de *nominee* no se superpone con aquel otro del *supervisor*, también referido en alguna ocasión anterior, en tanto que este último tiene como objeto controlar y verificar el cumplimiento del IVA durante su ejecución. Como cabe apreciar, ambas funciones se encuentran fusionadas en el rol del mediador concursal de nuestra Ley Concursal, mientras que aquel designado como *nominee* no necesariamente tiene por qué continuar luego en la forma de *supervisor*, aunque en la práctica forense resulta lo más habitual.

Las saludables estadísticas oficiales¹⁷¹ que gozan los IVA en cuanto a su utilización (más de 50.000 solicitudes en 2014 y 40.000 en 2015) se encuentran, todavía, lejos del uso -aunque en auge- de la mediación concursal en España (más de 250 solicitudes en 2015)¹⁷². La aludida tendencia de incremento puede explicarse por tres principales reformas concursales habidas en el mismo año 2015, todas ellas mediante el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, luego refrendado por la Ley 25/2015, de 28 de julio: la reforma del art.235.2 LC, consiguiendo la efectiva suspensión de ejecuciones judiciales y extrajudiciales sobre la persona física; la del art.236 LC flexibilizando el contenido de un acuerdo extrajudicial de pagos; y, finalmente, la creación del art.238.bis LC, ampliando así la extensión del acuerdo sobre acreedores con garantía real.

Pese al atractivo de todas estas reformas para el deudor, es evidente que las escasas especialidades que contempla el art.242.bis LC en materia de consumidores nada pueden hacer por competir con el detalle y extensión del antes analizado “protocolo” del consumidor, que en lugar de un solo precepto dedica más de quince, junto con un fundamental Anexo IV que estandariza un especial procedimiento para consumidores.

¿Podría residir aquí, en esta notoria diferencia, la constante crítica de que el legislador concursal tradicionalmente ha ignorado y -aunque mucho menos- sigue sin atender a la especial tipología de la insolvencia del consumidor persona física?

¹⁷¹ https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/536966/Individual_insolvencies_by_location_age_and_gender_-_web.pdf

¹⁷² “Breves notas sobre la mediación concursal y mercantil (hasta 28 octubre 2015) y estadísticas”, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, ed. Wolters Kluwer, 2016, n° 24.

7.2.3 El concurso de persona física.

7.2.3.1 *Statutory demands*: un requisito de procedibilidad.

Tomando como referencia la sistematización u orden normativo que sigue el proceso concursal (*bankruptcy*), es ciertamente distintivo que la *Part 10* (a la sazón *Part 6*) de las IR2016 -recuérdese, el cuerpo procesal concursal de normas-, comience su regulación de tal concurso (*bankruptcy*) no en atención a sus presupuestos, ni a sus sujetos legitimados, o bien por los requisitos de la demanda de concurso. Antes bien, su primer capítulo viene destinado a la denominada *statutory demand*.

Así las cosas, la *statutory demand* encontraría su equivalente más próximo en una reclamación extrajudicial, no obstante tipificada, que el acreedor debe remitir a su deudor, sea porque la deuda resulte ya vencida, líquida y exigible, o bien porque exista una razonable previsión en su impago (*Section 268(2) IA1986*). Sin embargo, al mismo tiempo, es requisito que el adeudo a reclamar no tenga una antigüedad mayor a seis años¹⁷³ o doce en el caso de impagos derivados de un préstamo hipotecario¹⁷⁴, toda vez que su importe mínimo (*Section 267(4) IA1986*) debe alcanzar las 5.000 libras esterlinas, cantidad que fue elevada frente a las 750 exigidas hasta el 1 de octubre de 2015.

Cabe apreciar cómo esta tipificación legal de la *statutory demand* busca condicionar su acceso en función de las circunstancias, temporales y cuantitativas, del crédito adeudado. Con todo, esta figura no puede identificarse con acto procesal alguno, pues su cometido sólo es actuar como un previo requerimiento extrajudicial fehaciente, emitido por el propio acreedor -no el Juzgado-, luego no cabe hablar de intervención jurisdiccional alguna, menos aún del inicio del proceso concursal¹⁷⁵, y ello pese a su ubicación sistematizada a modo de comienzo del mismo. Por lo demás, la *statutory demand* tampoco se asemeja a un requerimiento notarial de reclamación de deudas, ni en atención a su remitente ni a sus efectos, como tampoco guarda similitud suficiente con el procedimiento de conciliación de la jurisdicción voluntaria.

La positivización de esta reclamación extrajudicial no solamente restringe su utilización en función de la cuantía y antigüedad del derecho de crédito, sino que tratándose de un documento estandarizado a través de las *Rules 10.1 a 10.3 IR2016*, ello implica que para su validez también debe reunir un contenido específico; así por ejemplo, informar al deudor sobre su finalidad, efectos y el plazo límite de pago del crédito reclamado. No

¹⁷³ *Bruton v Inland Revenue Commissioners* [2000] B.P.I.R. 946), comentada en FRIEZE, S., *Personal Insolvency Law - In Practice*, ed. Sweet & Maxwell, 2004, pág.9.

¹⁷⁴ Vid. así la *Limitation Act de 1980*.

¹⁷⁵ *Shalson v DF Keane Ltd* [2003] EWHC 599 (Ch), comentada en SEALY, L., MILMAN, D., y BAILEY, P., *Annotated guide to the insolvency legislation*, Volume 1, ed. Thomson Reuters, 2016, pág.348.

obstante, lo cierto es que se han dado supuestos¹⁷⁶ de validez de una *statutory demand* defectuosa cuando tales defectos no causen indefensión al deudor.

¿De qué alternativas dispone el deudor que reciba una *statutory demand*? También las mismas se encuentran reguladas por la normativa concursal, toda vez que se reducen a dos opciones: bien atender dicha reclamación extrajudicial de pago, ello en el plazo legal de 21 días naturales desde su notificación, o bien formular una solicitud ante el *County Court (hearing centre)*¹⁷⁷ correspondiente a su domicilio (*Rule 10.2.(h) IR2016*) para que dicho *County Court* desestime¹⁷⁸ (*set aside*) la *statutory demand* formulada por el acreedor.

Para el ejercicio de esta última potestad, el plazo de deudor se reduce de 21 días naturales a 18 desde la notificación de la reclamación (*Rule 10.5 IR2016*). No resulta suficiente con que el deudor acredite su estado de solvencia¹⁷⁹, salvo en el supuesto antes ya mencionado de que el crédito reclamado todavía no se encontrara vencido y el acreedor hubiera ejercitado anticipadamente dicha reclamación en razonable previsión de su impago (*Section 268(2) IA1986*). Como causas de oposición frente a una *statutory demand*, el deudor podrá formular uno o varios motivos acumulados, sea por compensación (*set off*) de deudas o simplemente oponerse a la existencia de la misma.

En cualquier caso, cabe destacar la repentina *conversión* jurisdiccional que puede operar sobre aquella *statutory demand* rectora, de suerte que es el deudor quien puede iniciar dicho carácter si formula oposición frente a la misma, dando así comienzo a su carácter jurisdiccional y contencioso. Naturalmente, este *petitum* de tipo declarativo del deudor puede verse desestimado, incluso, sin necesidad de celebración de vista cuando no se aprecie *sufficient cause* (*Rule 10.6 IR2016*) en su petición.

¿Cuál es, entonces, la correcta inteligencia que debe regir entre las figuras de la *statutory demand* y la demanda de concurso necesario, que justifique que aquella aparezca ubicada al comienzo de la regulación del proceso concursal (*bankruptcy*)?

Pues bien, como regla general, el concurso necesario (*creditor's bankruptcy petition*) establece (*Section 268(1)(a) IA1986*) como requisito de procedibilidad que el acreedor haya formulado previamente dicha *statutory demand*, y ello por cuanto la propia definición legal de insolvencia (*inability to pay*) engloba este trámite extrajudicial como

¹⁷⁶ *Coulter v Chief Constable of Dorset* [2004] EWCA Civ 1259.

¹⁷⁷ Téngase en cuenta que, a partir de la entrada en vigor de la *Crime and Courts Act 2014*, el 22 de abril de 2014, Inglaterra y Gales están sujetas a un único partido judicial o *County Court*, que extiende su jurisdicción por ambas naciones a través de distintos *hearing centres* territoriales.

PARTINGTON, M., *Introduction to the English legal system 2014-2015*, ed. Oxford University Press, 2014, pág.214.

¹⁷⁸ WATSON-GANDY, M., *Personal insolvency practice: litigation, procedure and precedents*, ed. Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2012, pág.45.

¹⁷⁹ *Johnson v Tandridge DC* [2007] EWHC 3325 (Ch).

uno de los presupuestos objetivos del concurso necesario. Cuando exista un riesgo motivado, de que durante el ya citado periodo de 21 días de la *statutory demand*, el patrimonio del deudor puede verse significativamente reducido, entonces podrá el acreedor anticipar su demanda de concurso (*Section 270 IA1986*).

Existen, no obstante, excepciones a dicha regla general. Así ocurre cuando el acreedor ya cuente con un título judicial ejecutivo despachado sin éxito (*Section 268(1)(b) IA1986*), análogo a nuestro supuesto del art.2.4 LC, o cuando el deudor haya incumplido su *Individual Voluntary Arrangement* (IVA) equivalente al acuerdo extrajudicial de pagos de nuestro Título X de la LC, en cuyo caso el -equivalente- mediador concursal (*supervisor*) o los acreedores podrán demandar directamente su concurso.

7.2.3.2 *Bankruptcy*: la liquidación concursal.

Con carácter previo, debe advertirse que en puridad el término *bankruptcy* no puede identificarse con *concurso de acreedores*. A diferencia de nuestro concurso, el concepto de *bankruptcy* se circunscribe a las tareas que en nuestro ordenamiento identificaríamos como propias de la liquidación concursal, es decir, el proceso conducente a la enajenación de los activos del deudor, el pago a los acreedores y en su caso la condonación de las deudas insatisfechas, todo ello -aquí también- bajo la debida tutela jurisdiccional.

Por consiguiente, resulta técnicamente más preciso situar el proceso judicial de *bankruptcy* directamente con nuestra fase de liquidación concursal, en tanto que el legislador británico ha considerado oportuno prescindir de una fase de convenio, entendiéndose ya provista extramuros del concurso mediante la jurisdicción voluntaria de los IVA antes analizada; lo cual, a su vez hace innecesaria la tramitación de una previa fase común ante la existencia de un único escenario liquidador posible.

7.2.3.2.1 Jurisdicción y competencia.

La jurisdicción para conocer de un proceso concursal (*bankruptcy process*) recae en el *County Court* civil, que como ya hemos tenido ocasión de apuntar con anterioridad, desde el 22 de abril de 2014 es único -no existen diversos *County Court*- para toda Inglaterra y Gales, ello con independencia de que por razones evidentes sí tenga que haber distintos *hearing centres* -sujetos a un mismo *County Court*- distribuidos por todo el territorio. En otras palabras, Inglaterra y Gales están sujetas a un único partido judicial civil que, consiguientemente, abarca toda la demarcación jurisdiccional posible.

La regla general de competencia para conocer de una demanda de concurso necesario reside en el *hearing centre* (listados en el *Schedule 6 IR2016*) del lugar de actividad empresarial (*business*) del deudor, y en su defecto su domicilio. Sin embargo, las mismas normas de competencia (*Rule 10.11 IR2016*) recogen la distintiva particularidad

de que para el área de Londres el legislador decidiera en 2011¹⁸⁰ crear el *London Insolvency District*, con el fin de unificar los distintos *County Courts* en su momento repartidos territorialmente en dicha zona. A su vez, si el pasivo del deudor es igual o superior a 50.000 libras esterlinas, dicha demanda deberá formularse ante el *High Court* (también órgano de prima instancia) de Londres.

¿Qué sucede con el concurso de carácter voluntario? Con un coste de apenas 655 libras esterlinas y una sorprendente sencillez y pragmatismo, cuyo fin último proclamado es querer romper de una vez por todas con el *estigma* del concurso de la persona física, desde el 6 de abril de 2016¹⁸¹ la solicitud por el propio deudor sólo puede formularse telemáticamente (*Section 263(H)* y *ss. IA1986*), completando así cada paso online - contiene un total de ocho simples apartados- y adjuntando la pertinente documentación requerida. Lo anterior no obsta a que el deudor pueda, naturalmente, recurrir a un *insolvency practitioner* de cara a ser asesorado a la hora de rellenar la susodicha solicitud online.

El presupuesto subjetivo únicamente exige la condición de persona física para poder solicitar el concurso voluntario telemáticamente, así como que su centro de intereses principales (*debtor's main interests*) se encuentre en Inglaterra o Gales (*Section 263I IA1986*), o bien subsidiariamente su domicilio, e incluso cuando al menos en los últimos tres años el deudor haya residido o bien ejercido actividad empresarial o profesional en una u otra de las citadas naciones.

Tras ello, en el plazo de 28 días el deudor recibirá una comunicación notificándole si se admite o no su solicitud de concurso. Ya no será el *County Court*, sino el *Insolvency Service Adjudicator*, quien examine la solicitud y en su caso acuerde la declaración de concurso (*bankruptcy order*).

¿Podría decirse, entonces, que el concurso voluntario entendido como *bankruptcy* ha perdido su carácter jurisdiccional desde su citada última reforma?

No exactamente, ya que como también sucede con las DRO -de naturaleza jurisdiccional voluntaria ejercida a través de un *official receiver*-, en este caso es la figura creada *ad hoc* del *adjudicator* (nombrados por el Secretario de Estado) a quien expresamente le ha sido trasladado el poder jurisdiccional (*Section 263I IA1986*) para poder emitir una declaración de concurso (*bankruptcy order*). Sólo en caso de ver rechazada su solicitud de *bankruptcy* puede el deudor, entonces sí, recurrir dicha decisión ante el *County Court* en el plazo de 28 días desde la notificación de la misma, si bien previa solicitud de revisión ante el mismo *adjudicator*.

¹⁸⁰ Promulgando así *The London Insolvency District (Central London County Court) Order 2011*.

¹⁸¹ A través de la reforma mediante la *Enterprise and Regulatory Reform Act 2013*.

7.2.3.2.2 El concurso necesario.

Comenzando por las cualidades afectantes a la legitimación activa (*entitlement*), tanto un sólo acreedor como varios conjuntamente pueden formular una petición de bankruptcy frente al deudor (*Section 264(1)(a) IA1986*), petición cuyos requisitos de contenido y documentación regula muy detalladamente la *Rule 10.8 y ss. IR 2016*. Al igual que en nuestro art.19.4 LC, no es requisito que la deuda que justifique la condición de acreedor se encuentre vencida. Asimismo, y de nuevo tal como sucede en virtud de nuestros todavía recientes arts.236.4 y 241.3 LC, el principio dispositivo del proceso concursal queda menguado ante la legitimación activa conferida al mediador concursal o *supervisor (Section 276 IA1986)* para demandar una *bankruptcy order* por incumplimiento de un IVA.

No obstante, como ya se ha advertido, a partir del 1 de octubre de 2015 y al amparo de la *Insolvency Act 1986 (Amendment) Order 2015*, el adeudo que funde tal demanda de concurso necesario debe ascender al menos a 5.000 libras esterlinas, hasta dicha reforma fijado en 750 desde 1986. Este requisito, entroncado con la legitimación activa y cuya citada reforma lo ha restringido al elevar la cuantía, termina por estimular el fenómeno de la pluralidad de partes demandantes, para así sumar entre varios de los acreedores demandantes la anhelada barrera crediticia. Visto así, se ha de reconocer que llama la atención que en la Ley Concursal no exista restricción cuantitativa que afecte a la legitimación activa del demandante del concurso necesario, con tal de que ostente la cualidad de acreedor y por insignificante que el adeudo resulte.

Adicionalmente, la *Section 267(2)(b) IA1986* también restringe a los acreedores con garantía real (*secured creditors*) la legitimación activa para petitionar el concurso necesario de su deudor, a menos que renuncien a tal garantía o bien acrediten que su valor de mercado es inferior al de la deuda garantizada, limitando así su demanda a la cantidad de su derecho de crédito que excediera de aquel valor (*Section 269 IA1986*).

¿Cuál es el presupuesto objetivo del concurso necesario? Cabe traer a colación la figura de la *statutory demand*, en tanto que ésta viene a actuar como previo requisito de procedibilidad (*Section 268(1)(a) IA1986*) para ser declarado en concurso. Todavía más, nos encontramos con que la definición de *bankruptcy* descansa sobre la sencilla idea de la inhabilidad para poder hacer frente a los pagos (*inability to pay*), y, a su vez, la definición legal de esta “inhabilidad” exige haber dado cumplimiento al procedimiento de *statutory demand*.

Por ello, cabe deducir que como norma general dicho procedimiento actúa -además- como presupuesto objetivo del concurso, que sólo podrá excepcionarse en el supuesto de que el acreedor demandante contara ya -al modo de nuestro art.2.4 LC- en su poder con un título ejecutivo judicial insatisfecho, o bien en el caso de mediar un previo incumplimiento de un procedimiento IVA -de nuevo análogamente al presupuesto del concurso consecutivo (art.242.1 LC)-.

En definitiva, existes tres causas de pedir¹⁸² posibles para fundar una demanda de concurso necesario: cuando el deudor no se oponga ni dé cumplimiento al requerimiento de una *statutory demand* en el plazo de tres semanas, antes examinado; ante un título judicial ejecutivo insatisfecho; y por incumplimiento de un IVA aprobado.

Por lo que respecta al procedimiento a seguir, previo a la declaración de concurso o *bankruptcy order*, tal y como prevé nuestro art.19 LC también aquí se establece una previa vista (*hearing*) que garantice el principio de audiencia del deudor, quien deberá manifestar cinco días antes de la celebración de la vista sus posibles motivos de oposición. Desde la formulación de la demanda de concurso hasta su pretendida declaración, el demandante puede solicitar el nombramiento de un *interim receiver* (*Section 286 IA1986*) que “proteja”¹⁸³ la masa activa de deudor durante dicho íterin, mecanismo éste parecido al de las medidas cautelares *ex ante* al concurso (art.17 LC). El nombramiento del *interim receiver* recaerá sobre el propio *official receiver* -figura antes ya explicada- del *County Court* (*hearing centre*) competente.

7.2.3.2.3 Efectos derivados de una *bankruptcy order*.

Los Capítulos II a VII, Parte IX, de la *IA1986*, dan buena cuenta de la diversidad y multitud de efectos que lleva consigo la declaración de concurso (*bankruptcy order*), que por razones de espacio y complejidad no es posible examinar en todo su merecimiento, por lo que a continuación únicamente destacaremos sus notas principales.

En primer lugar, cabe advertir el nombramiento del *official receiver* -figura inexistente en nuestra Ley Concursal y designada por el Secretario de Estado- correspondiente a la *County Court* (*hearing centre*) ordenante del concurso, quien como regla general también asumirá las funciones de *trustee in bankruptcy* (administrador concursal). Es posible, no obstante, que un *insolvency practitioner* externo sea designado como administrador concursal, por ejemplo, a petición de los acreedores (*Section 292(1)(a) IA1986*), o bien de oficio por parte del *County Court* a la vista de la potencial complejidad de un concurso. En cualquier caso, tal y como acontece por medio de nuestros arts.42 y 45 LC, sobre el deudor concursado recaerá el deber legal de colaboración con el administrador concursal (*Sections 291 y 333 IA1986*), toda vez que el *trustee in bankruptcy* deberá por su parte examinar y en su caso admitir las comunicaciones de créditos (*proof of debts*) de los acreedores (*Section 322 IA1986*).

Dentro de un proceso de *bankruptcy* puede observarse la existencia de dos mecanismos (*Sections 310 y 310A IA1986*) para regular el tratamiento de los ingresos del deudor, ello frente a la globalidad que indistintamente ordena nuestro principio de universalidad

¹⁸² Como sintetiza WHITBOURN, L., *The Lawyer's Remembrancer 2013*, ed. Bloomsbury, 2013, pág.104.

¹⁸³ KAY, M., SIME, S. y FRENCH, D., *Blackstone's Civil Practice 2013: The commentary*, ed. Oxford University Press, 2012, pág.1397.

de la masa activa (art.76 LC) y sólo a salvo de un muy restrictivo derecho de alimentos del concursado (art.47 LC).

Así, por un lado, se encuentran las *income payment orders (IPO)* que utilizará el administrador concursal para atraer a la masa activa del concurso (*bankruptcy estate*) los posibles sobrantes o excesos dimanantes de dichos ingresos futuros, y por otro los *income payment agreements (IPA)* a convenir en su caso con el deudor bajo la misma finalidad. Como se verá, este espíritu es justamente el inverso al del mentado art.76 de nuestra Ley Concursal, donde como regla general todo ingreso futuro del concursado forma parte de la masa activa, mientras que aquí debe reclamarse o bien convenirse expresamente. En cambio, en el ámbito del pasivo de deudas, contrasta el más beneficioso tratamiento contrapuesto al del art.90.1.1º LC que allí reciben los acreedores hipotecarios, ya que deben seguir recibiendo pagos periódicos del deudor - como si el concurso fuera indiferente- so pena de ejecutar el bien objeto de la garantía.

Los efectos del concurso no solamente se despliegan durante su vigencia sino también una vez concluido éste. En este sentido, y en función del enjuiciamiento de su conducta previa o durante el concurso, el deudor podría verse sometido a soportar la carga *ex post* de una serie de restricciones (*Section 281A* y *Schedule 4A IA1986*) conocidas como *bankruptcy restriction orders (BRO)*, así por ejemplo, no poder administrar o ejercer como director de una sociedad¹⁸⁴. Estas BRO pueden establecerse por un periodo de entre dos y quince años, plazo éste que sumado a sus referidos efectos recuerdan indudablemente a los de una sentencia de calificación concursal culpable (art.172.2 LC).

Aunque se trata de una materia inherentemente casuística, suele destacarse la referencia clásica al precedente de *Randhawa v Official Receiver*¹⁸⁵, estableciéndose allí que en función del criterio de la gravedad del supuesto -muy grave, grave y menos grave- se deberá determinar la duración de las BRO -de 11 a 15 años para conductas muy graves-, ello a gran diferencia de la notable discrecionalidad con la que cuenta nuestro juez mercantil. En el referido precedente, las restricciones ordenadas en la BRO trajeron causa de que el deudor agravara su estado de insolvencia en la cantidad de 9.500 libras esterlinas, por medio de retiradas de dinero en efectivo de la cuenta de crédito de su mujer, también insolvente, y sin ninguna expectativa futura razonable de pago.

Por lo demás, como alternativa inexistente en nuestro ordenamiento, cabe asimismo observar la existencia de *bankruptcy restriction undertakings (BRU)* y que consisten en “restricciones” ofrecidas por el propio sujeto concursado, con la legítima finalidad de proponer unas sanciones más favorables que las derivadas de una eventual BRO.

Finalmente, a diferencia del principio dispositivo que rige nuestro art.178.bis LC para solicitar la condonación de deudas, el *discharge* opera de forma “automática” (*Section 279 IA1986*) una vez transcurrido un año -hasta 2004 eran tres- desde dicha declaración

¹⁸⁴ Vid. *Section 11* de la *Company Directors Disqualification Act 1986*.

¹⁸⁵ [2006] *All ER (D) 02 (Jul)*.

de concurso, año que exclusivamente se destina a la liquidación del patrimonio del deudor y consiguiente pago a los acreedores.

Huelga matizar que el efecto de la condonación de deudas no es pleno sino limitado, como también acontece en nuestros arts.178.bis.3.4º y 178.bis.5 LC, y así por ejemplo los adeudos -entre otros- con origen causal en préstamos para estudiantes permanecen inmunes al efecto *discharge*. En cuanto a la habitual problemática respecto de los acreedores con garantía real, el crédito en sí podrá verse condonado pero no su garantía real, que puede ser ejecutada salvo que el deudor pueda o quiera -como ya se ha apuntado- continuar realizando los pagos pertinentes al acreedor durante el concurso. Dicho de otro modo, si la ejecución de la garantía real tuviera lugar antes del efecto *discharge* pero su valor de venta no alcanzara (*shortfall*) el importe del crédito garantizado, entonces su remanente o sobrante podrá ser objeto de condonación; pero si el deudor concursado prefirió continuar realizando pagos al acreedor, para así preservar el bien garantizado -piénsese en la vivienda habitual-, debe asumir que el efecto del *discharge* no podrá extenderse sobre este crédito.

CAPÍTULO SEGUNDO: COMPETENCIA Y DERECHO DE ACCIÓN EN EL PROCESO CONCURSAL.

La actual Ley Concursal fue publicada en el Boletín Oficial del Estado de 10 de julio de 2003, entrando en vigor con carácter general el día 1 de septiembre de 2004¹⁸⁶, como la propia Disposición Final Trigésima Quinta de la LC estableció y hoy nos recuerda.

Conforme hemos tenido ocasión de examinar en el Capítulo Primero, las implacables críticas al anterior derecho de la insolvencia estaban más que justificadas, a la luz de la insostenible coexistencia de hasta cuatro procesos concursales, integrados, para mayor confusión, entre los Códigos de Comercio de 1829 y 1885, la LSP, el Código Civil y la LEC 1881. Tal es así que, como decíamos, en pleno siglo XXI todavía tenían que sortearse por el jurista contemporáneo preceptos teóricamente vigentes como el art.1046 C de C 1829, relativo a la ocupación de los bienes y papeles de comercio del quebrado a través de un *arca con dos llaves*.

Por ello no es de extrañar, en definitiva, la sensación de agudo progreso que trajo consigo la recepción *per se* de una Ley Concursal, alabando la doctrina su anhelada unificación y la claridad y acierto de sus principios, léanse su pilar de estilo -la unidad-, su pilar estructural -la universalidad-, su pilar funcional -el proceso- y su pilar ideológico -esencialmente su vocación *solutoria*-¹⁸⁷. A la referida vocación *solutoria*, que constituye la *finalidad esencial* del proceso concursal, consistente en la satisfacción (pago) a los acreedores según reza el *Exponendo II* de la LC, habría que añadir la vocación *conservativa* -sobre el sujeto concursado- y la vocación *sancionadora* -en sede de calificación concursal-.

A nadie se le escapa la complejidad técnica del proceso concursal, así como la larga travesía legal y académica que ha tenido que transcurrir hasta por fin encontrar un punto de equilibrio entre exigencias doctrinales e intereses políticos, que haya permitido reconducir la deficiente técnica y contenido de la regulación de la insolvencia, de una vez por todas.

Por todo ello, debe ir por delante saber reconocer a la actual Ley Concursal el mérito de haber conseguido implantar los cimientos básicos para una correcta legislación de la insolvencia, esto es, adaptada a los tiempos actuales, unificada -con carácter general- en un único cuerpo legal procesal y material, que al menos sirva como constante jurídica, es decir, con la que poder partir para su estudio crítico y mejora.

¹⁸⁶ Anecdótica prueba de ello daba el Auto núm.7/2004, de 11 de noviembre, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao (AC 2004\1917), inadmitiendo una demanda de quiebra presentada en fecha 27.10.2004, por tanto con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley Concursal y su consiguiente efecto derogatorio (vid. apartado 1.1ª de la Disposición Derogatoria Única de la LEC).

¹⁸⁷ Representación estructural que formulaba ETXARANDIO HERRERA, E.J., *Manual de Derecho Concursal*, ed. La Ley, 2009, págs.47 y ss.

LA INSOLVENCIA DE LA PERSONA FÍSICA:
SU TRATAMIENTO DESDE UNA PERSPECTIVA JURISDICCIONAL

Dicho todo lo cual, como punto de partida para el entendimiento del complejo *submundo* jurídico del derecho concursal se necesita, fundamentalmente, comenzar conociendo y controlando los múltiples efectos procesales que provoca el auto declarativo de concurso (art.21 LC) sobre el sujeto concursado, ya resulte éste persona física o jurídica.

Dicha afirmación, que bien puede corroborar cualquier jurista que trate con esta rama del derecho, tiene sus dos correspondientes vertientes: la del derecho material o sustantivo y la del derecho procesal. La presente tesis, fiel a su cometido, no busca abordar aquellos cuantiosos efectos materiales; lo que no quita que nos remitamos -verbigracia- a la lectura de los efectos del concurso sobre los contratos (arts.62 y ss. LC), entre otros de los efectos propios de esta categoría sustantiva, aplicables sin distinción sobre personas físicas o jurídicas en concurso.

A la hora de valorar la dificultad en dominar estas cuestiones ya anunciadas en el nombre del capítulo -jurisdicción, competencia y derecho de acción- téngase en cuenta que ningún otro proceso civil especial, y casi cabría atreverse a decir que ni el mismo proceso civil ordinario o verbal, presenta una complejidad procesal en todos sus extremos -competencia, capacidad, representación, cuestiones prejudiciales- tan espinosa, a la par que interesante. En este sentido, baste con observar el índice del presente capítulo, comenzando por las alteraciones a la competencia que se hacen casi innumerables, fruto de la denominada *vis attractiva* en favor del juez del concurso, toda vez que al mismo tiempo subsisten otra serie de pretensiones judiciales y extrajudiciales, algunas comprensiblemente y otras no tanto, alejadas de tales efectos competenciales, suspensivos, acumulativos que crea el proceso concursal.

Toda esta deliberada complejidad en sede concursal explica -permítase la expresión- el comprensible galimatías que se crea sobre el accionante de cualquier tipo de pretensión o procedimiento en el que de algún modo participara la parte concursada, también cuando dicho proceso fuera instado por esta última, obligando pues a todas las partes implicadas a repasar con especial celo la estructura de efectos procesales contenida fundamentalmente en los arts.8 y 50 a 57 LC, reguladores de la llamada *vis attractiva* concursal.

Por último huelga señalar, como ya se ha dicho, que tras el hito unificador del derecho de la insolvencia bajo una sola Ley, bajo un solo proceso, y sin distinciones de efectos en función del tipo de sujeto concursado -como norma general-, no debe sorprendernos que las conclusiones alcanzadas en el presente capítulo puedan ser trasladadas y aplicadas sobre un concurso de acreedores de persona jurídica; pues ello no es sino producto de dicha superación normativa hasta entonces plagada de distinciones en función del sujeto insolvente.

1. Competencia y *vis attractiva* concursal.

1.1 La competencia objetiva y funcional del juez del concurso (arts.8 LC y 86.ter.1 LOPJ).

Bajo el marcado aura de progreso normativo que hemos querido recordar en la introducción a este Capítulo, con la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, de Reforma Concursal, se crean los llamados Juzgados de lo Mercantil (art.86.ter LOPJ), integrados en el orden jurisdiccional civil como órganos especializados en determinadas materias, entre ellas -pero no exclusivamente- conocer del proceso concursal y *cuantas cuestiones se susciten en materia concursal*.

Mientras que el conocimiento de cualquier tipo de demanda de concurso viene derivado de la propia competencia objetiva atribuida *ratione materiae* al juez del concurso, ex art.8 LC, cuya pacífica atribución competencial no guarda ninguna controversia que poder abordar, en cambio la referencia a las restantes *cuestiones* (art.86.ter.1 LOPJ) responde a lo que se conoce como *competencias funcionales*, que por su inconcreción sí merecen un mayor comentario.

El supuesto clásico de competencia funcional, por parte del juez del concurso, es el conocimiento de todos aquellos incidentes concursales (art.192 LC) y la ejecución de sus sentencias que pueden suscitarse durante el proceso concursal. Por el contrario, las competencias en materia de las llamadas instituciones preconcursales (homologación de acuerdos de refinanciación, concurso y acuerdo extrajudicial de pagos), vuelven a obedecer a criterios *ratione materiae* al no existir previa declaración de concurso ni ser dicha declaración de concurso una consecuencia siquiera segura o necesaria. Así las cosas, ¿dónde ubicar a las restantes *acciones* -pretensiones- que luego específicamente enumeran los arts.8 LC y 86.ter.LOPJ?

Tradicionalmente atribuidas también a la competencia objetiva del juez del concurso, la expresión *en todo caso* contenida en el art.86.ter.1 LOPJ nos plantea si debemos entender que dichas pretensiones no guardan un origen concursal y, por ende, que su conocimiento por el juez del concurso deriva por motivos *funcionales*, es decir, por la previa competencia objetiva que éste ostenta sobre el mismo proceso concursal y que así constituiría un *prius*. Asimismo, nótese que la atribución competencial se hace a un concreto juez -el del concurso- y no a los juzgados de lo mercantil, lo que también apunta a dicho carácter funcional.

Sin embargo, se hace complicado sostener dicha competencia funcional y no objetiva cuando se trata de pretensiones que de ordinario correspondería su conocimiento *ratione materiae* a un orden jurisdiccional distinto del civil (art.8.2º LC y potencialmente los arts.8.3º y 8.4º LC), así como de aquellas que pertenecen al ámbito administrativo (art.8.2º LC) y por mor del concurso se ven *judicializadas*. No ayuda, desde luego, que el legislador alterne los términos *jurisdicción* y *competencia* en el art.8 LC, cuando en el mismo listado aparecen pretensiones que ya conocería el orden jurisdiccional civil de no existir el concurso.

Ante estos borrosos parámetros, debe proponerse una teoría ecléctica en función de si la materia listada en el art.8 LC ya pertenecía al orden jurisdiccional civil, en cuyo caso la competencia del juez del concurso tendrá carácter *funcional*, o bien si dicha materia pertenecía a distinto orden jurisdiccional incluyendo el ámbito meramente administrativo, en cuyo caso su competencia será *objetiva*, todo ello sin perjuicio de que su control debe ser practicado de oficio o bien mediante declinatoria¹⁸⁸. En palabras del Auto núm.8/2012, de 3 de febrero, de la Audiencia Provincial de Albacete, Sección 2ª¹⁸⁹, al juez del concurso (...) *también se le ha establecido que ciertas materias atribuidas a otros juzgados y tribunales, tanto del orden civil como del resto de órdenes jurisdiccionales, se sustraigan del conocimiento de éstos para ser conocidas por el tribunal ante el que se desarrolla el concurso. La atribución de tales materias afecta, en unos casos, al presupuesto de la jurisdicción por razón del objeto y, en otros, al de la competencia objetiva, de modo que se hace primar sobre ellas un criterio funcional que responde a la unidad de procedimiento y de decisión por la especial trascendencia para el patrimonio del deudor.*

No es ésta una cuestión baladí o puramente doctrinal, sirva de ejemplo su trascendencia a la hora de determinar las normas de competencia en el ámbito de una demanda reconvenzional.

Luego está, además, la objetable definición de estos Juzgados como meramente especializados del orden jurisdiccional civil, ya que a la postre acaban absorbiendo cuestiones alejadas de una naturaleza civil o mercantil. Tal sería el caso, muy ilustrativo, del llamado *proceso concursal-laboral*¹⁹⁰ (art.64 LC), una suerte de procedimiento *ad hoc* dentro del concurso destinado a regular procesalmente las relaciones jurídico-laborales del sujeto concursado.

La creación de órganos jurisdiccionales especiales es un debate que sin duda merece ser atendido, ahora bien, desde una perspectiva más amplia e incluso histórica, así como desechando el subconsciente automatismo de que especialización equivale a resultado seguro o más exitoso. Antes bien, como apuntaba GONZÁLEZ GRANDA¹⁹¹, conviene recordar que la política legislativa de especializar órganos judiciales ha estado tradicionalmente vinculada a cuestionables sistemas políticos¹⁹².

¹⁸⁸ LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *El proceso concursal*, ed. Aranzadi, 2012, pág.245.

¹⁸⁹ JUR 2012\88559.

¹⁹⁰ Denominación cuya utilización se justifica en MAGDALENO A., y BENEYTO K., *Aspectos procesales de la práctica concursal*, ed. Bosch, 2015, pág. 231 y ss.

¹⁹¹ GONZÁLEZ GRANDA, P., en AA.VV., *Derecho procesal concursal*, ed. Marcial Pons, 2008, pág.44.

¹⁹² Piénsese, a modo de ejemplo, en los Juzgados especiales para delitos en centros de enseñanza, en los Tribunales de Orden Público o en el Tribunal Especial para la Represión de la Masonería y el Comunismo, todos ellos tan propios del régimen franquista.

1.1.1 Fraccionamiento de la competencia objetiva (art.85.6 LOPJ)

En virtud de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, se produjo una trascendente modificación en la LOPJ, entre otros aspectos, en relación con uno de los principios de unidad competencial hasta entonces tradicionales en la Ley Concursal: el conocimiento de todo proceso concursal por parte de un juez mercantil.

Dicha alteración en las normas de competencia objetiva que determinan la atribución del proceso concursal ha afectado, exclusivamente, al presupuesto subjetivo (art.1.1 LC) del concurso de la persona física cuyo análisis aquí nos ocupa. Así las cosas, la citada reforma añadió un nuevo art.85.6 LOPJ, en vigor desde el pasado 1 de octubre de 2015, bajo la siguiente redacción: *los Juzgados de Primera Instancia conocerán en el orden civil [...] de los concursos de persona natural que no sea empresario en los términos previstos en su Ley reguladora*. Sin embargo, en el ámbito del recurso de apelación, la misma reforma ha querido mantener expresamente (vid. art.82.2.2º *in fine* LOPJ) la competencia objetiva por parte de un tribunal colegiado por provincia especializado (mediante *secciones*) en materia mercantil¹⁹³, lo cual ha sido objeto de crítica por evidenciar un criterio inconstante a la hora de mantener en apelación -y sólo aquí- aquel criterio procesal de unidad de competencia que inspiró la Ley Concursal¹⁹⁴.

En cuanto a la motivación de esta reforma, se ha echado en falta un debate parlamentario algo más desarrollado sobre esta cuestión, particularmente por parte del poder ejecutivo quien propuso dicho cambio competencial, toda vez que tampoco en la Exposición de Motivos de la citada Ley reformadora aparece referencia alguna expresa. Únicamente el Grupo Parlamentario Socialista, en la sesión de enmiendas celebrada en el Senado el 8 de julio de 2015¹⁹⁵, alegó que *no se entiende que los concursos de personas jurídicas o de personas físicas cuando estos sean empresarios se atribuyan a los jueces de lo mercantil que son jueces especializados y sin embargo cuando son personas físicas no*.

Efectivamente, resulta complicado entrever cuál ha sido el propósito del legislador en tanto que ningún comentario sustancial le ha merecido esta concreta reforma, por lo que sólo cabe pensar que dicha modificación de orden procesal obedece a algo tan rudimentario como pueda ser aligerar los -normalmente- saturados juzgados de lo mercantil.

¹⁹³ Así lo advierte el Magistrado-Juez FERNÁNDEZ SEIJO, J.M., “El derecho a la segunda oportunidad, los riesgos de legislar a golpe de real decreto”, Revista del Consejo General de la Abogacía Española, ed. CGAE, 2015, nº 93, pág.36.

¹⁹⁴ RUBIO VICENTE, P., “Segunda oportunidad o nueva oportunidad perdida de la Ley Concursal”, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, ed. Wolters Kluwer, 2016, nº 24.

¹⁹⁵ Disponible en:

[http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu10&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=\(BOCG D 10 542 3607.CODI.\)](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu10&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=(BOCG D 10 542 3607.CODI.))

Tampoco cabe predicar que dicha reforma esté pensada en una distinción entre sujetos consumidores insolventes y no consumidores, puesto que una persona jurídica también puede ostentar la condición de consumidor¹⁹⁶. Así pues, es difícil calificar de acierto la exclusión de los concursados persona física no empresario respecto de las competencias objetivas de los juzgados de lo mercantil.

En este sentido, ha de tenerse en cuenta que el derecho concursal participa de una complejidad y duración, tanto sustantiva como procesal, difícil de conjugar en juzgados de primera instancia al menos durante los primeros compases en los que deberán adaptarse a esta nueva materia. Por todo ello, precisamente el derecho concursal es de aquellas materias con mayor justificación en su tratamiento homogéneo cuando ya se utiliza -y sigue utilizando- una política judicial de especialización *ratione materiae*.

Además, no hay que olvidar que el art.85.6 LOPJ apenas provoca una desfragmentación competencial parcial y ciertamente puntual, pues incluso aquellas personas físicas con condición de empresario permanecerán en la órbita competencial de los juzgados de lo mercantil. Se produce, de este modo, la desafortunada imagen de que la persona física concursada, que no ostente la condición de empresario, es la única que no merece la especialización propia de los juzgados de lo mercantil en esta materia. Sólo el tiempo dirá si esta reforma no trae consigo, además, una inseguridad jurídica en el criterio interpretativo de la Ley Concursal que puedan seguir los -mucho más numerosos- juzgados de primera instancia, frente al más acotado grupo de juzgados de lo mercantil.

A raíz de la nueva norma en materia de competencia objetiva, se han tenido que resolver algunos inevitables conflictos procesales propios de este *impasse* legislativo. Así por ejemplo, destaca el Auto de 9 de febrero de 2016, dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid¹⁹⁷, que -con acierto- resuelve que el concurso consecutivo (art.242.bis LC) debe seguirse ante un Juzgado de Primera Instancia conforme a la norma del art.85.6 LOPJ, y ello a pesar de que el previo expediente preconcursal de acuerdo extrajudicial de pagos fuera seguido (arts.5.bis.1.II y 233.3 LC) ante dicho juzgado de lo mercantil, pues este último fue cursado con anterioridad a la citada reforma de la LOPJ. En este supuesto concreto, comoquiera que el procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos no guarda el carácter de proceso como tal, ni por ende hubo ejercicio de jurisdicción alguna, no se plantearon problemas frente al principio general de *perpetuatio iurisdictionis*.

Asimismo, nos encontramos con la paradoja de que una definición jurídico-sustantiva es la que debe resolver el presupuesto de la competencia objetiva, en tanto que deberá

¹⁹⁶ Así lo advierte GONZÁLEZ GARCÍA, S., “Reflexiones en torno a la competencia del juzgado de primera instancia para el concurso de las personas naturales no empresarias”, Revista General de Derecho Procesal, ed. Iustel, 2016, nº 39.

Quien también apunta -con toda razón- a la falta de idoneidad de los juzgados de primera instancia para tutelar los concursos de persona física no empresarios, así como a la ya advertida ausencia de un adecuado debate parlamentario sobre la alteración de esta norma competencial.

¹⁹⁷ JUR 2016\45530.

acudirse al concepto de empresario para delimitar la competencia del juzgado de primera instancia (personas físicas no empresarios) o bien la del juzgado de lo mercantil (personas físicas empresarios y personas jurídicas).

¿Pero qué es un *empresario*? No siendo éste un término exactamente preciso, en términos jurídicos, parece razonable acogerse por proximidad sistemática al art.231.1.II de la Ley Concursal y que ya recoge la definición de *empresario persona natural*: aquel sujeto que tenga tal condición de acuerdo con la legislación mercantil, pero también aquellos otros que ejerzan actividades profesionales o tengan dicha consideración a los efectos de la legislación de la Seguridad Social.

Repárese, pues, en cómo el concepto de empresario que maneja la Ley Concursal es mucho más amplio que la aproximación del término *empresario* desde una perspectiva estrictamente mercantil (arts.1.1º y 16.1.1º del C de C de 1885), de suerte que -en definitiva- una persona física no empresario será simplemente toda aquella persona que trabaje por cuenta ajena. En consecuencia, tampoco el hecho de ocupar o haber ocupado el cargo de administrador de una sociedad presupone la condición de empresario, ni la prestación de garantías personales por parte de una persona física en favor de la sociedad que administre o de la que resulte socio¹⁹⁸.

Por el contrario, aquella persona que ostentara la condición de *autónomo*¹⁹⁹ sí deberá ser considerada empresario persona física, conforme a su amplio concepto que regula el art.231.1 LC, y, en el plano procesal, a los efectos de determinar consecuentemente la competencia objetiva en favor de los juzgados de primera instancia o de los juzgados de lo mercantil para conocer de su concurso.

Incluso se da un paso más, en pro de toda esta línea interpretativa *correctora*, en el Auto núm.135/2016, de 16 de septiembre, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28^a²⁰⁰, el cual defiende examinar el propio origen de las deudas (léase masa pasiva) en aras de determinar el carácter o no de *empresario* del sujeto concursado, y, en función de tal origen de los pasivos del deudor, resolver la competencia objetiva de su concurso en favor de los Juzgados de lo Mercantil o de los Juzgados de Primera Instancia.

En cualquier caso, en la demanda de concurso deberá exigirse como carga procesal al demandante que acredite su condición de trabajador por cuenta ajena, o bien la de empresario en los laxos términos del art.231.1.II LC, condición que en todo caso deberá examinarse al tiempo de la presentación de dicha demanda y sin que posibles

¹⁹⁸ Así se argumenta en el Auto núm.7/2017, de 16 de enero, de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 8ª (Tol 5986672).

¹⁹⁹ Auto núm.19/2017, de 21 de febrero, de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 8ª (JUR 2017\109646).

²⁰⁰ VLEX-657589825.

En contra, vid. Auto núm.97/2017, de 7 de septiembre, de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 8ª (VLEX-700435225), considerando como único criterio subjetivo el carácter de *empresario*.

alteraciones posteriores (la pérdida o adquisición de la condición de empresario) puedan afectar a la competencia objetiva allí resuelta (fruto de la *perpetuatio iurisdictionis* ex art.411 LEC).

1.2 Las acciones civiles y su correcta interpretación (art.8.1º LC).

El concreto alcance de la competencia objetiva contenida en el art.8.1º LC constituye una *vexata quaestio* del derecho concursal, de la que mucho se ha hablado y que, con cada reforma concursal, menos queda por argumentar por parte de los defensores de la llamada *tesis extensiva* de este precepto.

En primer lugar, no cabe duda alguna de la competencia *objetiva o funcional* del juez del concurso cuando el concursado ostente la posición de parte demandada en una *nueva litis* perteneciente al orden jurisdiccional civil, es decir, ejercitada *ex post* al auto declarativo de concurso (arts.8.1º y 50.1 LC)²⁰¹.

Los únicos límites, dentro de esta precisa configuración procesal, son tres: que la pretensión ejercitada frente al concursado guarde *trascendencia patrimonial*²⁰²; que se dirija contra el patrimonio del concursado; y que no se trate de aquellas pretensiones relativas a la capacidad, filiación, matrimonio y menores (arts.748 y ss. LEC). Junto con estos tres límites debe tenerse en cuenta aquel propio y esencial al concurso de acreedores en materia concursal-crediticia, cual es que los acreedores deberán hacer uso en tiempo y forma del cauce procedimental previsto (art.96.1 LC) para la posible impugnación del *inventario* y/o la *lista de acreedores*, sin que resulte procesalmente dable articular este tipo de pretensiones de manera autónoma y en cualquier momento al mero amparo del art.8.1º LC²⁰³.

También incluye la norma del art.8.1º LC, prescindiblemente, la competencia objetiva del juez del concurso sobre la potestad del acreedor instante de demandar medidas cautelares anteriores a la declaración de concurso (art.17.1 LC); inclusión que cabe tildar de prescindible desde el punto de vista sistemático e incluso por reiterativa, ya que el art.8.4º LC se encarga de atribuir al juez del concurso la competencia de *toda medida cautelar*.

Las dudas competenciales desde una tesis literalista del art.8.1º LC son, pese a dicha postura conservadora, considerables. Por un lado, cabe reflexionar sobre qué debe entenderse por la expresión de que las pretensiones *se dirijan contra el patrimonio del*

²⁰¹ Por todos, vid. Auto núm.201/2009, de 27 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª (JUR 2010\94020).

²⁰² La amplitud del término es tal que incluso cabría la atracción de materias propias de los juzgados de paz ex art.47 LEC.

²⁰³ Así se ha recordado en la Sentencia núm.268/2016, de 5 de septiembre, del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid (autos de juicio verbal núm.172/2015).

concurtido, concretamente al hilo de aquellas posibles pretensiones de condena de *hacer o no hacer* que se interpusieran frente a dicho concursado. En favor de su atracción competencial al juez del concurso, cabe recordar que la respectiva resolución estimatoria de este tipo de demandas puede acabar traducándose en una indemnización por daños y perjuicios sustitutiva (art.705 y ss. LEC). Esta fue la posición defendida y que compartimos, respecto de una demanda con pretensión de condena *de hacer*, en el Auto núm.206/2012, de 23 de julio, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13^a²⁰⁴.

Por otro lado, pese a la contundencia con la que se manifiesta el art.8.1º LC, existen algunas excepciones que escapan a esta *vis attractiva* concursal civil además de las que señala el propio precepto.

Es el caso de las pretensiones civiles acumuladas a un proceso penal y que no fueran ejercidas separadamente, según recuerda GARCÍANDÍA GONZÁLEZ²⁰⁵, desde una interpretación de los arts.111 LeCrim y 50.4 LC, siendo que el primero permite el ejercicio de la responsabilidad civil subsidiaria (*ex delicto*) en el ámbito del respectivo proceso penal, mientras que el segundo precepto habilita que puedan iniciarse nuevos procesos penales tras la declaración de concurso y alejados de las competencias del juez del concurso. Nada de ello quita que, como cualquier otra resolución dictada por juez ajeno, ésta únicamente guarde efectos constitutivos y quede sometida al oportuno orden legal de pagos, respetando el *tratamiento concursal que corresponda* (art.53 LC) para no generar una *quiebra del principio de igualdad en la efectividad de los respectivos créditos*²⁰⁶.

Una segunda excepción a considerar son los procedimientos arbitrales, aquellos que CARNELUTTI calificaba de *equivalentes jurisdiccionales*²⁰⁷ y que el legislador permite su subsistencia como regla general (art.52.1 LC). No hace falta incidir demasiado para percatarse de que, dentro de aquellas materias susceptibles de someterse a arbitraje, pueden recaer pretensiones que de lo contrario serían propias del orden jurisdiccional civil (art.2.1 de la Ley de Arbitraje), y que por tanto de este modo acaban escapando a la esfera competencial del art.8.1º LC.

Tampoco queda -específicamente- resuelta la ubicación de actuaciones tales como los expedientes de jurisdicción voluntaria o el especial proceso de la jura de cuentas (arts.34 y 35 LEC).

²⁰⁴ JUR 2012\333557.

²⁰⁵ GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P., en AA.VV., *Comentarios a la Ley Concursal, Tomo I*, ed. Aranzadi, 2010, pág.183.

²⁰⁶ Vid. Sentencia núm.372/2012, de 11 de mayo, del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1ª (RJ 2012\6185).

²⁰⁷ Expresión igualmente recogida por nuestro Tribunal Constitucional, vid. así la Sentencia núm.18/2011, de 3 de marzo, del Tribunal Constitucional en Pleno (RTC 2011\18).

Debiendo acudir pues a su tratamiento en la práctica forense, respecto de la jurisdicción voluntaria su competencia no parece verse absorbida ni alterada por la situación concursal, según cabe extraer del Auto de 4 de diciembre de 2012, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1^a²⁰⁸, por *carecer de efectos negativos para el patrimonio del deudor*²⁰⁹. Ahora bien, lo prudente será atender al tipo de expediente voluntario en concreto solicitado, dada su amplia variedad²¹⁰, así como no olvidar que su posible conversión en contencioso (art.1817 LEC 1881) sí debe suponer la aplicación de los arts.8 y 50 LC.

Por su parte, respecto de la jura de cuentas, igualmente se ha defendido el mantenimiento de su competencia ordinaria ya que ésta se justificaría por razones de competencia funcional, según razona el Auto de 4 de septiembre de 2012, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1^a²¹¹, sin perjuicio de que el proceso de ejecución que lo sigue deba ya ajustarse a las restrictivas normas de los arts.8.3º y 55 LC en esta materia.

Existen, asimismo, supuestos que no resuelve expresamente la LC y por ende su correcta ubicación competencial se hace todavía más dudosa. Un caso particularmente *sui generis* consiste en la determinación competencial de las pretensiones que se promuevan en materia de *marca comunitaria*, cuya competencia objetiva *ordinaria* corresponde exclusivamente a los juzgados de lo mercantil de Alicante (art.86.bis.4 LOPJ). Ante la singular técnica con la que el legislador ha atribuido dicha competencia objetiva sobre un exclusivo órgano jurisdiccional, nos preguntamos si es posible el amparo del art.8.1º LC alterar dicha particular atracción competencial.

Desde una lectura conjunta de los arts.8.1º y 50.1 LC, cabe observar cómo el primero de estos preceptos no excepciona tal materia de la órbita competencial del juez del concurso -como sí hace respecto de otras-, toda vez que el art.50.1 LC prohíbe dirigir nuevas pretensiones frente al concursado ante juez del orden civil distinto del conocedor de su concurso.

Sin embargo, pese a lo dicho, en la redacción del art.50.2 LC se hace referencia expresa a *los jueces de lo mercantil*, como si de otro orden jurisdiccional distinto del civil se tratara, siendo que en dicho precepto no se prohíbe expresamente su conocimiento en materia de marca comunitaria de modo *ex post* a la declaración de concurso, toda vez

²⁰⁸ JUR 2012\401691.

²⁰⁹ Postura ya alcanzada en el anterior Auto de 30 de octubre de 2012, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2012\1041), recordando que no es de aplicación el art.50.1 LC en supuestos de jurisdicción voluntaria al no existir propiamente demandante o demandado.

²¹⁰ Piénsese, verbigracia, en el expediente de solicitud de subasta voluntaria (art.108 y ss. de la LJV), incasable en un contexto de concurso de acreedores.

²¹¹ RJ 2012\9008.

que -en el especial supuesto del concurso de persona física- dicho mismo art.50.2 LC exige como uno de sus presupuestos estar ante una persona jurídica concursada.

Todo ello, junto con la atípica atribución competencial de esta materia sobre un determinado fuero objetivo-territorial, hace que nos inclinemos por preservar -vista su particular intensidad- la especialidad competencial que emana del art.86.bis.4 LOPJ, así como teniendo en cuenta su introducción simultánea con la Ley 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal. En cualquier caso, se trata ésta de una propuesta no extensible a aquellos otros supuestos competenciales que regula el art.86.ter.2 LOPJ, debiendo éstos ceder²¹² ante la *lex specialis* de *vis attractiva* concursal (arts.8.1º LC y 86.ter.1.1º LOPJ) cuando consistan en pretensiones con trascendencia patrimonial dirigidas frente al sujeto concursado.

Otro tipo de complicaciones pueden darse, con criticable facilidad, en aquellas materias que guardaran una especial tramitación procedimental en la LEC, y que en cambio mediante su atracción competencial se verían presumiblemente sometidas al cauce del incidente concursal ex art.192 y ss. LC.

El supuesto más remarcable se produce con las pretensiones de desahucio, de una tramitación ya de por sí singular dentro del procedimiento verbal civil. Pues bien, no obstante dichas especialidades, atraída la competencia objetiva al juez del concurso y contando el proceso concursal con un especial cauce procedimental (art.192 y ss. LC), coherentemente deben guardar primacía estos preceptos frente a aquellos otros del orden procesal civil, a fin de cuentas supletorio. Todo ello quiere decir, sirva a modo de ejemplo, que las limitaciones en la oposición del demandado previstas en el art.444.1 LEC no deberían entrar en juego en sede concursal, y desde luego la Sentencia que recayera en el proceso concursal sí tendría efectos de cosa juzgada, a diferencia de lo que ordena el art.447.2 LEC²¹³.

Una última duda surge respecto de todas aquellas pretensiones alejadas de la simplicidad procesal con la que parte el art.8.1º LC, es decir, aquellos litigios pertenecientes al orden civil pero que se dirijan frente a una pluralidad de partes demandadas, entre las que se encuentre el sujeto concursado. Así pues, aun partiendo de que dicha pretensión deberá interponerse ante el juez del concurso ex art.8.1º LC, no obstante debemos distinguir las siguientes situaciones.

Por un lado, si la deseada pluralidad de demandados tuviera su origen en un litisconsorcio voluntario, entonces deberá procederse a su desacumulación respecto de las restantes partes demandadas (art.73.3 LEC en relación con el art.73.1.1º LEC),

²¹² Así se deduce de lo resuelto en la Sentencia núm.543/2012, de 31 de julio, de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4ª (JUR 2012\319355).

²¹³ En este sentido, vid. Sentencia núm.314/2013, de 31 de julio, de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1ª (JUR 2014\156888).

puesto que el juez del concurso no tiene competencia objetiva *ratione materiae* para conocer las pretensiones que se dirigieran frente a sujetos distintos del concursado.

Sin embargo, por otro lado, la excepción a esta norma general se encontraría en aquellos supuestos de litisconsorcio pasivo necesario, en cuyo caso las competencias del juez del concurso se ven sobrepuestas por dicha *comunidad de relaciones jurídicas*, por tanto debiendo conocer el mismo juez del concurso de aquellas pretensiones dirigidas frente a sujetos distintos del concursado. Buena prueba de esta precisa distinción daba la Sentencia núm.245/2010, de 5 de mayo, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª²¹⁴. En el mismo sentido se pronuncia CORDÓN MORENO²¹⁵, favorable a una excepcional acumulación subjetiva de acciones ante el juez del concurso únicamente en supuestos de litisconsorcio pasivo necesario.

Lo dicho hasta este momento refleja aquellas dudas -aun así considerables- desde un punto de vista literal del art.8.1º LC. Sin embargo, al comienzo de este epígrafe ya advertíamos de una segunda *tesis extensiva* del precepto, que ahora procederemos abordar de modo sucinto por cuanto la misma parece insostenible tras las últimas reformas del legislador.

Así las cosas, dicha tesis extensiva del art.8.1º LC suponía, en esencia, atribuir la competencia objetiva al juez del concurso también sobre aquellas pretensiones civiles en las cuales el sujeto concursado o bien la masa patrimonial (art.6.1.4º LEC) ostentara la parte activa (demandante) del proceso, y no solamente cuando resultara ser parte demandada.

Para llegar a tal conclusión tampoco resultaba necesario una interpretación especialmente forzosa del art.8.1º LC. Baste con recordar la idéntica *trascendencia patrimonial* que perfectamente puede guardar un proceso civil incoado por el concursado-demandante, así como que igualmente pueda dirigirse frente a su patrimonio en última instancia, ya sea porque tal pretensión puede acabar incrementando su masa activa -vía estimación de la misma o transacción-, o bien porque su desestimación puede suponer una condena en costas.

Sin embargo, las no pocas reformas que ha llevado a cabo el legislador sobre la LC en los últimos tiempos, sin modificar el contenido del art.8.1º LC pese a la existencia de tales discrepancias interpretativas, hacen de algún modo pensar su inclinación tácita por mantener una tesis restrictiva del mismo. Tesis que se defiende, entre muchas otras resoluciones, en el Auto núm.194/2012, de 19 de julio, de la Audiencia Provincial de

²¹⁴ AC 2010\1230.

Más recientemente, vid. Auto núm.53/2012, de 24 de abril, de la Audiencia Provincial de Baleares, Sección 3ª (AC 2012\962), Auto núm.182/2012, de 26 de octubre, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 25ª (JUR 2012\373523) y Sentencia núm.369/2012, de 2 de octubre, de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 1ª (JUR 2012\392992).

²¹⁵ CORDÓN MORENO, F., *Proceso concursal*, ed. Aranzadi, 2013, pág.55.

Madrid, Sección 9^a²¹⁶, concluyendo claramente: *el Juzgado de lo Mercantil tiene competencia para conocer de las acciones civiles de contenido patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado, pero no por el contrario de las acciones que pueda ejercitar la suspensión, que debe entenderse su competencia a favor de los Juzgados Ordinarios.*

La única muestra judicial, relativamente reciente, que parece sobrevivir a esta corriente prácticamente unánime la encontramos en el Auto núm.36/2012, de 14 de marzo, de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1^a²¹⁷, que señala: *Y es que la concursada puede ser demandante en importantes acciones de contenido patrimonial que, ganadas, perdidas o transigidas, tienen directa repercusión en la formación de la masa activa del concurso. No aprecia el Tribunal razones para atribuir al juez del concurso el conocimiento de las acciones judiciales que pudieran afectar a la masa pasiva, y simultáneamente desconcentrar entre los juzgados de primera instancia las demandas afectantes a la masa activa, máxime cuando a unas y otras podría aplicarse la declaración de motivos del legislador que al principio hemos transcrito y hay casos singulares previstos en la Ley Concursal de concentración en el Juzgado de lo Mercantil de algunas acciones ejercitadas por el concursado.*

A ello último, añadimos nosotros, cabría sumar la flexibilidad que brinda el cauce procedimental del art.192 LC, que permite la sustanciación de cualquier cuestión planteada durante el concurso mediante incidente concursal. Sin embargo, lo cierto es que hasta nuestro alto tribunal se ha mostrado partidario de la anterior tesis restrictiva respecto del art.8.1º LC, sirva de ejemplo el Auto de 17 de junio de 2014, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1^a²¹⁸, poniendo así fin a este debate al menos en la práctica forense.

Así pues, debe recordarse que la vencedora *tesis restrictiva* sobre el art.8.1º LC no resuelve cómo encajar, siquiera justificar, la aparente restricción al derecho de ejercer una demanda reconvencional (art.406 LEC) que seguir dicha tesis provoca, prohibición que por cierto no tendría lugar con la tesis extensiva.

En efecto, si el sujeto concursado sólo puede plantear sus pretensiones civiles fuera del proceso concursal, toda vez que el juez del concurso es el único que puede conocer de aquellas pretensiones civiles dirigidas frente al concursado (art.8.1º LC), nos encontramos con que la parte demandada de aquel pleito iniciado por el concursado jamás podría ejercer una demanda reconvencional frente a éste, por así proscribirlo el art.406.2 LEC (falta de competencia objetiva). Así se refleja, verbigracia, en la

²¹⁶ JUR 2012\10472.

²¹⁷ JUR 2012\187658.

²¹⁸ RJ 2014\4511.

Sentencia núm.57/2014, de 17 de febrero, de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 1^a²¹⁹.

En el polo opuesto, si la parte demandada resultara ser el sujeto concursado, éste tampoco podría formular demanda reconvenicional ya que -esta vez- el juez del concurso concedor de la demanda inicial (art.8.1º LC) no resultaría objetivamente competente para poder admitir dicha reconvenición²²⁰.

Cierto es que, frente a estos criterios habituales, se alza la Sentencia núm.26/2013, de 30 de enero, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15^a²²¹. En ella, se concluye la admisibilidad de interponer una demanda reconvenicional dentro de un incidente concursal (planteamiento hasta aquí pacífico), toda vez que sorteando el referido art.406.2 LEC aduciendo insoslayables criterios de *conexidad*, así como que las competencias enumeradas en el art.8.1 LC lo son de tipo *funcional* y no *objetiva*, por tanto no entrando en juego una posible falta de competencia objetiva derivada de la demanda reconvenicional ex art.406.2 LEC. He aquí una muestra de la importancia en determinar la correcta naturaleza objetiva o funcional de tales competencias, que estudiábamos más arriba.

Al margen de la referida y singular resolución de la AP de Barcelona, lo que parece previsible en ambas hipótesis planteadas es la estrategia procesal de recurrir a la figura de la suspensión por prejudicialidad civil (art.43 LEC)²²², que podría suscitarse respecto del segundo proceso que en su caso se iniciara ante la imposibilidad de ejercer una demanda reconvenicional, excepción hecha -insistimos- de la interesante interpretación que realiza la citada AP de Barcelona.

Teniendo como referente este conflictivo trasfondo en torno a la demanda reconvenicional, lo cierto es que el (equivalente) tratamiento procesal en materia de compensación y nulidad, que plantea el art.408 LEC, también guarda una análoga polémica desde la tesis literalista del art.8.1º LC.

²¹⁹ JUR 2014\97721.

En el mismo sentido, vid. Auto núm.124/2012, de 25 de mayo, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13ª (JUR 2012\286878).

²²⁰ Vid. Sentencia núm.432/2011, de 22 de septiembre, de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4ª (AC 2012\2188), así como el Auto núm.194/2012, de 19 de julio, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 19ª (JUR 2012\310472).

²²¹ AC 2013\1736.

²²² Solución que propone CORDÓN MORENO, F., “¿Juzgados de lo mercantil o Juzgados de primera instancia?”, Revista de Derecho Mercantil, ed. Civitas, núm.293/2014.

Ante esta singular problemática procesal, la jurisprudencia²²³ ha optado por decretar la falta de competencia objetiva del juez distinto al juez del concurso, si dichas reconvencciones se formularan frente al concursado (allí parte demandante), así como a la inversa: la imposibilidad del concursado de formular tales excepciones ante el juez del concurso. Lo que, en términos más claros, conlleva bloquear la potestad de hacer uso del art.408 LEC cuando alguna de las partes se hallara en situación de concurso.

Así las cosas, considerando que no parece posible aplicar una tesis extensiva del art.8.1º LC y al margen de la interpretación que realiza la AP de Barcelona, cabe plantearse, ¿existen otras alternativas frente a todas estas restricciones aparentes?

Con carácter previo, debemos traer a colación aquellas materias propias del orden jurisdiccional civil y que específicamente recoge la LC como propias de la *competencia funcional* del juez del concurso, aunque no se hallen numeradas en nuestro art.8.1º LC de referencia. El ejemplo paradigmático son las pretensiones de resolución contractual y rescisorias (arts.61, 62 y 71 LC), pero hay muchas más que dispersamente recoge la LC a lo largo de su redacción y que, en gran medida, ayudan a evitar en la práctica este tipo de conflictos reconvenccionales, puesto que con independencia de quién sea su peticionario la competencia siempre reside en el juez del concurso.

Por tanto, el primer examen debe centrarse en comprobar si la pretensión que desea formularse ya se halla integrada en la LC, en favor de su conocimiento por el juez del concurso. De no ser así, por la administración concursal -única legitimada para ello- siempre puede intentar acudir al *cajón de sastre* que supone el art.43.1 LC, es decir, el llamado *auxilio judicial en protección de la masa activa del concurso*. Tal podría ser el salvoconducto para cualquier pretensión de reclamación de cantidades que un tercero le adeudara al sujeto concursado, como posible sustituto de un proceso declarativo incoado al margen del concurso conforme correspondería de forma ordinaria.

El art.43.1 LC viene interpretándose en clave de *amplia discrecionalidad*²²⁴ en favor del juez del concurso, permitiendo incluso dirigirse a terceros sujetos mediante dicho procedimiento²²⁵, distintos del concursado. En su favor, juega el poder intimidatorio que igualmente guardaría el consiguiente auto del juez del concurso, así como el debido respeto al principio de contradicción por la posibilidad del sujeto requerido para recurrir en reposición dicho Auto y, el solicitante inicial, impugnar a su vez tal recurso. Con todo, siguen existiendo algunas plazas judiciales reacias a la concesión de esta medida, al preferir equipararla a un acto de comunicación judicial del art.149 LEC sin mayor

²²³ Vid. Sentencia núm.11/2010, de 1 de febrero, de la Audiencia Provincial de Segovia, Sección 1ª (JUR 2010\851).

Más recientemente, Sentencia núm.270/2012, de 6 de junio, de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1ª (JUR 2012\361412).

²²⁴ Auto núm.58/2009, de 18 de marzo, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª (AC 2009\1355).

²²⁵ Vid. Auto de 30 de enero de 2010, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Málaga (JUR 2010\130954).

sustantividad propia, y exigiendo además de una resolución judicial previa que justifique tal requerimiento²²⁶.

Así las cosas, la línea roja frente al pedimento efectuado por medio de auxilio judicial se debe situar a la hora de examinar si -verdaderamente- se ha pretendido que el juez ejerza funciones propiamente de tutela jurisdiccional y que, entonces sí, exigen un proceso con todas las garantías propias del mismo y no reemplazable por la vía del art.43.1 LC.

Por el contrario, cuando la solicitud de auxilio judicial esté limitada a un mero requerimiento que, a su vez, ya entraña de por sí otorgar un trámite de audiencia por escrito al sujeto requerido, una interpretación teleológica del precepto, sin forzar por ello su literalidad, debe permitir conceptualizar esta figura separadamente del distinto auxilio judicial del art.169 LEC, así como debe hacer decaer cualquier otra interpretación rigorista y que obstaculice en exceso el uso del art.43.1 LC en legítima defensa de los intereses generales del concurso.

Como principal debilidad del mecanismo del art.43.1 LC destacaría el discutible carácter ejecutivo de la resolución adoptada, particularmente si se dicta en forma de providencia²²⁷ puesto que no precisan de motivación, por lo que -en tal caso- ante una falta de cumplimiento voluntario sólo quedaría denunciar la posible comisión de un delito de desobediencia a la autoridad (art.556 CP 1995)²²⁸. Tratándose en cambio de un auto, y aun no siendo ésta una cuestión del todo pacífica, no vemos inconveniente en abogar por su carácter ejecutivo al legítimo amparo del art.517.2.9º LEC en relación con el citado art.43.1 LC.

¿Y si el conflicto competencial se produjera entre dos Juzgados de lo Mercantil? En este tipo de casos, seguramente nos encontremos ante un conflicto normativo interno de la propia Ley Concursal. Así sucedió en el Auto de 7 febrero de 2013, del Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Madrid²²⁹.

En dicho supuesto, el conflicto se produjo entre la pieza de calificación concursal y su competencia ex art.167 y ss. LC, en confrontación con la norma general del art.8.1º LC aquí comentada.

²²⁶ Vid. así Auto de 20 de febrero de 2017, del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid (autos de concurso núm.333/2010).

²²⁷ Así puede suceder, discrecionalmente, en función del criterio de cada Juzgado; vid. así Providencia de 1 de septiembre de 2014, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Valencia (autos de concurso núm.184/2013).

²²⁸ En cuanto a los elementos integradores de este delito, vid. Sentencia núm.266/2012, de 2 de agosto, de la Audiencia Provincial de Lleida, Sección 1ª (JUR 2012\348288).

²²⁹ AC 2013\684.

El referido conflicto trajo causa de la consideración como persona afectada en una calificación concursal ajena, respecto de un sujeto, a su vez, declarado en su propio concurso. El meritado juzgado desestimó la declinatoria planteada, por entender que aun tratándose dicha pretensión de culpabilidad de una pretensión encuadrable en el art.8.1º LC (con trascendencia patrimonial sobre un sujeto a su vez concursado), debe primar su conocimiento por el Juzgado concedor de la pieza de calificación concursal para que ésta se tramite de forma indisoluble.

Cuestión distinta, como continúa razonando dicha resolución, es que la posible condena por responsabilidad patrimonial quede sujeta al orden de pagos legal seguido en dicho otro concurso, así como que la ejecución de tal condena también quede sometida competencialmente en favor del proceso seguido frente al sujeto concursado.

Por último, debe recordarse que la finalización de los singulares efectos competenciales que provoca el art.8.1º LC no tiene lugar con la conclusión del concurso sino, más específicamente, con la finalización de sus efectos. Se está pensando, de este modo, en la aprobación de un convenio concursal y durante la fase de ejecución del mismo, hasta su íntegro cumplimiento (art.139 LC). Tal y como preceptúa el art.133.2 LC, desde la eficacia del convenio cesarán todos sus efectos y, en consecuencia, vuelven a *entrar en juego de nuevo las normas procesales ordinarias de la LEC*. Así se recordaba, por todas, en la Sentencia núm.499/2013, de 20 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10^a²³⁰.

Idéntica cesación de efectos acontece sobre el ámbito jurídico sustantivo de la Ley Concursal, de suerte que no es posible ejercitar la especial acción rescisoria concursal (art.71 LC) para impugnar actos realizados por el deudor durante la fase de cumplimiento o ejecución del convenio²³¹. Efecto distinto es que por razón del art.413.1 LEC (*perpetuatio legitimationis*), la administración concursal, aunque cesada de dicho cargo y de sus funciones inherentes al mismo, continuará ostentando la representación procesal de la masa del concurso en aquellos litigios iniciados con anterioridad a su cese que estuvieran pendientes de terminación (art.133.3 LC)²³².

Prueba práctica de la cesación de efectos procesales (competenciales) se da en la Providencia de 31 de julio de 2014, dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Burgos²³³, denegando el levantamiento de unos embargos sobre bienes del sujeto concursado, petición que fue solicitada por la administración concursal pero

²³⁰ JUR 2014\60687

²³¹ Por tanto sólo cabrá hacer uso del régimen general civilista (p. ej. la acción pauliana del art.1297 CC). Sentencia núm.198/2017, de 23 de marzo, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (CENDOJ 28079110012017100191).

²³² Así se recuerda igualmente en la Providencia de 13 de marzo de 2017, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª (autos de apelación núm.191/2015).

²³³ Autos de concurso núm.76/2012.

tardíamente, pues fue efectuada *ex post* al auto de conclusión de tal concurso que previamente había sido emitido.

Sin embargo, pese a dicha norma general, en materia de atribución de competencias existen ciertas excepciones al proclamado cese de los efectos concursales (art.133.2 LC), puesto que como ya se ha dicho la aprobación del convenio no pone fin al proceso concursal sino que -expresamente- dicha conclusión en escenario de convenio se vincula a la firmeza del auto que declare su íntegro cumplimiento o desestimadas las pretensiones que solicitaran su incumplimiento (arts.141 y 176.1.2º LC).

En concreto, se trataría de aquellas cuestiones atribuibles al juez del concurso por razones de competencia funcional. Tal sería el caso de una pretensión de calificación o pago contra la masa de un determinado crédito (art.84.4 LC), cuyo conocimiento se ha defendido que corresponde al juez del concurso en virtud de su competencia funcional, no obstante formularse dicha demanda tras la aprobación del convenio concursal y consiguiente cese de los efectos del concurso. Esta ha sido la postura defendida, por ejemplo, en el Auto núm.203/2013, de 20 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª²³⁴.

En el mismo sentido, respecto de la fase ejecutiva de una resolución y pese a su naturaleza de fondo jurídico-laboral, vid. Sentencia núm.148/2015, de 23 de diciembre, del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Social, Sección 1ª²³⁵, cuya contundencia reproducimos: *resulta palmario que es el juez del concurso el competente exclusivo y excluyente para la ejecución de sentencias firmes, dictados antes o después de la declaración del concurso cuya ejecución, si bien no puede iniciarse antes del inicio de la liquidación o bien de la aprobación del convenio, pueden instarse y seguirse con posterioridad a dichos actos por la vía del incidente concursal*. La misma atracción competencial, por razones de índole funcional en este caso ya previstas en el art.545.1 LEC, cabe predicar respecto de la ejecución de un acuerdo transaccional en su día homologado por el juez del concurso²³⁶.

²³⁴ JUR 2013\369156.

²³⁵ JUR 2015\41603.

Tesis igualmente seguida en la Sentencia de 9 de diciembre de 2015, del Tribunal Superior de Justicia de Valladolid, Sala de lo Social, Sección 1ª (JUR 2015\308583), con apoyo a su vez en la misma doctrina también apoyada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

²³⁶ Vid. Auto núm.163/2013, de 14 de octubre, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Las Palmas de Gran Canaria (JUR 2016\82517).

1.2.1 Especial referencia a los procesos monitorio y cambiario.

Por su concurrencia y controvertida naturaleza, autónoma a los procedimientos ordinario y verbal propios del proceso civil, se ha considerado conveniente hacer especial mención al tratamiento de estos procesos civiles bajo un proceso concursal.

Respecto del monitorio, además de su carácter jurisdiccional²³⁷, éste contiene una doble naturaleza procesal²³⁸: en un primer momento ejecutiva pero potencialmente convertible en declarativa, que por tanto exige concretar su exacto estado. Así pues, por un lado, debemos calificar de naturaleza ejecutiva²³⁹ el consiguiente *requerimiento de pago* a practicar inicialmente sobre el deudor concursado (art.815 LEC).

Por tanto, si el deudor ya se hallara en concurso al tiempo de su emisión, dicha resolución debe resultar improcedente y nula de pleno derecho (arts.225.1º LEC y 8.3º LC), pues además no guarda sentido realizar un requerimiento de imposible cumplimiento legal por razón del concurso (art.49 LC). Por contra, si la declaración de concurso se produce con posterioridad al referido decreto, podría defenderse su subsistencia aun sin posibilidad de ser obedecido, toda vez que ya no sería posible por el acreedor instar el posterior despacho de ejecución (arts.816 LEC y 55.1 LC).

Cuestión distinta es si tal declaración de concurso se produjera tras haber ejercido el deudor una oposición (art.818 LEC) en el proceso monitorio, en cuyo caso debe primar la naturaleza declarativa que por tanto se desplegaría, ello sin perjuicio de que el fin último siga siendo la obtención de un -posterior- título ejecutivo. Siguiendo a LÓPEZ SÁNCHEZ²⁴⁰, cabe entender que la continuación del proceso monitorio es defendible incluso cuando la cuantía exigida superara la del juicio verbal, y por tanto el demandante quedara obligado a interponer la correspondiente demanda ordinaria (art.818.2 LEC). Ello guarda pleno sentido con la naturaleza instrumental del posterior juicio verbal u ordinario que sigue al monitorio cuando existe oposición, en el sentido de que este último *no es autónomo e independiente del monitorio precedente, sino que es una continuación del mismo*. Con estas palabras se le calificaba en la Jornada sobre unificación de criterios de la Audiencia Provincial de Valencia, de 9 de junio de 2011.

²³⁷ Sobre el debate acerca de su jurisdiccionalidad, hoy superado en favor de ésta, vid. HERRERO PEREZAGUA, J.F., “Monitorio y concurso”, Revista Aranzadi Doctrinal, ed. Aranzadi, núm.9/2015.

²³⁸ La Sentencia núm.346/2010, de 22 de junio, de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 7ª (JUR 2010\297303) prefiere referirlo como un proceso de naturaleza *declarativa especial*.

²³⁹ Así lo califica el propio legislador, en el *Exponendo III*, párrafo octavo, de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial.

Aunque dicha referencia viene hecha al proceso cambiario y no al monitorio, su extrapolación no parece aventurada en tanto que ambos comparten en su esencia la figura del *requerimiento de pago*, allí implícitamente referida por parte del legislador como de tipo ejecutivo.

²⁴⁰ LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *El proceso concursal*, ed. Aranzadi, 2012, pág.320.

En cuanto al proceso cambiario, el Juzgado correspondiente en el que hubiera recaído la demanda de juicio cambiario carecerá, una vez declarado el concurso, de competencia para acordar el embargo preventivo de bienes sobre el ya concursado (arts.821.2.2º LEC), ello por entender el embargo preventivo como una medida cautelar²⁴¹ y por ende siéndole aplicable el art.8.4º LC.

Siendo conscientes del largo debate doctrinal sobre la naturaleza declarativa o ejecutiva del proceso cambiario, lo cierto es que de considerar el embargo preventivo una medida de naturaleza *ejecutiva* y no *cautelar* -como así parece prever el legislador en la exposición de motivos de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre²⁴²-, la solución aplicable seguiría siendo la misma si bien al socaire del art.8.3º LC.

Por último, si dicho embargo preventivo ya hubiere sido practicado con anterioridad al auto declarativo de concurso, entonces el mismo Juzgado embargante deberá ordenar su suspensión (arts.568.2 LEC y 55.2 LC)²⁴³ y sin perjuicio -además- del posible levantamiento del embargo trabado (art.55.3 LC), siendo ello último competencia funcional del juez del concurso.

Téngase en cuenta, además, que la resolución del letrado de la administración de justicia (otrora secretario judicial) suspendiendo el proceso de ejecución solamente es susceptible de recurso de reposición ante el mismo (art.451 LEC) y, posteriormente, de revisión (art.454.bis LEC) ante el juez, no estando previsto el acceso a la apelación (art.562.1.2º LEC)²⁴⁴.

Si la ejecución ya hubiera sido despachada (art.825 LEC), una vez declarado el concurso deberá procederse a su suspensión ex art.55.2 LC, junto con la ya referida potestad -a ejercer ante el juez del concurso- de solicitar el levantamiento y cancelación de aquellos embargos ya trabados (art.55.3 LC). Ahora bien, aquellas consignaciones practicadas a raíz del requerimiento de pago (art.821.2.1ª LEC), realizadas con anterioridad a la declaración de concurso, subsisten²⁴⁵ y sin que tal declaración de

²⁴¹ Sobre dicha naturaleza, aunque muy discutida doctrinalmente, vid., por todos, Auto núm.456/2005, de 27 de julio, de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5ª (JUR 2005\190777).

²⁴² Defendemos solamente su utilidad interpretativa, pues somos conscientes de la ausencia de valor normativo de las Exposiciones de Motivos
Sentencia núm.39/2012, de 10 de febrero, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil Sección 1ª (RJ 2012\3908).

²⁴³ Como ejemplo práctico de ello puede citarse el Decreto de 10 de mayo de 2017, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 6 de Arganda del Rey (Autos de ejecución núm.839/2016).

²⁴⁴ Así lo advierte expresamente el Auto núm.2/2017, de 11 de enero, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 11ª (Tol 6024258).

²⁴⁵ Diligencia de ordenación de 17 de agosto de 2015, del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Nules (autos de juicio cambiario núm.506/2014).

concurso guarde efectos retroactivos, pues ni tan siquiera por la vía del art.55.3 LC cabría su levantamiento.

Al igual que se ha visto para el proceso monitorio, la equivalente fase declarativa también existente en un proceso cambiario provoca que, ante el ejercicio de una oposición cambiaria (art.824 LEC), la competencia para conocer de la misma deba seguir residiendo ante el mismo órgano jurisdiccional.

Esta fue la interpretación adoptada en la Sentencia de 29 de abril de 2014, del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid²⁴⁶, con el único matiz aparente de no considerar -frente a lo aquí defendido- que el mismo requerimiento de pago (art.821.2.1º LEC) también resultaría nulo cuando el requerido ya se encontrase en concurso, sino únicamente la medida del embargo preventivo y su posterior ejecución.

Como ya se ha explicado, la naturaleza inherentemente ejecutiva de tal *requerimiento de pago* debe suponer su nulidad si se practica con posterioridad al auto declarativo de concurso, sin que dicha nulidad por actuaciones *ex post* deba limitarse al embargo preventivo. No obstante, de lo que no cabe duda es de que la posterior ejecución *ex officio* que regula el art.825 LEC se verá impedida por razón del art.55.1 LC, de suerte que el proceso cambiario simplemente se dará por concluido²⁴⁷ de forma anticipada y una vez agotada su fase declarativa.

Por último, cuestión distinta es la improcedencia de iniciar nuevos procesos -monitorios o cambiarios- ante juez distinto del mercantil tras la declaración de concurso del deudor, debiendo en tal caso procederse al archivo de todo lo actuado (arts.8.1º y 50.1 LC), según se recuerda en el Auto núm.173/2009, de 16 de octubre, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28^a²⁴⁸.

1.3 Competencias en el ámbito laboral (arts.8.2º y 64 LC).

Desde un punto de vista estadístico, es innegable que esta atribución competencial está prevista, esencialmente, para el clásico supuesto de la persona jurídica concursada que a fecha de la declaración de su concurso ostente relaciones contractuales laborales en vigor, o bien al menos obligaciones derivadas de éstas y pendientes de cumplimiento por su parte.

No obstante, en puridad nada impide la extensión del presente estudio también sobre el supuesto de la persona física concursada que resultara empresario individual o profesional y, naturalmente, pudiera tener trabajadores contratados con sus respectivos

²⁴⁶ AC 2014\994.

²⁴⁷ En este sentido, puede citarse el Auto núm.178/2016, de 25 de abril, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Nules (Autos de juicio cambiario núm.1243/2014).

²⁴⁸ AC 2010\222.

derechos y obligaciones. Hipótesis ésta, como ya se ha dicho, estadísticamente mucho menos habitual -el concurso de la persona física que además resulte empleador-, pero que precisamente la vocación *universal* del concurso y el completo examen académico de los efectos competenciales sobre la persona física concursada hace que no podamos ignorar.

Así pues, para entender la órbita de aplicación del art.64 LC es conveniente dar un paso previo y recordar la extensión del orden jurisdiccional civil sobre cuestiones laborales. En efecto, conforme a los arts.86.ter.1.2º LOPJ y 8.2º LC, el juez del concurso es revestido de competencias en el ámbito de las *acciones sociales colectivas*, siendo pues este último término -la dimensión colectiva- el determinante para resolver a qué orden jurisdiccional corresponde la *acción social* una vez declarado el concurso.

Ello quiere decir, por tanto, que deberá acudirse a la normativa laboral para distinguir cuando se está frente a una pretensión de carácter colectivo o individual, para así determinar si debe aplicarse el régimen procesal y judicializado del art.64 LC o por el contrario aquel ordinariamente previsto en la normativa laboral, según cada tipo de pretensión.

A modo de ejemplo, ante una pretensión de despido objetivo, es el art.51.1 ET el que delimita los umbrales que separan el carácter colectivo del individual. En consecuencia, si declarado el concurso dicha pretensión deseara aplicarse sobre diez trabajadores de un sujeto concursado con una plantilla menor de cien, ya sabemos que resultará de aplicación el art.64 LC por la competencia objetiva que judicializa y atrae dicha pretensión *colectiva* sobre el juez del concurso. En definitiva, debe insistirse en la dimensión de colectividad como el factor que dirigirá la pretensión al proceso del art.64 LC, en ocasiones *judicializando* la llamada *acción social*.

Acreditada la colectividad del despido, por lo demás, existe una múltiple variedad de pretensiones que los arts.8 y 64.1 LC ya se encargan de listar: las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo (art.41 ET); los traslados colectivos (art.40 ET); la extinción colectiva de contratos de trabajo (art.51 ET); por último y más polémicamente, la suspensión del contrato y la reducción de jornada (art.47 ET en relación con el art.45 del mismo cuerpo legal).

El referido carácter polémico del art.47 ET -cuando la suspensión se articule por causas económicas, técnicas, organizativas, de producción o fuerza mayor- deriva de que aquí no existe criterio numérico propio y por tanto, *a priori*, toda pretensión bajo esta categoría debería ser conocida por el juez del concurso.

Sin embargo, la práctica jurisprudencial se está mostrando dividida²⁴⁹ a dicha omisión de criterio numérico alguno, ya que -en su larga redacción- el art.47 ET también se remite a los umbrales del art.51.1 ET. En la reforma del art.64.1 LC, operada mediante la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, la expresa mención en dicho art.64.1 LC a la suspensión de contratos y a la reducción de jornada apunta a que su competencia objetiva queda definitivamente resuelta en favor del juez del concurso, ya sea por las causas del art.47 ET o incluso por aquellas restantes ex art.45 ET.

Las dudas competenciales que rodean al art.47 ET no suponen, desafortunadamente, las únicas dentro de esta disputa sobre el reparto competencial o bien judicialización de las *acciones sociales*.

Otro conflicto habitual se da, por ejemplo, a la hora de qué posición adoptar cuando el sujeto concursado o su administración concursal pretende extinguir la totalidad de su plantilla laboral pero ésta se compone por cinco o menos trabajadores (art.51.1 ET). Con la vigente redacción del art.64.10 LC, no parece posible justificar una judicialización vía art.64 LC de dichas extinciones²⁵⁰, que tal vez sean *plurales* pero no *colectivas* en los términos del art.51.1 ET para el supuesto de extinción total de la plantilla laboral -seis trabajadores o más-.

En consecuencia, al no tratarse de una medida colectiva, dichas extinciones y cualesquiera otras que también participaran de un carácter individual deberán regirse por el cauce ordinario del despido objetivo (arts.52.c) y 53 ET), tal y como recuerda la Magistrado-Juez ORELLANA CANO²⁵¹. El encargado de accionar y desarrollar dicho cauce extrajudicial dependerá en función del régimen de facultades; en mera intervención (art.40.1 LC), será el sujeto concursado bajo la supervisión de la

²⁴⁹ En favor de la interpretación aquí defendida, la Magistrado-Juez ORELLANA CANO, N., *Tratado judicial de la insolvencia, Tomo I*, ed. Aranzadi, 2012, pág.1001. En el mismo sentido, vid. Sentencia núm.1325/2013, de 14 de junio, del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Social, Sección 1ª (AS 2013\2558): *si las suspensiones se consideran colectivas cualquiera que sea el número de trabajadores de la empresa y el número de los afectados por la suspensión, lo mismo cabe afirmar de las reducciones de jornada, estando sometidas ambas a la competencia y control del juez del concurso.*

En contra, destaca el Auto núm.83/2013, de 19 de abril, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Granada (AC 2013\1811), señalando que: *La nueva redacción del artículo 64.1 LC sigue manteniendo la referencia y expresamente así lo recoge, de colectivas tanto para las modificaciones sustanciales, como para la suspensión.* En el mismo sentido, vid. Sentencia núm.1521/2013, de 8 de marzo, del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Social, Sección 1ª (JUR 2013\137632): *el único problema aplicativo que plantea -el de que no nos dice cuándo la suspensión o la reducción son de carácter colectivo- se resuelve con relativa facilidad -como ha hecho oportunamente el juzgador de instancia- acudiendo a los umbrales de trabajadores afectados del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores.*

²⁵⁰ MOLINA NAVARRETE, C., *El concurso de acreedores, aspectos sociales y laborales de la reforma 2011-2012*, ed. Tecnos, 2012, pág.103.

En la misma línea vid. Auto núm.1/2006, de 3 de enero, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Sevilla (JUR 2006\150381).

²⁵¹ ORELLANA CANO, A.M., en AA.VV., *Comentario práctico a la nueva Ley Concursal*, ed. La Ley, 2012, pág.372.

administración concursal. En régimen de suspensión (art.40.2 LC), se llevará a cabo por esta última exclusivamente y debiendo contar con la colaboración del sujeto concursado (art.42 LC).

Un último supuesto que se ha planteado como problemático deriva de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo (art.41 ET), cuando éstas afectaran a materias contenidas en un convenio colectivo. El art.66 LC se limita a señalar que para acceder a ello se requerirá, en todo caso, acuerdo de los representantes legales de los trabajadores. Ante su ubicación distanciada del art.64 LC, cabría preguntarse si es posible subsumir dicha pretensión dentro de este especial proceso. Tratándose de un convenio colectivo y dada la posible participación del sujeto concursado en el periodo de consultas (art.64.5 LC), la respuesta debería poder ser afirmativa²⁵², sin que ello en ningún caso signifique que el juez del concurso pueda sustituir la necesidad de dicho acuerdo *inter partes*.

A este último respecto, afirma MONTOYA MELGAR²⁵³ que no será admisible la posibilidad de que el juez concursal *supla la falta de acuerdo* que regula el art.82.3 ET, siendo que de no alcanzarse éste ello *impedirá, lisa y llanamente, la adopción de la modificación de la condición establecida en convenio colectivo*.

Por el contrario, si el convenio colectivo aplicable resultara ser de ámbito sectorial o estatal (art.87 ET), entonces sí parece inevitable tener que acudir en todo caso al procedimiento extraconcursal del *descuelgue* (art.82.3 ET) para su debida tramitación, al no estar prevista la participación de tales sujetos firmantes dentro del emplazamiento contenido en el art.64.5 LC²⁵⁴. Sobre el art.82.3 ET en supuestos de concurso, apunta CAVAS MARTÍNEZ²⁵⁵ la particularidad de que la administración concursal será quien intervenga en la fase de negociaciones conforme a las reglas procedimentales establecidas en dicho precepto.

La redacción del art.64.1 LC finaliza señalando que *si a la fecha de la declaración del concurso estuviere en tramitación un expediente de regulación de empleo, la autoridad laboral remitirá lo actuado al juez del concurso*.

Dicha previsión continúa teniendo su sentido, pese a haber perdido la autoridad laboral el carácter *autorizador* por otro meramente *controlador* sobre el expediente de regulación de empleo, ya que ello no quita que pueda seguir existiendo un expediente

²⁵² Así lo consideró el singular Auto de 29 de marzo de 2005, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Málaga (JUR 2005\102155).

²⁵³ MONTOYA MELGAR, A., *Derecho laboral concursal*, ed. Civitas, 2013, págs.164 y 227

²⁵⁴ Señala GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., en AA.VV., *Enciclopedia de derecho Concursal*, Tomo I, ed. Aranzadi, 2012, pág.762: *es el art.64 LC el que regula la modificación de los convenios no regulados en el Título III ET*.

²⁵⁵ CAVAS MARTÍNEZ, F., “El descuelgue: problemas prácticos y primeras experiencias”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, ed. Aranzadi, núm.11/2014.

que efectivamente *judicializar* ante el juez del concurso y archivar en sede administrativa (art.29 RD 1483/2012), conservando su validez aquellas actuaciones ya practicadas. Sobre la *procedencia de continuar* con tales *medidas colectivas* (art.64.1.II LC), ya dentro de su ajuste al proceso del art.64 LC, en caso de discrepancia entre las partes sobre dicha cuestión ésta deberá resolverse mediante auto del juez del concurso.

¿Pero cuál es el hito clave para atraer un despido colectivo, que se encuentre en tramitación, a la competencia objetiva del juez del concurso? Según lo establecido en la Sentencia núm.862/2016, de 18 de octubre, del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1^a²⁵⁶, la actuación determinante no es otra que la comunicación empresarial a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral del despido colectivo; si dicha comunicación se produce antes de la declaración de concurso, entonces no cabe hacer uso de la *vis atractiva* del art.64.1.II LC por cuanto el procedimiento de despido ya se entiende finalizado.

Más desconcertante es, en cambio, la previsión *in fine* del art.64.1 LC, ordenando a la administración concursal la ejecución de la *resolución* que ya hubiera recaído a fecha de la declaración de concurso. No obstante, aunque ello se produjera bajo un régimen de facultades meramente interventor (art.40.1 LC), el art.33.1.c).1º LC ha venido a ratificarse en dicho mandato excluyente.

Finalmente, cabe preguntarse qué tratamiento procesal recibe la figura del llamado *despido tácito* bajo escenarios de concurso respecto del empleador, ya resulte éste persona física o jurídica. En el ámbito *colectivo*, la Sentencia de 29 de octubre de 2013, del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1^a²⁵⁷ sentó en recurso de casación para la unificación de doctrina que resulta *inactuable* dicha figura por *hechos posteriores* a la misma *demanda de concurso*, siendo la única reacción válida la de acudir al mecanismo extintivo del art.64 LC una vez declarado el concurso. Postura posteriormente reproducida con claridad en la Sentencia núm.313/2014, de 8 de abril, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social Sección 4^a²⁵⁸.

Si bien ello no despejaba la duda competencial sobre una hipotética pretensión de despido tácito promovida individualmente tras la declaración de concurso, este último planteamiento competencial ha sido resuelto por la Sentencia núm.570/2014, de 28 de

²⁵⁶ RJ 2016\5617.

²⁵⁷ RJ 2013\8115.

²⁵⁸ JUR 2014\134202.

Argumentando dicha resolución: *No estamos ante un despido tácito, sino ante una manifestación expresa, en fecha concreta, por parte del empresario de su voluntad de proceder a extinguir la relación laboral, mediante el oportuno concurso de acreedores. (...) Es cierto que no se establecieron medidas de suspensión colectiva de los contratos de trabajo antes de la decisión de cierre de la empresa, ni que las plantease en el tiempo que transcurre entre la solicitud del concurso y su admisión a trámite, pero tales medidas no tienen carácter obligatorio cuando se plantea el concurso de acreedores a cuya tramitación los demandantes no opusieron obstáculo alguno.*

enero, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, Sección 1^a²⁵⁹, en favor de atribuir su competencia al orden jurisdiccional social, lo que casa con el espíritu colectivista que debe mantenerse respecto del art.8.2º LC.

1.4 Procesos ejecutivos y concurso (arts.8.3º y 84.4 LC).

El carácter universal del concurso y la ordenación de masas -activa y pasiva- que éste provoca hacen que, coherentemente, sea el juez del concurso el único que deba conocer de cualquier ejecución seguida frente a los bienes y derechos del sujeto concursado.

De esta suerte, aun habiéndose tramitado y concluido el proceso declarativo frente a juez distinto del mercantil, la ulterior fase de ejecución derivada de dicho proceso *ex ante* pasa a ser cuestión competencial asumida dentro del proceso concursal, sin perjuicio de los efectos del concurso (arts.55 y 56 LC) sobre las respectivas potestades ejecutivas.

Antes de proseguir, es necesario advertir la *limitadísima* operatividad de las pretensiones ejecutivas singulares una vez declarado el concurso, lo que se visualiza simplemente con atender a las prohibiciones contenidas en los arts.55 y 56 LC, así como en el ámbito comunitario al REG 655/2014, por el que se establece el novedoso procedimiento relativo a la *orden europea de retención de cuentas*, en cuyo ámbito material de aplicación -art.2.2.c)- se excluye a los deudores respecto de los cuales *se hayan iniciado procedimientos de insolvencia*.

En el art.55 LC, y siempre respecto de los créditos *concursoales* -no así de aquellos *contra la masa*-, se establece por un lado la prohibición de iniciar nuevas ejecuciones judiciales o extrajudiciales -también apremios- frente al patrimonio del concursado (art.55.1 LC), siendo pues irrelevante que se ejercitaran rigurosamente frente al juez del concurso (art.8.3º LC) o distinto órgano. Por el contrario, esta atracción competencial no se extiende a aquellas cuestiones mero-declarativas y que por ello deban permanecer en la competencia funcional del Juez ejecutor, así, por ejemplo, cuando resulte necesario la previa liquidación del título ejecutivo en aquellas condenas dictadas con reserva (art.219 LEC)²⁶⁰.

De iniciarse, tales procesos ejecutivos deben ser inmediatamente sancionados con su nulidad de pleno derecho ex art.225.1º LEC, tal y como recuerda la Sentencia núm.192/2014, de 24 de julio, de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1^a²⁶¹,

²⁵⁹ JUR 2014\95336.

²⁶⁰ Auto de 11 de octubre de 2017, del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid (autos núm.139/2013/01).

²⁶¹ JUR 2014\257036.

Más recientemente, y en el orden jurisdiccional social, Auto de 22 de febrero de 2017, del Juzgado de lo Social nº 2 de Santiago de Compostela (autos de ejecución núm.141/2016).

respecto de las ejecuciones judiciales. Y de haberse procedido ya a materializar los efectos sustantivos de la ejecución, véase así la entrega de saldos embargados a la parte ejecutante, previa nulidad de actuaciones -que podrá interesarse vía art.227.2 LEC sin necesidad de incidente- tales saldos bancarios embargados deberán ser devueltos al sujeto concursado por medio de su administración concursal²⁶².

Asimismo, por el otro lado, se decreta con carácter general la suspensión de aquellos procesos ejecutivos -y apremios- que se hubieran iniciado con anterioridad al auto declarativo de concurso (art.55.2 LC), por tanto seguidos frente a un órgano distinto del juez del concurso. Dicho mandato lleva históricamente enfrentado a aquel otro recogido en el art.50.2 RD 1415/2004, por cuanto este último permite la continuación del apremio administrativo por parte de la TGSS hasta que se dicte la pertinente providencia de apremio (art.84 RD 1415/2004); sin duda un aditivo en las actuaciones que -aunque no guarde efectos materiales- sigue siendo difícil de casar con el mandato suspensivo del citado art.55.2 LC. Sin embargo, y pese a tratarse de un Reglamento frente a una Ley, es unánime la criticable práctica por las administraciones públicas en dar preferencia a dicho mandato reglamentario²⁶³.

¿Qué tratamiento reciben aquellos procesos ejecutivos con una pluralidad de sujetos en su parte pasiva, considerando que sólo uno de ellos se encontrara en situación de concurso? En estos casos, la respuesta más lógica pasa por proceder al archivo de dicha ejecución únicamente respecto de tal sujeto concursado, continuándose la misma frente al resto, nulidad parcial que ya permite el art.227.2 LEC. Esta fue la solución adoptada, sirva de ejemplo, en el Auto de 19 de diciembre de 2014, dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Castellón²⁶⁴.

Por último, respecto de los procesos ejecutivos sobre garantías reales, también con carácter general se decreta su prohibición o bien suspensión sobre aquellos ya iniciados (arts.56.1 y 56.2 LC).

¿Cuál es entonces el sentido del art.8.3º LC, ante todas estas limitaciones propias de la *pars conditio creditorum* (art.49 LC)? Sencillamente, establecer la competencia del juez del concurso en evitación de su asunción por cualquier otro órgano judicial, extrajudicial o administrativo, así como que éste pueda hacer uso de dicha competencia aunque sólo sea en los limitados supuestos que la LC permite.

²⁶² Así se ordenó por medio de Diligencia de ordenación de 25 de abril de 2017, del Juzgado de lo Social nº 2 de Santiago de Compostela (autos de ejecución núm.141/2016), previa nulidad de actuaciones decretada por Auto de 22 de febrero de 2017 dictado por el mismo Juzgado.

²⁶³ A modo de ejemplo, sirva la Resolución desestimatoria de fecha 2 de julio de 2015, confirmando la procedencia en dictar la Providencia de apremio con referencia 42/15/010236980, emitida por la Dirección Provincial de Soria de la TGSS.

²⁶⁴ Autos de concurso núm.1422/2014-G.

Partiendo pues de la aparente amplitud del precepto sobre las competencias que atrae en favor del juez del concurso, no obstante, la ambigua redacción del art.8.3º LC ha dado pie a un conocido debate respecto de aquellas pretensiones de desahucio seguidas frente al concursado, ya que si nos fijamos la norma atribuye la competencia objetiva al juez del concurso *de toda ejecución frente a los bienes y derechos del concursado*, que no es lo mismo que decir *de toda ejecución frente al concursado*.

Dicha sutil distinción es puesta de relieve, con sumo detalle explicativo sobre la correcta exégesis del art.8.3º LC, en el Auto núm.117/2011, de 15 de julio, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 13ª²⁶⁵, concluyendo éste que la ejecución por desahucio no estaría operando sobre un bien del concursado sino ajeno, así como que tampoco existe un derecho económico (arts.8.3º y 55 LC) al haber quedado resuelto el contrato de arrendamiento, por todo lo cual la competencia objetiva para conocer de tal ejecución debe mantenerse inalterada y, además, tampoco resultando de aplicación la suspensión prevista en dicho art.55 LC²⁶⁶. La mentada resolución judicial también se ocupa de aclarar que, en consecuencia, la especial potestad de ejercer la enervación del desahucio o rehabilitar el arrendamiento (art.70 LC) se mantiene aplicable pero deberá instarse extramuros del proceso concursal.

Cuestión distinta, naturalmente, es el tratamiento competencial y procedimental de la pretensión de desahucio instada con posterioridad a la declaración de concurso; en cuyo caso, aquí sí, es asumida por el juez del concurso y seguida por el cauce incidental (art. 62.2 LC), ello fruto de la naturaleza *sinlagmática funcional* (art.61.2 LC) del contrato de arrendamiento²⁶⁷.

Por lo demás, no hace falta decir que aquellas ejecuciones derivadas de procesos declarativos ya nacidos en el seno del concurso también competen al juez de éste, sin que quepa mayor discusión al respecto. A modo de ejemplo, piénsese en una demanda incidental de calificación de créditos contra la masa (art.84.4 LC) y su potencial ejecución posterior en los tiempos que marca dicho precepto, pudiéndose formular tal ejecución de forma provisional o definitiva²⁶⁸.

En tales casos, la norma para determinar la competencia del juez del concurso aparece doblemente reforzada, puesto que junto con el art.8.3º LC cabe remitirse también a las

²⁶⁵ JUR 2011\373567.

²⁶⁶ Así lo recuerda HERBOSA, I., “La acción de desahucio por impago de rentas en situación de concurso del arrendatario”, Anuario de Derecho Concursal, ed. Civitas, núm.29/2013.

Como también precisa la autora, ello no obsta a que el arrendador decidiera ejercitar, aquí sí ante el juez del concurso, la acción de separación ex art.80 LC antes de que llegue la fecha señalada para el lanzamiento.

²⁶⁷ Por todas, vid. Sentencia núm.348/2008, de 5 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 3ª (JUR 2009\120306).

²⁶⁸ Como recuerda el Magistrado-Juez RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., “La reclamación de créditos contra la masa en el concurso”, Revista Aranzadi Doctrinal, ed. Aranzadi, núm.1/2009.

normas procesales ordinarias respecto de la ejecución de títulos judiciales (art.545.1 LEC)²⁶⁹, que designan competente para la ejecución al mismo órgano jurisdiccional que conoció del asunto en primera instancia.

Lógicamente, existiendo una infinidad de cuestiones que pueden resolverse por el juez del concurso vía incidente concursal (art.192 LC), deberá estarse a la naturaleza de la pretensión ejercida para poder conocer el posible carácter ejecutivo -y no meramente declarativo o constitutivo- de la consiguiente resolución estimatoria. Como bien resume UREÑA CARAZO²⁷⁰, *obviamente de todas las posibles cuestiones que puedan plantearse en un incidente concursal, únicamente nos van a interesar aquellos incidentes en que se sustancien acciones concursales con influencia directa en las masas activa y pasiva del concurso.*

La cuestión sin embargo se complica notablemente, ya que pese a haberse estimado la pretensión correspondiente y, además, cumplir dicha pretensión con el referido carácter ejecutivo, aun así podemos encontrarnos con problemas propiamente derivados de las normas sustantivas de la LC y que limitarían la efectividad de dicha ejecución.

Con esta reflexión cabe referirse, en esencia, a todas aquellas resoluciones -judiciales o administrativas- mediante las cuales se buscara ejercer las oportunas potestades ejecutivas para así satisfacer un crédito contra la masa legítima y que nadie discute. Pues bien, dígase ya de forma adelantada, que lo que no puede admitirse pese a la potestad ejecutiva reconocida (art.84.4 LC) a tales acreedores contra la masa es alterar el orden de pagos que, al mismo tiempo, preceptúa el art.84.3 LC o -en su caso- el art.176.bis.2 LC.

Es innegable la mentada potestad ejecutiva que contempla el art.84.4 LC en favor de los acreedores contra la masa, con la única limitación temporal de que *no podrán iniciarse ejecuciones judiciales o administrativas para hacerlos efectivos hasta que se apruebe el convenio, se abra la liquidación o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiere producido ninguno de estos actos.*

Ahora bien, nótese que lo realmente establecido es un privilegio *procesal* y no *sustantivo* respecto del crédito en cuestión, lo que supone que aquello hipotéticamente obtenido de tal ejecución debe ponerse, a continuación e inmediatamente, a disposición de la administración concursal para su reparto conforme al orden legal de pagos.

Esta postura resulta la única capaz de conciliar este criticable privilegio procesal con aquellas otras normas sustantivas, ya que de lo contrario se vaciaría de sentido el proceso concursal, convirtiéndose éste en una especie de *carrera* por ver quién ejecuta

²⁶⁹ En este sentido, vid. Auto núm.103/2008, de 23 de junio, de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 2ª (JUR 2008\354956).

²⁷⁰ UREÑA CARAZO, B., “La ejecución provisional. El supuesto de las sentencias dictadas en incidentes concursales”, Revista Aranzadi Doctrinal, ed. Aranzadi, núm.6/2012.

primero, toda vez que se discriminaría a los restantes acreedores contra la masa de cobro preferente según la misma LC. Se trata pues, en definitiva, de conjugar aquella potestad ejecutiva con el contenido del art.84.3 o, en su caso, del art.176.bis.2 LC, ambos relativos al orden de pagos de créditos contra la masa.

Existen, a este respecto, cada vez más resoluciones en la línea aquí defendida, resultando especialmente revelador el Auto de 31 de octubre de 2012, del Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Barcelona²⁷¹, al hilo de una ejecución administrativa iniciada al amparo del art.84.4 LC: (...) *esta ejecución administrativa llevada a cabo por la TGSS debe respetar en cualquier caso el orden de vencimiento a que se sujeta el pago de créditos contra la masa. Para ello, deberá contar con la información de que dispone en el concurso vía informe del art. 75 LC (el anexo relativo a créditos contra la masa) e informes trimestrales de la AC, así como aquella información que le proporcione directamente la AC, todo ello a fin y efecto de evitar acciones impugnatorias y que dicho orden de vencimiento sea respetado.* En el mismo sentido, debe insistirse, cabe citar otras tantas resoluciones²⁷².

Quien haya gustado consultar todas estas resoluciones facilitadas podrá observar, con comprensible asombro, que el infractor del orden legal de pagos de la LC resulta ser sistemáticamente -y para mayor amonestación- la administración pública, ya se trate de Hacienda o la TGSS. Se trata de una realidad diariamente sufrida por quienes ejercen como administración concursal, debiendo soportar los excesos de una *autotutela administrativa* que actúa sin atender a las normas de pago concursales que, con mayor celo, debieran conocer precisamente por tratarse de entes públicos.

Para mayor frustración, dichas actuaciones ejecutivas -vía apremio y su correspondiente Diligencia de embargo- suelen traducirse exclusivamente en el embargo de aquellos saldos bancarios en positivo que ostentara el sujeto concursado, siendo que los mismos normalmente ya se hallan al amparo y control de la administración concursal. Se trata pues de un comportamiento que clama al absurdo más reprochable, puesto que -al margen de infringir el orden legal de pagos- no existe actividad ejecutiva alguna que realizar para transformar dicho activo en líquido y así ponerlo a disposición de la administración concursal -solución aquí defendida-, sino que del mismo modo que se embargan tales saldos bancarios deben reintegrarse, pues éstos ya resultan líquidos de por sí para su correcta distribución entre los acreedores contra la masa.

²⁷¹ JUR 2012\61071.

²⁷² Así pues, pueden citarse a modo de ejemplo: el Auto de 23 de enero de 2012, del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid; la Sentencia núm.76/2013, de 24 de junio, de la Audiencia Provincial de Huelva, Sección 3ª (JUR 2013\305212); más recientemente, la Sentencia núm.205/2014, de 24 de marzo, de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4ª (AC 2014\494), todas ellas de una contundencia argumentativa impecable.

La Sentencia núm.711/2014, de 12 de diciembre, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1^a²⁷³, además de compartir nuestro rechazo a una interpretación literal del art.84.4 LC, incluso llega a afirmar que *en realidad, el único escenario en que podría admitirse una ejecución de créditos contra la masa es el que se abre con la aprobación del convenio*, concluyendo que en los demás casos directamente no tiene sentido iniciar ni una ejecución separada contra la masa ni acudir al apremio administrativo. Dicha aseveración ya había sido, en realidad, afirmada en la Sentencia núm.237/2013, de 9 de abril, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1^a²⁷⁴, aunque bajo un argumento menos desarrollado que la posterior resolución judicial antes citada.

Sin perjuicio del efectivo impacto -disuasorio- que pueda tener la citada doctrina del Tribunal Supremo sobre la conducta de nuestras administraciones públicas²⁷⁵, lo cierto es que hasta el momento todo este conflicto ha estado obligando, irremediablemente, a demorar el correcto desarrollo del concurso y aumentar la litigiosidad del proceso, bien sea mediante una solicitud de auxilio judicial en protección de la masa activa del concurso (art.43.1 LC), cuyo mecanismo detallábamos más arriba, o bien interponiendo la administración concursal un incidente concursal al amparo del art.84.4 LC, pidiendo que *se declare que la ejecución separada vulnera el orden de pagos contra la masa, concretando los créditos indebidamente preteridos y pidiendo la condena de devolución*²⁷⁶.

La competencia para conocer este tipo de conflictos, entre el órgano administrativo y el juez del concurso, viene siendo reconocida a este último de forma continuada, sirva de ejemplo la Sentencia de 24 de octubre de 2012, del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción²⁷⁷. Sin embargo, mediante el referido ejercicio directo de la demanda incidental (art.84.4 LC) por la propia administración concursal, se evita la probable negativa del órgano administrativo en atender el consiguiente requerimiento de inhibición que ordenaría el juez del concurso al amparo del citado art.43.1 LC, evitándose así tener que acudir previamente al Tribunal de Conflictos de Jurisdicción.

²⁷³ RJ 2014\6561. Posteriormente reiterada en Sentencia núm.46/2015, de 18 de febrero, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1^a (JUR 2015\93144), así como en Sentencia núm.227/2017, de 6 de abril, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1^a (autos de casación núm.2798/2014).

La anterior resolución de nuestro alto tribunal, de diciembre de 2014, es analizada -y elogiada- por el Magistrado-Juez GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., “Ley Concursal: la ejecución para pago de los créditos contra la masa”, Revista Aranzadi Doctrinal, ed. Aranzadi, núm.3/2015.

²⁷⁴ RJ 2013\3685.

²⁷⁵ Consta ya alguna Dirección Provincial asumiendo dicha doctrina, así por ejemplo, la Dirección Provincial de la TGSS de Vizcaya, en su resolución de recurso de alzada de fecha 23 de julio de 2015, dictada bajo el expediente nº 48/101/2015/00731/0.

²⁷⁶ Solución que se propone en la Sentencia núm.213/2013, de 6 de noviembre, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao (JUR 2014\21115).

²⁷⁷ RJ 2013\4334.

Más recientemente, vid. Sentencia de 9 de diciembre de 2014, del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción (RJ 2015\1248).

1.5 Medidas cautelares (arts.8.4º y 17 LC).

La competencia y en su caso jurisdicción -cuando se trate de órdenes jurisdiccionales distintos del civil- del juez del concurso, en materia de medidas cautelares *que afecten al patrimonio del concursado*, se ve expresamente reconocida en virtud del art.8.4º LC. Debe dejarse claro que, con ello, se ha procedido a la asunción de los *procesos cautelares* en favor del juez del concurso y no solamente de unas simples *medidas*²⁷⁸.

Conforme a la redacción del art.8.4º LC, al margen de tener que cumplir con la necesaria afectación sobre el patrimonio del concursado, únicamente se excluye de la *vis atractiva* concursal aquellas medidas cautelares adoptadas en determinados procesos especiales contenidos en el Libro IV de la LEC, en coherencia con la exclusión de tales procesos en su fase declarativa y que previamente enumeraba el art.8.1º LC.

Asimismo, subsiste la competencia para adoptar medidas cautelares dentro de procedimientos arbitrales, reservándose no obstante al juez del concurso la potestad de acordar la suspensión o alzamiento de tales medidas *cuando considere que puedan suponer un perjuicio para la tramitación del concurso*. Diríase, por tanto, que dicha competencia arbitral parece quedar sometida a una suerte de condición resolutoria.

En cuanto al tratamiento concursal de este tipo de tutela jurisdiccional, se hace ineludible tomar como punto de partida el art.17 LC, precepto que establece la exclusiva potestad del acreedor instante del concurso para solicitar medidas cautelares con anterioridad a tal declaración de concurso necesario pretendida. Nótese que la norma del art.17 LC excluye al deudor del ámbito de legitimación para la demanda de medidas cautelares en su demanda de concurso -voluntario-. En cambio, el art.21.1.4º LC extiende al juez del concurso la facultad de la imposición de medidas cautelares de oficio, con independencia del carácter voluntario o necesario del concurso, si bien acotadas en el tiempo hasta la aceptación del cargo de administración concursal. Será muy inhabitual que en la práctica forense se haga uso efectivo de dicha facultad, sin perjuicio de lo cuestionable que resulta -en un proceso civil, incluso *voluntario*- este injustificado aumento de los poderes del juez en todo tipo de concurso de acreedores.

La *ratio legis* del art.17 LC es evidente, pues con las medidas cautelares el acreedor instante del concurso necesario buscará evitar actuaciones fraudulentas de su deudor, y en todo caso garantizar la finalidad del concurso. Asistencia ésta que no necesitaría el propio deudor, en principio dueño de sus propios actos y facultades patrimoniales. Sin embargo, no por ello dejan de existir voces críticas entre la jurisprudencia²⁷⁹ que, aun

²⁷⁸ La correcta denominación de las medidas cautelares como un verdadero proceso, autónomo y con su propia pretensión separada -la tutela jurisdiccional cautelar- no obstante su vocación instrumental, es explicada por BARONA VILAR, S., en AA.VV., *Derecho jurisdiccional II, Proceso civil*, ed. Tirant lo Blanch, 2016, pág.702.

²⁷⁹ Auto núm.18/2010, de 4 de febrero, de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 5ª (JUR 2010\185936).

admitiendo la literalidad del precepto, recuerdan que su función es la protección del patrimonio del deudor con independencia de quién sea el demandante del concurso.

Particularmente afamado resultó el Auto de 1 de abril de 2013, dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de A Coruña²⁸⁰, accediendo a la concesión de la medida cautelar solicitada por el concursado en su demanda de concurso mediante otrosí, consistente en el levantamiento de un embargo trabado por la Agencia Tributaria, lo que finalmente resultó estimado, si bien por la vía procesal del art.55.2 LC (suspensión de ejecuciones y apremios) y no por la vía cautelar.

Con respecto al momento de su solicitud, cabe destacar que no es posible una petición de medidas cautelares *ante causam*, esto es, previas a la demanda de concurso²⁸¹; el art.17 LC es claro y exige que se acompañen con la demanda de concurso necesario, toda vez que el art.730.2 LEC -medidas cautelares *ex ante* por razones de urgencia o necesidad- no ha sido traspuesto al ordenamiento concursal y sería contrario al *dies a quo* fijado por éste.

Aunque las medidas cautelares que contempla el art.17 LEC siguen, a primera vista, el régimen general previsto en los arts.721 y ss. LEC, al cual se remite el propio art.17.1 LC, un estudio más detenido de su configuración nos invita a rechazar un aparente mimetismo entre un régimen y otro.

En este sentido, de los tres clásicos presupuestos para la adopción de medidas cautelares -*periculum in mora*, *fumus bonis iuris* y prestación de caución, ex art.728 LEC-, el art.17.2 LC nada menos que convierte en potestativa²⁸² la caución o fianza que debiera prestar el demandante de las medidas cautelares en el seno del concurso.

Por último, no cabe olvidar que el procedimiento que regula el art.17 LC posee una sustanciación *inaudita parte debitoris*²⁸³, siendo que el auto que resuelva la procedencia de tales medidas será recurrible en reposición ex art.197.3 LC. Esto provoca, a su vez, un régimen de recursos sin duda variopinto, por los tiempos procesales del concurso y la adecuación del régimen general de recursos previsto en la LEC.

Así, por un lado, el deudor cuenta con el trámite del art.739 y ss. LEC -plazo de veinte días desde la notificación del auto-, así como también puede interponer recurso de reposición frente al mismo (art.197.3 LC). Pero el solapamiento de plazos con la posible

²⁸⁰ Comentado por HUALDE LÓPEZ, I., “El alzamiento de embargos como medida cautelar previa al concurso y la posibilidad de apelación directa frente al Auto resolutorio de un recurso de reposición”, Anuario de Derecho Concursal, ed. Civitas, núm.30/2013.

²⁸¹ En este sentido, la Magistrado-Juez y catedrático CALDERÓN CUADRADO, P., en AA.VV., *Comentario de la Ley Concursal, Tomo I*, ed. Civitas, 2008, pág.406.

²⁸² HUALDE LÓPEZ, I., *Op.cit.*

²⁸³ Conclusión que alcanzan los Magistrados-Jueces GIMÉNEZ RAMÓN, R., y MARCO COS, J.M., en AA.VV., *Tratado práctico del derecho concursal y su reforma*, ed. Tecnos, 2012, pág.151.

oposición del deudor a la propia demanda de concurso -art.18 LC- aconsejan con carácter general y cuando sea posible²⁸⁴ que éste formule su oposición conjuntamente con aquella que se oponga a la misma declaración de concurso, caso de poseer ambas pretensiones, aun por motivos puramente de economía procesal.

Esta oposición, en todo caso, jamás podrá consistir en el ofrecimiento de caución sustitutoria del art.746 LEC, pues sería pedir un imposible al deudor que aporte una cantidad equivalente a todo su patrimonio para garantizar su integridad, dada la finalidad protectora global de la medida cautelar en el seno concursal (art.17.1 LC)²⁸⁵.

Por su incidencia en la esfera de los derechos fundamentales, tratamiento aparte a través de la correspondiente Ley Orgánica²⁸⁶ (art.81 CE) reciben aquellas medidas limitativas de tales derechos fundamentales del deudor, medidas que de modo taxativo pueden consistir en la entrada en el domicilio del deudor y su registro, la fijación de su residencia o la intervención de sus comunicaciones (art.1.1 LORC). Las limitaciones a determinados derechos fundamentales del deudor se aprecian claramente, por afectar éstas al ámbito de protección constitucional de los arts.17, 18.2, 18.3 y 19 CE.²⁸⁷

Aquí también, y pese a dicha incidencia sobre el orden constitucional, su tramitación se instrumentalizará *inaudita parte* -sólo se contempla la audiencia al Ministerio Fiscal ex art.1.3 LORC²⁸⁸- sin perjuicio de la posible apelación que dispone el deudor frente al auto²⁸⁹ que acordara cualquiera de estas medidas (art.1.6 LORC).

²⁸⁴ No será posible en la provisión de la demanda de concurso necesario por vía del art.15.1 LC, donde no existe fase contradictoria.

²⁸⁵ Recordando dicha finalidad y la incompatibilidad del art.746 LEC en situación de concurso, los Magistrados-Jueces GIMÉNEZ RAMÓN, R., y MARCO COS, J.M., en AA.VV., *Tratado práctico del derecho concursal y su reforma*, ed. Tecnos, 2012, pág.153.

²⁸⁶ Donde se aprovecha, a través de la citada LORC, para anticipar el momento de la posible adopción de medidas cautelares en la misma admisión a trámite de la demanda de concurso necesario, mientras que el art.41 LC se refería y refiere a los efectos de la *declaración* de concurso sobre derechos fundamentales, y no de la propia *demand*a de concurso.

²⁸⁷ Que tomando el predicho orden normativo serían: derecho a la libertad, inviolabilidad del domicilio, garantía del secreto de comunicaciones, derecho de elección de residencia y libre circulación.

²⁸⁸ Aunque podría ser discutible si debe aplicarse el régimen especial del art.17 LC, *inaudita parte*, o por el contrario el régimen general del art.733.2 LEC, con audiencia, el hecho de que la norma especifique al Ministerio Fiscal y a nadie más hace que la interpretación restrictiva del precepto sea, en principio, la más defendible.

Así lo proclama el Fiscal DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E., “Las medidas limitativas de los derechos Fundamentales del concursado previstas en la legislación concursal”, Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales, ed. Aranzadi, núm.14/2005.

²⁸⁹ Apuntamos a la forma del Auto, aunque la LORC no especifique el tipo de resolución, ya que su carácter motivado exige que se adopte esta forma, ex art.208 LEC.

Por otra parte, debe advertirse que el art.1.6 LORC únicamente confiere la posibilidad de apelar la resolución que acuerde la adopción de medidas cautelares -“las decisiones judiciales estimatorias”- y no así de aquella otra que las denegara, que por tanto parece no sería susceptible de recurso alguno.

Es inevitable que la naturaleza de todas estas medidas de la LORC resulte, en ocasiones, mucho más próxima a la del aseguramiento de prueba (art.297 LEC) que a una naturaleza propiamente cautelar²⁹⁰.

Por último, en cuanto a la extinción de aquellas medidas cautelares limitativas de derechos fundamentales que se hubieren adoptado, dicha extinción podrá tener lugar por el transcurso del plazo fijado -aunque nada impide su prórroga-, por resolución judicial que así lo ordene -de la audiencia provincial revocándola-, o bien por la propia conclusión del concurso, dada la naturaleza instrumental de toda medida cautelar. En cambio, no daría lugar a la extinción de una medida cautelar la aprobación judicial de un convenio²⁹¹, por cuanto ello no implica la conclusión del concurso; situación en cualquier caso que sería insólita en la práctica y que por el momento sólo cabe advertir desde el plano teórico.

Existen, desde luego, tantos otros supuestos para la adopción de medidas cautelares que se ven subsumidos competencialmente por el amplio art.8.4º LC. De nuevo, su tramitación deberá ajustarse a las reglas procedimentales previstas en la LEC, aunque no necesariamente *inaudita parte debitoris* a diferencia de lo que ocurre bajo el art.17 LC, así como sin que tampoco resulte admisible acogerse a la exención de la prestación de caución, también exclusivamente prevista para el supuesto de hecho del art.17 LC.

Luego están, por último, aquellas situaciones dentro de un proceso concursal en las cuales podría interesar la adopción de medidas cautelares, siendo el supuesto más habitual el de las pretensiones de reintegración concursal (art.71 LC)²⁹². Aunque su específica tramitación no contemple expresamente la adopción de tales medidas cautelares, nada impide la procedencia -verbigracia- de una anotación preventiva de la demanda de reintegración si ello se fundamenta debidamente, de nuevo al amparo de la supletoriedad general de la LEC sobre el proceso concursal y bajo la competencia del juez del concurso. El tratamiento competencial, en estos supuestos, ya reside en la norma general del art.723 LEC: habrá de determinarse si el juez del concurso es competente del pleito principal²⁹³, incluso aunque tal medida cautelar no encaje exactamente en el más cerrado ámbito del art.8.4º LC, y ello por mor de dicha norma general supletoria.

Al margen quedan, por último, aquellos preceptos (arts.96.4, 97.ter o 129.4 LC, entre otros) que literalmente hacen uso del término medidas cautelares pero que, sin embargo,

²⁹⁰ BELLIDO PENADÉS, R., *El procedimiento de declaración de concurso*, ed. Aranzadi, 2010, pág.275.

²⁹¹ Como agudamente señalan DE LA MORENA SANZ, G. y PARRA BAUTISTA, J.R., *El concurso del consumidor*, ed. Bosch, 2010, pág.68.

²⁹² Reconociendo expresamente la posibilidad de demandar medidas cautelares en un incidente de reintegración concursal, vid. HUELMO REGUEIRO, J., en AA.VV., *Problemas procesales del concurso de acreedores*, ed. Atelier, 2013, pág.168.

²⁹³ Así se concluye en el Auto de 18 de octubre de 2012, del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid (JUR 2013\199349).

no resultan ser propiamente cautelares por no corresponder a una tutela jurisdiccional ajena al auto declarativo de concurso. A este respecto, ejemplifica la catedrática SENÉS MOTILLA²⁹⁴, con precisión, la denominada medida cautelar en materia de convenio concursal (art.129.4 LC), siendo que la misma no requiere de los presupuestos previstos en la LEC (art.728) para la adopción de medidas cautelares, así como tampoco se sustanciaría por tales cauces específicos.

Hasta el momento, nos hemos referido a las medidas cautelares que contempla la propia LC, respecto de su competencia, presupuestos y tramitación. Por tanto, solamente queda por dilucidar qué ocurre con aquellos procesos cautelares en curso y demandados con anterioridad al auto de concurso, una vez declarado éste, o bien aquellos que se pretendan tras la declaración de concurso.

En este sentido, con las excepciones en materia arbitral y de determinados procesos especiales del Libro IV de la LEC, comentadas al inicio de este epígrafe, la contundencia del art.8.4º LC es global respecto de los restantes procesos cautelares, siempre que *afecten al patrimonio del concursado*: su atracción competencial es indiscutible.

A este respecto, en el Auto núm.99/2011, de 15 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 3ª²⁹⁵ se indica con claridad la existencia implícita de un límite *temporal* en el art.8.4º LC, del mismo modo que operan temporalmente los arts.50 y 51 LC respecto del art.8.1º LC. En consecuencia, aquellas medidas cautelares demandadas con anterioridad a la declaración de concurso resultan inmunes al art.8.4º LC, pudiendo proseguir en lo referido a su fase declarativa, sin perjuicio -como igualmente advierte la antedicha resolución- de la posible aplicación del art.55.2 LC en la posterior fase ejecutiva de tal medida cautelar, quedando así ésta en irremediable suspenso²⁹⁶.

Por su parte, frente a los procesos cautelares directamente formulados con posterioridad al auto declarativo de concurso, la consecuencia debe consistir en dejar sin efecto -por ejemplo- aquel posible embargo preventivo adoptado cautelarmente, solución acordada en el Auto núm.458/2009, de 14 de julio, de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2ª²⁹⁷, invocando para ello lo dispuesto en el art.55.1 LC y sin perjuicio de la

²⁹⁴ SENÉS MOTILLA, C., en AA.VV., *Enciclopedia de derecho Concursal, Tomo II*, ed. Aranzadi, 2012, págs.2043 y 2044.

²⁹⁵ JUR 2011\431868.

²⁹⁶ En análogo sentido, aunque erróneamente invocando el art.8.4º LC -que no se infringe en medidas cautelares demandadas con anterioridad al concurso- en lugar de únicamente el art.8.3º LC, vid. Auto núm.229/2010, de 23 de septiembre, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 14ª (JUR 2010\391334).

²⁹⁷ JUR 2009\328762.

opción del peticionario de tal medida cautelar de reiterar la misma ante el juez del concurso²⁹⁸.

1.6 Asistencia jurídica gratuita (art.8.5º LC).

Se trata de una competencia que se ha incluido por coherencia con el estudio sistemático del art.8 LC que se está haciendo, no así tanto por su relevancia práctica o controversia.

Por ello, de manera sucinta, simplemente cabe recordar su hipotética incidencia -por ejemplo- incluso a la hora de demandar el propio concurso de acreedores, por exigirse en materia de postulación tanto la representación por procurador y la asistencia de letrado (art.184.3 LC) de cara a ejercitar tal pretensión. En cuanto al ámbito subjetivo de aplicación y requisitos para su acceso, baste con remitirse a los arts.2 y 3 LAJG, siendo que la propia situación de concurso del solicitante -cuyo presupuesto objetivo es la insolvencia- naturalmente será un factor a tener en cuenta a la hora de resolver dicha solicitud de asistencia jurídica gratuita²⁹⁹.

Sin embargo, debe recordarse que la petición de asistencia jurídica gratuita se sustancia, como norma general, ante el Colegio de abogados del lugar en que se halle el Juzgado que deba conocer del proceso principal (art.13.2 LAJG), por lo que las competencias del Juzgado competente para conocer del concurso se hacen muy escasas: principalmente, ante una hipotética urgencia en la designación de procurador y letrado que exija de la intervención judicial requiriendo a los oportunos Colegios profesionales tal designación (art.21 LAJG), o bien para resolver las impugnaciones dirigidas frente a las resoluciones dictadas por la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita (art.20 LAJG).

Por su directa incidencia, mención especial merece el art.2.d) LAJG dada la específica mención que éste contiene respecto de los procesos concursales. El beneficio de litigar con justicia gratuita, en el particular supuesto del art.2.d) LAJG, ni siquiera es concedido por motivos económicos³⁰⁰ sino por el reconocimiento a los trabajadores de litigar gratuitamente en un proceso concursal, como bien se recuerda en la Sentencia núm.233/2006, de 19 de mayo, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao³⁰¹.

²⁹⁸ Vid. Sentencia núm.739/2011, de 20 de octubre, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11ª (JUR 2011\436456).

²⁹⁹ Así sucedió en el Auto de 10 de septiembre de 2015, del Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid (autos de impugnación de resolución de justicia gratuita núm.488/2015), que además recuerda que todo activo que pudiera ser titularidad del sujeto concursado, *en realidad pertenece a la masa del concurso*, lo que acentúa su incapacidad de solvencia.

³⁰⁰ Vid. Auto núm.160/2006, de 7 de septiembre, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª (JUR 2009\433922).

³⁰¹ AC 2007\65.

Ahora bien, no cabe olvidar el enunciado con el que parte el citado art.2.d) LAJG, exclusivamente limitado al orden jurisdiccional social y no así al civil, en el que se dirige el proceso concursal. Por ello, es de especial interés el Auto de 15 de enero de 2014, del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Gijón³⁰², puesto que considera aplicable dicho art.2.d) LAJG en una pretensión seguida en el orden civil - la prevista en el art.96.1 LC- y no social como *stricto sensu* indica la LAJG. En contra de dicha extensión del art.2.d.) LAJG en el orden civil, vid. Sentencia núm.317/2013, de 23 de julio, de la Audiencia Provincial de Orense, Sección 1ª³⁰³, cuya interpretación es -cuanto menos- más respetuosa con el tenor literal de dicho precepto.

Finalmente, también pueden plantearse situaciones de petición de asistencia jurídica gratuita durante el transcurso del proceso concursal una vez declarado éste, que igualmente se tramitarán mediante la sustanciación antes señalada.

Aunque lo propio será estarse al caso concreto y siendo la regla general la no suspensión del proceso (art.16 LAJG), vista la multiplicidad de escenarios que puede presentar el proceso concursal, particularmente acertado resulta el Decreto de 12 de marzo de 2015, dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid³⁰⁴, mediante el cual se suspende la tramitación de la pieza incidental de calificación concursal -por sus potenciales efectos particularmente sancionadores- en tanto no se resolviera la concesión de la prestación de asistencia jurídica gratuita, solicitada por la persona física afectada a tal pretensión de calificación culpable allí instada.

1.7 Reclamación de deudas sociales y desembolso de aportaciones (art.8.6º LC).

La regulación de la LC sobre este particular va más allá de la atribución competencial al juez del concurso establecida en el art.8.6º LC, debiendo acudir al art.48.bis LC en el que se recogen otra serie de aspectos de índole procesal a considerar.

En cuanto al primer tipo de pretensión, socios personalmente responsables de las deudas de la concursada, el art.48.bis.1 LC confiere legitimación activa para su ejercicio exclusivamente a la administración concursal. Ello no impide, según recuerdan MARTÍNEZ SANZ y BARTLE AGUSTÍN³⁰⁵, que cualquier acreedor ostente una legitimación subsidiaria en el sentido que les concede el art.54.4 LC, esto es, legitimación por sustitución conforme a los plazos y con los requisitos que contiene dicho precepto: requerimiento por escrito a la administración concursal, señalando la

³⁰² JUR 2014\113951.

³⁰³ JUR 2013\297403.

³⁰⁴ Autos de concurso núm.722/2010.

³⁰⁵ MARTÍNEZ SANZ, F., y BARTLE AGUSTÍN, M., en AA.VV., *Practicum concursal 2014*, ed. Aranzadi, 2014, pág.248.

pretensión y su fundamentación, así como debiendo transcurrir dos meses sin que la administración concursal o el sujeto concursado hubieran interpuesto tal pretensión.

¿Qué tipo de socios resultarían personalmente responsables en nuestro actual ordenamiento mercantil? Fundamentalmente, los socios de las compañías colectivas (art.127 del C de C de 1885), así como aquellos de las sociedades civiles. En todo caso, téngase en cuenta que el art.48.bis.1 LC está referido expresamente a la demanda de créditos anteriores al concurso, resultando así improcedente con base en créditos contra la masa nacidos con posterioridad al auto declarativo de concurso. Ocurre así pues que las especialidades en materia de legitimación del art.48.bis.1º LC no resultarían de aplicación sobre estas otras deudas *ex post* al concurso, pero sí lo sería el art.8.6º LC, por cuanto este último se hace aplicable *cualquiera que sea la fecha en que se hubiera contraído*.

Por su parte, el art.48.bis.2 LC se encarga de reproducir idéntica configuración en cuanto a la legitimación activa y exclusiva de la administración concursal, sin perjuicio de remitirnos a lo antes dicho sobre la legitimación subsidiaria por sustitución de cualquier acreedor, ex art.54.4 LC, a falta de su ejercicio por este órgano del concurso.

Guarda la ventaja este precepto, frente a posibles pactos convencionales o estatutarios, que en sede concursal podrá exigirse el desembolso de aportaciones sociales diferidas (art.84 y ss. LSC) en cualquier momento, así como respecto de prestaciones accesorias (art.86 y ss. LSC), por tanto sin necesidad de sujetarse a espera alguna en su caso pactada. Tal y como lo expresa la Sentencia núm.129/2014, de 21 de abril, de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5ª³⁰⁶, pueden reclamarse tanto los dividendos pasivos vencidos como aquellos *meramente comprometidos*.

Expuesto todo cuanto antecede, es evidente que el art.8.6º LC está pensado *prima facie* para supuestos en que el sujeto concursado resulte dicha sociedad *acreedora* y no la persona física *deudora*, sobre la cual se dirigirían tales pretensiones antes expuestas. Por ello, dando un giro de planteamiento al precepto, cabe preguntarse qué ocurre cuando tanto el sujeto concursado persona jurídica, como uno o varios de sus socios personas físicas, se encuentran declarados en concurso seguidos bajo distintos procesos e incluso ante distintos Juzgados.

La solución a esta hipótesis no es pacífica, pues entran en colisión dos preceptos imperativos y justificados ambos en *lex specialis* y no *generalis*, como lo son tanto el art.8.1º LC -en aplicación por la declaración de concurso de la persona física- y el art.8.6º LC -en aplicación por la declaración de concurso de la persona jurídica-. Sin referencias prácticas sobre este conflicto, desde una interpretación teleológica debemos inclinarnos por la primacía del art.8.6º LC frente al art.8.1º LC, pues la redacción del primero -mucho más específico en su ámbito de aplicación- permite defender que guarda un mayor grado de *especialidad* que el art.8.1º LC.

³⁰⁶ JUR 2014\153454.

Naturalmente, la primacía de un precepto u otro, tras el pertinente debate declinatorio que por seguro le antecedería en la práctica forense, no evita *a posteriori* la aplicación de los efectos materiales del concurso de la persona física, concretamente su principio de universalidad de la masa activa (art.76 LC) y la *par conditio creditorum* (art.49 LC), es decir, que la hipotética estimación de cualquiera de las pretensiones previstas en el art.8.6º LC se vería materialmente sujeta por razón de tales efectos en defensa del patrimonio del concursado persona física.

1.8 Las pretensiones societarias social, individual y por deudas (arts. 8.7º y 48 quáter LC) frente al concurso del responsable.

La denominada acción social de responsabilidad se encuentra regulada en el art.238 LSC. Este precepto, huelga advertir, no ha resultado modificado en la trascendental reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.

No obstante, en relación con dicha reforma, ha de estarse a la lectura de todas las modificaciones introducidas en materia de remuneración a los administradores (arts.217 a 219 LSC) o respecto de sus deberes de buena diligencia y lealtad -desarrollados con mayor precisión-, ex arts.225 y ss. LSC, la tipificación de la figura del administrador de hecho (art.236.3 LSC) y la propia prescripción de la acción hoy confirmada en el art.241.bis LSC: *cuatro años a contar desde el día en que hubiera podido ejercitarse*³⁰⁷.

La acción social de responsabilidad, al igual que la individual (art.241 LSC), constituye una acción indemnizatoria por daños, esto es, requiere un nexo causal entre la conducta antijurídica realizada con dolo o culpa por el administrador y el consiguiente daño. Tal naturaleza, que ya era pacífica, ha sido incorporada en el nuevo art.236.1 LSC.

Tratándose de una acción -pretensión- cuya legitimación activa corresponde a la sociedad (art.238.1 LSC), sin perjuicio de su otra legitimación extraordinaria y subsidiaria (arts.239 y 240 LSC), y cuya estimación por tanto supone un resarcimiento directo a la propia sociedad, se hace necesario conciliar todo este régimen bajo un concurso.

En este sentido, la creación del art.48.quáter LC supuso el definitivo desplazamiento del mentado ámbito de legitimaciones regulado en la LSC, por el que regula este último precepto: declarado el concurso, la legitimación activa y extraordinaria para ejercer la acción social de responsabilidad corresponderá, en exclusiva, a la administración

³⁰⁷ Ello sin perjuicio del art.60.3 LC, en materia de interrupción de prescripciones como efecto de la declaración de concurso, entre otras, aquellas acciones *contra socios y contra administradores, liquidadores y auditores de la persona jurídica deudora*.

concurstal, sin que parezca admisible una legitimación subsidiaria ex art.54.4 LC³⁰⁸. Dice a este respecto la Sentencia núm.154/2013, de 3 de abril, de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 8^a³⁰⁹: *se elimina, así, la posibilidad de ejercicio de la acción social de responsabilidad durante el concurso por cualquiera de los legitimados para ello según la legislación societaria.*

La competencia objetiva -funcional- para el conocimiento de esta pretensión radicará, para mayor coordinación, en el mismo juez del concurso ex art.8.7º LC. ¿Y si tal pretensión ya se encontrara en tramitación antes de la declaración de concurso? La respuesta procesal a esta problemática nos la proporciona expresamente el art.51.1.II LC: *se acumularán de oficio al concurso, siempre que se encuentren en primera instancia y no haya finalizado el acto de juicio o la vista, todos los juicios por reclamación de daños y perjuicios a la persona jurídica concursada contra sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, y contra los auditores.*

En siguiente lugar, en lo que se refiere a la acción individual por daños (art.241 LSC), su tratamiento procesal respecto de la acción social (art.238 LSC) antes analizada difiere considerablemente, por cuanto la administración concursal ya no absorbe vía art.48.quáter LC la legitimación activa de aquellos terceros sujetos, perviviendo así el art.241 LSC; resulta además posible su interposición tras la declaración de concurso de la persona jurídica³¹⁰; resulta asimismo imperativa la continuación de su tramitación si la acción se fue promovida antes del concurso, sin que resulte aplicable el art.51.1.II LC³¹¹; y su competencia objetiva no radica en el juez del concurso, según se desprende del art.8.7º LC *a sensu contrario*³¹².

Finalmente, debemos referirnos a la llamada acción de responsabilidad por deudas recogida en el art.367 LSC. La acción de responsabilidad por deudas se diferencia, respecto del tipo de responsabilidad regulada en los arts.236 y ss. LSC, en que ya no se trataría de una responsabilidad por *daños* sino *sancionadora* o, si se prefiere el término, de *responsabilidad por deuda ajena ex lege*³¹³. En efecto, la jurisprudencia de nuestro

³⁰⁸ Así se desprende en atención a la regulación separada que ordena el art.48.quáter LC y la contundencia en su redacción.

Así también parece interpretar el precepto, para luego criticar su exclusividad frente al art.54.4 LC, el catedrático GARCÍA CRUCES, J.A., “Declaración de concurso y acciones societarias de responsabilidad frente a los administradores”, Anuario de Derecho Concursal, ed. Civitas, núm.28/2013.

³⁰⁹ AC 2013\1427.

³¹⁰ Vid. Sentencia núm.66/2013, de 19 de marzo, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao (JUR 2013\169358).

³¹¹ Vid. Sentencia de 31 de julio de 2014, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Málaga (JUR 2014\262464).

³¹² PAÑEDA USUNARIZ, F., en AA.VV., *Practicum concursal 2014*, ed. Aranzadi, 2014, pág.292.

³¹³ Nuestro alto tribunal negó el carácter propiamente sancionador a este tipo de responsabilidad, prefiriéndola definir de este otro modo tan singular: Sentencia núm.225/2012, de 13 de abril, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2012\5901).

alto tribunal ha sido reiterada en este punto, precisando que la acción -pretensión- del art.367 LSC no requiere probar una *relación de causalidad* sino únicamente la propia *imputabilidad de la conducta*³¹⁴.

Por su parte, el art.50.2 LC impide el ejercicio de nuevas acciones de responsabilidad al amparo del art.367 LSC tras la declaración de concurso de la persona jurídica sobre la que se justificaría dicha responsabilidad, como señala -entre otras- la Sentencia núm.66/2013, de 19 de marzo, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao³¹⁵.

En consecuencia, cabe concluir que el derecho de acción respecto de esta concreta pretensión queda suspendido desde dicha declaración de concurso y hasta su conclusión, debiendo identificar dicha conclusión no solamente en sentido estricto sino también por la cesación de los efectos del concurso vía convenio (art.133.2 LC), conforme a la verdadera *ratio legis* de la norma y su proporcionalidad.

De haberse formulado ambas pretensiones (arts.241 y 367 LSC) de forma acumulada, práctica por cierto frecuente, sólo cabe la inadmisión de la demanda o -más flexiblemente- ofrecer al demandante la posibilidad de su desacumulación (art.73.3 LEC) para que la pretensión del art.241 LSC pueda continuar su curso³¹⁶.

Advertidos estos tres tipos de acciones (arts.238, 241 y 367) contenidas en la LSC, ¿cuál es el motivo de traerlas a colación en este trabajo? Sencillamente que, al igual que sucede con el art.8.6º LC antes analizado, también los arts.8.7º, 48.quáter, 50.2 y 51.1 LC están legislativamente contruidos con base en el supuesto de que el sujeto concursado sea la persona jurídica.

Cabe preguntarse, entonces, cuáles serían las posibles alteraciones procesales que crearía la declaración de concurso la persona física frente a la que se quisiera dirigir cualquiera de estas pretensiones. Dicho de otro modo, qué ocurre cuando tanto la pertinente persona jurídica, como el posible demandado persona física, se encuentran en estado de concurso.

La colisión entre efectos constitutivos de distintos procesos concursales se evidencia fácilmente, pues la situación concursal de tal persona física hace que entre en juego el art.8.1º LC respecto de la competencia objetiva o funcional, lo que parece anular lo dispuesto en el art.8.7º LC.

³¹⁴ Vid. Sentencia núm.360/2012, de 13 de junio, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2012\8187).

³¹⁵ JUR 2013\169358.

³¹⁶ Así lo defendió el Magistrado-Juez MUÑOZ PAREDES, A., en su ponencia impartida en el III Congreso Nacional Aranzadi de Derecho Concursal, celebrado en Madrid los días 24 y 25 de noviembre de 2016.

Sin embargo, debemos inclinarnos por considerar que el art.8.7º LC ostenta un grado de especialidad competencial todavía mayor que el art.8.1º LC y, por ello, debe entenderse que la competencia para conocer de la acción del art.238 LSC radica ante el juez del concurso de la persona jurídica concursada y no en aquel otro de la persona física, todo ello de nuevo sin perjuicio de los posteriores efectos jurídico-materiales que crea la declaración de concurso de la persona física en salvaguarda de su patrimonio (arts.49 y 76 LC).

En cambio, la acción individual ex art.241 LSC deberá dirigirse ante el juez del concurso de la persona física demandada, en tanto que la norma competencial del art.8.7º LC no resulta aplicable respecto de dicha pretensión y, en consecuencia, directamente debe primar el art.8.1º LC.

1.3.1 Extensión de la jurisdicción y prejudicialidad penal (arts.9 y 189 LC).

Con carácter previo, debe dejarse claro que la incorrecta alusión que hace el legislador a la *extensión de la jurisdicción* (art.9 LC) no significa otra cosa que abordar la figura de las cuestiones prejudiciales en sede concursal.

En consecuencia, debe partirse del art.10.1 LOPJ que permite a cada orden jurisdiccional *conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente*. Igualmente, cabe hacer uso del art.42 LEC llanamente imitado en el art.9.1 LC: *a los solos efectos prejudiciales, los tribunales civiles podrán conocer de asuntos que estén atribuidos a los tribunales de los órdenes contencioso-administrativo y social, no gozando la resolución del juez del concurso sobre tales cuestiones de efectos fuera del proceso concursal* (arts.42.2 LEC y 9.2 LC).

Será así deber del juez del concurso, de forma individualizada caso por caso, determinar cuándo se está ante una cuestión prejudicial admisible conforme al art.9 LC, así como si se halla relacionada o resulta necesaria para el buen desarrollo del concurso. A ello cabe sumar la función de advertir los casos de indebido uso de la técnica de la prejudicialidad, por ejemplo, si la pretendida cuestión prejudicial realmente resulta ser el *thema decidendi*³¹⁷ que forzosamente se estaría buscando resolver en el proceso concursal.

Finalmente, en materia de cuestiones prejudiciales penales, destaca la ausencia en el art.9 LC de referencia alguna al respecto, debiendo acudir nada menos que al art.189 LC para tratar esta cuestión. Llamativamente, resulta que el art.189.1 LC difiere y prima sobre los arts.10.2 LOPJ y 40 LEC, por cuanto el precepto concursal establece la *no suspensión* del concurso por la incoación de procesos penales.

³¹⁷ Vid. al respecto Sentencia núm.313/2013, de 6 de mayo, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2013\3502).

Algunos autores, tales como NAVARRO VILLANUEVA³¹⁸, se han planteado si la no suspensión que decreta el art.189.1 LC operaría sobre el proceso concursal en exclusiva, o bien igualmente sobre todos sus incidentes, ello en atención a la posible *necesidad material* de suspender algunos de éstos en determinados casos, particularmente fruto del delito tipificado ex art.261 CP 1995 -presentación de documentos falsos para obtener la declaración de concurso-. En contraposición a la interpretación de esta autora, no obstante su razonabilidad, puede argumentarse la prevalencia del tenor literal del precepto, ello en atención a la propia naturaleza del proceso, que es uno solo sin importar el número de piezas separadas que se incoen en el mismo, así como la propia primacía por reserva de materia de la Ley Orgánica (LOPJ) frente a la Ley Ordinaria (LC).

Sin embargo, lo cierto es que el legislador ha terminado por acoger la flexible propuesta formulada por dicha autora para un particular supuesto, concretamente, aquel relativo al procedimiento de condonación de deudas de la persona física, por cuanto para su concesión el art.178.bis.3.2º LC decreta que *si existiera un proceso penal pendiente, el juez del concurso deberá suspender su decisión respecto a la exoneración del pasivo hasta que exista sentencia penal firme*. El precitado artículo no habla de la suspensión del proceso concursal como un *todo*, lo que además sería ajeno a su limitada ubicación y por ende finalidad, sino que más específicamente ordena la suspensión de tal procedimiento en concreto y que, no necesariamente, guardaría siquiera la forma de un incidente concursal (art.178.bis.4 LC).

El planteamiento formulado por la citada autora también podría abordarse a la inversa. ¿Puede el proceso penal suspenderse por razón del concurso? El art.4 LeCrim parece viabilizar esta opción, cuando la cuestión prejudicial fuese *determinante de la culpabilidad o inocencia*. Ahora bien, teniendo en cuenta la proclamada independencia formal entre el derecho penal y concursal (arts.163.2 LC y 260.4 CP 1995), así como la superación de sus antecedentes históricos vinculantes, se nos hace muy poco probable que dicha suspensión se dé en la práctica.

Por lo demás, es de notar una segunda previsión contenida en el art.189.2 LC y consistente en la posibilidad de adoptar una suerte de medidas cautelares, según las califica SANTOS MARTÍNEZ³¹⁹. Ahora bien, como igualmente señala el precitado autor, tales medidas ni mucho menos resultan automáticas sino potestativas, toda vez que deben obedecer al fin concreto que ordena el precepto: la retención de pagos a los acreedores inculpados, *u otras análogas*, pero siempre coherentes con tan específica finalidad.

³¹⁸ NAVARRO VILLANUEVA, C., en AA.VV., *Problemas procesales del concurso de acreedores*, ed. Atelier, 2013, pág.199.

³¹⁹ SANTOS MARTÍNEZ, A.M., en AA.VV., *Proceso concursal*, ed. Bosch, 2013, págs. 981 y 982.

1.4.1 Competencia territorial y declinatoria (arts.10 y 12 LC).

Para una completa visualización de la distribución territorial concursal, es necesario partir del establecimiento de juzgados de lo mercantil por capitales de provincias, que no por partidos judiciales, según ordena como norma general el art.86.bis.1 LOPJ. Ello significa por ejemplo que, aunque el punto de conexión señalado para el deudor radicara en Valdemoro, el juzgado de lo mercantil correspondiente para conocer de su concurso resultaría el de su capital de provincia, en el ejemplo expuesto Madrid.

Bajo esta perspectiva, a continuación debe acudir a las normas de competencia territorial que regula el art.10 LC, precepto que marca como principal norma de conexión territorial el *centro de los intereses principales del deudor*, que asimismo se ocupa de definir: el lugar donde el deudor ejerce de modo *habitual y reconocible por terceros* la *administración* de tales intereses (art.10.1.II LC).

No debe confundirse, por tanto, administración de intereses con desarrollo de la actividad, que bien pueden darse en lugares distintos³²⁰, predominando el lugar de dicha administración o dirección sobre aquel otro en el que se efectuara la actividad, con el único límite de que tal centro de intereses principales fuera reconocible también por parte de *terceros*³²¹.

El art.10.1.II LC proporciona la presunción *iuris tantum* de que el *centro de intereses principales* del deudor persona jurídica residirá en su domicilio social. Sin lugar a duda, hubiera resultado razonable establecer idéntica presunción respecto de la vivienda habitual de la persona física concursada, pero el legislador no lo ha querido así.

Por tanto, ante el silencio de la norma, doctrina³²² y jurisprudencia³²³ han equiparado el centro de intereses principales de la persona física con el lugar de su domicilio profesional cuando éste ejerciera una actividad empresarial o profesional, y, en defecto de ésta, entonces sí, con su domicilio vivienda habitual. Respecto del concurso de

³²⁰ Así, el Magistrado-Juez ARRAIZA JIMÉNEZ, P., en AA.VV., *Practicum concursal 2014*, ed. Aranzadi, 2014, pág.93, ello sin perjuicio de lo que denomina la *percepción colectiva del mercado*, para así cumplir con el requisito del reconocimiento por terceros que en la siguiente nota a pie resumimos.

³²¹ Sobre dicho *reconocimiento*, es de recomendable lectura la Sentencia de 20 de octubre de 2011, del TJUE (TJCE 2011\324), relativa al conocido *Asunto Interedil*. Más recientemente, en materia de grupos de sociedades ubicadas en distintos Estados miembros, vid. Auto de 19 de noviembre de 2013, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de San Sebastián (AC 2013\1928), recordando *la posibilidad de destruir la presunción de que el centro de intereses principales está ubicado donde está el domicilio social, en base a indicios suficientes de que la efectiva administración, dirección y control de la sociedad esté radicada en otro Estado miembro y ello sea fácilmente perceptible por los terceros que se relacionan con la sociedad*.

³²² ZABALO ESCUDERO, M.E., en AA.VV., *Comentarios a la Ley Concursal, Tomo I*, ed. Aranzadi, 2010, pág.219.

³²³ Auto de 7 de enero de 2016, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Segovia (JUR 2016\71460). En igual sentido, vid. Auto núm.95/2017, de 3 de mayo, de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 5ª (JUR 2017\183656).

herencia, se ha defendido que la competencia territorial radique en el último domicilio del causante³²⁴.

El actual art.3 REG 848/2015, de utilidad para completar la interpretación de la norma nacional, evidencia todavía más las carencias del mentado art.10.1.II LC, pues aquella presume que el centro de intereses principales de quien ejerza una actividad mercantil o profesional independiente recaerá en su centro principal de actividad, toda vez que el art.3.1.IV REG 848/2015 establece dicha presunción -igualmente *iuris tantum*- sobre el lugar de residencia habitual de las restantes personas físicas no encuadrables en el supuesto anterior³²⁵.

La norma de competencia territorial del art.10.1 LC admite una sola excepción, más bien ampliación: cuando se demandara el concurso necesario, el acreedor demandante puede optar indistintamente por dirigir su demanda al juez del concurso del domicilio del deudor, pero sólo cuando éste continuara teniendo su centro de intereses principales en España y además dicho domicilio se hallara igualmente en territorio nacional. Quede claro que, en ningún caso, la potestad de este fuero electivo resultaría aplicable por analogía al deudor demandante³²⁶.

Por lo demás, el mismo art.10.1.II LC prevé la ineficacia de conductas de *forum shopping* nacionales, dejando sin efectos el cambio de domicilio que se efectuara en los seis meses anteriores a la demanda de concurso. Cuestión separada es la proclamación como *concurso principal* que efectúa el art.10.1.III LC, cuando la competencia territorial hubiera sido determinada conforme al art.10.1 LC, es decir, conforme al referido centro de los intereses principales del deudor. De esta manera, se ha querido reflejar exactamente el mismo espíritu del art.3.1 REI 1346/2000, sólo que aplicado sobre una norma interna, por lo que dependerá de las legislaciones de los Estados *no miembros* reconocer o no dicha norma interna (nacional).

Por su parte, el art.10.2 LC aborda el supuesto de que se presentaran demandas de concurso necesario ante distintos juzgados objetiva y territorialmente competentes, es decir, presuponiendo la norma que centro de intereses principales y domicilio del deudor no coincidieran. La respuesta a este conflicto no debe confundirse con aquella otra que se prevé en el art.15.2 LC, puesto que este último precepto resuelve un conflicto de acumulación de pretensiones de concurso formuladas por distintos demandantes ante Juzgados del mismo territorio, ex art.86.bis.1 LOPJ. Dicho lo cual, el art.10.2 LC establece como regla un sencillo criterio de prioridad temporal en favor de la competencia territorial del juzgado de la primera de las demandas que se hubiera presentado.

³²⁴ Así, la Magistrado-Juez ORELLANA CANO, N., en AA.VV., *Comentario práctico a la nueva Ley Concursal*, ed. La Ley, 2012, pág.110.

³²⁵ BENEYTO K., en AA.VV., *Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión Europea*, ed. Tirant lo Blanch, 2016, pág.299.

³²⁶ Vid. Auto de 25 de mayo de 2010, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2010\3720).

Finalmente, el art.10.3 LC también contempla la competencia territorial del juez del concurso en cuyo territorio radicara un establecimiento³²⁷ del deudor en España, aun cuando éste no tuviera su centro principal de intereses también en España³²⁸.

A dicho concurso lo denomina la LC *concurso territorial*, limitando sus efectos sobre los bienes de tal concursado situados en nuestro país, frente al *concurso principal* que - en su caso- se declarara en el Estado en que el deudor sí tuviera dicho centro de intereses principales. Cabe asimismo precisar que, este concurso territorial, quedaría sometido al mismo examen que cualquier otra demanda de concurso previa su declaración, salvo que el *concurso principal* ya hubiera sido declarado y éste fuera reconocido en nuestro ordenamiento (art.211 LC)³²⁹. En cualquier caso, en supuestos con algún elemento de extranjería lo estadísticamente habitual será acudir a las normas imperativas de competencia internacional contenidas en el REG 848/2015, salvo que el centro de intereses principales del deudor se localizara en un Estado *no miembro*, en cuyo caso sí entrará en juego el referido art.10.3 LC.

Respecto del referido *concurso territorial*, no podemos dejar de llamar nuestra atención en su controvertida *ratio legis*, de difícil convivencia con la *ratio legis* propia del concurso o procedimiento de insolvencia principal. Tal y como advierte ESPINIELLA MENÉNDEZ³³⁰, la admisibilidad de este segundo o minorado procedimiento regulador de la insolvencia basado en el punto de conexión del *establecimiento* colisiona -o puede colisionar- con aquel otro de carácter *principal*. Piénsese así, como señala el precitado autor, en el riesgo de vaciar de contenido dicho hipotético procedimiento principal mediante la potencial *despatrimonialización* del deudor en lo que se refiere a sus bienes ubicados en el Estado miembro donde radicara tal establecimiento, por tanto distorsionando su verdadera masa activa.

Las normas de competencia territorial se completan con lo dispuesto en los arts.25 y 25.bis LC, relativos a la declaración conjunta de concurso o su acumulación, respectivamente, cuyo restante contenido tratamos más adelante.

En el primer supuesto, la competencia territorial se vincula al lugar donde radique el centro de intereses principales del deudor que ostentara el mayor pasivo (art.25.4 LC). No obstante, si se estuviera ante un grupo de sociedades, se sustituye dicho criterio por el del centro de intereses principales de la *sociedad dominante*, salvo que el concurso no

³²⁷ No debiendo confundir *establecimiento*, por ejemplo, con la mera tenencia en propiedad de un bien inmueble en España, vid. Auto de 2 de junio de 2014, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Málaga (JUR 2014\251213).

³²⁸ VILA FLORENZA, P., en AA.VV., *Proceso concursal*, ed. Bosch, 2013, pág.98.

³²⁹ En este sentido se pronuncia el Auto núm.85/2013, de 24 de mayo, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª (JUR 2014\188865).

³³⁰ ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., en AA.VV., *El derecho de la insolvencia*, ed. Tirant lo Blanch, 2015, pág.1014.

se hubiera demandado respecto de ésta, en cuyo caso el criterio vuelve a ser el del mayor pasivo.

Estos últimos fueros se constituyen, pues, de forma subsidiaria y no alternativa, como pudiera parecer en un primer momento. En ningún caso serán éstos de aplicación a personas físicas en concurso, incluso en concursos de personas físicas y jurídicas bajo una acumulación inicial (art.25 LC) o sobrevenida (art.25.bis LC), cuya única norma de competencia territorial seguirá siendo la general sobre el deudor de mayor pasivo.

Por su parte, cuando se estuviera ante concursos ya declarados y objeto de acumulación, el art.25.bis.3 LC reproduce la regla del mayor pasivo al tiempo de la demanda, y, cuando resultara aplicable, la de su acumulación al Juzgado que estuviera conociendo del concurso de la sociedad dominante en supuestos de grupos de sociedades. Por último, en defecto del concurso de la sociedad dominante, la acumulación es asumida por el primero de los juzgados que hubiera conocido del concurso de cualquiera de las sociedades del grupo. De nuevo, no cabrá la aplicación de estas dos últimas reglas en concursos de persona física, incluso pese a su acumulación a un proceso concursal de persona jurídica, imperando la norma de competencia territorial del mayor pasivo sobre todos ellos.

De todo lo visto, cabe concluir que la regla competencial del art.10.1 LC constituye, claramente, una norma territorial de carácter *imperativo* fuera del alcance de disposición de la parte demandante, como ya reconoció nuestro alto tribunal mediante Auto de 18 de febrero de 2009, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1^a³³¹. Se trata de un calificativo que en todo caso ya resultaba manifiesto, a la vista del obligado control de oficio impuesto *ex lege* (art.10.4 LC en relación con el art.58 LEC).

Así las cosas, cabe plantearse si por tanto debe seguirse el tenor literal del referido art.58 LEC, en el sentido de sólo poder apreciar de oficio la falta de competencia territorial *inmediatamente después de presentada la demanda* o, por el contrario, también puede efectuarse dicho control con posterioridad. Admitiendo la discrepancia de opiniones, debemos decantarnos por el criterio de BELLIDO PENADÉS³³² partidario de un posible control *ex post*, a la vista de que en la especial regulación de la declinatoria *territorial* (art.12 LC) el propio legislador concursal prevé un tratamiento de esta cuestión procesal en un momento posterior al auto declarativo de concurso (art.12.1 LC).

Llegados este punto, sólo queda por apuntar algunas breves notas -precisamente- sobre la citada declinatoria para plantear una cuestión de competencia territorial ex art.12 LC.

A este respecto, el art.12.1 LC distingue dos plazos para su interposición, en función de si es el deudor quien pretende formular dicha declinatoria -implícitamente previendo un

³³¹ RJ 2009\1475.

³³² BELLIDO PENADÉS, R., *El procedimiento de declaración de concurso*, ed. Aranzadi, 2010, pág.132.

escenario de concurso necesario- o por el contrario la formula alguno de los sujetos legitimados para instar el concurso (art.3 LC).

A estos dos plazos de distinto cómputo que contiene el art.12.1 LC cabe advertir, muy criticablemente, el olvido del legislador si se estuviera ante una declaración de concurso necesario *inaudita parte debitoris* (art.15.1 LC). La única acogida aparente, para evitar una indefensión absoluta, es que el deudor concursado promoviera recurso de apelación frente al auto declarativo de concurso (art.20 LC) y allí lo manifestara en virtud del art.67.2 LEC.

De la estructura de actuaciones del art.12.2 LC se desprende, visiblemente, la voluntad legislativa de que la declinatoria se formule ante el juez del concurso que hubiera conocido de la demanda de concurso voluntario o necesario, sin que parezca factible -no aconsejable- aplicar supletoriamente el art.63.2 LEC, es decir, la potestad de dirigir la declinatoria ante el juzgado que se considerara territorialmente competente.

Fruto de ese mismo espíritu de celeridad, con el que parece querer regirse la *declinatoria territorial concursal*, cabe notar que a diferencia del régimen procesal civil ordinario (art.64.1 LEC) el régimen procesal concursal de esta figura carece de efectos suspensivos (art.12.2 LC). La única limitación a dicha regla de no-suspensión viene circunscrita a un concreto escenario: en el concurso necesario, no se resolverá la posible oposición del demandado (art.18 LC) sin resolverse antes la declinatoria planteada.

Ahora bien, nótese que la LC solamente habla de no poder resolver la oposición del deudor, que no de suspender la propia oposición o el ulterior trámite de vista (art.19 LC). Ello bien podría significar que, de estimarse la declinatoria planteada, un juez del concurso ajeno a la provisión de la demanda de concurso necesario (art.15.2 LC) tenga que resolver sobre ésta, viéndose legalmente forzado a mantener la validez de todo lo actuado según le ordena el art.12.3 LC.

Finalmente, respecto del régimen de recursos, la especialidad concursal (art.197.3 LC) permite que, a diferencia del régimen ordinario (art.67 LEC), quepa interponer recurso de reposición frente al auto que resolviera la competencia territorial, e incluso recurso de apelación *diferido* frente a dicho auto resolutorio de la reposición (art.197.4 LC)³³³.

³³³ En este sentido SÁNCHEZ LINDE, M., “La declinatoria en el concurso de acreedores”, Anuario de Derecho Concursal, ed. Civitas, núm.16/2009.

Aunque este autor lo limita a los casos en que la declinatoria fuera desestimada mediante providencia.

2. Derecho de acción vs pretensiones ejercitadas *ex ante*.

Conviene comenzar este epígrafe advirtiendo de la imprecisión terminológica en la que suele incurrirse a la hora de utilizar, indistintamente, los conceptos de acción y pretensión. En este sentido, siguiendo a MONTERO AROCA³³⁴, no parece correcto hablar hoy en día de *acciones* sino de *clases de pretensiones*. Por tanto, el derecho de acción es sólo uno y además se concreta en el derecho a la actividad jurisdiccional, mientras que la pretensión es una declaración de voluntad con una petición fundada, *dirigida a un órgano jurisdiccional frente a otra persona y sobre un bien de la vida*, tal y como la conceptúa el precitado autor.

Así las cosas, bajo la estructura del presente epígrafe, se ha querido hacer una ilustrativa distinción entre lo que ocurre por un lado con el derecho de acción -del sujeto concursado y de terceros que se dirijan frente al mismo-, en el sentido de cómo pueden y ante quién ejercer su derecho fundamental a obtener una tutela judicial efectiva.

Por el otro lado, finalmente, restaría por abordar cuál es el tratamiento de aquellos procesos cuyas respectivas pretensiones ya se hubieran ejercitado *ex ante* a la declaración concursal, incluyendo su fase ejecutiva judicial o administrativa.

2.1 Derecho de acción: los *nuevos juicios declarativos* (art.50 LC).

Como explicábamos en la previa introducción, los efectos sobre las acciones (pretensiones) individuales se entienden partiendo de todas las alteraciones competenciales y de jurisdicción (art.8 LC) que se han estudiado con anterioridad.

El art.50 LC viene simplemente a dar respuesta a lo que ocurre cuando, indebidamente, se interponen pretensiones en el orden jurisdiccional civil y social que -según hemos podido ver³³⁵- corresponde su conocimiento exclusivamente al juez del concurso desde la declaración de concurso. A este respecto, el art.50.1 LC se limita a establecer la *abstención* de conocer aquellas demandas de las que *deba conocer el juez del concurso*, toda vez que si por error o desconocimiento se admitieran a trámite la consecuencia será *el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez* tales actuaciones practicadas.

Desde el punto de vista temporal deberá estarse, por tanto, al tiempo de la interposición de tal demanda, incurriendo ésta en los citados efectos sancionadores del art.50.1 LC cuando hubiera sido presentada con posterioridad al auto declarativo de concurso del sujeto demandado frente a la que se dirija.

³³⁴ MONTERO AROCA, J., en AA.VV., *Derecho jurisdiccional I, Parte general*, ed. Tirant lo Blanch, 2010, pág.259.

³³⁵ Ténganse en cuenta, fundamentalmente, las consideraciones que se han hecho anteriormente respecto de las asunciones competenciales en materia civil por parte del juez del concurso (art.8.1º LC), así como respecto de las llamadas acciones sociales (art.8.2º LC).

Matiza ESCOLÀ BESORA³³⁶, con acierto, que aunque la admisión de aquella demanda se produjera con posterioridad a tal auto declarativo de concurso, los efectos litispendenciales (art.410 LEC) de aquella se retrotraerían al tiempo de su interposición, por tanto siendo suficiente con que la presentación de la demanda hubiera tenido lugar con anterioridad a la declaración de concurso del demandado para no incurrir en el ámbito de aplicación del art.50.1 LC.

Continúa precisando la citada autora, de nuevo suscribiéndonos a sus palabras, que por el contrario aquellos supuestos de previa existencia al concurso de un proceso cautelar, diligencias preliminares, medidas de aseguramiento o anticipación de prueba, no determinan por sí solos la inaplicación del art.50.1 LC, por lo que si al tiempo de la ulterior presentación de demanda el demandado ya se encontrara en situación concursal, entonces -aquí sí- deberá estarse a los referidos efectos competenciales ex art.50.1 LC. Siendo el proceso cautelar autónomo (naturaleza que no es incompatible con su carácter instrumental) respecto del proceso principal, tampoco la adopción de medidas cautelares evita la aplicación del art.50.1 LC, si tal demanda posterior fuera presentada una vez declarado el concurso³³⁷.

No se trata, pues, de restringir el derecho de acción de terceros frente al sujeto concursado, sino de reubicar dicho derecho en el seno competencial del concurso una vez declarado éste, por los trámites del incidente concursal (art.192 LC) y siempre que tal pretensión se encuentre recogida en los arts.8 LC y 86.ter LOPJ, ya responda a una competencia objetiva o funcional atribuida al juez del concurso. Cuestión distinta es que, precisamente por razón del concurso, muchas de las pretensiones (léase ejecutivas y cautelares) se vean desestimadas pese a poder ejercerse efectivamente ante al juez del concurso, por motivos de fondo -los efectos del concurso- y no ya competenciales.

¿Qué cauce debe adoptarse para corregir tales pretensiones ejercitadas indebidamente? Sin perjuicio de la apreciación de oficio de tal falta de competencia objetiva o funcional (arts.48 y 62 LEC), por parte del órgano al que se hubiera dirigido la demanda, las partes pueden poner de manifiesto la misma mediante el ejercicio de declinatoria (art.63 LEC) según recuerda MAIRATA LAVIÑA³³⁸.

En cualquier caso, la sanción que contiene el art.50.1 LC resulta una manifestación de la nulidad de pleno derecho por incompetencia o falta de jurisdicción ya recogida en los

³³⁶ ESCOLÀ BESORA, M.E., en AA.VV., *Proceso concursal*, ed. Bosch, 2013, págs.343 y 344.

³³⁷ Vid. Auto núm.88/2009, de 24 de julio, de la Audiencia Provincial de La Rioja, Sección 1ª (JUR 2009\381921).

En contra, vid. Auto núm.111/2009, de 9 de junio, de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1ª (JUR 2009\289405), por atribuirle un carácter *accesorio e inseparable* al proceso cautelar respecto del principal, interpretación ésta difícil de casar con el art.5.1 LEC y la tutela cautelar.

³³⁸ MAIRATA LAVIÑA, J., en AA.VV., *Comentarios a la legislación concursal*, ed. Dykinson, 2004, pág.678.

arts.225.1º LEC y 238.1º LOPJ³³⁹, por tanto disponiéndose de hasta tres mecanismos correctores: la referida apreciación de oficio, el ejercicio de declinatoria y por último la interposición de un incidente excepcional de nulidad de actuaciones (art.228 LEC), cuando tampoco hubiere resultado posible solicitar dicha declaración de nulidad con anterioridad a que recayera resolución que pusiera fin al proceso (art.227.2 LEC) ni ésta resultara susceptible de recurso (art.228.1 LEC).

Supuesto distinto es aquel en el que la pretensión fuera seguida frente a una pluralidad de partes pasivas en situación de litisconsorcio pasivo, entre las cuales se encontrara el concursado. En tal caso, deberá procederse a la desaccumulación de pretensiones (art.73.3 LEC) según acertadamente resuelven -entre otras resoluciones- el Auto núm.208/2011, de 23 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª³⁴⁰ o la Sentencia núm.369/2012, de 2 de octubre, de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 1ª³⁴¹.

Finalmente, cabe observar cómo los arts.50.2 y 50.3 LC contienen en principio una mera reiteración de la sanción dispuesta en el art.50.1 LC, que como ya se ha dicho se halla conexas a su vez a las normas competenciales de los arts.8 LC y 86.ter LOPJ.

¿Existe, pues, alguna diferencia con el art.50.1 LC? Ciertamente, puesto que en las pretensiones que éstos señalan (*acciones de reclamación de obligaciones sociales, ex art.367 LSC, y la acción directa del art.1597 CC*) ya no se trata de una simple alteración competencial en favor del juez del concurso, que obligue a sus demandantes a formularlas ante este último, sino que directamente se impide su ejercicio *desde la declaración de concurso hasta su conclusión* según reiteran ambos preceptos. Un claro ejemplo, aquí sí, de la limitación o suspensión del derecho de acción del demandante respecto de tales pretensiones.

De igual modo, adviértase que la prohibición contenida en el art.50.2 LC operaría exclusivamente respecto de la citada pretensión ex art.367 LSC, no así de la llamada acción individual de responsabilidad por daños (art.241 LSC) que por tanto puede interponerse tras la declaración de concurso³⁴², si bien la competencia para conocer de esta última pretensión no correspondería al juez del concurso conecedor del concurso, ello conforme al art.8.7º LC *a sensu contrario*³⁴³.

³³⁹ Así los vincula la Sentencia núm.435/2006, de 28 de junio, de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 1ª (JUR 2006\270260).

³⁴⁰ JUR 2012\392153.

³⁴¹ JUR 2012\392992.

³⁴² Vid. Sentencia núm.66/2013, de 19 de marzo, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao (JUR 2013\169358).

³⁴³ PAÑEDA USUNARIZ, F., en AA.VV., *Practicum concursal 2014*, ed. Aranzadi, 2014, pág.292.

¿Qué ocurriría, sin embargo, si la pertinente persona jurídica no se encontrara en situación concursal sino únicamente su persona física administradora?

El art.50.2 LC es claro al exigir que ostente la condición de sujeto concursado tal persona jurídica, ya sea con o sin la correspondiente persona física administradora también en concurso, por lo que el mero concurso de esta última impide su aplicación. En definitiva, los efectos suspensivos del art.50.2 LC directamente no entrarán en juego cuando solamente la persona física afecta a este tipo de acciones se encontrara en concurso. Va de suyo que, por otro lado, la imposibilidad de aplicar el art.50.2 LC no exime de aplicar la norma competencial del art.8.1º LC que obligaría a dirigir este tipo de acción -no suspensa- ante el juez del concurso conecedor del concurso de la persona física a la que se quiera demandar, como también seguirían siendo de aplicación las reglas de competencia y restricciones en materia ejecutiva (arts.8.3º y 84.4 LC).

Respecto de la referida acción directa (arts.1597 CC y 50.3 LC), entiéndase bien que su prohibición solamente debe operar cuando el sujeto concursado ocupe la posición de contratista³⁴⁴, ya que la finalidad del precepto no es otra que evitar que sus derechos de crédito -masa activa en términos concursales- frente al dueño de la obra sean aprovechados por sus acreedores-subcontratistas de manera ajena al orden legal concursal de pagos.

¿Qué ocurriría si la acción directa fue planteada únicamente en sede extrajudicial? Debe preservarse la función teleológica de la norma (art.50.3 LC), lo cual nos obliga a suscribir la postura reflejada en el Auto núm.48/2014, de 2 de febrero, de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1ª³⁴⁵: *si la norma ha querido suspender estas acciones ejercitadas judicialmente, en aras a salvaguardar la integridad de la masa, y de someter a los acreedores del contratista, incluso a quienes tienen acción directa, al trato igualitario del procedimiento concursal, lógico es que dicho efecto se haya de extender a quien ni siquiera ejercitó tal reclamación judicial, sino que se limitó a plantear una reclamación extrajudicial, por tanto siendo exigible una conducta de abstención en el destinatario de tal reclamación, que deberá ser oportunamente advertida a éste por parte de la administración concursal.*

Este razonamiento ha sido igualmente recogido por nuestro alto tribunal, según se recuerda en su Auto de 27 de enero de 2016, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª³⁴⁶, recordando que sólo cuando dicho ejercicio extrajudicial se hubiere -además- consumado se mantiene incólume la protección brindada por el art.1597 CC.

³⁴⁴ Así lo ha considerado el Magistrado-Juez GARNICA MARTÍN, J., “La vis atractiva del juez del concurso tras la reforma introducida por la Ley 38/2011”, Anuario de Derecho Concursal, ed. Civitas, núm.26/2012.

³⁴⁵ AC 2014\486.

³⁴⁶ JUR 2016\28656.

Ahora bien, dado que el art.50 LC viene referido a normas procesales que presuponen un ámbito judicial, obviamente inaplicables en su literalidad sobre una reclamación extrajudicial, su interpretación extensiva se realiza en clave de extraer el *substratum* sustantivo de tal norma, justificándolo en el principio de universalidad de la masa activa ex art.76 LC.

La conclusión del concurso supondrá la desaparición de los distintos efectos que prevé el art.50 LC, debiendo entender por *conclusión* no solamente su término estricto sino igualmente la cesación de los efectos del concurso por aprobación de convenio (art.133.2 LC), de conformidad con la *ratio legis* sobre la temporalidad de los efectos competenciales del concurso y la interpretación seguida -entre otras resoluciones- en el Auto de 10 de julio de 2012, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª³⁴⁷.

2.1.1 El excepcional régimen del art.50.4 LC.

La dicción del art.50 LC finaliza, en su apartado cuarto, con un mandato de emplazamiento a la administración concursal en aquellos procesos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, social o penal, que pudieran guardar trascendencia patrimonial para el concursado y se hubieran iniciado con posterioridad al auto de declaración de concurso.

Se trata de una norma que, de entrada, se halla en íntima conexión con las reglas competenciales aquí analizadas al estudiar el art.8 LC en todos sus extremos. En este sentido, ya se ha tenido ocasión de concluir cómo el juez del concurso no asume competencias del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, excepción hecha de posibles procesos ejecutivos en los términos del art.8.3º LC, como tampoco asume o distorsiona aquellas competencias propias del orden penal, y, por último, solamente asume aquellas competencias *sociales* reguladas en el art.8.2º LC.

Así las cosas, se aprovecha este precepto no solamente para reiterar dichas cuestiones sino, más específicamente, para imponer a estos órdenes jurisdiccionales el referido deber de emplazamiento a la administración concursal en tales procesos iniciados con posterioridad al auto declarativo de concurso. Se trata, por tanto, de un mandato dirigido a la correcta configuración de la capacidad procesal del sujeto concursado y no tanto de una nueva norma competencial. Nótese, además, que dicha obligación de emplazamiento concurre únicamente en los procesos iniciados con posterioridad al auto de concurso, por tanto no existiendo tal obligación en aquellos procesos cuya demanda se interpuso con anterioridad al concurso³⁴⁸.

³⁴⁷ RJ 2012\9326.

³⁴⁸ Vid. Sentencia núm.2866/2012, de 27 de noviembre, del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Social, Sección 1ª (AS 2013\1234).

En cuanto a los efectos del referido emplazamiento, de personarse la administración concursal ésta será tenida como *parte* según reza el mismo art.50.4 LC. Dicha expresión resulta plenamente rechazable, siendo que la administración concursal no puede ser tratada como una parte distinta del sujeto concursado, sino que su función como órgano del concurso está referida, en el plano procesal, a una cuestión de capacidad para ser parte y capacidad procesal (arts.6 y 7 LEC, respectivamente), con independencia de que pueda ostentar un régimen de notificaciones autónomo o separado al del deudor concursado. Sucede además que, de forma deficiente, la LC tampoco prevé un régimen específico respecto de las potestades de la administración concursal una vez personada en dicho proceso.

Ante toda esta situación, tan confusa como no resuelta expresamente, cabe proponer aplicar análogamente la regulación prevista en los arts.51.2 y 51.3 LC³⁴⁹, en función del régimen de intervención de facultades al que se hallara sujeto el concursado, aunque tales preceptos en puridad estén destinados a aquellos procesos iniciados con *anterioridad* al auto de concurso. A fin de cuentas, siguiendo a ALONSO-CUEVILLAS SAYROL³⁵⁰, ello no supone más que trasladar a la esfera procesal la *ordinaria sustitución* -o intervención, añadimos- *de las facultades patrimoniales del sujeto concursado* (arts.40.1 o 40.2 LC, respectivamente).

Por otro lado, también cabe preguntarse qué ocurre si, como suele darse en la práctica forense, dicho emplazamiento no tiene lugar por error o falta de conocimiento del Juzgado correspondiente.

En términos de nulidad de actuaciones, dicha omisión parece encuadrable al amparo del art.225.3º LEC, por tanto exigiendo que la misma además hubiera causado indefensión y no amparándose en el mero rigorismo de tal omisión. Tanto es así que, el propio art.50.4 LC, ya concede la potestad a la administración concursal -que no obligación- de valorar si decide personarse o no en dicho proceso, muestra de que su falta de intervención no puede significar automáticamente una nulidad de lo actuado.

Ahora bien, con especial cautela deberán valorarse -por ejemplo- aquellos supuestos en los que el desarrollo procesal haya devenido en un allanamiento o transacción por parte del sujeto concursado, sin que en dicho proceso hubiera mediado un previo emplazamiento a la administración concursal, puesto que en tales casos entrarían en juego los referidos arts.51.2 o 51.3 LC. En tales casos, la infracción de *normas esenciales del procedimiento* con indefensión se nos presenta tan clara como conducente a la referida nulidad, obviamente sin perjuicio de los recursos ordinarios y extraordinarios que en su caso y con carácter preferente pudieran dirigirse frente a tal resolución.

³⁴⁹ Con algunas correcciones lógicas, concretamente, en materia de posibles costas impuestas al sujeto concursado, que deberán ser tratadas como créditos contra la masa (art.84.2.10º LC).

³⁵⁰ ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., *La vis atractiva del proceso concursal*, ed. Aranzadi, 2007, pág.306.

2.1.2 La inmunidad sobre los procedimientos arbitrales y de mediación (arts.52 y 53 LC).

Con la Ley 11/2011, de 20 de mayo, se aprovecha una reforma destinada al ámbito arbitral para distorsionar el espíritu competencial concursal estudiado en los arts.8 LC y 86.ter LOPJ. Concretamente, y frente a la redacción originaria del art.52.1 LC, el nuevo texto adoptado en dicha reforma se distingue por ampliar el ámbito de aplicación del precepto a los procedimientos de mediación, así como refuerza en clave política tanto esta figura como la de los convenios arbitrales, a costa de mantener intactas sus competencias pese a la declaración de concurso y aunque las materias allí enjuiciadas pudieran guardar trascendencia patrimonial sobre el sujeto concursado.

Esta situación, abiertamente *contra natura* al resto de la política competencial fruto del concurso, provoca que acto seguido el legislador se desdiga o titubee en tal decisión, permitiendo al juez del concurso suspender *los efectos* de tales convenios de mediación o arbitraje cuando *pudieran suponer un perjuicio para la tramitación del concurso*. Una configuración que supone tanto como convertir la competencia arbitral o del mediador en una suerte de condición resolutoria.

Además cabe tildar la posición del legislador como doblemente incongruente, ya que al mismo tiempo sigue manteniendo vigente -hasta la fecha- el art.58.2 de la Ley de consumidores, que en el polo opuesto señala: *quedarán sin efecto los convenios arbitrales y las ofertas públicas de adhesión al arbitraje de consumo formalizados por quienes sean declarados en concurso de acreedores*, requiriendo para tal ineficacia la concreta notificación del auto declarativo de concurso al órgano que formalizó tal convenio y a la Junta Arbitral Nacional.

En cualquier caso, ¿cómo valorar el referido perjuicio al que alude el art.52.1 LC? Según señala el Magistrado-Juez YÁÑEZ EVANGELISTA³⁵¹, además de concretar que para adoptar dicha suspensión deberá mediar una previa petición a instancia de parte, cabe interpretar que tal perjuicio podrá darse bien respecto de la formación del activo o pasivo del sujeto concursado, o bien respecto de la mejor posición que ocuparía éste de aplicarse las previsiones de los arts.61 y 62 LC, relativos a la resolución o mantenimiento de un contrato por razón del concurso.

No es el único límite para poner coto a la generalidad del art.52.1 LC. En este sentido, LARA GONZÁLEZ³⁵² recuerda que el art.52.1 LC tampoco señala un plazo para ejercer dicha suspensión de efectos que vagamente se anuncia como potestad. Por ello propone este autor, razonablemente, que el momento límite para su ejercicio sea con el inicio del procedimiento arbitral, lo que identificamos con la contestación a la demanda (arts.9.5 y 29 de la LARB). Nada se dice respecto de los procedimientos de mediación a

³⁵¹ YÁÑEZ EVANGELISTA, J., en AA.VV., *Derecho concursal*, ed. Tirant lo Blanch, 2012, pág.240.

³⁵² LARA GONZÁLEZ, R., en AA.VV., *Enciclopedia de derecho concursal*, Tomo I, ed. Aranzadi, 2012, pág.332.

todo este respecto, ello porque la propia LMED ya permite apartarse del mismo en cualquier momento (arts.6.3 y 17.1 LMED).

Finalmente, el art.52.2 LC mimetiza en el ámbito arbitral el régimen previsto en el art.51.1 LC respecto de los procesos declarativos iniciados con anterioridad al auto de concurso, que podrán proseguir hasta la firmeza del laudo correspondiente, siendo que éste además resultará vinculante para el juez del concurso (art.53.1 LC). A *sensu contrario* cabe así deducir, tal y como se concluye en el Auto de 20 de febrero de 2018, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Sevilla³⁵³, que del art.52.2 LC *ha de entenderse que no es posible iniciar un procedimiento arbitral con posterioridad a la declaración del concurso*.

Una última cuestión está referida a la potestad de la posible impugnación de convenios y procedimientos arbitrales, en caso de fraude (art.53.2 LC). Ante lo singular de esta facultad, cuya legitimación activa se confiere en exclusiva a la administración concursal y además es ajena a las competencias del juez del concurso, sólo cabe colegir que la norma se está refiriendo al proceso de revisión sobre laudos arbitrales que ya se prevé en el art.43 de la LARB, en conexión con los arts.509 a 516 LEC³⁵⁴.

2.1.3 El ejercicio de nuevas pretensiones por parte del sujeto concursado (art.54 LC).

Mientras que en los anteriores apartados se ha estado tratando, implícitamente, la configuración del derecho de acción de terceros frente al sujeto concursado, quedaría por tanto conocer cómo se configura este mismo derecho dentro de la esfera del propio concursado. A tal fin se halla destinado el art.54 LC, relativo al ejercicio de nuevas acciones -pretensiones- instadas por el propio sujeto concursado tras la declaración de concurso.

Para una adecuada comprensión del art.54 LC se ha de partir, necesariamente, de la distinción que este precepto hace en función del régimen de facultades del deudor sobre su patrimonio: mera intervención o suspensión, todo lo cual nos remite al art.40 LC.

El art.40 LC establece dos modalidades de afectación de dichas facultades patrimoniales del deudor, cuya *ratio legis* descansa en el aseguramiento de la *integridad patrimonial*³⁵⁵ del sujeto concursado. Así, tales facultades podrán estar sometidas a la *intervención* de la administración concursal (art.40.1 LC), lo que requerirá de su previa supervisión y conformidad para cualquier acto de administración o disposición

³⁵³ JUR 2018\77192.

³⁵⁴ Así lo circunscribe la Magistrado-Juez MARTÍNEZ GALLEGU, E., en AA.VV., *Comentario práctico a la nueva Ley Concursal*, ed. La Ley, 2012, pág.306.

³⁵⁵ COLINA GAREA, R., “Las restricciones a las facultades patrimoniales del deudor declarado en concurso”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, ed. Aranzadi, núm.7/2007.

patrimonial, debiendo quedar constancia por escrito de ello³⁵⁶, o bien puede decretarse la *suspensión* sobre dichas facultades patrimoniales, que supone tanto como la plena sustitución en la capacidad patrimonial del deudor por la administración concursal.

Se han suscitado diversos planteamientos sobre la naturaleza de estas limitaciones, con independencia de su grado de afectación, pudiendo concluir que ni nos hallamos ante un estado de incapacidad³⁵⁷ -puesto que únicamente recae sobre los bienes y derechos afectos al concurso- ni tampoco ante un nuevo estado civil³⁵⁸, por tanto estando ante una institución autónoma, limitada y temporal.

Advertidas estas precisiones, nos encontramos con que el art.54 LC no es sino el cauce en el que discurren tales afectaciones patrimoniales sobre el sujeto concursado pero dentro del ámbito procesal, que no aquel meramente administrativo³⁵⁹. Así las cosas, bajo un régimen de suspensión de facultades, puede observarse cómo la administración concursal es la única *legitimada* (art.54.1 LC) para el ejercicio de las pretensiones de *índole no personal* y que obviamente guarden un carácter patrimonial.

Ahora bien, cabe advertir que dicha configuración no se traduce en un fenómeno de falta de representación³⁶⁰ -por falta de capacidad- del concursado, quien la mantiene íntegramente. Antes bien, lo que ocurre es que la parte procesal de tal proceso lo constituiría directamente la masa patrimonial concursal *per se*, ex art.6.1.4º LEC³⁶¹, siendo la administración concursal su legal representante ex art.7.5 LEC³⁶². Dicho de otro modo, la administración concursal no puede identificarse con la *parte* procesal como tal directamente³⁶³, sino como su representante.

³⁵⁶ Salvo que se trate de decisiones de trámite o gestión ordinaria (art.35.3 LC), lo que en la práctica provoca que en la mayoría de actuaciones baste con la aprobación verbal de la administración concursal.

³⁵⁷ MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “La declaración de concurso y la capacidad de obrar del deudor”, Anuario de Derecho Concursal, ed. Civitas, núm.6/2005.

³⁵⁸ MONTÉS PENADÉS, V., “Alteraciones en la administración, gestión y disposición del patrimonio del concursado por efecto de la declaración y tramitación del concurso”, Anuario de Derecho Concursal, ed. Civitas, núm.11/2007.

³⁵⁹ En materia de procedimientos administrativos, por tanto sin naturaleza jurisdiccional, la cuestión de la capacidad del sujeto concursado debe resolverse mediante las limitaciones patrimoniales que ya establecen los arts.40.1 y 40.2 LC.

³⁶⁰ Vid. así Auto núm.163/2016, de 2 de marzo, del Juzgado de Primera Instancia nº 21 de Valencia (Autos de procedimiento ordinario núm.1802/2014).

³⁶¹ ROMERO NAVARRO, R., en AA.VV., *Enjuiciamiento Civil, Comentarios y jurisprudencia, Tomo I*, ed. Sepin, 2008, pág.151.

³⁶² ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., *La vis atractiva del proceso concursal*, ed. Aranzadi, 2007, pág.308.

³⁶³ Así lo advierte igualmente el Auto de 11 de noviembre de 2015, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (JUR 2015\280788).

Tanto es así que, el art.54.3 LC, permite al sujeto concursado personarse y defenderse de forma separada en los juicios promovidos por la administración concursal, así como dentro del concurso mantener su propia representación (art.145.3 LC) en aras de evitarle cualquier hipotética indefensión (art.24 CE)³⁶⁴.

Este último precepto, aunque referido a personas jurídicas, demuestra que si incluso para éstas se prescinde de la literalidad del art.145.3 LC, que ordena el *cese* de sus administradores o liquidadores, con más razón entonces no puede darse un peor tratamiento -en términos de derecho de defensa- a la persona física concursada en estado de liquidación concursal.

¿Cuáles son las consecuencias en caso de infraccionarse estas normas? Ya fuera puesto de manifiesto de parte o bien advertido de oficio, la consiguiente resolución debe inevitablemente proceder a apreciar una excepción procesal -resuelta en sentencia³⁶⁵- de falta de legitimación activa, que conllevaría desestimar la pretensión correspondiente, ello por no haberse construido correctamente la relación jurídico-procesal, tal y como tuvo lugar en la Sentencia núm.5/2011, de 14 de enero, de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3^a³⁶⁶. No es correcto, por el contrario, resolver la cuestión de la falta de legitimación activa mediante la institución de la nulidad de actuaciones, pues incluso en situaciones de falta de legitimación activa *sobrevenida*, y no inicial, la respuesta legal es conferir al concursado un derecho de representación y defensa (art.51.2.II LC).

Cuestión distinta es la imputación de la carga procesal probatoria sobre la falta de legitimación activa, pues en principio debe presumirse que la masa patrimonial (art.6.1.4º LEC) que interpone la demanda lo hace siguiendo las indicaciones de su representante administración concursal³⁶⁷.

Ahora bien, siendo ésta la regla general, lo cierto es que en la jurisprudencia también existen posturas más flexibles y favorables a su resolución con carácter previo a dictarse sentencia, en situaciones calificadas de *evidente falta de legitimación*, véase así la Sentencia núm.41/2014, de 7 de febrero, de la Audiencia Provincial de Gerona, Sección

³⁶⁴ BELTRÁN SÁNCHEZ, E. y MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “Comentario al artículo 145 de la Ley Concursal”, *Comentario de la Ley Concursal*, ed. Aranzadi, 2015 (BIB 2015\9139). Vid. asimismo Sentencia núm.246/2014, de 12 de septiembre, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª (JUR 2015\20018).

En contra, vid. Sentencia núm.169/2007, de 15 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 3ª (JUR 2008\277574).

³⁶⁵ Sentencia núm.214/2013, de 2 de abril, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2013\3156).

³⁶⁶ JUR 2011\172038. Más recientemente, vid. Sentencia núm.351/2015, de 24 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5ª (AC 2016\26), así como la Sentencia núm.113/2015, de 12 de mayo, de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 2ª (JUR 2015\176028), esta última en un supuesto de sujeto concursado persona física.

³⁶⁷ Vid. Auto núm.153/2015, de 10 de julio, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª (JUR 2015\247079).

1^{a368}, solución ya existente de modo expreso en otros órdenes jurisdiccionales (vid. art.51.1.b) LJCA). Con mayor énfasis, razona la Sentencia núm.95/2016, de 11 de marzo, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28^{a369}, que en supuestos que exijan analizar la existencia de una legitimación *ad causam* extraordinaria resulta de aplicación el art.10.2 LEC, y, al amparo de dicho precepto, sería admisible resolver la cuestión de la legitimación *ad causam* en un estadio procesal previo a la sentencia.

En cualquier caso, recuérdese que no se trata de enjuiciar una falta de capacidad del sujeto concursado, quien la mantiene íntegramente, sino que la legitimación *ad causam* de este tipo de pretensiones a las que se refiere el art.54.1 LC le ha sido sustraída en favor de la masa patrimonial conforme a los referidos arts.6.1.4º y 7.5 LEC.

Por lo demás, nada de ello está reñido con la potestad del sujeto concursado para poder personarse separadamente, aunque en realidad ello no es estrictamente necesario al resultar siempre parte procesal *ope legis* (art.184.1 LC), actuando como un interviniente voluntario (art.13 LEC) con las amplias facultades que a éstos confiere el art.13.3 LEC³⁷⁰, intervención que ya se reconoce a renglón seguido en el art.54.3 LC.

En cuanto a las restantes pretensiones de índole *personal*³⁷¹ -un divorcio-, a las que se refiere el art.54.1 LC distintivamente, como se verá la aparente *inmunidad* procesal otorgada al concursado no es tal, al añadir el mismo precepto que se precisará la conformidad de la administración concursal incluso para formular la propia demanda, además de para interponer recursos, allanarse, transigir o desistir cuando el resultado de tal proceso pudiera guardar trascendencia para su patrimonio; lo que es tanto como decir prácticamente siempre, si se piensa en la mera posibilidad de sufrir una condena en costas.

Como bien señala PARRA LUCÁN³⁷², al final resulta que tales pretensiones de índole personal acaban viéndose sometidas al mismo régimen procesal existente bajo una mera intervención de facultades y que regula el art.54.2 LC. Y es que efectivamente, según señala el referido art.54.2 LC, bajo un régimen de intervención de facultades el

³⁶⁸ JUR 2014\88924.

³⁶⁹ VLEX-637946937.

³⁷⁰ Sentencia núm.181/2015, de 9 de julio, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª (JUR 2015\206614), igualmente reproducida en la Sentencia núm.322/2015, de 1 de octubre, de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª (JUR 2016\12148).

³⁷¹ Con *acciones de índole personal*, a las que *a sensu contrario* hace referencia el art.54.1 LC, cabe identificar aquellas que viene señalando la doctrina civilista en relación con el art.1111 CC: divorcio, nulidad matrimonial, derechos morales de autor, etc., incluyendo algunas de contenido patrimonial tales como el derecho de alimentos.

ÁLVAREZ OLALLA, P., en AA.VV., *Comentarios al Código Civil*, ed. Aranzadi, 2009, pág.1321.

³⁷² PARRA LUCÁN, M.A., “Limitaciones de las facultades patrimoniales del concursado e inhabilitación del concursado culpable.”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, ed. Aranzadi, núm.2/2010.

concurtido conserva la *capacidad* para actuar en juicio, pero necesita de la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos.

Véase pues bajo este contexto, a diferencia de lo anteriormente reseñado, que los efectos procesales -esta vez sí- se traducen en una limitación de la capacidad procesal del concursado ex art.7.8 LEC. Así pues, ¿cuáles serían las consecuencias de su infracción bajo este contexto? De nuevo a diferencia de lo que ocurre bajo el régimen del art.54.1 LC, aquí sí resultaría posible su subsanación por ejemplo en el trámite de audiencia previa³⁷³, toda vez que dicha conformidad de la administración concursal no precisa siquiera que conste por escrito³⁷⁴.

Sucede por otra parte que, si la administración concursal considerara conveniente *a los intereses del concurso* interponer una demanda y el concursado en cambio se negara, el juez del concurso podrá autorizar su interposición según prevé el mismo art.54.2 *in fine* LC, sustanciándose dicha petición por el cauce que prevé el art.188 LC, es decir, dando previa audiencia cuanto menos al concursado y resolviéndose en Auto susceptible de ser recurrido en reposición.

Pese a todo este preciso régimen, adviértase que el art.54.2 LC se formula sin perjuicio de aquellos otros preceptos de la Ley Concursal que, con independencia del régimen de facultades, directamente otorgan legitimación activa a la administración concursal para la interposición de determinadas pretensiones, según se recuerda en la Sentencia núm.146/2013, de 21 de mayo, de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 2^a³⁷⁵. Tal es el caso, por ejemplo, de las pretensiones en materia laboral disponibles al amparo del art.64 LC y cuya legitimación activa autónomamente regula el art.64.2 LC, así como aquella relativa al ejercicio de acciones rescisorias y demás de impugnación (art.72.1 LC).

En todos estos casos cabe entender que, con independencia del régimen de facultades patrimoniales, se encuentren estas intervenidas o suspensas, se produce una imposición *ex lege* de privación de titularidad al amparo del art.6.1.4º LEC, lo que a su vez nos permite situar la posición de la administración concursal, quien no será parte demandante sino su representante (art.7.5 LEC).

³⁷³ Vid. Sentencia núm.298/2014, de 17 de julio, de la Audiencia Provincial de Orense, Sección 1ª (JUR 2014\214263).

³⁷⁴ Vid. Sentencia núm.486/2013, de 31 de octubre, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 20ª (JUR 2014\4975) o la Sentencia núm.154/2014, de 9 de junio, de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 6ª (JUR 2014\220524) que exime al concursado-demandante siquiera de acreditar tal extremo.

³⁷⁵ JUR 2013\200938. Aunque no podemos estar de acuerdo con la interpretación al supuesto concreto que en la citada resolución se enjuicia, ya que el art.62.3 LC no confiere ninguna legitimación activa extraordinaria que, precisamente por dicha naturaleza, exige ser prevista expresamente. Antes bien, bajo un régimen de mera intervención de facultades la administración concursal debe solicitar del juez del concurso la aludida autorización al amparo del art.54.2 LC, ante la negativa del concursado a instar la pretensión contenida en el referido art.62.3 LC.

Sin embargo, ¿qué ocurre a la inversa, es decir, respecto del derecho de acción del propio sujeto concursado dentro del proceso concursal? ¿Siguen resultando de aplicación los arts.54.1 y 54.2 LC?

A falta de una respuesta normativa expresa, en la práctica forense suele imponerse el principio *pro actione*³⁷⁶ en defensa del derecho de tutela judicial efectiva, lo que hace posible, sirva de ejemplo, que se admita la legitimación activa del sujeto concursado para impugnar (art.96 LC) el inventario o la lista de acreedores³⁷⁷, en contra del tenor literal tanto del art.54.1 LC como del art.54.2 LC e inaplicables *ad intra* en el proceso concursal³⁷⁸, aunque con el límite de que el sujeto concursado verdaderamente demuestre un interés legítimo, pues de lo contrario se acabaría estando ante una suerte de acción popular³⁷⁹.

Todo ello, en cualquier caso, deja a su vez procesalmente huérfana la posición de la administración concursal, particularmente en los supuestos de régimen de mera intervención de facultades. ¿Es la administración concursal la parte demandada, como suelen atribuirle la práctica totalidad de escritos forenses, o lo es la *masa patrimonial*, pese a que más arriba hemos dicho que la intervención de facultades solamente implica la limitación de la capacidad del sujeto concursado y no su sustitución?

La solución más coherente pasa por considerar, respecto de aquellas pretensiones legítimamente ejercitadas por el sujeto concursado dentro del proceso concursal, que la posición que ocupará la administración concursal es la de representante de la masa patrimonial concursal -por tanto- realmente demandada, incluso bajo un régimen de mera intervención de facultades, quien la defenderá conforme a los intereses generales del concurso.

Así parece exigirlo, también, el art.184.1 LC cuando se refiere al reconocimiento como *parte* de la administración concursal en todas las secciones del proceso concursal, cuya literalidad debe corregirse a nuestra propuesta de que será emplazada pero como representante de la masa patrimonial concursal verdadera *parte*.

³⁷⁶ A saber: adoptar aquella interpretación de las normas procesales menos dificultosa con el acceso a los Tribunales en primera instancia.

Esta precisa definición se realiza en la Sentencia de 5 de julio de 2011, del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª (RJ 2011\6196).

³⁷⁷ Por su claridad, vid. Sentencia núm.73/2011, de 24 de marzo, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Las Palmas de Gran Canaria (AC 2011\458). Vid. igualmente Sentencia núm.152/2014, de 12 de mayo, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª (JUR 2014\163555).

³⁷⁸ Vid. Sentencia núm.246/2014, de 12 de septiembre, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª (JUR 2015\20018), recordando el carácter contradictorio del proceso concursal.

³⁷⁹ Vid. Sentencia núm.190/2010, de 16 de julio, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª (JUR 2010\345105). Por otra parte, evidentemente en el orden civil -dispositivo y de base *ius privatista*- no cabe la acción popular que permita la defensa de intereses ajenos, como recordaba la Sentencia núm.320/2012, de 18 de mayo, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2012\8006).

¿Ocurre lo mismo en aquellas pretensiones que aparecen directamente dirigidas frente a la administración concursal? En el seno de la Ley Concursal, destacan así las pretensiones de responsabilidad colectiva e individual (arts.36.1 y 36.6 LC) o aquella de desaprobación de la rendición de cuentas (art.181 LC).

En cuanto a la rendición de cuentas, recuérdese que ésta tiene -dígase en términos penales- como bien jurídico protegido enjuiciar el correcto proceder en el devenir material del sujeto concursado durante el proceso, de igual modo que el art.36.1 LC tiene como consecuencia -de estimarse la pretensión- un reintegro en favor de la masa activa del concurso. Todo ello se concilia, por tanto, con que la legitimación pasiva *ad causam* también corresponda a la masa patrimonial concursal en ambos casos. No sucede lo mismo, excepcionalmente, con respecto a la pretensión de responsabilidad ex art.36.6 LC, directamente dirigida sobre la administración concursal e incluso residiendo su competencia objetiva fuera de la órbita del juez del concurso³⁸⁰.

Finalmente, el art.54.4 LC no viene sino a conceder una legitimación subsidiaria y extraordinaria (art.10.2 LEC) sobre los acreedores, para que cualquiera de éstos pueda interponer una pretensión de carácter patrimonial de la que resultara titular material el sujeto concursado. Para ello, deberán transcurrir dos meses desde el requerimiento que previamente se exige efectuar a la administración concursal para que formule tal demanda, sin que ésta ni el sujeto concursado -en su caso- la hubieran interpuesto dentro del referido plazo.

La traducción en el consiguiente proceso de esta atribución significa que el acreedor-demandante actuaría como legitimado por sustitución, del mismo modo que sucede en la llamada acción subrogatoria del art.1111 CC. Es decir, que el acreedor-demandante no resultaría el titular del derecho subjetivo pero sí se hallaría legitimado para ejercer un derecho de acción sobre el mismo, el cual formulará en nombre propio pero para hacer valer tales derechos subjetivos de un tercero -el sujeto concursado-.

2.2 Procesos iniciados *ex ante*.

Mientras que en el anterior subepígrafe hemos podido estudiar los efectos del concurso sobre el derecho de acción, entendido éste como el ejercicio de nuevas pretensiones, tanto de terceros como del propio sujeto concursado, procede exponer a continuación el estudio de los efectos concursales sobre aquellos procesos declarativos preexistentes al concurso. De nuevo, habrán de tomarse en consideración aquellas normas de *vis attractiva* y jurisdicción, reguladoras de las competencias objetivas y funcionales de cada tipo de pretensión según su naturaleza.

En cualquier caso, la referida preexistencia de un proceso declarativo al proceso concursal nos conduce a tres posibles escenarios sobre el primero: su acumulación, su suspensión o su continuación, junto con lo que se dirá respecto de las limitaciones a la

³⁸⁰ Sentencia de 9 de abril de 2013, del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción (RJ 2013\5910).

capacidad procesal del sujeto concursado o bien su sustitución como parte de tales procesos, así como en materia de procesos ejecutivos cuya regulación se halla separada en los arts.55 a 57 LC.

2.2.1 Efectos sobre la capacidad del sujeto concursado (art.51 LC).

Como punto de partida, ha de destacarse la distinción que los arts.51.2 y 51.3 LC evocan en su redacción: régimen de mera intervención o bien de suspensión de las facultades patrimoniales del concursado (art.40 LC), cuya naturaleza y vicisitudes también hemos tenido ocasión de tratar con anterioridad, debiendo recordar así que no se está ni ante un nuevo estado civil, ni ante una verdadera incapacidad, no obstante el uso de tal expresión.

Por tanto, en la línea antes defendida respecto del art.54 LC, se ha de recordar que con la mera intervención de facultades -esta vez- sobre aquellos procesos iniciados *ex ante* (art.51.3 LC), se provoca una limitación a la capacidad procesal del concursado ex art.7.8 LEC. Buena prueba de ello es la autorización a la que se refiere dicho art.51.3 LC, en cuanto a las potestades de desistimiento, allanamiento o transacción a incoar por parte del sujeto concursado, resultando la ausencia de tal autorización subsanable en los términos ya explicados con anterioridad.

Existe, no obstante, un notable olvido en la referida redacción del art.51.3 LC, por cuanto éste no hace referencia a la interposición de recursos a diferencia de su homólogo art.54.2 LC. En consecuencia, ¿qué posición debemos adoptar ante un proceso iniciado con anterioridad al concurso y sobre el cual, una vez resuelto pero no firme, se pretendiera por el sujeto concursado interponer un recurso de apelación?

Conforme a la Sentencia núm.321/2012, de 28 de mayo, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1^a³⁸¹, se mantendría ilimitada a este respecto la capacidad procesal del sujeto concursado, no siendo precisa la conformidad de la administración concursal.

Sin embargo, por nuestra parte, debemos mostrarnos partidarios del voto particular que el Magistrado-Juez SANCHO GARGALLO formuló en dicha resolución, en el sentido de que aun sin aplicar por analogía el art.54.2 LC -que sí prevé tal supuesto-, por razones de *integración* del art.51.3 LC con el art.40.1 LC debería igualmente imperar la necesidad de contar con dicha autorización, a modo de limitación de la capacidad procesal a efectos de recurrir.

Por lo demás, en lo que se refiere al régimen más gravoso del art.51.2 LC, con el término *sustitución* debemos reconocer la capacidad para ser parte de la masa patrimonial concursal (art.6.1.4º LEC), siendo su legal representante la administración

³⁸¹ RJ 2012\9316.

concurzal (art.7.5 LEC), y, por tanto, hallándonos ante un fenómeno de sustitución procesal del concursado y no de mera limitación de su capacidad procesal.

Estas precisiones no son meramente doctrinales, sirva de ejemplo las consecuencias que todo ello guardaría respecto de la prueba de interrogatorio de parte. Además bajo este escenario, como también se ha tenido ocasión de explicar, en puridad no resultaría posible una subsanación de la incorrecta construcción de la relación procesal. Sin embargo, en este caso y a diferencia de lo indicado respecto del art.54.1 LC, al resultar aquí la relación procesal *sustitutiva* y no iniciadora no parece razonable sancionar con la nulidad a todas las actuaciones judiciales realizadas por el sujeto concursado previas a su concurso, sino únicamente aquellas posteriores.

Junto con la imperatividad con la que el art.51.2 exige a la administración concursal practicar dicha *sustitución* sobre la propia parte de aquel proceso previo y ajeno al concurso, el precepto también prevé la personación de la administración concursal como medio para practicar dicha sustitución procesal. Para ello, será necesario que el sujeto concursado o bien la administración concursal comuniquen en tal proceso tanto la situación concursal como el régimen de suspensión de facultades patrimoniales, interesando dicha sustitución que -por sus mismos efectos y causa- bien puede identificarse con un supuesto especial de *sucesión procesal por intervención provocada*. Repárese, además, en la trascendente consecuencia que el art.51.2 LC opera sobre la norma general de la *perpetuatio legitimacionis*, pudiendo apreciarse su conflicto de forma sobrevenida³⁸² al amparo de dicho precepto.

En cualquier caso, ¿es necesario dar cumplimiento al requisito de la postulación, en cuanto a la representación por procurador de la administración concursal en este proceso seguido al margen del concurso? Aunque así lo viene exigiendo la práctica forense, debiendo dejar clara dicha realidad, por nuestra parte consideramos mejorable la actual interpretación. Y ello por los siguientes motivos.

En primer lugar, por la naturaleza análoga de una administración concursal a la de una administración pública³⁸³, siendo que se trata de un órgano necesario del concurso nombrado por el juez del concurso. Precisamente ello ya justifica, en sede concursal, su liberación de una comparecencia formal (art.184.5 LC), lo que también esconde motivos prácticos: evitar encarecer los costes del proceso concursal innecesariamente. Solución ésta que tampoco estaría reñida con exigir en cambio el requisito procesal de la defensa técnica, irremplazable por motivos de fondo evidentes, sin perjuicio de que el administrador concursal resulte ser de profesión letrado y de este modo se entienda solventado este extremo.

³⁸² El Auto de 22 de mayo de 2007, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2007\6257) analiza la posibilidad de apreciar una crisis procesal en dicha legitimación, que exija un cambio por sucesión procesal en la persona del demandante o del demandado.

³⁸³ GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, P., en AA.VV., *Comentarios a la Ley Concursal, Tomo II*, ed. Aranzadi, 2010. En el mismo sentido, vid. Sentencia núm.397/2007, de 6 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Gerona, Sección 1ª (JUR 2008\78022).

Por tanto, aunque el art.184.5 LC parece claro al señalar que el requisito de representación procesal se dispensa *siempre*, no parece igual de cristalino bajo el planteamiento de si dicha desafectación opera también *ad extra* del concurso. Insistimos en que debiera ser así, no sólo por un espíritu de economía procesal y ahorro de gastos al concurso -en beneficio de deudor y acreedores-, sino también porque el propio art.184.5 LC ya extiende dicha dispensa a los *recursos* derivados del concurso, donde su conocimiento no va a recaer en el órgano ante el cual se está siguiendo el proceso concursal y aunque éstos exijan un emplazamiento formal (arts.463.1 y 482.1 LEC). Incluso nuestro alto tribunal ha dispensado a la administración concursal de comparecer en forma, según se manifiesta en el Auto de 1 de junio de 2010, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1^a³⁸⁴.

Sin embargo, como ya se ha reconocido, ésta no parece la línea habitual en la práctica diaria cuando se está ante procesos no dimanantes de incidentes concursales, debiendo pues aconsejar practicar la personación mediante procurador así como, en el supuesto de nuevas pretensiones instadas por la administración concursal (art.54.1 LC), su adecuación a las normas de postulación generales previstas en el art.23 LEC.

2.2.2 Continuación, acumulación y suspensión sobre procesos declarativos (arts. 51 y 51.bis LC).

Con la reforma concursal operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, tuvo lugar un cambio en la regulación respecto del tratamiento de procesos declarativos iniciados con anterioridad al concurso, resultando desde entonces su continuación la norma general por imperativo legal (art.51.1 LC).

Se trata de un cambio cuyos efectos parecen encajar mejor con el principio *perpetuatio iurisdictionis*, que a su vez proclama el art.410 LEC. No obstante, siendo que la norma del art.51.1 LC señala su ámbito de aplicación sobre los procesos declarativos *en tramitación*, cabe plantearse qué ocurre con aquellos cuya demanda hubiera sido presentada pero sin ninguna otra actuación en curso, siquiera su admisión a trámite. Pues bien, aun bajo este supuesto, deben continuar primando los efectos retroactivos del art.410 LEC al tiempo de la interposición de la demanda si luego es admitida³⁸⁵.

Por otra parte, en cuanto a la fecha *a quo* en relación con los efectos del concurso que proclama el art.51 LC, ésta no puede resultar otra que la de su auto declarativo y no así la de la demanda de concurso, según se desprende del mismo art.51.1 LC (*al momento de la declaración de concurso*).

³⁸⁴ JUR 2010\227602.

³⁸⁵ En este sentido, vid. MUÑOZ, L., en AA.VV., *Enciclopedia de derecho concursal*, Tomo I, ed. Aranzadi, 2012, pág.182. Por contra, señala el autor, con acierto, que la demanda de medidas cautelares, la solicitud de anticipación o aseguramiento de prueba o bien de diligencias preliminares no anticiparían el *dies a quo*, ya que únicamente constituyen *actos preparatorios o aseguradores de ese proceso*.

La única excepción a la continuación de procesos declarativos previos y que todavía subsiste, ahora ya no potestativamente sino más bien imperativamente, es la acumulación de *todos los juicios por reclamación de daños y perjuicios a la persona jurídica concursada contra sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, y contra los auditores*, siempre que se hallaran en la primera instancia y no hubiera finalizado el acto del juicio o vista (art.51.1.II LC en conexión con el art.77.4 LEC). Como bien recuerda el Magistrado-Juez PAÑEDA USUNARIZ ³⁸⁶, con dicha descripción narrativa el art.51.1.II se está refiriendo única y exclusivamente a la llamada acción social de responsabilidad (art.238 LSC).

Por tanto, una vez acumulado dicho proceso al concurso, éste continuará si bien bajo su debido cauce procedimental originario, según ordena el art.51.1.III LC y no así al amparo del omnipresente art.192 LC.

En este sentido, aunque el art.192.1.II LC continúe proclamando, contradictoriamente, la adaptación de aquellos procesos acumulados al específico cauce del incidente concursal, debe primar el art.51.1.III LC por haber sido modificado posteriormente en el tiempo (*lex posterior derogat priori*), ex art.9.3 CE. Nótese, por último, que los efectos en el mantenimiento procedimental del art.51.1.III LC también se extienden sobre los potenciales recursos sobre tales procesos acumulados, una vez resueltos en primera instancia, por lo cual también cabe descartar una aplicación del régimen concursal de recursos -la conocida apelación diferida- previsto en el art.197 LC.

¿Qué ocurre, entonces, cuando esta misma acción del art.238 LSC se ejercite frente a un concursado persona física, pero donde no haya *persona jurídica concursada* tal y como ordena el art.51.1.II LC?

No cumpliéndose con uno de los presupuestos para su acumulación, entendemos que ésta no resultará admisible pese a encontrarnos ante el mismo tipo de acción ejercitada y pese a existir también un sujeto concursado pero no persona jurídica. Naturalmente, nada de ello obsta a que cualquier sentencia condenatoria frente a tal concursado persona física quede automáticamente sometida a los efectos competenciales y sustantivos propios de la Ley Concursal en materia de ejecuciones (arts.8.3º y 55 LC).

Supuesto distinto es aquel en que la pertinente persona jurídica también se encontrara en estado de concurso, en cuyo caso el art.51.1.II LC sí desplegará sus efectos sobre el concursado persona física, pero no por razón de su propio concurso sino con base en aquel otro.

Finalmente, en materia de suspensión de procesos declarativos iniciados *ex ante*, la aplicación restrictiva de este efecto sancionador se concreta en los dos supuestos que prevé el art.51.bis LC.

³⁸⁶ PAÑEDA USUNARIZ, F., en AA.VV., *Practicum concursal 2014*, ed. Aranzadi, 2014, pág.280.

Igualmente, vid. Sentencia de 31 de julio de 2014, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Málaga (JUR 2014\262464).

Respecto del primero de ellos (art.51.bis.1 LC), en primer lugar debemos concretar su ámbito de aplicación, que se circunscribe concretamente a la llamada acción de responsabilidad por deudas (art.367 LSC) sobre los administradores del sujeto concursado. Para un mejor entendimiento de la integración de este tipo de pretensión en sede concursal, cabe partir de la previa prohibición que hemos podido observar al analizar el art.50.2 LC.

En efecto, el derecho de acción del tercero respecto de dicha pretensión quedaba así suspendido *desde la declaración de concurso hasta su conclusión*. En consecuencia, como ya concluíamos, no es que se produzca una alteración competencial en favor del juez del concurso sobre esta pretensión, sino que directamente no podrá ejercerse ni fuera ni dentro del proceso concursal. Pues bien, a dicha prohibición cabe adicionar, ahora con el art.51.bis.1 LC, la suspensión que provoca el auto declarativo de concurso sobre aquellos procesos declarativos en curso que sostuvieran este tipo de pretensión.

Las razones para esta limitación doble y tan contundente obedecen a un fin más que comprensible: evitar una duplicidad o solapamiento con respecto a la llamada responsabilidad concursal (art.172.bis LC), entendiéndose así que dicha responsabilidad concursal vendría a sustituir aquella otra del ámbito societario que regula el citado art.367 LSC. Por el contrario, no resulta de aplicación el art.51.bis.1 LC sobre la llamada acción individual por daño (art.241 LSC), cuyos procesos declarativos instados a tal fin con anterioridad al auto declarativo de concurso continuarían su curso.

Una vez más, cabe plantearse la misma hipótesis que formulábamos respecto del art.51.1.II LC: ¿Qué ocurre, entonces, cuando esta misma acción del art.367 LSC se ejercite frente a un concursado persona física, pero donde no haya *persona jurídica concursada* tal y como ordena el art.51.bis.1 LC?

La solución, de nuevo, pasa por advertir que uno de los presupuestos contemplados para la suspensión de la *litis* no se cumple, al existir un sujeto concursado pero no la propia persona jurídica. En consecuencia, tal litigio debe proseguir su curso declarativo ordinario sin perjuicio de los efectos competenciales y sustantivos a los que la ulterior Sentencia queda sometida (arts.8.3º y 55 LC). Situación distinta es aquella en la que, además del concursado persona física, también se encontrara sujeto a un proceso concursal la respectiva persona jurídica, en cuyo caso el art.51.bis.1 LC sí resultaría aplicable pero por exclusiva razón de aquel otro proceso concursal.

Idénticos efectos suspensivos presenta, finalmente, la segunda pretensión cuya suspensión ordena el art.51.bis.2 LC, consistente en la llamada acción directa ex art.1597 CC.

Al igual que con la pretensión ex art.367 LSC y suspendida vía art.51.bis.1 LC, con las excepciones antes advertidas en función del sujeto que se encuentre en concurso, de nuevo nos encontramos ante otra prohibición de idéntico signo, cual es la de formular la llamada acción directa (art.1597 CC) tanto dentro como fuera del concurso, una vez declarado éste (art.50.3 LC). Ahora bien, en el supuesto del art.51.bis.2 LC, ya no existe

la interferencia del requisito de la pertinente persona jurídica en situación concursal, como hemos visto que sí exigen los arts.51.2 y 51.bis.1 LC, por lo que la aplicación del art.51.bis.2 LC sobre el concursado persona física resultará siempre procedente.

Por tanto, una vez más, aquella prohibición se completa ahora (art.51.bis.2 LC) con la suspensión de los procesos declarativos que se hallaran en curso y cuya pretensión consistiera en la que contempla el art.1597 CC, de nuevo siempre que el sujeto concursado ocupara la posición de contratista³⁸⁷. Asimismo, como ya comentábamos respecto del art.50.3 LC, por idénticas razones los efectos del art.51.bis.2 LC también deben desplegarse sobre aquellas reclamaciones extrajudiciales planteadas en esta materia, puesto que si el precepto puede suspender *lo más* -acciones judiciales-, entonces debe poder suspender los efectos sustantivos de *lo menos* -meras reclamaciones extrajudiciales-, teniendo en cuenta el principio de universalidad de la masa activa (art.76 LC).

Si al comienzo del presente subepígrafe nos hemos referido al *dies a quo* para el cómputo de los efectos de los arts.51 y 51.bis LC, para finalizar procede llamar nuestra atención sobre el inquietante *dies ad quem* que, respecto del ámbito de efectos suspensivos, establece el art.51.bis LC.

En efecto, dicho precepto es claro al señalar como plazo para que concluya tal suspensión la *conclusión* del concurso. Parece así olvidarse, por ejemplo, de que la aprobación de un convenio concursal no provocaría *per se* la conclusión del concurso, convirtiendo el mantenimiento de la suspensión en tales escenarios como una sanción excesivamente gravosa y duradera en el tiempo, ajena a toda proporcionalidad o *ratio legis* de la norma. Se hace pues, en estos casos, necesaria una interpretación correctora razonable al amparo del art.133.2 LC.

No es éste el único matiz controvertido, puesto que el art.51.bis LC únicamente prevé la suspensión del referido proceso declarativo, pero nada dice respecto de una posible ejecución provisional o definitiva de los mismos, si resultara que ya hubieran sido estimados en primera instancia antes de la declaración de concurso. Ante esta omisión, entendemos que deberá estarse al art.55.1 LC, que en esencia viene a prohibir el inicio de nuevos procesos ejecutivos o -como norma general- la suspensión de los ya iniciados (art.55.2 LC).

Tampoco dice nada la norma sobre el salvoconducto procedimental con el que articular dicha suspensión, dicho de otro, cómo manifestar al juez que procede suspender tal proceso extraconcursal. Frente a la solución más lógica, que no expresa, de que ello se haga en el acto de la audiencia previa o vista, si tales actos hubieran precluido solo queda formular la petición de suspensión, ya fuera por la administración concursal o el

³⁸⁷ GARNICA MARTÍN, J., “La vis atractiva del juez del concurso tras la reforma introducida por la Ley 38/2011”, Anuario de Derecho Concursal, ed. Civitas, núm.26/2012. Cabría citar igualmente, en el mismo sentido, a MORALEJO MENÉNDEZ, I., en AA.VV., *Enciclopedia de derecho concursal*, Tomo I, ed. Aranzadi, 2012, pág.116.

sujeto concursado, al amparo del art.19.4 LEC en materia de suspensiones, con la singularidad de que dicha suspensión debe adoptarse por motivos *ex lege* y no dispositivos de las partes, así como sin sujeción al plazo que señala dicho precepto. Otra opción más garantista, aunque también menos ágil, es solicitar del juez del concurso que libre oficio al correspondiente Juzgado informándole de la declaración de concurso y los concretos efectos que ordena el art.51.bis LC, para que este último acuerde -en el seno de sus competencias- tal suspensión.

Finalmente, guarda también silencio el art.51.bis LC respecto del tratamiento sobre tales procesos declarativos si las pretensiones a suspender por razón del concurso hubieran sido formuladas de manera acumulada junto con otras. Nótese que, por un lado, la LC estaría ordenando su suspensión, y, por el otro, la continuación del proceso sobre las restantes (art.51.1 LC). Ante ello, cabe ofrecer la desacumulación de acciones (art.73.3 LEC) o bien que se dirima como excepción procesal (arts.419 o 443.2 LEC) frente a la admisión inicial de tal acumulación subjetiva, siempre que el momento procedimental del proceso en cuestión permitiera aducir dicha excepción. De lo contrario, teniendo en cuenta que el proceso es uno solo, parece que todas las pretensiones deben correr la misma suerte y ser suspendidas, si entre las mismas se encontrara alguna de las que recoge el art.51.bis LC, lo que hace aconsejable que la parte actora ejerza un desistimiento sobre la misma en cuestión.

2.2.3 Ejecuciones singulares y apremios administrativos (art.55 LC).

Considerando el proceso concursal sobre la base de sus principios de unidad y universalidad, la consecuencia lógica es que se busque crear una *pars conditio creditorum* (art.49 LC) respecto de aquella masa pasiva del concursado que, con la declaración concursal, queda así afecta a un tratamiento unitario y ordenado del modo que regula la LC.

Todo ello exige, paralelamente, una protección frente a posibles minoraciones sobre la masa activa del concursado que frustren la función teleológica de la satisfacción a los acreedores (*Exponendo II* de la LC), lo que en el ámbito procesal y administrativo se traduce -respectivamente- en evitar ejecuciones o apremios respecto de dicho patrimonio del sujeto concursado.

Por todo ello, nos encontramos con un claro mandato contenido en el art.55.1 LC, el cual prohíbe el inicio de ejecuciones judiciales o extrajudiciales, así como apremios administrativos, tras la declaración de concurso del deudor y que se dirigieran frente al patrimonio de éste.

Como ya hemos tenido ocasión de analizar, de iniciarse tales procesos ejecutivos éstos deben ser inmediatamente sancionados con su nulidad de pleno derecho ex art.225.1º LEC, tal y como recuerda -por todas- la Sentencia núm.192/2014, de 24 de julio, de la

Audiencia Provincial de Álava, Sección 1^a³⁸⁸. En el ámbito administrativo, deberán interponerse los correspondientes recursos interesando la nulidad de pleno derecho de tales actuaciones y subsidiariamente su anulabilidad.

Ahora bien, acto seguido, el art.55.1.II LC permite *hasta la aprobación* -en su caso- *del plan de liquidación* la continuación de aquellas ejecuciones administrativas en las que se hubiera dictado diligencia de embargo, así como de aquellos embargos practicados dentro de una ejecución laboral, en ambos casos siempre que dichas actuaciones se hubieran realizado con anterioridad al auto declarativo de concurso, así como que no se trate de bienes o derechos *necesarios* para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del sujeto concursado.

El planteamiento que se recoge en el citado precepto requiere de las siguientes aclaraciones. Con carácter previo, cabe cerrar filas respecto de un viejo debate en torno a la exigencia de que también se hubiera dictado la correspondiente diligencia de embargo, y no solamente su precursora providencia de apremio, con anterioridad a la declaración de concurso. Ello resulta *conditio sine qua non* para poder aplicar la excepción de la continuación de tal embargo administrativo. Así se fijó definitivamente en la Sentencia núm.158/2012, de 27 de marzo, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1^a³⁸⁹.

A ello cabe añadir, en el ámbito competencial entre los órganos administrativos y el juez del concurso, que ante cualquier conflicto relativo a tal embargo practicado o pretendido, así como de sus efectos, corresponde su conocimiento a este último, según se recuerda en la conocida Sentencia de 22 de junio de 2009, del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción³⁹⁰.

Con independencia de estas polémicas habituales en cuanto al primero de los requisitos que ordena el art.55.1.II LC, no cabe olvidar que seguida y cumulativamente se exige el requisito de la *necesidad* del bien o derecho, siempre en relación a la actividad empresarial o profesional del sujeto concursado.

Esta cuestionable configuración supone excluir directamente aquellos supuestos que cabría catalogar dentro de la tipología de insolvencia del consumidor, habitualmente ligada a un sobreendeudamiento derivado de la adquisición de su vivienda habitual a través de un préstamo hipotecario.

Así pues, para estos sujetos en situación de concurso, las protecciones que otorga la Ley Concursal frente a la tutela ejecutiva de sus acreedores sobre la vivienda habitual del

³⁸⁸ JUR 2014\257036.

En igual sentido, BELLIDO PENADÉS, R., en AA.VV., *Comentario de la Ley Concursal*, ed. Aranzadi, 2015 (BIB 2015\9049).

³⁸⁹ RJ 2012\5586.

³⁹⁰ RJ 2010\1980.

concurtido resultan completamente inservibles³⁹¹, lo que bien explica -hasta el momento- la pobre utilización de la institución concursal para resolver las insolvencias de la persona física y cuya máxima preocupación, lógicamente, no es otra que resguardar la vivienda familiar en la que reside. Se volverá a esta cuestión más adelante, no debiendo olvidar que cuestión distinta es la facultad independiente de acudir a la normativa extraconcursal en aras de conciliar dicha problemática, así como sin perjuicio del (todavía reciente) acicate de la condonación o *discharge* concursal (art.178.bis LC).

Dejando a un lado esta particular problemática, quedaría por plantearse qué criterios cabe utilizar para determinar la *necesidad* de un bien o derecho con la actividad profesional o empresarial del concursado, cuya competencia -y por tanto apreciación- corresponde al juez del concurso ex art.56.5 LC.

En este sentido, suponemos que para evitar una excesiva rigidez en su conceptualización, cabe señalar la generosa amplitud con la que se pronuncia -entre otras- la Sentencia núm.295/2013, de 11 de julio, de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1^a³⁹², exigiendo una *íntima vinculación* del bien o derecho con la respectiva actividad empresarial o profesional del concursado, debiendo por tanto estarse a una valoración y respectiva motivación caso por caso.

¿Pueden incluirse las partidas de efectivo -dinero- dentro de este concepto de *necesidad*? Pese a los años que guarda esta pregunta, la jurisprudencia menor continúa dividida. A favor de su inclusión destaca el Auto de 6 de octubre de 2010, del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Barcelona³⁹³, *siempre que no resulte excedente y cuyo flujo sea utilizado para su reinversión o actividad ordinaria de la empresa*, incluyendo asimismo posibles derechos de crédito *si de ellos depende la continuidad del negocio*, postura ésta que nos parece la más equilibrada por no existir un concepto jurídico definible de bien o derecho necesario.

Por su parte, la Sentencia núm.350/2014, de 10 de junio, de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5^a³⁹⁴ contribuye con una interesante interpretación respecto de la imposibilidad de suspender ejecuciones relativas a embargos administrativos sobre derechos de crédito del concursado, dictados con anterioridad al concurso, por cuanto al embargarse dinero no existe *necesidad de realizar actividad ejecutiva alguna*, toda vez que no cabe levantar el embargo *per se* según ordena el art.55.3 LC respecto de los de

³⁹¹ Careciendo el proceso concursal de *toda utilidad* para solucionar el problema relativo a la protección de la vivienda habitual.

Así lo expresaba CERRATO, E., “La discriminación negativa del consumidor ante la ejecución de garantías reales en la Ley Concursal”, Anuario de Derecho Concursal, ed. Civitas, núm.26/2012.

³⁹² JUR 2013\301136.

³⁹³ AC 2010\1742.

³⁹⁴ JUR 2014\267100.

tipo administrativo. Interpretación de la que discrepamos por cuanto se dirá a continuación.

En efecto, la citada resolución de la Audiencia Provincial de Sevilla termina por conducirnos al muy criticado privilegio que contiene el art.55.3 LC respecto de la prohibición de levantamiento y cancelación sobre embargos administrativos. Para su correcto entendimiento, hemos de partir a su vez del previo art.55.2 LC que ordena la *suspensión* de aquellas *actuaciones* -ejecutivas- *que se hallaran en tramitación* y no pudieran acogerse a la excepción de su continuación recogida en el art.55.1.II LC.

Así pues, respecto de la orden de suspensión que contiene el art.55.2 LC, debe asumirse que la referida suspensión no conlleva únicamente este efecto, sino que el acreedor ejecutante pierde cualquier derecho preferente de cobro, pues a fin de cuentas el embargo o la actuación ejecutiva no crean ninguna suerte de privilegio especial o preferencia en el cobro, según se recuerda en el Auto núm.101/2009, de 15 de mayo, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15^a³⁹⁵. En definitiva, la suspensión concursal posee unas características propias que van mucho más allá de una mera suspensión temporal. Tanto es así que, en el artículo siguiente (art.55.3 LC), se permite al juez del concurso, a petición de la administración concursal -única legitimada- proceder al levantamiento y cancelación de los embargos cuando los mismos dificultaran gravemente la continuidad profesional o empresarial del concursado, previa audiencia del acreedor afectado.

Sobre la base de estas premisas, nos encontramos con la habitual *praxis* del legislador en autoproteger sus créditos, aun poniendo en jaque al ordenamiento concursal con un precepto tan absurdo como contradictorio, pues así cabe calificar al art.55.3 *in fine* LC, que exceptúa de tales potestades de levantamiento y cancelación a los embargos administrativos no obstante haberse decretado la suspensión sobre éstos ex art.55.2 LC.

En contraposición a este despropósito, destaca la conocida *doctrina Ribelles* expuesta por dicho Magistrado-Juez en su ponencia -inérita- impartida en el V Congreso Nacional sobre Derecho Concursal, celebrado en Valencia los días 14 y 15 de febrero de 2013. Así, frente a la incoherente tesis literalista del art.55.3 *in fine* LC, se hace necesario aplicar una interpretación correctora en el sentido de que cabrá el levantamiento del embargo administrativo siempre que el bien o derecho embargado se realice -enajene- dentro del proceso concursal. La justificación normativa de esta interpretación descansa en el art.149.3 de la Ley Concursal (reubicado en el art.149.5 LC tras la Ley 9/2015, de 25 de mayo) y el principio general de transmisión libre de cargas que dicho precepto contiene, junto con el propio sentido concursal de que un embargo no está capacitado para alterar la naturaleza del crédito para cuya satisfacción fue instado, debiendo estarse a la clasificación de tal crédito (arts.89 y ss. LC).

Existen numerosas plazas judiciales que ya se han acogido a dicha doctrina, pudiendo citar por todas el Auto núm.36/2014, de 10 de abril, de la Audiencia Provincial de

³⁹⁵ JUR 2009\409768.

Barcelona, Sección 15^a³⁹⁶, concluyéndose en éste con claridad y contundencia: *de acuerdo con la interpretación que sostenemos, el artículo 55.3º prohíbe alzar los embargos por la mera declaración de concurso. No así cuando los bienes se realicen en el concurso*, con independencia de que dicha realización se efectuara dentro de una liquidación concursal o bien durante la fase común del concurso (art.43 LC), e incluso proyectando el citado auto un alcance cancelatorio de embargos administrativos también sobre aquellas partidas dinerarias previamente embargadas con anterioridad al concurso, si es que éstas resultaran necesarias para la actividad empresarial o profesional del concursado.

Asimismo, debe estarse a la Resolución de 2 de septiembre de 2013 de la DGRN, que exige la previa notificación al titular del embargo por parte del juez del concurso y antes de su cancelación registral, en aras de preservar su derecho de audiencia y posible oposición³⁹⁷. Por su parte, la Resolución de 19 de octubre de 2015, emitida por la DGRN, ha admitido la causa de liquidación concursal como motivo de levantamiento del embargo administrativo.

Finalmente, no cabe confundir la defendida inclusión de los embargos administrativos dentro de los potenciales efectos para su levantamiento y cancelación, cuya competencia para adoptar tal resolución reside en el juez del concurso, con la propia nulidad del referido embargo, siendo este último aspecto ajeno a sus normas competenciales. Así lo recuerda la Sentencia de 31 de marzo de 2014, del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción³⁹⁸, razonablemente criticada por el Magistrado-Juez GONZÁLEZ NAVARRO³⁹⁹ por cuanto consiente la subsistencia *formalista* de un embargo que, a la postre, acaba siendo vaciado de contenido fruto de la enajenación del bien o derecho embargado en el seno del concurso, o incluso pudiendo solicitar la puesta a disposición de tales activos o su producto, según lo que se dirá en el apartado siguiente.

2.2.3.1 ¿Privilegio procesal o sustantivo?

El art.55.1.II LC confiere, a modo de excepción procesal privilegiada, el mantenimiento de la potestad de ejecución singular separada en aquellos supuestos que tasadamente contempla el mismo precepto: diligencias de embargo administrativas y embargos derivados de ejecuciones laborales, siempre que en ambos casos tales actuaciones se hubieran ordenado con anterioridad al auto declarativo de concurso, así como que no

³⁹⁶ JUR 2014\155886.

³⁹⁷ Concordando así con el principio del tracto sucesivo registral (art.20 LH) y con el deber que tiene el registrador de calificar -también- dicho trámite de notificación judicial previa (art.100 RH).

³⁹⁸ JUR 2014\134260.

³⁹⁹ GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., “La protección de los embargos administrativos en el concurso de acreedores: a propósito de la STCJ de 31 de marzo de 2014.”, Revista Aranzadi Doctrinal, ed. Aranzadi, núm.4/2014.

recaigan sobre bienes o derechos necesarios para la actividad empresarial o profesional del sujeto concursado, cuestión de la competencia del juez del concurso (art.56.5 LC). Todo ello, además, sin perjuicio del límite temporal último de la aprobación del Plan de liquidación, según establece el mismo art.55.1.II LC, aplicable en todo caso.

Así las cosas, nos encontramos con la disyuntiva de si el art.55.1.II LC constituye limitadamente un mero privilegio procesal, o en su caso de autotutela administrativa, o bien si por el contrario se extiende también respecto del producto o resultado de tales embargos, por tanto mutando de un privilegio procesal a otro sustantivo. Dicho de otro modo, cabe preguntarse si mantenido el privilegio procesal del embargo conforme al art.55.1.II LC, y, tras el producto de lo obtenido por su realización, ¿puede el ejecutante satisfacer su crédito concursal con ello, ignorando la clasificación crediticia concursal, o más bien debe poner a disposición de la administración concursal tales cuantías líquidas para su debido reparto conforme al orden legal?

La respuesta, ya se nos intuye, debe pasar por una interpretación restrictiva del precepto en favor de los *intereses generales del concurso*, a los cuales debe apelarse cuando concurren este tipo de conflicto de intereses individualistas, que deben decaer ante la universalidad del concurso, así como teniendo en cuenta la propia literalidad (limitación) de la norma y su integración en el resto del ordenamiento concursal.

Dígame de otro modo, no cabe ignorar las disposiciones relativas a la ordenación crediticia concursal (arts.89 y ss. LC) y su orden de pagos (arts.154 y ss. LC), como si el art.55 LC estuviera ontológicamente capacitado para sobreponerse a tales mandatos fundamentales. No se olvide a este respecto que, a diferencia de lo que sucede en el art.56 LC -ejecución de garantías reales-, los créditos aquí objeto de la pretendida satisfacción mediante el embargo mantenido resultarían ser créditos que ni gozan de privilegio especial alguno (art.90 LC) ni tampoco suponen créditos *contra la masa*, produciéndose la inaceptable paradoja de que incluso podrían satisfacerse -total o parcialmente- con anterioridad a dichos créditos contra la masa de carácter *prededucible* (art.154 LC).

En favor de esta tesis *restrictiva*, cabe destacar la Sentencia núm.157/2012, de 3 de julio, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao⁴⁰⁰; el Auto de 7 de junio de 2010, del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid⁴⁰¹; o la Sentencia núm.180/2011, de 8 de junio, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Alicante⁴⁰², razonando esta última: *el embargo (ya judicial ya administrativo) es un acto procesal que no cambia la naturaleza del derecho material del embargante, o dicho de otra manera, en caso de concurso del deudor*

⁴⁰⁰ JUR 2013\104222.

⁴⁰¹ AC 2010\1060.

⁴⁰² AC 2011\1368.

*común, no crea preferencia sustantiva de cobro*⁴⁰³. Entre la doctrina, muy tempranamente se posicionaba ya PÉREZ-CRESPO⁴⁰⁴, concluyendo igualmente que el privilegio procedimental no implica un privilegio sustantivo. En el sentido opuesto al aquí defendido, es de interés la Sentencia núm.85/2012, de 20 de marzo, de la Audiencia Provincial de La Rioja, Sección 1^a⁴⁰⁵. La Sentencia núm.319/2018, de 30 de mayo, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1^a⁴⁰⁶, parece haberse decantado por la referida tesis restrictiva: aquel privilegio procesal *no comporta ninguna preferencia de cobro*, dando así su respaldo a la jurisprudencia menor antes citada.

Manifestada nuestra postura en favor de la tesis restrictiva, hoy ya en principio consagrada por nuestro Alto Tribunal, quedaría por dilucidar por qué cauce y ante quién debe aducirse la petición de puesta a disposición de las cantidades embargadas en favor de la administración concursal, para su integración en la masa activa del concurso.

Para ello, debe distinguirse si el mejor derecho crediticio defendido, que justificaría tal puesta a disposición, se basa en un crédito contra la masa o concursal. Si el concurso no se encontrara en fase de liquidación, entonces no cabría aducir la mejor preferencia de otros créditos concursales, puesto que todavía no habrían entrado en juego las preferencias de cobro reguladas en dicha sección, como se encarga de recordar el Magistrado-Juez FUENTES DEVESA⁴⁰⁷. Por tanto, en fase común, solamente cabe aducir la existencia de créditos contra la masa vencidos y pendientes de pago, ya que sólo sobre éstos se estaría vulnerando un orden legal de pagos. En los demás supuestos, lo correcto siguiendo la función y división de secciones concursales (art.183 LC) parece ser esperar a la apertura de la correspondiente fase de liquidación, puesto que dicha posibilidad ni tan siquiera es certera o segura, piénsese en un escenario de convenio concursal.

Aclarado este aspecto, faltaría por concretar ante qué órgano corresponde formular dicha solicitud de puesta a disposición del bien o derecho embargado, o su producto, a favor de la administración concursal para su adecuación al orden legal crediticio concursal y/o contra la masa. En este sentido, es de interés destacar el Auto núm.73/2011, de 9 de marzo, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Alicante⁴⁰⁸, inadmitiendo la demanda cursada con tal petición por falta de competencia objetiva

⁴⁰³ Más recientemente, y en la misma línea que todas estas resoluciones citadas, vid. Sentencia núm.188/2015, de 8 de julio, del Juzgado de Primera Instancia núm.7 de Vitoria (AC 2015\1681).

⁴⁰⁴ PÉREZ-CRESPO, F., “La concurrencia de procedimientos administrativos de apremio y jurisdiccionales universales”, Anuario de Derecho Concursal, ed. Civitas, núm.1/2004.

⁴⁰⁵ AC 2012\406.

⁴⁰⁶ CENDOJ 28079110012018100312.

⁴⁰⁷ FUENTES DEVESA, R., en AA.VV., *Tratado judicial de la insolvencia, Tomo I*, ed. Aranzadi, 2012, pág.953.

⁴⁰⁸ AC 2011\89.

(art.48 LEC), con motivo de que *el único mecanismo hábil en una ejecución singular para hacer valer la preferencia de cobro es la tercería de mejor derecho en sede extraconcurzal*.

Para mayor abundamiento, continúa precisando la citada resolución que la competencia del juez del concurso sólo nacería para revisar una previa tercería de mejor derecho (ex art.132 RGRSS en el caso de la Seguridad Social y art.117 RGR para la AEAT). Sólo con posterioridad a la desestimación de dicha tercería resultaría competente el juez del concurso por cuanto se halla integrado en el orden civil y se trata de una acción con trascendencia patrimonial sobre el concursado. Esta misma vía procedimental, la tercería de mejor derecho, parece haber sido acogida también por nuestro Alto Tribunal⁴⁰⁹.

No obstante, resulta más ágil e igual de válido, por ejemplo, requerir directamente a la administración pública la puesta a disposición del objeto embargado o su producto, como recuerda también la Sentencia de 31 de marzo de 2014, del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción⁴¹⁰. A tal fin puede acudir a la figura del auxilio judicial en protección de la masa activa del concurso (art.43.1 LC), ya analizada en esta tesis, o bien mediante el cauce del incidente concursal para la mayor garantía y ejecutabilidad de un pronunciamiento en sentencia.

Todavía más, cuando se estuviera ante créditos contra la masa, que por tanto ostentaran un mejor derecho frente al que justificó el embargo practicado, cabría la mejor opción de interponer incidente concursal (art.84.4 LC) en aras de resolver dicho conflicto mediante sentencia ejecutable.

2.2.4 Ejecución de garantías reales (arts.56, 57 y 155 LC).

Bajo una análoga política legislativa a la que proyecta el art.55 LC, el art.56.1 LC prohíbe el inicio de ejecuciones de garantías reales sobre los bienes o derechos del concursado, si bien -a diferencia del art.55.1 LC- sólo cuando tales activos resultaran necesarios para su actividad empresarial o profesional, todo ello hasta la aprobación de un convenio concursal o bien cuando transcurriera un año sin que se hubiera producido la apertura de la fase de liquidación (art.56.1 LC).

Lo primero que cabe preguntarse es qué debemos entender por *garantía real*, concepto atípico al que alude el art.55.4 LC para remitirse a su tratamiento en el art.56 LC, y que debemos identificar con la más común expresión de *derecho real*. Sucede no obstante que, este último término, constituye una categoría *numerus apertus* como bien

⁴⁰⁹ Sentencia núm.319/2018, de 30 de mayo, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (CENDOJ 28079110012018100312).

⁴¹⁰ JUR 2014\134260.

recuerdan SÁNCHEZ RUS y SÁNCHEZ RUS⁴¹¹ y ya se desprende del art.2.2º LH. Por todo ello, como igualmente concluyen los precitados autores, se hace necesario limitar la aplicación del art.56 LC a los créditos con privilegio especial tasados en el art.90 LC, para evitar de este modo preferencias o privilegios crediticios no previstos o deseados por el legislador (art.155 LC).

Una vez determinado este ámbito subjetivo, ¿cuándo debe considerarse que un proceso de ejecución ya ha sido iniciado con anterioridad al auto declarativo de concurso, para así limitar el ámbito temporal del art.56.1 LC? Conforme a la interpretación que se realiza en el Auto núm.75/2011, de 27 de septiembre, de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 3ª⁴¹², deberá estarse a la fecha de presentación de la demanda ejecutiva y no la del auto despachando ejecución, solución que ya se infiere del principio de litispendencia (art.410 LEC).

Por el contrario, el Auto núm.339/2014, de 15 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 14ª⁴¹³ considera que bastaría con que antes de la fecha del auto despachando ejecución (art.551 LEC) se hubiera declarado el concurso del ejecutado, para proceder a la inadmisión de la demanda ejecutiva y no despachar tal ejecución.

Esta segunda interpretación, tanto por razones de economía procesal, así como principalmente al amparo del tenor literal de los arts.55.1 LC y 568.1 LEC, resulta más adecuada al permitir excepcionar aquel principio de litispendencia con base en las normas procesales especiales que resuelven la relación a regir entre la ejecución singular y la universal del concurso.

Con la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, se añade en el art.56.1 LC un confuso mandato dirigido a un determinado tipo de activo que no podrá ser considerado, en ningún caso, como necesario para la actividad empresarial o profesional del concursado: *las acciones o participaciones de sociedades destinadas en exclusiva a la tenencia de un activo y del pasivo necesario para su financiación, siempre que la ejecución de la garantía constituida sobre las mismas no suponga causa de resolución o modificación de las relaciones contractuales que permitan al concursado mantener la explotación del activo.*

En aclaración a este enredo explicativo acude CARRASCO PERERA⁴¹⁴, concluyendo que *la interpretación más verosímil consiste en entender que el concursado es el socio*

⁴¹¹ SÁNCHEZ RUS, H., y SÁNCHEZ RUS, A., en AA.VV., *Comentario de la Ley Concursal, Tomo I*, ed. Civitas, 2008, pág.1042.

⁴¹² JUR 2011\392797.

⁴¹³ JUR 2015\59690.

⁴¹⁴ CARRASCO PERERA, A., “Ejecución de garantías reales, impugnación de refinanciaciones y valor de la garantía en la Reforma Concursal del Real Decreto ley 4/2014”, *Anuario de Derecho Concursal*, ed. Civitas, núm.32/2014.

que titula acciones o participaciones en la sociedad tenedora de un activo. Los activos gravados serían acciones o participaciones sociales, y el deudor concursado habrá de ser el titular de las mismas, no la sociedad objeto. Téngase en cuenta, por tanto, que dicho precepto puede ser también de aplicación a personas físicas concursadas, si bien su efectiva aplicación práctica se nos presenta como ciertamente residual.

Esta misma residualidad desprendía, y continúa desprendiendo, el requisito general (art.56.1 LC) de que el bien o derecho tenga que resultar *necesario* -antes *afecto*⁴¹⁵- a la actividad empresarial o profesional del sujeto concursado, en aras de poder conferir el efecto suspensivo sobre la tutela ejecutiva que dispone el art.56 LC, pues es imposible que un activo de persona física -a salvo de aquellos empresarios o profesionales- se encuentre vinculado a una actividad económica de tal índole⁴¹⁶. Incluso en el supuesto de aquellas personas físicas concursadas, que sí reúnan la condición de empresario o profesional, es altamente dudoso la concurrencia de que el activo supuestamente necesario para tal actividad pueda -además- tratarse de su vivienda habitual, aunque al menos aquí no es imposible, piénsese así en aquellas viviendas habituales destinadas en parte (p. ej. un despacho o estudio profesional) al ejercicio de alguna actividad empresarial o profesional.

Así y todo, es claro que el efecto suspensivo *favor debitoris* del art.56.1 LC no resulta el instrumento procesal adecuado para la protección del bien inmueble y vivienda habitual propiedad del sujeto concursado. Además, en todo caso, no hay que olvidar que el efecto suspensivo sobre la tutela ejecutiva del art.56.1 LC está constreñido hasta que se apruebe un convenio, o alternativamente, al plazo límite de un año *desde la declaración de concurso sin que se hubiera procedido a la apertura de la liquidación*⁴¹⁷.

Por su parte, el art.56.2 LC ordena la suspensión de aquellas ejecuciones de garantías reales que se encontraran en tramitación a fecha de la declaración de concurso, incluso aunque ya estuviera anunciada la respectiva subasta del bien o derecho gravado (en el mismo sentido arts.649.1.II y 691.5 LEC), previéndose asimismo dicha causa de suspensión en el art.568.2 LEC simplemente para más claridad o armonía entre ambos

⁴¹⁵ La reforma llevada a cabo por el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, ha sustituido el concepto de bien “afecto” por el de bien “necesario”. Lejos de ser una cuestión menor, advertía el Magistrado-Juez TALENS SEGUIR, J., en su ponencia -inédita- impartida en el Colegio oficial de Censores Jurados de Cuentas de la Comunidad Valenciana, celebrado el día 13 de junio de 2014, en Valencia, que así se restringe el concepto del art.56.1 LC: un ordenador, exponía como ejemplo, puede estar *afecto* pero no ser estrictamente *necesario*.

⁴¹⁶ Sobre el concepto de bien o derecho necesario, es de interés la recopilación jurisprudencial que obra en el Auto núm.15/2017, de 26 de enero, del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid (autos núm.132/2016), y que en esencia liga dicho concepto a la existencia de una *actividad económica real, seria y efectiva*.

⁴¹⁷ Sobre dicho carácter temporal, vid. Auto núm.120/2012, de 12 de julio, de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 6ª (JUR 2012\353776). En contra de la interpretación mayoritaria, vid. Auto de 17 de marzo de 2015, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Granada (JUR 2015\105590), que considera que la literalidad del precepto no puede imponerse ante situaciones calificables de absurdas, así por ejemplo, cuando una propuesta de convenio se encontrara todavía en tramitación pese a haber transcurrido el año de plazo límite que establece el art.56.1 LC.

cuerpos normativos procesales. Todavía más, en el supuesto de que aquella subasta hubiere quedado desierta, la facultad de adjudicación directa de la parte ejecutante (art.671 LEC) también debe decaer -de encontrarse en curso e incluso solicitada- en favor de la suspensión de dicho procedimiento ejecutivo⁴¹⁸.

Por tanto, de pretender alzar tal suspensión, será el acreedor ejecutante quien deberá solicitar del juez del concurso (art.56.5 LC) que declare el bien o derecho en cuestión como no necesario para la actividad empresarial o profesional del sujeto concursado, resolución ésta que se adoptará mediante auto⁴¹⁹ previa audiencia al concursado y a la administración concursal, debiendo incorporarse como testimonio ante el proceso de ejecución que pretenda reanudarse (art.56.2 *in fine* LC). De no obtenerse dicha previa resolución judicial el hipotético despacho de la ejecución resultará nulo por la ausencia de este presupuesto previo, tal y como se recuerda en el Auto núm.165/2016, de 14 de junio, del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid⁴²⁰.

¿Qué tratamiento competencial recibiría dicho inicio o reanudación del proceso de ejecución de una garantía real, una vez cumplidos los plazos o condiciones que regulan los arts.56.1 y 56.2 LC, respectivamente?

Tras un largo debate jurisprudencial, parece haberse impuesto la tesis partidaria de que el juez del concurso sólo debe conocer de aquellos procesos ejecutivos instados o reanudados sobre bienes o derechos *necesarios* a la actividad profesional o empresarial del sujeto concursado.

Existen, con todo, reputados autores⁴²¹ todavía hoy partidarios de la interpretación literal de los arts.86.ter.1.3º LOPJ y 8.3º LC, en favor de una competencia objetiva del juez del concurso con independencia del carácter necesario o no del bien o derecho afecto a la ejecución.

Como ejemplo del sentido jurisprudencial imperante, antes advertido, puede destacarse el Auto núm.176/2012, de 4 de septiembre, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 14ª⁴²², tesis más adelante confirmada por el propio Tribunal Supremo⁴²³,

⁴¹⁸ Así se resuelve en el Auto núm.278/2015, de 25 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3ª (JUR 2016\26556).

⁴¹⁹ Así viene resolviéndose en la práctica forense, aunque la potencial trascendencia del objeto a resolver bien merecería adecuarse a un cauce más completo como el del incidente concursal (art.192 y ss. LC).

⁴²⁰ Autos de ejecución hipotecaria núm.19/2016.

⁴²¹ SÁNCHEZ RUS, H., y SÁNCHEZ RUS, A., “Comentario al artículo 57 de la Ley Concursal”, en AA.VV., *Comentario de la Ley Concursal*, ed. Aranzadi, 2015 (BIB 2015\9051).

En la misma línea, SERRA RODRÍGUEZ, A., “Efectos del concurso de acreedores en la ejecución de las garantías reales tras las últimas reformas de la Ley Concursal”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, ed. Instituto de derecho Iberoamericano, 2015, nº 3.

⁴²² JUR 2012\344720. Más recientemente, vid. Auto núm.9/2015, de 26 de enero, de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 11ª (JUR 2015\102956).

aduciendo así que la literalidad del art.57.1 LC debe circunscribirse a aquellas ejecuciones sobre bienes o derechos de carácter *necesario*, toda vez que en virtud del art.57.2 LC ya no sería posible aplicar una nueva suspensión sobre dichos procesos.

Sobre todo este particular, el Auto de 18 de mayo de 2016, del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid⁴²⁴, incluso da un paso más al afirmar que resulta *irrelevante* que los bienes continúen siendo o no *necesarios* en los términos del art.56.5 LC, en aquellos casos en los que el derecho a la ejecución real haya renacido por el simple transcurso del año de plazo suspensivo que regula el art.56.1 LC, pues en tales supuestos dicha ejecución siempre deberá incoarse extramuros al concurso.

Por su parte, el art.57.3 LC establece que, una vez declarada la fase de liquidación, los acreedores que antes de la declaración de concurso no hubieran ejercitado sus pretensiones ejecutivas *perderán el derecho de hacerlo en procedimiento separado*.

Como bien apunta CANTAVELLA TERCENIO⁴²⁵, esta pérdida del privilegio procesal de la ejecución separada, que no sustantivo (art.90 LC) en cuanto al crédito subyacente, afecta tanto a los procesos ejecutivos no iniciados con anterioridad al concurso, así como a aquellos otros que pudieran haberse iniciado durante el mismo y no lo hicieron. Es por tanto irrelevante que el bien o derecho resulte *necesario* (o no) a los efectos del art.56.5 LC, una vez declarada la fase de liquidación concursal.

La única excepción a esta regla general se encuentra explícitamente recogida en el art.140.4.II LC, aunque sólo a partir de su reforma por el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, y en todo caso dicho precepto está circunscrito a regular los efectos derivados de la declaración de incumplimiento de un convenio concursal.

Así pues, de seguirse un proceso de ejecución hipotecaria contraviniendo el citado art.57.3 LC, la adjudicación del bien inmueble allí resuelta resultará nula de pleno derecho por falta de competencia objetiva, y, en última instancia, tampoco será capaz de superar el filtro de su pretendida inscripción registral⁴²⁶.

En definitiva, una vez declarada la fase de liquidación el acreedor titular de un crédito con privilegio especial no podrá ostentar la posición de parte ejecutante, incluso, aunque la realización del bien o derecho gravado a su favor se efectuara en subasta judicial (art.155.4 LC), pasando dicha posición a ser ocupada por la administración concursal, y,

⁴²³ Auto de 14 de diciembre de 2016, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (conflicto negativo de competencia núm.1048/2016).

⁴²⁴ Auxilio nacional núm.88/2015.

⁴²⁵ CANTAVELLA TERCENIO, F., en AA.VV., *Tratado práctico del derecho concursal y su reforma*, ed. Tecnos, 2012, pág.341.

⁴²⁶ Ambos extremos son advertidos en la Resolución núm.995/2017, de 10 de enero, de la DGRN (RJ 2017/529), dentro de las funciones propias de control registral de las actuaciones judiciales (art.100 RH).

por consiguiente, perdiendo el referido acreedor hipotecario todas las facultades asociadas a tal posición procesal (p.ej. el derecho de adjudicación ex art.671 LEC)⁴²⁷.

De nuevo cabe plantearse, en el contexto del art.57.3 LC, dónde ubicar la competencia objetiva o funcional para la reanudación a la que alude dicho precepto. Siguiendo coherentemente la misma tesis interpretativa antes expuesta, respecto del art.57.1 LC, el Auto de 13 de diciembre de 2013, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Alicante⁴²⁸, defiende que la competencia residirá en el juez del concurso si el bien o derecho cuya ejecución va a reanudarse guarda un carácter necesario; por el contrario, lo será el juez competente ordinariamente -generalmente el juez de primera instancia- en los demás casos en que no exista dicho carácter necesario.

Sin embargo, como ya se ha advertido con anterioridad, existen posiciones discrepantes tales como el Auto de 18 de mayo de 2016, del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid⁴²⁹, que considera irrelevante el debate sobre la *necesidad* del bien o derecho en el marco del art.57.3 LC, en tanto que la reanudación a la que alude dicho precepto se encuentra -en todo caso- ajena a la competencia objetiva del juez del concurso.

A estas limitaciones de orden procesal hay que añadir aquellas de orden sustantivo. Por un lado, debe estarse al art.155.3.II LC que no viene sino a recoger el principio de prioridad temporal registral, particularmente común en las garantías reales en forma de hipoteca y su orden de rango para determinar quién debe resultar beneficiario de lo obtenido por la venta del bien objeto de tales garantías. Aquellas cargas de peor rango registral, aunque gocen de crédito reconocido con privilegio especial, serán canceladas según ordena el art.149.5 LC y siendo irrelevante dicha privilegiada clasificación crediticia o bien la naturaleza -a diferencia de un embargo- de la carga como garantía real⁴³⁰.

De igual modo, tampoco cabe eludir dicho principio de transmisión libre de cargas cuando el sujeto concursado resulte hipotecante no deudor, pues tal carga también deberá ser purgada⁴³¹. Y, naturalmente, la propia anotación registral del concurso de acreedores sobre el bien también deberá ser cancelada por medio de mandamiento

⁴²⁷ Vid. a este respecto la Sentencia de 21 de marzo de 2012, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo, reproducida en AA.VV., *Legislación y jurisprudencia concursales*, ed. Aranzadi, 2013, pág.428.

Más recientemente, vid. Auto de 7 de enero de 2015, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Barcelona (autos de concurso núm.423/2013-D).

⁴²⁸ JUR 2014\15349.

⁴²⁹ Auxilio nacional núm.88/2015.

⁴³⁰ Resolución núm.10144/2014, de 5 de septiembre, de la DGRN (RJ 2014\4910). En el mismo sentido, vid. Auto núm.605/2016, de 30 de diciembre, del Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid (autos de concurso núm.297/2011).

⁴³¹ Vid. Auto núm.30/2017, de 24 de enero, del Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid (Autos de concurso núm.297/2011).

judicial expedido por el juez del concurso (art.79.2 LH), en tanto que la venta del activo supone una carencia sobrevenida de su finalidad⁴³².

En siguiente lugar, el plan de liquidación, no obstante su libertad de forma, tiene su límite en no poder obviar los derechos del acreedor que impone la Ley Concursal⁴³³, así por ejemplo, las particularidades en el pago de créditos con privilegio especial y que deben hacerse con cargo a los bienes y derechos afectos a la pertinente garantía (p. ej. una hipoteca) ex art.155.1 LC. En cualquier caso, el art.149.2.II LC tras su reforma por el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre (confirmada en la Ley 9/2015, de 25 de mayo), ha venido a aclarar con mayor contundencia que el plan de liquidación no puede ignorar -especialmente- las disposiciones en materia de venta que señala el art.155.4 LC.

Como ya cabe apreciar de su extensa y confusa redacción, el art.155.4 LC carece de toda claridad semántica u orden sintáctico deseable, lo que ha provocado diversidad de posturas a la hora de determinar su correcta exégesis e incluso al margen del debate sobre su imperatividad, hoy superado en sentido afirmativo por razón del citado art.149.2.II LC.

A la vista de que el art.155.4 LC contempla distintos escenarios procedimentales, para su correcto entendimiento debe estarse al art.155.4.II LC aplicable a todo proceso concursal que no se encuentre en fase de convenio, y ello con independencia del tipo de negocio jurídico (dación en pago, para pago o compraventa) por el cual se materialice la venta directa del bien afecto⁴³⁴. Así pues, fuera del supuesto de convenio concursal, la voluntad legislativa pasa por dificultar la enajenación de modo que ésta no será admitida por un precio inferior al de tasación oficial actualizada.

Por el contrario, cuando el sistema de venta se articule por medio de subasta judicial o extrajudicial (sea notarial o por entidad especializada), sistema éste que podrá establecerse en cualquier estado procedimental del concurso (art.155.4 LC), en tal caso ya no existe un derecho de veto (circunscrito pues a supuestos de venta directa) del acreedor especialmente privilegiado para rechazar ofertas inferiores a su crédito⁴³⁵.

⁴³² Así lo argumentan igualmente SÁNCHEZ RUS., H., y SÁNCHEZ RUS, A., en AA.VV., *Comentario de la Ley Concursal*, ed. Aranzadi, 2015 (BIB 2015\1342).

⁴³³ Así lo advirtió la Sentencia núm.491/2013, de 23 de julio, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2013\5203).

⁴³⁴ Así se explica en el Auto núm.284/2015, de 3 de junio, de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 1ª (JUR 2015\194076).

⁴³⁵ Sentencia núm.141/2016, de 30 de mayo, del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid (Autos incidentales núm.61/2016).

En el mismo sentido, vid. Auto núm.145/2015, de 25 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Orense, Sección 1ª (AC 2016\394).

Tanto es así que, aunque pueda parecer extremo, las Conclusiones de los Magistrados y Letrados Judiciales de los Juzgados Mercantiles de Barcelona respecto a la adaptación del Plan de Liquidación a la Subasta Judicial Electrónica, de 10 de abril de 2016⁴³⁶, contemplan precios de adquisición por un mínimo de 100 euros, es decir, no siendo aplicables los porcentajes mínimos del art.670 LEC (ni la potestad del art.671 LEC) al no haber propiamente parte ejecutante.

Finalmente, no hay que olvidar que mediante el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, tuvo lugar la introducción de los arts.90.3 y 94.5 LC, a través de los cuales se limita el alcance del privilegio especial en el concurso a la parte del crédito *que no exceda del valor de la garantía*.

Con la citada reforma se ha pretendido incorporar el conocido criterio financiero del *loan to value ratio* o *relación préstamo-valor*. En cualquier caso, y sin perjuicio del controvertido método de cálculo valorativo de tal garantía (art.94.5 LC), corregido en parte mediante el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, lo cierto es que aquel crédito garantizado en su totalidad como derecho real sobre un determinado bien, pasa a verse limitado por las especialidades crediticias concursales.

La razón de ser de los arts.90.3 y 94.5 LC se ejemplifica con claridad en la Sentencia núm.167/2016, de 3 de mayo, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28⁴³⁷, dando cuenta del frecuente absurdo que suponía hasta entonces tener que reconocer sin limitación alguna créditos con privilegio especial sobre un mismo bien garantizado, de suerte que tales créditos reconocidos superaban -con creces- el valor razonable de dicho bien y por ello sólo el acreedor de mejor rango (art.155.3.II LC) era quien realmente llegaba a cobrar todo o incluso sólo parte de su crédito privilegiado. Asimismo, la jurisprudencia se ha encargado de matizar que con esta limitación clasificatoria no se cercenan los derechos del acreedor propios de su garantía real, sino que únicamente se distingue la valoración del derecho principal (crédito) y la del derecho accesorio (garantía real)⁴³⁸.

Sin embargo, sucede también que dicha limitación tiene lugar sin eliminar o reducir la condición de tenedor del *ius in re* por parte de tal acreedor y en la totalidad de su crédito garantizado, por lo que bien podría suceder que éste adquiriera la oportunidad procedimental conforme al art.56.1 LC para iniciar o continuar su ejecución, y, sin embargo, el resultado de la misma tuviera que ajustarse al límite del importe que ha sido privilegiado ex art.90.3 LC, puesto que sólo los créditos con privilegio especial pueden

⁴³⁶ Disponible en:

<http://www.icab.es/?go=eaf9d1a0ec5f1dc58757ad6cffdacedb1a58854a600312cccabe27fca69cffc3ebd637b9973ea751ffbca57cf8b9fbe23c9e2946bbdcd2658331de87c779e136>

⁴³⁷ JUR 2016\183323.

⁴³⁸ Auto núm.43/2018, de 23 de abril, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª (CENDOJ 08019370152018200037).

satisfacerse con cargo a los bienes y derechos afectos (art.155.1 LC), por lo que cualquier sobrante debe ponerse a disposición de la administración concursal. Esta discordancia hace preguntarse si la Ley Concursal ha creado su propia paradoja del *gato de Schrödinger*: el derecho real vivo y muerto al mismo tiempo, a través de una *superposición de realidades*, por un lado el crédito formalmente garantizado con un derecho real aparentemente *prior in tempore*, y por otro el orden de pagos concursal.

Consciente de esta inquietante contradicción entre realidad concursal y aquella otra extramuros del concurso, apenas tres meses después de la citada reforma el legislador se apresuró a introducir el art.155.5 LC mediante la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, precepto que habilita al acreedor especialmente privilegiado para hacer suyo *el montante resultante de la realización en cantidad que no exceda de la deuda originaria*.

Es decir, que las limitaciones cuantitativas resultantes de la clasificación concursal crediticia (arts.90.3 y 94.5 LC) no mermarán el destino -a favor del acreedor especialmente privilegiado- del precio obtenido por los bienes objeto de tal garantía, una vez enajenados éstos de un modo u otro conforme a las reglas de la LC. En definitiva, tal y como indica la exposición de motivos de la mentada Ley introductoria del art.155.5 LC, para alivio de tales acreedores -léase entidades financieras- *de este modo no se alteran las garantías registradas ni las reglas establecidas para su ejecución*.

Así pues, la fijación del valor razonable a que se refiere el art.94.5 LC carece de efectos limitadores cuando el bien valorado resulte objeto de liquidación concursal, y, por el motivo que fuere, dicha liquidación (venta) haya arrojado un resultado (ingreso) superior al que se previó por medio de su valoración concursal (art.94.5 LC). Cuando ello así sucediera, todo importe obtenido por la venta de tal activo garantizado deberá destinarse en favor del acreedor especialmente privilegiado, ya sin atención al límite de su privilegio crediticio (art.90.3 LC), sino únicamente atendiendo al límite de la propia garantía real (art.114 LH)⁴³⁹.

Así y todo, existe también una (minoritaria) segunda postura interpretativa⁴⁴⁰ respecto del art.155.5 LC, la cual considera que la expresión *deuda originaria* del art.155.5 LC

⁴³⁹ Como ejemplo especialmente práctico de ello vid. la Sentencia de 6 de septiembre de 2016, del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Sevilla (JUR 2016\219510). En el mismo sentido, vid. Sentencia de 13 de octubre de 2015, del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid (JUR 2015\275064), Sentencia núm.167/2016, de 3 de mayo, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª (JUR 2016\183323) y Auto núm.43/2018, de 23 de abril, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª (CENDOJ 08019370152018200037).

En la doctrina, destaca en esta línea GARCÍA-VILLARRUBIA, M., “El enigma del artículo 155.5 de la Ley Concursal”, Revista de Derecho Mercantil, ed. El Derecho, 2017, núm.52.

⁴⁴⁰ Sentencia de 2 de junio de 2016, del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Málaga (JUR 2016\200119).

En la misma línea, vid. Auto de 30 de septiembre de 2016, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Córdoba (JUR 2017\54162).

sólo cabe aplicarla en supuestos de ejecución singular ejercitada (conforme a los arts.56 y 57 LC), separadamente del proceso concursal.

Tal postura se defiende sobre la base de que, en caso contrario, se podría alterar el orden de pagos (p. ej. por créditos contra la masa) que debe seguir la administración concursal, y, además, porque vaciaría de sentido la previsión de *sobrante* que contempla el art.155.4 LC en el sentido de que se estaría pagando crédito *ordinario* o *subordinado*; mientras que nada de ello se confronta si se está ante un proceso de ejecución singular ajeno al concurso, y, por tanto, ajeno también a las específicas normas de pago del art.155.4 LC.

2.2.4.1 La inexplicable falta de adaptación de la Ley Concursal al fenómeno del sobreendeudamiento hipotecario.

Aun tratándose de una cuestión jurídico-sustantiva, se hace imposible ignorar cómo la crisis económica española sobre las *clases medias*⁴⁴¹ ha exigido una protección *realista* de la vivienda familiar, fruto del estadístico fenómeno de la ejecución hipotecaria.

Sin embargo, a todo este respecto, lejos de atender a la Ley Concursal habrá que estar más bien ante la fragmentada normativa extraconcursal cuyo punto de partida radica en el Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos⁴⁴².

A los meros efectos recapitulativos, además del precitado Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, en su día también se promulgó el Real Decreto-Ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, con el objeto de suspender los lanzamientos por ejecución hipotecaria de vivienda habitual y estando vigente hasta el 16 de noviembre de 2014⁴⁴³.

En cuanto al actual cuerpo normativo de referencia, ha de estarse a la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios,

⁴⁴¹ Sobre los efectos de la crisis económica española en las llamadas clases medias, y la consiguiente distribución de la renta, es de notable interés el informe realizado por GOERLICH GISBERT, F.J., *Distribución de la renta, crisis económica y políticas redistributivas*, ed. Fundación BBVA, 2016, pág.169 y ss. en lo referido a sus conclusiones. Disponible online en: http://www.grupobbva.com/TLFU/dat/DE_2016_IVIE_Distribucion_de_la_renta.pdf y analizado en el diario Expansión: <http://www.expansion.com/economia/2016/05/06/572c6fa0ca474172528b4607.html>

⁴⁴² Destinado a introducir una serie de medidas relativas a la reestructuración de la deuda hipotecaria inmobiliaria sobre los deudores situados en el *umbral de exclusión* (art.3). A tal fin se crea, mediante el referido Real Decreto, el llamado Código de Buenas Prácticas Bancarias y de carácter voluntario.

⁴⁴³ La doctrina habla incluso de su (previa) «derogación tácita» ya producida por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, vid. así JIMÉNEZ PARÍS, T.A., “La derogación tácita del Real Decreto-Ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, por el Capítulo I (suspensión de los lanzamientos) de la Ley Anti-Desahucios”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, ed. CORPME, 2014, núm.742.

reestructuración de deuda y alquiler social, que de nuevo recoge una medida de suspensión (vigente hasta el 15 de mayo del año 2020 tras su reforma por el Real Decreto-Ley 5/2017, de 17 de marzo) respecto de lanzamientos sobre viviendas habituales en supuestos de *especial vulnerabilidad*.

Así pues, ha de tenerse en cuenta las continuas reformas operadas sobre la citada Ley 1/2013, de 14 de mayo, con el fin de ampliar los plazos de suspensión en el lanzamiento por ejecución hipotecaria, así como la ampliación del llamado *umbral de exclusión*, primero mediante el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, seguido de la Ley 25/2015, de 28 de julio, y finalmente mediante el Real Decreto-Ley 5/2017, de 17 de marzo, antes ya citado. De igual modo, se ha modificado lo dispuesto para la creación de un fondo social de viviendas a través de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal.

Finalmente, mediante el Real Decreto-Ley 5/2017, de 17 de marzo, se ha vuelto a realizar una enésima reforma de los requisitos de aquella Ley 1/2013, de 14 de mayo, en aras de facilitar o ampliar cada vez más su acceso, así por ejemplo, corrigiendo -en esta ocasión- que en el concepto de unidad familiar no sea necesario que forme parte un menor de tres años, sino simplemente un menor de edad. Una vez más, la suspensión en el lanzamiento por ejecución hipotecaria de viviendas habituales, para supuestos de *especial vulnerabilidad* según define dicha Ley, se ha visto ampliado a través de esta última reforma, lo que nos conduce actualmente a situar el final de dicha suspensión en el 15 de mayo del año 2020.

Según ha informado el gobierno español⁴⁴⁴, desde el año 2012 un total de 78.600 familias se han beneficiado de alguna o varias de las medidas excepcionales de esta normativa (p. ej. 24.000 lanzamientos suspendidos y 7.000 daciones en pago) en su versión oportunamente aplicable a cada momento.

Toda esta criticable situación social ha provocado el impulso, algo exaltado, de la figura de la dación en pago, obligatoria para aquellas entidades que voluntariamente se adhieran al llamado Código de Buenas Prácticas⁴⁴⁵ y siempre que se trate de un deudor situado en el *umbral de exclusión*, concepto éste una vez más ampliado -*favor debitoris*- en la reforma practicada por el citado Real Decreto-Ley 5/2017, de 17 de marzo.

⁴⁴⁴ Así se recoge en el portal jurídico Legal Today, en noticia de 20 de marzo de 2017, bajo el título “El Gobierno amplía hasta 2020 la protección a los deudores hipotecarios afectados por la crisis”. Enlace: http://www.legaltoday.com/actualidad/noticias/el-gobierno-amplia-hasta-2020-la-proteccion-a-los-deudores-hipotecarios-afectados-por-la-crisis?utm_source=newsletter&utm_medium=email&utm_campaign=GZCM121

⁴⁴⁵ Mediante Resolución de 5 de julio de 2013, publicada en el BOE de 12 de julio del mismo año, la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa hizo público por primera vez el listado de entidades que habían comunicado su adhesión al referido Código de Buenas Prácticas. Dicho listado viene actualizándose trimestralmente, vid. así la posterior Resolución de 3 de febrero de 2017, de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa (BOE de 28 de febrero de 2017).

En la misma línea de política legislativa, cabe recordar la introducción de una primera remisión o condonación de la deuda hipotecaria insatisfecha conforme a las comedidas pautas que señala el reformado -Ley 1/2013, de 14 de mayo- art.579.2 LEC, precepto exclusivamente aplicable a la vivienda habitual e igual de vinculante en los casos de venta extrajudicial notarial (art.129.2.h) LH).

En todo caso, la solicitud de cualquiera de estas medidas de protección compete al propio sujeto concursado, no a la administración concursal, como ya tuvo ocasión de señalar la temprana Sentencia núm.26/2013, de 25 de enero, de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 3^a ⁴⁴⁶, pues su naturaleza o finalidad contiene elementos personalísimos y no sólo de índole económico-patrimonial. Ocurre, no obstante, que de encontrarse el sujeto concursado en régimen de suspensión de sus facultades patrimoniales, las antedichas medidas previstas legalmente (p. ej. todas las contenidas en el mencionado Código de Buenas Prácticas) requerirán de su adopción -léase consentimiento- por parte de la administración concursal ⁴⁴⁷, precisamente por la concurrencia de tales potenciales efectos económicos sobre el patrimonio del deudor.

Todavía más, la naturaleza de la liquidación concursal (art.148 LC), en su caso concurrente si así se declara su apertura (ex arts.142 y 143 LC), resultará manifiestamente incompatible con las medidas -a la postre- conservativas del bien inmueble vivienda habitual del deudor, contempladas en el Código de Buenas Prácticas, o bien cuanto menos obligará a conjugar tal plan de liquidación con las propias reglas para la liquidación de la vivienda habitual (vía dación en pago) que allí se contempla.

Ante todo ello, ha de aplaudirse la conjugación normativa que propone el Magistrado-Juez FERNÁNDEZ SEIJO, antes citado, en aras de evitar convertir al deudor persona física concursado en *peor condición*, y, por tanto, debiendo descartar así una interpretación excluyente de la Ley Concursal (de promulgación *ex ante*) frente a todo el elenco de normativa especial en materia de protección de deudores hipotecarios. Tanto es así que, con la debida justificación en cuanto al presumible valor de mercado del inmueble, la liquidación de la masa activa bien puede no comprender la vivienda habitual del deudor, cuando no se prevea sobrante alguno de su precio de venta, ello en atención al crédito hipotecario (especialmente privilegiado) que garantice.

En otro orden de aspectos, algo más amplio al específico debate hipotecario, es de destacar cómo el art.178.bis LC busca instaurar -por fin- un sistema de condonación concursal, originariamente introducido en el art.178.2 LC, con el claro objetivo de fomentar la utilización del proceso concursal en las personas físicas insolventes, para lo cual se ha flexibilizado el mismo, introduciendo *regímenes condonatorios* alternativos (arts.178.bis.3.4^o y 178.bis.3.5^o LC), y los cuales se estudiarán más adelante.

⁴⁴⁶ AC 2013\886.

⁴⁴⁷ Así lo advierte FERNÁNDEZ SEIJO, J.M., “El efecto de los rayos gamma sobre las margaritas. El encaje de las normas de protección del deudor hipotecario en el procedimiento concursal.”, Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios, ed. vLex, 2018, núm.2.

CAPÍTULO TERCERO: PRESUPUESTOS Y DESARROLLO PROCEDIMENTAL DEL CONCURSO DE PERSONA FÍSICA.

Pese a haberse creado con la Ley Concursal la llamada *unidad de procedimiento*, lo que ciertamente nos impide analizar una estructura procedimental singular o diferenciada de la prevista para la persona jurídica, el presente Capítulo busca destacar aquellas especialidades pertenecientes al concurso de persona física y que podemos encontrar a lo largo del dictado normativo de la LC.

Así por ejemplo, entre tantos otros aspectos, se verán aquellas especialidades en materia patrimonial-concursal por razón del establecimiento de límites inembargables o bien fruto del derecho de alimentos; los efectos del proceso concursal sobre el régimen económico matrimonial, sus presunciones y el llamado pacto de sobrevivencia; la protección concursal de la vivienda habitual, todo ello entre otras particularidades patrimoniales. También existen especialidades en lo que se refiere a la formación de la masa pasiva (vid. arts.49.2 y 93 LC) que serán debidamente comentadas. Asimismo, la adecuación procedimental del concurso de persona física a las potenciales Fases de convenio y liquidación también será objeto de estudio, así como el supuesto de la reapertura del proceso y del propio fallecimiento del sujeto concursado. Por último, tampoco puede faltar un análisis procedimental sobre el recién introducido régimen de condonación o *discharge* concursal (art.178.bis LC).

Junto con todo ello, como ya se ha tenido ocasión de reflexionar en la previa introducción a este trabajo, la configuración del derecho concursal como una asignatura multidisciplinar nos obliga, por funcionalidad y para un mejor entendimiento del escenario de la persona física concursada, adentrarse igualmente en aquellos efectos concursales jurídico-materiales (ya deriven de un convenio, liquidación, régimen económico matrimonial, condonación de deudas, etc.) aunque ello igualmente se haga desde un enfoque *procedimental* de tales eventos.

Finalmente, cabe y debe preguntarse cuál es el propósito último de un concurso de acreedores de persona física. De la Exposición de Motivos de la LC no queda claro cuál es el fin último del proceso concursal según su concepción puramente dogmática desde la legislación vigente (*de lege data*).

En este sentido, el *Exponendo II* de la LC habla de alcanzar la satisfacción de los acreedores como *finalidad esencial*, mientras que el *Exponendo VI* se refiere al convenio como la *solución normal* del concurso, es decir, la salida no traumática del deudor de su situación de insolvencia, algo que se acentúa especialmente en el concurso de persona física, cuya liquidación *de facto* huelga decir no será posible.

A este último respecto, precisamente las últimas modificaciones sobre la Ley Concursal -periodo reformista de 2013 a 2015- están haciendo que la finalidad de saneamiento del deudor gane peso en la función teleológica del proceso, pese a que el propio *Exponendo VI* se refirió en su momento a que ello no era objeto del concurso, al menos al tiempo de

su entrada en vigor y bajo aquel contexto histórico-social previo a la crisis económica española.

1. Presupuesto subjetivo.

La sistematización en el articulado de la Ley Concursal obedece, como así debiera suceder en toda norma, a un orden lógico y estructurado. Así pues, hemos de comenzar partiendo del art.1 LC, relativo al presupuesto procesal subjetivo para la declaración de concurso, es decir, aquella condición subjetiva que debe darse en el proceso para poder enjuiciar el fondo sustantivo de la demanda de concurso formulada. Por la naturaleza de nuestro estudio, limitado a la insolvencia de la persona física, debemos circunscribirnos al apartado primero del referido precepto, el cual establece:

“La declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural⁴⁴⁸ o jurídica”.

Solo mediante esta sucinta aseveración, la LC ya demuestra su intención de implementar un profundo cambio, por cuanto va a constituir el revolucionario y ansiado principio de unidad procedimental -exaltado en el *Exponendo IV* de la LC⁴⁴⁹-, hito éste incluso calificado como el más importante que ha introducido la LC⁴⁵⁰. Se cierra pues la prolongada política de distinciones, iniciada por las Ordenanzas de Bilbao de 1737, en función de la naturaleza del sujeto deudor, regresando así al espíritu unitario preexistente en la pionera obra de SALGADO DE SOMOZA (*Labyrinthus creditorum concurrentium*, año 1646), ambas ya comentadas en el Capítulo Primero.

Con la vigente Ley Concursal, que el deudor persona física sea empresario, ostente una profesión liberal, trabaje por cuenta ajena o bien no se le conozca oficio ni beneficio alguno, no produce ningún efecto sobre la determinación del proceso a seguir, que es uno solo, y, además, también es el mismo que para las personas jurídicas. El principio de unidad procedimental se completa con la LORC, en el plano estrictamente jurisdiccional, ya que supuso la creación de los juzgados de lo mercantil y con ello su atracción competencial sobre todo tipo de proceso concursal, a salvo de lo dispuesto en el art.85.6 LOPJ tras la controvertida ruptura parcial de este principio de unidad mediante la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio.

⁴⁴⁸ El legislador, tal vez tomando como referencia la denominación que se encuentra en el Capítulo Primero, del Título II, del Libro Primero, del Código Civil, se decanta por utilizar la expresión de *persona natural* en lugar de *persona física*. Sin embargo, semánticamente resulta más acertado este último término.

⁴⁴⁹ Así como por parte de la jurisprudencia de forma reiterada, vid. *ad exemplum* el Auto núm.43/2010, de 9 de febrero, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 13ª (AC 2010\828).

⁴⁵⁰ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., en AA.VV., *Comentarios a la Ley Concursal, Volumen I*, ed. Tecnos, 2004, pág.27.

El todavía vigente -aunque sesgado- principio de unidad procedimental no impide que a lo largo de la LC se aprecien algunas distinciones, que trataremos más adelante, en función de que se esté ante una persona física o jurídica concursada, lo que por ejemplo determinará la aplicación o no de los artículos reguladores del derecho de alimentos o bien el ámbito de efectos registrales para la anotación de su concurso.

En efecto, el principio de publicidad registral concursal determinará la anotación del concurso y el régimen de facultades patrimoniales en el Registro Civil (arts.24.1 LC, y arts.4.10º y 72.2 LRC) para la persona física, y, por el contrario, en el Registro Mercantil (art.24.2 LC) o en cualesquiera otros Registros resulte procedente (art.24.3º LC) para la persona jurídica. En el caso del llamado empresario individual, éste puede hallarse sujeto a ambos registros (art.87 RRM) potestativamente, salvo si fuera naviero, en cuyo caso es preceptiva la inscripción en el Registro Mercantil.

Adicionalmente a todo lo anterior, la aludida publicidad concursal se extenderá también sobre los propios activos del sujeto concursado y cuando éstos resulten inscribibles registralmente (art.24.4 LC), léase, en esencia, cuando concurren bienes inmuebles titularidad del sujeto concursado. Sobre ello último, de concurrir a su vez un régimen matrimonial de sociedad ganancial respecto de tales activos susceptibles de publicidad registral, deberá notificarse la propia declaración de concurso al cónyuge del concursado (ex art.144 RH) con carácter previo a practicar dicha inscripción registral sobre aquellos bienes comunes a la sociedad ganancial y sujetos al concurso (art.77.2 LC).

Así las cosas, en lo que al presupuesto subjetivo del deudor persona física se refiere, observamos un planteamiento procesal, en principio, alejado de posibles complicaciones: baste para ser declarado en concurso que el deudor persona física tenga personalidad civil, lo cual se adquiere con el nacimiento (art.30 CC), así como que no haya fallecido (art.32 CC) o haya sido declarado fallecido (art.193 CC). No encontramos, pues, diferencias respecto de la capacidad para ser parte (*legitimatío ad processum*) regulada en el art.6.1.1º LEC para las personas físicas; puesto que la terminología de *presupuesto subjetivo* en realidad no hace sino tratar un fenómeno de capacidad para ser parte en el proceso concursal, si bien estrictamente limitada a determinar la aptitud en la posición como sujeto concursado.

Resulta también indistinta la capacidad de obrar o la falta de ella por parte del deudor, al igual que su mayoría o minoría de edad, siendo la solución acudir nuevamente a las normas de resolución civilistas para su representación: padres, tutores u otro tipo de representantes legales admitidos en derecho⁴⁵¹. En el plano procesal, de nuevo, la capacidad procesal de las personas físicas ya viene regulada por los arts. 7.1 y 7.2 LEC.

Si acaso, las mayores complicaciones en estos supuestos -estadísticamente insólitos pero igual de factibles-, relativos al menor de edad o incapaz, se encontrarían a la hora

⁴⁵¹ RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y TORRES, A., y VIGUERA RUBIO, J.M., en AA.VV., *Comentarios a la Ley Concursal, Volumen I*, ed. Tecnos, 2004, pág.2299.

de no olvidar las especialidades propias del correspondiente derecho foral que resulte aplicable⁴⁵², así como alguna particularidad procesal, por ejemplo, para determinar quién se halla legitimado para instar la demanda de concurso voluntario.

A este último respecto, por un lado el art.271.6 CC exige como norma general la previa autorización judicial para que el tutor pueda presentar una demanda en nombre del incapaz total, mientras que en los casos de capacidad incompleta deben concurrir ambas voluntades de curador e incapaz (art.289 CC) o también se precisará dicha autorización judicial (art.290 CC)⁴⁵³. Respecto del menor de edad no emancipado, el deber de instar el concurso correspondería a sus padres o a su tutor ex arts.162 y 222.1º CC, mientras que la capacidad procesal del menor emancipado sí resulta plena (art.323.II CC)⁴⁵⁴. En última instancia, cuando no hubiere persona que legalmente representara o asistiera a tales sujetos -excepción hecha del menor de edad emancipado- para comparecer en juicio, podrá y deberá acudir a las reglas sobre la integración de la capacidad procesal contenidas en el art.8 LEC⁴⁵⁵.

Esta ausencia de conflictos de notable envergadura resulta especialmente meritoria, cuando se compara con algunas polémicas⁴⁵⁶ que todavía sobreviven en torno al presupuesto subjetivo en el concurso de persona jurídica, si bien igualmente muy lejos de aquellas otras anteriormente expuestas dentro del convulso régimen normativo que precede a la LC.

Así pues, a los meros efectos causalistas de la insolvencia, sin que exista diferenciación procesal en su tratamiento, simplemente quedaría por destacar las principales tipologías⁴⁵⁷ subjetivas que pueden darse dentro del concurso de persona física:

⁴⁵² Ejemplo de ello es el derecho foral aragonés, regulado por la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de derecho de la Persona: el menor está sometido a representación legal solamente hasta los catorce años (art.2.3 de la citada Ley). A partir de entonces, únicamente precisa de *asistencia* para aquellos actos de disposición patrimonial. Asimismo, bajo este mismo derecho foral en concreto, los menores de edad que contraigan matrimonio serán considerados directamente mayores de edad (art.1.1 de la precitada Ley).

⁴⁵³ En este sentido, PARRA LUCÁN, M.A., *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, ed. Civitas, 2009, pág.39.

⁴⁵⁴ No siéndole aplicable, en consecuencia, la exigencia de representación complementaria establecida en el art.7.2 LEC, tal y como se recuerda en la Sentencia núm.773/2007, de 24 de septiembre, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11ª (JUR 2007\353984).

⁴⁵⁵ Así lo recuerda la Magistrado-Juez HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Mª M., en AA.VV., *Tratado judicial de la insolvencia*, ed. Aranzadi, 2012.

⁴⁵⁶ A modo de ejemplo, ¿sería posible declarar una sociedad cuyo capital social fuese 100% público, a la vista de las limitaciones que marca el art.1.3 LC? Este supuesto, meramente ilustrativo, se responde afirmativamente al menos para el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Málaga, según su Auto de 13 de abril de 2009 (AC 2009\1005), justificándolo en que debía primar la naturaleza jurídico-privada de la sociedad, que estaba sometida a la normativa societaria.

⁴⁵⁷ Clasificación tomada del Magistrado-Juez SENENT MARTÍNEZ, S., en AA.VV., *Tratado judicial de la insolvencia, Tomo I*, ed. Aranzadi, 2012, págs.738 y ss.

- i. El concurso del empresario individual o profesional. En ambos casos sigue estándose ante una persona física, sólo que ejerce una actividad de esta índole.

En cuanto a la trascendencia actual de esta figura, no hay que olvidar que según el *Retrato de las PYME*⁴⁵⁸, del año 2015, un 50,5% -más de la mitad- de las *empresas* existentes en España lo forman personas físicas (empresarios individuales), es decir, sin haber recurrido a ninguna de las formas societarias posibles.

- ii. El concurso del administrador societario. Se trata del supuesto típico del sujeto que avala personalmente las deudas de la persona jurídica que administra, toda vez que la insolvencia de esta última acaba arrastrándole a su propio concurso.

En consecuencia, pese -aquí sí- a haber recurrido a formas societarias de posible limitación de la responsabilidad, el resultado de insolvencia sobre el sujeto persona física termina siendo el mismo.

- iii. El concurso del consumidor. Escenario éste que, habitualmente, se encuentra ligado al sobreendeudamiento derivado de la adquisición de la vivienda habitual por medio de préstamo hipotecario.

Cabría hablar de una cuarta tipología de concurso enlazada con alguna de las tres causas antes citadas: el coloquialmente denominado *concurso del matrimonio*, esto es, la insolvencia de un cónyuge que arrastra al otro a análoga situación. Todas estas tipologías, insistimos, pertenecen al plano explicativo del origen de la insolvencia y sin efectos sobre el presupuesto subjetivo del proceso concursal.

La misma falta de controversia procesal *ab initio* la encontramos con respecto a los distintos regímenes económico matrimoniales a los que podría estar sujeto el deudor, debiendo estar ante sus efectos especiales sobre el concurso nuevamente en una fase posterior del mismo, una vez declarado éste, principalmente⁴⁵⁹ en cuanto a la composición del inventario de la masa activa y el tratamiento del respectivo régimen económico matrimonial (arts.77 y 82 LC) a cuyo posterior estudio nos remitimos.

1.1 Declaración conjunta y acumulación de concursos (arts.25 a 25.ter LC).

Frente a la interpretación correctora que exigía el hoy derogado art.3.5 LC, tras la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, se consolida de una vez por todas la posibilidad de declaración conjunta de concurso por parte de varios deudores

⁴⁵⁸ Nos referimos al informe denominado *Retrato de las PYME 2015*, emitido por la Subdirección General de Apoyo a la PYME, perteneciente al Ministerio de Industria, Energía y Turismo, disponible en <http://www.ipyme.org/es-ES/AreaEstadisticas/Paginas/informesPYME.aspx>

⁴⁵⁹ ROJO, A., en AA.VV., *Enciclopedia de derecho concursal, Tomo II*, ed. Aranzadi, 2012, pág.2298.

insolventes; fenómeno que, en términos procesales, se traduce en un supuesto de acumulación de pretensiones (art.25) o de procesos (art.25.bis LC), si bien bajo las considerables particularidades que a continuación se detallan.

Sobre toda esta cuestión, se ha considerado oportuno incorporar su tratamiento bajo este subapartado por cuanto va a exigir un doble examen -particularmente- sobre el elemento del presupuesto subjetivo del concurso, ello bajo las especialidades que respecto del mismo regulan los ya citados arts.25 y 25.bis LC.

De una parte, el art.25.1 LC se encarga de señalar una serie de supuestos taxativos en los que se permitirá dicha declaración conjunta de concurso *voluntario*. En la práctica, las declaraciones conjuntas de concurso voluntario más habituales resultan ser aquellas entre sujetos *personalmente responsables de las deudas de una misma persona jurídica* -el socio que avala personalmente las deudas de su sociedad aunque ésta fuera de una naturaleza limitativa de la responsabilidad⁴⁶⁰- así como el concurso de ambos cónyuges. Con mucha menos incidencia, pueden darse también supuestos de declaración de concurso conjunta justificados en la responsabilidad personal sobre sociedades con responsabilidad directa de los socios, véase el clásico supuesto de los socios colectivos (art.127 del C de C de 1885).

Por su parte, el art.25.2 LC hace lo propio respecto de la potestad del acreedor de demandar más de una pretensión de concurso *necesario* acumuladamente, siempre que alternativamente sus deudores fueran cónyuges, o existiera una *confusión de patrimonios* entre tales deudores, o bien formaran parte del mismo grupo -vertical- de sociedades, supuesto este último obviamente ajeno al concurso de la persona física.

La expresión de la cualidad de *acreedor*, contenida en el mismo art.25.2 LC, parece dejar claro que ésta debe reunirse sobre todos los deudores cuya declaración de concurso necesario se pretenda.

Por tanto, si el acreedor instara la demanda de concurso necesario sobre dos sujetos -imaginemos porque sus patrimonios se hallan entremezclados-, pero solamente resultara acreedor de uno de ellos, entonces debería perder la legitimación activa que le confiere el art.3.1 LC respecto del demandado no deudor.

Sin embargo, a favor de una interpretación correctora de la norma legitimadora, por su afamada singularidad es de interés mencionar el Auto núm.49/2007, de 29 de marzo, de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 5^a⁴⁶¹, que en un supuesto de grupo de sociedades permitió la declaración conjunta por parte del acreedor que no ostentaba un crédito contra todas ellas, y ello en aplicación de la ya mentada *doctrina del levantamiento del velo*.

⁴⁶⁰ Vid. *ad exemplum* el supuesto detallado en el Auto núm.162/2014, de 28 de julio, de la Audiencia Provincial de Baleares, Sección 5ª (JUR 2014\227419).

⁴⁶¹ AC 2007\1707.

¿Cabría esta misma interpretación extensiva en supuestos de personas físicas deudores? Sin contar siquiera con la referida doctrina mercantilista del levantamiento del velo como fundamento material o de fondo, ya de por sí excepcional, su admisibilidad se nos antoja un tanto inverosímil.

Finalmente, desde una sistematización sin duda mejorable, en el art.25.3 LC se trata de forma separada la posibilidad de declaración conjunta de una pareja de hecho inscrita, ya sea *a solicitud de los miembros de la pareja o de un acreedor* y siempre que constara la *inequívoca voluntad* de formar un patrimonio común entre dichos sujetos que forman la pareja.

Tal y como apunta MAGDALENO CARMONA ⁴⁶², destaca el probable olvido legislativo que ha tenido lugar sobre los matrimonios legales, a diferencia de la previsión correctamente indicada para las parejas de hecho, pues sólo a estas últimas la LC expresamente les exige para su declaración conjunta de concurso voluntario poder apreciar, *inequívocamente*, la voluntad de los convivientes de formar un patrimonio común.

Es obvio que, hoy en día, no todo matrimonio necesariamente posee un patrimonio común, por lo que la posible presunción -sino olvido- del legislador dista de ser adecuada con los actuales tiempos sociales, en los que el régimen económico matrimonial de separación de bienes parece ser la tendencia. De hecho, en algunos regímenes forales, la falta de capitulaciones matrimoniales se traduce en la aplicación de un régimen de separación de bienes por defecto, como sucedía en el derecho foral valenciano (art.6 LREMV) hasta su declaración de inconstitucionalidad ⁴⁶³ o en el derecho foral catalán (art.231-10.2 del Código Civil de Cataluña).

Un debate que sin duda puede suscitarse, a partir de la ruptura del principio de unidad competencial mediante la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, y el consiguiente art.85.6 LOPJ que atribuye la competencia objetiva de los concursos de persona física no empresario a los juzgados de primera instancia, puede darse precisamente en materia de acumulación inicial (o sobrevenida) de pretensiones de concurso.

Es decir, ¿cabe la declaración conjunta de concursos de persona física, obviamente bajo alguno de los presupuestos del art.25 LC, pero cuando uno de ellos ostentara la cualidad subjetiva de empresario y el otro no?

A nuestro juicio, debe primar una interpretación favorable a dicha declaración conjunta, cuya competencia objetiva debería residir en el juzgado de lo mercantil que ya fuera competente respecto de aquella persona física empresaria, justificada dicha elección en su mayor grado de especialización jurisdiccional. Y en todo caso, no ha de olvidarse que

⁴⁶² MAGDALENO CARMONA, A., en AA.VV., *Tratado práctico del derecho concursal y su reforma*, ed. Tecnos, 2012, pág.144.

⁴⁶³ Sentencia núm.82/2016, de 28 de abril, del Tribunal Constitucional en Pleno (RTC 2016\82).

se trata del mismo orden jurisdiccional (civil), así como porque de lo contrario se estaría vaciando buena parte del contenido del art.25 LC, no siendo ésta la finalidad del legislador al tiempo de desplazar la competencia objetiva de determinados procesos concursales de persona física (ex art.85.6 LOPJ) .

En materia de acumulación sobrevenida de procesos (art.25.bis LC), existe una idéntica frecuencia práctica de supuestos a la ya comentada respecto de la declaración de conjunta de concurso, que en este caso recogen expresamente los arts.25.bis.1.3º y 25.bis.1.5º LC. No obstante, la concurrencia de la propia petición de acumulación de procesos resulta mucho más infrecuente, por cuanto lo habitual será que los demandantes ya petitionen la declaración de concurso conjunta en su demanda. Por su parte, el art.25.bis.2 LC contiene una regla de legitimación subsidiaria de petición de acumulación de procesos a favor de cualquier acreedor, *en defecto de solicitud por cualquiera de los concursados o por la administración concursal*.

Para mayor corrección procedimental, entendemos que dicha subsidiariedad exigirá por el juez del concurso dar previo traslado al sujeto concursado y a la administración concursal para su previo pronunciamiento a los efectos de adherirse a tal petición⁴⁶⁴, salvo que el acreedor expresamente acredite en su *petitum* que ya requirió de forma extrajudicial a tales sujetos, en cuyo caso ello tampoco evitaría -para impedir cualquier indefensión y aunque nada diga el precepto- conferirles un trámite de alegaciones previo a resolver la acumulación.

Asimismo, y ante la falta de mayor precisión sobre el carácter de acreedor que exige el precepto, debe respetarse una noción amplia del mismo que reúna tanto a los acreedores concursales como contra la masa, así como sin necesidad de aguardar a la emisión de la *lista de acreedores* que certifique dicho carácter de acreedor pues ésta -como explicamos más adelante- no tiene carácter constitutivo que la justifique como un requisito de procedibilidad.

En cualquier caso, la declaración conjunta de concurso o la acumulación de éstos, tanto entre personas físicas como jurídicas o de forma mixta, no significa la acumulación de sus respectivos patrimonios y pasivos como norma general (art.25.ter.1 LC) puesto que el concurso siempre será individual respecto de cada uno de los sujetos concursados.

Así, por ejemplo, en su caso existirá un informe de calificación (art.169 LC) por cada sujeto concursado⁴⁶⁵, toda vez que resulta admisible la acumulación entre procesos

⁴⁶⁴ No así por aplicación analógica del art.54.4 LC, pues no estamos realmente ante una pretensión de carácter patrimonial ni el art.25.bis.2 LC (norma especialísima) hace referencia a plazo alguno, lo que demuestra su diferenciación con el citado art.54.4 LC y sin que siquiera resulte justificado su sometimiento a un plazo previo -dos meses- tan prolongado en contraste con la apremiante naturaleza de la acumulación.

⁴⁶⁵ Y por lo tanto, en su caso deberá formularse un escrito de oposición a la calificación culpable por cuantos informes existan. Vid. así Auto de 14 de noviembre de 2016, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª (autos de apelación núm.147/2016).

concursoales voluntarios y necesarios⁴⁶⁶, prueba de su autonomía procesal incluso en el carácter de su declaración. La única excepción a la autonomía sustantiva -que no procesal- entre concursos se encuentra prevista en el art.25.ter.2 LC, pero para su aplicación se exige una confusión de patrimonios entre los sujetos concursados y la imposibilidad de su deslinde -averiguación de su concreta titularidad- sin incurrir en excesivos gastos o tiempo.

Aunque el art.25.ter.2 LC está pensado, presumiblemente ⁴⁶⁷, para supuestos de *levantamiento del velo* de personas jurídicas, su aplicación sobre supuestos de personas físicas concursadas tampoco es aventurado. Piénsese así, por ejemplo, en los supuestos de concurso denominados como *concurso del matrimonio*, donde ni mucho menos es imposible que tenga lugar dicha insuperable confusión patrimonial, especialmente en aquellos regímenes económico matrimoniales -léase sociedad de gananciales- regulados como una comunidad germánica sin cuotas. Incluso sin apartarse de la referida doctrina del levantamiento del velo, no olvidemos que ésta también puede darse entre sociedad y socio, toda vez que el art.25.ter.2 LC en realidad no exige su preceptiva concurrencia sino que genéricamente habla de *confusión patrimonial*.

Una vez más, la Ley Concursal se olvida de establecer un *iter procesal* respecto de la propia petición de *consolidación de masas* que excepcionalmente contempla el art.25.ter.2 LC. Tal y como se apunta en el Auto de 30 de enero de 2014, del Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Madrid⁴⁶⁸, ello nos conduce a tres procedimientos igualmente válidos: la materialización directa por la administración concursal de dicha consolidación mediante el informe de la fase común (art.75 LC); la interposición de un incidente concursal separado (art.192 LC); o la petición conjunta de consolidación dentro de la petición de acumulación de procesos (art.25.bis.2 LC).

Siguiendo con la acertada interpretación que hace la citada resolución, si ya hubiera tenido lugar la emisión del informe de la fase común entonces el único cauce procedimental adecuado resultará la impugnación de dicho informe (art.96 LC) por la realización u omisión de tal *consolidación*, al proyectarse expresamente los efectos del art.25.ter.2 LC sobre dicho informe. Conviene aclarar, asimismo, que dicha vinculación *formal* al informe de la fase común no evita, como igualmente razona el meritado Auto, la consecuencia *material* de que los acreedores formalmente reconocidos puedan -fruto de ello- extender su *expectativa de cobro* sobre los distintos patrimonios consolidados y en función de las normas de pago crediticias concursales (arts.154 y ss. LC).

⁴⁶⁶ Vid. así la publicación en el BOE de 4 de abril de 2011, relativa a la acumulación de concursos necesario (1) y voluntarios (2) acordada por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Valencia, Autos de concurso núm.96/2011.

⁴⁶⁷ Así se afirma en la Sentencia de 28 de junio de 2011, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, reproducida en AA.VV., *Legislación y jurisprudencia concursales*, ed. Aranzadi, 2013, pág.107.

⁴⁶⁸ AC 2014\212.

Finalmente, debe advertirse la imprecisión terminológica procesal con la que la Ley Concursal maneja el concepto de *acumulación*, pues cuanto menos conviene advertir que dicha acumulación de procesos nada tiene que ver⁴⁶⁹ con aquella otra prevista en los arts.74 y ss. LEC y que persigue la unión bajo un solo procedimiento a fin de evitar pronunciamientos contradictorios. A diferencia de ello, la particular acumulación de procesos concursales no elimina la exclusividad procedimental de la que goza cada sujeto concursado, dicho sea de otro modo, la exigencia de que *por cada sujeto concursado debe existir un proceso concursal*. Lo mismo cabe predicar respecto de la declaración conjunta de concursos, que de nuevo dista notablemente de la acumulación de pretensiones regulada en la LEC (arts.71 y ss.).

Como consecuencia de todo ello, debe concluirse que tanto la finalidad de la acumulación concursal, así como la declaración de concurso conjunta *ab initio*, persiguen una función *coordinadora* (art.25.ter.1 LC) distinta y mucho más limitada que las previstas en la LEC para tales figuras de idéntico nombre, y que tampoco se ve alterada incluso de aplicarse el excepcional régimen *consolidador* del art.25.ter.2 LC.

De igual modo, cabe asimismo advertir que pese a todas estas potestades cumulativas de pretensiones o procesos, el concurso de la persona jurídica por sí solo no determinará el de la persona física que, de algún modo -socio, administrador, etc.-, pudiera resultar personalmente responsable de las deudas de aquella, pues obviamente deberá concurrir sobre dicho segundo sujeto el restante presupuesto *objetivo* de la insolvencia (art.2 LC) y que se estudiará a continuación.

2. Presupuesto objetivo.

A diferencia de lo observado en relación con el presupuesto subjetivo del concurso de persona física, el contenido y límites de su presupuesto objetivo no disfrutan del mismo sosiego doctrinal, toda vez que aquí ya no se aprecia diferenciación alguna entre el presupuesto objetivo del concurso de persona física y el de la persona jurídica, resultándole indistinta a la LC una condición u otra.

Si en el epígrafe anterior concluíamos que, inevitablemente, el *presupuesto subjetivo* no deja de estar tratando una cuestión relativa a la *legitimatío ad processum* (capacidad para ser parte y procesal) en el proceso concursal y sobre la concreta posición como sujeto concursado, una vez más cabe preguntarse cuál es la asociación procesal que cabe hacer -esta vez- respecto del término *presupuesto objetivo*. Su atribución como un segundo componente de la *legitimatío ad processum* debe desestimarse, por cuanto el presupuesto objetivo no tiene una relación directa con la capacidad o representación del sujeto concursado, ni tampoco cabe atribuírsele una naturaleza de *legitimatío ad causam*, cuestión que resuelve el art.3 LC mediante los apelativos de concurso *voluntario y necesario*.

⁴⁶⁹ Así se recuerda, entre otras resoluciones, en el Auto de 10 de junio de 2014, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2014\3712).

Antes bien, el presupuesto objetivo constituye una cuestión de fondo sobre la relación material objeto del proceso -la declaración de concurso- y no sobre la posición de los sujetos respecto de la misma. Dicho de otro modo, resuelve la existencia o no del derecho discutido y exige *la comprobación de los elementos fácticos que lo configuran*⁴⁷⁰, no debiendo pues confundirse con un elemento de legitimación que a fin de cuentas resulta *questio iuris* y no *questio facti*.

2.1 Pluralidad de acreedores (art.2.1 LC).

El art.2.1 LC establece que procederá la declaración de concurso en caso de insolvencia del deudor *común*. Es precisamente este último vocablo, a falta de una mención más expresa -ello sea admitido-, al que han venido acogiendo doctrina y jurisprudencia para establecer la *pluralidad de acreedores* como presupuesto objetivo de todo concurso de acreedores.

Realmente, bastaría con que el lector aprecie que la propia expresión de *concurso* ya implica una afluencia o masa plural de sujetos, en este caso de acreedores. De hecho, *conurrencia* -conjunto de personas- es la primera acepción que para *concurso* le confiere nuestra Real Academia Española. El examen etimológico, en fin, no parece dejar hueco donde albergar posibles dudas sobre el elemento de pluralidad.

Superado este primer examen etimológico, desde el punto de vista jurídico-técnico los antecedentes doctrinales ya no auguraban un camino pacífico sobre esta cuestión. Mencionábamos en nuestro recorrido histórico, en torno al ALC 1983, la repentina desaparición del presupuesto de la pluralidad, al menos su referencia expresa.

Sin embargo, en el ámbito temporal de nuestra LC, tales debates parecían ampliamente superados, pues la actual interpretación sobre dicha cuestión no ha hecho sino recoger aquella existente durante la vigencia del conglomerado normativo antecesor de la LC⁴⁷¹. Por todo ello, la coletilla que aparece *in fine* en el art.2.1 LC aludiendo a que el deudor sea *común*, luego repetida en el art.84.1 LC, junto con la propia Exposición de Motivos de la LC -*Exponendo II*, párrafo quinto- que habla de una *conurrencia de acreedores*, y, por último, la alusión indirecta contenida en el art.4 LC y única que expresamente

⁴⁷⁰ Vid. Sentencia núm.481/2000, de 16 de mayo, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (RJ 2003\3110).

⁴⁷¹ El presupuesto de pluralidad de acreedores ya se hallaba asentado de manera continuada en el tiempo con anterioridad a la actual Ley Concursal. Buena prueba de ello son algunas de las siguientes resoluciones de la jurisprudencia menor: Sentencia núm.114/2000, de 2 de marzo, de la Audiencia Provincial de Orense, Sección Única (AC 2000\1141); Auto núm.37/1997, de 18 de marzo, de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 1ª (AC 1997\798); Sentencia de 19 de octubre de 1995, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª (AC 1995\2123); Auto de 10 de septiembre de 1993, de la Audiencia Provincial de Madrid (AC 1993\1674).

Junto a todas ellas, cítese también la conocida Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 9 de enero de 1984 (RJ 1984\342).

habla de *una pluralidad de acreedores*, hacen que más de un autor afirme con rotundidad que el presupuesto de la pluralidad de acreedores *se deduce sin discusión*⁴⁷².

El firme posicionamiento doctrinal a este respecto, en principio, no debería de resultar extraño, puesto que negar el presupuesto de la pluralidad de acreedores supondría vaciar de contenido, sino de sentido, aquellos mecanismos procesales de ejecución singular, de los cuales dispone el acreedor único, así como supondría también desmarcarse de una prolongadísima interpretación que se ha mantenido en el tiempo⁴⁷³, existiendo incluso alguna resolución que ha venido a desestimar la demanda de concurso justificada en un solo acreedor⁴⁷⁴.

Debemos insistir en la idea de que, considerando nuestro ordenamiento jurídico desde una perspectiva global, el acreedor individual ya recibe un tratamiento para el posible ejercicio de sus derechos mediante mecanismos procesales y extraprocesales distintos del concurso. Así, cabe remitirse a la configuración procesal, bondades y carencias que presenta la institución de la ejecución singular judicial (art.517 y ss. LEC) y extrajudicial hipotecaria (art.129 LH), habiendo sido introducido además un -todavía-novedoso procedimiento de reclamación extrajudicial de deudas por la vía notarial con carácter ejecutivo (art.71.3.II LN).

Antes bien, es suficiente con reflexionar sobre qué posible y legítimo beneficio aportaría al deudor o al acreedor individual soportar el largo y costoso recorrido procesal del concurso -con su graduación de créditos pensada para conciliar la naturaleza de los distintos derechos de los acreedores, el nombramiento de una administración concursal, una posible liquidación ordenada del patrimonio, etc.-, si no es porque existe una masa pasiva plural que exija dicha especial reordenación así como un tratamiento uniforme sobre el patrimonio del deudor.

Por el contrario, será mucho más beneficioso para dicho acreedor singular articular el citado mecanismo de la ejecución singular, o bien transar un acuerdo con su deudor ex art.1809 CC, toda vez que algunos de los principios inspiradores del concurso -la

⁴⁷² Así se pronuncia el Magistrado-Juez SELLER ROCA DE TOGORES, L., en AA.VV., *Tratado práctico del derecho concursal y su reforma*, ed. Tecnos, 2012, pág.70.

⁴⁷³ Sentencia núm.73/2013, de 18 de febrero, de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4ª (JUR 2013\137520); Sentencia núm.48/2013, de 7 de febrero, de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª (JUR 2013\155306); Sentencia núm.25/2013, de 22 de enero, de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3ª (JUR 2013\150785); Sentencia de 11 de septiembre de 2013, del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Vigo (AC 2013\1676); más recientemente, vid. Sentencia núm.124/2015, de 24 de marzo, de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5ª (JUR 2015\173637).

⁴⁷⁴ Auto de 16 de diciembre de 2009, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª (JUR 2010\116882).

mismísima *par conditio creditorum*⁴⁷⁵ (art.49 LC) sencillamente carecerían de sentido ante un solo acreedor en la parte del pasivo.

Pues bien, pese a la aparente clarividencia de lo expuesto, así como el entendimiento uniforme por parte de doctrina y jurisprudencia, durante cuatro largos años (de 2012 a 2016) la DGRN optó por sostener una posición contraria a todos los demás agentes jurídicos, al afirmar que una sociedad con un solo acreedor sí puede ser declarada en concurso.

Por la trascendencia y su posible extrapolación, *mutatis mutandis*, al ámbito de la persona física, nos hemos permitido traer a colación los argumentos esgrimidos por la DGRN, al margen de que -además- existen ciertas personas físicas de inscripción potestativa o incluso preceptiva en el Registro Mercantil⁴⁷⁶. Todo ello sin olvidar, naturalmente, que las resoluciones de la DGRN no son susceptibles de entrar en el concepto de jurisprudencia que regula el art.1.6 CC, según ha tenido a bien recordar la Sentencia núm.770/2014, de 12 de enero, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1^a⁴⁷⁷, lo cual no impide reconocer su respetable valor y autoridad jurídica.

Así pues, en primer lugar, debemos tomar como punto de partida la Resolución de la DGRN de 29 de abril de 2011⁴⁷⁸, que apoyaba el criterio de la pluralidad de acreedores como presupuesto para la apertura de un proceso concursal. El criterio expuesto por la DGRN, en líneas generales, no venía sino a coincidir con la señalada postura compartida por doctrina y jurisprudencia.

La falta de distancia en el tiempo con la citada Resolución hace que sorprenda especialmente que, apenas poco más de un año después de la misma, mediante su Resolución de 2 de julio de 2012⁴⁷⁹, la DGRN decidiera revolucionar el ámbito registral societario afirmando justamente lo contrario.

Insistimos en que, pese a no ser la persona física insolvente objeto de la citada resolución de la DGRN, el referido principio de unidad procedimental que acompaña a la Ley Concursal (a salvo de lo dispuesto en el art.85.6 LOPJ) nos obliga, al menos, a plantearnos la razonabilidad de los motivos aducidos por la DGRN.

⁴⁷⁵ Repárese que dicho principio viene a sustituir el de *prior in tempore, potior in iure*, que da fundamento al proceso de ejecución singular, en favor de una ejecución universal y uniforme sobre el patrimonio del deudor y para todos sus acreedores.

Así lo recuerda DOMÍNGUEZ CABRERA, M.P., “La posición jurídica del consumidor insolvente”, Anuario de Derecho Concursal, ed. Civitas, núm.25/2012.

⁴⁷⁶ Vid art.19 del C de C de 1885 y, respecto del *emprendedor de responsabilidad limitada*, vid. art.9 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

⁴⁷⁷ RJ 2015\437.

⁴⁷⁸ Publicada en el BOE de 23 de mayo de 2011.

⁴⁷⁹ Publicada en el BOE de 18 de septiembre de 2012.

Partiendo de los antecedentes fácticos que dieron lugar a la precitada Resolución, la misma tiene su origen en la denegación, por parte del registrador, de la inscripción de extinción de una sociedad y cancelación de su hoja registral, por resultar que ésta contaba con un solo acreedor -debidamente identificado y con un pasivo considerable-, cuyo crédito no había podido ser satisfecho. La sociedad solicitante, por su parte, ya argumentaba en su solicitud la inexistencia de una masa activa que permitiese satisfacer o reducir la deuda del acreedor en cuestión, toda vez que no se contaba con ningún otro acreedor que le permitiera instar una demanda de concurso voluntario.

No vamos a reproducir la normativa societaria que también utilizó la DGRN para fundamentar su decisión, siendo que ya existe algún estudio doctrinal sobre toda esta cuestión y que también califica de *sorprendente*, así como de *muy desafortunada*, dicha resolución⁴⁸⁰. Nos interesa, más bien, la fundamentación concursalista que la DGRN hace sobre la idoneidad del proceso concursal ante la concurrencia de un solo acreedor, que sí podría ser extrapolable al ámbito del concurso de persona física.

Así pues, en lo que aquí nos atañe, la DGRN argumentó que el art.2 LC se limita a exigir la insolvencia como presupuesto objetivo, toda vez que el proceso concursal es el adecuado para delimitar las responsabilidades del deudor; citando, a tal fin, los arts. 40, 48 ter, 71 o 163 LC, relativos a la intervención de facultades, el embargo de bienes, las acciones de reintegración y la calificación concursal. Asimismo, la DGRN también añadía argumentos de otra índole, dígase menos técnica, tales como que no es admisible que un concurso de acreedores sea factible con una masa pasiva de 100 euros, aunque la formen dos acreedores, y no lo sea otro sobre un solo acreedor con un crédito muy superior.

Finalmente, la DGRN incluso llegó a afirmar, aun siendo consciente de todas las referencias que apuntan a la necesaria concurrencia de una pluralidad de acreedores -comenzando por el propio nombre del proceso, *concurso*, y su delimitación con las ejecuciones singulares-, que en ningún momento cabe presumir la existencia de una pluralidad de acreedores, y ello amparándose en los arts.1, 2.4, 7 y 15 LC, aduciendo así que *existen otra serie de normas en nuestra LC, fundamentalmente las relativas al concurso necesario, en las que no se parte de la existencia de una pluralidad de acreedores*.

Esta novedosa interpretación se vio reforzada mediante la posterior resolución de la DGRN, de 4 de octubre de 2012⁴⁸¹, que se limitó a confirmar este cambio de criterio, reconociendo incluso ser consciente de la interpretación mayoritaria al respecto del

⁴⁸⁰ Siendo de especial interés el análisis que hace el Magistrado-Juez GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., "La pluralidad de acreedores en el concurso, según la DGRN", Revista Aranzadi Doctrinal, ed. Aranzadi, núm.10/2013.

⁴⁸¹ Publicada en el BOE de 2 de noviembre de 2012.

presupuesto de la pluralidad de acreedores, incluyendo su propia y por entonces todavía reciente Resolución de 29 de abril de 2011⁴⁸².

De ambas Resoluciones de 2 de julio y 4 de octubre, de 2012, de la DGRN, se interpretaba el proceso concursal como más garantista para el acreedor, tanto por los mecanismos procesales que ofrece así como para *depurar responsabilidades* del deudor. Sin embargo, respetuosamente ignoramos tales acicates, también en el ámbito del deudor persona física. De hecho, incluso se nos ocurre que el clásico principio de responsabilidad patrimonial universal del art.1911 CC ya no se vería sujeto a las limitaciones de responsabilidad del vigente art.178.bis LC, cuestión ésta que se desarrollará más adelante, y que en todo caso apunta a un marco concursal más favorable hacia el deudor que en aquel otro escenario extraconcursal.

En definitiva, por su claridad, queremos compartir la reflexión realizada por el Magistrado-Juez GONZÁLEZ NAVARRO, quien advierte -en su artículo antes citado- que *adelantar las barreras concursales, hasta el extremo de adentrarse en el territorio de la ejecución singular, es un error de política legislativa que en este caso nuestro legislador no ha cometido*.

El punto final de todo este -evitable- conflicto provocado por la DGRN lo encontramos en su Resolución de 22 de agosto de 2016⁴⁸³, mediante la cual cuatro años después regresa a su doctrina preexistente en su Resolución de 29 de abril de 2011, antes citada, reconociendo así que no existía norma alguna que amparase su polémica doctrina negatoria del presupuesto de la pluralidad de acreedores en un proceso concursal.

Como punto final a toda esta cuestión, es de interés destacar el planteamiento sugerido por algunos autores que entienden la pluralidad de acreedores no ya como un presupuesto objetivo, sino subjetivo⁴⁸⁴ e *implícito*⁴⁸⁵ en el concurso.

Por último, toda esta configuración híbrida o de perfiles poco definidos, relativa al presupuesto de la pluralidad de acreedores, no exime de su concurrencia también en el ámbito procesal de la demanda de concurso necesario.

En efecto, aunque aquí el demandante -acreedor- no está explícitamente obligado a alegar la existencia de una pluralidad de acreedores, sin embargo, de la documentación (art.2.4 LC) que funde su demanda sí deberá desprenderse -al menos indiciariamente- dicha pluralidad. En la práctica, lo habitual será que dicho acreedor, probablemente al

⁴⁸² Publicada en el BOE de 23 de mayo de 2011.

⁴⁸³ Publicada en el BOE de 23 de septiembre de 2016.

⁴⁸⁴ Concretamente, el Magistrado-Juez RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., “El «otro» presupuesto subjetivo del concurso: la pluralidad de acreedores”, Repertorio de Jurisprudencia, ed. Aranzadi, núm.31/2004.

Quien en cualquier caso, huelga decir, no se plantea su exclusión como presupuesto.

⁴⁸⁵ ETXARANDIO HERRERA, E.J., *Manual de Derecho Concursal*, ed. La Ley, 2009, pág.148.

mismo tiempo de experimentar la frustración de la ejecución singular instada por su parte, tenga sobrado conocimiento de la existencia de otros acreedores -anotaciones de embargos, garantías reales, etc.-, mediante el conocido mecanismo de averiguación judicial de patrimonio previsto en el art.590 LEC y sus homólogos en otros órdenes jurisdiccionales.

2.2 La insolvencia del deudor persona física (arts.2.2 y 2.3 LC)

Aunque hemos finalizado el punto anterior mencionando el interesante replanteamiento doctrinal sobre la naturaleza -objetiva o subjetiva- del presupuesto de la pluralidad de acreedores, lo cierto es que en puridad la Ley Concursal opta por un único presupuesto objetivo: la insolvencia del deudor.

De ello no sólo da cuenta el art.2 LC, sino también una interpretación del articulado de la LC en su conjunto, pudiendo citar algunas de sus normas procedimentales como el art.14.1 LC -el deudor únicamente debe acreditar *la insolvencia alegada*- o el art.18.2 LC -permitiendo la oposición del deudor justificada en que no se encuentra en estado de insolvencia- como acreditativas de dicho presupuesto único. Todas estas alusiones a un mismo término hacen que debamos preguntarnos, a continuación, cuáles son las líneas definidoras de este aludido concepto de *insolvencia* como presupuesto objetivo del concurso, y, por ello, de una trascendencia singular. Sobre dicha trascendencia, BELTRÁN SÁNCHEZ⁴⁸⁶ recordaba con insistencia la necesidad de limitar con precisión el presupuesto objetivo del concurso para -sólo así- poder conocer con nitidez cuál debía ser -nada menos- que la función del mismo.

En la evolución histórica, aquí recogida, ya se nos ha revelado la abstracta y subjetiva interpretación que puede hacerse del concepto legal de insolvencia. Por ello, lo más prudente parece que debe ser atenerse a la interpretación jurídica más contemporánea del término, dado que el carácter abierto de éste nos impide una absolutización de su verdadero significado; significado que, además, inevitablemente se hallará sujeto a la función teleológica del derecho concursal de cada tiempo concreto.

Así pues, se puede comenzar afirmando que en la LC aparecen no uno, sino dos preceptos, sobre los cuales el legislador insinúa sus intenciones definitivas sobre el concepto de insolvencia.

En concreto, se trataría de los arts.2.2 y 2.3 LC, que al menos se ha tenido a bien ubicar seguidamente. La insolvencia predeterminada en el art.2.2 LC se configura por la simple situación *de facto* en la *irregularidad* para con las obligaciones vencidas,

⁴⁸⁶ BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones, el estado de insolvencia y la función del concurso”, Anuario de Derecho Concursal, ed. Civitas, núm.11/2007.

resultando indistinta la causa⁴⁸⁷ que motive dicha irregularidad, así como resultando igualmente irrelevante la existencia de un activo superior o no al pasivo. En definitiva, se abandona así la histórica noción o exigencia del desbalance⁴⁸⁸, antes patente en el derogado art.1913 CC, siendo incluso irrelevante que se hubiera producido un cumplimiento parcial o demorado en el tiempo de dichas obligaciones, por cuanto como señala reiteradamente la jurisprudencia *la clave de la cuestión se sitúa en el término regularmente*⁴⁸⁹.

Esta acentuada concentración en el requisito de la regularidad, sin duda nos invita a su previo entendimiento, para así poder concebir adecuadamente los parámetros de la insolvencia en términos concursales. De especial interés resulta así el Auto de 8 de septiembre de 2008, del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid⁴⁹⁰, que nos ilustra un supuesto práctico de irregularidad cuando el deudor, para cumplir con sus obligaciones, ha tenido que someterse a un endeudamiento excesivo para poder atenderlas, o bien ha tenido que enajenar una parte considerable de su masa activa.

Es decir, que incluso aun no incurriendo en mora, tal deudor no estaría cumpliendo sus obligaciones con la pretendida regularidad, por cuanto su realización se ha llevado a cabo dentro de un escenario de anormalidad ajena a los medios corrientes de mercado, bien por acudir a condiciones de financiación extraordinarias, bien por tener que disminuir su patrimonio drásticamente.

Nos encontramos pues, en definitiva, ante el fenómeno de tener que distinguir entre tres hipotéticos escenarios, igual de válidos para la LC:

⁴⁸⁷ La doctrina ha destacado la no taxatividad en el *hecho externo* que pudiera haber provocado la insolvencia, a diferencia de lo que ocurre en el concurso necesario, donde debe estarse al art.2.4 LC.

ROJO, A., en AA.VV., *Comentario de la Ley Concursal, Tomo I*, ed. Civitas, 2008, pág.170.

⁴⁸⁸ Sentencia núm.389/2013, de 22 de octubre, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª (JUR 2013\1960); Auto núm.13/2012, de 20 de enero, de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5ª (AC 2012\1472); Sentencia núm.115/2012, de 13 de marzo, de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 8ª (JUR 2012\216899). Asimismo, por su elogiada claridad, citamos un extracto de la Sentencia núm.138/2012, de 7 de mayo, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª (AC 2012\1296):

“El presupuesto objetivo del concurso recae sobre el estado de insolvencia, en el que se encuentra el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. El incumplimiento puede deberse a diversas causas. Sin embargo, la insolvencia no puede identificarse con una situación de desbalance contable. El activo del deudor puede ser inferior al pasivo y pese a ello puede seguir siendo capaz de cumplir con sus obligaciones acudiendo al crédito o mediante actualización de balances en atención al principio contable de imagen fiel si hay activos minusvalorados. A su vez el activo puede ser superior al pasivo y determinar una situación de incumplimiento de las obligaciones por resultar el activo liquidable a muy largo plazo, al margen de que el pago que se efectúe con el activo deba provenir de medios regulares.”

⁴⁸⁹ Sentencia núm.55/2008, de 10 de marzo, de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1ª (JUR 2008\227040). En este mismo sentido, también es de interés la Sentencia núm.445/2013, de 21 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 1ª (JUR 2014\2542).

⁴⁹⁰ JUR 2009\135724.

LA INSOLVENCIA DE LA PERSONA FÍSICA:
SU TRATAMIENTO DESDE UNA PERSPECTIVA JURISDICCIONAL

- i. El primero de ellos, el de la insuficiencia patrimonial -activo menor que pasivo- que además encaja con la nítida conceptualización del *desbalance*.
- ii. Subiendo en grado de dificultad conceptual, puede suceder que el deudor cuente con un activo mayor que su pasivo, pero que dicho patrimonio resultara ilíquido en un plazo de tiempo razonable, entrando así en juego la referida norma de la iliquidez y siendo ésta suficientemente reveladora de la situación de insolvencia.
- iii. Finalmente, para mayor flexibilidad, también puede concurrir la insolvencia sobre el deudor que tenga un activo superior a su pasivo, y que además aquel resulte líquido a corto plazo, pero que dicha liquidez y por ende el posterior cumplimiento de sus obligaciones sólo se haya podido obtener mediante medios atípicos a sus condiciones ordinarias de financiación, incumpliendo así la referida regla última de la *regularidad*.

En definitiva, no hay necesidad siquiera de incurrir en los dos escenarios (i) y (ii) anteriores, patrimonialmente más precarios, como para que se active el presupuesto de la insolvencia.

Esta última situación suele parecer más imaginable en el caso de una persona jurídica, pensemos así, en que ésta enajenase aquellos bienes muebles o inmuebles inherentes a su actividad empresarial para poder cumplir con sus obligaciones, lo que es claro ejemplo de irregularidad, pues de este modo dejaría de poder atender a su objeto social.

Sin embargo, ¿podría ello ser trasladable al campo del deudor persona física? No parece que presente mayores problemas entender, verbigracia, que la enajenación de la vivienda habitual de una persona física también constituiría un supuesto de irregularidad⁴⁹¹. Cuestión al margen sería si dicha enajenación logra la total desaparición de la masa de acreedores, y, en consecuencia, del propio presupuesto de insolvencia.

Fijando ahora nuestra atención en el segundo concepto de insolvencia, que se contiene en el art.2.3 LC -*insolvencia inminente*-, la jurisprudencia ha confirmado la extensión -bajo este precepto- del concepto concursal de insolvencia cuando la dejación del deudor, en el cumplimiento de sus obligaciones, tenga lugar no ya solo *regularmente*, sino *también puntualmente*, concluyéndose asimismo que será *la iliquidez el factor determinante de la situación concursal*⁴⁹². Ahora bien, aquí lo *determinante* no será un

⁴⁹¹ En este sentido, vid. Auto de 8 de mayo de 2006, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Santander (AC 2006\1218).

⁴⁹² En este sentido, se pronuncian expresamente las siguientes resoluciones: Sentencia núm.208/2013, de 2 de mayo, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª (JUR 2013\206803); Sentencia núm.131/2008, de 19 de septiembre, de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 3ª (JUR 2009\41195); Auto núm.250/2010, de 25 de octubre, de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 4ª (JUR 2011\253132); Auto núm.137/2010, de 23 de abril, del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid (JUR 2011\55055).

momento de iliquidez, sino que tiene que tratarse de un verdadero *estado* de iliquidez, entendiéndose como tal aquel que persista durante un periodo de tiempo mínimamente sustancial, lo que tendrá que valorarse casuísticamente⁴⁹³.

Junto con esta interpretación tradicional del incierto concepto de *preinsolvencia* como un estado de iliquidez, el Magistrado-Juez GONZÁLEZ NAVARRO, analizando esta misma dificultad de encontrar una definición general⁴⁹⁴, sugiere tomar las pautas de determinada normativa paraconcursal⁴⁹⁵ para encontrar un concepto definidor de la preinsolvencia; pautas evidentemente más difíciles de extrapolar en los supuestos de preinsolvencia de personas físicas, pero en todo caso de interesante comparativa.

En cualquier caso, el principio de unidad de la LC evita que se prevea una tramitación *ad hoc* para este segundo tipo de insolvencia; declarado el concurso, el proceso se desarrollará del mismo modo que aquel previsto para la insolvencia conceptuada en el art.2.2 LC.

No podemos olvidar que el presupuesto del art.2.3 LC está exclusiva y excluyentemente limitado a la demanda voluntaria de concurso, por lo que el acreedor instante de un concurso necesario no parece que pueda gozar de la ampliación al presupuesto de *insolvencia inminente*, ni tampoco parece que así debiera ser, aun por razones de puro orden social y económico. Resultaría potencialmente malicioso, así como excesivo, adelantar el castigo social y riesgos del concurso necesario a los estados de pre-insolvencia, siendo además que si ello bastare como fundamento para su declaración se estaría prescindiendo de un juicio global mínimamente acreditativo por parte del acreedor instante, que en cambio el deudor sí será capaz de realizar sobre su propia situación patrimonial y los posibles desencadenantes futuros que culminen en un verdadero estado de insolvencia.

Por todo ello, resulta acertada la eliminación parlamentaria⁴⁹⁶ del término *puntualmente* del art.2.2 LC, así como la reconducción del concurso necesario a las presunciones *iuris tantum* que prevé el art.2.4 LC, siendo que éstas implícitamente implican una falta de regularidad pero no de puntualidad, y, por tanto, impiden la admisibilidad de una situación de insolvencia inminente como presupuesto del concurso necesario.

⁴⁹³ Para ello será aconsejable valorar las presunciones de insolvencia determinadas por el legislador mediante el art.2.4.4º LC, como criterio orientativo.

⁴⁹⁴ GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., “El presupuesto objetivo en la pre-insolvencia”, Revista Aranzadi Doctrinal, ed. Aranzadi, núm.2/2013.

Lo que a su vez califica de mejor solución: y es que tratar de fijar una línea exacta que gradúe la preinsolvencia y la insolvencia, como una especie de “fórmula matemática”, sería una aspiración imposible de casar con cada caso particular y su imprevisible evolución hacia un estado u otro.

⁴⁹⁵ En concreto, el art.39 del Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados.

⁴⁹⁶ El texto aprobado por el Senado suprimió en última instancia el adverbio “puntualmente” del art.2.2 LC, vid. BOCG de 17 de junio de 2003.

La inclusión del concepto de *insolvencia inminente*, en el ámbito del art.2.3 LC, invita a pensar que dicha previsión tal vez venía a suplir la deficiente falta de una institución preconcursal en la LC, concepto que fue positivizado con notable posterioridad (año 2009) a su promulgación: primero con la creación del art.5.3 LC y la Disposición Adicional Cuarta de la LC, después mediante el art.5.bis LC bajo una mayor regulación, y finalmente mediante el incierto Título X de la LC regulador del *acuerdo extrajudicial de pagos*.

Este espíritu *preventivo* e incluso en ocasiones -como se explica en el Capítulo Cuarto-*sustitutivo* del concurso, más acentuado con cada sucesiva reforma de la LC, tiene un objetivo eminentemente utilitarista. En efecto, el legislador no persigue otra cosa que conceder al deudor la posibilidad de contar con un mayor margen de tiempo para poder resolver su estado de *preinsolvencia*. De este mismo espíritu participa el art.2.3 LC, aunque no sea para *prevenir* ni *sustituir* el proceso concursal sino para *anticipar* el mismo lo máximo razonable. Las facilidades que pone el legislador permiten al deudor demandar su concurso incluso aunque su insolvencia no sea en realidad inminente, *stricto sensu*, sino simplemente con la constancia del *riesgo* o *amenaza* en devenir insolvente, pudiendo elegir con gran ámbito de libertad las causas *de facto* que amparen su demanda de concurso⁴⁹⁷.

La anticipación del concurso voluntario al presupuesto de la insolvencia inminente también se presenta como una opción beneficiosa para los acreedores del deudor, aunque sólo sea porque dicha *preinsolvencia* implica que el deudor va a ser declarado en concurso con un mayor margen de maniobra para revertir su situación, a lo que debe sumarse la aparición de un órgano -la administración concursal- supervisor y controlador de su patrimonio (arts.40, 43 y 44 LC) para tranquilidad de tales acreedores. A la postre, se trata de poder aplicar la misma técnica utilizada por las personas jurídicas, muy arraigada en el ámbito anglosajón, y que consiste en detectar a tiempo las *weak signals* y *discontinuities* del deudor, antes de que aparezcan *strong signals* que incrementen la situación de *financial distress*⁴⁹⁸.

En definitiva, la innegable capacidad de anticipación⁴⁹⁹ que conlleva la admisibilidad de una insolvencia *inminente* para la declaración de concurso voluntario, denota la intención del legislador de que se utilice la LC como una herramienta de

⁴⁹⁷ PALAO UCEDA, J., *La insolvencia inminente y el sistema concursal preventivo*, ed. Bosch, 2013, pág.82.

⁴⁹⁸ Esta aspiración es una propuesta que se hace desde el plano teórico. La realidad general del deudor persona física, en estado de preinsolvencia, es que no cuente con la mentalidad social, tiempo o los recursos cognitivos y económicos necesarios para todas estas especulaciones, aunque sin duda le permitirían adoptar una conducta minuciosamente preventiva que le evitara una futura *insolvencia plena*.

⁴⁹⁹ Anticipación que en ningún caso conlleva un *deber* de solicitar el concurso, según preceptúa el art.5 LC, pues recordemos que el deudor no ha llegado a ser insolvente y por tanto no estaría incumpliendo obligación alguna si por el contrario decidiese no solicitar su concurso.

En este sentido, vid. Sentencia núm.492/2011, de 6 de julio, de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4ª (JUR 2012\174628).

reestructuración patrimonial⁵⁰⁰, si bien su uso adecuado exige una cierta objetivación de aquel hecho futuro y cuasi-certero que provocará la insolvencia. Como pretender objetivar un hecho tan subjetivo es harto complejo desde la teoría, afortunadamente esta cuestión se reduce en la práctica a un juicio básico por parte del juez del concurso sobre los preceptivos *inventario* y *lista de acreedores*, ex arts.6.2.3º y 6.2.4º LC, que forman parte de la documentación que debe aportarse junto con cualquier demanda de concurso voluntario.

Por recapitular, hemos podido distinguir cómo el propio dictado de la LC configura dos tipos de insolvencia para su presupuesto objetivo: aquella que puede llamarse genérica (art.2.2 LC) y otra inminente (art.2.3 LC) de tipo más bien preventivo, esta última solamente admisible en caso de demanda de concurso voluntario. Pues bien, a estas dos distinciones legislativas habría que sumar, finalmente, una tercera que la doctrina acuña como *insolvencia cualificada*⁵⁰¹.

El presupuesto de dicha insolvencia cualificada se asienta sobre cualquiera de los llamados *hechos externos* que relaciona el art.2.4 LC, es decir, sobre la demanda de concurso instada por el acreedor -concurso necesario-, por lo que el estudio de este tipo de insolvencia se expondrá en un posterior epígrafe de este Capítulo dedicado a dicha figura. Cuestión distinta es que, evidentemente, el propio deudor pueda hacer uso -como título acreditativo de su insolvencia- de esos mismos supuestos que de forma taxativa enumera el citado art.2.4 LC para la estimación de la demanda de concurso necesario.

2.3 Concursos sin masa (art.176.bis LC).

Resulta imprescindible hacer mención a lo que algunos autores denominan el *presupuesto del presupuesto*⁵⁰², subrayando así el conflicto patente a la hora de resolver aquellos supuestos en los que, el pretendido deudor concursado, no ostente un patrimonio mínimo con el que poder afrontar siquiera la apertura -sus previsibles gastos⁵⁰³ - del propio proceso concursal, creando así un paradójico *concurso del concurso*⁵⁰⁴.

⁵⁰⁰ La opción por la utilización del derecho concursal como herramienta preventiva proviene del derecho concursal alemán (*Zahlungsunfähigkeit*).

PULGAR EZQUERRA, J., en AA.VV., *Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la Reforma Concursal*, ed. Dilex, 2003, pág.71.

⁵⁰¹ ROJO, A., en AA.VV., *Enciclopedia de derecho Concursal, Tomo II*, ed. Aranzadi, 2012, pág.1812.

Utilizando dicho mismo término acuñado, vid. Auto núm.252/2010, de 19 de octubre del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Las Palmas de Gran Canaria (AC 2010\1801), o el Auto de 5 de mayo de 2009, del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid (AC 2009\1053).

⁵⁰² ETXARANDIO HERRERA, E.J., *Manual de Derecho Concursal*, ed. La Ley, 2009, págs.110 y ss.

⁵⁰³ Piénsese en las inscripciones a las que se refiere el art.24 LC, de cara a la publicidad del concurso, con la salvedad de la gratuidad en la publicación del auto de declaración de concurso en el BOE, ex art.23.1 LC, y sobre todo la retribución plenamente previsible de la administración concursal, así como las relativas a la representación legal (procurador) y dirección letrada (abogado) del sujeto concursado.

Sobre dicha inevitable realidad fáctica se colige, en esencia, que el llamado *presupuesto del presupuesto* del concurso se traduce en la simple pero necesaria exigencia de una *masa patrimonial suficiente* que -presumiblemente- pueda abonar la totalidad de los créditos contra la masa devengables, incluso aunque luego no quedara remanente alguno para satisfacer los restantes créditos de tipo concursal. Esta última hipótesis extrema, aunque ni mucho menos inimaginable, provocaría dos circunstancias contradictorias: la frustración del concurso sería plena al no haberse satisfecho ningún crédito de la *masa pasiva*, y, sin embargo, *stricto sensu*, se habría cumplido al mismo tiempo con este presupuesto de la suficiencia patrimonial y que haría inaplicable el art.176.bis LC *ab initio* o bien de forma sobrevenida durante el proceso.

Como punto de partida de este presupuesto *implícito* del concurso, conviene recordar las dos principales posturas extendidas en la práctica jurisprudencial con anterioridad a la reforma concursal operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre:

- i. La que optaba por la inadmisión del concurso sin masa activa⁵⁰⁵, aun sin previsión expresa procesal que así lo contemplara, justificándolo en una suerte de analogía por aparecer recogido como causa de conclusión, ex art.176.1.4º LC -en su redacción anterior a la predicha reforma-.
- ii. Aquella otra⁵⁰⁶ que se decantaba por la admisión a trámite de la demanda, siéndole la cuestión de la masa activa indistinta por no resultar ello presupuesto objetivo del concurso, sin perjuicio de su posterior conclusión con base en el citado art.176.1.4º LC.

Lo cual parecía la posición procesal más correcta, aunque también se ha de admitir que conducía a situaciones en la práctica absurdas o alejadas de la utilidad del concurso, en favor de una cierta rigidez procesal.

Esta dicotomía se vio zanjada tras la creación del art.176.bis LC mediante la citada reforma del año 2011, en cuya redacción originaria (art.176.bis.4 LC) se preveía la siguiente solución frente a tal insuficiencia patrimonial y consiguiente incumplimiento del referido *presupuesto del presupuesto*:

⁵⁰⁴ Recoge dicho término el Magistrado-Juez GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., “Los honorarios de la administración concursal en caso de conclusión anticipada por insuficiencia de masa”, Revista Aranzadi Doctrinal, ed. Aranzadi, núm.4/2013.

⁵⁰⁵ A modo de ejemplo, vid. Auto núm.155/2009, de 23 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Salamanca, Sección 1ª (JUR 2010\83886).

⁵⁰⁶ Por ser su mayor exponente, vid. Auto núm.55/2007, de 22 de febrero, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª (JUR 2007\244838).

“También podrá acordarse la conclusión por insuficiencia de masa en el mismo auto de declaración de concurso cuando el juez aprecie de manera evidente que el patrimonio del concursado no será presumiblemente suficiente para la satisfacción de los previsibles créditos contra la masa del procedimiento ni es previsible el ejercicio de acción de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros.”

Nos encontramos ante una tardía aunque acertada solución inicial adoptada por el legislador, sin duda a la luz de las reseñadas divergencias jurisprudenciales y también la crítica doctrinal⁵⁰⁷ ya existente, habiéndose aprovechado así la referida reforma del año 2011 para encajar procesalmente esta potestad del juez del concurso.

De este modo, el juez del concurso queda desde entonces facultado -y obligado- a valorar la aplicabilidad del art.176.bis.4 LC en función de la prueba documental (art.6 LC) aportada con la demanda de concurso voluntario. De este modo, terminaban por imponerse los llamados criterios de *economía procesal* o sobre el *sentido funcional del concurso*⁵⁰⁸, en favor de viabilizar una inmediata desjudicialización de este tipo de deudor cuyo concurso sólo podía desembocar en un previsible y absoluto fracaso: la mentada imposibilidad de abonar un solo crédito concursal.

Aunque de su estudio ya nos ocupamos mediante su epígrafe concreto, por aclaración conviene resaltar brevemente que la insuficiencia de la masa activa para poder satisfacer siquiera todos los créditos contra la masa es un fenómeno que no solamente puede darse *ab initio* (art.176.bis.4 LC), sino que puede aparecer en cualquier fase del proceso concursal (art.176.bis.2 LC) desde su declaración y en adelante, estando la administración concursal obligada a incoar el sumario procedimiento concentradamente previsto en dicho art.176.bis LC y *sustitutivo* de la tramitación procedimental ordinaria o abreviada del concurso.

Puede afirmarse, por tanto, que el presupuesto objetivo de la suficiencia de masa o *presupuesto del presupuesto* está sometido a una valoración no solamente al tiempo de estimar la pretensión de concurso, sino -muy atípicamente- también durante toda la vida procesal del mismo y con consecuencias directas sobre su tramitación procedimental, a

⁵⁰⁷ Se calificó de *grave olvido* del legislador no haber establecido este *presupuesto del presupuesto* incluso como habilitante de la propia apertura del concurso, como así sucede en otros ordenamientos, tales como en el derecho concursal alemán (*die Abweisung des Insolvenzantrages mangels Masse*, art.26 de su Ley Concursal o *Insolvenzordnung*, de 5 de octubre de 1994).

Así lo afirma el Magistrado-Juez VILATA MENADAS, S., *Elementos de derecho concursal*, ed. Tirant lo Blanch, 2011, pág.42.

⁵⁰⁸ Sobre el criterio de economía procesal se pronuncia, en un supuesto de concurso de persona física, la Sentencia de 24 de enero de 2012, de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 4ª, recogida en AA.VV., *Legislación y jurisprudencia concursales*, ed. Aranzadi, 2013, pág.485.

En cuanto a los motivos que llevan a hablar del sentido funcional o finalista del concurso, son de recomendada lectura la Sentencia de 3 de enero de 2012, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Alicante, o la Sentencia de 19 de enero de 2012, del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Pontevedra, ambas recogidas en *Op.cit*, pág.486.

diferencia de los restantes presupuestos objetivos y subjetivos del concurso que -como es natural- únicamente sirven a los efectos de estimar la declaración del concurso.

Dígame de otro modo: aunque la apreciación *ex officio* de dicho presupuesto implícito solamente cabe de forma simultánea al auto declarativo y dentro del mismo⁵⁰⁹, el otro *órgano* (vid. *Exponendo IV* de la LC) del concurso -la administración concursal- continuará ejercitando un control sobre dicho presupuesto durante todo el proceso.

¿Ostentan los acreedores y el sujeto concursado un derecho de acción frente a tal declaración sobrevenida, relativa al incumplimiento del presupuesto de la *suficiencia de masa*? Respecto de los primeros, así lo prevé el art.176.bis.2.5º LC al permitirles demandar la *reanudación* del concurso -*suspense*⁵¹⁰- siempre que se justifique en la limitada *causa petendi* que tipifica dicho apartado. La cuestión de la legitimación queda, sorprendentemente, algo más difusa respecto del propio sujeto concursado, salvo que el legislador haya querido pensar -con acierto- que al concursado siempre le beneficiará una tramitación y efectos concursales lo menos duradera sobre su persona y actuaciones.

Pese a todo, es posible afirmar que el deudor ostenta también legitimación para pedir la reanudación de su concurso, con base en el mismo art.176.bis.2.5º LC que se refiere a *cualquier otro legitimado*, si bien la hipótesis es bizarra y debe matizarse: el depósito, consignación y desde luego el aval exigidos -alternativamente- en dicho precepto sólo podrán concederse de forma que no se genere ninguna obligación para el concursado (bajo facultades patrimoniales intervenidas o suspensas) ni minore su masa activa, toda vez que sólo parece realista que la *causa petendi* de su petición pueda fundarse en posibles acciones de reintegración y no en solicitar, sobre su propia persona, una calificación de culpabilidad, excepción hecha de cualquier razonamiento cuasi místico al respecto y siempre que no esconda un abuso del proceso.

En definitiva, nos encontramos ante una circunstancia material externa al proceso y que frustra por completo su finalidad, ya que implica la total insatisfacción de la masa pasiva concursal, motivo por el cual se *altera* dicho proceso bien impidiendo su desarrollo (art.176.bis.4 LC) o bien sustituyéndolo por uno sumarísimo (arts.176.bis.2, 176.bis.3 y 176.bis.4.II LC).

Pese a la mejora que supuso la aparición del art.176.bis.4 LC, este *concurso exprés*⁵¹¹ que se abre y cierra en una misma resolución judicial tampoco significó una solución

⁵⁰⁹ Así se afirmaba, unánimemente, por parte de los Magistrados de los Juzgados de lo Mercantil de Madrid, en sus Conclusiones de 13 de diciembre de 2011, sobre criterios de aplicación de la reforma de la Ley Concursal. Disponibles en <http://www.aelac.es/node/288>.

⁵¹⁰ El término reanudación no es baladí sino que nos revela, *a sensu contrario*, que la incoación de la comunicación del art.176.bis.2 LC significa la suspensión procedimental ordinaria del proceso concursal, como ya advierte el catedrático ALCOVER GARAU, G., “Aproximación al régimen jurídico de los concursos sin masa”, Anuario de Derecho Concursal, ed. Civitas, núm.28/2013.

⁵¹¹ Nos limitamos a recoger el término acuñado desde la práctica forense a este tipo de concurso, siendo que alguna resolución jurisprudencial también se hace eco del mismo.

carente de polémica. En este sentido, provocaba y sigue provocando cierta inquietud que el juez pudiera y debiera ser capaz de advertir que no existen acciones de reintegración, impugnación o responsabilidad de terceros en este momento procesal tan incipiente, como no fuera a través de la propia justificación del deudor -léase que éste ya solicite en su demanda que se proceda a la apertura y conclusión de su concurso-, quien además es el primer interesado en ocultar tales circunstancias caso de existir.

Sobre esta misma preocupación hacía hincapié el Magistrado-Juez CUTILLAS TORNS, en su ponencia -inérita- impartida en el *I Encuentro intercolegial concursal*, celebrado en Valencia los días 13 y 14 de junio de 2013, crítica que también recoge más de una resolución jurisprudencial⁵¹². Por todo ello, debe imperar una interpretación restrictiva en el uso judicial de la declaración y conclusión simultáneas del proceso concursal, circunscrita a aquellos supuestos donde la evidencia fáctica de la insuficiencia patrimonial resulte probadamente patente⁵¹³.

Más dudas suscitaba -y suscita- este mecanismo de apertura y conclusión del concurso simultáneas en los supuestos de persona jurídica, a la vista del mandato literal del art.178.3 LC -efectos de la conclusión del concurso- que exige que el auto de conclusión del concurso acuerde la extinción y cancelación registral de la persona jurídica⁵¹⁴. Quedaban así, aparentemente, huérfanos de tratamiento todos aquellos bienes y derechos no liquidados e insuficientes para afrontar el concurso, rozándose la equivocada creencia de que se producía una consecuencia de *res nullius* respecto de los mismos tras la conclusión del proceso concursal; así como también quedaban huérfanas aquellas obligaciones contraídas y (en su caso) todavía vigentes entre la persona jurídica y terceros sujetos.

Por todo ello, se ha concluido⁵¹⁵ que la personalidad jurídica sólo se extingue con el agotamiento de todas las relaciones jurídicas que entablara la sociedad y no por la mera

Como ejemplo, puede citarse el conocido Auto núm.67/2012, de 22 de febrero, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Palma de Mallorca (AC 2013\522), que además reflexionaba sobre dicho fenómeno y su necesaria conjugación con la supuesta extinción de la persona jurídica ex art.178.3 LC.

⁵¹² Por todos, vid. Auto de 19 de enero de 2012, del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Vigo (JUR 2012\126500), en el que de modo pionero se reflexiona sobre la mejor decisión que hubiera resultado simplemente permitir la directa inadmisión de la demanda de concurso, en lugar de imponer la declaración y conclusión simultáneas mediante un juicio de *abstracta probabilidad*.

⁵¹³ Así lo razona la Sentencia núm.1798/2016, de 12 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª (Tol 5970653).

⁵¹⁴ Sobre estas cuestiones, es de imprescindible lectura la obra de MARTÍNEZ FLÓREZ, A., *La extinción de las sociedades de capital a causa de la conclusión de concurso*, ed. Civitas, 2013. En el mismo sentido, señala el Auto núm.84/2014, de 24 de abril, de la Audiencia Provincial de Baleares, Sección 5ª (JUR 2014\169997), su rechazo a que el art.178.3 LC pueda provocar *una condonación de las deudas, ni que los activos subsistentes pasen a ser res nullius*.

⁵¹⁵ Vid. Sentencia núm.220/2013, de 20 de marzo, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2013\2594), interpretada en el mismo sentido aquí expuesto por parte del Magistrado-Juez BLANCO SARALEGUI, J.M., *La conclusión del concurso por insuficiencia de la masa activa*, ed. Fe d'erratas, 2013, pág.58.

mecánica de la cancelación registral, debiendo los liquidadores societarios representar material (art.400 LSC) y procesalmente⁵¹⁶ a la sociedad formalmente extinguida en el Registro Mercantil pero con activos y obligaciones todavía pendientes de liquidar.

Todos estos efectos jurídico-materiales, colaterales pero inherentes al art.176.bis.4 LC, se configuran de un modo radicalmente distinto cuando se está ante una persona física. En primer lugar, porque como es obvio, no cabe acordar la extinción *per se* de la persona física salvo que se incurra en causas naturales o delictivas, motivo por el cual el art.178.2 LC establecía -hasta su reforma por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre- un ya conocido principio general de nuestro derecho: al no ser posible su extinción como tal, el deudor persona física quedaba *responsable del pago de los créditos restantes*, lo que no supone sino sencillamente limitarse a invocar el principio de responsabilidad patrimonial universal (art.1911 CC).

Ahora bien, dicha máxima general, que pese a todo el actual art.178.2 LC continúa reproduciendo a modo de recordatorio, parece haber sido relegada a una norma *residual* tras la progresiva consolidación de la importada figura de la condonación de deudas o *discharge* concursal. Aunque de este fenómeno ya nos ocupamos en su correspondiente epígrafe, repárese en su primigenia y deficiente introducción mediante la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, en la limitada redacción entonces dada al art.178.2 LC, luego posteriormente desarrollada en un nuevo art.178.bis LC creado mediante el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, precepto éste finalmente confirmado por la Ley 25/2015, de 28 de julio. En definitiva, bajo la actual normativa hay que tener en cuenta la expresa remisión que el citado art.178.2 LC efectúa sobre el art.178.bis LC.

Paralelamente a la referida introducción de la condonación o *discharge* concursal, el fenómeno procesal de la apertura y conclusión simultánea del concurso ha tenido que ser debidamente revisado y adaptado, para su conjugación con dicha -más que probable- voluntad de petición condonatoria de deudas, que de este modo se acumulará al *petitum* de demanda de concurso, si es que esta última se pretende con conclusión simultánea.

Esta necesaria adecuación procedimental resultaba inexistente con la primigenia introducción de la condonación concursal (art.178.2 LC en su redacción dada por la citada Ley 14/2013, de 27 de septiembre), toda vez que ello no era necesario, ya que por entonces la condonación concursal exigía en todo caso la satisfacción de determinados créditos contra la masa y concursales, que simplemente hacían imposible su concesión bajo el supuesto de insuficiencia patrimonial del art.176.bis LC.

Esta línea interpretativa ha sido confirmada en la posterior Sentencia núm.324/2017, de 24 de mayo, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (JUR 2017\123885).

⁵¹⁶ A favor de esta interpretación, destaca la Sentencia núm.460/2013, de 5 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 6ª (JUR 2014\79616), concluyendo a todo este respecto que el acreedor puede interponer su demanda contra la sociedad sin que encuentre respaldo una excepción de falta de personalidad jurídica.

En contra, vid. Sentencia núm.654/2013, de 7 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4ª (AC 2013\2392).

Sin embargo, con la simultánea creación del art.178.bis LC, la reforma del Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, luego confirmada por la Ley 25/2015, de 28 de julio, introdujo un segundo párrafo al art.176.bis.4 LC, quedando pues su redacción actual del siguiente modo:

“Si el concursado fuera persona natural, el juez designará un administrador concursal que deberá liquidar los bienes existentes y pagar los créditos contra la masa siguiendo el orden del apartado 2. Una vez concluida la liquidación, el deudor podrá solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho ante el juez del concurso. La tramitación de la solicitud, los requisitos para beneficiarse de la exoneración y sus efectos se regirán por lo dispuesto en el artículo 178 bis.”

Bajo dicha especialidad procedimental, exclusivamente prevista para la demanda de concurso de la persona física, cabe plantearse si con ello asistimos a una ruptura tras casi cuatro años de uniformidad desde la implantación del *concurso express*, en el sentido de que éste desaparece totalmente respecto del sujeto persona física.

Una primera lectura del art.176.bis.4.II LC podría revelarnos que el simultáneo y único auto declarativo-conclusivo del concurso no ha sido eliminado para la persona física, sino que, *cumulativamente* en dicha misma resolución judicial, el juez del concurso también está obligado a ordenar la apertura de un *sumarísimo procedimiento liquidador* por medio del que, una vez liquidada tal masa activa, su resultado efectivo -tesorería- se destinará en el orden de pagos del art.176.bis.2 LC y bajo la llevanza de una administración concursal designada a tal concreto fin. Tras dicho sumarísimo procedimiento liquidador, a continuación, le seguirá la potestad -bajo legitimación en exclusiva- que el mismo precepto otorga al deudor concursado para que éste pueda incoar el especial *procedimiento de condonación de deudas* del art.178.bis LC.

No obstante, una segunda lectura del precepto puede conducirnos a la interpretación de tener que seguir estrictamente el procedimiento de condonación de deudas (art.178.bis LC), al que el propio art.176.bis.4.II LC se remite, y, con ello, sometiéndose también a su *tramitación* tal y como se indica. Pues bien, en dicha tramitación (art.178.bis.4 LC) se establece -por una vía u otra- que el beneficio de excusión debe recaer en el mismo auto de conclusión del concurso, incluso llegando a regular -para el caso de oposición a la concesión de la condonación- *que no podrá dictarse auto de conclusión del concurso hasta que gane firmeza la resolución que recaiga en el incidente reconociendo o denegando el beneficio*. Es precisamente este precepto el que plantea el interrogante de si debe concluirse o no el proceso concursal en virtud del art.176.bis.4 LC.

La primera de las tesis, en favor de la primacía del art.176.bis.4 LC, es la que debe prosperar por los siguientes motivos. En primer lugar, porque puede suceder que el deudor persona física no quiera peticionar o simplemente no esté en situación de peticionar por incumplimiento de sus requisitos (art.178.bis.3 LC) la condonación concursal de sus deudas, lo que permite presumir que sea el art.176.bis.4 LC el que siempre determine la resolución del auto declarativo y conclusivo del concurso, cuando

concurra el presupuesto de la insuficiencia de masa activa, en detrimento del mandato del citado art.178.bis.4 LC.

En siguiente lugar, porque la segunda tesis expuesta supondría aceptar mecanismos de excesiva creatividad procedimental *praeter legem*, en el sentido de defender que el auto del art.176.bis.4 LC solamente debe contener la declaración de concurso; hito procesal que en ningún momento parece pretenderse y que arrojaría otra serie de interrogantes tales como el contenido (art.21 LC) y efectos de dicho hipotético auto *sui generis*. Por el contrario, el genérico mandato de sumisión al procedimiento de condonación de deudas ya lleva consigo la necesidad de asumir otra serie de alteraciones innegables sobre el mismo, como es la relativa a su plazo de solicitud (art.178.bis.2 LC) y que también deben ser objeto de adaptación al art.176.bis.4 LC.

Una última razón reside en el hecho de que, la separación o *anticipación* de la conclusión del concurso a la concesión de la condonación concursal, aunque formalmente altere el contenido literal del art.178.bis.4 LC, tampoco supone una pérdida de garantías procedimentales.

En este sentido, no hay que olvidar que el propio art.178.bis.4.II LC se refiere al pronunciamiento estimatorio de la condonación como *provisional*, es decir, sin efectos de cosa juzgada y siendo que éste puede combatirse durante los cinco años siguientes (art.178.bis.7 LC) a contar desde dicho pronunciamiento o bien por la vía del art.178.bis.8.IV LC, todo ello ante el juez del concurso por entonces tiempo atrás concluido. En consecuencia, tampoco cabe hablar de problemas de falta de competencia objetiva por razón de la conclusión del proceso, que impidan el inicio de actuaciones posteriores al auto de conclusión, por cuanto tal posibilidad ya se prevé expresamente en los arts.178.bis.7 y 178.bis.8 LC y no supone sino la atribución de una competencia de tipo funcional.

En resumen, debemos concluir que la consideración de un incumplimiento *ab initio* del presupuesto objetivo de la suficiencia patrimonial continúa significando, respecto de la persona física concursada, la emisión de una declaración y conclusión simultáneas del concurso mediante auto, sin perjuicio de que el art.176.bis.4 II LC constituya una especialidad respecto de su norma general (art.176.bis.4.I LC), así como del hecho de que tal simultaneidad no impide la designación de administración concursal.

En efecto, deberá estarse seguidamente al sumario procedimiento liquidador (art.176.bis.4.II LC) que de forma cumulativa debe ordenarse mediante la misma resolución, con designación de administración concursal, así como del *potestativo* procedimiento de condonación de deudas (art.178.bis LC) a instar por el deudor una vez concluida dicha liquidación, y finalmente, del intermedio trámite de informe justificativo final (art.176.bis.3 LC) y rendición de cuentas (art.181 LC) que deberá presentar la administración concursal para certificar la finalización de tales operaciones liquidadoras y dar cuenta de su actuación en el cargo.

Esta tramitación procedimental aquí defendida es, además, la que está siendo seguida en las primeras resoluciones jurisprudenciales al respecto, véase el Auto de 1 de octubre de 2015, del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona⁵¹⁷ o el Auto de 30 de octubre de 2015, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Palma de Mallorca⁵¹⁸, este último recordando el sentido *funcional* o *finalista* del concurso y que precisamente dio lugar a la creación del art.176.bis LC para evitar su frustración. Más recientemente, y con igual contundencia, cabe citar la conclusión alcanzada en el Auto núm.69/2018, de 3 de abril, de la Audiencia Provincial de Gerona, Sección 1^a⁵¹⁹: “*si el concursado fuere persona natural no cabría la posibilidad de que se concluyera el concurso en el mismo auto de declaración, sino que el Juez habría de designar un administrador concursal que debería liquidar los bienes (concurso de liquidación), y tras la conclusión de la liquidación el concursado podría solicitar el beneficio del art. 178.bis LC.*”

Advertida toda esta considerable polémica, nos encontramos con que el art.176.bis LC nada dice tampoco, muy criticablemente, sobre cómo ha de ordenarse la liquidación anunciada. Así por ejemplo, si la administración concursal debe realizar un inventario (art.82 LC) y una lista de acreedores (art.94 LC); si precisa de autorización judicial (art.43.2 LC) para la venta de alguno o varios los activos propiedad del deudor concursado⁵²⁰; si debe redactar y aguardar a la aprobación de un plan liquidador (art.148 LC) o, siquiera, si resulta preceptivo por el propio juez ordenar la apertura de la pertinente fase de liquidación (art.142 LC). Además, al no preverse ni Fase ni plan de liquidación, tampoco cabe la apertura de la pieza de calificación y consiguiente enjuiciamiento sobre el deudor (art.167 LC).

Como ya se ha apuntado, nada de ello dice el especial procedimiento que se configura entre los arts.176.bis.4.II y -por remisión- 176.bis.2 y 178.bis LC, que resultan *lex specialis* y constituyen un procedimiento verdaderamente autónomo y *sustitutivo* del procedimiento ordinario o abreviado, precisamente por las particularidades que lo justifican (la frustración del concurso).

⁵¹⁷ JUR 2015\241635.

Aunque dicha resolución simplemente constata que, con total independencia, procede declarar y concluir el proceso, designándose un administrador concursal -el mismo mediador concursal- para la liquidación de los bienes del deudor, así como ordenándole -trámite no previsto en la LC- verificar la concurrencia de la exoneración de pasivo, que luego sería solicitada por tal deudor.

⁵¹⁸ JUR 2016\38629.

⁵¹⁹ VLEX-716100485

⁵²⁰ Recuérdese, tal y como explica el Auto de 14 de julio de 2015, del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid (autos de concurso núm.139/2013), que la autorización de venta ex art.43.2 LC guarda un carácter excepcional frente al principio general de conservación de la masa activa, que deberá justificarse desde la casuística individual, por ejemplo cuando el mantenimiento del bien conlleva riesgo de pérdida o deterioro. En el mismo sentido y recogiendo distintos ejemplos de supuestos de admisibilidad de venta, vid. Auto de 29 de junio de 2016, del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid (autos de concurso núm.139/2013).

Esta representación del art.176.bis LC, no solamente como un precepto solutorio al fenómeno del *presupuesto del presupuesto* de la masa, sino también como creador de un especial procedimiento autónomo, concentrado y separado, no es ni mucho menos nueva.

En efecto, como ya hemos mencionado y tendremos ocasión de explicar ulteriormente, la circunstancia *sobrevenida* de la insuficiencia de la masa patrimonial también puede darse durante la vida procesal del concurso (art.176.bis.2 LC), durante el cual puede incumplirse tal presupuesto no limitado en el tiempo a la estimación de la demanda de concurso. Pues bien, dicho hito sobrevenido significa una verdadera *suspensión* del procedimiento hasta entonces seguido, de tal modo que su funcionamiento se sustituye y reduce al previsto en los arts.176.bis.2 y 176.bis.3 LC para una liquidación sumarísima de la masa activa, salvo o hasta que con carácter previo a la conclusión del concurso algún legitimado solicitara su *reanudación* (art.176.bis.2.5 LC).

La clave, por tanto, para adentrarse en la correcta naturaleza del art.176.bis LC, pasa por asumir su condición de auténtico procedimiento y no meramente modificador de algunos de sus efectos. Por ello, aunque la práctica forense nos aconseje su petición, en realidad no se hace necesaria autorización judicial alguna para la enajenación de activos ordenada en el art.176.bis.4.II LC, ni procederá tampoco la aplicación de las reglas supletorias al plan liquidador (art.149 LC), pues no existe fase de liquidación (art.142 LC) que siquiera justifique mínimamente la aplicación de las normas del Capítulo II del Título V de la LC; en consecuencia, tampoco existirá pieza de calificación alguna al no ser posible su apertura (art.167 LC).

Para mayor abundamiento, no hay que olvidar que en el particular supuesto del art.176.bis.4.II LC el proceso concursal se halla simultáneamente concluso, y, por ende, resulta todavía menos admisible la aplicación analógica de cualquiera de sus efectos procedimentales o constitutivos.

Finalmente, podrá advertirse que en todo momento nos hemos estado refiriendo a la modalidad de demanda de concurso voluntario ya que, en la práctica, semejante precaria escasez patrimonial disuade a cualquier acreedor de demandar un concurso necesario - gastos, tiempo- en el que ya sepa de antemano que nada recuperará de su crédito y como máxime sólo aquellas costas y gastos contra la masa derivados de su demanda (art.84.2.2º LC). Esta realidad se acentúa especialmente en los supuestos de persona física, en los que no existe un *tercer patrimonio* tal vez más solvente al que poder acudir potencialmente, como sí sucede respecto de la persona jurídica y la consiguiente responsabilidad concursal (art.172.bis LC) aplicable sobre los sujetos que la administran y actúan en su representación.

No obstante, en el contexto de la pretensión de concurso necesario, la única excepción práctica que se nos ocurre -en los concursos de persona física- es que el acreedor conociera de antemano y justificara en su demanda de concurso la posibilidad de ejercer acciones de reintegración concursal (art.71 LC) por su naturaleza especialmente objetivada y distinta de la acción pauliana civil, o bien interese la inhabilitación -vía

calificación de culpabilidad- del deudor con posible condena por daños y perjuicios sobre un tercero cómplice o representante legal⁵²¹.

Desde la perspectiva del juez conecedor de dicha demanda instada por un acreedor, el propio carácter necesario del concurso que se pretende debe hacerle *presumir* que existe cierto interés patrimonial más o menos oculto y que deberá dilucidarse en el proceso. Es dicha presunción la que, aun por mera cautela y derecho a una tutela judicial efectiva, debe imperar sobre aquella otra *presunción* de insuficiencia de masa. Sin embargo, en el Seminario celebrado los días 25 de enero, 26 de abril y 14 de mayo del año 2012, de los Jueces de los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona⁵²², se concluye la conveniencia de que el acreedor demandante del concurso necesario justifique *indicios* de tal suficiencia patrimonial, trasladándole así esta carga procesal probatoria adicional y a lo sumo susceptible de subsanación (vía art.13 LC).

No se trata, pues, de afirmar que en el concurso necesario desaparece el presupuesto de la suficiencia patrimonial aquí comentado, sino que el juez del concurso no cuenta *ab initio* con prueba suficiente como para estimar la no-concurrencia de las circunstancias que enumera el art.176.bis.1 LC; siendo más que probable que el acreedor-demandante pretenda alguna de ellas (pretensiones de reintegración o de calificación culpable), toda vez que su demanda no reunirá la misma suficiencia documental exigible al deudor (art.6 LC). Sostener una posición contraria puede conducir, además, a resultados tan absurdos como inaceptables desde toda buena fe procesal y material, como lo sería que el deudor obtuviera a costa de su acreedor la posibilidad de acceder directamente a un procedimiento de condonación de deudas (art.178.bis LC) por aplicación del art.176.bis.4.II LC y sin posibilidad de apertura de la pieza de calificación o de otras acciones -de reintegración- ajenas al exclusivo mandato liquidador del administrador concursal (art.176.bis.4.II LC) e impropias de un proceso concluso salvo para determinadas actuaciones.

Descartada, probablemente, la opción del concurso necesario por parte del acreedor, si por su parte el deudor logra escapar de los efectos del concurso mediante una demanda de concurso sesgada o engañosa, pero formalmente válida a ojos del art.13.2 y 14 LC, así como logra superar la apreciación del juez sobre los aspectos que resalta el citado art.176.bis.4 LC, nada queda al acreedor sino achacarle su pérdida de oportunidad, sin perjuicio de las distintas estrategias procesales de las que dispone: mostrar su oposición a la concesión de la condonación concursal en el procedimiento reglado en el art.178.bis.4 LC; apelar el auto de conclusión del concurso ex art.176.bis.4.III LC⁵²³;

⁵²¹ Si soló interesara la inhabilitación del sujeto concursado, sin aparente posibilidad de satisfacción patrimonial, probablemente el juez declararía el concurso -si se cumplen sus restantes presupuestos- aun por mera cautela, si bien ello no termina de resolver la problemática de la insuficiencia patrimonial.

⁵²² Cuyas conclusiones se encuentran disponibles online. Enlace:

<http://www.icab.es/?go=eaf9d1a0ec5f1dc58757ad6cfffdb1a58854a600312cccabe27fca69cffe36ce82413cead4d34e46df5a54a1834bf2356fbae8e4ac8720a240b6de67021b5>

⁵²³ Al no ser materialmente posible que estuvieran personados en el proceso con anterioridad al auto de apertura y conclusión del concurso, el plazo de cómputo para formular dicha apelación deberá contar desde la publicación del mismo en el BOE. Cabe plantearse cómo es posible integrar dicha legitimación

instar la reapertura del concurso que confiere el art.179 LC, con las especialidades previstas para el concurso de persona física y a cuyo epígrafe del presente Capítulo nos remitimos; y/o demandar la revocación del beneficio de condonación bajo el procedimiento regulado en el art.178.bis.7 LC, sin perjuicio de valorar la interposición de una denuncia o una querrela en el orden jurisdiccional penal, por razón de alguno de los delitos existentes por insolvencia punible u otros de algún modo relacionados con la causa de la insolvencia.

3. Clases de concurso.

El binomio bautizado por el legislador como concurso *voluntario* o *necesario* obliga, desde el derecho procesal, a traducir éste en un estudio sobre la legitimación *ad causam* que se regula en el proceso concursal para su declaración.

Así las cosas, cuando se trata de analizar esta figura, su -todavía- reciente introducción en nuestra tradición jurídica⁵²⁴ nos plantea qué debe entenderse, o bien qué entiende la legislación actual, por dicho concepto. En este sentido, la LEC parece haber establecido la naturaleza material y no procesal de este concepto, decisión que puede considerarse discutible⁵²⁵, sin perjuicio de la ya referida distinción entre *legitimatío ad processum* y *legitimatío ad causam*⁵²⁶.

del acreedor no personado en tiempo y forma, que no aparece prevista de modo preceptivo como exige la legitimación extraordinaria. Frente a dicha problemática, se argumenta que *la personación en plazo desde la publicación del edicto implica una petición de intervención que por lo demás era imposible antes de dicha notificación*, lo que nos recuerda al trámite de recursos que prevén los arts.20.3 y 20.4 LC, relativos al auto de declaración de concurso.

En cualquier caso, esta fue la postura que adoptó el Auto núm.106/2012, de 26 de junio, de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 5ª (JUR 2012\264537). Más recientemente, vid. Auto de 30 de junio de 2015, del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Valencia (autos de concurso núm.567/2015).

⁵²⁴ No es hasta los años treinta del siglo pasado cuando en España la doctrina comienza a distinguir entre derecho subjetivo y acción, surgiendo así la cuestión de la legitimación.

MONTERO AROCA, J., en AA.VV., *Derecho jurisdiccional II, Proceso civil*, ed. Tirant lo Blanch, 2010, pág.72.

⁵²⁵ Frente a su tratamiento oficial como cuestión material, ex art.10 LEC, debe advertirse que la legitimación se cumple con la simple afirmación de la titularidad, incluso a sabiendas de no resultar titular del derecho alegado, siendo así que el proceso igualmente se activa. De ello, se deduce que la legitimación *per se* no es ni derecho ni obligación, lo que determina su vida netamente procesal -nace con el proceso, termina en el proceso-. A mayor abundamiento, algunos preceptos como los arts., 416, 420 o 757, de la propia LEC, dificultan más que compartamos la naturaleza material de la legitimación.

⁵²⁶ La primera comprendería la capacidad para ser parte y la capacidad procesal, mientras que la segunda está referida a quien puede ejercitar la pretensión -normalmente el titular del derecho subjetivo- o bien contra quién pueden dirigirse las consecuencias jurídicas pretendidas.

En este sentido, destaca la Sentencia núm.1164/2004, de 2 de diciembre, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2004\7909). Más recientemente, vid. Sentencia núm.446/2008, de 29 de mayo, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2008\4164), así como la Sentencia núm.381/2011, de 20 de septiembre, de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5ª (JUR 2012\3988).

Bajo este revuelto trasfondo conceptual, su traslado al marco normativo de la LC nos provoca otra serie de reflexiones añadidas. En primer lugar, llama la atención que el tratamiento de la legitimación se resuelva no en sentencia desestimatoria, sino mediante auto (art.20 LC). De ello, podría deducirse que lo que se está resolviendo simplemente es la admisión de la demanda de concurso, cuestión cuya instrumentalización resolutoria corresponde a los autos (art.206.1.2º LEC).

La elección de que la declaración de concurso se instrumentalice mediante auto, y no a través de sentencia, también se explica porque dicha declaración de concurso no finaliza el proceso tal y como se exige respecto de las sentencias (art.206.1.3º LEC). Ahora bien, las especialidades procedimentales de la Ley Concursal hacen que no podamos encajarlas armónicamente en las clases de resoluciones que regula la LEC.

En este sentido, cabe anticipar que la denominada *solicitud* de concurso se configura como una auténtica demanda con una pretensión constitutiva, por lo que el resultado de su estimación no se limita a admitir a trámite tal demanda como ordena el art.206.1.2º LEC respecto de los autos, sino que el auto declarativo de concurso habrá procedido a estimar dicha pretensión y ordenar los pertinentes efectos constitutivos (art.21 LC). Todavía más, como también veremos, en el concurso necesario bajo la tramitación procedimental del art.15.2 LC la admisión de dicha demanda incluso tiene lugar de forma separada y previa al -en su caso- posterior auto declarativo del concurso.

En siguiente lugar, llama asimismo la atención el control de oficio que existe sobre la demanda de concurso -voluntario o necesario⁵²⁷- de forma previa a su admisión, regulado en el art.13.2 LC, lo que bien podría reavivar el debate sobre la naturaleza material o procesal de la legitimación en sede concursal. En este sentido, obsérvese como dicho control previo se extiende globalmente sobre los aspectos *procesales o materiales* relativos a la documentación y la demanda de concurso, o si *ésta es insuficiente*, lo que incide sobre la legitimación aproximándola a un tratamiento procesal como el que no se discute para la competencia objetiva o territorial.

La amplitud conceptual del art.13.2 LC hace que éste no se limite, por ejemplo, a conceder un trámite de subsanación por falta de cumplimiento de requisitos documentales (arts.6 y 7.1 LC) de procedibilidad. Por concluir nuestra reflexión sobre el tratamiento de la legitimación en el proceso concursal, no se trata de que ésta pueda ser apreciada de oficio⁵²⁸, sino que en el proceso concursal la legitimación podría verse resuelta en un estadio procesal anterior al del Auto resolutorio de la demanda de concurso, aunque el art.13.2 LC permita un plazo de *justificación o subsanación*.

⁵²⁷ Respecto de su aplicabilidad en la tramitación procedimental de la demanda de concurso necesario, vid. Auto núm.19/2012, de 10 de febrero, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª (AC 2012\670).

⁵²⁸ Cuestión plenamente admitida por nuestra jurisprudencia, vid. Sentencia núm.120/2013, de 15 de abril, de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª, JUR 2013\159619).

Veamos, para mayor claridad, un ejemplo de ello: en conexión con el presupuesto objetivo de la insolvencia (art.2 LC), si el deudor efectivamente desea ser legalmente calificado como tal -deudor insolvente-, entonces debe *justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia*. Es decir, que el juez podría apreciar de oficio que el deudor no es insolvente -en el sentido concursal-, o bien que el acreedor no ostenta dicha condición (art.7.1 LC), todo ello *ex ante* a la provisión de la demanda (arts.14 o 15 LC) ⁵²⁹.

Dejando estas reflexiones doctrinales a un lado, la cuestión es que el art.3 LC nos marca estos dos sujetos⁵³⁰ con legitimación para solicitar la declaración de concurso: el propio deudor y sus acreedores.

En ambos casos es preciso dejar claro desde el inicio que, la denominada *solicitud* de concurso, aunque la LC evite llamarla *demanda*, no deja de identificarse con dicho concepto⁵³¹, ya que mediante la misma el titular del derecho subjetivo -de naturaleza privada- ejerce su derecho de acción -de naturaleza pública-, toda vez que la Disposición Final Quinta de la LC, que establece la supletoriedad de la LEC en el proceso concursal, obliga a que la solicitud de concurso se deba ajustar a las pautas del art.399 LEC, relativas a la interposición de demanda en el proceso civil.

Por ello, aunque por coherencia con el dictado literal de la LC en ocasiones la doctrina se vea forzada a utilizar el término *solicitud*, hemos de procurar corregir éste en pro su verdadera naturaleza.

Veamos pues, a continuación, aquellos posibles sujetos con legitimación activa que marca el art.3 LC y cuya referida distinción nominativa se traduce en concurso *voluntario* o concurso *necesario*.

3.1 Concurso voluntario: carga procesal, principio dispositivo y provisión de la demanda (arts.5, 6 y 14 LC).

⁵²⁹ La fina línea que separa al art.14 LC de su predecesor art.13.2 LC -este último también aplicable a los concursos necesarios, a diferencia del primero-, ya se daba en los derogados art.1325 LEC 1881 y art.1024 CC. Justifica la doctrina que el art.13.2 LC se encarga del control de defectos *formales* de la demanda de concurso, mientras que el art.14 LC se refiere al control *de fondo* de la documentación.

Sobre esta cuestión, vid. BONET NAVARRO, A., en AA.VV., *Comentarios a la Ley Concursal, Volumen I*, ed. Tecnos, 2004, pág.169.

⁵³⁰ La alusión a los *demás legitimados* del art.7.1.II LC no tiene trascendencia en el concurso de persona física, pues se está refiriendo a la Comisión Nacional del Mercado de Valores para solicitar el concurso de las sociedades de inversión, o al Consorcio de Compensación de Seguros sobre determinadas aseguradoras, cuando le sea encomendada su liquidación.

⁵³¹ DAMIÁN MORENO, J., en AA.VV., *Derecho procesal concursal*, ed. Marcial Pons, 2008, pág.145.

En el mismo sentido y con mayor amonestación sobre esta terminología imprecisa, GÓMEZ COLOMER, J.L., en AA.VV., *Derecho jurisdiccional II, Proceso civil*, ed. Tirant lo Blanch, 2010, pág.868.

A diferencia del resto de legitimados para instar la demanda de concurso, el deudor viene legalmente obligado a ello⁵³², como así le exige el art.5 LC, precepto que además regula un plazo máximo -dos meses desde que conoció o debió conocer su estado de insolvencia- para que el deudor interponga la demanda de concurso, así como unas presunciones *iuris tantum* sobre cuándo debió efectivamente haber conocido dicho estado de insolvencia (art.5.2 LC). Estas presunciones, por razones de coherencia sistemática, se remiten a las recogidas en el art.2.4 LC, precepto relativo a la acreditación del título que puede fundar la demanda de concurso necesario.

La propia dicción del art.5 LC deja claro que el deber de solicitar la declaración de concurso sólo entra en juego cuando se constituye un estado de insolvencia pleno, por lo que un estado de *insolvencia inminente* del art.2.3 LC no lleva aparejado⁵³³ el mal llamado deber que exige el art.5 LC. Como ya explicábamos, mediante dicha *insolvencia inminente* la LC solo pretende dar la facultad al deudor de anticipar las herramientas concursales como medio de reestructuración de su deuda.

Ya hemos dejado entrever, en la previa introducción a este epígrafe, que el legislador no ha estado acertado utilizando la expresión *deber de solicitar* el concurso. El adecuado tecnicismo que exige el derecho procesal nos obliga a corregir la expresión *deber* por *carga procesal*.

En efecto, la Ley Concursal no ha hecho sino establecer una carga procesal⁵³⁴ -la demanda de concurso- que naturalmente es potestativa, pero cuyo cumplimiento evitará al deudor una calificación culpable en el concurso al menos por incumplir dicha carga, que incluso ha sido fijada como presunción de culpabilidad *iuris tantum* (art.165.1 LC). Ahora bien, existe una excepción sobre dicha carga procesal: que el deudor se acoja, con carácter sustitutivo, a una solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos de resultar elegible para ello ex art.231 LC.

Sobre dicha singular excepción, cabe insistir en el trascendental hecho de que la carga procesal de demandar el concurso voluntario se haya visto novedosamente alterada por la introducción del Título X de la LC, relativo al acuerdo extrajudicial de pagos. Por tanto, si el deudor cumple con aquellos presupuestos subjetivos y objetivos mezcladamente recogidos en el art.231 LC, en función del tipo de deudor, éste podrá acogerse a la nueva institución preconcursal en lugar de tener que soportar la carga del concurso voluntario que con carácter general le impone el referido art.5 LC.

Es cierto que esta disyuntiva ya se observaba y se continúa observando en la homóloga figura del art.5.bis LC, también enfocada como herramienta organizativa del tratamiento

⁵³² Recordemos lo que decíamos, cuando hablábamos del presupuesto subjetivo del concurso, sobre la posibilidad de que el menor de edad o incapacitado también puedan ser declarados en concurso.

⁵³³ PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., en AA.VV., *Comentarios a la legislación concursal*, Tomo I, ed. Dykinson, 2004, pág.174.

⁵³⁴ En este sentido, LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *El proceso concursal*, ed. Aranzadi, 2012, pág.40.

de la preinsolvencia, aunque con una importante diferencia: esta última por sí sola más bien lo que pretende -en principio- es paralizar *temporalmente* (art.5.bis.5 LC) los efectos del *deber* de demandar el concurso y no tanto su *sustitución*, como sí pretende el Título X de la LC. Incluso los acuerdos de refinanciación regulados concursualmente (art.71.bis y Disposición Adicional Cuarta de la LC) no llevan *per se* una sustitución explícita (art.231.1 LC) del deber de demandar el concurso, aunque presumiblemente acaben suponiendo la superación del estado de insolvencia.

Pese a lo anteriormente dicho, no por ello hay que desmerecer el importante hecho de que a través del llamado precurso, que regula el art.5.bis LC, el deudor ya posea la alternativa de comunicar el mismo como un modo válido de *postergar* la carga procesal de demandar el concurso, siempre que realice dicha *comunicación preconcursal* en el plazo de dos meses desde que el deudor hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia (art.5.bis.2 LC).

Es lo que en la práctica forense se conoce como la regla dilatoria de 2+3+1, en ocasiones utilizada de modo abusivo: los dos meses iniciales del art.5 LC, más los tres meses para *negociar* que confiere el art.5.bis LC, más el mes *extra* desde que finaliza dicho plazo último para en su caso presentar la demanda de concurso voluntario (art.5.bis.5 LC). Sería, además, con notable posterioridad, y sólo en caso de que finalmente se diera la declaración de concurso, cuando la exigida (art.5.bis.2 LC) sujeción de la comunicación preconcursal al plazo del art.5.1 LC por parte del deudor procedería a ser comprobado como causa de calificación culpable (arts.164.1 y 165.1.1° LC)⁵³⁵.

Cabría plantearse, vista la tradicionalmente escasa implantación práctica del concurso de persona física en España⁵³⁶, si la carga procesal del art.5 LC es capaz de cumplir con la teoría de la *regla de reconocimiento* formulada por HART⁵³⁷, esto es, que las reglas sólo ganan certeza cuando son fácticamente conocidas, lo que dentro de la lógica *hartiana* les otorga legitimación.

No se olvide que, esta práctica generalizada mediante la cual el sujeto insolvente no tiene conciencia -o incluso rechaza- su carga de demandar el concurso, reforzada por el

⁵³⁵ Así suele advertirse, en algunas plazas judiciales, en la misma resolución que tiene por efectuada la comunicación preconcursal, vid. Decreto de 20 de enero de 2014 del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid (autos de concurso núm.924/2013).

⁵³⁶ En aras de evitar reiteraciones, nos remitimos a las estadísticas oficiales comentadas en la introducción previa al Capítulo Cuarto.

⁵³⁷ Analizada por MÁRQUEZ GONZÁLEZ, J.A., “Hart y Kelsen: regla de reconocimiento y norma básica”, Revista derecho y Persona, ed. Servicios y Publicaciones de la Universidad de Navarra, 1985, Volumen nº 12.

Las reglas de reconocimiento (*rules of recognition*) permiten *mostrar a los miembros de la comunidad cuestionada cuáles son, con precisión, las normas a las que el consenso mayoritario otorga tal función de preservación y conservación vital a los intereses sociales.*

legislador mediante la continua promulgación de medidas extraconcursoales frente al fenómeno del sobreendeudamiento hipotecario como *vía rápida* para solventar esta principal problemática, deberían ser cuanto menos elementos a valorar ante el hipotético supuesto de tener que juzgar dicha conducta -la no demanda del concurso voluntario- en sede de calificación concursal (art.165.1 LC).

En cualquier caso, la naturaleza del *deber* de demandar el concurso voluntario tampoco puede dejar de analizarse desde un prisma de los principios del proceso, en concreto del *principio dispositivo* característico de los procesos civiles, elemento éste que no se le niega al proceso concursal. Por un lado, es cuestión del todo pacífica que, pese a la alusión que se hace al Ministerio Fiscal en el art.4 LC, si atendemos a su contenido, en ningún momento se le está habilitando a que pueda iniciar la actividad jurisdiccional concursal de oficio, esto es, instar la declaración de concurso del deudor⁵³⁸.

Sin embargo, si atendemos a un significado más completo del principio dispositivo⁵³⁹, vemos que aunque la actividad jurisdiccional, efectivamente, sólo se inicie ante petición de parte -del deudor o sus acreedores-, la aparición de la figura de la administración concursal -calificada como una suerte de administración pública⁵⁴⁰- implica inevitables injerencias en la actividad jurisdiccional dentro de los autos de concurso ya declarado.

A ello cabe sumar el ambiguo concepto concursal de los *intereses generales del concurso*⁵⁴¹, que prima sobre el interés particular del demandante, ya resulte éste el propio deudor o bien cualquier de sus acreedores, y que por tanto será el determinante a la hora de resolver cualquier contienda por la administración concursal o -en última instancia- el juez del concurso.

Incluso, como más adelante se estudia en su apartado correspondiente, a la presente fecha ni tan siquiera puede afirmarse que la apertura del proceso concursal *siempre* se inicia ante petición de parte, aunque ello sea la regla general. En este sentido, es de notar cómo el art.242.1.II LC implícitamente delega sobre el juez competente para

⁵³⁸ En este sentido, cabe citar al Magistrado-Juez ARRIBAS HERNÁNDEZ, A., *Derecho concursal: El concurso tras la reforma operada por la ley 38/2011*, ed. El derecho y Quantor, 2012, pág.58.

⁵³⁹ MONTERO AROCA, J., en AA.VV., *Derecho jurisdiccional I, Parte General*, ed. Tirant lo Blanch, 2010, pág.347. El principio dispositivo engloba no solamente que la actividad jurisdiccional sólo pueda iniciarse ante petición de parte, sino también que la determinación del objeto del proceso corresponda a éstas, así como que las resoluciones sean congruentes con los intereses privados formulados.

⁵⁴⁰ GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, P., en AA.VV., *Comentarios a la Ley Concursal, Tomo II*, ed. Aranzadi, 2010. En el mismo sentido, vid. Sentencia núm.397/2007, de 6 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Gerona, Sección 1ª (JUR 2008\78022).

⁵⁴¹ Sobre la inacabable versatilidad de dicho término, incluso en función de la fase en la que se encuentre el concurso -fase común, de convenio o de liquidación-, se ocupa SERRA RODRÍGUEZ, A., "Consideraciones en torno al concepto de interés del concurso", *Revista de Derecho Patrimonial*, ed. Aranzadi, núm.30/2013. Buen ejemplo de su aplicación práctica da la Sentencia núm.453/2009, de 22 de julio, de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6ª (AC 2010\673), o la Sentencia núm.261/2012, de 29 de noviembre, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Castellón de la Plana (AC 2013\147).

conocer del mismo la carga de declarar el llamado *concurso consecutivo*, cuando éste deba producirse como consecuencia de la estimación de una acción de impugnación sobre el acuerdo extrajudicial de pagos aprobado (art.239 LC)⁵⁴².

Similares dudas crecen alrededor del principio dispositivo por la suerte de legitimación extraordinaria (art.3.1 LC) que, también bajo el Título X de la LC, se confiere al mediador concursal para instar obligatoriamente el concurso consecutivo en determinados supuestos (arts.236.4, 238.3 y 241.3 LC) analizados en el posterior Capítulo Cuarto. De nuevo, teniendo en cuenta -como allí se explica- la compleja naturaleza del mediador concursal como una suerte de *preadministrador concursal*, cabe preguntarse si también puede calificarse a éste como una administración pública del modo que nos planteábamos antes respecto de la administración concursal.

Por último, y aun sin ánimo de caer en una errónea conceptualización del principio dispositivo como abarcador del principio de aportación de parte -que no lo es, y por ello dejamos al margen el art.19.5 LC, que por cierto amplía las facultades del juez a tal respecto-, dado que el proceso concursal contiene una serie de actos procesales integrados en un mismo proceso pero en cierta medida autónomos o separados entre sí por *secciones* o *incidentes*, cabría preguntarse si -al menos- debemos reexaminar la virtualidad del principio dispositivo durante tales actuaciones posteriores que bien pueden no guardar iniciación de parte.

En efecto, pensemos así en la elaboración de un plan de liquidación para enajenar el patrimonio del concursado (art.148 LC), función correspondiente en exclusiva a la administración concursal; la elaboración de los llamados *informe* y *dictamen* (art.169 LC) de calificación concursal por la administración concursal y Ministerio Fiscal, respectivamente, únicos legitimados para ostentar una pretensión de calificación; el posible rechazo *ex officio* de un convenio ya aceptado por los propios acreedores y el concursado (art.131 LC).

Igualmente, destaca la potestad que, también de oficio, tiene el juez de acordar el embargo de bienes del concursado persona jurídica (art.48.ter LC), así como de adoptar al tiempo del auto declarativo de concurso *las medidas cautelares que el juez considere* para la conservación del patrimonio del deudor (art.21.1.4º LC), e incluso de abrir la fase de liquidación (art.143 LC). Un enésimo interrogante sobre esta *intermitencia* del principio dispositivo a lo largo del concurso se nos plantea ante el inutilizado pero -no obstante- vigente art.1 LORC, donde nuevamente se permite al juez del concurso, a instancia de parte o bien de oficio, acordar medidas que afecten incluso a derechos fundamentales del deudor.

⁵⁴² AZNAR GINER, E., *Mediación concursal: los acuerdos extrajudiciales de pago*, ed. Tirant lo Blanch, 2014, pág. 108.

Quien concluye que de esta manera se *quiebra* y *desnaturaliza* el principio de iniciación de parte que *impregnaba* la Ley Concursal, como una excepción a éste.

Incluso la propia posibilidad de desistimiento o renuncia por parte del demandante del concurso, tan propia del principio dispositivo, aun admitiéndose (art.186.2 LC) se paralizan sus efectos hasta bien avanzado el concurso, concretamente con la finalización de la fase común del concurso⁵⁴³, ello en clara coherencia con los requisitos (art.176.1.5º LC) para la conclusión del concurso por tan infrecuente motivo.

Todavía más, si dicho desistimiento del demandante se produjera en el trámite de oposición a la demanda de concurso pero antes de su declaración, en forma de *incomparecencia*, en lugar de sobreseerse el proceso (vid. arts.414.3 y 414.4 LEC) el art.19.3 LC permite al juez *ex officio* continuar valorando si concurre el presupuesto de la insolvencia y dar traslado a otros posibles acreedores que resulten conocidos de las actuaciones obrantes, a fin de que formulen *alegaciones* previas a resolver la demanda. Igual suerte corre la tradicional potestad de solicitar la suspensión del proceso ex art.19.4 LEC, que tampoco es posible en el ámbito concursal⁵⁴⁴.

En definitiva, aunque los referidos intereses generales del concurso, que sustentarán todas estas actuaciones, parecen estar pensados para la protección de derechos subjetivos privados, hasta qué punto se permite flexibilizar el principio dispositivo sin deformarlo es cuestión a preguntarse.

Todas estas referidas potestades ejercitables *ex officio*, puestas de relieve, potencialmente alejadas del plural ámbito de actuación de parte -deudor o acreedores-, junto con la compleja, múltiple y extensa configuración procesal del concurso de acreedores, nos impiden tanto afirmar como negar categóricamente la situación exacta del principio dispositivo a lo largo del proceso concursal.

Así pues, para una mayor comprensión de la singularidad procesal del concurso, con todos sus matices y su potencial multiplicidad, en función del desarrollo y actuaciones que se den en el mismo, podría resultar insuficiente la escueta afirmación de que por el mero hecho de la aplicación supletoria de la LEC al concurso, que nadie niega, el proceso concursal se haya de regir por el principio dispositivo, pues ello parece dar a entender que éste se despliega en la misma forma o pureza que en los restantes procesos civiles con carácter general.

Se ha de reconocer que no está siendo ésta la interpretación seguida jurisprudencialmente, que por lo general se limita a confirmar la presencia del principio dispositivo por razón de la remisión a las normas de la LEC que efectúa la Disposición

⁵⁴³ GONZÁLEZ CANO, M.I., *El nuevo tratamiento procesal de la insolvencia y la fase común del proceso concursal*, ed. Tirant lo Blanch, 2006, pág.130.

⁵⁴⁴ Así lo destaca el Magistrado-Juez VILLENA CORTÉS, F., en AA.VV., *Practicum Concursal 2014*, ed. Aranzadi, 2014, pág.856.

Argumentando que el proceso concursal es un fenómeno que afecta a una pluralidad de sujetos e intereses generales, por lo que *el gobierno del proceso se sustrae al poder de disposición de las partes*.

Final Quinta de la LC⁵⁴⁵. Hay en cambio algunos pronunciamientos jurisprudenciales, escasos, que tímidamente reconocen que en sede concursal existen ciertas *sustracciones* al principio dispositivo⁵⁴⁶.

Por último, respecto de la documentación que la Ley Concursal (arts.6.2 y 6.3 LC) exige que acompañe a la demanda de concurso voluntario de la persona física, a modo de requisito de procedibilidad análogo a los que recoge el art.266 LEC, cabe reparar en el hecho de que aquella documentación relacionada en el art.6.3 LC sólo resultará exigible a la persona física obligada a llevar contabilidad, como podría serlo el llamado emprendedor de responsabilidad limitada (vid. art.11 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre). Por el contrario, respecto de la clásica figura del empresario individual sujeto a un régimen tributario (art.68 RIRPF) de estimación objetiva, directa o directa simplificada, entendemos que no procede la aplicabilidad del específico contenido dispuesto en dicho art.6.3 LC sino su inclusión a través de la memoria económica (art.6.2.2º LC).

En lo que se refiere al contenido la demanda, además de obviamente destinarse a acreditar los presupuestos del concurso que hemos podido estudiar en los epígrafes primero y segundo de este Capítulo, existen algunas particularidades implícitas tales como indicar los datos de inscripción en el Registro Civil de la persona física demandante del concurso⁵⁴⁷.

Ahora bien, dichas particularidades o cierta complejidad en la documentación, datos, *causa petendi* y fundamentación jurídica de la demanda, no justifican en ningún caso la lamentable decisión alcanzada en las Conclusiones de los Magistrados y Secretarios Judiciales de Cataluña, sobre aspectos procesales en la tramitación de los concursos, de 29 de septiembre de 2014⁵⁴⁸. A través de las mismas, se establece una preocupante injerencia sobre la dirección letrada del deudor, consistente en exigir que toda demanda de concurso voluntario e incluso necesario *deberá realizarse en el modelo estandarizado aprobado por la Junta Sectorial de Jueces de este partido*, esto es, obligando -cuanto menos presionando- al letrado ejercitante a aquietar el derecho de defensa sobre determinados formularios y no del mejor modo que considere.

⁵⁴⁵ Vid. Sentencia núm.457/2013, de 4 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª (JUR 2014\9443), así como Sentencia núm.735/2013, de 27 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4ª (JUR 2014\149714).

⁵⁴⁶ Vid. Sentencia núm.160/2013, de 10 de junio, de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 3ª (JUR 2013\235343). De igual modo, en el Auto de 9 de junio de 2014, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Cuenca (autos de concurso núm.23/2013), se precisaba que con posterioridad a la declaración de concurso el poder de disposición de las partes es *menor*.

⁵⁴⁷ Como recuerda el Magistrado-Juez ARRAIZA JIMÉNEZ, P., en AA.VV., *Practicum Concursal 2014*, ed. Aranzadi, 2014, pág.153.

⁵⁴⁸ Disponibles en: http://www.icpb.es/fotos/Annex_avis_25.pdf

Dejando a un lado esta muy equivocada y preocupante creencia sobre el funcionamiento de la justicia, dado que los referidos requisitos de procedibilidad y contenido se complementan mediante un segundo control⁵⁴⁹ por parte del juez del concurso (art.14 LC) sobre el presupuesto objetivo, cabría destacar la disparidad de posiciones en cuanto a la idoneidad de dicho segundo control; habiendo éste sido criticado por ROJO⁵⁵⁰, por pretender precisar una exigencia que ya viene siendo obligada y no admitir por tanto la *eficacia confesoria* de la propia demanda de concurso voluntario sobre el estado de insolvencia de quien la formula, y en cambio defendido por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO⁵⁵¹, argumentando que así se evita un automatismo que podría desembocar en fines fraudulentos.

Por nuestra parte, nos inclinamos por pensar que el art.14 LC está exclusivamente configurado para realizar un segundo examen sobre el presupuesto objetivo de la insolvencia, pese a haberse superado el -más amplio y previo- filtro del art.13.2 LC ya comentado en la previa introducción a este epígrafe. Dicho segundo examen tendría su justificación en impedir al deudor beneficiarse de los efectos del art.22.1 LC, esto es, anticiparse fraudulentamente a cualquier futurible demanda de concurso de terceros legitimados. Para evitar la burla de la norma debe hacerse una interpretación integradora de ambos preceptos, de manera que tras la firmeza de un hipotético Auto desestimatorio de la demanda de concurso, ex art.14.2 LC, se debería regresar a una *tabula rasa* a efectos del cómputo de demandas de concurso del predicho art.22 LC.

También se han planteado, por otra parte, algunas dudas sobre la llamativa ausencia del *principio de contradicción* en relación con los acreedores del deudor demandante, quienes directamente no son llamados (art.14 LC) a valorar el presupuesto objetivo del concurso -la insolvencia-; dudas éstas que se superan al recordar que el auto declarativo de concurso sencillamente ni enjuicia ni declara los posibles derechos de éstos⁵⁵².

Por la naturaleza constitutiva⁵⁵³ que guarda la pretensión de demandar el concurso, así como ante la referida ausencia de parte pasiva en la tramitación de la demanda de concurso voluntario, algunos autores⁵⁵⁴ incluso afirman que con el auto declarativo de concurso (art.21 LC) finaliza el proceso y que las actuaciones venideras pasarían a ser propias de la jurisdicción voluntaria. Se trata de una afirmación que, reconociendo lo

⁵⁴⁹ Recuérdese el primer control previo a la admisión y en su caso estimación de la demanda de concurso, previsto en el art.13.2 LC y aplicable tanto a demandas de concurso voluntario como necesario.

⁵⁵⁰ ROJO, A., en AA.VV., *Comentario de la Ley Concursal, Tomo I*, ed. Civitas, 2008, pág.175.

⁵⁵¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., en AA.VV., *Comentarios a la Ley Concursal, Volumen I*, ed. Tecnos, 2004, pág.42.

⁵⁵² Por todos, DOMÍNGUEZ, V., en AA.VV., *Derecho procesal concursal*, ed. Marcial Pons, 2008, pág.35.

⁵⁵³ CORDÓN MORENO, F., *Proceso concursal*, ed. Aranzadi, 2013, pág.113.

⁵⁵⁴ Para un resumen concentrado de tales posturas vid. DAMIÁN MORENO, J., en AA.VV., *Derecho procesal concursal*, ed. Marcial Pons, 2008, pág.157.

académicamente interesante de la misma, no podemos compartir. En primer lugar, cabe comenzar por recordar la corrección técnica que debe hacerse respecto del término *solicitud* de concurso, que cabe identificar con el acto de la *demanda*, lo cual está justificado en los requisitos, tratamiento y efectos que crea dicha *solicitud*, sirvan de ejemplo, sus efectos litispendenciales -no predicables sobre la jurisdicción voluntaria⁵⁵⁵- frente a potenciales demandas de concurso necesario.

Dicho lo cual, y ya centrándonos en las apuntadas actuaciones posteriores durante la vida procesal del concurso, son innumerables los supuestos en los que pueden formularse y combatirse pretensiones tras la declaración de concurso -máxime en aquel de carácter necesario-, por ejemplo, en lo relativo a la composición de la masa activa o pasiva del mismo (art.96 LC), ya sea frente a algún acreedor o frente a la propia masa del concurso -representada por la administración concursal-. Ha de tenerse en cuenta, además, la expresión de sujeto *interesado* que contiene el art.96.1 LC, de modo que el concepto de legitimación activa para impugnar el inventario o la lista de acreedores no exige -necesariamente- ostentar la titularidad de un derecho subjetivo⁵⁵⁶.

Ciertamente, dicho argumento podría no ser definitivo, pues puede suceder -es poco frecuente- que durante la vida procesal del concurso no tenga lugar absolutamente ningún tipo de tramitación contenciosa pese a su largo recorrido.

Es por ello que, en última instancia, debemos recordar que la afirmación de que el proceso concluye con el auto declarativo contradice frontalmente lo dispuesto en el art.176 LC -causas de conclusión del concurso-, sin que por tanto exista justificación alguna para crear una nueva categoría de expedientes *contenciosos* convertibles a *voluntarios*. A este último respecto, previa la entrada en vigor de la LJV, en la antigua LEC 1881 se venía exigiendo distinguir entre los complejos y distintos tipos de expedientes de jurisdicción voluntaria⁵⁵⁷, si bien idéntica labor cabrá llevar a cabo adaptándose a la nueva regulación en materia de jurisdicción voluntaria.

Centrándonos no obstante en la doctrina ya consolidada y relativa a la LEC 1881, una de las tantas categorías doctrinales aunaba aquellos expedientes de jurisdicción voluntaria cuya oposición convertía en *contencioso* al mismo -*régimen de conversión directa*-, tales como la adopción o la declaración de ausencia y fallecimiento. Otra

⁵⁵⁵ Decía al respecto de esta figura la Sentencia núm.791/2004, de 2 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 1ª (AC 2005\38): *La litispendencia, como manifestación anticipada de la cosa juzgada material, exige la concurrencia de otro litigio, de carácter contencioso, con identidad subjetiva y objetiva de las partes implicadas y que condicione, por tanto, la resolución de éste*. Concluye la citada resolución, sobre esta base, afirmando la inexistencia de litispendencia por razón de un expediente de jurisdicción voluntaria, carente de efectos de cosa juzgada.

⁵⁵⁶ Sentencia núm.193/2017, de 16 de marzo, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2017\871).

⁵⁵⁷ Es de sumo interés, respecto de las distintas formas de oposición a los expedientes de jurisdicción voluntaria en la LEC 1881, el detallado repaso que se hace en el Auto de 9 de marzo de 2012, del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Valencia (autos de concurso núm.1362/2008).

categoría, por ejemplo, consistiría en aquellos expedientes de jurisdicción voluntaria cuya oposición al mismo significaba el sobreseimiento y reserva de derechos en el juicio declarativo pertinente *-régimen de sobreseimiento-*, como venía siendo el expediente relativo al deslinde.

Todas estas precisiones, lógicamente, venían sostenidas sobre cada uno de los distintos regímenes aplicables que justificaban la creación de dichas categorías. Quiere decirse con todo ello que, de pretenderse defender una peculiar conversión del proceso concursal de *contencioso* a *voluntario* a partir del auto declarativo del mismo, entonces dicha conversión debe justificarse en algún precepto normativo, lo que no apreciamos sino que -antes bien- el art.176 LC nos impide hablar de una anticipada conclusión del proceso contencioso.

Cerrado este paréntesis, quedaría por repasar el particular régimen de recursos existente frente al auto que resuelva la demanda de concurso voluntario. A este respecto, ante la desestimación de tal pretensión el deudor parece estar únicamente habilitado a recurrirlo en reposición según el tenor literal del art.14.2 LC.

Sin embargo, en defensa del principio de tutela judicial efectiva (art.24 CE), si dicho auto desestimatorio no se hubiera apoyado en los motivos del art.14.1 LC -falta de apreciación del presupuesto objetivo de la insolvencia- sino en otros, en tal caso los Tribunales vienen admitiendo la posibilidad de interponer recurso de apelación⁵⁵⁸. En consecuencia, y sólo en estos supuestos de falta de fundamentación desestimatoria sobre el art.14.1 LC, cabrá interponer en primer lugar recurso de reposición, y, de verse desestimado éste, recurso de apelación frente a dicho segundo auto de carácter definitivo (arts.207.1 y 455.1 LEC).

3.2 Concurso necesario.

3.2.1 Legitimación (art.3 LC).

Como punto de partida, la Ley Concursal reconoce legitimación activa *ad causam* a cualquiera de los acreedores del deudor insolvente, esto es, a cada uno de ellos de forma individualizada⁵⁵⁹.

Nos hallamos ante un mero derecho del acreedor, sin que acarree un *deber* o carga procesal al estilo del art.5 LC sobre el deudor. No significa esto que el legislador no

⁵⁵⁸ Por todos, vid. Auto núm.503/2008, de 7 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3ª (JUR 2009\134041).

Asimismo, especialmente interesante es el Auto núm.177/2009, de 7 de septiembre, de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 4ª (AC 2009\1983), por el detallado repaso doctrinal y parlamentario que realiza de la cuestión, alcanzando la misma conclusión.

⁵⁵⁹ GONZÁLEZ LECUONA, M.M., en AA.VV., *Comentarios a la Ley Concursal, Tomo I*, ed. Aranzadi, 2010, pág.120.

deseo estimular el ejercicio de este derecho, y es por ello que los créditos concursales - salvo los subordinados- del acreedor demandante pasarán a clasificarse con privilegio general en un 50% de su importe total, ex art.91.7 LC, lo que implica su preferencia en el cobro frente a los créditos ordinarios (art.89.3 LC), donde generalmente se encuadra el común de la masa pasiva del deudor.

Este aliciente, pese a su noble intención, acaba resultando paupérrimo en la práctica, ya que se sitúa muy lejos de una expectativa razonable de efectivo cobro total o parcial del crédito, como premio a la labor procesal y material de dicho acreedor instante. La razón es bien sencilla: pese a dicha conversión parcial en crédito privilegiado, la satisfacción de tal crédito todavía continuaría supeditado al pago de todos los créditos contra la masa, que son prededucibles, a la detracción en el pago de aquellos bienes sujetos a créditos con privilegio especial -lo que puede dejar la masa activa bastante reducida-, y finalmente a la satisfacción previa de los ordinales primero a sexto del art.91 LC, según marca el orden del art.156 LC para el pago de los créditos privilegiados generales.

Mediante esta sencilla reflexión, *de lege ferenda*, se pone de manifiesto la evidente necesidad de actualizar el susodicho privilegio de mejora clasificatoria, cuanto menos al primer ordinal de los dispuestos en el art.91 LC.

Fruto de esta inadaptada realidad se entiende que, salvo que el acreedor aprecie una considerable masa activa de su deudor -lo que entonces puede disuadirle de instar su concurso, por si es desestimado y se le condena en costas así como por daños y perjuicios ex art.20.1 LC-, o bien se utilice como técnica de presión o negociación en aras de alcanzar un acuerdo extrajudicial o pago inmediato, la estrategia procesal del concurso necesario no resulte tan estimulante como se pretende. Por todo ello, no es de extrañar que en el año 2016 nuestro Instituto Nacional de Estadística cifrara en 333 los concursos necesarios declarados, frente a los 4.421 de carácter voluntario declarados durante dicho mismo ejercicio. Con independencia de que la estadística oficial no permita distinguir simultáneamente entre concursos necesarios de personas físicas o jurídicas, sigue siendo más que apreciable esta notable diferencia cuantitativa.

La legitimación del acreedor no se ve afectada por la naturaleza de su crédito, ya sea ésta contractual o extracontractual, o que haya nacido de la Ley, e incluso no hace falta siquiera que se halle vencido y por tanto sea exigible, pues así se desprende del propio contenido del art.19.4 LC⁵⁶⁰. Tampoco hace falta que se trate de un crédito dinerario⁵⁶¹,

⁵⁶⁰ No obstante, hay autores que han cuestionado la legitimación del acreedor instante cuyo crédito no se halle vencido. Si no hay vencimiento no hay exigibilidad, siguiendo las normas básicas civilistas, toda vez que el art.2.2 LC habla de obligaciones *exigibles*. Pese a ello, una interpretación unitaria de la LC hace que deba pesar más la literalidad del art.19.4 LC, que alude a la posibilidad de que el derecho de crédito del instante no esté vencido, por lo que el art.2.2 LC solamente se estaría refiriendo a que debe valorarse la exigibilidad -vencimiento- a los efectos de determinar si el deudor se encuentra en estado de insolvencia.

Al hilo de esta disyuntiva es muy clarificador el Auto núm.149/2008, de 8 de mayo, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª (JUR 2008\186818).

pues así se desprende de una interpretación sistemática de nuestro ordenamiento jurídico, concretamente, del art.1088 CC -obligaciones de dar, hacer o no hacer-, con la única previsión de que dicho crédito deberá ser computado en dinero a los efectos de su reconocimiento en el concurso (art.88.3 LC).

Pese a esta flexibilidad que se concede sobre la naturaleza del crédito del acreedor, existen no obstante supuestos particularmente dudosos. Es el caso, por ejemplo, de los créditos sometidos a condición suspensiva -art.1114 CC- o los litigiosos -art.1535 CC-. A favor⁵⁶² de que resulten títulos habilitantes para la legitimación como demandante del acreedor, podría decirse que estos créditos gozarían de reconocimiento en el concurso como contingentes (art.87.3 LC), aunque con importantes limitaciones: la suspensión de los derechos de adhesión y voto al convenio, y del propio cobro. También a su favor cabe señalar que, con base en la normativa civilista, sus titulares están legitimados para ejercer acciones tendentes a la conservación de su derecho (art.1121.1 CC).

También podría ser cuestionable la legitimación como demandante del acreedor en ejercicio de un derecho de subrogación (art.1111 CC). Sin embargo, pese a lo poco habitual del caso, no existe inconveniente legal alguno en lo relativo a dicha legitimación, con la sola especialidad de que, a los efectos acreditativos que se exigen a la demanda de concurso necesario ex art.7.1 LC, deberá acreditarse que persiguió infructuosamente los bienes del deudor, pues la acción subrogatoria es de carácter subsidiario, así como acreditar el crédito de su deudor frente al pretendido concursado, al mismo tiempo que su condición de acreedor frente al deudor-acreedor del futuro concursado.

Por el contrario, no ostentará legitimación aquel acreedor cuyo crédito haya prescrito -ya que se deja de ostentar la condición de acreedor⁵⁶³-, ni tampoco aquel que provenga de un título ejecutivo y sobre el cual se haya producido la caducidad (art.518 LEC)⁵⁶⁴.

⁵⁶¹ AZNAR GINER, E., *El procedimiento de declaración del concurso necesario del deudor*, ed. Tirant lo Blanch, 2010, pág.23.

⁵⁶² Vid. Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid, de 16 de abril de 2007, reproducida por el Magistrado-Juez ANTÓN GUIJARRO, J., en AA.VV., *Los problemas de la Ley Concursal*, ed. Aranzadi, 2009, pág.85. El supuesto allí resuelto trataba de un crédito reconocido en primera instancia, carente de firmeza pero que ya era susceptible de ejecución provisional. En el mismo sentido, vid. Auto núm.234/2008, de 20 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª (AC 2009\104).

En contra, ROJO, A., en AA.VV., *Comentario de la Ley Concursal, Tomo I*, ed. Civitas, 2008, pág.210.

⁵⁶³ Auto de 29 de enero de 2007, del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Barcelona (JUR 2007\127635).

⁵⁶⁴ Auto núm.230/2007, de 22 de octubre, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Alicante (JUR 2008\357102). Por la singularidad del supuesto, que raramente se ve en la práctica, reproducimos un breve extracto de los fundamentos de la misma:

Aunque el crédito exista (en la hipótesis más favorable al solicitante) no puede ser hecho valer frente a la deudora, equiparándose tal situación a lo que ocurre con la prescripción del derecho no declarado judicialmente, sin que se pueda instrumentalizar el proceso concursal para "resucitar" esas facultades que han sido pérdidas por su titular por el transcurso del tiempo. De lo contrario se estaría dejando sin efecto el instituto de la prescripción y de la caducidad.

Como cuestión aparte debe tratarse la prohibición expresa que contiene el art.3.2 LC, no ya en atención a la naturaleza del crédito del acreedor sino en atención a su persona, ya que éste no estará legitimado si hubiera adquirido su crédito por actos *inter vivos*, a título singular y una vez vencido el mismo, dentro de los seis meses anteriores a la presentación de la demanda de concurso necesario. La función de esta excepción tiene como función evitar la *negociación especulativa*⁵⁶⁵ de créditos, así como evitar simulaciones por los acreedores originarios -por ejemplo, para lograr el presupuesto de la pluralidad de acreedores-, práctica común en el anterior derecho de quiebra.

Cabe plantearse si es posible que dos o más acreedores efectivamente legitimados (art.3 LC) presenten una demanda de concurso necesario conjuntamente frente a su deudor común. Este fenómeno, que se resuelve desde la perspectiva procesal de la pluralidad de partes activas, debería resolverse por la vía del art.12.1 LEC que permite⁵⁶⁶ la pluralidad en la *parte activa* -demandante- en supuestos de un mismo título -un mismo crédito- y/o causa de pedir -la insolvencia-, siendo que la Ley Concursal no establece ninguna especialidad expresa al respecto. Pues bien, pese a ello, por su singularidad cabe destacar el Auto de 12 de febrero de 2015, del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Valencia⁵⁶⁷ que categóricamente concluye que el concurso necesario *sólo puede ser instado por un solo acreedor*, citando a tal fin la redacción de los arts.15.1, 25.2 y 91.7º LC que ciertamente hacen referencia al acreedor en términos singulares.

Sin embargo, por el mayor peso que debe guardar el derecho a la tutela judicial efectiva, no parece que tales observancias implícitamente supongan o -en última instancia- puedan resultar título suficiente como para establecer dicha restricción de acceso conjunto al proceso. Antes bien, el propio art.3 LC hace referencia en tres de sus cuatro apartados al término *acreedores* e incluso a *socios, miembros o integrantes* en plural, lo que demuestra cierto grado de inconsistencia narrativa, por todo lo cual debería imperar la regla del art.12.1 LEC -que prevé dicha pluralidad en la parte activa de la relación jurídico-procesal- a falta de otra norma expresa.

Existen, además, tantas otras resoluciones⁵⁶⁸ que -con independencia de estimar o no la pretensión de fondo- admiten a trámite y no cuestionan la demanda presentada por varios acreedores del deudor común por tal hecho.

⁵⁶⁵ GONZÁLEZ CARRASCO, M.C., en AA.VV., *Comentarios a la Ley Concursal, Volumen I*, ed. Tecnos, 2004, pág.56.

⁵⁶⁶ Cuestión distinta es la consabida inexistencia de una suerte de *litisconsorcio activo necesario*, como se recuerda -entre muchas otras resoluciones- en el Auto de 1 de octubre de 2013, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (JUR 2013\323391), por cuanto *nadie puede ser obligado a demandar*.

⁵⁶⁷ JUR 2015\89556.

⁵⁶⁸ Auto núm.180/2011, de 10 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª (AC 2015\2318); Auto núm.49/2007, de 29 de marzo, de la Audiencia Provincial de Baleares, Sección 5ª (AC 2007\1707); Auto de 29 de enero de 2007, del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Barcelona (JUR 2007\127635); Auto núm.113/2010, de 30 de septiembre, de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 1ª (JUR 2010\391787).

Tampoco se observa mayor inconveniente en extender, sobre cada uno de los demandantes, el privilegio crediticio que contiene el art.91.7º LC, ni en el hecho de que pudiera darse una estimación de la demanda aunque se resolviera que no todos los demandantes ostentan la condición de acreedor -en cuyo caso aquel se vería excluido del referido privilegio por falta de legitimación activa *ad causam*-. Por último, y si bien con posterioridad a la resolución citada del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Valencia, la Sentencia núm.708/2015, de 21 de diciembre, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª⁵⁶⁹ ha venido a admitir dicha pluralidad de partes demandantes de un concurso necesario, precisamente con el fin de resolver la distribución del privilegio crediticio entre éstos y que el art.91.7 LC concede como acicate.

No puede cerrarse este apartado sin referirse, brevemente, a la determinación de la legitimación pasiva en el concurso necesario, al ser éste instado por una parte activa (demandante) ajena al deudor, si bien dicha legitimación pasiva *ad causam* necesariamente va a recaer siempre sobre tal deudor.

Si acaso, baste con recordar las alusiones que ya hemos tenido ocasión de hacer al estudiar el art.25 LC, y que permiten al acreedor instar la declaración de concurso de varios de sus deudores -acumulación de pretensiones- si se da alguno de los hechos externos del art.25.2 LC, o bien solicitar la *acumulación* de procesos -bajo la distinta concepción terminológica que presenta este término en sede concursal- conforme a la legitimación subsidiaria conferida en el art.25.bis.2 LC.

Finalmente, como en el concurso de persona física entra también en juego el posible fallecimiento del deudor concursado, es de agradecer que la LC se pronuncie a este respecto.

Si el fallecimiento tuviese lugar una vez declarado el concurso necesario, entonces éste pasará a tramitarse como concurso de la herencia (art.182.1 LC). Pero si el fallecimiento fuera anterior a la declaración de concurso, pero una vez presentada la demanda de concurso necesario, entonces debe estarse ante un defecto de legitimación pasiva. En estos casos el acreedor puede instar el concurso de la herencia, ex art.3.4 LC, como también se hallarían legitimados para ello los herederos del insolvente fallecido, siempre que dicha herencia no hubiese sido aceptada pura y simplemente (art.1.2 LC)⁵⁷⁰.

3.2.2 Procedimiento en la insolvencia cualificada (arts.2.4, 7 y 15 LC).

Por su singularidad, interesa comenzar abordando la posición procesalmente *privilegiada* -como se verá- prevista en la tramitación procedimental de la demanda de

⁵⁶⁹ RJ 2015\5566.

⁵⁷⁰ En tal supuesto, el acreedor podrá entonces dirigirse contra la responsabilidad *ultra vires* del heredero, y ya en su caso instar el concurso de éste si se diesen los oportunos presupuestos legales.

concurso necesario vía art.15.1 LC: aquella que normalmente ostentará el acreedor demandante quien, con anterioridad a demandar el concurso de su deudor, hubiera despachado ejecución singular contra éste y que por los mecanismos propios de dicha ejecución (arts.589 y ss. LEC en el orden jurisdiccional civil) ya constató que su deudor no tiene activo suficiente como para satisfacer su crédito⁵⁷¹, todo lo cual deberá documentar exhaustivamente en su demanda de concurso.

La premisa de la que parte el art.15.1 LC nos revela, por tanto, un impedimento procesal de necesaria acreditación documental para poder articularse la provisión de la demanda de concurso necesario mediante el art.15.1 LC. En definitiva, el acreedor debe ostentar la existencia de un título *no necesariamente ejecutado a su instancia*⁵⁷² para poder optar a dicho cauce procedimental, lo que normalmente le será posible a través del elemento de la insolvencia cualificada que ya regula el primer inciso del art.2.4 LC: un embargo que acredite la falta de bienes libres bastantes para el pago de la deuda.

Sin embargo, aunque éste resultará el escenario habitual -una frustrada ejecución singular que precede a la demanda de concurso-, lo cierto es que alternativamente el art.15.1 LC también permite su aplicación con base en una *investigación de patrimonio infructuoso*. Es por ello que, frente al indeterminado carácter de dicho concepto, el Auto de 5 de septiembre de 2013, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15^a⁵⁷³, aboga por una interpretación lo más restrictiva posible de dicho término: *sólo tras una investigación exhaustiva, no se localiza ningún bien o pesan sobre ellos multitud de embargos y cargas preferentes*.

Asimismo, incluso en el previo supuesto de la ejecución singular finalmente frustrada, la citada resolución también exige que debe deducirse *inequívocamente* que el deudor carece de bienes suficientes. Se rechaza, por tanto, que pueda hacerse un uso indiscriminado del referido concepto de *bienes libres bastantes para el pago* recogido en el art.2.4 LC, por entenderlo demasiado *lato sensu*⁵⁷⁴. Con todo, tampoco hay que olvidar el razonamiento del Auto de 18 de julio de 2011, del Juzgado de lo Mercantil nº

⁵⁷¹ Ejemplo clásico de este escenario se da en el Auto de 26 de marzo de 2014, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Palma de Mallorca (AC 2014\538).

⁵⁷² ROJO, A., en AA.VV., *Enciclopedia de derecho concursal, Tomo II*, ed. Aranzadi, 2012, pág.1814, quien considera que no es preceptivo que dicho título haya sido instado por el mismo sujeto demandante del concurso, lo que nos parece más acorde con la indistinción del propio art.15.1 LC.

En contra, vid. Auto núm.34/2012, de 16 de febrero, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª (JUR 2012\151070).

⁵⁷³ Citado y cuya interpretación se acoge en las Conclusiones de los Magistrados y Secretarios Judiciales de Cataluña, sobre aspectos procesales en la tramitación de los concursos, de 29 de septiembre de 2014, disponibles en http://www.icpb.es/fotos/Annex_avis_25.pdf

⁵⁷⁴ Lo que sin duda resulta cierto, puesto que la expresión *libres bastantes* (art.2.4 LC) viene entendiéndose *favor creditoris*, de modo que se evite al acreedor entrar en oscuros juicios sobre el valor de los gravámenes o cargas anteriores que pudiera presentar un bien de su deudor.

Así lo defiende, entre otros, HERNÁNDEZ MARTÍ, J., *Presupuesto objetivo del concurso y fundamento de la solicitud*, ed. Tirant lo Blanch, 2009, pág.59.

1 de Pontevedra⁵⁷⁵, eximiendo de la obligatoriedad de agotar o siquiera iniciar el posterior apremio (art.634 y ss. LEC) de aquellos bienes averiguados (arts.589 y 590 LEC).

La extrema cautela en aplicar el art.15.1 LC resulta completamente razonable, a la vista del anunciado privilegio procedimental que confiere sobre la demanda de concurso necesario: en esencia, que su estimación y consiguiente declaración de concurso se produzca *inaudita parte* en contra del principio general de contradicción.

En efecto, si la especial tramitación procesal previa a la declaración de concurso ha dejado de ser con carácter general *inaudita parte debitoris*, a diferencia de lo que ocurría en el derogado art.1325 LEC 1881 y ocurre en el actual concurso voluntario para los acreedores, se produce una excepción a través del citado art.15.1 LC y cuya constitucionalidad no parece cuestionable a la vista de tales antecedentes⁵⁷⁶.

Nada impide, por otro lado, que además de que el acreedor se sirva de su frustrada ejecución singular -ya sea de carácter provisional o definitiva⁵⁷⁷- y/o investigación de patrimonio infructuoso para participar del procedimiento agilizado del art.15.1 LC, igualmente decida asegurarse de la insolvencia de su deudor acreditando alguno de los restantes *hechos externos* del art.2.4 LC, en aras de minimizar el riesgo de posible revocación del auto declarativo por parte del concursado mediante recurso de apelación⁵⁷⁸. A este último respecto, no se olvide que el deudor continúa teniendo la potestad de instar dicho recurso frente al mismo (art.20.3 LC) sin que en nada afecte para ello su previa tramitación *inaudita parte*.

⁵⁷⁵ Citado y refrendado por la Magistrado-Juez DURÁN HINCHADO, M., en su ponencia impartida en el IV Curso Superior de Formación Especializada en Materia Concursal 2015, celebrado en Valencia, concretamente en la sesión de 19 de febrero de 2015.

⁵⁷⁶ La constitucionalidad de la declaración de concurso necesario *inaudita parte debitoris* ya fue confirmada cuando este fenómeno se hallaba incardinado en la anterior normativa.

Habiéndose pronunciando a este respecto el Tribunal Supremo, por aquel entonces, en su Sentencia de 12 de febrero de 1982 (RJ 1982\681).

⁵⁷⁷ Nada impide utilizar como título habilitante para el régimen del art.15.1 LC una ejecución provisional, ex art.524 y ss. LEC, siempre que practicados los correspondientes embargos a través de la misma se constate la inexistencia de bienes suficientes.

Como ejemplo de ello, vid. Auto núm.234/2008, de 20 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª (AC 2009\104).

⁵⁷⁸ El recurso de reposición al que también alude el art.20.2 LC solamente tendría cabida si lo que se pretende es recurrir alguno de los pronunciamientos del auto declarativo de concurso previstos en el art.21 LC, pero no la propia declaración en sí -el pronunciamiento principal-. Otra cosa es que frente al Auto que resuelva aquel recurso de reposición sí quepa un posterior recurso de apelación, en este caso a través del sistema general de *apelación diferida* consagrado en el art.197.4 LC, según se recuerda en el Auto núm.148/2012, de 5 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª (JUR 2013\83549).

En todo caso cabe destacar que, aun dependiendo del estilo de cada juzgado, la parte dispositiva de un auto declarativo fácilmente puede contener hasta veinte pronunciamientos.

Vista, pues, la estrecha relación -que no coincidencia plena- existente entre la privilegiada vía procedimental del art.15.1 LC y el primer hecho externo de la insolvencia cualificada -falta de bienes libres bastantes para el pago vía embargo-, procede a continuación analizar cuál sería la *distinta y ordinaria vía procedimental* de provisión de la demanda de concurso necesario cuya *causa petendi* residiera en alguno de los restantes supuestos que contempla el sistema *numerus clausus*⁵⁷⁹ de *insolvencias cualificadas* (art.2.4 LC).

En este sentido, la tramitación *ex ante* al auto declarativo de concurso pasa en este caso a ajustarse por el cauce procedimental más abultado del art.15.2 LC, con el consiguiente emplazamiento al deudor y su posible oposición -en su caso- y vista -ídem-, ex arts.18 y 19 LC. Solución que se estima razonable y equilibrada, en evitación de una posible indefensión, ya que en estos casos el acreedor no está amparado en alguno de los exhaustivos títulos -judiciales o extrajudiciales- que justifican la ruptura del principio de contradicción vía art.15.1 LC.

En la práctica, el *sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones* se ha convertido en el hecho más alegado como insolvencia cualificada, ex art.2.4.1º LC, sin duda por su generalidad. Este sobreseimiento, según recoge nuestra jurisprudencia menor⁵⁸⁰ -haciendo suya la jurisprudencia del Tribunal Supremo desde mediados de siglo XX-, no puede consistir en un hecho *esporádico, simple o aislado*, sino *definitivo, general y completo*.

El siguiente supuesto, relativo a la pluralidad de ejecuciones y embargos, ex art.2.4.2º LC, no exige que el demandante del concurso ostente personalmente un título ejecutivo ni haya instado una ejecución frente al deudor, a diferencia de lo que ocurre para el supuesto de embargo infructuoso⁵⁸¹.

En cuanto al *alzamiento o liquidación apresurada o ruinosa*, ex art.2.4.3º LC, hemos de recordar la posibilidad de poner de manifiesto el primero en un proceso penal, y en cuanto al segundo o segundo y tercero -pues se disocian distintivamente-, pueden definirse como una liquidación de los bienes llamativamente precipitada o bien por un

⁵⁷⁹ La consideración de *numerus clausus* de los hechos del art.2.4 LC es plenamente pacífica y compartida, justificándose en que evita una *indefinida idea de insolvencia* en el concurso necesario, en pro de una política *favor debitoris*. Así, entre otros, vid. Auto núm.499/2007, de 17 de septiembre, de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5ª (AC 2007\2055); Auto núm.8/2012, de 26 de enero, de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 2ª (AC 2013\241); Auto núm.119/2011, de 20 de julio, de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 4ª (JUR 2011\376230).

⁵⁸⁰ Por todos, Auto núm.38/2006, de 27 de enero, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª (JUR 2009\176685).

⁵⁸¹ Así, la Magistrado-Juez ORELLANA CANO, N., en AA.VV., *Comentario práctico a la nueva Ley Concursal*, ed. La Ley, 2012, pág.64.

precio muy inferior al de su valor de mercado, respectivamente, lo que exigirá una casuística de lo más heterogénea⁵⁸².

Finalmente quedaría el último de los hechos externos previstos, relativo al incumplimiento generalizado de las obligaciones tributarias y de cotización, así como el impago de nóminas a los trabajadores, todo ello durante los tres meses anteriores a la demanda de concurso pretendida⁵⁸³. También cabría hacer uso de una posible declaración administrativa de insolvencia, sin embargo, su ausencia de publicidad en el caso de personas físicas hace muy complicada su utilización⁵⁸⁴.

Con respecto al contenido de la demanda del acreedor, al margen de ajustarse a las pautas del art.399 LEC y la acreditación de los pertinentes presupuestos subjetivo y objetivos del concurso⁵⁸⁵, la dicción literal del art.7.1 LC es clara cuando dice que con la demanda de concurso necesario debe aportarse un documento acreditativo del crédito, lo que supondrá que se constate de oficio la legitimación⁵⁸⁶ del acreedor instante, y, como apuntábamos, el posible tratamiento procesal de esta cuestión por vía del art.13.2 LC, que para los casos de defectos en la demanda de concurso señala un plazo máximo de justificación o subsanación de cinco días.

Mayor confusión causa el art.7.2 LC, relativo a la necesidad de expresar en la demanda de concurso necesario los medios de prueba oportunos, ya que a la vista del contenido del art.19.4 LC que regula el trámite de la vista en caso de oposición del deudor, debe entenderse que la exigencia al acreedor de proponer medios probatorios no precluye en el estado procesal del art.7.2 LC, siempre que tenga lugar una posterior vista.

No significa con ello que se exima al acreedor de aportar medio de prueba alguno en su demanda de concurso, aunque ello sencillamente se materialice en los propios documentos que den una mínima fe de su crédito habilitante para instar dicha demanda. La práctica forense y las ya no tan nuevas tecnologías -bases de datos de registro de

⁵⁸² Así, por ejemplo, el Auto de 5 de mayo de 2009, del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid (AC 2009\1053), consideró que no es liquidación ruinosa la constitución de nuevas garantías -hipotecas- sobre el patrimonio del deudor, toda vez que recuerda la referida distinción entre “apresurada” y “ruinosa”, al no ser exactamente sinónimos.

⁵⁸³ No deben parecer supuestos inaplicables a la fundamentación de la demanda de concurso necesario frente al deudor persona física, pues simplemente imaginemos su posible condición de profesional o empresario.

⁵⁸⁴ A diferencia del art.62.3 RGR, que señala que la *declaración de fallido* será anotada en el Registro Mercantil para las personas o entidades inscritas en el mismo, por lo general no encontramos la misma publicidad para la persona física -salvo aquellas inscritas en el Registro Mercantil-.

⁵⁸⁵ Si bien cabe advertir, como ya hacíamos al tratar la demanda de concurso voluntario, la muy desafortunada decisión alcanzada en las Conclusiones de los Magistrados y Secretarios Judiciales de Cataluña, sobre aspectos procesales en la tramitación de los concursos, de 29 de septiembre de 2014, en la que se insta a presentar la demanda de concurso necesario bajo un formulario predeterminado.

⁵⁸⁶ Refiriéndolo como *la prueba de la legitimación del solicitante* se pronuncia el Auto de 13 de julio de 2005, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de La Coruña (JUR 2005\234787).

LA INSOLVENCIA DE LA PERSONA FÍSICA:
SU TRATAMIENTO DESDE UNA PERSPECTIVA JURISDICCIONAL

morosos-, así como por una simple cuestión de prudencia y oportunidad, hacen que el acreedor seguramente sea capaz de contar al tiempo de su demanda con algún tipo de prueba documental -a complementar en su caso- mínimamente acreditativa de la situación de insolvencia de su deudor, incluso aunque éste sea una persona física -en el caso de las personas jurídicas es todavía más sencillo acudir a dichos registros de impagados, entre otras fuentes de investigación extraoficiales-.

En definitiva, la demanda de concurso necesario deberá contar con un mínimo soporte, indiciariamente probatorio de los presupuestos del concurso además de documentar su crédito debidamente, aun solamente para superar el control de oficio previo del art.13.2 LC, así como para que la demanda se halle debidamente encaminada a la prueba plena mediante la posterior práctica de los medios probatorios en su caso solicitados en dicha demanda (art.7.2 LC).

Al final, se trata de que el letrado prepare una demanda equilibrada y prudente, que cuente con documentación indiciariamente suficiente como para apreciar la existencia del crédito impagado de su cliente acreedor, así como toda la prueba que estime oportuna solicitar para acreditar la insolvencia del contrario deudor -hasta ahora es probable que sólo tenga indicios o bien le falte documentación complementaria fuera de su alcance-, estando plenamente justificado que acuda al auxilio judicial probatorio, ex art. 7.2 LC, por ejemplo mediante el requerimiento de exhibición de documentos (art.328 LEC)⁵⁸⁷.

Lógicamente, el momento temporal en el que deberá situarse la prueba de la insolvencia del deudor será al tiempo de instarse la demanda de concurso⁵⁸⁸. Ahora bien, dicha realidad fáctica no es plena en un sentido absolutista o irrevocable y pese a la aplicación del principio *perpetuatio legitimationis* (art.413 LEC). A este respecto, resultan muy acertadas las conclusiones que se alcanzan en el Auto núm.68/2012, de 27 de abril, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28^a⁵⁸⁹.

No solamente constata la aplicabilidad práctica del art.413 LEC en sede concursal, sino que aclara también que en el caso de que el deudor, con posterioridad a dicha demanda de concurso de su acreedor, consiguiera superar su situación de insolvencia y así acreditarlo en el pertinente trámite de oposición (art.18 LC), la existencia pretérita de dicha insolvencia al tiempo de la demanda no impide desestimar tal *petitum* de concurso necesario por *desaparición sobrevenida del objeto del proceso*, si bien sin imponer la condena en costas a dicho acreedor demandante (art.20.1 LC). Solución similar, aunque

⁵⁸⁷ Sobre esta doble diligencia exigible al demandante del concurso necesario, vid. Auto núm.22/2012, de 4 de abril, de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 3ª (JUR 2012\161980).

⁵⁸⁸ Decimos que es lógico porque ello no entraña sino extrapolar los principios de la LEC, en concreto su art.413, que regula los efectos sobre un proceso por el cambio de circunstancias durante su tramitación.

⁵⁸⁹ JUR 2012\210851.

En el mismo sentido e idéntica claridad argumentativa, vid. Auto núm.76/2011, de 1 de junio, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª (AC 2011\1430).

ésta ya no se especifica, debería adoptarse con respecto a una hipotética petición de liquidación de daños y perjuicios del deudor frente a aquel acreedor demandante, con motivo del Auto desestimatorio de su demanda de concurso bajo las mismas circunstancias de hecho.

Por su parte, tal y como resulta inherente en toda relación procesal civil, el deudor no solamente puede plantear resistencia a la pretensión del acreedor instante, sino que también puede no comparecer o comparecer y allanarse, salvo que directamente estemos ante el comentado trámite privilegiado *inaudita parte debitoris* del art.15.1 LC. Se discute si, entonces, en los aludidos casos de allanamiento o simple rebeldía por falta de oposición, debe procederse a la declaración automática del concurso; siendo la mayoría de la jurisprudencia favorable a ello, por tanto sin necesidad de examinar el presupuesto objetivo del concurso⁵⁹⁰, incluso en los supuestos de simple falta de oposición sin incurrir en rebeldía procesal⁵⁹¹.

En el caso de comparecencia y oposición por parte del deudor -excepción hecha, insistimos, del régimen procesal privilegiado del citado art.15.1 LC-, se abre un nutrido abanico de posibilidades a través de las cuales el deudor podrá presentar su resistencia a la demanda de concurso necesario. Esta variedad hace que sea difícil de abarcar, por lo que se nos antoja más ilustrativo realizar el siguiente esquema de los motivos de oposición del deudor más habituales:

- i. Inexistencia del hecho externo en que se fundamenta la demanda -en clara conexión con el art.2.4 LC-.
- ii. Inexistencia del estado de insolvencia -recordemos que los hechos del art.2.4 LC sólo son presunciones *iuris tantum*, y que incluso la tenencia de un título ejecutivo en el que se haya declarado la insolvencia del deudor no es presunción *iuris et de iure*.

En estos casos, probada la existencia del hecho externo por el acreedor instante, es el deudor quien deberá acreditar su supuesta solvencia⁵⁹².

⁵⁹⁰ Así por ejemplo, vid. Auto de 17 de enero de 2014, del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Valencia (autos de concurso núm.1301/2012), y Auto núm.164/2005, de 11 de mayo, Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao (AC 2005\940).

No obstante, también existen resoluciones contrarias a dicho automatismo: Auto núm.83/2012, de 6 de julio, de la Audiencia Provincial de Lleida, Sección 2ª (JUR 2012\291175), o el Auto núm.33/2007, de 19 de marzo, de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 3ª (JUR 2008\86760).

⁵⁹¹ Auto de 18 de abril de 2017, del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid (autos de concurso núm.625/2015).

⁵⁹² Así lo sostiene PRENDES CARRIL, P., "El presupuesto objetivo del concurso: la insolvencia", Actualidad Jurídica Aranzadi, ed. Aranzadi, núm.636/2004. Por tanto, acreditado el hecho externo por parte del acreedor instante, incumbe al deudor la prueba de su solvencia, justificado en la mayor facilidad que dispondrá para ello ex art.217.6 LEC.

Claro que también puede suceder que el deudor no haya sido capaz de demostrar su solvencia, ya sea exclusivamente mediante su contabilidad -limitando así la LC su *resistencia* a la *pretensión*- si está obligado a su llevanza, o bien por otros medios ex art.18.2 LC, y aun así que la demanda de concurso acabe desestimándose si el acreedor tampoco fue capaz de acreditar la existencia del hecho externo acreditativo de la insolvencia cualificada (art.2.4 LC). Es lo que sucedió en el Auto núm.252/2010, de 19 de octubre, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Las Palmas de Gran Canaria⁵⁹³.

- iii. Falta de legitimación activa *ad causam*, por no ostentar el demandante la condición de acreedor.
- iv. Desaparición sobrevenida del presupuesto objetivo del concurso -integrándose su viabilidad por mor del antes comentado art.413 LEC-.
- v. Inexistencia de pluralidad de acreedores -con las advertencias que hacíamos a las últimas resoluciones de la DGRN, al tratar el presupuesto objetivo del concurso, aunque no parecen haber sido acogidas por la jurisprudencia-.

También cabe plantearse qué tratamiento procesal reciben, bajo sede concursal, aquellas conductas procesalmente anormales por parte del demandante. En este sentido, si el acreedor demandante interesara desistir -o incluso renunciar⁵⁹⁴- de su demanda durante el procedimiento de oposición (art.18 LC), ya sea en forma de *incomparecencia* o mediante expreso escrito, en lugar de sobreseerse el proceso (vid. arts.20.3, 414.3 y 414.4 LEC) el art.19.3 LC permite al juez *ex officio* continuar valorando si concurre el presupuesto de la insolvencia y dar traslado a otros posibles acreedores que resulten conocidos de las actuaciones obrantes, a fin de que formulen *alegaciones* previas a resolver la demanda.

El aséptico término de *alegaciones* previsto en el art.19.3 LC debe reinterpretarse en el bien entendido sentido de que un tercer sujeto pueda asumir la posición de parte demandante del concurso y abandonada por el demandante originario.

Nos hallaríamos, pues, ante una sucesión por intervención provocada (art.18 LEC), con la particularidad frente al art.14 LEC de que sea el juez del concurso al que la Ley confiere la potestad de llamar a tales terceros-acreedores. Esta interpretación, que aquí se propone, se justificaría en la tramitación parlamentaria del art.19.3 LC, resaltada por el Auto de 26 de enero de 2009, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Málaga⁵⁹⁵,

⁵⁹³ AC 2010\1801.

⁵⁹⁴ Pese a las ya aludidas intermitencias del principio dispositivo a lo largo del proceso concursal, no cabe duda de la naturaleza privada del derecho subjetivo que se ejerce mediante la demanda de concurso, sin que éste presente tampoco una naturaleza cuya renuncia fuera contraria al orden público procesal. Lo contrario sería casi tanto como considerar que una reestructuración o condonación de deuda puede llegar a no ser materia transable (arts.1255 y 1809 CC).

⁵⁹⁵ JUR 2009\237282.

amparándose dicha potestad por si fuera del interés de estos terceros *instar la declaración de concurso impidiendo que se declare la conclusión del procedimiento aún existiendo presupuesto objetivo*, por tanto asumiendo inevitablemente dicha *petitum*.

¿De qué recursos dispone el deudor -concurado- frente al Auto estimando la pretensión de declaración de concurso necesario? Como ya se ha dicho, debemos distinguir por un lado entre el recurso de reposición al que alude el art.20.2 LC, que solamente procede si lo que se pretende recurrir es alguno de los pronunciamientos del auto declarativo de concurso previstos en el art.21 LC pero no la propia declaración en sí -el pronunciamiento principal-.

Por el contrario, si lo que efectivamente quiere recurrirse es tal declaración en concurso, en ese caso deberá tramitarse vía recurso de apelación como prevé el mismo art.20.2 LC, para lo cual no debe olvidarse la posición que hubiera podido adoptar el deudor concursado en la instancia y a la que queda sujeto en sus hechos y fundamentación (art.456.1 LEC)⁵⁹⁶. Tanto es así que, como sucedería en cualquier otro proceso civil, si el deudor hubiere procedido a allanarse frente a la demanda de concurso (art.18.1 LC) entonces carecerá de legitimación activa -entendido como *quebranto* de la resolución judicial- para luego recurrir en apelación dicha declaración concursal⁵⁹⁷.

Por último, cabe recordar la exclusiva potestad del acreedor instante de demandar medidas cautelares con anterioridad a la declaración de concurso necesario pretendida, ex art.17 LC, bajo la estela del régimen general previsto en los arts.721 y ss. LEC⁵⁹⁸. No obstante, de los tres clásicos presupuestos para la adopción de medidas cautelares - *periculum in mora*, *fumus bonis iuris* y prestación de caución, ex art.728 LEC-, el art.17.2 LC convierte en potestativa el presupuesto de la caución o fianza.

Sobre el particular régimen de medidas cautelares, destinado a regular la tutela jurisdiccional cautelar en el seno de un concurso, nos remitimos a su pormenorizado estudio ya contenido en el Capítulo Segundo.

4. Fase común.

4.1. Auto declarativo de concurso y sus efectos (art.21 LC).

⁵⁹⁶ Así como queda igualmente sujeto a la consabida prohibición de mutación de la pretensión (*mutatio libelli*), vid. así la Sentencia núm.162/2017, de 24 de marzo, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª (Autos de apelación núm.241/15).

⁵⁹⁷ Vid. Auto núm.49/2007, de 24 de mayo, de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 3ª (JUR 2008\86664).

⁵⁹⁸ El propio art.17 LC hace una remisión al régimen de medidas -*numerus apertus*- del art.727 LEC, lo que no significa que éstas deban someterse al plus de un juicio de compatibilidad bajo el escenario concursal, además de los presupuestos procesales ordinarios para su admisibilidad.

El auto declarativo de concurso puede contener en su parte dispositiva hasta veinte pronunciamientos, dependiendo del estilo formal propio de cada Juzgado. En cualquier caso no debe ignorarse esta primera evidencia, reveladora de que nos hallamos ante una resolución compleja, formada por un pronunciamiento principal -la declaración del concurso- y otra serie de pronunciamientos instrumentales a éste, por ejemplo, los efectos sobre las facultades patrimoniales del deudor.

La naturaleza de ese auto declarativo es controvertida, pues ni resulta estrictamente ejecutiva sino más bien constitutiva⁵⁹⁹, sólo que posee determinados aspectos de naturaleza ejecutiva, concretamente, sus efectos inmediatos con independencia de que tal auto no haya devenido firme (art.21.2 LC). Por el contrario, si el pronunciamiento de dicho auto fuera desestimatorio de la demanda de concurso voluntario o necesario, entonces cabe afirmar que su naturaleza se posicionaría más bien en una esfera meramente declarativa.

Un punto de partida habitual para definir el concurso consiste en destacar su carácter *universal*, con el que es habitual calificar al proceso concursal⁶⁰⁰. Dicha universalidad se manifiesta en la extensión de los efectos del concurso a todos los acreedores del deudor, decayendo así el interés particular del acreedor frente al colectivo, al quedar todos ellos integrados dentro de lo que se conoce como masa pasiva del concurso (art.49 LC).

Por su parte, y salvo las excepciones que prevén los arts.76.2 y 76.3 LC⁶⁰¹, la masa activa del deudor también queda íntegramente afecta al concurso, de un modo garantista para los acreedores, que así pueden conocer con cierta precisión su composición a través del llamado *inventario* que realice la administración concursal (art.82 LC), incluso aunque su función sea meramente informativa y no constitutiva⁶⁰². Desde la perspectiva del sujeto concursado, esta reordenación *de facto y de iure* de su situación patrimonial también puede serle beneficiosa, tanto de cara a la consecución de un convenio concursal -por su función igualitarista sobre los acreedores-, así como en caso de liquidación de su patrimonio -de un modo más estructurado- conforme al sistema liquidador previsto en el plan de liquidación (art.148 LC).

⁵⁹⁹ CORDÓN MORENO, F., *Proceso concursal*, ed. Aranzadi, 2013, pág.113.

⁶⁰⁰ Por todos, LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *El proceso concursal*, ed. Aranzadi, 2012, pág.239.

⁶⁰¹ Referidos a los bienes y derechos legalmente inembargables y las garantías reales sobre buques y aeronaves, respectivamente. El primero de ellos se encuentra en clara conexión con la rúbrica de los arts.605 y ss. LEC. En cuanto al segundo, supone no solo una reducción de la masa activa sino también de la masa pasiva, con respecto a los acreedores titulares de tales privilegios, justificado por las peculiaridades de su tráfico.

⁶⁰² Por tanto, al no ser el inventario invariable, salvo a los efectos procesales de impugnación del informe ex art.96 LC, éste podrá sufrir variaciones -su incrementación, disminución o modificaciones de valor- a lo largo del proceso.

Sentencia núm.64/2012, de 21 de febrero, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª (JUR 2014/96240).

4.1.1 Carácter del concurso (art.22 LC).

Con respecto a este primer pronunciamiento, su diferenciación ya la hemos podido estudiar con la figura de la legitimación en el concurso. En este sentido, cabe recordar que el art.21.1 LC debe ponerse en relación con el art.22.1 LC, que recoge el criterio temporal que determinará el signo del concurso -voluntario o necesario-, primando así aquella demanda que haya sido presentada primero.

La reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, añade en el art.22.1.II LC que la comunicación preconcursal prevista en el art.5.bis LC -precepto también introducido por la misma reforma, en detrimento del art.3.5 LC- computará a efectos de antigüedad. De este modo, se está pensando en una posterior demanda de concurso de aquel deudor que hubiera comunicado el precurso, algo que el propio art.5.bis.5 LC le exige con carácter general y que ya tenemos ocasión de analizar en el Capítulo Cuarto.

Resulta necesario plantearse cuál es el tratamiento que deben recibir aquellas posibles demandas de concurso presentadas con posterioridad, aun desde el más honesto desconocimiento. La cuestión sencillamente debe resolverse por el mecanismo procesal de la litispendencia⁶⁰³, ligado al principio de la *perpetuatio iurisdictionis*, sin que sea posible que coexistan diversos expedientes concursales relativos al mismo deudor. Por tanto, aquella demanda de concurso posterior debe ser inadmitida a través del primero de los trámites previstos para ello, aquel previsto en el art.13.2 LC, motivándolo en el citado defecto procesal.

4.1.2 Efectos sobre las facultades patrimoniales del concursado (arts.40 a 44 LC).

Por su impacto directo y continuado hasta la conclusión del concurso, nos hallamos ante uno de los efectos más trascendentes que lleva consigo el auto declarativo de concurso, inherente al cumplimiento material del principio de universalidad de la masa activa, es decir, en aras de asegurar el efectivo sometimiento de dicha masa patrimonial al concurso.

⁶⁰³ Esta es la solución que aplicó el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Valencia, en su Auto de 1 de abril de 2011 (JUR 2012\16088). En el mismo sentido, vid. Auto de 26 de septiembre de 2005, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo (AC 2005\1235).

Por su inusitado trasfondo, también es digno de mención el Auto de 1 de febrero de 2012, del Juzgado de lo Mercantil nº 10 de Barcelona (AC 2012\314). En un supuesto en el que la demanda de concurso del deudor fue presentada con posterioridad a la formulada por una serie de acreedores -mediando entre ellas apenas una escasa diferencia de minutos-, el Juzgado opta por una interpretación finalista de la norma y declara el concurso con carácter voluntario en lugar de necesario. No debiendo ser partidarios de este tipo de extensión de facultades por el juez -por lo peligroso del asunto cuando se roza un criterio *contra legem*-, también es justo mencionar que al parecer dichos acreedores presentaron su demanda alejados de las reglas de la buena fe procesal (art.247 LEC), por tratarse en parte de trabajadores de la sociedad concursada, a su vez una conocida compañía aérea.

Mediante la limitación de determinadas facultades del deudor, se persigue el aseguramiento de su integridad patrimonial⁶⁰⁴ para la satisfacción de los fines del concurso -entre ellos, la satisfacción de los acreedores-, lo que difícilmente es factible sino se constituyen instituciones de control y salvaguarda del patrimonio del concursado y ya sea éste una persona física o jurídica.

Para servir a dicha finalidad, el art.40 LC establece dos modalidades de afectación de tales facultades patrimoniales del deudor: podrán estar sometidas a *intervención* de la administración concursal, lo que requerirá de su supervisión y conformidad, debiendo quedar constancia por escrito de ello⁶⁰⁵, o bien podrá decretarse su *suspensión*, lo que supondrá la plena sustitución en la capacidad patrimonial del deudor por la administración concursal, que la práctica ha evidenciado que es una distinción más aparente que real.

Sobre ello último, debe reflexionarse que pretender que la administración concursal adopte el rol de empresario o profesional respecto de un determinado sector, es una solución absurda que debe rechazarse por su inaplicabilidad material -posible falta de conocimientos, exigencias que sobrepasan su finalidad como órgano del concurso, etc.-, pese a su aparente aspiración teórica según el tenor literal del art.44.3 LC.

La línea práctica entre la intervención o suspensión al final no es más que una intensificación en el control último de las decisiones patrimoniales, pero en todo caso va ser el deudor quien continúe teniendo la iniciativa que la administración concursal deberá valorar y bien aceptar o rechazar⁶⁰⁶.

De igual modo, la persona física concursada que no resulte empresario o profesional también continuará proponiendo cuáles son aquellas necesidades materiales propias de su vida cotidiana, sin que dicha iniciativa forme parte de las funciones de la administración concursal y sin perjuicio de su aprobación.

Con independencia del régimen de facultades intervenidas o suspensas, mucha mayor justificación deberá darse en el supuesto de adopción de aquellas medidas susceptibles de solicitud al amparo del art.41 LC, es decir, aquellas que puedan afectar a derechos

⁶⁰⁴ COLINA GAREA, R., “Las restricciones a las facultades patrimoniales del deudor declarado en concurso”, Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, ed. Aranzadi, núm.7/2007.

⁶⁰⁵ Salvo que se trate de decisiones de trámite o gestión ordinaria, ex art.35.3 LC; lo que en la práctica hace que para la mayoría de estas actuaciones baste con la aprobación verbal de la administración concursal.

⁶⁰⁶ Por lo demás, el principal efecto práctico entre un régimen y otro se refleja sobre la tesorería del concursado, que por organización seguramente ya habrá decidido centralizar la administración concursal en una determinada cuenta bancaria de nueva apertura. Así, mientras que en régimen de intervención de facultades suele procederse a la apertura de una nueva cuenta bancaria en régimen mancomunado de firma entre deudor y administración concursal -el primero formula y firma los pagos, la segunda completa su capacidad mediante la segunda firma exigida-, en régimen de suspensión de facultades se modifica esta situación para que la administración concursal sea la única con capacidad decisoria plena.

fundamentales del sujeto concursado. Aunque de muy escasa utilización en la *praxis*, lo cierto es que las mismas incluso pueden anticiparse al tiempo de la admisión a trámite de la demanda de concurso necesario (art.1.1 LORC), precepto este último que se encuentra en contradicción con lo que prevé el art.41 LC pero cuyo carácter orgánico determina su prevalencia.

Con ponderado criterio, el legislador presume al concurso voluntario un carácter más dócil y por ello establece por defecto la mera intervención de facultades del deudor, así como por el contrario sospecha del deudor rebelde declarado en concurso por un tercero, y en consecuencia, configura por defecto la suspensión de sus facultades como el cauce más adecuado. No obstante, nada impide que un concurso voluntario se declare con un pronunciamiento suspensivo sobre las facultades del deudor *ab initio*, y viceversa, siempre bajo la premisa de su adecuada justificación (art.40.3 LC).

Por último, destaca el carácter previsor del art.40.4 LC al permitir la flexibilidad en el cambio del régimen de facultades establecido, a la vista del dilatado *iter* del proceso concursal en el tiempo -aun siendo conservadores en el cálculo, no menos de dos años si se cumplen todas sus fases-. En la práctica, el presupuesto habitual que obligue a la administración concursal a solicitar al juez el cambio en el régimen de intervención de facultades será el incumplimiento del deudor en su *deber de colaboración* -concepto definido en términos holgados en el art.42 LC, y que se extiende a todas las secciones del concurso-, solicitud ésta que se resolverá mediante auto al no ser precisa su tramitación incidental⁶⁰⁷.

Nos interesa destacar la adecuada distinción entre actos de *administración* y actos de *disposición*, términos en ocasiones utilizados alternativamente de modo equívoco, puesto que el primer concepto se refiere a la explotación de la masa activa -por ejemplo, el arrendamiento de un inmueble-, mientras que la segunda categoría de actos supondría, siguiendo con el mismo ejemplo, la enajenación de dicho inmueble⁶⁰⁸.

En todo caso, ya hemos tenido ocasión de citar el art.76 LC relativo al principio de universalidad de la masa activa y sus excepciones (art.76.2 y art.76.3 LC), por lo que las referidas limitaciones sobre las facultades patrimoniales del deudor lógicamente no se extienden sobre sus bienes inembargables, que se hallan fuera de la órbita concursal y por tanto no quedan *integrados* en el mismo⁶⁰⁹. En el concurso de persona física adquiere gran utilidad el apartado 4º del art.606 LEC, en conexión con el art.607 LEC y la remisión que a los mismos efectúa el art.76.2 LC, puesto que los ingresos dinerarios

⁶⁰⁷ Así lo defiende la Magistrado-Juez GALLEGO SÁNCHEZ, A., en AA.VV., *Comentario práctico a la nueva Ley Concursal*, ed. La Ley, 2012, pág.230.

⁶⁰⁸ De esta distinción doctrinal se ha ocupado también la Sentencia núm.180/2010, de 13 de julio, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª (JUR 2010\310613).

⁶⁰⁹ JUAN Y MATEU, F., en AA.VV., *Tratado práctico del derecho concursal y su reforma*, ed. Tecnos, 2012, pág.265.

allí referidos quedan exentos de soportar el reseñado régimen de intervención o suspensión de las facultades patrimoniales⁶¹⁰.

Por otra parte, aunque puedan entrar en juego los supuestos previstos en el art.44 LC, relativos a la intervención o suspensión de facultades por la administración concursal sobre el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del concursado, perfectamente aplicables en la persona física empresario o profesional⁶¹¹, dado que la mayoría de concursados persona física trabajarán por cuenta ajena, la declaración de concurso no tendrá influencia alguna sobre su actividad laboral⁶¹².

Así pues, los efectos sobre el concursado nos recuerdan en esencia al derogado art.1914 CC, que con menos literatura venía a significar lo mismo, toda vez que los efectos prácticos básicamente se traducen en la referida apertura de una nueva cuenta bancaria bajo régimen mancomunado entre concursado y administración concursal, de modo que el concursado necesite de la firma electrónica de esta última para completar cualquier transferencia.

Se han suscitado diversos planteamientos sobre la naturaleza de estas limitaciones, con independencia de su grado de afectación. No podemos decir que estemos ante una verdadera *incapacidad* sobre el concursado, aunque algún precepto utilice dicho término (art.51.3 LC), pues éste conserva plenamente dicha capacidad para actuaciones que no afecten al principio de universalidad de la masa activa -actuaciones alejadas de los verbos *disponer* y *administrar* que utiliza el art.40 LC, o de los bienes que integrarán el concurso-. Por tanto, la intervención o suspensión de facultades no es abstracta, sino que únicamente recae sobre los bienes y derechos sujetos al concurso, no sobre la propia persona deudora⁶¹³.

Tampoco nos hallamos ante un nuevo estado civil, aunque su inscripción sea preceptiva por motivos de publicidad concursal, puesto que no se trata de una condición o

⁶¹⁰ Los concursos de persona física, desde la práctica forense, acaban traduciéndose en una sucesión de peticiones de pagos del deudor del orden más cotidiano: solicitudes para el abono del colegio, luz, agua, medios de transporte o cuestiones de tal índole, que al menos así se ven mitigadas por estos mínimos legales de inspiración caritativa.

⁶¹¹ En cuanto a la potestad regulada en el art.44.4 LC, que habilita a la administración concursal a solicitar el cese o suspensión de la actividad *empresarial* del concursado, se observa que ya no aparece la referencia a la actividad *profesional*. Sin embargo, no sería admisible su interpretación extensiva, considerando el carácter cuasi sancionador de la norma, así como teniendo en cuenta su expresa mención en los tres apartados anteriores, lo cual impide pensar en un posible olvido del legislador.

⁶¹² MARTÍNEZ FLÓREZ, A., *Comentario de la Ley Concursal, Tomo I*, ed. Aranzadi, 2008, pág.906.

⁶¹³ MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “La declaración de concurso y la capacidad de obrar del deudor”, *Anuario de Derecho Concursal*, ed. Civitas, núm.6/2005.

Destacando la tradición histórica en *desapoderar* al deudor concursado de sus facultades de administración y disposición, así como la existencia de la interdicción civil y sus efectos de incapacitación hasta 1983, tradición que ha tenido que superarse para poder ajustar los parámetros jurídicos de estas limitaciones a su actual contexto.

circunstancia sobre la persona física que vaya a persistir de modo continuado en el tiempo, ni es un atributo fundamental a ésta, sino que posee un carácter puramente circunstancial y temporal. En definitiva, resultaría excesivo por ajeno a su finalidad incardinar estas limitaciones como un nuevo estado civil⁶¹⁴.

Como consecuencia de todo ello, los efectos sobre las facultades patrimoniales del deudor al final deben configurarse como una construcción autónoma, alejada de las figuras de la incapacidad o estado civil, ya que se limitan a imposibilitar al deudor para que actúe con eficacia jurídica en determinados supuestos que, de lo contrario, impedirían garantizar la finalidad o correcto funcionamiento del proceso concursal.

Adviértase que aunque el sujeto concursado es en puridad el único obligado y afecto al régimen del art.40 LC, si éste se encuentra casado bajo un régimen económico de gananciales, el art.40.6 LC -intervención de las facultades del concursado en la sociedad conyugal- se superpone a los arts.1384 a 1386 CC, que otorgan legitimación individual a cada cónyuge en la sociedad ganancial para determinados actos de administración. De este modo, irremediamente, se produce una invasión restrictiva de las facultades del cónyuge no concursado en cuanto a sus *bienes comunes*⁶¹⁵ de muy laxa justificación.

Por el contrario, como se encarga de aclarar el mismo art.40.6 *in fine* LC, el sujeto concursado mantiene incólume su facultad de testar, que ya de por sí resulta más amplia (art.662 CC) que la capacidad de obrar; nada de lo cual impide, huelga recordar, que un sujeto -incluso- incapaz para testar pueda resultar apto como presupuesto subjetivo para ser declarado en concurso.

La Ley Concursal no se olvida de configurar un régimen *ad hoc* para las infracciones que, pese a todas estas cautelas, pueda cometer el deudor, por ejemplo, aprovechándose del desconocimiento del concurso o su funcionamiento por parte de terceros, así como por la posible falta de contacto directo entre éstos y la administración concursal.

Es por ello que el art.40.7 LC prevé la posibilidad de ejercitar ante el juez del concurso la llamada acción de anulación, a instancias de la administración concursal, única legitimada para ello, pues se está ante actos de administración no impugnables por terceros según ordena el art.192.3 LC.

⁶¹⁴ En esta línea exponía su rechazo como estado civil el Magistrado-Juez MONTÉS PENADÉS, V., “Alteraciones en la administración, gestión y disposición del patrimonio del concursado por efecto de la declaración y tramitación del concurso”, Anuario de Derecho Concursal, ed. Civitas, núm.11/2007.

⁶¹⁵ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., e HIDALGO GARCÍA, S., en AA.VV., *Comentarios a la legislación concursal, Tomo I*, ed. Lex Nova, 2004, pág.709.

La acción de anulación se tramita a través del omnipresente y ambiguo cauce del incidente concursal (art.192 LC⁶¹⁶), y está sujeta a una caducidad triplemente alternativa: el cumplimiento del convenio, la finalización de la liquidación, o el transcurso de un mes desde que el tercero solicitó de la administración concursal la confirmación del acto, ello último por motivos de seguridad del tráfico jurídico así como para premiar al tercero diligente y que de buena fe hace todo lo posible por conocer que su actuación con el deudor no ha transgredido la situación concursal⁶¹⁷.

Debe tenerse claro que el único cauce existente para resolver este tipo de conflictos es el del art.40.7 LC, sin que sea posible la aplicación analógica de otras acciones especiales contenidas en la Ley Concursal, como pueda ser la acción de reintegración (art.73 LC), por lo que la naturaleza y efectos de la estimación de la acción de anulación se encuadrarán dentro del art.1303 del Código Civil, esto es, la restitución recíproca de las cosas que hubieren sido objeto del contrato⁶¹⁸.

Ha sido criticado por algún autor⁶¹⁹ que el art.40.7 LC no distinga valorativamente que la infracción se haya cometido en régimen de intervención de facultades o suspensión de las mismas, defendiendo que en este último supuesto la acción debiera ser la de la nulidad radical (art.6.3 CC).

Cabe plantearse, finalmente, la situación del sujeto concursado cuando manifiesta una radical oposición a aquella decisión jurídico-patrimonial que adopta su administración

⁶¹⁶ Brevemente cabe recordar la laxa configuración legal de la figura del *incidente concursal*, en la que se encajan tanto auténticos incidentes concursales -una impugnación de inventario- como acciones autónomas, esto es, demandas con sustantividad propia que hubieran resultado igualmente planteables en un proceso no concursal.

Sobre la controvertida naturaleza del incidente concursal, destacan las interesantes reflexiones que se hacen en la Sentencia núm.26/2013, de 30 de enero, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª (AC 2013\1736).

⁶¹⁷ Si bien se trata de una mera facultad -y no una obligación- que para su seguridad jurídica se concede al acreedor, como precisa la Sentencia núm.163/2008, de 28 de febrero, de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 4ª (AC\2008\1868).

⁶¹⁸ Como recuerda la Sentencia núm.598/2010, de 10 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª (AC\2011\209).

Además de recoger la citada naturaleza de la acción y su único legitimado, insiste en la identificación del carácter meramente anulable de la acción, puesto que ésta queda sujeta a la confirmación o no de la administración concursal y, en consecuencia, la anulabilidad queda concebida *con una eficacia claudicante, o dicho de otro modo aquel que se encuentra en una situación provisional de la que puede salir definitivamente válido o inválido, hasta que se le declare como tal a través del ejercicio de la correspondiente acción de anulación.*

⁶¹⁹ EIZAGUIRRE BERMEJO, J.M., “La cuenta corriente en el concurso”, Anuario de Derecho Concursal, ed. Civitas, núm.8/2006.

Contraria a la interpretación de este autor, entre otras, la Sentencia núm.724/2007, de 26 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5ª (JUR 2008\139374): “No cabe duda que el legislador actual se ha inclinado por considerar anulables los actos realizados por el concursado, contrariando el criterio anterior que sostenía su nulidad radical, y en su consecuencia podrían ser confirmados expresa o tácitamente (...)”.

concurzal, en el sentido de si existe algún límite al mandato universal del art.40.2 LC en situaciones de suspensión de facultades patrimoniales.

A este último respecto, es de interés destacar el Auto de 16 de abril de 2012, dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de A Coruña⁶²⁰, recordando que la administración concursal puede transigir o acordar cuanto considere y bajo su eventual responsabilidad como órgano (art.36 LC).

Ahora bien, lo que no puede hacerse es forzar al sujeto concursado a una renuncia de su derecho fundamental de tutela judicial efectiva (art.24 CE), sea por ejemplo obligándole a extender los efectos de un acuerdo de desistimiento o renuncia a los efectos del art.20 LEC y al que dicho sujeto concursado se hubiera opuesto y por tanto no hubiere firmado.

4.1.3 La administración concursal (arts.33 a 36 y 184.5 LC).

Junto con el juez se trata del segundo componente propio de la estructura orgánica del concurso, absolutamente imprescindible para el correcto funcionamiento del proceso, como igualmente recuerda el *Exponendo IV* de la LC y el art.35 LC. La consideración de la administración concursal como órgano del concurso tiene importantes efectos, pues por ejemplo supone que nunca debiera ser llamada a declarar -en un incidente concursal-, por tanto no cabría su interrogatorio de parte, ni tampoco tendría el carácter de perito o testigo como para obtener su declaración por estas otras vías⁶²¹.

Por otro lado, su naturaleza análoga a la de una administración pública⁶²² justifica su liberación de una comparecencia formal -lo que obligaría asumir contra la masa gastos de procurador- ex art.184.5 LC. Solución distinta exige el requisito procesal de la defensa técnica, irremplazable, por lo que si el administrador concursal es de profesión letrado podrá entenderse satisfecha esta parte de la postulación mediante el mismo, y si no lo es -el art.27.1.2º LC permite el nombramiento como administración concursal a un economista, titulado mercantil o auditor- se deberá contar con el correspondiente asesoramiento para la defensa de la administración concursal, cuyo gasto será considerado crédito contra la masa (art.84.2.3º LC).

⁶²⁰ Autos incidentales núm.408/2008/0078.

⁶²¹ En este sentido, se pronuncian los Autos de 13 de noviembre de 2009 y 14 de enero de 2010, ambos de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3ª, citados por su Magistrado-Juez MARCO COS, J.M., en AA.VV., *Tratado práctico del derecho concursal y su reforma*, ed. Tecnos, 2012, pág.983.

Sin embargo, la práctica forense nos ha demostrado en alguna ocasión que hay juzgados que admiten la prueba de contrario consistente en citar al administrador concursal en la forma de interrogatorio de parte.

⁶²² GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, P., en AA.VV., *Comentarios a la Ley Concursal, Tomo II*, ed. Aranzadi, 2010.

En el mismo sentido, vid. Sentencia núm.397/2007, de 6 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Gerona, Sección 1ª (JUR 2008\78022).

En un caso u otro, no por ello desaparece el efecto imperativo procesal de la condena en costas (art.394 y ss. LEC), que recaería en beneficio de la masa del concurso como ingreso potencial, tras su pertinente tasación y posible ejecución, pues de lo contrario se estimularía que cualquier parte contraria pudiera litigar sin riesgo alguno frente a la misma⁶²³.

Contraria a esta interpretación destaca la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28^a⁶²⁴, que considera que el letrado miembro de la administración concursal debe asumir las funciones de abogado; lo que, sin dejar de ser estrictamente cierto, ello no puede confundirse ni mucho menos derivar en su fraudulento aprovechamiento por la parte contraria, para así poder litigar frente a la masa patrimonial sin riesgo condenatorio alguno bajo el pretexto de dicha asunción de funciones.

Antes bien, como ya se ha defendido, la condena en costas deberá poder materializarse y destinarse a la masa activa del concurso, que no al beneficio personal del administrador concursal letrado de manera directa. Esta interpretación ha sido en última instancia acogida, con buen criterio, en el Auto de 11 de noviembre de 2015, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1^a⁶²⁵.

Aunque el art.184.5 LC parece claro al señalar que el requisito de representación procesal se dispensa *siempre*, no es igual de cristalino si dicha desafectación opera también *ad extra* del concurso. Debiera ser así, no sólo por un espíritu de economía procesal y ahorro de gastos al concurso -en beneficio de deudor y acreedores-, sino también porque el propio art.184.5 LC ya extiende dicha dispensa a los *recursos* derivados del concurso, donde su conocimiento no va a recaer en el órgano ante el cual se esté siguiendo el proceso concursal.

Desde la práctica forense, se ha de admitir que la gran mayoría de los Juzgados exigen la comparecencia en forma de la administración concursal fuera del proceso concursal para el que ha sido nombrada. Sin embargo, bien es cierto que incluso hasta nuestro alto tribunal⁶²⁶ ha permitido a la postre dicha falta de comparecencia en forma en sede de casación, lo que cuanto menos deja en evidencia la rigidez en ocasiones mostrada por instancias inferiores.

En cuanto a la composición del órgano de la administración concursal, este aspecto entra más en el ámbito de seguir una determinada política u otra. En cualquier caso,

⁶²³ Así lo entiende el Auto de 3 de junio de 2011, de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4^a (JUR 2011\300132).

⁶²⁴ Tal y como refleja en la Diligencia de ordenación de 31 de marzo de 2016, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28^a (autos de apelación núm.398/2015).

⁶²⁵ JUR 2015\280788.

⁶²⁶ Vid. Auto de 1 de junio de 2010, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1^a (JUR 2010\227602).

cabe destacar que la Ley Concursal ha estado empeñada desde su promulgación en una simplificación de los órganos del concurso: lejos quedan, pues, las históricas figuras del comisario (art.1333 LEC 1881) y tres síndicos de la quiebra (art.1346 LEC 1881), o bien el depositario (art.1173 LEC 1881) y tres síndicos (art.1210 LEC 1881) en su día previstos para el deudor no comerciante.

Como ya se ha indicado, debe primar la reducción máxima posible de costes del concurso. Es por ello que con la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, se abandona de una vez por todas la cifra de tres que se había mantenido pese a la unificación de los antiguos órganos en uno solo, siendo ahora la norma general que la administración concursal esté integrada por una sola persona física o jurídica⁶²⁷.

Así pues, a partir de la citada reforma es prácticamente imposible encontrarse con una administración concursal en forma de órgano colegiado en concursos de persona física⁶²⁸, que por tanto serán dirigidos bajo la supervisión y actuaciones de la persona física o jurídica administración concursal nombrada, con la ventaja de mayor adaptabilidad en el caso de que el cargo de administración concursal lo ostente una persona jurídica⁶²⁹. En ningún caso es previsible la concurrencia -de por sí infrecuente- de auxiliares delegados en los concursos de persona física, ex art.32 LC.

Tampoco cabe ignorar los intencionados cambios, de momento tristemente dejados en *stand-by*, que viene ambicionando el legislador para la regulación, acceso y nombramiento como administrador concursal. Así, por un lado, debe estarse al Proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla el Estatuto de la administración concursal, publicado el pasado 15 de julio de 2015 y aprobado por el CGPJ el 22 de septiembre del mismo año. En el mismo estado de normativa pendientes *sine die* se encuentran los actuales arts.27, 34 y 198 LC, que conforme a la Disposición Transitoria Segunda de la

⁶²⁷ El nombramiento como administración concursal de una persona jurídica multidisciplinar también supuso una novedad de la mentada reforma, siendo que necesariamente deberá adoptar la forma de sociedad profesional por las exigencias de los arts.27.1.2.IIº y 30.1 LC. Dichos preceptos reclaman su composición por un abogado y un economista, titulado mercantil o auditor, y la representación de la administración concursal por cualquiera de ellos.

Esta exigencia implícita sobre el tipo de persona jurídica ha sido confirmada por la Resolución de 20 de junio de 2013, de la Dirección General de Registros y del Notariado.

⁶²⁸ El supuesto que a la fecha excepciona el modelo unipersonal de administración concursal está pensado para determinadas personas jurídicas de *especial trascendencia*. Es teóricamente posible que dicha especial trascendencia la reúna un concurso de persona física, pero para ello su cifra de negocio anual (de reunir dicha persona física la cualidad de empresario o profesional) debería ser al menos de 100 millones de euros en alguno de los últimos tres ejercicios, o bien que su masa pasiva ascienda a dicho importe mínimo, o que el número de sus acreedores resulte superior a mil (art.27.bis LC.) Se trataría probablemente de sujetos con cierto relieve mediático, como algún caso ya vivido y conocido por todos.

⁶²⁹ Es lógico que la persona jurídica -léase sociedad profesional- administración concursal cuente con mayor número de profesionales especializados en el derecho concursal, tanto letrados como economistas, que puedan evitar el nombramiento de auxiliares delegados, ex art.32 LC, o bien actuar en equipo junto con su representante a efectos del concurso -art.30.1 LC- y principal encargado del mismo.

En este mismo sentido opina CASANELLAS BASSOLS, R., “La administración concursal persona jurídica”, Anuario de Derecho Concursal, ed. Civitas, núm.31/2014.

Ley 17/2014, de 30 de septiembre, no entrarán en vigor hasta la aprobación del Reglamento que los desarrolle. En cambio, y para mayor confusión, la posterior reforma sobre los concretos apartados del art.34.2.b) y c) LC sí se encuentran en vigor.

Cuestión todavía más preocupante es tener que asistir, tal y como advierte el Magistrado-Juez VILATA MENADAS⁶³⁰, a la *deslegalización* del nombramiento como administración concursal, siendo interesante reflexionar sobre la sibilina derivación reglamentaria que aprovecha para introducirse -entre tanta vorágine reformista- en todo lo relativo a la figura del administrador concursal, comenzando por el acceso a tal cargo. Y es que, aunque un gobierno con mayorías también pueda aprobar la Ley por sí solo, dicha aprobación no deja de exigir un trámite más público, participativo y de control, a través de enmiendas y diarios de sesiones, que con la técnica reglamentaria se evitaría.

Advertido lo cual, en lo que se refiere a la retribución con cargo a la -art.84.2.12º LC- de la administración concursal, ésta actualmente queda sometida al arancel (art.34 LC) regulado bajo el Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales, así como por las especialidades previstas en la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 25/2015, de 28 de julio, siendo que tales especialidades no resultan aplicables con carácter retroactivo a procesos concursales declarados con anterioridad a su entrada en vigor⁶³¹.

Por su parte, los arts.34.bis, ter y quáter LC, aunque en vigor desde julio de 2015, han resultado de imposible aplicación material en tanto que la cuenta de garantía arancelaria allí regulada se encuentra inoperativa; toda vez que el art.34 LC, en su actual redacción, continúa sin poder ser aplicable conforme a la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, pues queda sujeto a que previamente se produzca su desarrollo reglamentario y todavía pendiente pese a los años transcurridos; enésima prueba de la inconsistencia legislativa en todo lo tocante a esta materia.

Bajo el referido arancel se diseña un sistema de honorarios proporcional a la masa activa y pasiva del concurso, entre algunos otros factores de corrección⁶³² para poder determinar el tiempo y esfuerzo que la administración concursal desempeñará por el volumen y complejidad del proceso concreto. Todo ello, dicho sea, sin perjuicio del propio devenir patrimonial del concurso, que en la gran mayoría de casos hace que pese a su reconocimiento formal tal retribución acabe igualmente sin percibirse total o parcialmente, pese al trabajo diligente del órgano de la administración concursal.

⁶³⁰ VILATA MENADAS, S., en su ponencia impartida en el IV Curso Superior de Formación Especializada en Materia Concursal 2015, celebrado en Valencia (COMEVA).

⁶³¹ Vid. así el Auto de 20 de abril de 2016, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de A Coruña (autos de concurso núm.408/2008).

⁶³² Así por ejemplo, se prevén aumentos en supuestos de especial complejidad taxativamente definidos en la precitada norma reguladora, ex art.6, se establecen los plazos de exigibilidad para el pago salvo modificación por el juez, ex art.8, o se distingue en función de la fase del concurso y su dilación en el tiempo, ex art.9 del mismo cuerpo legal.

Esta anormalidad en el impago de los honorarios de administración concursal, tristemente habitual en la práctica diaria y pese a ello ignorado por el legislador, no debiera solucionarse mediante una suerte de espíritu *comunista*, consistente en que unos administradores concursales realicen aportaciones dinerarias obligatorias de sus honorarios percibidos, para así cubrir las carencias de otros concursos (art.34.2.c), 34.bis, 34.ter y 34.quáter LC). Este desafortunado mecanismo, introducido en la reforma concursal operada por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, ha permanecido en torno a seis años en estado de hibernación sin ningún tipo de aplicación práctica, hasta que en la reforma concursal de julio del año 2015 (Ley 25/2015, de 28 de julio) se ha tenido la ocurrencia de proceder al desarrollo normativo de dicho insólito principio retributivo de impuesta solidaridad entre compañeros.

Finalmente, nada de estas cuestiones relativas a la posible falta de retribución aminoran la debida diligencia que la administración concursal guardará en el desempeño de su cargo, aunque sea de cara a evitar cualquier posible acción colectiva de responsabilidad concursal (art.36.1 LC), que además cuenta con un plazo de prescripción de cuatro años⁶³³ para su ejercicio, a contar en todo caso desde el cese de la administración concursal (art.36.4 LC).

La naturaleza de esta acción pasa por la prueba de la culpa y su nexo causal con el daño causado, es decir, en ningún caso será admisible alegar una suerte de responsabilidad objetiva⁶³⁴, toda vez que exige que tal daño haya recaído sobre la masa del concurso. Por su parte, la denominada acción individual (art.36.6 LC) también participa de la misma naturaleza subjetiva o por culpa, si bien su plazo de prescripción se reduce a un año desde el día en que pudo ejercitarse⁶³⁵, y, además, su competencia objetiva reside extramuros del concurso ante el juez civil⁶³⁶.

Por su parte, la posible responsabilidad doble del art.36 LC no impide la existencia de una responsabilidad *sui generis* en el ámbito tributario, ex art.43.1.c) LGT, de carácter subsidiario⁶³⁷ y doblemente exigente, tanto para las obligaciones devengadas con anterioridad al auto declarativo de concurso así como con las posteriores, aunque en ambos casos la naturaleza de esta acción también carece aquí de carácter objetivo.

⁶³³ Plazo a contar desde que tuvieron efectivo conocimiento del daño concreto y, en todo caso, desde que la administración concursal fue cesada en el cargo por mor de la conclusión del concurso o la aprobación de un convenio. Dicha responsabilidad también es exigible a los auxiliares delegados (art.32 LC).

⁶³⁴ Lo que se ilustra claramente en el caso resuelto por la Sentencia núm.239/2010, de 29 de octubre, de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1ª (JUR 2011\65141), así como en la afamada Sentencia núm.142/2008, de 7 de julio, de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 3ª (JUR 2009\95813).

⁶³⁵ Sentencia núm.173/2005, de 21 de marzo, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (EDJ 2005\46965).

⁶³⁶ Sentencia de 9 de abril de 2013, del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción (RJ 2013\5910).

⁶³⁷ MUÑOZ VILLAREAL, A., “La responsabilidad tributaria de la administración concursal”, Anuario de Derecho Concursal, ed. Civitas, núm.25/2012.

Dicho cumplimiento de las obligaciones tributarias con devengo anterior al auto declarativo es en ocasiones digno de una inexigible improvisación. Piénsese, por ejemplo, en supuestos de concurso necesario, donde la administración concursal tal vez no cuente con un deber legal de colaboración mínimo y/o facilitación de documentos (arts.42 y 45 LC), que le permitan cumplimentar la falta de presentación de liquidaciones pendientes del concursado⁶³⁸, que no su pago, pues éste ya quedaría sometido al orden legal concursal. No obstante, algún autor⁶³⁹ expresamente defiende que basta evitar dicha responsabilidad si se solicitó de la Administración tributaria la correspondiente certificación de deudas pendientes.

En cualquier caso, lo cierto es que por razones de coordinación -entiéndase prejudicialidad en términos procesales- no se podrá incoar la responsabilidad subsidiaria del art.43 LGT, y ni tan siquiera aquella otra de tipo solidaria ex art.42 LGT, hasta que el resultado del concurso no se convierta en definitivo, esto es, hasta que pueda saberse o no si el crédito de este acreedor público va a poder ser atendido y con qué alcance⁶⁴⁰.

Como complemento final del deber de información con el que debe actuar la administración concursal a lo largo de todo el proceso, si dicha función informativa comienza con la comunicación del concurso a los acreedores en los términos del art.21.4 LC, ésta concluye con la presentación de una detallada *rendición de cuentas* previa conclusión del concurso, ex art.181 LC, documento que desde su estudio doctrinal⁶⁴¹ se ha señalado que debe concretarse en una parte justificativa -la *utilización de las facultades conferidas*- y otra de tipo numérica -*el resultado y saldo final de las operaciones realizadas*-. Si la administración concursal se hubiere valido de expertos independientes (art.83 LC) durante el concurso, previa autorización judicial para ello, tales expertos independientes no deben rendir cuentas sin perjuicio de su régimen de responsabilidad idéntico al de la administración concursal (art.36 LC)⁶⁴².

En lo que a la justificación numérica se refiere, la rendición de cuentas no tiene por objeto ajustar o exigir un detalle de los actos patrimoniales autorizados o ejercitados por

⁶³⁸ De hecho, el art.86.3 LC permite en estos casos determinar el crédito de derecho público como concursal contingente (art.87 LC), hasta que se produzca su cuantificación por parte de la administración pública.

⁶³⁹ LUQUE CORTELLA, A., “Los riesgos de incurrir en responsabilidad tributaria por parte de los administradores concursales y los auxiliares delegados”, Quincena Fiscal Aranzadi, ed. Aranzadi, núm.16/2013.

⁶⁴⁰ Vid. Sentencia núm.1/2016, de 27 de abril, del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, publicada en el BOE de 31 de mayo de 2016.

⁶⁴¹ JUAN Y MATEU, F., en AA.VV., *Comentario de la Ley Concursal, Tomo II*, ed. Aranzadi, 2008, pág.2696.

⁶⁴² Sentencia núm.201/2016, de 8 de julio, de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 8ª (JUR 2016\213394).

la administración concursal, a modo de *ajustarle las cuentas*⁶⁴³, sino algo mucho más limitado y prosaico, cual es reflejar el destino de los fondos ajenos que la administración concursal haya gestionado durante el concurso.

No será pues el cauce procesal para traer cuestiones relativas a clasificación de créditos o posibles responsabilidades de la administración concursal. De hecho, la práctica jurisprudencial incluso ha llegado a considerar escindible la desaprobación de la rendición de cuentas con la sanción de inhabilitación aparentemente preceptiva del art.181.4 LC, en función de la naturaleza concreta del motivo que hubiera producido dicha desaprobación y la posible falta de beneficio directo por parte del infractor -la administración concursal-⁶⁴⁴.

En cuanto a los restantes efectos de una hipotética sentencia desaprobando tales cuentas rendidas, la jurisprudencia se halla igualmente dividida⁶⁴⁵ sobre si es posible acordar una suerte de *reordenación* sobre tales pagos declarados erróneos en su orden. La Sentencia núm.424/2015, de 22 de julio, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1^a⁶⁴⁶ zanja esta cuestión señalando que el art.181.4 LC no contiene y por tanto no posibilita formular dicha particular pretensión reordenatoria. Se trata éste de un criterio que compartimos, no solamente por dicha literalidad del art.181.4 LC, sino porque además tal pretensión se debe reconducir -en su caso- en forma de responsabilidad de la administración concursal ex art.36.6 LC, sin que los acreedores de buena fe y erróneamente beneficiados deban cargar con los perniciosos efectos de una reordenación.

En cuanto a la oposición a la rendición de cuentas presentada, debe recordarse su tramitación por la vía del incidente concursal (art.181.3 LC), lo que por tanto implica el emplazamiento a la administración concursal demandada y la consideración del opositor como parte demandante, para que aquélla proceda a contestar dicha demanda incidental y sin que la propia rendición de cuentas pueda servir a tal fin⁶⁴⁷.

⁶⁴³ Así lo expresa, entre otras, la Sentencia núm.276/2014, de 8 de octubre, de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª (JUR 2015\73228).

⁶⁴⁴ Por todas, vid. Sentencia núm.459/2011, de 28 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª (JUR 2012\81955).

⁶⁴⁵ A favor de la reordenación vid. Sentencia núm.396/2013, de 28 de junio, de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4ª (JUR 2014\37122). En contra, vid. Sentencia núm.242/2009, de 8 de julio, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª (AC 2009\1916).

⁶⁴⁶ CENDOJ 28079110012015100438

Doctrina posteriormente confirmada en la Sentencia núm.203/2017, de 29 de marzo, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (CENDOJ 28079110012017100196).

⁶⁴⁷ Por todas, vid. Sentencia núm.475/2012, de 5 de julio, de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4ª (AC 2012\1176).

4.1.4 La facultad de adopción de medidas cautelares (art.17 LC).

Nos hemos referido a este tema a la hora de analizar la demanda de concurso necesario, ya que tales medidas cautelares no solamente pueden adoptarse en el auto declarativo de concurso, con el único matiz de que si se adoptasen en este ulterior momento procesal entonces también podrían establecerse sobre un concurso voluntario y no solamente en el concurso necesario, aunque será raro que ello ocurra en la práctica.

Así pues, en aras de evitar reiteraciones innecesarias, baste con recordar la exclusiva potestad que tiene el acreedor para solicitar en su demanda de concurso necesario las medidas cautelares que estime oportunas, al amparo del art.17 LC e *inaudita parte*, incluyendo aquellas que afecten a derechos fundamentales del futuro concursado (art.1 LORC), así como la posible adopción de oficio o a instancia *de cualquier interesado* desde la declaración de concurso.

4.1.5 El llamamiento a los acreedores y su *deber* de comunicación (art.85 LC).

Se trata de un ejemplo más del principio de publicidad concursal que se erige a lo largo de todo el proceso (vid. así los arts.21.1.6º, 23, 24 y 198 de la Ley Concursal), precepto este último relativo a la todavía fallida figura del denominado Registro Público Concursal⁶⁴⁸, y que en todo caso debe ajustarse a las normas relativas a la protección de datos -especialmente relevantes en el concursado persona física-⁶⁴⁹.

La importancia de la aludida publicación registral (art.198 LC) radica, esencialmente, en el cómputo de los plazos de la Ley Concursal⁶⁵⁰: para las partes personadas en el proceso, dicho plazo será el propio de la notificación directa de la resolución judicial

⁶⁴⁸ Es de señalar la secuencia de desatinos en el desarrollo reglamentario de dicho Registro, de lo que da buena cuenta GALEOTE MUÑOZ, M.P., “El sistema de publicidad de las resoluciones concursales”, Anuario de Derecho Concursal, ed. Civitas, núm.20/2010.

En cuanto al Real Decreto 892/2013, de 15 de noviembre, por el que ahora se rige el Registro Público Concursal, lo cierto es que hasta el momento éste ni suele hallarse actualizado en tiempo razonable ni contiene todas aquellas resoluciones que, supuestamente, debiera contener. Al final, estas carencias en la práctica conducen al interesado a acudir a otras fuentes de información extraoficiales. Buena prueba de todo ello da el Auto de 28 de abril de 2015, dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Valencia (Autos de concurso núm.1265/2013), recordando para bochorno del legislador que a tal fecha todavía “no se dispone de los medios telemáticos” a los que hace referencia el precitado Real Decreto para poder diligenciar ágilmente la oportuna publicidad de las actuaciones que recoge el art.198 LC.

⁶⁴⁹ Por su incidencia en el ámbito del derecho fundamental a la intimidad personal y al honor, ex art.18 CE -también aplicables a la persona jurídica-, debe guardarse una postura conservadora a la hora de decidir qué serie de hitos informativos mínimos deben publicarse en el Registro Público Concursal, ya que a fin de cuentas se está prescindiendo del consentimiento del concursado para dicha publicidad.

Sobre estas cuestiones se pronuncia DOMÍNGUEZ CABRERA, M.P., “El derecho fundamental a la protección de datos en el registro público concursal”, Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, ed. Aranzadi, núm.6/2013.

⁶⁵⁰ Así se explica en detalle en el Decreto de 2 de marzo de 2017, del Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Madrid (autos incidentales núm.96/2014).

pertinente por parte del Juzgado, mientras que para las partes no personadas lo será la publicación de tal resolución judicial, operando así la ficción -necesaria por seguridad jurídica- de que a partir de dicha publicación cualquiera pudo conocer de la misma. Cuestión distinta, a la par que lamentable, es la propia operatividad del Registro Público Concursal, que ha provocado que más de un Juzgado⁶⁵¹ se haya visto obligado a sustituir dicha notificación registral por el cauce más rudimentario -e inaccesible- de la publicación en el tablón de anuncios.

En materia de comunicación de créditos concursales la Ley Concursal afortunadamente concede, en su art.21.1.5º LC, el plazo de un mes a los acreedores desde la publicación en el BOE -que no Registro Público Concursal- de la declaración de concurso, durante el cual deben dirigirse a la administración concursal para comunicar su crédito por escrito, ya sea al domicilio postal designado (art.29.4 LC) o bien por medios electrónicos (art.85.2 LC).

No es por tanto válida la todavía arraigada costumbre de comunicación de créditos a través del juzgado conecedor del concurso⁶⁵², aunque en la práctica muchos de éstos se limitan a dar traslado de tales comunicaciones defectuosas a la administración concursal, y seguramente por ello dicha práctica no termina de erradicarse totalmente.

Durante el íterin hasta que se produzca dicha publicación en el BOE y por tanto comience el *dies a quo* del referido plazo de comunicación de créditos, la administración concursal ya se habrá puesto telemáticamente en contacto con cada acreedor, informándole de la situación de concurso de su deudor -situación que ya podría conocer, especialmente en los casos donde el deudor haya iniciado negociaciones para alcanzar un convenio-, así como facilitándole los oportunos datos de contacto para posibles comunicaciones de créditos, tal y como el art.21.4 LC exige, priorizando su instrumentalización por medios electrónicos.

Con un sistema tan inmediato nace el problema de qué ocurre si el deudor no ha facilitado un listado completo de todos los acreedores en la documentación que acompaña a su demanda de concurso, aunque ello resulte preceptivo (art.6.2.4º LC), lo que se podría castigar hasta con la calificación concursal de culpabilidad⁶⁵³. En cualquier caso, para subsanar estas situaciones, así como aquellas otras omisiones

⁶⁵¹ Vid. Providencia de 13 de mayo de 2015, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Castellón (autos de concurso núm.631/2014).

⁶⁵² Como expresamente recuerda la Diligencia de Ordenación, de 29 de diciembre de 2016, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Barcelona, Autos de concurso núm.458/2008-A.

En el mismo sentido puede consultarse el BOE de 25 de julio de 2013, Sección Administración de Justicia, relativo a los autos de concurso voluntario núm.198/2013-G, del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Zaragoza, a través del cual se ordena que “no se admitirá comunicación de créditos alguna en el Juzgado”.

⁶⁵³ Si se trata de un crédito omitido de gran trascendencia e imposible desconocimiento, según estas circunstancias y los motivos de la no inclusión, el deudor seguramente incurrirá en supuesto de calificación culpable *iuris et de iure*, ex art.164.2.2º LC.

derivadas de simples errores de contabilidad, todavía puede el acreedor, en algún momento del posterior desarrollo del concurso tras la expiración del plazo del art.21.1.5º LC, ser capaz de comunicar su crédito sin sufrir consecuencias perjudiciales (arts.96.bis y 97.bis LC), aunque ello dependerá de las circunstancias y naturaleza de su crédito.

El contenido de la comunicación de créditos evidentemente debe comprender una serie de datos mínimos, identificativos del origen y causa del crédito, así como la justificación documental que se considere oportuna, unas pautas que son exigidas por los arts.85.3 y 85.4 LC en aras de evitar comunicaciones notoriamente defectuosas⁶⁵⁴.

Menor fuerza probatoria -más allá de su acompañamiento documental- exigen aquellos créditos de *necesario reconocimiento*, recogidos en el art.86.2 LC, y donde no podían faltar aquellos reconocidos por certificación administrativa o los asegurados por garantía real. Ahora bien, no debe olvidar el acreedor que una cosa es su preceptiva inclusión y otra muy distinta la clasificación del crédito que se le otorgue, a lo que no está vinculado la administración concursal por aquello que dichos acreedores manifiesten en su comunicación de crédito⁶⁵⁵.

En todo caso, la falta del requisito de defensa técnica y forma en la comunicación de crédito del art.85 LC, precepto al que alude el art.21.1.5º LC, no evita que dicha comunicación constituya un *acto procesal* sujeto a una *carga procesal*⁶⁵⁶, lo que no está reñido con el carácter plenamente dispositivo de la misma -al igual que ocurre cuando examinábamos el llamado deber de solicitud de concurso-.

Cierto es que puede suceder que el acreedor no realice ningún acto de comunicación, bien porque así lo estime o bien porque por cualquier causa no ha llegado a su conocimiento la declaración de concurso, y que aun así su crédito acabe viéndose reconocido en el concurso en virtud del art.86.1 LC -aquellos créditos que consten en los libros y documentos del deudor-, e incluso que excepcionalmente dicha falta de comunicación pueda beneficiarle en materia de resolución contractual⁶⁵⁷, pero ello no

⁶⁵⁴ Cabe recordar que no es preceptivo que la comunicación de crédito sea realizada por letrado, sino que la puede realizar el propio acreedor sin asesoramiento jurídico, en la forma y fondo que estime oportuna. La decisión de contar con un asesoramiento legal sin duda dependerá en función del volumen y complejidad del crédito reclamable.

⁶⁵⁵ La administración concursal no enjuiciará su reconocimiento, pero sí su calificación crediticia.
Por todas, Sentencia núm.96/2009, de 20 de marzo, de la Audiencia Provincial de La Rioja, Sección 1ª (AC 2009\763).

⁶⁵⁶ Por su contundencia al examinar su naturaleza jurídica, vid. Sentencia de 19 de abril de 2010, del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid (JUR 2010\261760).
Más recientemente, Sentencia núm.367/2012, de 1 de octubre, de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 1ª (JUR 2012\372709).

⁶⁵⁷ Así lo permite la Sentencia núm.284/2017, de 12 de mayo, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (CENDOJ 28079110012017100280), en relación con un crédito derivado de un contrato de compraventa de bien inmueble (vivienda). La inclusión de dicho crédito como contingente, sin petición

elimina tal naturaleza procesal y los efectos incluso de *mutatio libellis* que algunas resoluciones judiciales otorgan sobre lo que se dice y deja de decirse en tal comunicación de créditos⁶⁵⁸.

Sin embargo, salvo que se dé este último supuesto -meramente casual-, la carga procesal es clara y directa, pues la comunicación tardía del crédito se vincula con una peor clasificación del mismo -subordinándose, ex art.92.1 LC, salvo justificación de la demora-, y la no comunicación o la comunicación posterior incluso a la presentación de textos definitivos supondrá su directa exclusión de la masa pasiva del concurso (art.97.1 LC), salvo que el crédito tenga su origen en alguno de los excepcionales supuestos del art.97.3 LC -por ejemplo, que provenga de resolución judicial firme-.

Sólo de ser así, el acreedor todavía tendría la potestad de iniciar el expediente previsto en el art.97.bis LC, siempre que promueva su inclusión antes de la aprobación de un convenio concursal o -en fase de liquidación- antes del informe final o rendición de cuentas previos a la conclusión del concurso⁶⁵⁹.

En cualquier caso, debe dejarse claro que la llamada *lista de acreedores* elaborada por la administración concursal (art.94 LC), incluso en su versión finalmente reconocida en textos definitivos (art.96.5 LC), en ningún caso ostentaría un carácter constitutivo o extintivo de derechos⁶⁶⁰: aquel crédito no reconocido o mal reconocido podrá ser objeto de pretensión -por el acreedor o incluso por el deudor- tras la conclusión del concurso, así como es susceptible de verse sujeto por *extensión subjetiva* a los efectos de un convenio concursal aprobado (art.134.1 LC), ello en el bien entendido sentido de que por su naturaleza hubiera estado afecto al convenio concursal de haber sido tal crédito formalmente reconocido⁶⁶¹.

Un escenario distinto al expuesto tiene lugar cuando en el seno del proceso concursal, ya sea interesando su inclusión o bien su exclusión, un crédito resulta objeto de debate

expresa del comprador-acreedor, no vincula a éste a los efectos de su posible resolución contractual (art.62.4 LC).

⁶⁵⁸ Extremo éste que no llegamos a compartir, pues una cosa es que se trate de un acto procesal, aunque ejercitado ante el órgano de la administración concursal, y otra equipararlo con una demanda.

En cualquier caso, así lo defiende la Sentencia núm.253/2007, de 12 de septiembre, de la Audiencia Provincial de La Rioja, Sección 1ª (JUR 2008\51223).

⁶⁵⁹ Bajo el trámite procedimental de insuficiencia de masa activa, deberá estarse al informe que regula el art.176.bis.3 LC. La presentación es alternativa, y no cumulativa, respecto del distinto escrito de la rendición de cuentas, por lo que bastará con que se presente aquel informe del art.176.bis.3 LC para que precluya el plazo del art.97.bis LC para la fase de liquidación.

Sentencia núm.652/2016, de 4 de noviembre, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2016\5101).

⁶⁶⁰ Así, por todos, el Magistrado-Juez FRIGOLA RIERA, A., en AA.VV., *Enciclopedia de derecho concursal*, Tomo II, ed. Aranzadi, 2012, pág.2525.

⁶⁶¹ Sentencia núm.256/2017, de 25 de mayo, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª (autos de apelación núm.216/2017).

procesal por medio de incidente concursal, en cuyo caso los efectos de cosa juzgada material (art.196.4 LC) de la correspondiente sentencia que se dicte impiden su reproducción, no solamente dentro del concurso, sino también fuera de dicho proceso⁶⁶².

Por último, debe tenerse presente que en la práctica la gran mayoría de acreedores ni se personarán siquiera en el proceso, excepción hecha de la Agencia Tributaria y la Tesorería General de la Seguridad Social, que de concurrir estarán siempre personadas.

Se trata de una cuestión práctica y de ahorro de costes, puesto que no se precisa dicha personación para insinuar el crédito en el proceso -que según se ha visto, se debe comunicar directamente a la administración concursal-, mientras que para su seguimiento bastará con la información que debe remitir esta última a los acreedores del concursado, o bien se puede contactar con ella por otros medios. Incluso para realizar simples alegaciones en el proceso el art.184.3 LC dispensa de la necesidad de comparecencia en forma, además de poder acceder a examinar los autos del proceso ex art.185 LC. Así, sólo en los casos de importantes sumas adeudadas -un préstamo hipotecario- o ante créditos de especial controversia o complejidad técnica sería aconsejable dicha personación para un mayor control sobre el desarrollo del concurso.

4.1.6 Potestad disolutoria sobre la sociedad de gananciales (art.21.1.7º LC).

Es en este punto donde nos encontramos con una de las primeras singularidades -con peso trascendente- que puede presentar el concurso de persona física, ya que hasta este momento podrá observarse que han sido escasas las diferencias encontradas en la tramitación del proceso con base en la naturaleza del deudor.

No dudamos que ello se deba en primer lugar al principio de unidad procedimental tan unánimemente alabado, pero en el propio *Exponendo II* de la LC, que así recoge el mismo, el legislador también hablaba -con la acostumbrada generalidad- de dotarle de una flexibilidad para su *adecuación a diversas situaciones y soluciones*, previsiones que podrían haber sido merecedoras de un mayor y mejor trato en el concurso de persona física.

Cerrado este paréntesis, cabe observar cómo el art.21.1.7º LC enigmáticamente posibilita la tramitación en pieza separada *sobre lo dispuesto en el art.77.2 LC, en relación con la disolución de la sociedad de gananciales*. El presupuesto parte no solamente de la potestad que se confiere al cónyuge del concursado para instar dicha disolución, sino también de que el régimen económico del matrimonio sea el de la

⁶⁶² Así lo defiende igualmente SÁNCHEZ LINDE, M., “El efecto de cosa juzgada en la sentencia resolutoria de los incidentes concursales”, Revista Aranzadi Doctrinal, ed. Aranzadi, núm.10/2014.

En el mismo sentido, vid. Sentencia núm.365/2015, de 19 de octubre, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 25ª (AC 2015\1819) y Sentencia núm.608/2016, de 7 de octubre, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2016\4761).

sociedad de gananciales⁶⁶³, aunque por analogía de lo previsto en el mismo art.77.2 LC deba entenderse ampliado a cualquier otro tipo de régimen que forme una comunidad de bienes.

El concursado habrá debido expresar en la documentación de su demanda de concurso, so pena de que así se le requiera por el juez de oficio o incluso poder incurrir en causa de calificación culpable (arts.13.2 y 164 LC), la identidad del cónyuge y el tipo de régimen económico del matrimonio, ex art.6.2.2º LC, lo que está justificado por los innegables efectos patrimoniales que el acto constitutivo del matrimonio puede acarrear.

Por el contrario, si el instante del concurso no fuera el propio deudor, aquel otro legitimado ya cuenta -con carácter general- con el plazo de 10 días que el art.21.1.3º LC otorga al concursado, para que éste incorpore al proceso toda la documentación a la que se refiere el citado art.6 LC, entre la que se encuentra la información relativa a su situación matrimonial. Eso sí, en cualquier caso, la opción por la disolución de la sociedad de gananciales es una carga exclusiva del cónyuge del concursado⁶⁶⁴.

No es objeto del presente apartado anticiparse al estudio de las especialidades en la formación de la masa activa del concursado persona física, por mor de las vicisitudes inherentes a su régimen económico matrimonial, ni tampoco es núcleo del mismo el estudio civil de tales figuras, rama de estudio a la que pertenecen los regímenes económicos matrimoniales.

Siendo nuestra óptica procesal, nos interesa fijarnos en cómo se articula en el auto declarativo dicha potestad. Y es aquí donde la redacción técnica del art.21.1.7º LC se presenta muy defectuosa, lo que sorprende poco si se atiende a su desfasado nacimiento dentro del *iter* parlamentario soportado por el proyecto de Ley Concursal⁶⁶⁵. En primer lugar, porque para que el juez adopte este pronunciamiento obviamente necesitará contar con la solicitud previa del cónyuge del concursado que así lo formule. Sin embargo, la Ley Concursal no prevé la notificación de la propia demanda de concurso al cónyuge del deudor, lo que provoca una llamativa disfunción en el pretendido orden procesal de actuaciones.

Podría argumentarse que el legislador, con mentalidad de economía procesal, ha entendido que no es necesario este rigor formalista por la presumible cercanía con el

⁶⁶³ Conviene recordar que en la Comunidad Valenciana ha venido rigiendo, en defecto de pacto, el régimen de separación de bienes a partir del art.44 de la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de la Generalitat, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano.

Ello desde abril del año 2008 y hasta la declaración de inconstitucionalidad de la citada Ley, por parte de la Sentencia núm.82/2016, de 28 de abril, del Tribunal Constitucional en Pleno (RTC 2016\82).

⁶⁶⁴ GONZÁLEZ VELASCO, J.P., en AA.VV., *Comentarios a la legislación concursal, Tomo I*, ed. Dykinson, 2004, pág.461.

⁶⁶⁵ Destacando su aparición posterior, dentro ya del informe emitido por la Ponencia sobre el Proyecto de Ley Concursal (BOCG de 24 de marzo de 2003), vid. CUENA CASAS, M., *El concurso de acreedores de persona casada en régimen económico matrimonial de comunidad*, ed. Aranzadi, 2008, pág.245.

deudor -al fin y al cabo, su cónyuge-, pero son muchas las variantes que en la práctica ponen en jaque dicha idoneidad, véase por ejemplo que los cónyuges se hallen en cualquier tipo de situación de separación.

Ante el silencio de la Ley Concursal, la doctrina⁶⁶⁶ ha optado por proponer como mejor solución que el juez ejercite la práctica de la notificación del auto declarativo de concurso al otro cónyuge, al amparo del art.541 LEC, que sí prevé tal acto de notificación dentro del proceso civil de ejecución, cuando éste afecte a bienes gananciales, permitiendo así a dicho cónyuge instar *sine die*⁶⁶⁷ la disolución de la sociedad ganancial. A fin de cuentas, se trata de un precepto perfectamente supletorio en el proceso concursal, por mor de la Disposición Final Quinta de la LC, toda vez que dicha audiencia en favor del cónyuge ya resulta presupuesto exigible dentro del proceso de ejecución singular civil⁶⁶⁸, sin que en el proceso universal concursal existan motivos para apartarse de tal doctrina.

Sin embargo, resultaría todavía más correcta la opción de que se notifique al cónyuge la propia demanda de concurso, previa su declaración, pues es el único modo de que el art.21.1.7º LC sea aplicable en su más estricta literalidad. Con todo, incluso esta interpretación salvadora es una solución que -de normal- sólo podría materializarse en los casos de concurso voluntario, en tanto que la demanda de concurso necesario no requiere incluir los datos del cónyuge del sujeto demandado.

El problema en la ausencia de regulación por la Ley Concursal sobre un régimen de notificaciones al cónyuge del concursado excede de este supuesto y del propio ámbito jurídico-concursal. En concreto, cabe pensar en la esfera registral que presentan aquellos bienes que en nuestro tráfico jurídico son objeto de inscripción. En este sentido, serán numerosas las ocasiones en las que el concursado sea titular de alguno de estos bienes dentro de un régimen de comunidad germánica -la sociedad de gananciales- con su cónyuge, dentro del cual sabido es que no existen 'cuotas', sino que éstas en su caso se concretan al tiempo de la disolución de dicho régimen⁶⁶⁹.

⁶⁶⁶ Entre otros, GASPARET LERA, S., "Los procedimientos de ejecución forzosa por deudas de persona casada en régimen económico de comunidad: insuficiencias técnicas y sustantivas del sistema", Aranzadi Civil-Mercantil, ed. Aranzadi, núm.4/2011. Debiendo dar el juez un plazo determinado al cónyuge del concursado, cuyos datos aparecerán en la documentación de la demanda de concurso, ex art.6 LC, para que se pronuncie sobre su opción por disolver el régimen económico matrimonial.

⁶⁶⁷ Sobre dicha ausencia de un plazo en el art.541 LEC, se pronuncia CANO FERNÁNDEZ, S., *Los terceros en el proceso de ejecución*, ed. Marcial Pons, 2014, pág.111, destacando asimismo la falta de expresa previsión sobre la intervención del acreedor en dicho procedimiento disolutivo, lo cual se podría resolver acudiendo a la norma procesal común (art.13 LEC).

⁶⁶⁸ Por su claridad, vid. Auto de 12 de diciembre de 2003, de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 3ª (JUR 2004\89723).

⁶⁶⁹ MESA MARRERO, C., "La insolvencia de los dos cónyuges casados en régimen de sociedad de gananciales", Anuario de Derecho Concursal, ed. Civitas, núm.24/2011. En el mismo sentido, vid. Sentencia núm.437/2011, de 29 de julio, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª (JUR 2011\315595).

Así pues, dado que la naturaleza germánica de dicho régimen implica hacer constar la carga de la anotación de concurso sobre la totalidad del bien inscrito, nos encontramos con la normativa hipotecaria -art.144 RH- que impide cualquier posible desprotección al cónyuge no concursado causado por la falta de notificación. Tal situación, en definitiva, reclama cohonestar el régimen registral con el concursal, de nuevo en la dirección de que el juez notifique al cónyuge del concursado al menos el auto declarativo de concurso, para así poder inscribir la anotación de declaración de concurso sobre los correspondientes bienes de incidencia registral titularidad del concursado (art.24.4 LC)⁶⁷⁰.

4.2 La sujeción al procedimiento abreviado (art.190 y ss. LC).

4.2.1 Ámbito de aplicación.

Lograda la fusión normativa entre insolventes comerciantes y no comerciantes, bajo el principio de unidad procedimental que proclama la LC, aunque quebrado en parte a raíz de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio (vid. art.85.6 LOPJ), esta meritoria unidad normativa no impide poder prever dos tipos de estructuras para la tramitación del concurso, como así sucede, cuya determinación básicamente dependerá del volumen y complejidad del concurso en cuestión: los procedimientos ordinario y abreviado.

Hemos querido adelantar en el encabezado del presente apartado la sujeción de los concursos de persona física al procedimiento abreviado, puesto que si con carácter general la mayoría de concursos se tramitan bajo esta modalidad procedimental, la estadística es especialmente acentuada en los concursos de persona física, prácticamente abonados al procedimiento abreviado desde sus inicios salvo contados supuestos⁶⁷¹, y ello es precisamente lo que nos obliga especialmente a dedicar nuestra atención a un cauce procedimental del que fundamentalmente se sirve el concurso de persona física⁶⁷².

⁶⁷⁰ Esta fue la solución planteada por el registrador de la propiedad VIGIL DE QUIÑONES, D., "Concurso de persona física casada y Registro de la Propiedad", Anuario de Derecho Concursal, ed. Civitas, núm.22/2011.

⁶⁷¹ Según datos oficiales publicados por el Instituto Nacional de Estadística, en el año 2016 se tramitaron en todo el territorio nacional un total de 683 procesos concursales seguidos bajo el procedimiento ordinario, frente a 4.071 seguidos bajo el procedimiento abreviado; si bien dicha estadística no distingue entre persona física o jurídica concursada.

Por consiguiente, esta aplastante mayoría es -insistimos- mucho más acentuada en el caso de los concursos de persona física, a la vista de los baremos orientadores (art.190.1 LC) para la aplicación del procedimiento abreviado. En la actualidad, pese a la reducción del baremo de los diez millones de euros de pasivo, la única posibilidad factible de encontrarse concursados persona física en tramitación ordinaria es vía declaración conjunta o por acumulación sobrevenida de concursos (arts.25 y 25.bis LC), a la persona jurídica concursada de la que fuese administrador o socio.

⁶⁷² Tal es así que incluso en alguna obra, relativa al concurso de persona física, única y directamente se analiza el procedimiento abreviado. Así lo hace FERRER VICENTE, J.M., *Concurso de persona física y concurso de herencia en el nuevo derecho concursal*, ed. Disjurex, 2012, pág.9 y ss.

Sin perjuicio de su especial y acotada tramitación, no hemos de olvidar que la naturaleza jurídica del procedimiento abreviado no implica un proceso concursal especial y autónomo⁶⁷³, más allá de una serie de especialidades procesales, menores, encaminadas a lograr una mayor celeridad y agilización del proceso.

Así pues, mientras que el procedimiento ordinario es aquel dentro del cual se instrumentalizará el concurso por defecto, el abreviado puede acordarse tan pronto como en el propio auto declarativo de concurso, ex art.21.1.8º LC, si el juez del concurso ya puede estimar su aplicación de la documentación de la demanda de concurso voluntario (art.6 LC)⁶⁷⁴.

La percepción práctica del concurso se reduce a una primera gran *fase común* y una segunda *fase de convenio* o *fase de liquidación*, que en algún supuesto pueden sucederse por fracaso de la de convenio (art.143 LC). También es posible, pero menos frecuente, la aprobación de un convenio con propuesta anticipada en fase común, es decir, sin la apertura de su *fase* natural (art.109.2 LC). Por su parte, no podemos olvidar los casos en los que proceda la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa, ex art.176.bis LC, de preocupante frecuencia y que evitan el ordinario desarrollo de estas fases, en función de cuándo tenga lugar dicho presupuesto -el caso más extremo, en el mismo auto declarativo de concurso ex art.176.bis.4 LC-.

Al final, esta percepción fruto de la realidad diaria desplaza la propuesta estructural del art.183 LC, calificada por algún autor como simplista⁶⁷⁵ y que con celo desmenuza el proceso concursal en hasta seis *secciones*, que en la práctica no se sienten como tales. Y ello empezando porque el propio auto declarativo de concurso ya provoca la apertura de las cuatro primeras, ex art.21.2 LC, formando además la llamada *fase común* y cuyo culmen es la elaboración y presentación del *informe* de la administración concursal, ex arts.74 y ss. LC.

En consecuencia, solamente restaría la llamada *Sección Quinta*, que comprenderá la apertura de la fase de convenio o la fase de liquidación (art.183.5 LC), sin perjuicio de las especialidades arriba señaladas que pueden darse sobre su sucesión o falta de

⁶⁷³ Para un detallado repaso de la tramitación parlamentaria del procedimiento abreviado y sus homólogos en el derecho comunitario, es de interés MUÑOZ GONZÁLEZ, L., “El concurso abreviado”, Anuario de Derecho Concursal, ed. Civitas, núm.9/2006.

⁶⁷⁴ En cambio, la posibilidad de tramitarse un concurso necesario por el procedimiento abreviado debería ser menos concurrente. No solamente por la falta de documentación inicial, lo que en principio impide su adopción al amparo del citado art.21.1.8º LC, sino también porque presumiblemente -por la pasiva actitud del deudor mostrada hasta el momento- serán concursos que presenten una mayor complejidad por la posible tensión o dificultad de colaboración con la administración concursal nombrada.

⁶⁷⁵ REVILLA GONZÁLEZ, J.A., en AA.VV., *Derecho procesal concursal*, ed. Marcial Pons, 2008, pág.129.

apertura. Por último ha de estarse a la *sección sexta* (art.183.6 LC), relativa a la calificación del concurso y también de incierta apertura⁶⁷⁶.

La estructura procesal del concurso permite que coexistan la fase común y la fase de liquidación o convenio abiertas al mismo tiempo (arts.142.1 y 96.4 LC respectivamente), aunque con ello se complique la uniformidad del concurso, habiendo algún juzgado que directamente prefiere, *motu proprio*, evitar radicalmente este tipo de situaciones por motivos de coordinación. En todo caso, existe y se aplica en la práctica la posibilidad del avance por separado de cada *sección*, pese a formar todas ellas parte de un mismo y único proceso, lo que se puede complicar aún más por el hecho de que a su vez en cada *sección* coexistan piezas separadas -incidentes concursales, acciones de reintegración, etc.-.

Siendo ésta la estructura compartida tanto para el procedimiento ordinario como para el abreviado, hasta la reforma de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, el principal signo distintivo entre ambos era la reducción de los plazos del procedimiento ordinario a su mitad, así como el nombramiento de un solo administrador concursal. Ambas singularidades quedaron sustituidas a partir del 1 de enero de 2012, en favor de un régimen algo más creativo para el procedimiento abreviado, produciéndose una absoluta renovación -y creación- de los arts.190 a 191 quáter LC, ambos inclusive, reguladores del actual procedimiento abreviado, y que como cláusula de cierre este último artículo se remite a las normas del procedimiento ordinario *en todo lo no regulado expresamente*.

Así las cosas, el vigente art.190 LC introduce como factor clave la *especial complejidad* que podría revestir el concurso, a valorar por el juez del concurso desde la propia documentación de la demanda de concurso voluntario (art.6 LC).

Aunque el art.190.1 LC contiene un listado que no obliga al juez en caso de concurrencia, aun así el legislador ha preferido ofrecer unas pautas orientativas a la hora de decantarse por un procedimiento u otro, especificando a tal fin unos baremos que podrían significar la no complejidad del concurso, y, por tanto, su tramitación mediante procedimiento abreviado: a saber, un listado de acreedores menor de cincuenta, y/o un importe de masa activa o masa pasiva que no alcance los cinco millones de euros. Inesperadamente, también se incluye una pequeña especialidad a valorar en caso de concursado persona física: si éste responde personalmente de las deudas de una persona jurídica o es administrador de alguna.

Cuestión distinta es si puede el juez apartarse de las *circunstancias* que señala el art.190.1 LC para valorar la especial complejidad, lo que se rechaza en aras de evitar un

⁶⁷⁶ Ésta no se ordenará si se aprueba un convenio que, para todos los acreedores o los de algún determinado rango, se pacte una quita inferior al tercio del importe de sus créditos o una espera inferior a tres años, ex art.167.1 LC. Tampoco procederá su apertura si se presume por el juez o justifica por la administración concursal, ex arts.176.1 y 176.3 bis LC respectivamente, que no existen causas para la calificación culpable, todo ello dentro del supuesto de conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa.

riesgo de arbitrariedad⁶⁷⁷. En todo caso, se ha mantenido la posibilidad de transformar un procedimiento ordinario en abreviado y viceversa, en cualquier momento del concurso y en atención a las mismas *circunstancias* (art.190.4 LC), flexibilidad procedimental que lleva sobreviviendo desde la primera redacción de la actual LC.

Frente a la única y escueta especialidad prevista para la persona física, antes citada, el legislador en cambio contempla la posibilidad del procedimiento abreviado en el supuesto de que el concursado persona jurídica presente una propuesta de convenio que contemple una transmisión íntegra de su activo y pasivo (art.190.2 LC).

Por el objeto de este estudio, no vamos a adentrarnos en detalles sobre la LME, pero es evidente que el segundo apartado del precepto concursal se está refiriendo a la figura de la cesión global de activo y pasivo, regulada en los arts.81 a 91 de la citada Ley mercantil, y de imposible aplicación al concurso de persona física.

Queda al menos el consuelo de la primera previsión del art.190.2 LC sobre la propuesta anticipada de convenio, por lo que el art.191 bis LC *-especialidades del procedimiento abreviado en caso de solicitud de concurso con presentación de propuesta de convenio-* sería perfectamente aplicable al concursado persona física que acompañe una propuesta anticipada de convenio con su demanda de concurso.

Téngase en cuenta que la propuesta anticipada de convenio deberá cumplir con aquellos requisitos formales para su admisibilidad (arts.105 y 106 LC), al tiempo exacto de su presentación con la demanda de concurso ex at.191.1 bis LC, o de lo contrario no se podrá aplicar la especial tramitación del art.191 bis LC, con independencia de que el concurso igualmente se conduzca bajo el procedimiento abreviado.

Por su parte, el art.190.3 LC prevé dos supuestos de *necesaria* aplicación de procedimiento abreviado: cuando el deudor presente una propuesta de plan de liquidación con una oferta de compraventa de su unidad productiva⁶⁷⁸, o bien cuando haya cesado en su actividad y no tuviera en vigor contratos de trabajo.

⁶⁷⁷ CADENAS DE GEA, C., *El nuevo procedimiento concursal abreviado*, ed. Ley 57, 2012, pág.21.

La misma respuesta unánime se alcanzó por los Magistrados de los Juzgados de lo Mercantil de Madrid, en sus *Conclusiones de 13 de diciembre de 2011, sobre criterios de aplicación de la reforma de la Ley Concursal*. Disponibles en <http://www.aelac.es/node/288>.

⁶⁷⁸ *Conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica* es como se define a la unidad productiva, según la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001.

En principio, chocaríamos con la imposibilidad de la venta de *unidad productiva* (*transfer of an undertaking*) de la persona física⁶⁷⁹, que hace en este caso de inaplicación a su concurso el especialísimo trámite del art.191.ter LC, pues éste sí se vincula a una propuesta liquidatoria bajo los términos del art.190.3 LC.

En cuanto al segundo supuesto que contempla el art.190.3 LC -cesación de actividad y falta de contratos de trabajo en vigor, como empleador-, aunque podría ser de aplicación, no tiene gran virtualidad práctica pues lo más probable es que la situación patrimonial de dicho concursado ya encaje en alguno de los supuestos o *circunstancias* del art.190.1 LC⁶⁸⁰.

4.2.2 Especialidades en la tramitación (art.191 LC) y recursos (art.197 LC).

Con respecto al contenido de la propia tramitación procedimental, lo cierto es que su sustancialidad distinguible sólo se produjo tras la reforma del art.191 LC en virtud de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, rompiendo así con la despreocupada postura -hasta entonces- de limitarse a reducir los plazos del procedimiento ordinario a la mitad⁶⁸¹. Así pues, a partir de dicha reforma incluso se cuenta con algún trámite *ad hoc* inexistente en el procedimiento ordinario, como lo es la presentación de un inventario de bienes y derechos provisional, ex art.191.1 LC, aunque su finalidad es meramente informativa para las partes personadas, no siendo posible su impugnación⁶⁸².

⁶⁷⁹ Quien suscribe solamente ha trabajado en ventas de unidad productiva de persona jurídica, pero ciertamente cabe plantearse qué tratamiento debe merecer un concursado profesional o empresario que, en su masa activa, dispusiera de bienes susceptibles del autonomismo propio de la unidad productiva -por ejemplo, una nave industrial suficientemente equipada como para la continuidad inmediata de la actividad-, con independencia de que se esté ante un procedimiento concursal abreviado u ordinario. El sentido finalista del concurso, es decir, la satisfacción de los acreedores que de ello se obtendría, junto con la opción conservativa de la unidad productiva, debería permitir la viabilidad de su enajenación (art.146.bis LC).

⁶⁸⁰ Se nos podría ocurrir algún supuesto, aunque improbable, donde un concurso de persona física altamente complejo pueda en cambio verse sujeto imperativamente al procedimiento abreviado: imagínese un deudor que supera -incluso con creces- las tres circunstancias que prevé el art.190.1 LC, pero que no tiene ningún tipo de actividad, y además su concurso es necesario por haber sido declarado por un acreedor. Pues bien, *stricto sensu* este concurso debería tramitarse bajo el procedimiento abreviado.

⁶⁸¹ Frente a una simple reducción de plazos de la legislación derogada, la nueva regulación se ocupa de disciplinar un nuevo y completo procedimiento abreviado, no un proceso ordinario más corto y ágil (...).

Así lo ha sido descrito el actual art.191 LC por el Magistrado-Juez VAQUER MARTÍN, F.J. en AA.VV., *Derecho concursal*, ed. Tirant lo Blanch, 2012, pág.750.

⁶⁸² Para su posible impugnación -si es que no ha variado el inventario o el interés del sujeto en cuestión- deberá estarse al trámite del art.191.4 LC, esto es, dentro del régimen de impugnaciones sobre el informe de la administración concursal al que se refiere el art.75 LC.

Así lo recuerda el Magistrado-Juez BLANCO SARALEGUI, J.M., “Procedimiento abreviado. Apuntes y soluciones”, *Anuario de Derecho Concursal*, ed. Civitas, núm.32/2014.

De igual modo, en lo que se refiere a la regulación del omnipresente incidente concursal, de cuyo estudio nos ocuparemos después, el art.191.4 LC introduce una novedosa variante para incidentes concursales cuya *causa petendi* resulte (concretamente) la impugnación del *inventario* o de la *lista de acreedores* del informe de la fase común. Así, cabe observar cómo presentada la pertinente demanda incidental, se dará previo traslado a la administración concursal, para que ésta se pronuncie en el plazo de 10 días hábiles sobre *si acepta la pretensión o si se opone formalmente a la misma*. Durante dicho íterin no se incoará el incidente, según reza el art.191.4.II LC, lo que supone tanto como revelarnos la creación de una suerte de trámite *ex ante* de jurisdicción voluntaria en lugar de contencioso.

Este presupuesto previo, aunque guarde la legítima finalidad de intentar depurar incluso *in extremis* cualquier demora por litigiosidad *ad intra* durante el concurso, ha terminado por provocar una serie de menoscabos sobre la tutela de derechos. El primero de estos quebrantos es la propia dilación que sufre el sujeto demandante en el acceso a tutela jurisdiccional, cuando la LC ya prevé mecanismos de comunicación entre acreedor y administración concursal previos (vid.art.95.1 LC), que por tanto -debe presumirse- ya se habrán visto agotados infructuosamente sin haberse alcanzado una posición de acuerdo.

También cabe advertir carencias procedimentales en la parca regulación del art.191.4 LC, pues a raíz de dicho trámite no jurisdiccional previo no queda claro si tal escrito iniciador debe revestir la forma de una demanda, pese a no actuar como tal *ab initio*. Sin embargo, lo cierto es que -al mismo tiempo- se permite su contestación por la administración concursal, lo que automáticamente supondría la incoación del incidente concursal y con ello del carácter contencioso.

Por todo ello, además de aconsejable, tal y como señalan las Conclusiones sobre algunos aspectos de la declaración del concurso y del procedimiento abreviado después de la reforma de la Ley Concursal por la Ley 38/2011 (Seminarios de 25 de enero, 26 de abril y 14 de mayo de 2012), de los Juzgados de lo Mercantil de Cataluña⁶⁸³, todo apunta a que tal escrito de impugnación iniciador del trámite del art.191.4 LC no puede escapar de las formalidades procesales de una demanda incidental (art.194 LC) pese a su doble función y la no incoación contenciosa *ab initio* del mismo.

Con mayor gravedad se presenta la problemática de la falta de emplazamiento y audiencia en el art.191.4 LC, que según su literalidad deja a la exclusiva voluntad del demandante y la administración concursal la posibilidad de dicha modificación *ex post* sobre el *inventario* o la *lista de acreedores*.

En efecto, repárese en que el demandante-impugnante de un determinado crédito no tiene siquiera por qué resultar el acreedor, quien de buena fe confiará en el informe provisional ya facilitado por la administración concursal (art.95.2 LC). Pues bien,

⁶⁸³ Disponibles en www.icpb.es/fotos/CONCLUSIONS%20LLEI%2038-2011.pdf

considerando que su crédito fuera impugnado por un tercero legitimado, piénsese así en el sujeto concursado, y la administración concursal aceptara dicha impugnación, la literalidad del art.191.4.II LC deja completamente indefenso al acreedor, pues ninguna audiencia se le habrá dado respecto de dicha modificación aceptada *inter alios*.

Así las cosas, en aras de subsanar dicha deficiencia respetando no obstante el texto legal, las precitadas *Conclusiones* defienden que el sujeto perjudicado que no haya podido participar en el trámite del art.191.4.II LC pueda impugnar su resultado, por la vía del art.96.bis.3 LC, esto es, mediante la impugnación de los propios textos definitivos por razón de comunicaciones posteriores. Pese a lo interesante de la propuesta, que busca reconducir la tutela jurisdiccional ignorada en el cauce del art.191.4.II LC por medio del art.96.bis.3 LC este último se nos presenta como un trámite procedimental limitado o incompleto, pues únicamente está previsto en materia crediticia (lista de acreedores) y no así respecto del inventario, sobre el que también pueden darse modificaciones no deseadas dentro del trámite del art.191.4.II LC.

Por ello mismo, así como por simples razones de economía procesal y de simultaneidad en el acto de la evitación de toda indefensión, parece más razonable la propuesta de conceder un simultáneo trámite de audiencia tanto al sujeto concursado, como al posible tercer legitimado y afecto por la pretensión, como al resto de partes personadas en el concurso (art.194.3 LC), siendo que solamente si no constara oposición alguna procede -entonces sí- aceptar la potestad de aceptación unilateral por la administración concursal que dispone el art.191.4.II LC. Así se consideró, aunque solamente por mayoría, por parte de los Magistrados de los Juzgados de lo Mercantil de Madrid en las Conclusiones de 13 de diciembre de 2011, sobre criterios de aplicación de la reforma de la Ley Concursal⁶⁸⁴.

Una última particularidad reside en la indiscriminada potestad de acumulación de incidentes que prevé el art.191.IV LC, si bien ello no es sino reflejo de la misma potestad ya dispuesta en el procedimiento ordinario (art.96.5 LC). Con todo, esta suerte de disponibilidad *ad infinitum*, además de inasumible en toda su potencial extensión por razones de complejidad y adecuado tratamiento de asuntos, debe conducirse a la concurrencia de las -limitadas- causas de acumulación de procesos ex art.76 LEC⁶⁸⁵.

Ese mismo espíritu de celeridad que se pretende dar al procedimiento abreviado nos demuestra, no solo en lo referido al comentado art.191.4 LC, que las prisas llevan a errores, sobre todo si traslada a la hora de redactar la propia Ley. Esta reflexión no está referida a la errata del art.191.ter.1 LC, que donde dice art.190.2 quiso decir art.190.3.

⁶⁸⁴ Disponibles en <http://www.aelac.es/node/288>.

⁶⁸⁵ Así lo defiende el Magistrado-Juez CANO MARCO, F., en AA.VV., *Ley Concursal Comentada*, ed. El Derecho, 2014, pág.635, con apoyo a su vez en las conclusiones alcanzadas en el Congreso de Jueces de lo Mercantil, celebrado en Bilbao en octubre de 2010.

La cuestión a criticar es desafortunadamente más trascendente y ha requerido de una interpretación correctora del texto legal que podría calificarse de *contra legem*. Concretamente, se está apuntando al art.191.5 LC, relativo al plazo de presentación de la propuesta ordinaria de convenio, lo que desde luego no es ninguna bagatela -máxime en el concurso de persona física, donde la liquidación concursal de la misma siempre es especialmente indeseable, y no sólo por lo polisémico del término-.

Así, el somero plazo de cinco días que el art.191.5 LC concede para poder presentar una propuesta de convenio, a contar desde la notificación del informe de la administración concursal, es un plazo tan ínfimo como alejado de toda seguridad jurídica. Ciertamente es que el letrado del deudor, siempre que sea posible, debe intentar contar con una propuesta de convenio incluso antes de instar la demanda de concurso, o bien advertir de los riesgos al concursado-cliente. Pero desde luego ello no justifica provocar una posible falta de coordinación en el propio contenido de la pretendida propuesta de convenio, causada por la inexistencia del trámite de textos definitivos (art.96.5 LC), lo que impide conocer la fijación definitiva del pasivo del concurso.

Los llamados textos definitivos, cuya función depuradora es cerrar la composición de la masa activa y pasiva del concurso, pueden suponer la necesidad de introducir ajustes dentro de una propuesta de convenio, concretamente en los documentos llamados plan de viabilidad y plan de pagos que acompañan a la misma, ex arts.100.4 y 100.5 LC. Su ausencia también es preocupante desde el punto de vista del derecho de asistencia a la junta de acreedores y la confección de la Lista de asistentes, ex arts.118 y 119 LC, que se realizan sobre la base de éstos.

Finalmente, que el legislador haya marcado un *dies ad quem* para la presentación de propuestas ordinarias de convenio, pero no un *dies a quo*, hace que el plazo para la presentación de la propuesta se inicie sólo una vez transcurrido el plazo para comunicar créditos en el concurso, por necesaria aplicación del art.113 LC vía art.191 quáter LC, lo cual puede coincidir a su vez con el plazo de presentación del informe de la administración concursal, para mayor caos.

Lo exageradamente veloz de este plazo y el poco tiempo para la asimilación del listado de acreedores que haya podido confeccionar la administración concursal -fundamental para dar cuerpo a la propuesta de convenio- es una política de tiempos procesales casi incompatible con el principio básico *pro actione*, y es por ello que viene siendo práctica de algunos Juzgados de lo Mercantil entender que el plazo de cinco días del art.191.5 LC se computa desde la presentación de textos definitivos y no del informe, en aplicación del principio *favor convenii*⁶⁸⁶.

⁶⁸⁶ Así se defendió por GARCÍA GARRIDO, M.I., letrada de la administración de justicia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Córdoba, juzgado que aplica esta interpretación, en el III Congreso de Derecho Concursal de Córdoba, celebrado los días 30 y 31 de octubre de 2013.

En contra, vid. Auto de 30 de julio de 2013, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de San Sebastián (JUR 2014\67639), el cual rechaza esta interpretación *favor convenii*, amparándose en el tenor literal del art.191.5 LC y la posible contradicción con el inciso final del art.191.4 LC si ello se admitiera. En el mismo sentido que esta resolución, vid. *Conclusiones sobre algunos aspectos de la declaración del*

Aun no siendo partidarios, por lo general, de este tipo de interpretaciones excesivamente correctoras o integradoras por parte de la jurisprudencia, lo cierto es que el concurso de persona física, que especialmente vive y participa de los aciertos y errores del procedimiento abreviado -aunque a éste le sea indistinto el tipo de deudor al que atiende-, necesita vitalmente de esta interpretación mucho más flexible y coherente con el estado procesal del concurso. Sin embargo, con cada reforma posterior habida sobre la Ley Concursal, sin que ninguna de ellas haya tenido a bien modificar el citado art.191.5 LC, se complica la subsistencia de esta interpretación correctora.

Por si no fuera suficiente la controversia con el plazo del art.191.5 LC, también merece nuestra atención el periodo que marca el art.191.6 LC para la realización de las operaciones liquidadoras: nada menos que tres meses desde la aprobación del plan de liquidación, prorrogables una sola vez por un mes más. Esta ingenua visión de la actividad liquidadora por parte del legislador explica la inviabilidad de los reseñados plazos, completamente alejados de los tiempos reales de liquidación de un concurso abreviado de persona física o jurídica, y cuyo incumplimiento además no deriva en responsabilidades⁶⁸⁷.

La dura realidad provocada por la consabida depreciación de cualesquiera tipos de activos en sede de liquidación concursal, con independencia de su valor de mercado, obligan a la administración concursal -órgano exclusivamente encargado de la liquidación del patrimonio- a adoptar en ocasiones alguna de las siguientes soluciones, con base legal pero eminentemente derivadas de la práctica:

- i. Tras agotar la prórroga prevista en el art.190.6 LC, emitir un escrito de alegaciones *ad cautelam* al amparo del art.153.2 LC por remisión del art.191. quáter LC, justificando las circunstancias que estuvieran provocando el retraso en las operaciones de liquidación, todo ello de cara a evitar que cualquier tercero solicite su separación del cargo por prolongación indebida de la liquidación -aunque es raro que ello ocurriese con o sin este escrito, pero de este modo la administración concursal refuerza su imagen de diligencia y deber de información-.

Dicho escrito es especialmente aconsejable si se superara el año desde la apertura de la fase de liquidación sin haber finalizado ésta, ex art.153.1 LC, lo que no es tan extraño si se tiene en cuenta la habitual saturación de los Juzgados y el consiguiente lapso de tiempo que puede darse entre la apertura de la fase de liquidación y la aprobación del plan liquidador que permita enajenar la masa activa del concurso.

concurso y del procedimiento abreviado después de la reforma de la Ley Concursal por la Ley 38/2011 (Seminarios de 25 de enero, 26 de abril y 14 de mayo de 2012), de los Juzgados de lo Mercantil de Cataluña.

⁶⁸⁷ Salvo situaciones de clamorosa inactividad o falta de diligencia, hay que olvidarse de cualquier planteamiento de responsabilidad frente a la administración concursal (art.36 LC), órgano encargado de la liquidación, por no ajustarse a los tiempos del art.190.6 LC.

- ii. Señalar dentro del escrito antes sugerido, o bien del informe trimestral sobre la liquidación correspondiente, ex art.152 LC, o incluso en el propio plan de liquidación⁶⁸⁸, que la interpretación que se realiza del art.190.6 LC toma como criterio que las operaciones de liquidación se hayan iniciado en dicho plazo, pero no necesariamente que se encuentren concluidas; con lo que se obtiene un mayor margen de tiempo, pudiendo ampararse la administración concursal en que realizó las operaciones de liquidación en tiempo y forma, sólo que éstas por circunstancias ajenas a su voluntad se hallan pendientes de concluir, en función del oportuno medio de enajenación -porque la subasta judicial se celebra con posterioridad, la formalización de la Escritura de compraventa está pendiente, etc.- Además, ello en nada implica una suerte de compromiso sobre el perfeccionamiento de estas operaciones, pues siempre puede darse el desistimiento del oferente en última instancia.
- iii. Se podría incluso valorar solicitar la conversión del procedimiento abreviado en ordinario por la complicación de la liquidación, ex art.190.4 LC, si se dan las circunstancias oportunas, aunque en todo caso la práctica forense muestra que este rigorismo es raro que se adopte.

En cualquier caso, vemos cómo en el procedimiento abreviado de liquidación -al igual que sucede en el ordinario- se deja todo el protagonismo a la administración concursal, que asume la responsabilidad y criterios desde su experiencia profesional para proceder a la enajenación del activo del concursado hasta los límites legales disponibles, por tratarse de un concursado persona física, ex arts.605 y ss. LEC. Todo ello sin perjuicio del deber de colaboración de éste, cuya vigencia se mantiene en su integridad también en esta fase del concurso, ex art.42 LC en conexión con el art.147 LC, y que puede ser clave para el correcto desarrollo de la liquidación⁶⁸⁹.

Los conflictos procesales del apresurado art.191 LC todavía pueden ser mayores, en este caso por su difícil compatibilidad con el especial régimen de recursos que prevé la Ley Concursal, ex art.197 LC, régimen aplicable con independencia de la naturaleza de deudor concursado.

En este sentido, hemos de partir de que el art.197 LC se inspira en impedir que la potencial proliferación de recursos, por estar ante un proceso de naturaleza colectiva, demore o entorpezca el curso procesal del concurso, ya de por sí generosamente amplio pese a su vocación de *rapidez* y *simplicidad* proclamada por el *Exponendo X* de la LC.

⁶⁸⁸ Será lo más aconsejable que la administración concursal lo incluya en el propio plan de liquidación, ex art.148 LC, ya que éste queda sometido a posibles alegaciones por terceros y a su aprobación judicial, por lo que esta transparencia y aprobación judicial de su contenido supone el mayor respaldo posible.

⁶⁸⁹ De nuevo, la práctica forense arroja luz sobre su gran utilidad, por ejemplo, en caso de enajenación de bienes inmuebles; nada mejor que contar con el sujeto que, de entrada, pueda publicitar su venta a conocidos de la zona de ubicación de dicho activo.

Consecuentemente, se establece como norma general en el art.197.4 LC un régimen de *apelación adhesiva*, de modo que contra los autos que resuelvan recursos de reposición y contra las sentencias dictadas en incidentes concursales, no cabe recurso de apelación directo sino solamente a través de la resolución apelable más próxima, si bien ello sin que resulte necesario combatir el contenido de la propia resolución vehicular que estrictamente sirve de apelación⁶⁹⁰.

Con ello, parece firme el propósito del legislador de intentar evitar dilaciones durante la fase común, para lo cual acota así de discrecionalmente qué debe entenderse por *apelación más próxima*, limitando en principio el concepto a aquella resolución que abra la fase de convenio, la de liquidación o bien la que apruebe una propuesta anticipada de convenio, con el único requisito por parte del legitimado de haber formulado en el plazo de cinco días protesta formal frente a la oportuna resolución que interesa recurrir.

A la vista de dichas limitaciones *ratione materiae*, es de lamentar que el art.191.6 LC establezca que la apertura de la fase de liquidación la realice el letrado de la administración de justicia y no el juez, esto es, mediante decreto y no mediante auto como ocurre en el procedimiento ordinario.

Se observa, así, la absoluta descoordinación con el art.197.4 LC, pues desaparece la posibilidad de utilizar como apelación más próxima la apertura de la fase de liquidación, ya que el decreto -no definitivo- no es una resolución apelable y por tanto no puede servir como vehículo procesal adhesivo para la apelación, al ser únicamente susceptible de recurso de reposición (arts.197.1 LC y 451.1 LEC). Frente a este problema, la solución más aconsejable que se está aplicando en la práctica forense es entender como resolución apelable más próxima aquella posterior que aprobara el plan de liquidación, ex art.148.2 LC, y que siempre adoptará la forma de auto. Con todo, ello no evita la crítica en la excesiva e injustificada demora que puede padecer el legítimo y pretendido recurrente.

En efecto, viene defendiéndose por la jurisprudencia que el listado de resoluciones citadas en el art.197.4 LC, que son simples *resoluciones vehiculares*⁶⁹¹ -no es necesario combatir la misma- para el acceso a la apelación, no puede entenderse como un listado *numerus clausus*⁶⁹². En definitiva, si el hito que relaciona el art.197.4 LC se ha producido con anterioridad, ello no puede suponer la restricción a la tutela jurisdiccional en segunda instancia, debiendo reconducirse ésta al siguiente hito procesal susceptible

⁶⁹⁰ Sentencia núm.247/2007, de 2 de octubre, de la Audiencia Provincial de Palencia, Sección 1ª (AC 2008\24).

⁶⁹¹ Por todas, Sentencia núm.277/2012, de 10 de mayo, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2012\6344).

⁶⁹² Sentencia núm.156/2012, de 13 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª (JUR 2013\83551).

de apelación; así por ejemplo, la aprobación del plan de liquidación, pese a no estar contemplado en el art.197.4 LC⁶⁹³.

Superado en su caso dicho filtro relativo a la apelación, no sin las dificultades advertidas, en el ámbito de acceso al recurso de casación y extraordinario por infracción procesal destacan las limitaciones *ratione materiae*⁶⁹⁴ recogidas en el art.197.7 LC, relativas al recurso de casación, así como siendo su única vía de acceso la del interés casacional (art.477.2.3º LEC)⁶⁹⁵. Consecuentemente, aquel otro recurso extraordinario por infracción procesal -también previsto en el art.197.7 LC- no podrá ser formulado salvo que se acompañe de recurso de casación (Disposición Final 16ª, art.1, apartado 2ª, de la LEC)⁶⁹⁶.

4.2.3 Especialidades en función del objeto último del proceso: convenio o liquidación (arts.191.bis y ter LC).

4.3 Especialidades en la formación de la masa activa (art.82 LC).

No es objeto del presente apartado detenerse en un detallado análisis sobre las inagotables variantes que -en su caso- pueden darse durante el íterin de reconocimiento, exclusión y avalúo del patrimonio o *masa activa* del sujeto concursado; recorrido que la Ley Concursal unifica procesal y documentalmente bajo la forma de un *inventario* (art.82 LC), cuya elaboración corresponde en exclusiva a la administración concursal.

El inventario tiene como fin único *informar sobre el estado patrimonial del deudor* a fecha de emisión del informe de la administración concursal, y, desde luego, carece de la *trabazón sistemática*⁶⁹⁷ que caracteriza el activo de un balance contable, lo que se vislumbra con mayor claridad en el concurso de persona física. Dígase de otro modo, el

⁶⁹³ Sentencia núm.136/2015, de 30 de marzo, de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5ª (AC 2015\481).

⁶⁹⁴ Así, por ejemplo, será apta para su recurso en casación cualquier sentencia dictada en incidente concursal en materia contractual (arts.61 y 62 LC), como tiene a bien recordar la Sentencia núm.439/2016, de 29 de junio, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (CENDOJ 28079110012016100447).

⁶⁹⁵ Auto de 18 de mayo de 2016, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (JUR 2016\117615).

⁶⁹⁶ Como igualmente recuerda el Auto de 26 de abril de 2017, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (autos núm.46/2017).

⁶⁹⁷ RECALDE CASTELLS, A., en AA.VV., *Comentario de la Ley Concursal, Tomo I*, ed. Civitas, 2008, pág.1477.

inventario no tiene carácter constitutivo ni supone un *pronunciamiento declarativo de la propiedad o del derecho real del concursado*⁶⁹⁸ sobre tales bienes.

En definitiva, razones de pura funcionalidad, sino sentido común, impiden concebir el inventario que regula el art.82 LC como una suerte de *foto fija* inamovible, o bien que precise de una constante actualización ante el juzgado. Prueba última de esta ficción jurídica consistente en listar un inventario se encuentra en el art.96.5 LC, ya que en la presentación posterior de los llamados textos definitivos sólo se podrán introducir modificaciones en el inventario cuando éstas traigan causa de su impugnación por medio de demanda incidental en tiempo y forma⁶⁹⁹, y no así por el propio devenir del proceso concursal, es decir, por la posible venta o adquisición (léase ingresos) de activos del sujeto concursado.

En definitiva, es posible reclamar con total legitimidad un derecho de crédito, en favor del sujeto concursado, y que por cualquier causa no hubiera sido incluido en tal inventario⁷⁰⁰.

A pesar de reconocer la trascendencia del inventario que acompaña al informe de la administración concursal (art.75.2.1º LC), su adecuado examen se alejaría de un estudio que pretende hacerse desde la óptica jurisdiccional de la insolvencia y no tanto del contenido sustantivo del propio proceso, lo que acaba derivando en su órbita jurídica civil o mercantil, además de que resultaría intratable en este trabajo pretender abordar la magnitud que tal objetivo merecería.

Pese a estos apercibimientos, sí nos parece interesante y adecuado traer a colación aquellas especialidades que se dan en el concurso de persona física en la formación de su inventario.

Así pues, debe tomarse como punto de partida el aludido informe de la administración concursal (art.75 LC). Su emisión merece ser calificada de absoluto punto de inflexión dentro del proceso, visión que se acentúa en la práctica forense donde se considera al informe un *documento vital para el desarrollo del concurso*⁷⁰¹, que ofrecerá una información esencial a los acreedores; tanto para ir conociendo las posibilidades de cobro total o parcial de su crédito, *prima facie*, así como de cara a estudiar la viabilidad real de cualquier propuesta de convenio y la posible calificación y responsabilidad

⁶⁹⁸ Vid. Sentencia núm.199/2011, de 28 de abril, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª (JUR 2011\294739). En el mismo sentido, como ya hemos tenido ocasión de citar, vid. Sentencia núm.64/2012, de 21 de febrero, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª (JUR 2014\96240).

⁶⁹⁹ Por todos, Auto núm.4/2011, de 21 de enero de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª (JUR 2012\399575).

⁷⁰⁰ Como bien concluye la Sentencia núm.475/2015, de 11 de septiembre, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2015\3718).

⁷⁰¹ Con estas palabras se expresa el Magistrado-Juez PAÑEDA USUNÁRIZ, F., en AA.VV., *Tratado práctico del derecho concursal y su reforma*, ed. Tecnos, 2012, pág.495.

concurzal del deudor concursado. Esta última función, de tipo enjuiciadora, no debe dejarse de lado pese al eclipse inicial que sobre ella provocan tanto el inventario como la lista de acreedores, pues merecerá todo el foco de atención en la posterior fase de calificación del concurso.

Tampoco hay que olvidar que en caso de que el concursado persona física que ejerza alguna actividad profesional o empresarial, entraría en juego un segundo análisis de tipo contable, nuevamente a realizar por la administración concursal (art.75.1.2º LC), igual o más determinante de la posible calificación concursal, e imprescindible para la elaboración del inventario así como de cara a conocer sus más recientes fluctuaciones. Aquí habrá que distinguir entre aquellos libros que el C de C de 1885 obliga a llevar, junto con aquellos otros que exige la normativa tributaria en función del régimen de estimación directa normal, simplificada u objetiva al que pudiera estar acogido el sujeto concursado.

A falta de documentación inicial con la que poder confeccionar un inventario y realizar este análisis de datos jurídicos y económicos, por ejemplo en el caso de un concurso necesario, además de contar en ese supuesto con el requerimiento *ab initio* que el juez efectuaría al deudor para su aportación, ex art.21.1.3º LC, se consagra un deber general de facilitación de documentación en el art.45 LC -en caso de actividad profesional o empresarial del deudor-.

Todo ello, junto con el art.42 LC -deber de colaboración del concursado-, determinarán el análisis favorable o desfavorable de las causas de la insolvencia analizadas en primera instancia en el informe de la fase común (art.75 LC) y posteriormente retomadas en sede de calificación concursal. Huelga señalar que las conclusiones que alcance la administración concursal serán presumiblemente desfavorables si dicho análisis ni tan siquiera ha podido efectuarse por la no facilitación de información y documentación suficiente⁷⁰².

4.3.1 Límites inembargables y tratamiento del derecho de alimentos (arts.47, 76 y 145.2 LC).

La determinación de la masa activa de todo concurso, cuyo contenido en forma de *inventario* regula el art.82 LC, descansa sobre el principio fundamental de la universalidad ex art.76 LC.

Este último precepto se limita, desde la perspectiva de la masa activa y en coherencia con su homólogo art.178.2 LC, a transcribir a la normativa concursal un principio con origen en la tradición románica y que ya contempla el art.1911 del Código Civil, principio aplicable con carácter general pero hoy fuertemente matizado; primero, tras la

⁷⁰² Sobre la influencia de todas estas cuestiones -tanto del contenido de la documentación facilitada como del grado de colaboración del concursado- en la ulterior Fase de calificación del concurso, vid. PASTOR VEGA, D., *Informe de la administración concursal*, ed. Tirant lo Blanch, 2009, pág.31.

reforma del citado art.178.2 LC a través de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, y luego, con la creación del art.178.bis LC, preceptos de los que nos ocuparemos en su correspondiente apartado.

La consecuencia *ex lege* del art.76 LC es la integración de todos aquellos bienes y derechos, presentes y futuros, de contenido patrimonial, con independencia del régimen de intervención o suspensión de facultades al que haya sido sometido el deudor concursado⁷⁰³.

En cuanto a su valoración, ésta se realizará con arreglo al valor de mercado del bien o derecho (art.82.3 LC), lo que en ocasiones -básicamente bienes muebles vehículos e inmuebles- se encuentra más objetivado que en los restantes tipos de activos, por contar aquellos con tasaciones y tablas de valor. Por otra parte, es habitual que ante aquellos bienes sujetos a la masa activa pero de muy escaso valor real, la administración concursal decida directamente provisionarlos en su integridad a valor cero, para que así el inventario contenga una imagen más fiel y próxima a su presumible valor de mercado.

Tal y como han puesto de relieve las sucesivas reformas del legislador, iniciadas en el año 2013 para intentar promover la utilización del concurso de persona física⁷⁰⁴, el principio de responsabilidad patrimonial universal no tiene un carácter ni mucho menos absoluto, por lo que coherentemente con este principio, el art.76.2 LC excluye de la masa activa del concurso aquellos bienes y derechos que resulten legalmente inembargables, además de las excepciones *ad hoc* del art.76.3 -garantías reales sobre buques y aeronaves-, de rarísima incidencia en el concurso de persona física. En consecuencia, estos bienes y derechos quedan fuera del control de la administración concursal, y, por tanto, fuera también de su sujeción al abono de los créditos del sujeto concursado. De nuevo, el art.76.2 LC supone la simple transcripción que armoniza la normativa concursal con los arts.605, 606 y 607 LEC, en cualquier caso de aplicación supletoria, y que en el concurso de persona física adquieren un trascendental impacto; si bien no exento de justificadas críticas por la insuficiencia de su contenido frente a la importancia de su cometido⁷⁰⁵.

⁷⁰³ Características todas estas que nos recuerda, en una nueva ocasión, la Sentencia núm.322/2013, de 21 de mayo, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2013\4956), al objeto de confirmar la suspensión del ejercicio de la acción directa del art.1597 CC frente al promotor de una obra, ex art.51.2 bis LC, puesto que de lo contrario ello supondría la exclusión de un derecho de crédito del concursado-contratista de su órbita de masa activa.

⁷⁰⁴ En un principio, vid. la reforma del art.178.2 LC operada por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, y con posterioridad, vid. asimismo la creación del art.178.bis LC, ambas reformas dirigidas a la introducción por primera vez de un sistema concursal de condonación de deudas.

⁷⁰⁵ Sobre ello se pronuncia la Magistrado-Juez CERVERA MARTÍNEZ, M., en AA.VV., *Tratado judicial de la insolvencia, Tomo I*, ed. Aranzadi, 2012, pág.1263. Argumentando que los arts.605 y ss. LEC están pensados para la ejecución singular, así como que la autónoma realidad concursal bien merecería un tratamiento igual de autónomo a este respecto.

En cualquier caso, la protección a la propia subsistencia de la persona física que se lleva a cabo, por ejemplo, mediante la fijación de unos topes de inembargabilidad en los salarios y figuras equivalentes contenidos en el art.607 LEC -en el supuesto del art.608 LEC dichos topes se dejan al arbitrio del juez-, se mantiene plenamente vigente sin importar el estado concursal o no del sujeto. Otros ejemplos pueden ser el derecho de alimentos (art.151 CC) o el derecho de uso y habitación (art.525 CC).

Un supuesto que en su día causó especial revuelo se produce cuando el concursado persona física, con anterioridad a su concurso, ha suscrito un plan de pensiones complementario del régimen de la seguridad social. Pues bien, conforme a los argumentos esgrimidos en la Sentencia de 5 de julio de 2010, del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid⁷⁰⁶, dicho plan de pensiones también resulta inembargable y no puede ser retenido o ingresado anticipadamente en la masa activa de aquel concurso posteriormente declarado.

La justificación de todas estas limitaciones en favor del concursado persona física se reducen a que el principio de universalidad en ningún caso puede justificar la falta de respeto a la *dignidad humana* y el *desenvolvimiento ordinario de su vida*⁷⁰⁷, lo que atentaría contra determinados valores constitucionales -arts.39, 41, 43 y 47 CE- que se exigen en la fase de inspiración de toda norma jurídica de nuestro ordenamiento. Se trata de una situación muy distinta de aquella que se prevé para la persona jurídica, concursada o no, donde tales preceptos protectores de la LEC no pueden ser de aplicación, al no constar *reconocible* un concepto de dignidad humana en esta última⁷⁰⁸.

Por el contrario, la limitación de responsabilidad prevista para el denominado *emprendedor de responsabilidad limitada*, conforme a los arts.7 y ss. de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, en ningún caso puede suponer la minoración de la masa activa del concurso excluyendo de ella el bien inmueble que resulte la vivienda habitual del sujeto concursado.

En este sentido, cabe advertir que lo único que establece el art.8 de la citada Ley es la exclusión de la *vivienda habitual* del emprendedor respecto de las deudas que traigan causa de su actividad empresarial o profesional, y siempre y cuando se cumplan todos los requisitos allí reglados; tanto de límite de valor del inmueble, de llevanza obligatoria de contabilidad así como en materia de inscripción registral. Sin embargo, como ya se ha dicho, esta particular protección se circunscribe frente a un determinado tipo o naturaleza de deudas, que desde luego no resultan las únicas susceptibles de integrar la masa pasiva del concurso de acreedores de quien ostente dicha condición de

⁷⁰⁶ JUR 2010\264894.

⁷⁰⁷ AA.VV (Coordinador XIOL RÍOS, J.A.), *Enjuiciamiento Civil, Comentarios y jurisprudencia, Tomo III*, ed. Sepin, 2008, pág. 3843.

⁷⁰⁸ Por el concentrado repaso jurisprudencial que se realiza al analizar la inaplicabilidad de estos preceptos a la persona jurídica, vid. Auto núm.173/2004, de 18 de junio, de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3ª (JUR 2005\25301).

empresedor de responsabilidad limitada, ni todavía menos excluye los eventuales créditos contra la masa que pudieran generarse a lo largo del proceso concursal.

La norma de limitación de responsabilidad no puede utilizarse, por tanto, como una norma de exclusión de la masa activa del concurso. En su caso, deberá tenerse en cuenta dicha limitación de responsabilidad a la hora del pago a los acreedores en fase de liquidación, si es que se abre dicha Fase, especialmente si la administración concursal hace uso de la potestad de cesión de bienes del art.148.5 LC y en lo que se refiere al acreedor destinatario del bien inmueble vivienda habitual.

El art.76.2 LC se complementa con el art.47 LC, regulador del derecho de alimentos, aunque una vez más se trata de un precepto más transcriptor que innovador, pues para delimitar su contenido sustantivo debemos estar a la normativa general que se ocupa del derecho de alimentos (art.142 y ss. del Código Civil). No debe confundirse este derecho con el llamado contrato de alimentos (arts.1791 a 1797 CC), que como bien recuerda la doctrina constituye una institución legal distinta, y, en caso de concurso, se verá sometido a la *lex specialis* propia de las relaciones contractuales (arts.61 y ss. LC)⁷⁰⁹.

Así pues, de una parte, el art.47.1 LC se limita a regular el derecho de alimentos del propio concursado, con la particularidad de que en lugar de dirigirse frente a algún familiar obligado de los que cita el Código Civil, tal derecho lo es respecto de su propio patrimonio o masa activa del concurso; luego el obligado *alimentante* lo será la masa activa y el *alimentista* el sujeto concursado, pese a tratarse paradójicamente de su propio patrimonio y que por efecto de la Ley Concursal (art.76 LC) se ve disociado de su titular en todas sus consecuencias.

Más que reconocer un nuevo derecho, el art.47.1 LC se limita a regular su instrumentalización en sede concursal, de manera que sea la administración concursal en caso de intervención de facultades quien acuerde su *cuantía y periodicidad*, y por el contrario, lo haga el juez del concurso en caso de suspensión de las facultades patrimoniales, previa audiencia del concursado y de la administración concursal.

En el plano procesal, es de notar que el art.47.1 LC configura una tramitación distinta que la común del incidente concursal⁷¹⁰, esto es, más rauda y por ende con menores garantías de tutela judicial pues ni se resuelve en Sentencia, toda vez que sus únicos legitimados resultan el sujeto concursado y la administración concursal en representación de la masa patrimonial.

En lo que se refiere al plano sustantivo, para valorar la necesidad del derecho de alimentos del concursado, el art.47.1 LC tiene en cuenta -además de las suyas propias-

⁷⁰⁹ ORDUÑA MORENO, J., y PLAZA PENADÉS, J., en AA.VV., *Comentario de la Ley Concursal*, Tomo I, ed. Civitas, 2008, pág.953.

⁷¹⁰ Así se interpreta en la Sentencia núm.259/2007, de 2 de noviembre, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Palma de Mallorca (JUR 2008\350816).

las necesidades del cónyuge del concursado, las de su pareja de hecho inscrita y con la que -además- haya formado un patrimonio común⁷¹¹, así como las necesidades de los descendientes bajo su potestad.

Asimismo, se supedita la concesión de este derecho a que existan *bienes bastantes* en la masa activa del concurso, lo que no es sino la transcripción del más elemental sentido común, pues de donde no hay -sea por simple falta de liquidez o en atención al indisponible orden legal de pagos contra la masa- no puede exigirse tal derecho, ello sea dicho muy especialmente en procesos concursales en régimen de insuficiencia de masa activa (art.176.bis.2 LC) y cuya naturaleza descriptiva habla ya por sí sola.

Apunta algún autor⁷¹², con acierto, que el requisito de *necesidad* al que alude el art.47.1 LC implica que la satisfacción de alimentos con cargo a la masa activa sea subsidiaria, por ejemplo, del deber de mutuo socorro entre cónyuges ex art.68 CC.

Dicho de otro modo, el concursado debe agotar primero todas las posibilidades extraconcursoales para obtener su derecho de alimentos. Interpretación ésta exigente y estricta, que no se ejercita en la práctica forense con tal purismo, pero que sin duda presenta unos argumentos irrefutables.

En todo caso, la previsión del derecho de alimentos como crédito contra la masa se encuentra integrada dentro del listado taxativo que regula los mismos (art.84.2.4º LC), a diferencia de lo que sucede por ejemplo con la pensión por desequilibrio económico, también conocida como pensión compensatoria (art.97 y ss. del Código Civil)⁷¹³ y cuya única vía para su reconocimiento crediticio contra la masa sólo podría ser -se nos ocurre- la más estricta del art.84.2.10º LC.

⁷¹¹ Con el efecto de que a la pareja de hecho inscrita se le equipara al matrimonio en el derecho de alimentos pero no así en el deber de alimentos (art.68 CC), ya que la LC les reconoce un derecho que no tendrían conforme a la legislación civil -al margen de alguna excepción en el derecho foral-.

Sobre la inadecuada insistencia legislativa en equiparar ambas instituciones, CUENA CASAS, M., “Uniones de hecho y abuso del derecho. Acerca de la discriminación en contra del matrimonio”, Diario la Ley, núm.6210/2005.

⁷¹² CUENA CASAS, M., en AA.VV., *Enciclopedia de derecho concursal, Tomo I*, ed. Aranzadi, 2012, pág.259.

⁷¹³ FUENTES DEVESEA, R., en AA.VV., *Tratado práctico del derecho concursal y su reforma*, ed. Tecnos, 2012, pág.238.

Destaca el citado Magistrado-Juez que este derecho compensatorio no está expresamente contemplado en el art.84.2 LC, ni tampoco puede encuadrarse en el concepto de alimentos del art.47 LC.

Bajo la redacción originaria del art.145.2 de la Ley Concursal, la apertura de la fase de liquidación (art.142 LC) implicaba la pérdida del derecho a continuar percibiendo alimentos contra la masa activa del concurso⁷¹⁴, que a partir de ese momento sólo podrán satisfacerse mediante aquella otra parte del patrimonio que fue excluida de dicha masa activa por su carácter inembargable.

Es en este punto donde se observaba una cierta paradoja estructural de la regulación concursal de esta cuestión: si las necesidades alimenticias ya se hallaban cubiertas por la parte de patrimonio inembargable y -por ende- extraconcursal, entonces no tenía justificación haber autorizado en el concurso su satisfacción total o parcial con cargo a la masa activa. Peor aún, si el patrimonio legalmente inembargable nunca fue suficiente o devino en insuficiente como para atender tales necesidades mínimas, entonces no tenía cabida -constitucional- privar al deudor del cargo contra la masa del derecho de alimentos, solamente por el hecho de hallarse en fase de liquidación concursal.

Afortunadamente, esta segunda polémica fue aclarada tras la única y última reforma del art.145.2 LC hasta la fecha, operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, puesto que ahora su texto prevé una absoluta flexibilidad de dicha prohibición general en sede de liquidación, en favor de la subsistencia física del concursado, su cónyuge o pareja de hecho inscrita y descendientes bajo su potestad, manteniendo a tal fin su derecho de alimentos si se trata de salvaguardar sus *necesidades mínimas*⁷¹⁵.

Nótese, por el contrario, que ninguna previsión legal existe respecto de la hipotética subsistencia del derecho de alimentos del sujeto concursado con cargo a la masa activa tras la aprobación de un convenio concursal. Ahora bien, lo cierto es que el cese de los efectos patrimoniales del concurso (art.133.2 LC en relación con el art.40 LC) lleva consigo la recuperación por el sujeto concursado del pleno dominio de sus facultades patrimoniales, quien por tanto podrá regular con total libertad -a salvo de que la propuesta de convenio concursal aprobada contuviera algún pacto a este respecto- su derecho de alimentos.

Repárese, por cierto, que nos encontramos ante una expresión algo más restrictiva que la contenida -*estado de necesidad*- en el art.47.1 LC y que por ello, entendemos, se debería exigir una mayor excepcionalidad en su concesión. En cambio, para los sujetos

⁷¹⁴ Situación que no es nueva y ya se daba con anterioridad a la reforma del art.47 LC realizada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, tal y como apuntaban los Magistrados-Jueces SENENT MARTÍNEZ, S., y SANTANA PAÉZ, E., en “Algunas cuestiones sobre el derecho de alimentos en el concurso”, Anuario de Derecho Concursal, ed. Civitas, núm.12/2007. Argumentaban dichos autores la posibilidad de acudir a una interpretación restrictiva del precepto, que al menos permitiese dejar subsistentes los alimentos de las personas que dependiesen del concursado y respecto de los cuales éste tuviera obligación de prestarlos.

En cambio, en favor de una interpretación extensiva de la prohibición contenida en el antiguo art.145.2 LC, vid. CUENA CASAS, M., “El derecho de alimentos en el concurso de acreedores”, Anuario de Derecho Concursal, ed. Civitas, núm.20/2010.

⁷¹⁵ Destacando esta matización frente a la *radical extinción* de la redacción primitiva del art.145.2 LC, se pronuncia el Magistrado-Juez RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., “El crédito alimenticio en el concurso tras las reforma de la Ley 38/2011”, Revista Aranzadi Doctrinal, ed. Aranzadi, núm.7/2011.

ajenos a los expresamente citados en el art.145.2 LC, de ningún modo se les exceptiona en el mantenimiento del derecho de alimentos una vez declarada la fase de liquidación⁷¹⁶.

Por su parte, el art.47.2 LC dedica su contenido a regular el derecho de alimentos en el supuesto de que el sujeto concursado resulte ser el obligado alimentante respecto de sus parientes, a salvo de su cónyuge, su pareja de hecho inscrita con la que -además- comparta un patrimonio común y los descendientes bajo su potestad.

Establece el art.47.2 LC un principio de subsidiariedad de la masa activa del concurso, puesto que ésta sólo responde si los alimentos no se pueden percibir de otros sujetos obligados (art.144 CC). El referido art.47.2 LC también establece, como requisito de procedibilidad, cuya función es precisamente acreditar la concurrencia de aquel principio de subsidiariedad, que se hubiera ejercitado una *acción de reclamación en el plazo de un año a contar* desde el momento en que debieron percibirse; pretensión la cual, por consiguiente, cabe interpretar que deberá haberse dirigido frente al resto de sujetos obligados a prestar alimentos en favor de tal demandante⁷¹⁷.

El juez del concurso es revestido de competencia objetiva para decidir sobre la procedencia y cuantía de dicha pretensión alimentaria frente al sujeto concursado, ahora bien, su decisión y efectos son puramente intraconcursoales y desaparecerán con la conclusión del proceso concursal. En el caso de que se estuviera ante una resolución judicial de fecha anterior al auto declarativo de concurso, entonces el juez de éste fijará qué parte se satisface con cargo a la masa y qué otra se clasificará como crédito concursal ordinario, puesto que las reformas concursales habidas en el año 2015 -Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, confirmado en la Ley 25/2015, de 28 de julio- han procedido a excepcionar su subordinación crediticia concursal (art.92.5.II LC).

Con todo, no se trata de que el juez modifique aquella resolución judicial, pues no posee esa competencia, sino que simplemente debe fijar su distribución teniendo en cuenta el último párrafo contenido en el art.84.2.4º LC: serán créditos contra la masa los devengados con posterioridad al auto de concurso aunque tengan su origen en una resolución judicial anterior, es decir, una vez fijada dicha distribución por el juez del concurso⁷¹⁸.

La falta de competencia del juez del concurso en esta materia (art.8.1º LC), puede además provocar otra hipótesis: que iniciado el concurso se fije por un juez civil,

⁷¹⁶ Así lo entiende SÁNCHEZ LINDE, M., “Notas sobre el derecho a la percepción de alimentos del deudor concursado”, Revista de Derecho Patrimonial, ed. Aranzadi, núm.28/2012, sobre aquellos otros sujetos recogidos en el art.47.2 LC.

⁷¹⁷ Así se concluye por parte de MARTÍNEZ ARESO, A., en AA.VV., *La Ley Concursal y la Mediación Concursal: un estudio conjunto realizado por especialistas*, ed. Dykinson, 2014, pág.341.

⁷¹⁸ CUENA CASAS, M., en AA.VV., *Enciclopedia de derecho concursal, Tomo I*, ed. Aranzadi, 2012, pág.269.

extraconcurzalmente, una pensión de alimentos a cargo del concursado, por ejemplo, fruto de un proceso de divorcio entablado con posterioridad a la declaración de concurso. En estos casos, la posible pensión de alimentos ostentaría el carácter de crédito contra la masa *en toda su extensión* (art.84.2.4º LC), sin que sea posible la facultad de moderación que se regula en el inciso final del art.47.2 LC.

Cualquiera de estas posibles variantes, en definitiva, tendrán su impacto -junto con los límites de inembargabilidad- en la composición y variación de la masa activa del concurso de persona física a lo largo del proceso, básicamente en lo que a su liquidez o saldo de tesorería se refiere.

Finalmente, si en cualquier momento el concurso incurre en el especial régimen del art.176.bis LC -insuficiencia de masa activa como para atender los propios créditos contra la masa-, cuyo contenido se estudia más adelante, el nuevo orden especial de pagos fijado en el art.176.bis.2 LC señala en tercer lugar a los créditos por alimentos – aunque los dos primeros ordinales serán de rara aplicación en el concurso de persona física-, limitándose dicho precepto a remitirse a la excepción del art.145.2 LC y fijar novedosamente como límite de abono el salario mínimo interprofesional, cuando lo más adecuado parece una remisión al indicador público de renta de efectos múltiples.

4.3.2 Efectos sobre el régimen económico matrimonial (art.77 LC).

La segunda gran diferencia o especialidad en el concurso de persona física, en lo que a la composición del *inventario* o masa activa se refiere, tiene lugar cuando el concursado está casado debido al régimen económico matrimonial que ello comporta. Por el contrario, el legislador ha considerado oportuno no introducir ninguna especialidad patrimonial cuando se trate de parejas de hecho, que por tanto se ven inmunes a lo que ahora se dirá sobre el art.77 LC, y cuyo patrimonio común -normalmente- se rige como lo hace cualquier otra comunidad de bienes, es decir, creando un mero efecto legal de condominio, de modo que la respectiva cuota del sujeto concursado será la única que forme parte de la masa activa del concurso.

Advertido lo cual, debemos partir del art.77 LC que regula en su apartado primero lo que es casi una obviedad: que con independencia del régimen económico matrimonial, el patrimonio privativo del concursado siempre formará parte de la masa activa del concurso⁷¹⁹. Por consiguiente, su afección a esta masa activa tendrá lugar con independencia del régimen concreto que regule su matrimonio: ya sea de gananciales (arts.1344 y ss. CC), de participación (arts.1411 y ss. CC)⁷²⁰ o de separación de bienes

⁷¹⁹ Reiterado por ORDUÑA MORENO, J., y PLAZA PENADÉS, J., en AA.VV., *Comentario de la Ley Concursal, Tomo I*, ed. Civitas, 2008, pág.1408.

⁷²⁰ Sobre la naturaleza mixta que presenta este particular régimen, que durante su vigencia actúa como el de separación de bienes, y en su extinción se asemeja a un régimen de comunidad germánica, se pronuncia REBOLLEDO VARELA, A.L., “Belicosidad derivada de la elección del régimen económico matrimonial (I y II)”, *Revista Doctrinal Aranzadi*, ed. Aranzadi, núm.15/2003.

(arts.1435 y ss. CC). La misma afección de su patrimonio privativo se dará con independencia de las posibles especialidades a las que el régimen económico matrimonial pudiera encontrarse afecto, en función del derecho foral oportuno.

Sobre este último extremo, no puede dejar de mencionarse el cuestionable -por su inseguridad jurídica y afectación de la igualdad- fenómeno de la multiplicidad de regímenes legales supletorios, aplicables en defecto de capitulaciones matrimoniales por parte de los cónyuges.

A modo de ejemplo, destacan el *régimen de conquistas* navarro, el *consorcio conyugal* aragonés, la *comunicación foral de bienes* de Vizcaya o hasta el remoto Fuero de Baylío para algunos pueblos de Extremadura y la ciudad de Ceuta. Destacan también los casos de Cataluña, Baleares y la Comunidad Valenciana (este último hasta su derogación por inconstitucional⁷²¹), donde el régimen supletorio es el de separación de bienes en pleno antagonismo con las normas del derecho civil común.

En el caso de los regímenes de separación y participación, cuando no sea posible determinar a qué cónyuge pertenece el bien o derecho en cuestión, será de aplicación la regla de su atribución por mitades (art.1441 CC), sin perjuicio además de lo que en el siguiente apartado se dirá sobre el art.78 LC.

Tratamiento más complejo recibe el supuesto del régimen de gananciales, donde en primer lugar debe estarse al listado elaborado por el legislador en los arts.1346 y ss. CC, concretando cuándo será un bien privativo y cuándo ganancial, con la presunción general de ganancialidad salvo prueba en contrario (art.1361 CC). Ha de repararse, asimismo, en el hecho de que la sociedad de gananciales carece de personalidad jurídica, y, por consiguiente, sólo pueden resultar los cónyuges -y no la sociedad ganancial- los sujetos deudores, ello sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial a cargo de dicha sociedad ganancial en común⁷²².

Por su concurrencia, es menester efectuar una breve alusión a dos supuestos de hecho frecuentes, en materia de clasificación crediticia matrimonial, y en vista de los diversos preceptos que a tal fin destina el Código Civil.

En primer lugar, merece destacar la problemática clasificatoria de las deudas derivadas de préstamos o créditos, contraídas por uno solo de los cónyuges, pero cuyo beneficio (ingreso) tuviera lugar en una cuenta corriente de disposición común de ambos cónyuges.

Dicho supuesto de hecho se resuelve de forma que la sociedad de gananciales responderá frente a este tipo de adeudos, siendo irrelevante el consentimiento del otro

⁷²¹ Sentencia núm.82/2016, de 28 de abril, del Tribunal Constitucional en Pleno (RTC 2016\82).

⁷²² Sentencia núm.672/2017, de 15 de diciembre, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (CENDOJ 28079110012017100630).

cónyuge⁷²³, si se prueba que el destino efectivo de tales préstamos o créditos se halla dentro de alguna de las causas que prevé el art.1362 CC.

Por otro lado, merece igualmente destacar otro supuesto de hecho también frecuente, aunque esta vez inverso, consistente en determinar si una indemnización laboral -léase un *activo* y no ya un *pasivo*- en favor de uno de los cónyuges guarda carácter ganancial o privativo, para lo cual dicha indemnización deberá distinguirse cuantitativamente - parte privativa y parte ganancial- en función de la antigüedad laboral y la vigencia de la sociedad ganancial⁷²⁴. Por el contrario, ante indemnizaciones derivadas de incapacidad laboral permanente debe estarse a su carácter privativo al amparo de los arts.1346.5º y 1346.6º CC⁷²⁵.

Por otro lado, también merece mención expresa la regla general de que cualquier modificación del régimen económico matrimonial no puede perjudicar a derechos ya adquiridos por terceros (art.1317 CC), incluso cuando se trate de obligaciones futuras todavía no exigibles al tiempo de tal modificación⁷²⁶, y ello sin necesidad -por tratarse de una responsabilidad *ex lege*- de que por parte del acreedor defraudado medie una petición de nulidad de las capitulaciones matrimoniales modificadas o de rescisión por fraude de acreedores⁷²⁷.

Asimismo, para su oponibilidad frente a terceros deberá estarse como *dies a quo* a la fecha de su publicación en el Registro Civil (art.1333 CC). Existe una delgada línea que separa la aludida tutela civil a los derechos de los acreedores (art.1317 CC) y el delito por alzamiento de bienes tipificado en el art.257.1.2º CP 1995, máxime cuando este último ni siquiera constituye un delito de resultado, bastando para el mismo *la consumación el acto de disposición tendente, como se ha dicho, a impedir, dificultar o dilatar las posibilidades del acreedor de hacer efectivo el cobro de la deuda*⁷²⁸.

⁷²³ Sentencia num.10/2016, de 1 de febrero, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2016\498).

⁷²⁴ Sentencia núm.596/2016, de 5 de octubre, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (CENDOJ 28079110012016100572).

⁷²⁵ Por su singularidad, es de interés destacar la Sentencia núm.668/2017, de 14 de diciembre, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (CENDOJ 28079119912017100037).

⁷²⁶ Sentencia núm.302/2016, de 8 de junio, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª (Tol 5796715).

⁷²⁷ Ejemplo de aplicación de este precepto en sede concursal, conforme a dicha interpretación doctrinal, nos da el Auto de 9 de mayo de 2011, del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid (JUR 2011\341460).

Señala dicha resolución que los acreedores podrán bien pretender la declaración de nulidad o rescisión por fraude de la modificación del régimen económico matrimonial, o bien directamente -en caso de concurso- pretender la inclusión de los bienes y derechos adjudicados indebidamente al cónyuge del concursado dentro de la masa activa del concurso.

⁷²⁸ Sentencia núm.245/2015, de 18 de septiembre, de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 2ª (JUR 2015\234144).

Advertido lo anterior, bajo el régimen de la sociedad de gananciales los bienes y/o derechos deben -directamente- formar parte del *inventario* del concurso sin perjuicio del cambio en su titularidad dominical por sujeto distinto al concursado -su cónyuge-, del mismo modo que también resultarían directamente *atacables* en el seno de una ejecución singular y sin que la demanda por tercería de dominio guarde éxito alguno en tales circunstancias⁷²⁹.

Las vías procedimentales para resolver cualquier conflicto relativo a la calificación ganancial o privativa en sede concursal pasan por interponer un incidente concursal - art.192.1 LC- o bien hacerlo a través de la impugnación del inventario (art.96.5 LC). En caso de que el bien -erróneamente- incluido en el inventario fuese privativo del cónyuge del concursado, éste podrá ejercer su derecho de separación por vía del art.80 LC, lo que de nuevo pasa por la interposición de un incidente concursal.

Pese a la aparente variedad de posibilidades de defensa, el cónyuge del concursado puede encontrarse con algunos obstáculos añadidos. Ya de entrada, se ha de partir de la limitada eficacia que tendría la *confesión* por parte del concursado de que el bien o derecho pertenece privativamente a su cónyuge, pues por sí sola no puede perjudicar a los acreedores (art.1324 CC) y por ende no bastará para su exclusión de la masa activa del concurso.

Existen, por lo demás, una serie de preceptos comunes materiales y ajenos a la Ley Concursal, que habrá que atender y conjugar con el citado art.77 LC Así por ejemplo, cabe recordar que el art.1319 CC establece la responsabilidad subsidiaria de los bienes privativos del cónyuge no deudor por las deudas contraídas para atender *necesidades ordinarias* de la familia.

Por último, también cabe plantearse qué ocurre con aquellos bienes en cuya titularidad concurra una parte ganancial y otra privativa. El ejemplo clásico y más importante lo forma la vivienda familiar adquirida a plazos (ej.: mediante préstamo hipotecario) ex art.1354 CC, incluso cuando su adquisición fuera anterior a la creación de la sociedad de gananciales (art.1357.II CC) o aunque uno sólo de los plazos haya sido pagado durante el matrimonio⁷³⁰. La norma del citado art.1354 CC establece, en todo caso, su pertenencia en *proindiviso* a la sociedad de gananciales en *proporción al valor de las aportaciones*. Sin embargo, su inclusión en la masa activa del concurso al amparo del art.77.2 LC es la solución mayoritariamente seguida⁷³¹.

⁷²⁹ Por todas, vid. Sentencia núm.115/2008, de 6 de febrero, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2008\2661).

⁷³⁰ Sobre todo este particular, es de interés el recopilatorio jurisprudencial que realiza la Sentencia núm.465/2016, de 7 de julio, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (JUR 2016\156416).

⁷³¹ En contra, CUENA CASAS, M., *El concurso de acreedores de persona casada en régimen económico matrimonial de comunidad*, ed. Civitas, 2008, pág.60.

Defendiendo que sólo debe integrarse en la masa activa del concurso la cuota que sobre el bien corresponda a la sociedad de gananciales.

Las especialidades comunes no solamente se limitan a lo dispuesto en el Código Civil, sino que también deberá estarse al C de C de 1885 cuando el sujeto concursado actúe en calidad de cónyuge comerciante.

En este sentido, la interpretación conjunta de los arts.6, 7 y 8 del C de C de 1885 (por remisión del art.1365.2º *in fine* CC) permite establecer la ficción de un consentimiento *tácito* del cónyuge no comerciante sobre la responsabilidad a la que deben hacer frente los bienes gananciales, de tal forma que si éste no se opone -pública y expresamente- entonces tales bienes gananciales quedan *ex lege* afectos por las deudas comerciales (arts.2 y 6 del C de C de 1885) en su totalidad.

Dicha extensión de responsabilidad, superando la literalidad del art.2 del C de C de 1885, también abarca aquellas otras deudas no propiamente comerciales pero sí derivadas de la actividad comercial (art.1362.4ª CC), véanse las tributarias⁷³², e incluso aquellas que tengan origen en el aval o fianza del administrador en favor de la sociedad⁷³³.

La mentada oposición del cónyuge no comerciante, como ya se ha dicho, debe ser elevada a documento público para su oportuna inscripción en ambos Registros Mercantil y Civil, de modo que permita surtir efectos frente a terceros de buena fe, según se desprende del art.11 del C de C de 1885, arts.1327, 1332 y 1333 CC, así como del art.60 LRC⁷³⁴ (antes recogido en el art.77 de la Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil).

En cualquier caso, pese a tales formalidades registrales, el art.6 del C de C de 1885 sigue suponiendo un trato beneficiado frente al régimen general de responsabilidad derivada del ejercicio de la *profesión, arte u oficio* (art.1365.2º CC), dentro del cual la oposición del otro cónyuge es jurídicamente irrelevante y nada conlleva en términos de limitación de responsabilidad sobre los bienes gananciales; mientras que dicho art.6 del C de C de 1885, al menos, permite excluir aquellos bienes gananciales *no obtenidos* a resultas de la actividad comercial (léase aquellos adquiridos con los ingresos o patrimonio del cónyuge no comerciante).

Este extremo sobre el origen en la adquisición de un determinado bien o derecho de carácter ganancial, que hipotéticamente podría determinar su exclusión de la masa activa del concurso siempre que no existieran deudas privativas del concursado (art.1373 CC), deberá ser acreditado por su legitimado -cualquiera de los cónyuges-

⁷³² Sentencia núm.21/2015, de 30 de enero, de la Audiencia Provincial de La Rioja, Sección 1ª (JUR 2015\94791), con cita de diversas resoluciones provinciales y de nuestro alto tribunal, si bien exceptuando aquellas deudas tributarias de naturaleza sancionadora, ello por aplicación del art. 1366 CC.

⁷³³ Por su recopilación jurisprudencial, vid. Auto núm.70/2012, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11ª (JUR 2012\96446).

⁷³⁴ Vid. Sentencia núm.7/2012, de 17 de enero, de la Audiencia Provincial de Ávila, Sección 1ª (JUR 2012\41887).

frente a la administración concursal, lo que en el posible ámbito contencioso se mantiene por las normas procesales probatorias (art.217.2 LEC) y pudiendo invocar también la teoría de la proximidad de la prueba.

Respecto del distinto supuesto de asunción de responsabilidad que contempla el art.9 del C de C de 1885, de nuevo si el concursado es comerciante, mediante el mismo se posibilita que los bienes *privativos* del cónyuge del concursado también respondan de las obligaciones derivadas de la actividad comercial; sólo que dicha responsabilidad parte del procedimiento opuesto que en el art.6 del C de C de 1885, es decir, aquí se requiere el consentimiento expreso del cónyuge *no deudor* para obligar sus bienes *privativos*.

De existir tal consentimiento, cabe preguntarse si entonces unos bienes privativos, propiedad de un sujeto distinto del concursado, deben incluirse en la masa activa de su concurso. Así lo defiende el Magistrado-Juez SENENT MARTÍNEZ⁷³⁵, si bien ello no encuentra amparo normativo concursal alguno sino de hecho contradictorio (arts.76.1 y 80 LC), razón por la cual debería resultar solución más acorde su *no inclusión* y sin perjuicio de la posible deducción del crédito del acreedor (art.160 LC) por lo ya cobrado frente al cónyuge no deudor.

Frente a todas estas normas mercantiles y civiles, el art.77.2 LC se limita a establecer la necesaria inclusión en la masa activa de los bienes gananciales *cuando deban responder de obligaciones del concursado*, coetilla ésta redundante, pues los bienes gananciales responden de las deudas gananciales pero responden también, aunque sea subsidiariamente, de las deudas privativas del concursado (art.1373 CC). Por tanto, puede afirmarse que siempre se van a incluir la totalidad de bienes gananciales en los inventarios concursales⁷³⁶, excepción hecha de la posible oposición pública del cónyuge no comerciante antes mencionada.

Ahora bien, incluso dándose sus presupuestos registrales, la ejecución práctica del art.6 C de C de 1885 se encuentra severamente limitada en tanto que el también citado art.1373 CC extiende -subsidiariamente- sobre todos los bienes gananciales su responsabilidad sobre aquellas otras deudas *privativas*, lo que constituye un supuesto distinto, y que por tanto exigiría que no existan deudas privativas para así poder excluir ciertos bienes gananciales de la masa activa.

La norma del art.77.2 LC prevé también, en su segundo párrafo, la potestad del cónyuge del concursado de pedir la disolución de la sociedad de gananciales -o cualquier otro régimen de comunidad de bienes-. Lo primero que cabe preguntarse es cómo y cuándo

⁷³⁵ SENENT MARTÍNEZ, S., “La formación de la masa activa del concursado casado”, Revista La Ley Derecho de Familia, ed. Wolters Kluwer, 2014, nº 4.

⁷³⁶ CUENA CASAS, M., “Insolvencias familiares ante situaciones de crisis económica. Una asignatura pendiente de la Ley Concursal”, Actualidad Jurídica Aranzadi, ed. Aranzadi, núm.762/2008.

En el mismo sentido, NANCLARES VALLE, J., en AA.VV., *Comentarios a la Ley Concursal, Tomo I*, ed. Aranzadi, 2010, pág.885.

se aplica el art.77.2 LC, además de plantearnos si supone la derogación tácita del art.1393.1 CC.

Por una parte, ya se ha tenido ocasión de estudiar la contradictoria previsión del art.21.7º LC, demasiado prematura, a la vista de que en el auto declarativo del concurso *a priori* no será posible que se acuerde la disolución de la sociedad de gananciales, pues la demanda de concurso voluntario no es notificada al cónyuge del concursado. De otra parte, aunque el legislador concursal ha querido otorgar la mayor flexibilidad posible a éste, permitiéndole instar dicha disolución en cualquier estado del concurso y frente al juez del mismo, las dificultades prácticas de una liquidación coordinada con *lo que resulte del convenio o de la liquidación concursal* han sido muy criticadas por la doctrina.

Resulta especialmente destacable la propuesta que en su día formuló CUENA CASAS⁷³⁷, quien abogaba por una previa liquidación meramente formal, sin atribución material de bienes, de la sociedad conyugal previa a la formación de la masa activa del concurso, siendo que sólo tras el resultado de lo pactado en el convenio o tras la liquidación concursal procedería una adjudicación material por el cónyuge del concursado mediante un incidente de separación (art.80 LC). A dicha liquidación de la sociedad de gananciales se propone la aplicación de las normas del art.1396 y ss. CC así como aquellas otras contenidas en los arts.806 y ss. LEC, si bien adecuadas a la necesaria intervención de la administración concursal (art.40.6 LC) y sin perjuicio de que todos los bienes comunes van a seguir formando parte de la masa activa del concurso ex art.77.2 LC.

Debe matizarse que la tesis propuesta por la precitada autora fue realizada con anterioridad a la reforma concursal operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, por cuanto el art.84.1 LC en su redacción previa a dicha reforma excluía de la masa pasiva concursal a los acreedores del cónyuge del concursado, aunque de tales créditos respondiera también la sociedad conyugal en una situación extraconcursal.

De este modo, concluía acertadamente la autora en apoyo de su tesis, se les subordinaba injustificadamente al cobro de sus créditos incluso por detrás de los acreedores *privativos* del concursado, en clara vulneración del art.1399 CC⁷³⁸. No obstante, con la actual redacción del art.84.1 LC, la citada autora ha continuado manteniendo la procedencia en practicar una previa liquidación *formal* de la sociedad de gananciales, en tanto que *salvaguarda los derechos que le corresponden al cónyuge del concursado*

⁷³⁷ CUENA CASAS, M., *El concurso de acreedores de persona casada en régimen económico matrimonial de comunidad*, Op. cit., págs. 262 y ss.

⁷³⁸ CUENA CASAS, M., “La coordinación de la liquidación de la sociedad de gananciales con el convenio o la liquidación del concurso”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, ed. Wolters Kluwer, 2010, nº 12.

*sobre el patrimonio común frente a la agresión por parte de los acreedores privativos*⁷³⁹.

En la práctica forense⁷⁴⁰, y siguiendo la propuesta de GUILARTE GUTIÉRREZ⁷⁴¹, ha venido imperando la fórmula de -directamente- liquidar los bienes comunes hasta el pago de las deudas comunes⁷⁴², de manera que la hipotética liquidación de la sociedad ganancial -en pieza separada y tramitada conforme a los arts.806 y ss. LEC- se reduzca al posible sobrante que deba entregarse, *ex iure domini*, al cónyuge del concursado.

Es decir, el encaje de este derecho en el concurso se integraría por la vía del art.80 LC -derecho de separación- fruto de esa expectativa dominical, que no obligacional en forma de crédito concursal -que además se vería subordinado-, y que correspondería al cónyuge del concursado en caso de posible sobrante de los bienes comunes. Dicha expectativa, aun en estado de suspenso, sigue siendo infinitamente más beneficiosa que aquella otra en forma de crédito concursal subordinado frente al concursado.

El mismo precitado autor ya propuso otro aspecto determinante y que el legislador luego incorporó, consistente en reconocer los pasivos consorciales suscritos por el cónyuge *in bonis* en la masa pasiva del concurso, interpretación que finalmente fue positivizada con la reforma concursal de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, mediante la actual redacción del art.49.2 LC, diametralmente opuesta a la existente hasta entonces en claro perjuicio de los acreedores del cónyuge no concursado.

En cualquier caso, siempre cabría acudir al mecanismo de suspender la actuación liquidadora de la sociedad de gananciales, ex art.192.2 LC, en defensa de esa incierta coordinación con lo que resulte del convenio o liquidación concursal, ex art.77.2 LC.

⁷³⁹ CUENA CASAS, M., en AA.VV., *El derecho de la insolvencia: el concurso de acreedores*, ed. Tirant lo Blanch, 2015, pág.114.

⁷⁴⁰ Auto núm.60/2012, de 20 de abril, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª (JUR 2012\177237).

⁷⁴¹ GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “La liquidación de la sociedad de gananciales del concursado”, Anuario de Derecho Concursal, ed. Civitas, núm.5/2005.

La prevalencia de la liquidación concursal frente a la conyugal es “solución efectiva, escasamente imaginativa y absolutamente irrespetuosa con la legalidad”, pero coherente con la *racionalidad sistemática* de conciliar ambas liquidaciones dentro de un proceso que se hace llamar concursal, por lo que conforme al art.1399 CC ya se sabe que “antes es pagar que partir”.

⁷⁴² ¿Los créditos contra la masa son deudas comunes o privativas del concursado? Por coherencia, debe estarse al carácter prededudible que la LC (art.154 LC) proclama sobre la totalidad de los créditos contra la masa, con independencia de su causalidad, antes que a las confusas normas civilistas de los arts.1362 y ss. CC. Resultaría caótico y contrario al orden natural concursal pretender el pago de las deudas comunes con carácter previo a los créditos contra la masa generados por el proceso concursal ex art.84.2 LC. Sin embargo, también es cierto que el cónyuge *in bonis* no deja de estar soportándolos sin resolver del todo su naturaleza bajo la óptica civilista. ¿Podrían encajar en el art.1365.2º CC, como “administración ordinaria de los propios bienes”, entendiéndose que éstos están siendo administrados en el proceso concursal? Esta vía podría resultar la más razonable para encajar tales gastos derivados del funcionamiento del concurso.

Al final, la realidad es que el cónyuge del concursado será el primer interesado en solicitar lo antes posible la disolución de su régimen ganancial, puesto que de lo contrario los rendimientos derivados de su posible actividad laboral en teoría continuarían destinándose al pago de los acreedores concursales o contra la masa -coloquialmente, estaría trabajando para los acreedores de su cónyuge⁷⁴³-, en virtud de los arts.76 LC y 1911 CC, del mismo modo que se integran en la masa activa del concurso los bienes y derechos que adquiere el concursado durante el proceso, a excepción de los referidos límites legalmente inembargables.

Por otro lado, no hay que olvidar que la situación de insolvencia de un cónyuge o pareja de hecho en la práctica suele arrastrar a ambos a la declaración de concurso, situación que -como veíamos tratar sobre el presupuesto subjetivo del concurso- ha sido reforzada procesalmente al permitir expresamente la declaración conjunta de ambos (art.25 LC), con la posibilidad excepcional de la consolidación de masas de ambos concursados ex art.25.ter LC. Dicha excepcionalidad se produce en situaciones de mero condominio, pero se convierte en una opción necesitada y desde luego razonable -por motivos de seguridad y economía procesal- en los patrimonios mayoritariamente integrados bajo comunidades de tipo germánica, esto es, sin cuotas⁷⁴⁴.

Finalmente, si ya preexistía al concurso de acreedores un proceso en tramitación para la liquidación del régimen económico matrimonial (art.806 y ss. LEC), entonces procederá su continuación ante el órgano civil competente que estuviese conociendo del mismo, sin perjuicio de la supervisión de la administración concursal sobre la actuación del concursado en dicho proceso extraconcursal y sin que ello afecte a la inclusión de tales bienes, en su totalidad, en la masa activa del concurso.

Bajo la actual redacción del art.51.1 LC, no parece posible seguir sosteniendo su posible acumulación por parte del juez del concurso, lo que antes de la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, era posible sobre aquellos procesos en primera instancia *con trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores*, según rezaba por aquel entonces dicho precepto. Téngase en cuenta, asimismo, que la formación de un inventario que determine el activo y pasivo de la comunidad matrimonial precede a la liquidación de dicho régimen, ahora bien, tal posterior liquidación (art.810 LEC) resulta potestativa y no necesariamente una consecuencia automática⁷⁴⁵.

⁷⁴³ Como advierte CUENA CASAS, M., *El concurso de acreedores de persona casada en régimen económico matrimonial de comunidad*, ed. Civitas, 2008, pág.349.

⁷⁴⁴ Así se argumenta en el Auto núm.106/2008, de 27 de marzo, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª (JUR 2008\151496), salvando el supuesto de que los bienes privativos de cada cónyuge fuesen cuantitativamente relevantes.

⁷⁴⁵ Sentencia núm.703/2015, de 21 de diciembre, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2016\75).

LA INSOLVENCIA DE LA PERSONA FÍSICA:
SU TRATAMIENTO DESDE UNA PERSPECTIVA JURISDICCIONAL

El problema se dará más bien en cómo debe regirse dicho procedimiento liquidador, si es que se ejercita, una vez concluido el trámite de inventario y sin que ello colisione con el proceso concursal seguido frente a uno o ambos cónyuges. Una solución podría ser decretar su suspensión por prejudicialidad civil, ex art.43 LEC, hasta que concluya el concurso, o bien realizar la liquidación que regula el art.810 LEC a efectos temporalmente formales y sin posibilidad de pedir su ejecución material hasta que finalice el concurso⁷⁴⁶.

Esta solución comporta, no obstante, problemas de coordinación con el hipotético remanente patrimonial -si es que lo hubiera, cosa por cierto improbable- tras la conclusión del proceso concursal.

Así las cosas, inevitablemente, aquel inventario en su día formado deberá ajustarse al resultado del concurso y pese a lo que en su día allí se reflejara. Un argumento de apoyo a esta necesidad de ajuste material se encuentra en la carencia de efectos de cosa juzgada que, en virtud del art.810.5 LEC en relación con los arts.794.4 y 787.5 LEC, ostenta dicho inventario según proclama mayoritariamente -aunque no de forma unánime- nuestra jurisprudencia menor⁷⁴⁷.

Una última circunstancia relevante, en el ámbito jurídico matrimonial, puede darse por razón de un proceso de divorcio o separación y que siempre resultará ajeno a la competencia objetiva del juez del concurso (art.8.1º LC). En este sentido, es claro que cualquier convenio regulador (art.90 CC) presentado junto con este tipo de demanda de existir acuerdo entre los cónyuges (art.777.2 LEC) deberá pese a dicha avenencia quedar sometido en su esfera patrimonial al orden legal de pagos de la Ley Concursal; es decir, tanto la contribución a las cargas matrimoniales -entre las que no se encuentra un préstamo hipotecario, que antes bien constituye una deuda de la sociedad ganancial ex art.1362.2º CC⁷⁴⁸-, así como en materia de derecho de alimentos (sometida a la *lex specialis* del art.47 LC) y de posible pensión compensatoria entre cónyuges.

⁷⁴⁶ De no lograrse un acuerdo *inter partes*, la sentencia que pusiera fin al proceso liquidatorio sería susceptible de ejecución, aunque no tenga efectos de cosa juzgada, sin perjuicio de lo dispuesto en el art.787.5 LEC y que permite al interesado hacer valer sus derechos en el juicio ordinario que corresponda.

PÉREZ MARTÍN, A.J., *La ejecución de las resoluciones dictadas en procesos de familia*, ed. Lex Nova, 2009, pág.143.

⁷⁴⁷ Por su detallada recopilación, vid. Sentencia núm.29/2017, de 31 de enero, de la Audiencia Provincial de Zamora, Sección 1ª (JUR 2017\76240). En contra, vid. Sentencia núm.370/2016, de 1 de julio, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 21ª (JUR 2016\253506).

⁷⁴⁸ Sentencia núm.516/2016, de 21 de julio, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2016\3214).

4.3.3 Presunciones y pacto de sobrevivencia (art.78 LC).

El art.78.1 LC contiene una versión -doblemente presuntora- de la llamada *presunción muciana*⁷⁴⁹, conflictivamente regulada en el art.1442 CC hasta su derogación a través de la actual LJV, siendo que el citado precepto civil ahora se limita a remitirse a lo dispuesto en la Ley Concursal.

La primera de estas presunciones opera cuando se acredite por la administración concursal o los acreedores que los fondos utilizados para la adquisición de un bien, por parte del cónyuge no concursado, formaban parte del patrimonio del concursado. No se trata pues de probar la liberalidad -que se presume-, sino simplemente la procedencia de los fondos: si se acredita su origen en el patrimonio del concursado, entonces se presumen donados.

En cuanto a la segunda presunción que contiene el art.78.1 LC, la verdaderamente muciana -la primera realmente embarca una acción de simulación-, ésta desplaza idéntica carga de la prueba sobre el cónyuge no concursado, toda vez que se trata de una presunción que sigue a la primera, es decir, entrará en juego cuando no haya sido posible probar por parte de la administración concursal o de los acreedores la procedencia de aquellos fondos o bienes utilizados por el cónyuge no concursado.

En este caso, el resultado si no se logra desvirtuar esta segunda presunción es que esta vez sólo la mitad de dicha contraprestación se entenderá donada, con el límite temporal de que su utilización haya tenido lugar en el año anterior a la declaración de concurso. Sorprende entre la doctrina que la primera presunción no cuente con plazo, abogando por la extensión analógica de esta segunda a la primera⁷⁵⁰. En todo caso, deberá acudir al límite de dos años impuesto por el art.71.1 LC, que regula los posibles efectos mediante acción rescisoria para reponer dichos fondos o bienes a la masa activa del concurso.

Se ha planteado, tal vez con premeditado deseo por su mejor redacción, si el art.78 LC deroga tácitamente el art.1442 CC, decantándose la mayoría de la doctrina⁷⁵¹ por aceptar dicha derogación tácita -no así de la denominada presunción muciana catalana⁷⁵²-, no obstante lo criticable de esta falta de depuración normativa por parte del

⁷⁴⁹ Encontramos su origen en un texto de Pomponio sobre el cónsul Quinto Mucio Escévola, recogido en el Digesto, que establecía una presunción de propiedad a favor del marido de la mujer.

Decimos que se trata de una renovación afortunada del art.1442 CC, porque la redacción literal de este precepto es ininteligible: parte de la adquisición onerosa de un bien para al mismo tiempo presumir la donación del mismo por parte del concursado.

⁷⁵⁰ NANCLARES VALLE, J., en AA.VV., *Comentarios a la Ley Concursal, Tomo I*, ed. Aranzadi, 2010, pág.898.

⁷⁵¹ CUENA CASAS, M., “La presunción muciana concursal”, *Anuario de Derecho Concursal*, ed. Civitas, núm.5/2005.

⁷⁵² La naturaleza civil de esta figura, pese a su inclusión en la Ley Concursal y conocimiento por el juez de lo Mercantil, no debe verse alterada por estas vicisitudes funcionales y derivadas del principio de

legislador. Por otra parte, cabe recordar que dichas presunciones presuponen la inaplicabilidad del art.1441 CC, que fija la atribución por mitades del bien o derecho cuando no sea posible acreditar a cuál de los cónyuges pertenece.

De hecho, el título formal de adquisición que en su caso desvirtuara el art.1441 CC sería el fundamento base documental para las presunciones del art.78.1 LC. Toda esta controversia se ha visto finalmente resuelta mediante la actual LJV, por medio de la cual se ha modificado el texto del art.1442 CC para su expreso sometimiento a la legislación concursal.

En todo caso, el presupuesto para la aplicación del art.78.1 LC, además de la declaración de concurso de uno o ambos cónyuges, es hallarse ante un régimen de separación de bienes o de participación, por la remisión a las normas del primero que efectúa el art.1413 CC. Esta restricción es llamativa y de pobre fundamento, ya que el mismo fraude que la norma persigue puede darse perfectamente en el régimen de gananciales, donde en ningún caso sería de aplicación.

La consecuencia de ambas presunciones *iuris tantum*, fruto de la conversión *ex lege* del acto realizado en *donación*, es que abre las puertas a la administración concursal para ejercitar la conocida acción de reintegración concursal, ex art.71.2 LC, con una naturaleza más objetivada⁷⁵³ que la acción pauliana, y que en los casos de actos de disposición a título gratuito -como la donación- no admite siquiera prueba en contrario. Cuestión distinta es que el negocio de adquisición onerosa subsista como tal, pues la presunción recae sobre el acto previo de la donación y no sobre aquel, a salvo de supuestos concretos que permitan que el negocio jurídico -también- incurra en alguna de las presunciones del art.71 LC, por la vía general del art.71.4 LC y demás acciones existentes en derecho (acción pauliana, por simulación, etc.).

Nada impide al cónyuge no concursado ejercitar un previo incidente concursal para combatir tales presunciones, o a la administración concursal, pero normalmente la litigiosidad sobre este respecto se ventilará directamente en la pieza relativa a la citada acción de reintegración. En todo caso, la acción rescisoria no afecta al negocio oneroso sino que únicamente rescindiría el previo negocio traslativo de fondos o bienes que ha sido presumido como una donación.

El capítulo de las presunciones se cierra con el art.78.2 LC, que excluye de su ámbito de aplicación cuando los cónyuges estuvieran separados judicialmente o de hecho. La norma no lo especifica, pero lo razonable será atender a su situación matrimonial al

unidad de procedimiento. En consecuencia, la presunción muciana catalana regulada en el art.12 de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia, se mantiene en vigor, ya que no se trata de materia mercantil de competencia exclusiva estatal (art.149.1.6º CE).

⁷⁵³ SILVETTI, E., en AA.VV., *Comentarios a la Ley Concursal, Tomo I*, ed. Aranzadi, 2010, pág.802.

tiempo en que se realizó la adquisición por parte del cónyuge no concursado⁷⁵⁴. Ahora bien, en caso de concurrir alguna de las circunstancias del art.78.2 LC, la administración concursal o los acreedores, subsidiariamente, podrían igualmente atacar los posibles actos perjudiciales frente a la masa activa del concurso al amparo del art.71.2, 73.3.1º o 71.6 LC, según el caso concreto y el tiempo transcurrido.

Pese a estas vías de reintegración, existentes con independencia de la aplicabilidad o no del art.78.1 LC, más de un autor se ha planteado la constitucionalidad de las presunciones de dicho art.78.1 LC⁷⁵⁵, pues no dejan de tratar al cónyuge peor que al simple conviviente, sin motivo de peso suficiente que constitucionalmente justifique dicha discriminación ex art.14 CE -principio de igualdad- en relación con el art.32 CE -derecho a la institución matrimonial-.

A continuación, debe hacerse también alguna referencia al *pacto de supervivencia* o mejor dicho de *supervivencia*, recogido en el art.78.3 LC, y con origen en la tradición jurídica catalana⁷⁵⁶, pensado para paliar las consecuencias que un régimen de separación de bienes podría deparar sobre el cónyuge patrimonialmente más desprotegido.

Así, en virtud de dicho pacto, los cónyuges compradores, pagando el precio por mitad, adquieren un bien de modo conjunto, toda vez que a la muerte de uno de ellos dicho bien queda en propiedad exclusiva del que sobrevive, quien adquiere la otra mitad indivisa, computando además dicha adquisición para la determinación de la legítima.

Comoquiera que el pacto de supervivencia se extinguiría en caso de adjudicación de la mitad del bien por parte de un acreedor de cualquiera de los cónyuges, el art.78.3 LC concede un derecho de adquisición *legal*⁷⁵⁷ al cónyuge no concursado, debiendo abonar éste la mitad de su valor en beneficio de la masa activa del concurso. No queda claro si el art.78.3 LC exime de solicitar la correspondiente autorización judicial que con carácter general exige el art.43.2 LC para enajenar un bien, si es que el concurso se halla en fase común, pero la práctica forense como administración concursal nos induce a pensar que ello será lo más prudente y habitual.

En el caso de que el bien adquirido con pacto de supervivencia sea la vivienda habitual, para su adquisición por el cónyuge del concursado el criterio de valoración establecido

⁷⁵⁴ YAÑEZ VIVERO, F., “La discordancia entre la presunción de donaciones del cónyuge concursado y el sistema de reintegración de la masa activa”, Anuario de Derecho Concursal, ed. Civitas, núm.4/2005.

⁷⁵⁵ Por todos, ASÚA GONZÁLEZ, C., en AA.VV., *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, ed. Civitas, 2009, págs. 214 y ss.

⁷⁵⁶ Destacado análisis de su naturaleza y efectos realiza la Sentencia núm.327/2012, de 30 de julio, de la Audiencia Provincial de Gerona, Sección 1ª (JUR 2012\349127).

⁷⁵⁷ No puede hablarse de un derecho de adquisición *preferente* pues no existe todavía una enajenación proyectada sobre el bien en cuestión.

NAVAS NAVARRO, S., *Concurso de acreedores y pacto de supervivencia*, ed. Tirant lo Blanch, 2013, pág.48.

por el legislador se limita al precio de adquisición actualizado conforme al Índice de Precios al Consumo, en protección de *los intereses del grupo familiar*⁷⁵⁸.

Todas estas previsiones quedan como un *brindis al sol* cuando ambos cónyuges están en situación de concurso -caso típico en la insolvencia de consumidores-, pues ninguno de ellos podrá ejercer este derecho de adquisición legal, tanto por su insolvencia como por el presumible orden legal concursal de pagos que impediría su autorización por parte de la administración concursal.

Quedaría por traer a colación el apartado cuarto del art.78 LC, que mediante la concesión de su adjudicación preferente al cónyuge del concursado busca proteger la *vivienda habitual* que tenga carácter ganancial; protección que no es nueva por el legislador -arts.1406 y 1407 CC-. Sin embargo, conviene recordar que el art.78.4 LC, sólo aplicable en el régimen de gananciales u otro de comunidad de bienes⁷⁵⁹ y con motivo de su disolución, no hace desaparecer los derechos reales que pesen sobre dicho bien inmueble, ni limita su ejercicio por parte de sus titulares, ex arts.56, 90.1.1º y 155 LC. Asimismo, la interconexión que suele darse en una economía doméstica, lo que parece olvidar el legislador, hace muy difícil que el cónyuge del concursado esté en situación de abonar el *exceso* al que alude el art.78.4 LC⁷⁶⁰.

4.3.4 La protección extraconcursal sobre la vivienda habitual y la especial potestad de enervación del desahucio (art.70 LC).

Para una protección *realista* de la vivienda familiar, ante el fenómeno de la ejecución hipotecaria, ha de estarse ante toda la normativa extraconcursal y cuya legitimación para su solicitud corresponde en exclusiva al sujeto concursado⁷⁶¹.

Esta normativa extraconcursal que ya tratamos en otros epígrafes ha permitido, quizá de manera un tanto impulsiva, el fomento de la figura de la dación en pago y obligatoria

⁷⁵⁸ Inspiración legislativa que recoge la Sentencia núm.419/2011, de 24 de octubre, de la Audiencia Provincial de Gerona, Sección 1ª (JUR 2011\405380).

⁷⁵⁹ Aunque el Magistrado-Juez SENENT MARTÍNEZ, S., en AA.VV., *Tratado judicial de la insolvencia, Tomo I*, ed. Aranzadi, 2012, pág.761, considera su aplicación analógica a la vivienda habitual que pertenezca *pro indiviso* a los cónyuges en régimen matrimonial de separación de bienes, por existir “identidad de razón”.

⁷⁶⁰ Por ello el art.78.4 LC adolece de cierta “cortedad”, como previsoramente ya denunciaba FERNÁNDEZ DOMINGO, J.I., “Una propuesta sobre el patrimonio familiar inembargable”, Anuario de Derecho Concursal, ed. Civitas, núm.6/2005.

⁷⁶¹ Sentencia núm.26/2013, de 25 de enero, de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 3ª (AC 2013\886).

para aquellas entidades que se adhieran al Código de Buenas Prácticas⁷⁶², siempre que se trate de un deudor situado en el denominado *umbral de exclusión* (concepto creado *ad hoc* y que ha venido siendo objeto de constante reforma, en aras de facilitar su acceso, la última de ellas mediante Real Decreto-Ley 5/2017, de 17 de marzo).

En el mismo sentido, cabe destacar la introducción de una primera remisión o condonación de la deuda insatisfecha, conforme a las comedidas pautas que señala el reformado art.579.2 LEC, precepto exclusivamente aplicable a la vivienda habitual e igual de vinculante en los casos de venta extrajudicial notarial (art.129.2.h LH), siendo que el art.178.bis LC por su parte introduce el especial *discharge* -condonación-concursal, de cuyo estudio nos ocupamos más adelante.

Por el contrario, el régimen de paralizaciones sobre ejecuciones de garantías reales, que prevé *motu proprio* la Ley Concursal (art.56 LC), se presenta como una herramienta ineficiente en los concursos de persona física en los cuales la vivienda habitual del concursado se encuentre gravada con hipoteca, lo que en terminología concursal se traduce en un crédito especialmente privilegiado (art.90.1.1º LC).

El art.56.1 LC somete a dichas garantías reales a una suerte de paralización temporal -no se podrán iniciar hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho, o bien transcurra un año desde la declaración de concurso sin apertura de la fase de liquidación-, toda vez que aquellas ejecuciones ya iniciadas se suspenderán salvo que el bien o derecho afecto no sea necesario para *la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor* (art.56.2 LC y art.568.2 LEC). La resolución del letrado de la administración de justicia suspendiendo el proceso de ejecución solamente es susceptible de recurso de reposición ante el mismo (art.451 LEC), y, posteriormente, de revisión (art.454.bis LEC) ante el juez, no estando previsto el acceso al segundo grado jurisdiccional de la apelación (art.562.1.2º LEC)⁷⁶³ pese a la trascendencia que comporta dicho efecto suspensivo.

Es debido a este último condicionamiento por el cual se produce la afamada esterilidad del art.56 LC en los concursos de persona física, salvo que el concursado desarrolle una actividad profesional o empresarial en su propia vivienda habitual -un abogado, un médico-, situación poco frecuente. Al margen del debate sobre qué requisitos deben reunir un bien o derecho para su acogida dentro del concepto de *necesidad* -antes

⁷⁶² Mediante Resolución de 5 de julio de 2013, publicada en el BOE de 12 de julio del mismo año, la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa hizo público por primera vez el listado de entidades que habían comunicado su adhesión al referido Código de Buenas Prácticas.

Dicho listado viene actualizándose trimestralmente, vid. así la posterior Resolución de 3 de febrero de 2017, de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa (BOE de 28 de febrero de 2017).

⁷⁶³ Así lo advierte expresamente el Auto núm.2/2017, de 11 de enero, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 11ª (Tol 6024258).

*afcción*⁷⁶⁴- a la que alude el precepto, difícilmente en los concursos de persona física se conseguirá integrar la vivienda habitual en la paralización del art.56 LC -piénsese en el concursado que trabaja por cuenta ajena o directamente está desempleado-.

En cualquier caso, el juicio para la determinación de dicha *necesidad* se realizará por el juez del concurso, consolidándose a través del art.56.5 LC esta potestad competencial (por si no quedare claro del art.8 LC), superando así una cuestión que ha sido objeto de abundante litigiosidad⁷⁶⁵.

La reforma del art.56.1 LC a través del Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo (confirmada en la Ley 17/2014, de 30 de septiembre), y que básicamente se ha limitado a introducir un supuesto concreto en el que nunca podrá considerarse el carácter necesario del bien, ajeno a nuestro estudio, confirma la voluntad del legislador de no querer aprovechar las herramientas puramente concursales para tratar más adecuadamente el fenómeno del sobreendeudamiento hipotecario⁷⁶⁶.

Incluso la introducción de la singular figura del *empendedor de responsabilidad limitada*, que excluye del principio de responsabilidad patrimonial universal a la vivienda habitual propiedad del sujeto que se acoja a ella, no impediría en un proceso concursal la inclusión de dicho inmueble en la masa activa del concurso, dada la naturaleza universal de éste, ya que tal limitación de responsabilidad no se extiende a las deudas de derecho público o las que tengan un origen distinto al de la actividad empresarial o profesional del referido empendedor⁷⁶⁷.

⁷⁶⁴ Tradicionalmente la jurisprudencia se ha decantado por una concepción relativamente amplia del término, a concretar en cada caso, ya que la actividad empresarial o profesional no es una noción objetivable sino versátil. Así, suele destacarse el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Alicante, de 23 de marzo de 2006 (AC 2006\372). Más recientemente, cabe destacar la Sentencia núm.295/2013, de 11 de julio, de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1ª (JUR 2013\301136), que exige una *íntima vinculación* del bien o derecho con la respectiva actividad empresarial o profesional del concursado.

Ahora bien, cabe observar que la reforma llevada a cabo por el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, ha sustituido el concepto de bien “afecto” por el de bien “necesario”. Aunque pudiera parecer una cuestión menor, advertía el Magistrado-Juez TALENS SEGUIR, J., en su ponencia -inérita- impartida en el Colegio oficial de Censores Jurados de Cuentas de la Comunidad Valenciana, celebrado el día 13 de junio de 2014, en Valencia, que con dicho cambio se restringe el concepto del art.56.1 LC: un ordenador, exponía como ejemplo, puede estar afecto, pero no ser estrictamente necesario para la actividad profesional o empresarial.

⁷⁶⁵ Por todas, la Sentencia de 22 de junio de 2009, del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción (RJ 2010\1980), que ya expresaba con contundencia la necesidad del previo pronunciamiento por parte del juez del concurso sobre el carácter afecto o no de los bienes o derechos del concursado objeto de ejecución.

⁷⁶⁶ Careciendo pues el proceso concursal, al menos una vez declarado, de “toda utilidad” para solucionar el problema relativo a la protección de la vivienda habitual frente a ejecuciones hipotecarias.

CERRATO, E., “La discriminación negativa del consumidor ante la ejecución de garantías reales en la Ley Concursal”, Anuario de Derecho Concursal, ed. Civitas, núm.26/2012.

⁷⁶⁷ Así se desprende del art.8 y de la Disposición Adicional Primera de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

Por tanto, para la protección efectiva de la vivienda habitual en riesgo de ejecución hipotecaria deberemos seguir resignándonos a la inseguridad jurídica e inestabilidad normativa que orbita sobre la Ley 1/2013, de 14 de mayo de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social; el Real Decreto-Ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios (vigente hasta el 16 de noviembre de 2014); y el Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos.

Tanto la Ley 1/2013, de 14 de mayo, así como el Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, han sido objeto de sucesivas reformas *favor debitoris* en aras de ampliar su accesibilidad, la última de ellas mediante Real Decreto-Ley 5/2017, de 17 de marzo. Nuestro legislador parece así haber optado por un modelo más próximo al francés, extrajudicial, en lugar del alemán, integrado en el derecho concursal, para regular el particular fenómeno del sobreendeudamiento hipotecario⁷⁶⁸.

Finalmente, con carácter general debe advertirse la frecuente pero equívoca asunción de que vivienda habitual equivale a propiedad, cuando obviamente no tiene por qué ser el caso. En efecto, es de llamativo contraste la generalizada preocupación social por la pérdida de la vivienda habitual del deudor, cuando ésta resultara de su propiedad, y al mismo tiempo se muestre cierta frialdad si dicho deudor no resulta siquiera propietario del inmueble en el que reside, lo que precisamente sugiere un peor *status* patrimonial de dicho sujeto arrendatario.

En el Capítulo Primero ya advertíamos cómo durante los severos años de la crisis económica española, el entonces poder ejecutivo socialista tuvo a bien promulgar hasta tres reformas de la LEC (Ley 13/2009, de 3 de noviembre; Ley 19/2009, de 23 de noviembre; y Ley 37/2011, de 10 de octubre, conocida por el sobrenombre de *desahucio exprés*) pero precisamente encaminadas a la agilización procesal del procedimiento de desahucio. Éstas fueron las únicas ocasiones sustanciales en las que el sujeto arrendatario de vivienda habitual mereció el desafortunado recuerdo de aquel legislador.

Hecha esta reflexión sobre la llamativa desigualdad en la crítica social y en las reformas legislativas habidas durante el periodo de crisis económica, en materia de arrendamientos el art.70 LC -aplicable a personas físicas y jurídicas- introduce la especialidad de que la administración concursal esté legitimada⁷⁶⁹ para enervar la acción de desahucio ejercitada frente al concursado con anterioridad a su concurso, o bien a

⁷⁶⁸ ZUNZUNEGUI PASTOR, F., “Sobreendeudamiento y prácticas hipotecarias de las entidades bancarias, Revista de Derecho Bancario y Bursátil, ed. Lex Nova, núm.129/2013; quien realiza dicha comparativa sobre el tradicional tratamiento de las crisis económico-familiares en el derecho alemán y francés, en contraste con la situación de “olvido” por parte del legislador español, y que ahora con posterioridad se ha querido corregir con esta retahíla de normativa extraconcursal aquí recogida.

⁷⁶⁹ De hecho, la administración concursal resulta la única legitimada para ejercitar cualquiera de las acciones que prevé el art.70 LC, ello seguramente en conexión con el art.192.3 LC relativo a los actos de administración.

Sobre dicha legitimación exclusiva se pronuncia FERNÁNDEZ CARRIÓN, C., *El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas*, ed. Aranzadi, 2008, pág.66.

rehabilitar dicho contrato de arrendamiento si éste ya hubiera sido resuelto, abonando a cambio la totalidad de las rentas y demás conceptos *pendientes* al arrendador.

El art.70 *in fine* LC incluso deja sin efecto el art.22.4.I LC, que impide la posibilidad de una segunda enervación, y, en su actual redacción, también impide al arrendatario la acción de enervación si el arrendador hubiese requerido de pago al arrendatario por cualquier medio fehaciente con, al menos, treinta días de antelación a la presentación de la demanda y el pago no se hubiese efectuado al tiempo de dicha presentación. Dado que la excepción que hace el art.70 LC es al último párrafo del art.22.4 LC en su totalidad, en su sentido literal cabe entender que esta última redacción también se vería íntegramente subsumida por la especialidad concursal.

Resulta preciso establecer el momento de ejercicio de la acción de enervación y la de rehabilitación, siendo requisito común a ambas acciones el previo ejercicio de la acción de desahucio por parte del arrendador. En cuanto a la primera, dictada la sentencia que estimara la acción de desahucio ya no será posible ejercitar dicha enervación, mientras que por su parte la acción de rehabilitación más bien supondrá dejar sin efectos la resolución judicial que hubiera resuelto aquel contrato de arrendamiento⁷⁷⁰, con el límite de que ello se haga antes del lanzamiento del inmueble, tal y como reza el art.70 LC.

Si se produjera un nuevo incumplimiento del arrendatario concursado con posterioridad, el arrendador podrá instar una demanda incidental de desahucio ante el juez del concurso (arts.8.1, 62 y 192 LC). En caso de estimación, en su parte pecuniaria -reclamación de cantidades o indemnización- la sentencia podrá ser ejecutada una vez aprobado un convenio concursal, declarada la fase de liquidación, o bien transcurrido un año sin que nada de ello se produzca (art.84.4 LC), mientras que la pretensión del propio desahucio podrá ser inmediatamente ejecutiva (vía derecho de separación ex art.80 LC o por mor del art.55.1 LC *a sensu contrario*)⁷⁷¹.

Por último, en cuanto al marco competencial de la pretensión, recuérdese que en materia de desahucio no resultan de aplicación los arts.8.1, 8.3 o 55 LC, al no tratarse de un bien o derecho del sujeto concursado, en lo que se refiere a aquellos procesos por desahucio instados con anterioridad a la declaración de concurso; y en cuanto a los posteriores, su encaje competencial y procedimental se sitúa en el art.61.2 o 62.2 LC, esto es, en todo caso ante el juez del concurso y por la vía del incidente concursal.

De igual modo, cuando el sujeto concursado ostente la condición de arrendador del inmueble, en lugar de arrendatario, cualquier posible resolución contractual en interés del concurso o por incumplimiento de contrato deberá seguir la misma diferenciación

⁷⁷⁰ MADRAZO LEAL, J., en AA.VV., *Enciclopedia de derecho concursal, Tomo II*, ed. Aranzadi, 2012, pág.2573.

Apuntando con acierto que, al final, la resolución judicial o laudo termina por actuar como presupuesto negativo para una acción y positivo de la otra, ya que con la acción de enervación se mantiene la vigencia del contrato, mientras que la acción rehabilitadora hace recobrar dicha vigencia.

⁷⁷¹ MADRAZO LEAL, J., *Op.cit.*, pág.2576.

competencial antes expuesta, en función de la fecha declarativa del concurso. Incluso los denominados arrendamientos de *renta antigua*, cuando su régimen de prórroga forzosa se encuentre sujeto a finalización conforme a las disposiciones transitorias de la LAU (p. ej. locales de negocio), se encuentran igualmente sujetos a la excepcional causa de resolución basada en el interés general del concurso⁷⁷².

4.3.5 Cuentas bancarias en régimen indistinto (art.79 LC).

Se ha creído conveniente tratar también la cuestión de referencia, en el presente apartado a modo de cierre, puesto que afecta a la masa activa del concursado y presenta una gran incidencia en los concursos de persona física.

El art.79 LC es claro al fijar la integración, en la masa activa del concurso, de la totalidad de aquellos saldos a favor que presenten las cuentas bancarias en las que el concursado figure como titular indistinto. Aunque no es una situación exclusiva de las personas físicas casadas, la costumbre social en el matrimonio y las parejas de hecho es compartir al menos una cuenta corriente común de saldos, ya sea solamente por motivos prácticos.

Los efectos de esta situación trasladada al concurso varían en función del régimen económico matrimonial, puesto que en el caso de la sociedad de gananciales operaría la consiguiente presunción de ganancialidad, y por tanto la integración de dicho elemento (los saldos) en la masa activa ya se produce directamente por la vía del art.77 LC.

El endurecimiento concursalista para el tratamiento de este elemento patrimonial es evidente, siendo doctrina reiterada⁷⁷³ que la facultad de disposición de dos o más titulares -los cuentacorrentistas- en una misma cuenta corriente bancaria, no lleva aparejada la presunción de titularidad dominical de su saldo, cuestión esta última que en su caso ya se dirimiría en las *relaciones internas* entre dichos cuentacorrentistas. Solo a falta de toda posibilidad de prueba entraría en juego la regla de atribuir la propiedad por mitades (art.393 CC).

Esta continuada línea interpretativa sin duda se ve alterada en sede concursal, donde el interesado que pretenda acreditar que todo o parte del saldo en disposición común no es propiedad del concursado deberá soportar, ya de entrada, la correspondiente carga de la prueba al respecto. De lo contrario, no solamente la mitad -la regla civilista-, sino la totalidad del saldo en cuestión, se verá integrado en el inventario y por ende sometido a la satisfacción de los acreedores del concurso. Frente a la decisión que adopte la

⁷⁷² Sentencia núm.660/2016, de 10 de noviembre, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2016\5408).

⁷⁷³ Por todas, la Sentencia núm.334/2010, de 14 de junio, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 14ª (AC 2010\1332), que además realiza un detallado repaso de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la propia Sala a este respecto, doctrina que califica de *copiosa, uniforme, constante y pacífica*.

administración concursal, dispondrá el interesado del omnipresente cauce procesal del incidente concursal, bien tras la decisión que se adopte -art.79.2 LC-, bien en el trámite de impugnación del inventario (art.96 LC) que en la práctica será lo más habitual.

En defensa de la radicalidad del art.79 LC cabría ampararse en el tantas veces utilizado principio de los *intereses generales* del concurso, que puede haber justificado esta redacción más proclive a un criterio *favor creditoris*. Sin embargo, bien es cierto que el legislador también podría haber optado por tomar soluciones preexistentes en nuestro ordenamiento jurídico, menos drásticas o traumáticas para los restantes contracorrentistas⁷⁷⁴. Así, una posible moderación del art.79 LC, de *lege ferenda*, sería aplicar una regla de proporcionalidad del saldo existente en función del número de cuentacorrentistas, como por ejemplo sucede en la práctica de embargos dentro del ámbito tributario (art.120 RGR), que aplica dicha presunción sin perjuicio de poder combatirla mediante la correspondiente tercería de mejor derecho.

Por último, ante la ausencia de presunciones frente a las cuentas bancarias en régimen mancomunado, habrá que estarse a la valoración de la prueba -por parte de la administración concursal- que presente tanto el concursado cuentacorrentista como sus homólogos, sin perjuicio de la potestad impugnatoria de todos ellos frente al inventario del concurso, documento que a fin de cuentas reflejará la decisión que haya adoptado la administración concursal a la vista de su inclusión o exclusión en la parte correspondiente.

4.4 Especialidades en la formación de la masa pasiva (art.49 LC).

En primer lugar, debe partirse de un primigenio concepto general aplicable a todo proceso concursal: la subdivisión crediticia que la declaración de concurso crea sobre el pasivo del sujeto concursado, quedando dicho pasivo recogido bajo el documento que la LC denomina *lista de acreedores*⁷⁷⁵ y que -al igual que se ha visto para el *inventario*- también debe acompañar al informe de la administración concursal (art.75.2.2º LC).

⁷⁷⁴ En contra, ÁLVAREZ OLALLA, P., en AA.VV., *Comentarios a la Ley Concursal, Volumen I*, ed. Tecnos, 2004, pág.951, por la mayor dificultad probatoria que tendría la administración concursal para confirmar la titularidad dominical del saldo -cualquiera que fuese la norma divisoria- que no quedase afecto al inventario, a diferencia de lo que ocurriría -se presume- si es el propio interesado el que debe soportar dicha carga de la prueba para evitar la afección de su parte del saldo en la masa activa del concurso.

⁷⁷⁵ La “lista de acreedores” busca someter el proceso concursal a una especie de “fase declarativa reducida”, mediante la cual pueda depurarse la procedencia, cuantía y clasificación de los créditos que ostenten los acreedores frente al deudor concursado.

GARRIDO GARCÍA, J.M., en AA.VV., *Comentario de la Ley Concursal, Tomo I*, ed. Civitas, 2008, pág.1683.

Así, por un lado, tendremos todos aquellos créditos nacidos con anterioridad al auto declarativo de concurso⁷⁷⁶, que serán considerados créditos *concuriales* y cuya constitución en bloque como *masa pasiva* del concurso es ordenada por el art.49 LC, toda vez que su clasificación -fundamental para el orden y modo de pago- viene prevista en función de las reglas de los arts.89 y ss. LC, así como en los arts.155 y ss. LC en cuanto a su orden de pago.

La clasificación *ordinaria* del crédito concursal será la aplicable por defecto (art.89.3 LC), cuando dicho crédito no encaje en ninguna de las restantes categorías clasificatorias.

Ello se debe al consagrado principio general de restricción de privilegios crediticios (art.89.2 LC), al establecer dicho precepto que *no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia* que no esté admitido en la LC. Lo anterior no impide criticar la falta de alicientes y resultados materiales que con carácter general padecen en la práctica forense los acreedores ordinarios, que con demasiada frecuencia ven frustrado cualquier atisbo de recuperación total o parcial de su crédito reconocido, sea ya en escenarios de convenio concursal o -sobre todo- de liquidación; cuestión toda ésta que no es baladí, especialmente si se tiene en cuenta que dicho tipo de acreedores normalmente formarán el grueso mayoritario de la masa pasiva del concurso⁷⁷⁷.

Frente al complejo ordenamiento del crédito concursal y la consiguiente composición de la masa pasiva del concurso, se encuentran los igualmente complejos *créditos contra la masa*, cuya taxativa enumeración marca el art.84.2 LC. Salvo alguna excepción como la del art.84.2.4º LC -créditos por alimentos-, exclusivamente prevista para el concurso de persona física, en general son créditos contra la masa aquellos nacidos con posterioridad al auto de concurso, bien derivados de obligaciones nacidas *ex post* a dicho auto, bien por los propios gastos del proceso, así como por otra serie de presupuestos que taxativamente se contemplan en el art.84.2 LC.

⁷⁷⁶ Siendo conscientes de que el art.94.1 LC -*estructura y contenido* de la lista de acreedores- fijar realmente la fecha de la “solicitud de concurso” y no la del auto de declarativo como fecha de cierre, lo cierto es que en la doctrina y práctica forense existe un rechazo pleno a la aplicación literal de este precepto. Una interpretación sistemática de la LC -arts. 49, 59, 60 u 88- demuestra que los efectos del concurso se producen desde el auto que declara el mismo y no desde la demanda de concurso. En consecuencia, para evitar una exclusión de los posibles créditos nacidos en el lapso temporal entre la demanda de concurso y el auto declarativo, la fecha cierre de la lista de acreedores -y por tanto, de los “créditos concursales”- será la del referido auto que declare el mismo.

Buena explicación de todo ello da la Sentencia núm.343/2006, de 18 de septiembre, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao (JUR 2007\368575).

⁷⁷⁷ Viene siendo crítica habitual la falta de adecuada tutela de los acreedores ordinarios en la Ley Concursal.

Por todos, GURREA-MARTÍNEZ, A., “La proeza del legislador concursal” publicado en el portal telemático Legal Today en edición de 23 de noviembre de 2016. Enlace: http://www.legaltoday.com/practica-juridica/mercantil/concursal/la-proeza-del-legislador-concursal-espanol?keepThis=true&TB_iframe=true&height=650&width=850&caption=Legal%20Today%20Pr%20C3%A1ctica%20Jur%20C3%ADdica

Su tratamiento resulta absolutamente autónomo y distinto al de los créditos concursales, si bien los acreedores contra la masa comparten la carga procesal de comunicar su crédito a la administración concursal, incluso aunque se trate de créditos de derecho público y sin que una certificación administrativa resulte necesariamente vinculante (a gran diferencia del art.86.2 LC) para su reconocimiento y/o clasificación⁷⁷⁸.

En cualquier caso, es claro que los créditos contra la masa no forman parte de la llamada *masa pasiva*, no estando pues legitimados activamente para su impugnación (art.96.3 LC)⁷⁷⁹, como tampoco están sujetos a los restantes efectos del proceso⁷⁸⁰, toda vez que la exigibilidad en su pago está ligada a su vencimiento, sin perjuicio de las diversas interpretaciones que ha merecido el precepto que recoge esta regla general hoy contenida en el art.84.3 LC⁷⁸¹.

Estas bondades sólo alcanzan hasta su descripción teórico-narrativa, ya que la desafortunada realidad es que dicho pago en la práctica ni está ‘asegurado’ ni se produce hasta que exista liquidez -léase tesorería- disponible en la masa activa del concurso, lo que hace que el acreedor contra la masa en numerosas ocasiones acabe sufriendo severos retrasos pese a la elocuente lectura del art.84.3 LC, sin que provoque intimidación el hecho de que en los créditos contra la masa no opere la suspensión del devengo de intereses (art.84.4 LC), puesto que la razón del impago es sencillamente por imposibilidad material: la falta de liquidez en la volátil tesorería del sujeto concursado, que no puede pretenderse abordar como una suerte de *foto fija*.

Aun así, la no sujeción de los créditos contra la masa a los tiempos del posible convenio o liquidación concursal, así como su carácter preferente o *prededucible*, ex art.154 LC,

⁷⁷⁸ En este sentido, vid. Auto de 16 de marzo de 2017, del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid (autos de concurso núm.685/2012).

⁷⁷⁹ Auto núm.157/2010, de 5 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª (JUR 2011\37187), ahora bien, salvo que *ello guarde relación con la excusión o inclusión de ese crédito como concursal* (vid. así Sentencia núm.123/2014, de 17 de marzo, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2014\1506)).

⁷⁸⁰ BELTRÁN SÁNCHEZ, E., en AA.VV., *Enciclopedia de derecho concursal*, Tomo I, ed. Aranzadi, 2012, pág.879.

⁷⁸¹ Su carácter polémico viene heredado del antiguo art.154.3 LC, derogado por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, adoptándose ahora otra serie de interpretaciones igualmente inspiradas en el principio *favor debitoris* y los intereses generales del concurso, frente a la rigidez de la regla del vencimiento. La diferencia estriba en que el actual art.84.3 LC ya permite expresamente a la administración concursal alterar la regla general del vencimiento “cuando se considere conveniente”, salvo contadas contra-excepciones como sería el caso de los *créditos alimenticios*.

En cuanto a su continuado carácter polémico, como ejemplo, destaca la Sentencia de 21 de septiembre de 2012, del Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Barcelona (AC 2012\1737), donde se consideró que la contra-excepción de no alteración de “créditos de los trabajadores” debía entenderse sobre los que siguen en activo, y no de aquellos que han causado baja, puesto que la norma habla de “trabajadores” y no genéricamente de créditos laborales, abogando así por su aplicación restrictiva. Del mismo modo prohibió la Sentencia núm.437/2012, de 19 de noviembre, del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Valencia, Autos de concurso núm.96/2011, la restricción de la contra-excepción frente al Fondo de Garantía Salarial, por no aparecer éste mencionado expresamente en el art.84.3 LC.

sigue colocando a los acreedores titulares de éstos en el lugar más deseable de cobro, al situarse por delante de todas las subcategorías de créditos concursales –excepción hecha de los ya mentados créditos especialmente privilegiados y su satisfacción directa con el bien o derecho afecto a la garantía real-.

Por la consolidación doctrinal que supuso en su momento, cabe destacar la Sentencia núm.720/2012, de 4 de diciembre, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª⁷⁸², que con la nueva interpretación dada por la reforma de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, al vigente art.84.2.5º LC, considera créditos contra la masa a aquellos que nazcan durante la fase de cumplimiento del convenio concursal aprobado⁷⁸³. Todo ello, naturalmente, sin perjuicio de la -muy utilizada en la práctica- Disposición Transitoria Cuarta contenida en la misma Ley 38/2011, de 10 de octubre, que restringe la aplicación de la modificada redacción del art.84.2.5º LC sobre aquellos procesos concursales que ya hubieran presentado informe de la fase común (art.75 LC) antes del 1 de enero de 2012⁷⁸⁴.

En todo caso, se ha de dejar claro que nos hallamos ante un organigrama que comparten todos los procesos concursales con independencia del sujeto concursado, más allá de la habitualidad de un subtipo de crédito -tanto concursales como contra la masa- u otro en función del deudor y su actividad.

Como ya se ha dicho respecto del potencial estudio material del llamado *inventario*, por el idéntico motivo de la naturaleza de este trabajo, así como por el volumen que exigiría un estudio individualizado de la masa pasiva concursal, queda verbigracia fuera del presente estudio dirimir sobre la clasificación de un crédito concursal con prenda en garantía de créditos futuros⁷⁸⁵, no obstante lo interesante que sería este asunto o tantísimos otros que pueden darse en un proceso, a fin de cuentas, suscrito a la pluralidad de partes y pretensiones crediticias.

Así las cosas, como especialidades verdaderamente autónomas del concurso de persona física cabría resaltar la distinción en las personas especialmente relacionadas para la subordinación de sus créditos ex art.93.1 LC en relación con el art.92.5 LC, así como la

⁷⁸² RJ 2013\912.

⁷⁸³ Lo que en sede de convenio concursal, sin duda para fomentar la viabilidad en su consecución, se ha visto doblemente reforzado por el art.84.2.11º LC, que considera contra la masa también a los créditos concedidos en el marco de un convenio conforme a lo dispuesto en el art.100.5 LC.

⁷⁸⁴ Vid. Sentencia núm.342/2014, de 24 de junio, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2014\3780).

⁷⁸⁵ Nos ha venido a la mente este ejemplo pues ha sido uno de los más polémicos y complejos tras la última y criticadísima reforma del art.90.1.6 LC, y donde la doctrina se debate entre la tesis literalista o extrema y la tesis germánica.

Vid. al respecto la interesante publicación realizada por FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “La oponibilidad concursal y extraconcursal de la prenda, ordinaria y sin desplazamiento, sobre créditos futuros”, Anuario de Derecho Concursal, ed. Civitas, núm.25/2012.

superación de la exclusión de la masa pasiva de aquellos créditos contra el cónyuge del concursado.

4.4.1 Personas especialmente relacionadas (art.93 LC).

En cuanto a la consideración de personas *especialmente relacionadas*, el art.93.1 LC dedica una adecuada distinción en función del tipo de sujeto concursado, consciente de las diferencias que pueden darse sobre este concepto según se trate de una persona física -sus familiares- o una persona jurídica -sus administradores y socios-.

El criterio del legislador resulta tan expreso como acertado, por lo que este discernimiento, que tanto se echa en falta en muchos otros apartados, merece nuestro elogio, siendo además que se ha venido rechazando una extensión analógica de los supuestos de subordinación previstos en el concurso de persona jurídica -art.93.2 LC- a los concursos de persona física, y viceversa⁷⁸⁶.

En definitiva, siguiendo al Magistrado-Juez PÉREZ BENÍTEZ, frente a algunos sistemas del derecho comparado como el estadounidense, el legislador ha optado por una objetivación *tajante* para aplicar el efecto de la postergación del crédito de este tipo de acreedores, evitando de este modo tener que *indagar sobre las concretas circunstancias que rodean cada uno de los créditos*⁷⁸⁷.

Como ya se ha apuntado, el art.93 LC debe ponerse en relación con el art.92.5 LC, que determina la subordinación de los créditos concursales de los que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas.

El término subordinación por sí solo ya no augura un gran porvenir a este tipo de acreedores, lo que el art.158 LC confirma al relegar en el último lugar del orden de pagos en liquidación concursal a tales créditos subordinados, y además dentro del suborden preestablecido en el art.92 LC, por tanto, en quinto lugar para éstos y tras la plena satisfacción de los cuatro ordinales anteriores.

Por otro lado, en un escenario procedimental de convenio, los acreedores subordinados directamente carecen de derecho de voto (art.122.1 LC). Asimismo, sólo podrán cobrar su crédito una vez cumplido dicho convenio respecto de los créditos ordinarios y privilegiados afectos, con base en las mismas proporciones de quita y espera allí aprobadas para éstos (art.134.1.II LC). Piénsese así que una espera concursal es legalmente admisible hasta los diez años (art.124.1.a).II LC), por lo que el acreedor

⁷⁸⁶ Sentencia de 11 de abril de 2011, del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid (AC 2011\512). En el mismo sentido, vid. Sentencia núm.271/2013, de 24 de junio, de la Audiencia Provincial de Baleares, Sección 5ª (JUR 2013\253730).

⁷⁸⁷ Así lo expresa el Magistrado-Juez PÉREZ BENÍTEZ, J.J., “El singular modelo español de la subordinación concursal de créditos de personas vinculadas al deudor”, Anuario de Derecho Concursal, ed. Civitas, núm.32/2014.

subordinado sólo podría empezar a cobrar su crédito a partir del undécimo año desde la aprobación del convenio.

La práctica forense rara vez es testigo de que la masa activa del concurso liquidada, o bien a través de cumplimiento de convenio aprobado, llegue a la avanzada fase que permita alcanzar al pago de créditos concursales subordinados, por lo que desgraciadamente su reconocimiento y posición en el art.92 LC suponen una inclusión jurídico-formal sin mayor repercusión. Dicho más claramente, el acreedor subordinado debe asumir que no recuperará ni una mínima parte de su crédito, ni siquiera en un escenario de convenio concursal de presumible cumplimiento, a la vista de la larga espera y consiguiente incertidumbre que debe soportar este tipo de acreedor.

Por su parte, puede observarse que la única excepción a la subordinación solamente opera respecto de los créditos comprendidos en el art.91.1 LC -créditos salariales-, a los que no afecta la condición de su titular, ex art.92.5 LC, no así siquiera en relaciones de parasubordinación pero bajo una naturaleza no laboral (art.91.3 LC)⁷⁸⁸, como sería el caso de un autónomo.

Sin embargo, incluso los créditos que cuenten con garantía real no sólo no podrán ser reconocidos en el concurso con el correspondiente privilegio especial al amparo del art.90 LC, sino que el juez del concurso acordará la extinción registral de dichas garantías -hipoteca, prenda, etc.- ex art.97.2 LC⁷⁸⁹, aunque será infrecuente que las personas especialmente relacionadas ostenten este tipo de créditos. Por último, para evitar confabulaciones fraudulentas, los acreedores subordinados instantes de un concurso necesario tampoco gozan del privilegio general sobre el 50% de sus créditos y que con carácter general confiere el art.91.7 LC para el acreedor instante del concurso.

Si, como vemos, el art.93.1 LC subordina prácticamente a todo familiar del deudor concursado, incluyendo su pareja de hecho y quienes convivan con él, ante este insalvable panorama crediticio para tales acreedores nos podemos encontrar con situaciones abiertamente injustas y alejadas de la *ratio legis* del art.93.1 LC⁷⁹⁰.

⁷⁸⁸ GARCÍA POMBO, A., *Comunicación, reconocimiento y clasificación de créditos en el concurso*, ed. Tirant lo Blanch, 2009, pág.158.

⁷⁸⁹ Frente al dictado literal del art.97.2 LC, cabe advertir que sus efectos se extienden no solamente cuando el deudor no impugne en tiempo y forma su calificación -lo que literalmente viene a decir la norma-, sino también cuando la impugne y dicha impugnación sea desestimada, o bien el incidente de impugnación provenga de un tercero.

Así se pronuncia la Sentencia núm.51/2013, de 20 de febrero, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2013\4353).

⁷⁹⁰ Sobre dicha *ratio legis*, se justifica en evitar un abuso del derecho en el cobro de créditos de acreedores afectiva o personalmente relacionados con el concursado, por tanto con mayores conocimientos de su situación. Se trata, pues, de una presunción de fraude implícita sobre el “acreedor interno” o *insider*, por esa especial situación que le une o ha unido con el concursado.

VALPUESTA GASTAMINZA, E., en AA.VV., *Comentarios a la Ley Concursal, Tomo I*, ed. Aranzadi, 2010, pág.1068. En el mismo sentido expuesto, por todas, vid. Sentencia de 15 de septiembre de 2010, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª (JUR 2010\343282).

De este modo, solo algunas situaciones -hoy en día de incidencia menor- podrían evitar dicha subordinación, por ejemplo, del que fuera cónyuge en el periodo *sospechoso* (los dos años anteriores a la declaración de concurso) pero cuya nulidad matrimonial hubiera sido declarada ex arts. 73 y ss. CC, ello por razón de los efectos propios de la nulidad de un acto. Sin embargo, más complicado de casar con la letra del art.93.1.1º LC son los supuestos de separación conyugal sin disolución del matrimonio, aunque existen autores que defienden su exclusión de los efectos subordinadores del art.92.5 LC⁷⁹¹.

En cualquier caso, estas situaciones en la práctica resultan tan visiblemente dañinas que han provocado que la doctrina concluya que el art.93.1 LC carece de *sentido alguno* en el seno de una crisis afectivo-matrimonial⁷⁹², donde estos acreedores -no obstante su pasada relación familiar- claramente ya no presentan una posible connivencia con el deudor que justifique degradar sus créditos al abismo de lo irrecuperable.

Pese a estas críticas, en parte mitigadas tras la reforma por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, del actual art.47.2 LC, y que (al menos) evita la subordinación crediticia del posible *exceso* en las pensiones de alimentos fijadas con anterioridad al auto declarativo de concurso, la realidad es que el legislador sólo ha tenido a bien reformar el art.93.1 LC en aras de su endurecimiento y ampliación. Dicha reforma tuvo lugar mediante el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, luego confirmado por la Ley 9/2015, de 25 de mayo. Esta modificación del art.93.1 LC se limitó, pues, a ampliar la subordinación crediticia respecto de aquellos posibles acreedores personas jurídicas controladas por el sujeto concursado persona física, o bien por alguno de sus familiares citados en los ordinales del mismo art.93.1 LC. En definitiva, no parece que se encuentre en la actual *mens legislatoris* la posibilidad de sensibilizarse con la *solidaridad familiar*⁷⁹³ que haya podido haber con el deudor antes de su declaración en concurso.

⁷⁹¹ FERRÉ FALCÓN, J., *Los créditos subordinados*, ed. Civitas, 2006, pág.370 y ss.

Defendiendo que los casos de separación judicial, que hayan tenido lugar en un momento anterior a los dos años previos al auto de concurso, deben quedar excluidos de los efectos sancionadores del art.92.5 LC, ya que ni es admisible sostener una presunción de complicidad de este acreedor con el concursado, ni se pueden seguir vinculando los bienes privativos del otro cónyuge a deudas domésticas (art.83 CC), y sobre todo porque se habrá producido la disolución del régimen económico matrimonial, (art.95 CC).

⁷⁹² GUILARTE GUTIÉRREZ, V., en AA.VV., *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, ed. Civitas, 2009, pág.350.

⁷⁹³ Así lo expresan BUSTO LAGO, J.M., ÁLVAREZ LATA, N., y PEÑA LÓPEZ, F., “El sobreendeudamiento del consumidor: planteamiento del problema y factores implicados”, ed. Aranzadi, 2010 (2011\5600), defendiendo que dichas ayudas simplemente suponen una “válvula de escape” para el deudor.

4.4.2 Créditos frente al cónyuge del sujeto concursado (art.49.2 LC).

La segunda especialidad del concurso de persona física que se ha querido destacar en este apartado proviene de una intensa pero -parcialmente- superada polémica sobre el art.84.1 LC, en su redacción anterior a la Ley 38/2011, de 10 de octubre.

Dicha reforma supuso el reconocimiento del legislador a toda la contundente crítica doctrinal⁷⁹⁴ que había merecido la exclusión de la masa pasiva de las deudas consorciales suscritas por el cónyuge *in bonis*, lo que actualmente ya no es posible sino que expresamente el art.49.2 LC ordena su inclusión, dejando fuera del concurso solamente a los acreedores privativos del cónyuge no concursado⁷⁹⁵.

La nueva norma que regula su tratamiento busca así dar respuesta al bloqueo por la posible decisión del cónyuge del concursado de no resolver su régimen económico matrimonial: con el antiguo art.84.1 LC, los acreedores del cónyuge del concursado no se veían reconocidos en la masa pasiva del concurso, a diferencia de la totalidad de los bienes gananciales que resultan integrados en la masa activa del concurso -arts.77.2 LC y 1373 CC-, excepción hecha del art.6 C de C de 1885 (bienes gananciales no adquiridos a resultas de la actividad comercial), toda vez que los acreedores del concursado sí reconocidos en el listado de acreedores aprovecharían su mejor posición para -probablemente- consumir toda la masa activa ganancial. En definitiva, con el antiguo régimen los acreedores del cónyuge del concursado sólo podían dirigirse contra el patrimonio privativo del cónyuge no concursado, viendo así agredido el derecho preferente que teóricamente les concedía el art.1399 CC.

Esta situación, cabe insistir, debe entenderse superada con la exigencia de su reconocimiento en la lista de acreedores (art.49.2 LC), debiendo la administración concursal señalar para cada crédito concursal si éste puede hacerse efectivo sobre el patrimonio privativo o también sobre el común (art.86.4 LC, antes ubicado en el art.86.3 LC).

Con todo, el referido mandato diferenciador (art.86.4 LC y repetido en el art.94.2.4º.III LC) en la práctica se entiende como inoperativo⁷⁹⁶, ya que en la prelación crediticia

⁷⁹⁴ Como referente, se hace necesario destacar especialmente a CUENA CASAS, M., *El concurso de acreedores de persona casada en régimen económico matrimonial de comunidad*, ed. Civitas, 2008, pág.350.

⁷⁹⁵ CABANAS TREJO, R., *Régimen de gananciales y concurso de la persona física*, ed. Bosch, 2012, pág.231.

⁷⁹⁶ En favor de esta consideración, entre otros, CORDERO LOBATO, E., en AA.VV., *Comentarios a la Ley Concursal, Volumen I*, ed. Tecnos, 2004, pág.1022, y CABANAS TREJO, R., *Régimen de gananciales y concurso de la persona física*, ed. Bosch, 2012, pág.241.

No obstante, se ha de reconocer que también existen algunos autores partidarios de la creación de dos submasas patrimoniales, y por tanto, de la necesidad de aplicar *ab initio* el ahora art.86.4 LC; vid. así BERMEJO GUTIÉRREZ, N. en AA.VV., *Comentario de la Ley Concursal, Tomo I*, ed. Civitas, 2008, pág.1555.

concurral no existe precepto alguno que justifique una subdivisión de masas pasivas en orden a su pago.

El legislador concursal parece además haber ignorado al legislador civil, por cuanto éste ya establece que todas las deudas comunes pueden ser cobradas sobre los bienes privativos (art.1369 CC), así como que todas las deudas privativas pueden cobrarse sobre los bienes comunes (art.1373 CC) y salvo que se ejerza la potestad de disolución de la sociedad ganancial⁷⁹⁷.

Esta potestad disolutoria guarda ya su reflejo procesal en el seno del art.541.3 LEC dentro del proceso de ejecución singular⁷⁹⁸ e incluso aunque la sociedad ganancial deba responder *ab initio* de tales débitos (art.541.2 LEC).

La razón de conferir en favor del cónyuge no deudor dicha potestad de disolución de la sociedad ganancial se explica, en ambos casos, como bien señala la mejor doctrina⁷⁹⁹, en la necesaria diferenciación que debe hacerse en el régimen de responsabilidad de toda sociedad ganancial, el cual comprende una esfera de responsabilidad *erga omnes* (arts.1365 a 1368 CC) y otra de tipo interna (arts.1362 y 1363). Así, de esta suerte, el art.541 LEC viene a amparar al cónyuge no deudor frente a las actuaciones individuales de su consorte, pero de las cuales debe responder -ante terceros- la sociedad ganancial, sea ya de forma directa (art.541.2 LEC) o subsidiariamente (art.541.3 LEC).

En cualquier caso, sólo en el supuesto de producirse la disolución de la sociedad ganancial, de carácter potestativo (art.77.2 LC), es cuando nace el sentido legal de la aludida subdivisión crediticia en función de su origen ganancial o privativo, pues sólo entonces ciertas deudas -las privativas- podrán dirigirse frente a los bienes privativos del sujeto concursado y los comunes que le fueran adjudicados tras la disolución del régimen ganancial. Junto con ello, tampoco hay que olvidar que en cualquier caso la virtualidad práctica del art.1373 CC resulta exigua, dada cuenta de que son muy pocas las deudas de las que no responde la sociedad de gananciales⁸⁰⁰.

⁷⁹⁷ En este último caso, la dificultad radicaría en *coordinar* el régimen del art.1373 CC dentro del proceso concursal vía art.77.2 LC, lo que ya hemos tenido ocasión de estudiar. Cabe recordar que el art.1373 CC establece la potestad de *sustitución* “de los bienes comunes por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal”, siendo que dicha “parte” se identifica con los bienes concretos que le fueran adjudicados al deudor tras la liquidación de la sociedad.

MORALEJO IMBERNÓN, N., en AA.VV., *Comentarios al Código Civil*, ed. Aranzadi, 2009, pág.1619.

⁷⁹⁸ Sobre la coordinación que debe regir entre las normas civiles y aquella procedimental del art.541 LEC, es de interés destacar la detallada exposición que efectúa el catedrático GARBERÍ LLOBREGAT, J., en AA.VV., *El proceso de ejecución forzosa en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ed. Civitas, 2013 (BIB 2013\13938).

⁷⁹⁹ MARÍN VELARDE, A., “La plasmación procesal de la regulación del Código Civil sobre la ejecución de los bienes gananciales.”, *Revista Doctrinal Aranzadi*, ed. Aranzadi, núm.7/2011.

⁸⁰⁰ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., “El imposible proceso liquidatorio del art.1373 CC”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, ed. Aranzadi, núm.919/2016. Dichas deudas de las que no responde la

A pesar de la mejora por ese reconocimiento en el concurso de los acreedores del cónyuge no concursado -como justo paralelismo a la inclusión en la masa activa de la totalidad de los bienes comunes de la sociedad ganancial-, la nueva regulación no ha quedado exenta de nuevas críticas.

Así, en la apreciable obra de CABANAS TREJO se pone en evidencia que el nuevo criterio ha supuesto un *entierro en vida*⁸⁰¹ de la sociedad de gananciales, pues por un lado ya puede procederse a su liquidación encubierta en el concurso, al quedar integrado todo su activo y pasivo, y sin embargo se produce la paradoja de que el régimen económico matrimonial continuaría legalmente vigente -durante y después del concurso-, pues la Ley Concursal no ha previsto la liquidación automática del mismo por la mera declaración de concurso -solución que a nuestro entender hubiese sido la más funcional-.

Puesto así *patas arriba* el régimen civilista -liquidación conyugal sin disolución-, según describe el precitado autor, además de ello el art.49.2 LC realmente no acaba de dar solución a los problemas derivados de la coordinación entre concurso y disolución de la sociedad ganancial, por lo que nada impide que el cónyuge del concursado pueda seguir solicitando en cualquier momento dicha disolución ex art.77.2 LC, y nuevamente deba estarse ante el complejo abanico de soluciones *coordinadoras* propuesto por la doctrina: principalmente, si procede una liquidación previa de tipo formal sin atribución material de bienes (CUENA CASAS), de tipo material con salida de los bienes (CABANAS TREJO), o bien la absoluta preferencia del concurso -*lex specialis*- y relegación de una liquidación conyugal posterior en caso de sobrante (GUILARTE GUTIÉRREZ), criterio este último con el que más suele identificarse la práctica forense.

Finalmente, en el caso de una liquidación conyugal preconcursal, que hubiera dejado deudas comunes insatisfechas, es el art.1401 CC y no ya el art.49.2 LC -habrá desaparecido el régimen de gananciales de la sociedad conyugal- mediante el cual los acreedores de esa extinta sociedad pueden exigir el reconocimiento de sus créditos en el concurso.

sociedad ganancial serían, en palabras del citado autor, *las que provienen de la adquisición, tenencia y disfrute de bienes no comunes -privativos-; la administración extraordinaria de los bienes privativos; y las cantidades donadas o prometidas por uno solo de los esposos*. Junto con ello debe estarse a la previsión del art.9 del C de C de 1885, cuando el sujeto concursado ostente la condición de comerciante y su cónyuge hubiere consentido expresamente a la vinculación de sus bienes privativos según contempla dicho precepto.

⁸⁰¹ CABANAS TREJO, R., *Régimen de gananciales y concurso de la persona física*, ed. Bosch, 2012, pág.158.

4.5 El cauce universal del incidente concursal (arts.192 a 194 LC).

La controvertida naturaleza del incidente concursal, así como su probable concurrencia en algún momento durante el largo proceso concursal, nos exigen un mínimo análisis sobre su configuración y efectos.

Con carácter previo, conviene comenzar por advertir lo *camaleónico* de dicha naturaleza, ante la inagotable variedad de pretensiones susceptibles de acogerse a este cauce procesal. En efecto, en la forma de *incidente concursal* encajarían tanto auténticos incidentes concursales -una impugnación de la lista de acreedores- así como demandas con sustantividad propia perfectamente planteables fuera del proceso concursal⁸⁰². La cuestión no es baladí pues afectaría, por ejemplo, a la posibilidad de ejercer una acción de reconvención (art.406 LEC), que sólo resultará admisible si ésta no se extralimita del objeto de la *cuestión incidental*, es decir, habría de estarse a la referida naturaleza del incidente que se ha ejercido.

Se trata pues, en definitiva, de saber distinguir aquello que sería una verdadera cuestión incidental -en el sentido del art.387 y ss. LEC- de pretensiones puramente autónomas al concurso aunque compartan el mismo cauce procesal en el mismo. Tanto es así que, en realidad, no debe confundir el apelativo de *incidental* que guarda este procedimiento reglado en los arts.192 y ss. LC, en tanto que conceptualmente viene siendo concebido de una forma mucho más completa procesalmente, esto es, como un proceso *declarativo, plenario y especial*⁸⁰³ que se concreta por razón de la materia⁸⁰⁴.

Comenzando así por el contenido de la demanda incidental (art.194.1 LC), a diferencia de lo que actualmente sucede en el proceso civil (art.404 LEC tras su reforma por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre), no es el letrado de la administración de justicia el encargado de admitir a trámite dicha demanda incidental sino que continúa siéndolo el juez del concurso, asunción ésta también existente respecto del proceso civil ordinario o verbal con anterioridad a la mentada reforma. Así se desprende, unívocamente, de los arts.194.2 y 194.3 LC, siendo pues que será dicho juez el que compruebe que la demanda incidental cumple con los requisitos de forma y contenido que exige el art.399 LEC, al cual se remite el art.194.1 LC.

A mayores, junto con la observancia de los mencionados requisitos formales nos encontramos con un segundo filtro de admisibilidad por motivos *materiales* contenido

⁸⁰² Así lo reflexionaba la Sentencia núm.26/2013, de 30 de enero, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª (AC 2013\1736).

⁸⁰³ Así lo defiende, entre otros, PÉREZ VEGA, A., “El incidente concursal civil: celebración de vista y especialidades procesales”, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, ed. Wolters Kluwer, 2015, nº 23.

⁸⁰⁴ Así lo demuestra el hecho de que, en sede de recurso de casación con origen en un incidente concursal, dicho recurso sólo pueda articularse por razón de la materia (art.477.2.3º LEC) y no de la cuantía, según se recuerda en el Auto de 23 de junio de 2009, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2009\4235).

en el art.194.2 LC y que deberá superarse con independencia del primero: *si el juez estima que la cuestión planteada es impertinente o carece de entidad necesaria para tramitarla por la vía incidental, resolverá, mediante auto, su inadmisión (...)*, resolución que será igualmente susceptible de apelación (art.197.1 LC) como lo sería por fundarse la inadmisión de la demanda en los motivos formales propios de la LEC.

Todavía más, incluso cabría hablar de un tercer filtro de admisibilidad, de nuevo por motivos materiales, por razón del particular mandato contenido en el art.192.3 LC: *no se admitirán los incidentes que tengan por objeto solicitar actos de administración o impugnarlos por razones de oportunidad*. A este respecto, tal y como apunta GÓMEZ AMIGO⁸⁰⁵, con ello se ha buscado evitar el planteamiento de decisiones que corresponden a la administración concursal como órgano -que no parte- director del proceso concursal, con la confianza de imparcialidad que ello le merece, impidiéndose así que se obstaculice el proceso concursal mediante incidentes concursales que sólo pretendan sustituir los criterios valorativos de la administración concursal.

Particular mención merece, además, el procedimiento de nulidad de actuaciones establecido *ad hoc* en los arts.225 y ss. LEC, así como en los arts.238 y ss. LOPJ, cuya particular tramitación no puede verse sustituida por la del incidente concursal con el pretexto de la versatilidad de este último⁸⁰⁶, precisamente justificado en la excepcionalidad, singularidad y trascendencia de tal otro procedimiento.

En cuanto a la tramitación procedimental del incidente concursal en sí mismo, observamos que el art.194.4 LC se configura como una suerte de híbrido procesal a medio camino entre el procedimiento civil ordinario y el verbal⁸⁰⁷, de forma que la propia LC establece cuáles son los parámetros a seguir y en qué momento. Así pues, debemos armonizar, para evitar seguir por inercia un *iter* incorrecto, la remisión que el art.194 LC hace primero a las normas del juicio ordinario para la formulación de la demanda incidental (art.399 LEC por remisión del art.194.1 LC), con aquellas otras que se remiten a la celebración de una vista verbal (art.443 LEC por remisión del art.194.4 LC), y finalmente con las especialidades propias del *iter* procesal del incidente concursal (art.194.4 LC).

Sirva pues, como mejor exponente de esta singularidad procedimental, que las partes vengán obligadas a proponer en sus escritos incidentales -demanda y contestación- los oportunos medios de prueba para su previa declaración de pertinencia y utilidad por el

⁸⁰⁵ GÓMEZ AMIGO, L., “La tramitación del incidente concursal”, Anuario de Derecho Concursal, ed. Civitas, núm.33/2014.

⁸⁰⁶ Así se recuerda en la Sentencia núm.206/2015, de 17 de junio, de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª (Autos de apelación núm.273/2015).

⁸⁰⁷ A este respecto, es de interés el análisis que hace la Sentencia núm.286/2013, de 23 de julio, de la Audiencia Provincial de Salamanca, Sección 1ª (JUR 2013\275490), sobre esta singular naturaleza procesal.

juez del concurso, lo que en algunas plazas se interpreta mediante la emisión de una resolución judicial que admita o inadmita dicha prueba propuesta⁸⁰⁸.

Ahora bien, ello último no eliminaría la posibilidad de hacer uso, por parte del demandante, del art.443.4 LEC relativo a la nueva proposición de prueba si resultare necesario para contraprobar lo alegado por el demandado en su contestación escrita, pues no se ha tenido posibilidad de hacerlo antes⁸⁰⁹. Con independencia de dicha potestad, la singularidad procedimental del incidente concursal también admite la realización alegaciones complementarias en el acto de la vista, al amparo del art.426 LEC y no obstante pertenecer dicho precepto al ámbito del juicio ordinario, ello justificado precisamente en dicha composición procedimental mixta⁸¹⁰.

Por otra parte puede suceder, y además resulta habitual en la práctica forense, prescindir directamente de la celebración de vista alguna cuando la totalidad de la prueba propuesta fuera documental o pericial sin impugnación de la misma ni solicitud de ratificación por los peritos, respectivamente, o bien no se aportara prueba alguna.

De hecho, la redacción del art.194.4 LC ya se formula en sentido negativo, es decir, que por defecto no procederá la celebración de vista, sino que ésta resultará excepcional y sólo cuando concurren aquellos requisitos que constante jurisprudencia⁸¹¹ ha resumido en cinco: que exista contestación a la demanda; que exista controversia sobre los hechos; que tales hechos discutidos resulten relevantes; que se hayan propuesto medios de prueba; que tales medios de prueba hayan sido admitidos por razones de pertinencia y utilidad, así como que los mismos no consistan meramente en prueba documental o pericial sin haber solicitado la ratificación de peritos.

Finalmente, de forma separada el art.194.4.III LC se destina a resolver aquellas cuestiones de índole procesal mediante el particular trámite por escrito *ad hoc* allí regulado, que por tanto resulta sustitutivo de la función de la audiencia previa o de los arts.443.2 y 443.3 LEC en el juicio verbal. Ahora bien, dicho art.194.4.III LC

⁸⁰⁸ Vid., Sentencia núm.450/2013, de 4 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª (JUR 2014\9879), señalando que la decisión de admitir o inadmitir prueba deberá revestir la forma de Auto.

En contra, vid. Sentencia núm.533/2012, de 12 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3ª (JUR 2013\53891), que sólo considera que *no estaría de más* que se pronuncie.

⁸⁰⁹ Apoyando la aplicación del precitado artículo en sede concursal, destaca la precitada Sentencia núm.450/2013, de 4 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª (JUR 2014\9879).

⁸¹⁰ Vid. Sentencia núm.84/2013, de 26 de febrero, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª (JUR 2013\194502).

⁸¹¹ Por todas, vid. Sentencia núm.819/2015, de 22 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6ª (JUR 2016\181584).

únicamente resulta aplicable en los supuestos previstos en el párrafo anterior (art.194.4.II LC), es decir, sólo cuando no se celebre el acto de la vista⁸¹².

A dicho tratamiento debe sumarse aquel que recoge el art.96.5 LC en materia de acumulación de pretensiones exclusivamente relativas a la impugnación del inventario o la lista de acreedores, concediéndose la potestad judicial *ex officio* de su acumulación sin petición de parte. Ahora bien, debe recordarse que dicha potestad ya viene permitida con carácter general en el art.75 LEC, si bien es mucho menos utilizada en procesos civiles no concursales.

De igual modo, esta redundante previsión no exime a la parte en su caso solicitante de la acumulación para que, tal y como apunta CABA TENA⁸¹³, justifique los presupuestos y requisitos procesales pertinentes, ya sean relativos a la acumulación subjetiva de pretensiones (art.71 y ss. LEC) o de distintos incidentes concursales (art.76 LEC)⁸¹⁴, incluso aunque tales incidentes concursales se seguían bajo distintos procesos concursales (art.77 LEC)⁸¹⁵.

En materia de postulación, la regla general será la actuación bajo asistencia de letrado y representación de procurador (art.184.2 LC). Sin embargo, en el particular supuesto del acreedor laboral, la Ley Concursal (art.184.6 LC) ha consentido mantener los privilegios de postulación previstos en la LJS (arts.18, 20 y 21), de suerte que los acreedores laborales no precisarán de procurador y además podrán defenderse por sí mismos, por graduados sociales o por sindicatos para el ejercicio -entre otras- de la pretensión impugnatoria aquí estudiada. Este privilegio procesal no solamente es aplicable bajo el incidente concursal laboral (art.195 LC), sino también en el común⁸¹⁶.

A la excepción del art.184.6 LC cabe sumar una segunda excepción aplicable en el concurso consecutivo de la persona física, cual es aquella prevista por la Disposición Adicional Tercera de la Ley 25/2015, de 28 de julio, que permite prescindir de la

⁸¹² Así lo recuerda, entre otros, DÍAZ MARTÍNEZ, M., en AA.VV., *El derecho de la insolvencia: el concurso de acreedores*, ed. Tirant lo Blanch, 2015, pág. 255.

⁸¹³ CABA TENA, A., “La improcedente acumulación o falta de legitimación pasiva del acreedor, cuyo crédito también se impugna por otra causa, frente a la acción de impugnación de la cuantía del propio crédito del actor incidental (Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Cádiz de 30 de septiembre de 2014)”, *Anuario de Derecho Concursal*, ed. Civitas, núm.35/2015.

⁸¹⁴ Prueba de ello se da en el Auto núm.301/2016, de 9 de junio, del Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid (autos incidentales núm.741/2015).

⁸¹⁵ Auto de 19 de octubre de 2015, del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Valencia (Autos incidentales núm.1471/2014). Entiéndase siempre que no lo impida lo dispuesto en el citado art.77 LEC.

⁸¹⁶ RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., “Representación procesal de los trabajadores en el concurso. Crítica a una interpretación restrictiva”, *Repertorio de Jurisprudencia*, ed. Aranzadi, núm.13/2006. Más recientemente, vid. Auto núm.11/2010, de 22 de enero, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª (JUR 2010\136646).

representación legal del deudor concursado mediante procurador, lo que coherentemente se hace extensible a todos los incidentes que se incoen dentro de dicho concurso.

En atención a las partes del incidente concursal, obviamente lo serán aquellas frente a las que se dirija la demanda incidental. Sin embargo, el art.193.1 LC continúa señalando que también serán parte *cualesquiera otras que sostengan posiciones contrarias a lo pedido por la actora*. Dicho inciso final, junto con la disposición (art.184.1 LC) que reconoce como parte en toda sección al concursado y a la administración concursal, significa que éstas siempre serán emplazadas para su posible oposición a las pretensiones de la demandante.

Por otro lado, el art.194.3 LC dispone que admitida la demanda se emplazará a las *demás partes personadas* para su posible contestación. Admitiendo su singular técnica procesal y el riesgo de considerar *excesivo* tener que realizar dicho emplazamiento sobre todos los sujetos personados en el concurso pero no demandados, pese a ello consideramos más acorde con la debida seguridad procesal respetar la literalidad del art.194.3 LC, posición esta última que se comparte -entre otras- en la Sentencia núm.31/2013, de 25 de enero, de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 4^a⁸¹⁷. Ha de tenerse en cuenta, además, que en la práctica forense toda demanda incidental es considerada un escrito iniciador, por lo que no resulta posible su traslado simultáneo entre procuradores (art.276.1 LEC), debiendo estarse así al art.276.4 LEC.

En consecuencia, los acreedores no demandados pero personados en el proceso no tendrán necesidad de solicitar su intervención (art.13 LEC) en el incidente, sino que deben ser directamente emplazados por el Juzgado, ya sea para no realizar acto alguno o bien intervenir como parte y por ende con plena autonomía (art.193.2 LC). Respecto de la referida autonomía, ciertamente no puede decirse que el art.193.2 LC sea un dechado de claridad, pues habla de *plena autonomía* y al mismo tiempo de *coadyuvar* a alguna de las partes. La solución parece pues encontrarse en el art.13 LEC, aplicable supletoriamente, dentro del cual no cabe la existencia de una intervención adhesiva simple, por tanto debiendo imperar la plena autonomía de la parte interviniente⁸¹⁸.

En cuanto a la forma de terminación del incidente concursal, cuya naturaleza -no obstante su denominación- no cabe equiparar con la de una cuestión incidental (art.387 LEC), como ya se deduce de su *iter* procedimental plenario, el incidente concursal siempre y en todo caso finaliza por medio de sentencia.

⁸¹⁷ JUR 2013\317528.

⁸¹⁸ Solución que propone el Magistrado-Juez VILLENNA CORTÉS, F.J., en AA.VV., *Practicum concursal 2014*, ed. Aranzadi, 2014, pág.883.

La sentencia que se dicte en el seno de un incidente concursal comportará, además, efectos de cosa juzgada tanto formal como material (art.196.4 LC)⁸¹⁹, por lo que tales efectos no se limitarán al ámbito procesal del concurso sino también fuera del mismo y/o tras su conclusión.

En lo que se refiere al régimen de pronunciamiento en costas que debe contener la sentencia, el art.196.2 LC se remite con carácter general al art.394 LEC, lo que (además de alejar una vez más el incidente concursal con la figura de la cuestión incidental) supone la vigencia del clásico principio *victus victoris*⁸²⁰ a salvo del incidente concursal laboral (arts.195 y 196.3 LC). El beneficio y efectividad de la condena en costas recaerá en favor de la masa activa del concurso, aunque la administración concursal la integre un letrado⁸²¹, y, por tanto, no haya existido un coste adicional como tal. De lo contrario, el sistema de costas devendría perverso de permitirse litigar con cero riesgo a todo oponente, además de resultar *contra legem* en consideración al citado art.196.2 LC.

Finalmente, en materia de recursos, deberá estarse a las especialidades en su acceso que recogen los arts.197.4, 197.5 y 197.7 LC, tanto en sede de apelación así como en casación, especialidades éstas que guardan un sentido abiertamente *restrictivo* para su acceso.

Así, en lo que se refiere al marco de admisibilidad del recurso de apelación, se establece como norma general en el art.197.4 LC un régimen de *apelación adhesiva*, de modo que contra los autos que resuelvan recursos de reposición y contra las sentencias dictadas en incidentes concursales no cabe recurso de apelación directo, sino solamente a través de la resolución apelable más próxima. Ahora bien, dicho régimen de apelación adhesiva no significa que resulte necesario combatir el contenido de la propia resolución vehicular, pues ésta estrictamente sirve a los solos efectos de apelar aquella otra⁸²². Asimismo, las resoluciones judiciales que específicamente menciona el mismo art.197.4 LC no deben entenderse como un listado *numerus clausus*⁸²³.

⁸¹⁹ SÁNCHEZ LINDE, M., “El efecto de cosa juzgada en la sentencia resolutoria de los incidentes concursales”, Revista Aranzadi Doctrinal, ed. Aranzadi, núm.10/2014. En el mismo sentido, vid. Sentencia núm.365/2015, de 19 de octubre, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 25ª (AC 2015\1819) y Sentencia núm.608/2016, de 7 de octubre, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2016\4761).

⁸²⁰ Con origen en la regla chiovendana de que *la necesidad de servirse del proceso para obtener la razón no debe volverse en contra de quien tiene la razón*.

Sentencia núm.507/2011, de 6 de octubre, de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6ª (JUR 2012\195711).

⁸²¹ Auto de 11 de noviembre de 2015, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (JUR 2015\280788).

⁸²² Sentencia núm.247/2007, de 2 de octubre, de la Audiencia Provincial de Palencia, Sección 1ª (AC 2008\24).

⁸²³ Sentencia núm.156/2012, de 13 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª (JUR 2013\83551).

Y en cuanto al acceso al recurso de casación y extraordinario por infracción procesal, debe estarse a las limitaciones *ratione materiae*⁸²⁴ recogidas en el art.197.7 LC para poder acceder al recurso de casación, así como siendo su única vía de acceso aquella del recurso de casación por interés casacional (art.477.2.3º LEC)⁸²⁵. Consecuentemente, el recurso extraordinario por infracción procesal no podrá ser formulado salvo que se acompañe de recurso de casación (Disposición Final 16ª, art.1, apartado 2ª, de la LEC)⁸²⁶.

Sobre la admisibilidad de haberse establecido por el legislador una naturaleza más restrictiva que aquella otra procesal civil ordinaria, a la hora de poder acceder tanto al recurso en apelación como en casación, baste con evocar la consabida doctrina⁸²⁷ sobre el carácter *no constitucionalista* del derecho al recurso, que por ende no emana del art.24 CE sino de lo que hayan dispuesto las Leyes procesales como viene a serlo aunque híbridamente- la Ley Concursal.

5. Vías procedimentales para la conclusión del concurso.

Con la conclusión del concurso se llega al desenlace que, desde una perspectiva global, nos permite conocer la verdadera efectividad que ha tenido el proceso y su adecuación para el tratamiento de la insolvencia de la persona física concursada. En definitiva, las soluciones *materiales* al concurso no vienen sino a actuar también como el cauce instrumental que permita la conclusión *procesal* del mismo.

En los epígrafes anteriores, se han intentado concentrar los principales actos del proceso concursal: desde su tramitación procedimental hasta el mismo régimen y funciones de la administración concursal, pasando por aquellas especialidades que se presentan a lo largo del concurso de persona física -en su composición de masas, presupuestos, etc.-.

Quedaría así por atender a las distintas soluciones materiales que dispone la Ley Concursal para el concurso, pues como ya se ha dicho, tales soluciones materiales (convenio o liquidación) se traducen a su vez en soluciones procedimentales para concluir el proceso concursal.

⁸²⁴ Así por ejemplo, será apta para su recurso en casación cualquier sentencia dictada en incidente concursal en materia contractual (arts.61 y 62 LC), como tiene a bien recordar la Sentencia núm.439/2016, de 29 de junio, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (CENDOJ 28079110012016100447).

⁸²⁵ Auto de 18 de mayo de 2016, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (JUR 2016\117615).

⁸²⁶ Como igualmente recuerda el Auto de 26 de abril de 2017, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (Autos núm.46/2017).

⁸²⁷ Vid. Sentencia núm.548/2012, de 20 de septiembre, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2012\9015).

Al margen del siguiente análisis quedan, por su escasísima incidencia y anormalidad, aquellas otras causas de conclusión que casi simbólicamente recoge el art.176 LC y que -será insólito en la práctica- en puridad podrían concurrir en un proceso concursal de persona física: por desistimiento de todos los acreedores conocidos (art.176.1.5° LC) y una vez finalizada la fase común, ello último a modo de requisito de procedibilidad, o bien por haberse superado la situación de insolvencia (art.176.1.4° LC), pudiendo identificar esta causa tanto con una satisfacción extraprocesal como con una pérdida sobrevenida del objeto del proceso.

5.1 El convenio concursal.

Debe comenzarse por reconocer que aunque el convenio concursal, en pura teoría, debería suponer la *solución normal* del concurso -así lo proclama el *Exponendo VI* de la LC-, su utilización y sobre todo aprobación merecen el calificativo de anormalidad estadística, tanto en el concurso de persona física como jurídica.

Admitir esta realidad es un paso previo y necesario, que además podría explicar por qué de un tiempo a esta parte -hasta la aparición del Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre⁸²⁸- parecía que el legislador había decidido centrar todos sus esfuerzos en crear o reforzar el derecho preconcursal en sus distintas vertientes, dando así por abandonada la alternativa del convenio inherente al proceso concursal.

Incluso todavía a día de hoy, bajo la vigente LC, en las especialidades procedimentales del concurso consecutivo de la persona física no empresario, se ha prescindido de la potestad procedimental que permite el acceso a la figura del convenio (art.242.bis.1.10° LC), lo cual definitivamente revela las alteraciones teleológicas de la actual Ley Concursal frente a su espíritu originario.

La finalidad del concurso es satisfacer a los acreedores -*Exponendo II* de la LC-, siendo ésta la función *solutoria* del concurso. Sin embargo, ésta no impide a su vez una solución *conservativa* como instrumento jurídico para alcanzar dicho fin, cual es el convenio. Por ello, al igual que el legislador ha venido potenciando desde el año 2009 (vid. la reforma del art.100.1 LC por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo) una inspiración legal *favor convenii* en beneficio de la persona jurídica, por su contribución fiscal y económica, tanto o más esfuerzo debiera mostrar en regular una figura de convenio autónoma y propia para el concurso de persona física.

⁸²⁸ Las reformas de la Ley Concursal operadas por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, así como por el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, no modificaron un solo precepto del Capítulo I del Título V de la LC, regulador de la fase de convenio. Había pues que remontarse al año 2011 para encontrar la última reforma habida sobre la figura del convenio concursal. Esta llamativa indiferencia del legislador hacia el convenio concursal fue corregida a partir del Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, luego confirmado en la Ley 9/2015, de 25 de mayo; pero no sin años de retraso desde que debió reaccionarse, especialmente, durante los más gravosos años de la crisis económica española.

5.1.1 Configuración y efectos.

Comenzando por lo que se refiere a la naturaleza jurídica del convenio concursal, es de interés resaltar el debate habido sobre su configuración contractualista o procesalista, que, aunque de nula trascendencia práctica, no deja de guardar cierto interés doctrinal.

La primera de estas tesis defiende que el convenio no es más que un contrato *sui generis* entre deudor y acreedores concursales, donde rige como base inspiradora la autonomía de la voluntad (art.1255 CC), con los únicos límites de contenido (art.100) y del régimen de mayorías exigido para su aprobación (arts.124 y 125 LC).

En cuanto a la teoría procesalista, ésta defiende la naturaleza procesal del convenio por el hecho de que su efectividad se vincula con la necesaria aprobación judicial del mismo por parte del juez del concurso (art.127 y ss. LC), siendo que además dicho convenio aprobado desplegaría sus efectos vinculantes *ex lege* sobre los acreedores disidentes que contempla el art.134 LC.

Por su parte, en alguna ocasión⁸²⁹ el Tribunal Supremo se ha pronunciado destacando la existencia tanto de factores contractuales -interés privado- como procesales -interés público-.

Con todo, no podemos ignorar su reiterada jurisprudencia⁸³⁰ relativa a la naturaleza del convenio aprobado bajo el antiguo régimen de la suspensión de pagos, decantándose allí por su carácter contractualista. Ahora bien, esa misma jurisprudencia antes citada advierte al mismo tiempo de su anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Concursal, e incluso de cómo ciertas Disposiciones Transitorias *ex lege* de esta última parecen haber transformado -al menos en parte- dicha naturaleza contractual incluso bajo aquel régimen legal.

Es por todo ello que debe imperar una teoría ecléctica, que permita conjugar tanto los elementos contractualistas (arts.100 a 103 LC) como los puramente procesales (arts.127 a 131 LC) que se advierten en la Ley Concursal, todo lo cual revela la naturaleza mixta de la que participa el convenio concursal.

En lo que se refiere al propio contenido de la propuesta de convenio, al margen de advertir la ausencia de una sola especialidad aplicable al concursado persona física (p. ej. regular el tratamiento de su vivienda habitual), con carácter general debe estarse a los requisitos que exigen los arts.99 -meros requisitos de forma- y 100 LC.

Con respecto a este último precepto, tradicionalmente limitado a que la propuesta de convenio sólo pudiera establecer una quita máxima del 50% de los créditos concursales

⁸²⁹ Sentencia núm.1134/1996, de 8 de enero, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (RJ 1997\112).

⁸³⁰ Por su recopilación, es de interés la Sentencia núm.394/2012 de 21 de junio, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2012\10106).

y una espera en su pago de hasta cinco años, a partir de la reforma del art.100.1 LC por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, se ha venido permitiendo la superación de uno y/u otro límite a aquellas *empresas cuya actividad pueda tener especial trascendencia para la economía*. La introducción de este concepto, absolutamente discrecional y valorable *ad hoc*, supuso la aparición de propuestas de convenio que llegaban a doblar el límite de espera⁸³¹, siendo especialmente afamada una propuesta de convenio que contenía nada menos que 43 años de plazo de espera⁸³².

Supuestos específicos aparte, la cuestión más grave es que desde la citada reforma del año 2009 se produjo una inexplicable discriminación y abandono respecto de la persona física, en el sentido de no regular su mejor acceso al convenio concursal, pues obviamente jamás podría ser considerada una empresa de especial trascendencia y así nunca podría acceder a tan descontrolados beneficios respecto de los límites de quita y espera. Solamente el concursado persona física, que ostentara la condición de empresario o profesional, podía intentar superar los límites ordinarios de quita o espera a través de la propuesta anticipada de convenio (art.104.2 LC, hoy derogado)⁸³³.

Tan manifiesta discriminación se mantuvo, contemplativamente, en las sucesivas reformas concursales habidas hasta la reforma operada por el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre. Esta última reforma fue bienvenida por la doctrina⁸³⁴, puesto que supuso -por fin- *acomodar* las reglas del convenio concursal a la mayor versatilidad propia de aquellos otros mecanismos de acuerdo entre deudor y acreedores -acuerdo de refinanciación o extrajudicial de pagos- previstos en la Ley Concursal.

Así pues, desde de la precitada reforma, luego confirmada por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, se elimina todo límite de quita sobre los créditos concursales afectos al convenio concursal, para de este modo permitir su posible beneficio por parte de todo tipo de

⁸³¹ En la Sentencia núm.40/2012, de 21 de marzo de 2012, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4 y de lo Mercantil de Ciudad Real (autos de concurso núm.435/2008), se aprobó una propuesta de convenio con contenido alternativo: una de estas alternativas proponía una espera de diez años con una quita del 30%, mientras que la otra una quita del 85% y una espera de dieciocho meses. Argumentaba dicha resolución que el término *economía* del art.100.1.II LC puede encuadrarse también en un contexto de *economía regional*, sin que necesariamente deba implicar un alcance nacional.

⁸³² Así lo recogió el medio digital Europa Press, bajo el título “La autopista en quiebra Ocaña-La Roda propone aplazar 43 años el pago de su deuda de 522 millones”, en noticia de 13 de julio de 2015. Enlace: <http://www.europapress.es/economia/noticia-economia-empresas-autopista-quiebra-ocana-roda-propone-aplazar-43-anos-pago-deuda-522-millones-20140713121434.html>

⁸³³ Pues dicho precepto también contemplaba la superación de los límites ordinarios de quita y espera, pero sin hacer expresa referencia a que el sujeto concursado tuviera que resultar una empresa de especial trascendencia, sino simplemente a la necesidad de acompañar un plan de viabilidad (art.100.5 LC) y para lo cual basta con ejercer una actividad empresarial o profesional. En definitiva, tal y como ha concluido de manera *ex post* a su vigencia la Sentencia núm.188/2016, de 18 de marzo, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2016\864), el art.104.2 LC buscaba premiar al deudor capaz de acceder conforme a los especiales requisitos (art.105 LC) exigibles para presentar una propuesta anticipada de convenio, mediante la ampliación del contenido legal admisible para dicha propuesta.

⁸³⁴ Por todos, ARIAS VARONA, F.J., “Una nueva reforma de la Ley Concursal: el RD Ley 11/2014”, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, ed. Wolters Kluwer, 2014, nº 18.

concurrido personas física o jurídica, y no solamente por parte de aquellas empresas de *especial trascendencia*, así como también se amplía el límite universal de espera hasta los diez años. Así y todo, de superarse aquellos límites tradicionales de la Ley Concursal (los aludidos cinco años de espera y/o 50% de quita), el actual art.124.1.b) LC -y su homólogo art.134.3.b) LC- exige una mayoría *reforzada* (incrementada en un 15%) en el voto favorable a la propuesta de convenio, ello de forma consustancial a dicho mayor esfuerzo exigido sobre los acreedores afectos.

Por otro lado, la citada reforma ha mantenido incólume (art.124.1.a).II LC) la más laxa regla de voto cuando se plantee una propuesta de convenio de pago inmediato con quita inferior al 20% de los créditos ordinarios vencidos, o bien una espera no superior a tres años con pago íntegro de los créditos ordinarios, manteniendo así su más beneficioso (para su aprobación) régimen de voto como acicate a cambio de proponer un contenido del convenio menos severo de lo habitual en su quita o espera. Llama la atención que tanto un requisito como otro continúan exigiéndose, únicamente, respecto de los créditos ordinarios y no así de los privilegiados⁸³⁵, y ello pese a que el art.124 LC ha sido objeto de expresa reforma mediante la misma que modificó el art.134 LC.

En efecto, por medio de este último precepto mencionado, la citada reforma también supuso la ampliación de la extensión subjetiva del convenio concursal sobre aquellos acreedores privilegiados, marcando así un histórico punto de inflexión en la Ley Concursal frente a su anterior concepción del convenio como herramienta únicamente vinculante para acreedores ordinarios y subordinados, ello a salvo de posibles (e infrecuentes) adhesiones voluntarias de otro tipo de acreedores. Tanto es así que algún reputado autor⁸³⁶ ha criticado, no sin razón, el alejamiento cada vez mayor de la Ley Concursal respecto del principio de oponibilidad *erga omnes* que acompaña al bien o derecho gravado, en tanto que el mismo -su tutela ejecutiva- se ve así condicionada *ex lege* por razón del resultado de una votación colectiva (art.134.3 LC) sobre una propuesta de convenio concursal.

Todavía más, en un nuevo ejemplo de promulgación legislativa *favor convenii*, aunque precedida de ciertos titubeos⁸³⁷, aquellos acreedores privilegiados que voten a favor de la propuesta de convenio se considerarán incluidos -también- como parte del pasivo ordinario (art.124.2 LC). En definitiva, bajo el actual art.134.3 LC y con arreglo a los porcentajes -más exigentes- de voto allí establecidos, cuyo cómputo se subdividirá por cada una de las *clases* (art.94.2 LC) de acreedor privilegiado definidas por la

⁸³⁵ Así las cosas, deberá estarse a la regla de la doble mayoría (art.125 LC) ante cualquier diferencia en la quita o espera y que por tanto implique un trato singular.

⁸³⁶ YÁÑEZ EVANGELISTA, J., “El acreedor real como damnificado de la insolvencia del garante”, Revista Actualidad Jurídica Uría Menéndez, ed. Dykinson, 2014, nº 38.

⁸³⁷ El art.124.2 LC presenta una regulación llamativamente opuesta si se compara su redacción en el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, abiertamente más dificultada a alcanzar la aprobación del convenio concursal, con su posterior redacción en la Ley 9/2015, de 25 de mayo, apenas unos meses después y que sencillamente se limitó a recuperar parte de la redacción originaria del citado art.124.2 LC.

administración concursal, será posible la vinculación *ex lege* de tales acreedores concursales privilegiados a la propuesta de convenio que en su caso se apruebe.

Ahora bien, tal y como advierte la mejor doctrina⁸³⁸, téngase en cuenta que el acreedor privilegiado únicamente votará o se adherirá a la propuesta de convenio una sola vez, y no por turnos o consecuencias legales, de suerte que este único acto provocará un triple efecto: su vinculación *per se* a la propuesta de convenio por razones voluntarias, su cómputo en el pasivo ordinario (art.124.2 LC) y su cómputo en el pasivo privilegiado de su *clase* (arts.94.2 y 134.3 LC). Asimismo, en cuanto a la relación interna que rige todas estas mayorías computables dentro de una misma propuesta de convenio, debe estarse al art.124.3 *in fine* LC que prohíbe que un convenio concursal resulte aprobado únicamente si se alcanzan las mayorías de voto o adhesión exigidas en el art.134.3 LC, es decir, sin lograrse aquellas otras previstas en el art.124.1 LC.

En cualquier caso, ha de convenirse en que todo elemento voluntarista por parte de los acreedores privilegiados ahora se circunscribe al tiempo de votar a favor o en contra de dicha propuesta de convenio, o bien abstenerse, deviniendo así irrelevante su voluntad una vez alcanzado el porcentaje de voto que resulte aplicable ex art.134.3 LC.

No hay que olvidar, además, que la limitación de los créditos especialmente privilegiados (art.90.3 LC) por razón del valor de la garantía (art.94.5 LC) o *loan-to-value ratio*, modificación ésta que también fue introducida por la misma reforma de constante referencia, ya provoca por sí solo este mismo efecto, por cuanto gracias a esta técnica de reconocimiento crediticio -más realista- este tipo de acreedores frecuentemente pasan a ostentar un porcentaje de crédito ordinario por razón de aquel importe que exceda del valor de la garantía que protege su crédito. Tratándose de una pluralidad de garantías conferidas sobre un mismo bien, el efecto de esta mejor técnica puede significar que los acreedores de peor rango registral vean la totalidad de su crédito reconocido sin privilegio concursal alguno.

Para evitar posibles conductas fraudulentas, es irrelevante si el crédito previsiblemente privilegiado, ordinario o subordinado no fue reconocido en el concurso por *cualquier causa*: el art.134.1 LC extiende la vinculación del convenio aprobado a los mismos. Esta extensión subjetiva también debe predicarse respecto de los acreedores privilegiados afectos por mor del art.134.3 LC, aunque el art.134.1 LC no los mencione, pues ello obedece a su simple falta de actualización en relación con el art.134.3 LC introducido posteriormente. Una interpretación integradora y teleológica del art.134 LC, en su conjunto, debe prevalecer a la hora de enjuiciar la vinculación al convenio aprobado respecto de aquellos créditos *ex ante* al concurso pero carentes de reconocimiento formal por el motivo que fuere.

Junto con esta ampliación *favor debitoris* sobre los límites de quita y espera que puede contener una propuesta de convenio, así como sobre su extensión subjetiva sobre los

⁸³⁸ DÍAZ MORENO, A., en AA.VV., *Acuerdos de refinanciación, convenio y reestructuración*, ed. Aranzadi, 2015, pág.253.

acreedores privilegiados, la tercera modificación trascendental que trajo consigo la misma citada reforma (Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, confirmado por la Ley 9/2015, de 25 de mayo) consistió en la eliminación del veto legal (vid. art.100.3 LC en su redacción anterior⁸³⁹) a herramientas tales como la cesión de bienes o derechos en pago -aunque no para pago- de la deuda⁸⁴⁰. En el supuesto de personas físicas, estas soluciones estarán normalmente encaminadas a lidiar con aquellos acreedores concursales reconocidos con privilegio especial, por razón de su condición de prestamistas con garantía real hipotecaria (art.90.1.1º LC).

Por último, es de interés recordar determinadas restricciones históricas privativas del derecho a voto, contenidas en el originario art.122 LC, tanto sobre acreedores titulares de créditos subordinados -pese a su obligatoria vinculación al convenio que se apruebe-, así como en los casos de transmisión de créditos *inter vivos*, en este último caso para evitar el ya mencionado -en el Capítulo Primero- *mercadeo de créditos*⁸⁴¹ tan presente en la normativa previa a la Ley Concursal.

Sin embargo, a la vista del notorio escaso éxito en la aprobación de un convenio concursal, el legislador ha tenido a bien superar dicha regulación disuasoria en lo que se refiere al uso del *mercadeo de créditos*, a través de la reforma del art.122 LC operada por el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre (confirmada en la Ley 9/2015, de 25 de mayo). Así pues, actualmente, ya no existe restricción en el voto de una propuesta de convenio respecto del adquirente (cesionario) de un crédito concursal, a no ser que dicho cesionario tenga la cualidad de persona especialmente relacionada con el sujeto concursado (art.122.1 LC en relación con el art.93.1 LC).

Repárese, por tanto, en el elogiado cuádruple estímulo e impulso que -aunque tardíamente- el legislador ha provocado sobre la figura de la propuesta de convenio concursal: en primer lugar, porque se ha conseguido implicar de forma efectiva a los acreedores privilegiados -otrora totalmente desinteresados por su carácter voluntario- en los efectos jurídico-sustantivos de la propuesta de convenio, y con ello, también en su fase negociadora previa y de elaboración por parte del concursado. Dicha implicación efectiva se ha conseguido, por un lado, mediante la ampliación de la extensión subjetiva del convenio concursal sobre los acreedores privilegiados (art.134.3 LC), pero también

⁸³⁹ Prohibición explicada en detalle por la Sentencia núm.30/2010, de 20 de enero, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª (JUR 2010\101768).

⁸⁴⁰ La cesión de bienes -*datio pro solvendo*- es la única regulada sustantivamente en el art.1175 CC, sin que produzca extinción alguna de la deuda pese a su eficacia traslativa sobre la propiedad del deudor, mientras que la dación en pago -*datio pro soluto*- produce la extinción de la deuda junto con el mismo efecto traslativo.

Por su claridad, vid. Sentencia de 22 de febrero de 2001, de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 3ª (JUR 2001\194428). Sobre el efecto traslativo de la *datio pro solvendo*, en ocasiones negado, vid. la Sentencia núm.650/2013, de 6 de noviembre, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2013\7863).

⁸⁴¹ Motivación que recuerda y apoya el Auto núm.44/2012, de 30 de marzo, de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4ª (JUR 2012\191313).

porque el reconocimiento de privilegios se ha visto severamente disminuido -corregido- en virtud del principio de limitación del valor de la garantía (arts.90.3 y 94.5 LC).

En segundo lugar, porque se ha logrado dejar atrás la tradicional limitación en el límite de quita y espera, que además sólo comportaba una discriminación injustificada en favor de las empresas de especial trascendencia susceptibles de evitar dichas limitaciones, todo ello en favor de una mayor autonomía de la voluntad (art.1255 CC) equilibrada a cambio con unos porcentajes de voto más exigentes (art.124.1 LC).

Así y todo, es cierto que continúa sin comprenderse por qué el legislador no se atreve a dar el paso definitivo de eliminar toda barrera delimitadora de contenido, con base en unos mecanismos tan arcaicos como lo son la quita y la espera, en pro de una libertad total en los pactos a convenir entre deudor y acreedores⁸⁴², toda vez que la judicialización de la propuesta de convenio ya le dotaría de suficientes garantías en el control de su legalidad.

En tercer lugar, porque se han incorporado herramientas solutorias distintas a las clásicas *quitas* de créditos y *esperas* en su pago, eliminando así la absurda rigidez que suponía no poder hacer uso de mecanismos civilistas tales como la cesión o dación en pago de créditos, hoy por fin admisibles (art.100.3.II LC) con el límite -mantenido y coherente con evitar equiparar liquidación y convenio- de que no suponga una liquidación global del patrimonio del concursado, así como que no se trate de acreedores públicos (art.100.3.III LC).

Y finalmente, porque aquellas suspicacias del art.122 LC en su redacción original, prohibiendo el *mercadeo de créditos*, carecían de sentido alguno a la vista del escaso éxito en la aprobación de propuestas de convenios concursales, por lo que se hacía necesario no solamente superar dicha doctrina sino invertirla.

En efecto, no hay nada reprochable en consentir tal *mercadeo de créditos* plenamente, sin necesidad de prohibir el derecho de voto del cesionario del crédito, pues la cesión crediticia resulta una legítima alternativa para que el acreedor original satisfaga en todo o en parte su derecho de crédito, toda vez que el adquirente bien puede tener interés en que la propuesta de convenio resulte aprobada frente a un escenario de liquidación concursal. La única limitación que debe regir frente a toda esta mecánica de cesión de créditos concursales, en aras de evitar situaciones abusivas en el conjunto de los acreedores potencialmente afectados al convenio concursal, se advierte cuando el cesionario del crédito resultara ser una persona especialmente relacionada con el deudor, tal y como correctamente prevé el mismo art.122.1 LC, en cuyo caso la privación de su derecho de voto se mantiene incólume.

Por lo demás, el contenido del actual art.100 LC mantiene la exigencia de que se acompañe (arts.100.4 y 100.5 LC) un plan de pagos y un plan de viabilidad junto con la

⁸⁴² Así lo defiende también GUTIÉRREZ GILSANZ, A., “La conservación del convenio concursal”, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, ed. Wolters Kluwer, 2014, n° 22.

propuesta de convenio, aunque esta segunda figura deja de ser preceptiva si el sujeto concursado no ejerce ninguna actividad empresarial o profesional.

El plan de pagos resulta un documento especialmente crucial, además de preceptivo, pues regulará cuál debe ser la distribución concreta de la quita y espera reflejadas en la propuesta, así por ejemplo, pudiendo proponer una *carencia* en el primer año de la aprobación del convenio. Asimismo, y a raíz de la reseñada reforma por el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, es igualmente admisible la previsión de propuestas de enajenación de activos del sujeto concursado, ello en la forma de dación en pago o para pago a los acreedores (art.100.3.II LC). Dicha potestad únicamente queda restringida en relación con aquellos activos en su caso sujetos a la actividad empresarial o profesional del deudor, así como al límite general de que la propuesta de convenio no termine por identificarse con una suerte de plan de liquidación global (algo proscrito por el mismo art.100.3 LC).

El contenido material del art.100 LC viene complementado por la prohibición general de condicionar de cualquier modo⁸⁴³ la propuesta de convenio (art.101 LC), con la severa consecuencia -carga procesal- de tener por no presentada dicha propuesta⁸⁴⁴. No obstante, con ocasión de la ampliación de la figura de la acumulación de concursos (art.25, 25.bis y 25.ter LC), la misma reforma que modificó o introdujo algunos de estos preceptos amplió la posibilidad de condicionar propuestas de convenio en *concursum conexos*, en el sentido de que la propuesta se condicione a la aprobación de un determinado convenio en otro concurso.

Huelga añadir que en caso de concurso de ambos cónyuges, ésta será una opción muy recurrida si es que se llega al escenario de convenio. Recordemos en todo caso que no existe la figura procesal del concurso de un matrimonio, con independencia de su tramitación conjunta, sino que lo que habrá son dos procesos acumulados con dos propuestas de convenio a presentar en su caso.

El segundo complemento previsto para el posible contenido de la propuesta de convenio aparece recogido en el art.102 LC, que con acierto confiere al concursado la flexibilidad de presentar contenidos alternativos sobre una única propuesta de convenio, siempre que señale aquel aplicable en defecto de ejercicio de la facultad de elección por parte del acreedor afecto. En este caso, la carga procesal en caso de infracción del art.102 LC

⁸⁴³ Lo cual cabe identificar con el elenco de obligaciones condicionales ex art.1113 y ss. CC.

⁸⁴⁴ Así ocurrió en el concurso de un conocido club de fútbol, resolución que sin embargo es criticada por SÁNCHEZ PAREDES, M.L., “En torno a la propuesta de convenio condicionada (Reflexiones sobre el AJM2 La Coruña, 11 de octubre de 2013)”, Anuario de Derecho Concursal, ed. Civitas, núm.31/2014.

Siendo el objeto de dicha crítica recordar la acertada distinción que debe hacerse entre la *condición* que describe el art.1113 CC -suceso futuro e incierto-, y las meras condiciones del propio cumplimiento del convenio -compromisos que asume el concursado a futuro y que se incluyen en el convenio a título informativo o de refuerzo para su credibilidad-, pues estas últimas *-elementos accidentales-* no deberían entenderse como verdaderas condiciones sobre la eficacia de la propuesta en sí.

no es tan severa, pues en principio la propuesta podría subsistir con las restantes alternativas⁸⁴⁵.

A cambio de poder ofrecer contenidos alternativos en la propuesta de convenio, deberá asumirse una mayor dificultad en la aprobación de dicha propuesta de convenio, si es que tales *alternativas* se orientan a producir un *trato singular*⁸⁴⁶ sobre determinados acreedores.

En tal caso, y de modo comprensible, la norma de la mayoría de voto del art.124 LC se endurece, pasando así a convertirse en una *doble mayoría*: la ordinaria del art.124 LC, más la añadida en la misma proporción del voto favorable del pasivo no afectado por dicho trato singular (art.125.1 LC).

Para el cómputo de este segundo cálculo, deberá deducirse de la primera *mayoría* obtenida aquel pasivo afectado por el trato singular, pero sólo siempre y cuando sus acreedores hayan votado a favor de la propuesta, pues aquellos no votantes (pese a estar afectos al trato singular) no computaron (al no haber votado) en aquella primera mayoría⁸⁴⁷. De igual modo, para evitar situaciones de abuso, si los acreedores afectos por el trato singular fueran a su vez titulares de créditos no afectos por dicho trato, su voto favorable (pese a titular ambos tipos de créditos) no podrá ser computado para la obtención de la mayoría del pasivo no afectada por dicho trato singular⁸⁴⁸.

Tras la primera (Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre) de las reformas del art.124 LC, que impuso el establecimiento en dicho precepto de dos tipos de mayorías exigibles (50% o 65%), en función del contenido de la propuesta de convenio, es claro que la *proporcionalidad* a la que se refiere el art.125.1 LC dependerá de una u otra mayoría obtenida previamente por mor del art.124 LC⁸⁴⁹.

⁸⁴⁵ ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M.E., en AA.VV., *Derecho concursal*, ed. Tirant lo Blanch, 2012, pág.543.

⁸⁴⁶ Sobre el abstracto concepto de *trato singular*, con el que se expresa el art.125 LC, es de interés traer a colación las palabras de GOZALO LÓPEZ, V., “El trato singular”, Anuario de Derecho Concursal, ed. Civitas, núm.9/2006: [...] *se ha formulado como cautela para evitar eventuales situaciones de discriminación con respecto a determinados grupos de acreedores. Esta constitución exige incluir dentro del supuesto de hecho del concepto trato singular cualquier propuesta de convenio en la que se hayan incluido reglas desiguales o particulares para determinados acreedores, aunque su régimen no sea beneficioso para los acreedores afectados por la singularidad. Así, pues, el trato diferenciado que pone en marcha la aplicación de esta regla especial de porcentajes puede ser tanto positivo, atribuyendo ventajas, como negativo, contemplando desventajas para los acreedores afectados.*

⁸⁴⁷ Este cálculo, en ocasiones algo complejo, se ejemplifica con claridad en la Sentencia núm.487/2011, de 12 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª (JUR 2012\150168).

Reiterada en la Sentencia núm.125/2014, de 22 de julio, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Valladolid (AC 2014\1498).

⁸⁴⁸ Auto de 16 de noviembre de 2005, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid (AC 2005\2067).

⁸⁴⁹ Así se aclara igualmente en la Sentencia núm.262/2016, de 28 de abril, de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4ª (JUR 2016\144977).

¿Cuál es el tratamiento *ex post* que reciben los acreedores afectos a la aprobación del convenio?

A este respecto, debe estarse a la llamada *eficacia novatoria* que posee el convenio concursal una vez aprobado (art.136 LC), siendo la doctrina partidaria de negar a la aprobación del convenio una eficacia extintiva sobre la parte de los créditos sometidos al mismo y que se hayan visto reducidos por la posible quita pactada. Dicho de otro modo, se le niega al convenio su semejanza a una condonación, pese a que el referido precepto utilice el verbo *extinguir*, como ya hacía el derogado art.1919 CC.

A cambio, se argumenta que la eficacia que concede el art.136 LC no es más que un *pacto de non petendo*⁸⁵⁰ por parte de los acreedores, condicionado al cumplimiento del convenio, naturaleza ésta que ya se desprende de la redacción actual del art.140.4 LC -*resolución* del convenio-, introducido mediante el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, y que modifica el término de *rescisión* antes utilizado en dicho mismo precepto. Por tanto, si cualquiera de tales acreedores estuviera en situación de instar un proceso de ejecución, entendemos que el deudor podrá presentar su oposición vía art.556.1.II LEC o bien vía art.557.1.5º LEC, en función del tipo de título ejecutivo.

Esta conceptualización de la eficacia novatoria, como una novación meramente modificativa y no extintiva, encaja mejor a la hora de justificar la previsión sobre los límites subjetivos de los efectos del convenio en terceros obligados frente al mismo derecho de crédito (art.135 LC). En este sentido, los acreedores que no voten a favor de la propuesta de convenio mantendrán intactos sus derechos frente a los restantes obligados -fiadores, avalistas-, sin que éstos puedan invocar los efectos del convenio aprobado.

Se trata de una limitación razonable, pero excepcionalmente contraria al espíritu *favor convenii* que por lo general mantiene el legislador a lo largo de todo el texto legal, ya que si el concursado contó con un fiador o avalista para garantizar una determinada obligación -de nuevo, pensemos en el caso típico del cónyuge del concursado- el acreedor se verá ciertamente disuadido de votar a favor de una propuesta de convenio, en aras de salvaguardar sus derechos frente a aquellos otros terceros obligados.

La mejor visualización de esta paradójica situación la encontramos en el supuesto del fiador -incluso solidario-, situación que es especialmente dañina para el acreedor que decida votar favorablemente la propuesta de convenio, ya que dicho fiador podría verse liberado de su obligación por mor del art.1852 CC -ha visto perjudicada su subrogación

⁸⁵⁰ PULGAR EZQUERRA, J., “Rescisión concursal y aprobación judicial del convenio: cláusulas convencionalmente pactadas”, Revista de Derecho Mercantil, ed. Civitas, núm.279/2011.

En la misma línea, defendiendo dicha *eficacia novatoria* como “una suerte de compromiso por parte de los acreedores afectados de no reclamar ese pago”, la Sentencia núm.68/2013, de 11 de marzo, de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 1ª (JUR 2013\166448).

por hecho imputable al acreedor⁸⁵¹. Además, resulta llamativo que la jurisprudencia se haya esmerado tanto en insistir que sólo la vía del art.1852 CC es la que permite la liberación al fiador, y no la del art.1851 CC -prórroga al deudor sin consentimiento del fiador⁸⁵²- o la del art.1853 CC -vía excepción-⁸⁵³.

5.1.1.1 Fase de ejecución (cumplimiento) del convenio concursal.

En lo que se refiere a la fase de cumplimiento de convenio, aunque formalmente no se constituye como ninguna nueva sección, acaba suponiendo un elemento procedimental autónomo. Ya de entrada, la eficacia del convenio supone el cese de la administración concursal⁸⁵⁴ y de *todos* los efectos de la declaración de concurso (art.133.2 LC). Sin embargo, pese a este propósito general, la pretendida radicalidad en la plena desaparición de los efectos del concurso debe ser matizada.

En primer lugar, con la eficacia del convenio ciertamente cesan los efectos de la intervención o suspensión de facultades (art.40 LC), por lo que el concursado recuperará plenamente sus facultades patrimoniales, salvo que el convenio introduzca alguna limitación a este respecto (art.137 LC) y lo cual resultará harto infrecuente.

Asimismo, la paralización de acciones de recuperación, ejecuciones o apremios (arts.55 y 56 LC) es levantada, lo que podría permitir al acreedor concursal ordinario que ostente alguna de éstas, en caso de incumplimiento de convenio, directamente ejercitar la acción ejecutiva en lugar de instar la acción de incumplimiento de convenio ante el juez del concurso⁸⁵⁵.

⁸⁵¹ ROJO, A., en AA.VV., *Comentario de la Ley Concursal, Tomo II*, ed. Civitas, 2008, pág.2242.

También se defiende esta tesis, entre otras resoluciones, en la Sentencia núm.280/2013, de 29 de mayo, de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5ª (JUR 2013\212042), y el Auto núm.102/2012, de 26 de julio, de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4ª (JUR 2012\319319).

⁸⁵² Y ello incluso en un supuesto de aval a primer requerimiento, de naturaleza autónoma y sin carácter accesorio, por cuanto se argumenta que la prórroga al deudor principal beneficia a su fiador.

Sentencia núm.392/2014, de 16 de julio, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2014\4640).

⁸⁵³ Esta interpretación del art.1853 CC sienta su justificación en que el concurso es una excepción de tipo personal y, por tanto, no oponible por parte del fiador.

Sobre la inaplicabilidad del art.1851 CC en sede concursal, con su respectiva recopilación interpretativa del alto tribunal al respecto, vid. Auto núm.155/2012, de 31 de octubre, de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 3ª (JUR 2013\67270). En cuanto a la inaplicabilidad del art.1853 CC, vid. Auto núm.149/2012, de 11 de septiembre, de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 1ª (AC 2012\2120).

⁸⁵⁴ Como excepción, la administración concursal conserva su legitimación para continuar con los incidentes concursales en curso -fase ejecutoria incluida- así como para actuar en la sección sexta de calificación, en caso de que proceda su apertura.

⁸⁵⁵ Así lo defiende DÍEZ MORENO, A., en AA.VV., *Enciclopedia de derecho concursal, Tomo I*, ed. Aranzadi, 2012, pág.1243. Lo que puede ser mucho más beneficioso para el acreedor en cuestión, ya que

La misma potestad ejecutiva debe predicarse respecto de los acreedores especialmente privilegiados, si bien llamativamente tal potestad no se extiende sobre posibles negocios jurídicos -siempre menos gravosos que una ejecución- de cesión de bienes o dación en pago, en cuyo caso, deberá recabarse la autorización del juez del concurso dada cuenta de la literalidad del art.155.4 LC vigente durante la fase de ejecución del convenio concursal⁸⁵⁶.

Del mismo modo, cesará la prohibición del art.58 LC de compensar créditos concursales, sólo que deberá tenerse en cuenta la *quita* aprobada en el convenio, así como también finaliza la paralización del devengo de intereses que con carácter general opera desde el auto declarativo de concurso (art.59 LC -antiguo art.1916 CC-). La interrupción de la prescripción de acciones frente al concursado (art.60 LC) también se ve levantada, así como queda finiquitado el especial régimen para el tratamiento de los contratos en vigor que mantuviese el concursado (arts.61 a 70 LC). Por último, destaca también el cese de la posibilidad de iniciar nuevas acciones rescisorias concursales (art.71 LC), quedando a salvo aquellas otras ordinarias (p. ej. la acción pauliana).

El cese de los efectos del concurso también tiene su reflejo en normativa extraconcursal, concretamente la relativa a la administración pública: desaparece así la traumática prohibición del concursado -piénsese en el empresario o profesional persona física- de contratar con el sector público (art.60.1.b) LCSP), o bien de ver resueltos sus contratos por razón de su situación concursal (art.254 LCSP), así como la prohibición de recibir subvenciones (art.13.2.b) LGS). Prohibiciones todas éstas que, por cierto, en nada ayudan a la continuidad de la actividad empresarial o profesional que por otro lado supuestamente la Ley Concursal pretende proteger⁸⁵⁷.

Considerando la trascendente desaparición de todos estos efectos, aun así, la radicalidad que pretende el art.133.2 LC se sigue contradiciendo con el hecho de que la aprobación del convenio y comienzo de su eficacia llevan consigo la conclusión del concurso. En efecto, aunque el proceso concursal ya no opere en la realidad diaria del sujeto concursado, no debe confundirse comienzo del cumplimiento del convenio con finalización del proceso concursal.

la acción de incumplimiento de convenio aboca a una ejecución colectiva del patrimonio del deudor, mientras que en la ejecución individual sólo participa dicho acreedor de su resultado.

⁸⁵⁶ Por su claridad, vid. Sentencia núm.30/2014, de 21 de enero, de la Audiencia Provincial de Lugo, Sección 1ª (JUR 2014\53012). En el mismo sentido se pronunciaba ya la Resolución de 17 de diciembre de 2012 de la DGRN (publicada en el BOE de 25 de enero de 2013).

⁸⁵⁷ Algo que ya es objeto de crítica por parte de PUNZÓN MORALED A, J., y PUERTA SEGUIDO, F.E., "Procesos concursales y contratación pública", Revista española de derecho Administrativo, ed. Civitas, núm.161/2014.

Proponiendo diversas soluciones más flexibles que la actualmente contenida en el citado art.60.1.b) LCSP, donde basta con la mera demanda de concurso para que opere dicha prohibición de contratar.

Con gran acierto, PULGAR EZQUERRA⁸⁵⁸ define este intervalo de tiempo con la atípica expresión procesal de *concurso yacente*: la situación en que se encuentra el proceso concursal desde la fecha de la aprobación judicial del convenio y hasta la firmeza del Auto que declare su cumplimiento (art.139.2 LC), ya que será este último hito el que provoque la verdadera conclusión del proceso concursal ex art.176.1.2º LC. Prueba última de ello se encuentra en el ámbito registral⁸⁵⁹, en tanto que no es posible la cancelación de la anotación de declaración de concurso respecto de los bienes susceptibles de publicidad registral, hasta que se obtenga la resolución judicial de cumplimiento del convenio concursal aprobado.

En el ámbito procesal, buena prueba de ello es el deber de información que, con periodicidad semestral, el art.138 LC obliga al deudor para informar al juez sobre el estado del cumplimiento del convenio y conforme al deber de colaboración del art.42 LC que expresamente se mantiene vigente (art.133.2 LC). Asimismo, existen cuestiones de competencia funcional cuya *vis attractiva* mantiene el juez del concurso.

Por ejemplo, aunque las acciones civiles contra el patrimonio del concursado ya no sean atraídas al juez del concurso ex art.8.1 LC, por mor del cese de los efectos de la declaración de concurso, las acciones relativas a la clasificación y pago de créditos contra la masa continúan siendo retenidas por el juez del concurso, al entender -en este caso- la norma del art.84.4 LC como de *competencia funcional*⁸⁶⁰.

5.1.1.2 Incumplimiento del convenio concursal.

La Ley Concursal concede expreso amparo a los acreedores para poder resolver el convenio concursal aprobado y con ello sus efectos -art.140.4 LC- de quita y/o espera sobre sus créditos, mediante el ejercicio de una pretensión de incumplimiento de convenio ante el juez del concurso vía incidente concursal (art.140.2 LC).

En el caso de acreedores con privilegio especial, bien vinculados *ex lege* o bien voluntariamente al convenio concursal aprobado, la introducción del art.134.3 LC antes analizado trajo asimismo consigo la potestad prevista en el art.140.4.II LC, si bien no consiste en una nueva pretensión como tal, sino en devolver un derecho de tutela ejecutiva de lo contrario vedado (art.57 LC) para que así -directamente- el acreedor

⁸⁵⁸ PULGAR EZQUERRA, J., “Rescisión concursal y aprobación judicial del convenio: cláusulas convencionalmente pactadas”, Revista de Derecho Mercantil, ed. Civitas, núm.279/2011.

Expresión ésta igualmente acogida en la Sentencia núm.229/2016, de 8 de abril, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (CENDOJ 28079110012016100225).

⁸⁵⁹ Vid. así la Nota de calificación de 3 de febrero de 2016, emitida por el Registro de Bienes Muebles de Barcelona (asiento núm.20160022667).

⁸⁶⁰ Interpretación que defiende el Auto núm.203/2013, de 20 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª (JUR 2013\369156).

En el mismo sentido, vid. Sentencia núm.160/2012, de 13 de junio, del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao (JUR 2013\104394).

especialmente privilegiado pueda iniciar o reanudar la ejecución de su garantía real desde la declaración judicial de incumplimiento de convenio.

Así pues, en realidad tal potestad ejecutiva no deja de estar vinculada con la pretensión de declaración de incumplimiento, si bien una vez estimada ésta por parte del juez del concurso, el proceso ejecutivo extraconcursal podrá desplegar todos sus efectos incluyendo aquellos jurídico-sustantivos, esto es, la satisfacción de su derecho de crédito originario (sin el límite del privilegio especial ex art.90.3 LC) con lo obtenido de la ejecución. Por el contrario, para el ejercicio de dicha ejecución separada, desde la propia redacción de la norma se hace necesario matizar que no todo hipotético acto de incumplimiento del convenio concursal puede servir como *causa petendi*, sino sólo aquellos que afecten de forma directa al acreedor demandante de tal ejecución⁸⁶¹.

Es de notar la hábil distinción que dispone el art.140.4.II LC entre declaración de incumplimiento y apertura de la fase de liquidación, en tanto que esta última sólo se produce una vez firme aquella (art.143.1.5° LC).

Pese a ello, de la contundente literalidad del precepto se desprende que el ejercicio -inicio o reanudación- de la tutela ejecutiva al amparo del art.140.4.II LC no queda supeditado a la eventual firmeza de la sentencia que declare tal incumplimiento de convenio⁸⁶², como tampoco parece quedar restringido su ejercicio ante una posible condición de vivienda habitual -del deudor- de aquel bien objeto de dicha ejecución pretendida, ello a salvo de lo dispuesto en la normativa extraconcursal relativa a regular el sobreendeudamiento hipotecario.

La potestad conferida para el inicio o reanudación de la ejecución separada, por mor del art.140.4.II LC, debe prevalecer e imponerse sobre la regla general dispuesta en el art.57.3 LC y que, precisamente, sanciona al acreedor con la pérdida de su privilegio procesal de la ejecución separada cuando éste no se hubiera ejercitado con anterioridad a la apertura de la fase de liquidación.

Sin embargo, en cuanto a la atribución de la competencia objetiva para conocer de dicha *ejecución separada*, expresión que bien puede entenderse como ejecución separada del proceso concursal, o bien sólo tramitada en pieza separada dentro de éste, debe prevalecer una interpretación integradora de la Ley Concursal en su conjunto, de modo que para dirimir tal problemática competencial debe estarse al art.57.1 LC, esto es, al carácter *necesario* o no del bien o derecho afecto a la ejecución; si reuniera tal

⁸⁶¹ En esta línea se posiciona VÁZQUEZ CUETO, J.C., “Los efectos de la declaración judicial de incumplimiento del convenio”, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, ed. Wolters Kluwer, 2015, nº 23.

⁸⁶² Así lo advierte VÁZQUEZ CUETO, J.C., en AA.VV., *Acuerdos de refinanciación, convenio y reestructuración*, ed. Aranzadi, 2015, pág.333.

Quien asimismo considera que, en caso de revocación en sede de apelación de tal pronunciamiento judicial, podría acudir a los arts.533 y 534 LEC.

condición de necesario, la competencia objetiva recaerá en el juez del concurso, y de lo contrario. se seguirá extramuros del mismo.

El incumplimiento del convenio concursal aprobado no solamente puede justificarse en la infracción de su plan de pagos, sino también por cualquier otra medida que se hubiese pactado en el convenio aprobado -una limitación de facultades patrimoniales-. Por otro lado, y aunque la Ley Concursal no lo contemple, cabría considerar⁸⁶³ la sentencia aprobatoria del convenio concursal (art.130 LC) como un título judicial que aprueba una transacción lograda en el proceso, con base en el cual es posible interesar su ejecución (vía art.517.2.3º LEC) en aras de su cumplimiento forzoso a instancia de los sujetos legitimados, esto es, aquellos acreedores afectos al convenio concursal.

Ahora bien, para la legitimación de esta acción de incumplimiento de convenio se exige que el acreedor que la inste se halle afecto al mismo, por tanto, no hallándose legitimados activamente ni los créditos privilegiados no afectos al convenio⁸⁶⁴, ni los créditos contra la masa⁸⁶⁵ y ni tan siquiera los créditos concursales contingentes⁸⁶⁶.

Junto con ello, el incumplimiento se deberá además haber producido sobre dicho acreedor legitimado en concreto y no sobre un tercero, aunque éste también fuese un acreedor afecto al convenio⁸⁶⁷. La carga de la prueba corresponderá al deudor, en forma de hecho extintivo, debiendo acreditar la existencia de dicho pago o el cumplimiento de cualquier otro tipo de obligación⁸⁶⁸.

En lo que se refiere a la sustancialidad que debe presentar dicho incumplimiento del convenio, y en contra de la doctrina civilista que interpreta el art.1124 CC, relativo al incumplimiento contractual, el *mero retraso* en el pago -aquí sí- puede resultar

⁸⁶³ Así lo proponen ROJO, A., y BERMEJO GUTIÉRREZ, N., en AA.VV., *Comentario de la Ley Concursal*, ed. Aranzadi, 2015 (BIB 2015\1342).

⁸⁶⁴ No estará legitimado un acreedor titular de créditos privilegiados que no hubiese votado a favor del convenio, como recuerda la Sentencia núm.26/2008, de 23 de enero, de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 4ª (JUR 2008\124956). Más recientemente, la Sentencia núm.358/2012, de 10 de septiembre, de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4ª (JUR 2012\323746) y la Sentencia de 21 de febrero de 2013, del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Vigo (JUR 2013\120911).

⁸⁶⁵ Sentencia núm.629/2012, de 5 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5ª (JUR 2013\116301),

⁸⁶⁶ Sentencia núm.295/2011, de 11 de julio, de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª (JUR 2011\331121)

⁸⁶⁷ SENÉS MOTILLA, C., en AA.VV., *Enciclopedia de derecho concursal, Tomo II*, ed. Aranzadi, 2012, pág.1729.

Interpretando de este modo la expresión “en lo que le afecte”, que aparece en el art.140.1 LC.

⁸⁶⁸ Por todas, vid. Sentencia núm.226/2008, de 2 de septiembre, de la Audiencia Provincial de León, Sección 3ª (JUR 2008\352664).

suficiente como para estimar tal pretensión de incumplimiento de convenio, dada la particular esencialidad existente en el concepto de *espera* de un convenio concursal⁸⁶⁹.

De igual modo, tal incumplimiento debe persistir al tiempo de interponer la demanda, a los efectos de que el demandante pueda efectivamente ostentar legitimación activa respecto de su pretensión. Por el contrario, el pago posterior no enervaría la acción ya ejercitada, debiendo así estarse a la ya constituida *perpetuatio legitimationis y facti*⁸⁷⁰.

¿Qué efectos conllevaría dicha resolución? Como ya se ha dicho con anterioridad, los efectos *resolutivos* -no *rescisorios*⁸⁷¹- del convenio concursal ante su incumplimiento llevan consigo unos efectos *ex nunc* y no *ex tunc*, como bien señala la Sentencia núm.392/2008, de 27 de octubre, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15^a⁸⁷² y se desprende de una lectura conjunta de los arts.133.2, 140.4 y 162 LC, este último presumiendo expresamente la validez de los efectos desplegados durante la vida del convenio. Como ya expresaba el derogado art.1919 CC, los créditos *renacen* por aquellas cantidades pendientes y no satisfechas durante el convenio concursal.

Respecto de los efectos provocados sobre el propio proceso concursal, recordemos *no concluso*, la principal consecuencia se traduce en la reapertura de la pieza de calificación (art.167.2 LC) que conlleva dicho incumplimiento de convenio.

El restante y principal efecto procesal consiste en la apertura de la fase de liquidación, que habrá sido declarada como consecuencia automática de dicho incumplimiento de convenio y una vez firme la resolución judicial -sentencia- que así lo declare (art.143.1.5º LC), así como la *reelaboración* del *inventario* y la *lista de acreedores*, ello último por aplicación analógica del art.180 LC.

En efecto, el art.180 LC solamente está previsto para el distinto supuesto de la reapertura del concurso (art.179 LC), lo que no quita la práctica unánime -por imperiosa necesidad material- de ordenar expresamente a la administración concursal -repuesta en tal cargo- la reelaboración de las masas activa y pasiva del sujeto concursado, creándose así por decisión judicial todo un *iter* procedimental no recogido legislativamente⁸⁷³ y que, en esencia, viene a reproducir la fase común del concurso en materia de la

⁸⁶⁹ Sentencia núm.104/2009, de 11 de marzo, de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 4ª (JUR 2009\249681).

Acogiendo dicha interpretación, más recientemente, vid. Sentencia núm.1/2014, de 7 de enero, de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª (AC 2014\770).

⁸⁷⁰ Vid. Sentencia núm.449/2014, de 4 de septiembre, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2014\4597).

⁸⁷¹ El art.140.4 LC, hasta su reforma por el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, aludía erróneamente a la *rescisión* del convenio concursal.

⁸⁷² JUR 2009\146477.

⁸⁷³ Ejemplo de ello da el Auto de 6 de marzo de 2015, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de A Coruña (autos de concurso núm.408/2008).

presentación de un informe (art.75 LC) y su cauce impugnatorio (art.96 LC). Respecto de tal cauce impugnatorio, debe seguirse la interpretación judicial de que el único objeto susceptible de *petitum* es aquel tasado en dicho art.96.1 LC⁸⁷⁴.

En la práctica forense, el concursado será el primer interesado en anticiparse a este escenario e instar él mismo la apertura de la fase de liquidación. Se trata de una potestad procesal que, como norma general durante el concurso, puede ejercitar en *cualquier momento*, ex art.142.1 LC, pero que en cambio resultará de obligada carga cuando conozca de la imposibilidad de cumplir con el plan de pagos del convenio (art.142.2 LC), lo que viene conociéndose como *declaración confesoria*; ello so pena de que un acreedor externo al convenio concursal solicite su *reinsolvencia* (art.142.2.II LC) o bien un acreedor interno a dicho convenio demande el incumplimiento de éste (art.140 LC). La trascendencia ante un posible retraso o falta de diligencia del deudor, respecto de dicha concreta carga procesal, ha quedado vacía de consecuencias sancionadoras tras la Sentencia núm.246/2016, de 13 de abril, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1^a⁸⁷⁵.

Por último, como corolario, brevemente cabe traer a colación el ya analizado art.77.2 LC, precepto que establece una genérica exigencia de coordinación de la liquidación conyugal con lo que resulte del convenio o la liquidación. Aunque en la práctica la cautela del art.77.2 LC está referida fundamentalmente a los supuestos de liquidación de la masa activa del concurso, nada obsta a que los acreedores llamados a votar un convenio exijan en su contenido determinadas obligaciones *obiter dicta* al concursado, de forma que al menos se garantice la expresa notificación al acreedor de una hipotética y ulterior disolución de la sociedad ganancial, o de fijar los bienes comunes que en su caso se adjudicarían al deudor concursado. Todo ello, sin lugar a dudas, con independencia de la protección general que el art.1317 CC otorga a los acreedores ante cualquier modificación perniciosa del régimen económico matrimonial.

5.1.1.3 La pretensión de modificación del convenio concursal.

Partiendo del principio dispositivo que, *prima facie*, rige en el proceso concursal, es razonable plantearse si sería posible invocar una pretensión modificativa de un convenio concursal una vez aprobado judicialmente, hipótesis ésta que viene calificándose de *convenio dentro del convenio o convenios de segunda generación*.

Nos encontramos ante una realidad tan aparentemente previsible, por la duración que suele acompañar a un convenio concursal y el posible cambio de circunstancias del deudor, como igualmente ausente de toda regulación legal duradera en el tiempo.

⁸⁷⁴ Vid. Sentencia núm.2/2017, de 10 de enero, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª (autos de apelación núm.215/2015).

⁸⁷⁵ CENDOJ 28079119912016100007.

En efecto, ya se trate de un concurso de persona física o jurídica, su necesidad en la práctica resulta mucho más razonable que la simpleza conceptual del contraste existente entre *cumplimiento del convenio* o *liquidación*, ajeno a toda posible alteración circunstancial (*rebus sic stantibus*) durante la ejecución del convenio concursal, e incluso ignorando la exigible autonomía de la voluntad que debería regir entre acreedores y deudor. Por todo ello, aun en términos *de lege ferenda*, se han de ver con buenos ojos las soluciones creativas propuestas por la doctrina con independencia del legislador⁸⁷⁶.

En este sentido, especial revuelo causó en su día el Auto de 11 de junio de 2013, del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona⁸⁷⁷, que decantándose por la naturaleza contractual del convenio concursal procedió a una homologación de un acuerdo transaccional sobre el mismo al amparo del art.19 LEC. Junto con la comprensible crítica que ha merecido dicho auto⁸⁷⁸, personalmente creemos que el mayor defecto que presenta su fundamentación es interpretar que la falta de oposición expresa de determinados acreedores -entidades financieras inmersas en plena reestructuración bancaria- a dicha modificación del convenio podía interpretarse como un voto favorable tácito.

En todo caso, el referido auto procedió a la fragmentación del convenio concursal inicialmente aprobado en dos: aquel originalmente aprobado se mantendría para los acreedores que no se hubieran suscrito expresamente al nuevo acuerdo transaccional, mientras que la modificación o nuevo convenio afectaría a los acreedores que lo hubieran suscrito y a los acreedores financieros que no se hubiesen opuesto formalmente al mismo. Una solución desde luego tan práctica como interesante, aunque debemos reconocer, más propia de *lege ferenda* que de *lege data*.

La aproximación por parte del legislador a toda esta problemática ha sido más bien tibia, y, cómo no, tardía. En el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, que como podrá apreciarse -de su constante invocación durante todo este epígrafe- supuso toda una notable renovación sobre la figura del convenio concursal, se introdujo una Disposición Transitoria Tercera para conferir la potestad de modificación de aquellos convenios concursales aprobados con anterioridad a su entrada en vigor.

⁸⁷⁶ Cabe destacar a RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., “Convenios concursales de segunda generación: modificabilidad del convenio en ejecución.”, Anuario de Derecho Concursal, ed. Civitas, núm.32/2014.

Quien aboga incluso por permitir dicha potestad novatoria sobre figuras afines que se encuentran en el proceso concursal, concretamente respecto de acuerdos extrajudiciales de pago en fase de cumplimiento (art.231 y ss. LC), así como sobre los acuerdos de refinanciación que hubieran sido homologados judicialmente (Disposición Adicional Cuarta de la LC).

⁸⁷⁷ Citado en LARA GONZÁLEZ, R., “Modificación del convenio vs. Liquidación.”, Anuario de Derecho Concursal, ed. Civitas, núm.31/2014.

⁸⁷⁸ LARA GONZÁLEZ, R., *Op.cit.*

Argumentando que el referido auto se aparta con *absoluta nitidez* de las soluciones actualmente previstas en la Ley Concursal, y por ende no tiene *cobertura jurídica*.

En este sentido, y precisamente para conferir a aquellos convenios concursales aprobados la posibilidad de su acceso a la normativa concursal modificada (ampliada) en materia de convenio, se determinó un periodo de dos años siguientes a la entrada en vigor de dicha reforma (*fine* 7 de septiembre de 2016) para poder ejercitar una pretensión modificativa de tal convenio.

La legitimación activa para poder formular esta pretensión modificativa sobre el convenio concursal aprobado quedó establecida específicamente en favor del sujeto concursado, así como en favor de un 30% del restante pasivo -acreedores- todavía existente y afecto a dicho convenio.

También ha resultado admisible la formulación de propuestas alternativas de modificación del convenio, si bien ello al amparo de la normativa general en esta materia (arts.113.1 y 121.2 LC)⁸⁷⁹ ante el silencio de la norma transitoria y su patente necesidad de ser completada por la LC en su conjunto.

Paradójicamente, para poder formular una pretensión modificativa del convenio aprobado, el art.2 de la citada disposición transitoria exigía un estado ya consumado -no sólo inminente⁸⁸⁰ - de incumplimiento *de facto* de dicho convenio, a modo de presupuesto previo⁸⁸¹, así como limitaba la pretensión a interesar las medidas modificativas en el contenido del convenio introducidas por tal reforma y con excepción de su aplicabilidad sobre acreedores públicos (vid. art.5).

Mayores problemas presenta la previa notificación judicial a los acreedores potencialmente afectados del incidente de modificación de convenio, pues el desarrollo procedimental allí contemplado apenas menciona la necesidad de dicha notificación, toda vez que no existe trámite de junta general (art.116 LC). La solución práctica, aunque poco transparente, viene siendo la de notificar a aquellas partes que todavía permanezcan personadas en los autos de concurso, junto con su simbólica publicación en el tablón de anuncios del juzgado.

Por otro lado, en lo que se refiere a la aprobación de la pretensión modificativa del convenio, aunque el art.3 de la citada Disposición Transitoria Tercera se limite a reiterar

⁸⁷⁹ En cuanto a la razonabilidad en acudir a estos preceptos, se pronuncia a su favor la Sentencia de 13 de julio de 2015, del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona (JUR 2016\200858).

⁸⁸⁰ Pese a la literalidad del precepto, existe alguna resolución judicial partidaria de una interpretación correctora del mismo, en favor de su aplicabilidad sobre situaciones de incumplimiento inminente.

Vid. así Auto de 28 de abril de 2015, del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Barcelona (JUR 2015\137646).

⁸⁸¹ Así lo destaca también, aunque calificándolo como *primer requisito*, el Auto de 4 de noviembre de 2014 dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Orense (autos de concurso núm.1192/2009).

La citada resolución judicial incluso tiene a bien declarar formalmente, en su parte dispositiva, la *imposibilidad de dar cumplimiento* al convenio concursal para acto seguido admitir a trámite la propuesta de modificación de convenio.

los porcentajes de voto contenidos en los arts.124.1 y 134.3 LC⁸⁸², respectivamente, sorprende que el siguiente art.4 condicione su aprobación judicial a que las medidas modificativas *garanticen la viabilidad del concursado*, juicio éste que por ende no queda comprendido en el hecho de haberse obtenido la mayoría de voto exigible. Se produce así, de nuevo, una irremediable brecha que parece supeditar la naturaleza contractualista (art.1255 CC) del convenio procesal en favor de aquella otra procesalista, dentro de su difícil convivencia en la híbrida naturaleza del convenio concursal ya comentada al comienzo del epígrafe anterior.

En cuanto a sus efectos, y aunque -de nuevo- la normativa transitoria no lo prevea expresamente, la práctica forense ha venido suspendiendo aquellas demandas por incumplimiento de convenio incluso aunque éstas hubieran sido presentadas con anterioridad⁸⁸³, superponiendo así el efecto de la prejudicialidad civil frente al de la litispendencia en claro beneficio del deudor.

La inseguridad procedimental de todo este régimen temporal, parco en regulación, queda asimismo patente a la hora del cómputo exigible para aprobar la modificación del convenio concursal, pues no existiendo el efecto procesal de la restitución en el cargo de la administración concursal, será el propio sujeto concursado quien -necesariamente- deberá presentar una actualización de la lista de acreedores junto con aquellas adhesiones de acreedores realizadas notarialmente⁸⁸⁴.

No cabe ignorar que la Ley 9/2015, de 25 de mayo, sucesora del Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, corroboró en forma de Ley las reformas concursales allí introducidas. Así pues, de nuevo mediante una Disposición Transitoria Tercera aplicable durante un plazo de dos años desde su entrada en vigor (*fine* 27 de mayo de 2017), se ampliaba el periodo temporal disponible para el ejercicio de pretensiones modificativas de convenios concursales aprobados con anterioridad a dicha entrada en vigor.

Asimismo, pese a tratarse de una Ley aparentemente destinada a dar cumplimiento al debido trámite parlamentario al previo Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, se observa una mejora cualitativa en el *iter* y efectos procesales de tan excepcional -pero relevante- trámite procedimental, si bien manteniendo algunas deficiencias teleológicas

⁸⁸² Aunque sin que resulte de aplicación lo dispuesto en el art.123.2 LC. Por consiguiente, el acreedor que se adhiera a la modificación del convenio concursal lo hará tanto por su crédito ordinario como por aquel otro de tipo privilegiado.

Así lo defiende la Sentencia núm.255/2015, de 19 de junio, de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 4ª (JUR 2015\161609).

⁸⁸³ Auto de 20 de mayo de 2016, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Barcelona (autos de concurso núm.458/2008).

⁸⁸⁴ Potestad que tampoco prevé la normativa transitoria pero que cabe entender aplicable por analogía del art.103.3 LC.

de la regulación anterior⁸⁸⁵. Tanto es así que, pese a la apreciable mejora en su previsión procedimental, la jurisprudencia menor ha tenido que seguir haciendo uso de la aplicación por analogía de los preceptos de la Ley Concursal relativos a la propuesta -ordinaria- de convenio, algunos de ellos tan relevantes como lo es la potestad de su rechazo *ex officio* (art.131 LC), en este caso, respecto de la pretensión modificativa del convenio y pese a su aceptación por los oportunos acreedores⁸⁸⁶.

Dicho lo cual, cabe apreciar como evidente mejora legislativa, en primer lugar, lo dispuesto en el art.2 de la Disposición Transitoria Tercera de la sucesora Ley 9/2015, de 25 de mayo, y que amplía la legitimación activa para la modificación de un convenio concursal sobre aquellos concursados persona física que no ostenten la condición de empresario o profesional. Por sorprendente que pudiera parecer, la versión primigenia de dicho precepto mencionaba la exigencia de aportar un plan de viabilidad cuya definición (art.100.5 LC) exige el ejercicio de una actividad empresarial o profesional; lo cual significaba tanto como excluir a la persona física, no empresaria ni profesional, de este régimen -aun temporal- de modificación de su convenio concursal aprobado, en su versión inicial aprobada por el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre.

En el mismo art.2 se precisa, asimismo, ante la criticable falta de mención alguna anterior al respecto, que la demanda de modificación del convenio suspende las previas demandas de incumplimiento del mismo en su caso formuladas, ello en clara imitación de la prejudicialidad del art.15.3 LC aplicable en supuestos de precurso.

Por su parte, los arts.3 y 4 de la citada Disposición Transitoria Tercera de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, se encargan de ofrecer una mejor tutela al derecho de los acreedores de análogo modo que el art.2 lo hace con el deudor.

Así pues, el referido art.3 exige que el Juzgado dé traslado a los acreedores no solamente para que -en su caso- se pronuncien sobre la modificación propuesta al convenio concursal, sino también confiriéndoles un derecho de oposición a cualquier modificación sobre su crédito concursal y que hubiera sido planteada por el deudor (*motu proprio*) en su demanda modificativa. En cuanto al citado art.4, este último se encarga de precisar -de nuevo ante la manifiesta omisión de su anterior regulación- que el fracaso en la modificación del convenio concursal no supone la simple desestimación de la demanda, sino que conlleva un pronunciamiento declarativo *ex officio* (pese al principio dispositivo regulador del *petitum* que pudiera contener la demanda rectora) del incumplimiento del convenio concursal a todos los efectos -léase la apertura de la fase de liquidación- ex art.140 LC.

⁸⁸⁵ Con el calificativo de deficiencias teleológicas -pues se oponen a la finalidad conservativa del convenio por medio de su modificación- cabe referirse a la inaplicabilidad de tal modificación respecto de los posibles acreedores públicos afectos al convenio, así como a la exigibilidad del presupuesto previo del incumplimiento del convenio concursal consumado *de facto*.

⁸⁸⁶ En este sentido, se contempla favorablemente la aplicabilidad del citado art.131 LC en la Sentencia núm.185/2016, de 26 de julio, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Barcelona (autos de concurso núm.458/2008-A).

¿Mas qué sucede con aquellos incumplimientos de convenio que acontezcan con posterioridad al 27 de mayo de 2017, segunda fecha extintiva establecida para el fin de este régimen transitorio y relativo a la pretensión modificativa de un convenio concursal?

Pues bien, a partir de tal fecha se regresa al desafortunado escenario donde la Ley Concursal sencillamente no reconoce ningún tipo de cauce procedimental o legitimación que permita formular tal pretensión. La absurdidad de tan desafortunada temporalidad se observa simplemente al examinar el único, específico y aleatorio periodo de incumplimiento del convenio concursal (desde el 7 de septiembre de 2014 al 27 de mayo de 2017) que el legislador ha seleccionado para permitir hacer uso de un régimen (Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre) o bien otro (Ley 9/2015, de 25 de mayo)⁸⁸⁷.

¿No hubiera sido más coherente consolidar un régimen permanente y aplicable, con independencia de una fecha de incumplimiento u otra? De hecho, a buen seguro y a raíz de esta cuestionable política legislativa, más de un deudor habrá acometido la picaresca de situar su incumplimiento de convenio -en ocasiones no sujeto a una fecha concreta sino a un intervalo- durante tan incomprensible periodo *ad hoc*.

Así las cosas, a la espera de que la ya citada doctrina -favorable a prever mecanismos de modificación- termine algún día por incorporarse en el cuerpo normativo permanente de Ley Concursal, cualquier aspiración de novación de un convenio concursal aprobado deberá efectuarse en sede extrajudicial al amparo de la vía genérica del art.1255 CC.

Es claro que, de este modo, sin convocatoria formal ni efecto de arrastre *ex lege* alguno con base en mayorías de voto definidas legalmente, se dificulta tanto la propia negociación -dispersa- como su eventual aceptación -vía unanimidad en lugar de mayoría- por parte de los acreedores afectados, lo cual normalmente conduce a aquel deudor en convenio a proponer acuerdos novatorios individualizados por cada acreedor que estime oportuno.

5.1.2 Propuesta anticipada de convenio (arts.104 a 110 LC).

La aproximación al encaje procesal del convenio en el concurso de acreedores se debe realizar, primeramente, a través del estudio de la llamada *propuesta anticipada de convenio* (arts.104 y ss. LC).

⁸⁸⁷ Así lo destaca también MARTÍNEZ PÉREZ-ESPINOSA, A., “La modificación del convenio concursal con capitalización de créditos y los pactos de socios (a propósito de la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm.3 de Barcelona, de 13 de julio de 2015)”, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, ed. Wolters Kluwer, 2015, nº 24.

La citada autora, además de lamentar la *pérdida de oportunidad del legislador* para abordar una reforma *estable*, advierte que comoquiera que ambos regímenes transitorios se solapan entre sí, deberá estarse a la fecha del incumplimiento del convenio para determinar la aplicación de una norma u otra.

Conforme a su carácter anticipado sobre los propios tiempos del concurso, pues su tramitación se lleva a cabo en la fase común y no en la de convenio, procede estudiar esta figura previamente al análisis de la propuesta ordinaria de convenio por tal motivo de simple orden sistemático. Lo anterior no obsta para advertir de los numerosos rasgos comunes que presentan ambas figuras, de exclusiva distinción procedimental y no material, es decir, en cuanto a su contenido admisible, que viene regulado uniformemente en los referidos arts.99 a 102 LC.

Dicha uniformidad se ha convertido en plena tras la derogación del art.104.2 LC por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, y que hasta entonces permitía al concursado persona física -empresario o profesional- superar los límites de quita y/o espera tradicionales (50%, 5 años), algo que le estaba vedado en la propuesta de convenio ordinario. Sin embargo, tras la reforma de corte *favor debitoris* operada sobre los arts.100 y 124 LC respecto de tales límites tradicionales, el art.104.2 LC sencillamente devino superfluo.

En cuanto a la razón teleológica de la propuesta anticipada de convenio, ésta revela el empeño formal del legislador para que el concursado apueste por la solución *conservativa* del convenio, permitiéndole así que pueda presentar una propuesta anticipada incluso en la propia demanda de concurso voluntario. El límite *ad quem* para su presentación en la forma de propuesta anticipada de convenio será la expiración del plazo de comunicación de créditos en el concurso, lo que nos remite al ya estudiado art.85 LC.

El carácter necesario del concurso, pese a lo achacable al concursado de dicha situación *per se* -lo que en su caso ya se dirimirá en sede de calificación concursal-, no priva a éste de presentar una propuesta anticipada de convenio desde el auto declarativo de tal concurso necesario. Sin embargo, como contrapeso, la LC señala en su art.105 una serie de prohibiciones -sentencia condenatoria al concursado por una serie de delitos e incumplimiento de obligaciones mercantiles- que impedirían al concursado que incurra en alguna de ellas la opción por la propuesta anticipada de convenio, que no la propuesta ordinaria.

La propuesta anticipada de convenio es por tanto un beneficio excluido a cierto tipo de concursados con signos externos, extremadamente sospechosos, de una conducta totalmente falta de diligencia o incluso dolosa. A pesar de ello, de nuevo es visible la progresiva acentuación del principio *favor convenii*, pues baste con mirar atrás y recordar que la reforma concursal operada por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, derogó todas las anteriores prohibiciones que contenía el art.105 LC, reduciéndolas a las dos únicas que todavía sobreviven⁸⁸⁸.

⁸⁸⁸ Sobre dicha evolución, DE LA CUESTA RUTE, J.M., en AA.VV., *Manual de derecho Mercantil, Volumen II*, ed. Tecnos, 2010, pág.598.

Por otra parte, es habitual destacar el carácter taxativo del art.105 LC y su exclusiva utilización frente a deudores “no honestos” -en ocasiones rechazando incluso una aplicación Automática del precepto-, vid. Sentencia de 19 de diciembre de 2006, del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona (JUR 2012\189040).

Como ya se ha señalado, el contenido material de la propuesta anticipada de convenio no difiere de aquel exigido para la propuesta ordinaria de convenio (arts.99 y 100 LC), sólo que se añade el requisito procesal de las adhesiones que necesariamente deben acompañar a la propuesta anticipada de convenio para que ésta pueda ser admitida a trámite.

En concreto, dichas adhesiones, a prestar por parte de los acreedores *de cualquier clase* -subordinados inclusive⁸⁸⁹-, deberán superar una quinta parte del pasivo del concursado o bien una décima parte si se presentan con la propia demanda de concurso voluntario (art.106.1 LC). Este requisito procesal, subsanable, ha merecido críticas por lo innecesario y manipulable de su formalidad controladora, pues queda a merced de la documentación inicial sobre el pasivo que pudiera manipular el concursado a su favor simplemente para superar dicho trámite formal⁸⁹⁰.

También ha sido objeto de crítica que, a diferencia de lo que acontece para la propuesta ordinaria de convenio, aquí la legitimación venga exclusivamente limitada al concursado, sin que los acreedores puedan presentar una propuesta anticipada de convenio⁸⁹¹.

La figura de la adhesión viene concentradamente regulada en el art.103 LC, que permite su instrumentalización *apud acta* ante el letrado de la administración de justicia del mismo Juzgado conecedor del concurso, o bien ante notario -lo más frecuente-, toda vez que prohíbe condicionamiento alguno sobre dicha adhesión, que será *pura y simple*.

Tratamiento aparte reciben las adhesiones posteriores, no encaminadas a la admisibilidad que ya se habrá producido, sino a lograr la mayoría necesaria para la aprobación de la propuesta. En este caso, el art.108.1 LC es el que se ocupa de su regulación y plazos -a su vez vinculados a la expiración del plazo del art.96 LC⁸⁹²-, así como concede al acreedor la posibilidad de revocar su adhesión, pero solamente si su crédito resultó modificado en textos definitivos en comparación con el expresado en

⁸⁸⁹ Lo que se ha calificado de absurdo, ya que los créditos subordinados seguirían sin ostentar un derecho a voto posterior, por lo que su adhesión sería irrelevante a efectos del cómputo de mayoría necesario para la ulterior fase de aprobación de la propuesta anticipada de convenio.

BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “La reforma -inarmónica- de la Ley Concursal.”, Actualidad Jurídica Aranzadi, ed. Aranzadi, núm.775/2009.

⁸⁹⁰ MARTÍNEZ MELÓN, M.D., *Las soluciones al concurso por vía de convenio*, ed. Lex Nova, 2013, pág.85.

⁸⁹¹ Como recuerda ALVARGONZÁLEZ TREMOLS, A., en AA.VV., *Enciclopedia de derecho concursal, Tomo II*, ed. Aranzadi, 2012, pág.2249.

⁸⁹² Frente a la ausencia de efectos de las adhesiones tardías que sobrepasen dicho límite, en cambio parece admisible dar validez a aquellas adhesiones efectuadas en el sucinto periodo entre la presentación de la propuesta anticipada de convenio y su admisión a trámite, es decir, con anterioridad al inicio del plazo *a quo* que marca el art.108.1 LC.

En este sentido, ROJO, A., en AA.VV., *Comentario de la Ley Concursal, Tomo II*, ed. Civitas, 2008, pág.1977.

dicha adhesión, ya sea su cuantía o clasificación, y dentro del conciso plazo que para su ejercicio marca el art.108.2 LC⁸⁹³.

Tras la admisión de la propuesta anticipada de convenio, el juez emplazará a la administración concursal para que emita un informe evaluando la misma (art.107 LC). Trámite que se repite en la propuesta de convenio ordinaria, sólo que en la propuesta anticipada además se faculta al juez para retrotraer la admisión de ésta si dicho informe resultare desfavorable o con reservas (art.107.2 LC). En la práctica diaria, es patente que los informes evaluativos del art.107 LC se realizan bajo criterios generosamente bondadosos con las propuestas de convenio, de nuevo, al amparo del principio *favor convenii*, salvo que éstas contengan un contenido irrazonable o el concurso se halle en un estado funcional grave; por ejemplo, cuando la administración concursal estuviera al límite de comunicar la insuficiencia de la masa activa (art.176.bis.2 LC).

En todo caso, desde su posición como órgano del concurso, debe observarse cómo la intervención de la administración concursal en la fase de convenio aparece principalmente integrada dentro del referido trámite del art.107 LC, siendo que el concursado adquiere todo el restante protagonismo -su impulso, negociaciones con acreedores, la elaboración diligente de la propuesta y sus adjuntos, etc.-, exactamente lo contrario de lo que ocurriría en la congénere fase de liquidación.

Superados los referidos trámites para el control de la legalidad -art.106 LC- y razonabilidad -art.107 LC- de la propuesta anticipada de convenio, en cuanto a su aprobación -art.109 LC-, ésta tendrá lugar si finalmente se ha obtenido, a través del instrumento de las adhesiones, la mayoría legalmente necesaria del art.124 o 125 LC en su caso. Posteriormente, una vez transcurrido el plazo de oposición con el que acreedores y administración concursal cuentan, así como superada la ulterior aprobación judicial de la misma (art.127 y ss. LC), se procederá a su aprobación mediante sentencia con los mismos efectos de publicidad registral que el auto declarativo de concurso.

Existe alguna resolución judicial que, de cara a superar el presumible *stigma* social del concurso, ha permitido adelantar los tiempos que marca el art.109.1 LC, relativos la proclamación del resultado de las adhesiones por parte del letrado de la administración de justicia, en tanto que para poder computar los votos a la propuesta de convenio debe estarse primero a la composición definitiva de la lista de acreedores (art.96 LC) y cuyas impugnaciones pueden todavía seguir en curso⁸⁹⁴.

⁸⁹³ Si por el contrario resultare igualmente modificado el crédito pero el acreedor decide no ejercitar su potestad revocatoria, entonces la adhesión deberá entenderse hecha sobre el importe definitivo que figure en textos definitivos, no sobre aquel expresado en la adhesión.

ROJO, A., "La adhesión de los acreedores.", Anuario de Derecho Concursal, ed. Civitas, núm.1/2004.

⁸⁹⁴ Véase así el Auto de 27 de septiembre de 2010, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Barcelona, cuyas circunstancias pensamos son extrapolables al menos al concursado persona física empresario o profesional. Mediante dicho Auto se elimina la incertidumbre de no saber si la propuesta anticipada de convenio reunía o no adhesiones suficientes como para obtener la mayoría necesaria para su aprobación, ya que el resultado de las impugnaciones a la lista de acreedores todavía no se había resuelto (art.96 LC).

Hablar de la propuesta anticipada de convenio nos obliga a recordar de nuevo la especial tramitación, a su vez dentro del procedimiento abreviado, que se permite en caso de que dicha propuesta anticipada se acompañe en la demanda de concurso voluntario (art.191.bis LC). Sólo en este caso -no olvidemos que puede seguir calificándose de propuesta *anticipada* la presentada con posterioridad (art.104.1 LC)- es cuando en el concurso de persona física, que más que seguramente se tramitará por el procedimiento abreviado en todo caso, los especialísimos plazos del art.191 bis LC también entrarían en juego.

La singular celeridad impuesta por el legislador, para el procedimiento abreviado con forma de propuesta anticipada de convenio presentada junto a la demanda de concurso, es patente a lo largo del recorrido que marca el art.191 bis LC. Tanto es así que, por ejemplo, no cabría aducir la supletoriedad del procedimiento ordinario -art.191 quáter LC- para completar trámites no contemplados en el art.191 bis LC, concretamente, respecto de la irrevocabilidad de las adhesiones que en cambio sí es permitida en la propuesta anticipada de convenio ex art.108.2 LC. Así pues, no sería posible aducir la existencia de una laguna legal puesto que los arts.191.bis.2 y 191.bis.3 LC expresamente regulan lo relativo al proceder de las adhesiones, debiendo primar el respeto hacia el reducido contenido de esta tramitación especialísima.

Por último, debemos referirnos al trámite de oposición al convenio y aprobación judicial de la propuesta anticipada, cuya regulación es tomada de la prevista para la propuesta ordinaria de convenio (arts.127 a 132 LC), si bien aquí comenzando a correr el plazo *a quo* una vez transcurrido el trámite de verificación de las adhesiones (art.128.1 LC en conexión con el art.109.1 LC), lo que se traduce en la notificación del decreto que a tal fin emitirá el letrado de la administración de justicia proclamando el recuento de dichas adhesiones -sin perjuicio de la posibilidad de recurrir éste en reposición sin efectos suspensivos ex art.451 LEC-.

Cabe destacar la exclusiva legitimación activa para oponerse a la aprobación del convenio que ostentan la administración concursal y aquellos acreedores titulares de créditos afectos a dicho convenio⁸⁹⁵, siempre que estos no se hubieren adherido o votado a favor de la propuesta de convenio, o bien hubiesen acudido a la junta de acreedores pero sin votar expresamente en sentido contrario a su aprobación.

Con el fin de reducir este tiempo de espera, a la vista de que la propuesta anticipada de convenio presentaba un porcentaje de adhesiones “manifiestamente superior” -*test de resistencia*- a la mayoría legalmente necesaria para la aceptación de la propuesta, el Juzgado proclamó anticipadamente que la propuesta anticipada de convenio contaba con adhesiones suficientes, con independencia de las impugnaciones de la masa pasiva todavía en curso, para así posibilitar la pronta aprobación del convenio.

La referida resolución judicial es analizada por FERNÁNDEZ A., THERY, A., y CARLES, J., “La aprobación judicial acelerada de la propuesta anticipada de convenio.”, Anuario de Derecho Concursal, ed. Civitas, núm.25/2012.

⁸⁹⁵ Los acreedores no vinculados al convenio no ostentan dicha legitimación activa.

Este importante matiz se razona extensamente en la Sentencia núm.358/2012, de 10 de septiembre, de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4ª (JUR 2012\323746).

Asimismo, destaca también la opción del legislador por limitar aquellas posibles causas de oposición: será bien por infracción de normas sobre el contenido del convenio o la forma de las adhesiones (art.128.1.III LC), o bien por considerar la propuesta *objetivamente inviable* (art. 128.2 LC), lo que resulta un criterio extrajurídico de aplicación excepcional⁸⁹⁶, que en caso de ser utilizada por acreedores exige un plus de legitimación, concretamente reunir un mínimo del cinco por ciento del pasivo ordinario individual o agrupadamente.

La consecuencia por la estimación de la pretensión opositora formulada será el rechazo pleno del convenio, sin que sea posible su modificación salvo por errores de cálculo o materiales (art.129.1 LC), ni tampoco una aprobación parcial del convenio. Cuestión distinta sucede cuando a la propuesta de convenio se le añaden contenidos impropios del mismo, en cuyo caso sí es dable su eliminación de oficio⁸⁹⁷ pero subsistiendo al mismo tiempo su aprobación judicial, pues debe calificarse de meros errores materiales.

Si la pretensión de oposición a la aprobación judicial de la propuesta de convenio se ve desestimada en primera instancia, frente a la sentencia que apruebe dicho convenio cabrá posible apelación ex art.197.5 LC, cuya tramitación se prevé preferente y con la posibilidad de solicitar la suspensión -incluso con carácter parcial- de determinadas actuaciones en el ínterin hasta su resolución por la audiencia provincial (art.197.6 LC). Ahora bien, dicha potestad de suspensión de efectos guarda una alta excepcionalidad⁸⁹⁸ y por ende exige de una razón de ser particularmente apreciable.

Con respecto al posible rechazo de oficio del convenio aceptado, situación extrema y que se superpondría a la autonomía de la voluntad de concursado y acreedores, los limitados motivos habilitantes que regula el art.131 LC son mayoritariamente de tipo formalista y reciben una solución que opta por subsanar dichas infracciones; sirva a modo de ejemplo, la concesión de un mes para formular nuevas adhesiones en sustitución de aquellas no realizadas correctamente conforme al art.103 LC. Es cierto que el art.131.1 LC habla también de la infracción en el contenido del convenio, para lo cual no parece habilitarse trámite subsanable, pero será extraño encontrarse en la práctica con una situación que obligue al juez a adoptar una medida tan drástica frente al concursado y pese al visto bueno de sus acreedores.

No obstante, si dicha infracción legal acabara apreciándose, tratándose de una propuesta anticipada de convenio el juez procederá a requerir al concursado para que en el plazo de tres días manifieste si la mantiene para su sometimiento a junta de acreedores, ex

⁸⁹⁶ Se exige acreditar, por la parte que lo alegue como causa de oposición, una absoluta imposibilidad fáctica y no la mera o gran dificultad de cumplimiento de la propuesta. Sentencia núm.48/2007, de 20 de febrero, de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª (AC 2007\1478).

⁸⁹⁷ Sentencia núm.178/2017, de 13 de marzo, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (JUR 2017\60821).

⁸⁹⁸ Así lo califica el Magistrado-Juez GARNICA MARTIN, J., “Los recursos en la nueva Ley Concursal,” *Práctica de Tribunales*, ed. Wolters Kluwer, 2004, nº 7.

art.110.1 LC, toda vez que frente a dicha sentencia que de oficio no apruebe el convenio no parece haber recurso alguno, dada la literalidad del art.197.5 LC, específicamente referido a sentencias que sí aprueben el convenio⁸⁹⁹.

Si se supera la aprobación judicial de la propuesta anticipada de convenio, por reunir ésta las adhesiones suficientes y no haber sufrido oposiciones -o fracasadas éstas- o el aludido rechazo de oficio, entrará en juego el ya referido art.138 LC que recoge un deber de información semestral al juzgado por parte del concursado durante la ejecución del convenio. Cumplido éste íntegramente, el concursado -único legitimado para ello- podrá finalmente solicitar la declaración judicial de dicho cumplimiento ex art.139 LC, resolución que adoptaría la forma de auto de conclusión del concurso (art.141 LC).

Ahora bien, el art.139 LC expresamente confiere un plazo previo de espera por quince días desde la puesta de manifiesto de dicha solicitud, plazo que podrá utilizarse bien para realizar posibles alegaciones por parte de terceros o bien durante el cual todavía sería posible instar una acción de incumplimiento -art.140 LC- o de liquidación - art.142.2.II LC- del concursado, lo que provocaría la suspensión de esa previa petición del concursado por motivos de prejudicialidad civil (art.43 LEC).

En todo caso, el silencio de terceros no impedirá al juez requerir (art.42 LC) que el concursado acredite suficientemente que el convenio concursal se halla cumplido en su integridad⁹⁰⁰.

5.1.3 Propuesta ordinaria de convenio

Las similitudes procesales entre la propuesta anticipada de convenio y la propuesta ordinaria provocan que *a priori* nos debamos centrar, en aras de evitar duplicidades de contenido, en la figura de la junta de acreedores, principal distinción entre ambos subtipos procedimentales de propuesta.

Cabe advertir que las restantes diferencias entre propuesta ordinaria y propuesta anticipada de convenio son de orden práctico o complementario entre una y otra figura, ya que no dejan de ser figuras que podrían llegar a ser sucesivas o alternativas en el tiempo. Pese a ello, con carácter previo, procede realizar una serie de precisiones sobre estos aspectos prácticos de índole menor.

En primer lugar, cabe destacar cómo en la propuesta ordinaria de convenio su tramitación se produce a partir del auto de apertura de la fase de convenio, aunque dicha

⁸⁹⁹ Así lo defiende el Magistrado-Juez YÁÑEZ EVANGELISTA, J., en AA.VV., *Comentario práctico a la nueva Ley Concursal*, ed. La Ley, 2012, pág.659.

Salvo que, se matiza, dicha sentencia se hubiese dictado en el seno de un incidente concursal por oposición ex art.129.3 LC.

⁹⁰⁰ Tal y como recuerda el Auto de 30 de octubre de 2006, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid (AC 2007\451).

fase pueda resultar coincidente en el tiempo con la fase común ex art.96.4 LC, mientras que en la propuesta anticipada de convenio su tramitación siempre regirá en la fase común.

El auto de apertura de la fase de convenio se producirá siempre que el concursado no haya solicitado la apertura de la liquidación (art.142.1 LC), ni se haya aprobado o bien *mantenido* una propuesta anticipada de convenio, si bien en este último caso tal mantenimiento sólo es admisible cuando su falta de aprobación se haya debido por insuficiencia de adhesiones. Resulta ésta una postura equilibrada, ya que pese al tantas veces exaltado principio *favor convenii*, no debería entenderse como salvable aquella propuesta anticipada de convenio no aprobada bien por incurrir el deudor en las prohibiciones del art.105 LC, bien por la revocación de su admisión por haber venido desfavorable el informe evaluativo de la administración concursal (art.107.2 LC)⁹⁰¹.

En el caso de mantenimiento de la propuesta anticipada ya no se precisa de los trámites de control procesal y material -arts.114 y 115 LC, respectivamente- existentes para la propuesta ordinaria de convenio, por haber superado ambos trámites en esa previa tramitación anticipada, con independencia de que no terminase con la aprobación de dicha propuesta.

Consecuentemente, se hace innecesario efectuar un segundo control legal por parte del juez del concurso, para su admisión a trámite, o bien un nuevo informe evaluativo por parte de la administración concursal. Sin embargo, de no haberse presentado propuesta anticipada de convenio, entonces sí procederá -primero- dicho control judicial (art.114 LC) susceptible de recurso de reposición (art.197.3 LC) incluso en caso de inadmisión de la propuesta de convenio. Adviértase, por tanto, que pese a la trascendencia del trámite la Ley Concursal no concede un recurso de tipo devolutivo⁹⁰².

El auto de apertura de la fase de convenio es, como era previsible, un auto de contenido fundamental, sobre todo porque en él se fijará la fecha y lugar donde teóricamente se celebraría la junta de acreedores (art.111.2 LC), fecha sobre la cual van a orbitar los restantes tiempos del concurso y del propio concursado.

La figura de las adhesiones es muy similar a la estudiada para la propuesta anticipada de convenio -el art.103 LC es aplicable a ambos subtipos de propuesta-, sólo que en lugar del régimen de revocabilidad previsto en el art.108.2 LC para la propuesta anticipada, en la propuesta ordinaria de convenio es la asistencia y voto en la junta de acreedores lo que puede dejar sin efecto la previa adhesión ex art.115.3 LC.

⁹⁰¹ En esta línea, BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., en AA.VV., *Comentarios a la Ley Concursal, Volumen I*, ed. Tecnos, 2004, pág.1215.

⁹⁰² Así lo reconoce, rechazando toda tentativa de alteración procedimental alguna, el Auto núm.179/2016, de 11 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª (Autos de apelación núm.342/2016).

Debe por tanto estarse al régimen de apelación diferida del art.197.4 LC para, en su caso, poder combatir la resolución judicial del previo recurso de reposición.

Asimismo, en la propuesta ordinaria de convenio, el plazo para las adhesiones transcurrirá desde que quede de manifiesto el ya referido informe evaluador de la administración concursal (art.107 LC), y finaliza con el cierre de la lista de asistentes a la junta ex art.119 LC. Con acertada flexibilidad, más de un autor es partidario de dar por válidas aquellas adhesiones practicadas con anterioridad al citado plazo *a quo*, siempre que éstas se presenten ante el juzgado con posterioridad, es decir, ya dentro del plazo que marca el art.115.3 LC⁹⁰³.

En cuanto al plazo de presentación de propuestas ordinarias, evidentemente no puede coincidir con el establecido para la propuesta anticipada de convenio; en este caso, el art.113 LC se subdivide en dos plazos: uno primero, que toma el relevo de aquel previsto para la propuesta anticipada de convenio, y por tanto, su *dies a quo* comienza a partir de la finalización del plazo de comunicación de créditos, mientras que el *dies ad quem* se extiende hasta el plazo de impugnación del informe de la administración concursal -lo que nos conduce al art.96 LC-, salvo que efectivamente se hubieran presentado impugnaciones. En este último caso, el plazo se extiende hasta la presentación de los textos definitivos (art.96.5 LC).

Por otro lado, existe un segundo plazo general previsto en el art.113.2 LC, donde en la práctica suelen subsumirse la mayoría de propuestas de convenio, desaprovechando así la posibilidad de la propuesta anticipada de convenio como la del primer plazo del art.113.1 LC, y que permite la presentación de una propuesta ordinaria de convenio hasta cuarenta días antes de la celebración de la junta de acreedores, celebración que ya hemos advertido habrá fijado el Auto de apertura de la fase de convenio.

Existe en la práctica forense alguna polémica sobre si este plazo es de tipo material o procesal, siendo que debe ser necesariamente de tipo procesal por el simple hecho de que la Ley Concursal no deja de ser, a la postre, una Ley procesal⁹⁰⁴. Sin embargo, tal vez partiendo una vez más del -en ocasiones- exacerbado principio *favor convenii*, desde la práctica forense observamos ciertas plazas en las que se permite que el cómputo se efectúe civilmente, ello en claro beneficio del concursado ya que en el cómputo civil no se excluyen los días inhábiles ex art.5.2 CC.

⁹⁰³ ROJO, A., en AA.VV., *Comentario de la Ley Concursal*, Tomo II, ed. Civitas, 2008, pág.2042. Por el contrario, no considera válidas las adhesiones que acompañaran a la propia propuesta de convenio, puesto que éstas ya habrían sido presentadas ante el juzgado, opción que solamente se prevé en la propuesta anticipada de convenio ex art.106 LC y sin que sea dable su *generalización*.

⁹⁰⁴ Por su claridad, reproducimos extracto del Auto de 4 de mayo de 2007, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao (JUR 2007\368560), justificando un cómputo procesal del plazo marcado en el art.113.2 LC: “Cierto es que ahora la regulación del concurso no se encuentra en la LECiv, sino en una norma diferente. Pero tal circunstancia no oculta que se regule un proceso, con las exigencias y características propias del mismo.”

Defendiendo el mismo tratamiento procesal del plazo previsto en el art.113.2 LC, destaca el Auto núm.41/2012, de 10 de mayo, de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 1ª (JUR 2012\226367); interpretación igualmente defendida por la Magistrado-Juez PALAZÓN BALLESTEROS, B., titular del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Murcia, en su ponencia -inérita- impartida en el VI Foro Concursal celebrado por la Fundación del Instituto de derecho Concursal (FUNDIECO) en Valencia, los días 13 y 14 de marzo de 2014.

Las cuestiones relativas a los plazos para la presentación de propuestas de convenio ordinarias se pueden tornar algo más complicadas si el juez del concurso decidiera hacer uso del desafortunado art.96.4 LC, el cual ya ha sido objeto de crítica con anterioridad en este trabajo, y que permite la apertura (simultánea a la fase común) de la fase de convenio si las impugnaciones al informe de la administración concursal afectan a menos del 20% del activo o pasivo del concurso.

Aunque la intención del legislador era adelantar los tiempos de la fase de convenio frente a la regla general del art.111.1 LC, que obliga a esperar a la emisión de textos definitivos en caso de impugnaciones, en la práctica forense dicha convivencia entre fase común y fase de convenio termina por provocar una cierta descoordinación entre la convocatoria de la junta de acreedores -ya fijada- y el plazo *ad quem* para presentar propuestas de convenio, pues este último no se cierra hasta la resolución de las impugnaciones frente al informe (art.113.1 LC).

A pesar de todo lo dicho desde la más estricta observancia del recorrido que marca la LC, la realidad diaria es que la *más que segura* tramitación procedimental abreviada del concurso de persona física hace que la cuestión del plazo para presentar propuesta ordinaria de convenio se reconduzca por la exclusiva vía del art.191.5 LC, el cual ya hemos tenido ocasión de criticar de forma contundente, por el ínfimo plazo que concede para presentar tal propuesta: cinco días desde la notificación del informe de la administración concursal, excepción hecha de las ya aludidas -y dudosas- interpretaciones que defienden la extensión de este plazo hasta la presentación de textos definitivos. Ha terminado por resultar irónico que la tantas veces criticada dilación de los tiempos procesales del concurso resulte, en ocasiones, deseada por aquel concursado sometido al veloz régimen procedimental que contempla el art.191.5 LC.

La legitimación para presentar propuesta ordinaria de convenio presenta una importante diferencia con la prevista para la propuesta anticipada, ya que aquí sí se permite a los acreedores concurrir a dicha legitimación, si bien en el plazo que marca el art.113.2 LC y siempre que individual o conjuntamente representen más de una quinta parte del pasivo reconocido en el concurso, para lo cual habrá de estarse a los porcentajes de textos definitivos. En ningún caso significa ello que se pueda imponer un convenio al concursado, siendo que la figura civilista del llamado *convenio expromisorio* (art.1205 CC) no es admisible en sede concursal⁹⁰⁵, lo cual ya se desprende del art.128.3 LC que permite al concursado solicitar la apertura de la fase de liquidación.

En cuanto al propio concursado, conforme al art.113 LC su legitimación queda condicionada a que no haya solicitado su liquidación concursal, lo que parece evidente,

⁹⁰⁵ PULGAR EZQUERRA, J., “Los convenios con asunción de pasivo en el marco de la transmisión concursal de la empresa.”, Revista de Derecho Mercantil, ed. Civitas, núm.266/2007.

De todas formas, en el marco concursal de la persona física estas hipótesis serán todavía más insólitas.

si bien como dicha solicitud es revocable⁹⁰⁶ cabría el desistimiento del concursado antes de la presentación de una propuesta de convenio, y siempre que no se hubiera producido la apertura de la correspondiente fase de liquidación. Existe un segundo condicionamiento sobre la legitimación del concursado, que consiste en que éste no haya presentado propuesta anticipada de convenio, según el tenor literal del art.113 LC.

Dicha aseveración, que además sería totalmente contraria al reiterado principio *favor convenii*, viene siendo corregida por la doctrina, quien entiende que a lo que se está refiriendo el legislador es a la imposibilidad de coexistencia de tal legitimación cuando una propuesta anticipada de convenio todavía se hallara en tramitación⁹⁰⁷.

En siguiente lugar, con respecto al régimen de mayorías previsto en los arts.124 y 125 LC, aplicables a ambos subtipos de propuesta, debemos remitirnos a lo ya expuesto con ocasión de tratar el contenido material de la propuesta de convenio, y lo mismo cabe decir del régimen de oposición al convenio y su necesaria aprobación judicial (arts.127 a 132 LC), que también nos hemos visto en la necesidad de exponer, esta vez, a la hora de estudiar la propuesta anticipada de convenio.

A este último respecto, a lo ya expuesto simplemente cabría añadir el inicio del cómputo *a quo* esta vez desde la fecha de conclusión de la junta de acreedores (art.128.1 LC), así como la extensión de la legitimación para oponerse a los acreedores que no asistan a dicha Junta o voten en contra -trámites inexistentes en la propuesta anticipada de convenio- y el reconocimiento expreso al concursado para oponerse a la propuesta formulada y aceptada por sus acreedores -lo que no es posible en la propuesta anticipada de convenio, que sólo puede formular el concursado-, al no ser posible imponer un *convenio expromisorio* sobre el concursado ex art.128.3 LC.

Por último y de igual modo, en cuanto al régimen de cumplimiento del convenio inevitablemente también debe estarse a lo ya comentado sobre los arts.138 y 139 LC -deber de información semestral y pretensión declarativa de cumplimiento-, que se aplican en igualdad de condiciones y con independencia de la tramitación anticipada u ordinaria que haya conducido a la aprobación de la propuesta de convenio, así como de la acción de incumplimiento de convenio que en las mismas condiciones ostentarían aquellos acreedores afectos a dicho convenio aprobado ex art.140 LC.

Por el contrario, en cuanto a aquellas especialidades que solamente aparecen en la regulación de la propuesta anticipada de convenio, éstas no deben ser transpuestas por analogía al régimen procedimental de la propuesta ordinaria de convenio, a diferencia de lo que vemos que ocurre a la inversa -desde la regulación de la propuesta ordinaria a

⁹⁰⁶ Sobre esta potestad revocatoria, aun no estando reconocida expresamente en la LC, se pronuncia favorablemente el Auto de 16 de marzo de 2006, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid (AC 2006\504).

⁹⁰⁷ Por todos, DÍAZ MARTÍNEZ, M., *El proceso concursal*, ed. Centro de estudios Ramón Areces, 2012, pág.191.

la anticipada-. Éste sería el caso de las prohibiciones contenidas en el art.105 LC para presentar propuesta anticipada de convenio, directamente no aplicables en el supuesto de propuesta ordinaria⁹⁰⁸.

Hechas estas inevitables recapitulaciones previas, procede analizar brevemente la autónoma figura de la junta de acreedores. Decimos autónoma porque al igual que el juez del concurso y la administración concursal, ésta constituye un órgano del proceso como ya se desprende del *Exponendo IV* de la Ley Concursal, sólo que se trata de un órgano de carácter no necesario, a diferencia obvia del juez y la administración concursal. Ahora bien, que la junta de acreedores sea considerada un órgano del concurso no le dota de una suerte de personalidad jurídica, más allá de los efectos intramuros dentro del proceso concursal; diríase así que es, en definitiva, un órgano procesal dentro del concurso⁹⁰⁹.

Además de tratarse de un órgano procesal no necesario, ya que su concurrencia no se dará ni mucho menos en todo proceso concursal, también se trata de un órgano colegiado, lo que se desprende del estricto procedimiento para su válida formación (art.116 LC), que originariamente exigía para su constitución la concurrencia en el día y lugar de la junta de acreedores concursales ordinarios que alcancen al menos la mitad de dicho pasivo.

Sin embargo, a partir de la reforma de los arts.116.4 y 123.1 LC mediante la Ley 9/2015, de 25 de mayo, la junta de acreedores podrá constituirse (en defecto de la mitad del pasivo ordinario) cuando concurren acreedores que representen la mitad del pasivo (término más amplio) del concurso y que pudiera resultar afectado por el convenio.

Dicha reforma guarda todo su sentido y además corrige una arcaica contradicción de la Ley Concursal, en tanto que los acreedores privilegiados que voten a favor de la propuesta de convenio pueden conformar el cómputo del pasivo ordinario (art.124.2 LC), toda vez que el modificado art.116.4 LC forma parte del mismo bloque de reformas encaminadas a dotar de un rol participativo a los acreedores privilegiados en la fase de convenio. En todo caso, comoquiera que la norma continúa hablando de pasivo y no de acreedores, la junta de acreedores perfectamente podría constituirse con un solo acreedor concursal si éste fuera titular de la mitad de dicho pasivo afecto.

A este último respecto, cabe recordar que los acreedores adheridos que decidan no asistir a la junta de acreedores serán tenidos por presentes (art.118.3 LC), computándose su voto como favorable ex art.121.4.II LC. Por otro lado, si los acreedores adheridos sí asisten a la Junta entonces podrán cambiar el sentido de su adhesión, votando en contra de la propuesta si así lo estiman oportuno.

⁹⁰⁸ Respecto de dicha prohibición de analogía del régimen especial -la propuesta anticipada- sobre el régimen general -la propuesta ordinaria-, y en concreto con respecto a la inaplicación del art.105 LC en sede de propuesta ordinaria de convenio, vid. Auto núm.47/2009, de 20 de octubre, de la Audiencia Provincial de Cuenca, Sección 1ª (AC 2010\242).

⁹⁰⁹ PORFIRIO CARPIO, L.J., *La junta de acreedores*, ed. Aranzadi, 2008, pág.71.

La junta de acreedores también tiene una función asistencial (art.118 LC) e informativa (art.120 LC), si bien ambas facultades se extienden a todos los acreedores que figuren en textos definitivos, con excepción de los titulares de créditos contra la masa⁹¹⁰.

Con respecto a la convocatoria de la junta de acreedores, ésta tiene lugar con el auto de apertura de la fase de convenio (art.111.2 LC), que deberá fijar la fecha y lugar de la pretendida asamblea, normalmente, en la sala de vistas del Juzgado. Bajo el prisma procedimental abreviado, en el que se situará el concurso de persona física, el art.191.5.II LC determina que dicha convocatoria se realice dentro de los treinta días hábiles siguientes a la admisión a trámite de la propuesta de convenio ordinaria.

Esta meticulosa imposición de una fecha y lugar, junto con el deber de asistencia que se impone a la administración concursal y concursado (art.117 LC), nos hace preguntarnos si sería posible su suspensión para nuevo señalamiento. Aunque el art.117.3 LC establece que la incomparecencia de la administración concursal en principio no determina la suspensión de la junta -y nada dice sobre la incomparecencia del concursado-, parece razonable que si el juez del concurso lo estimara necesario pueda acudir a los arts.183 o 188 LEC -suspensión de vistas- y fijar una nueva convocatoria.

Cuestión distinta es la posibilidad de acordar cuantas prórrogas fueren necesarias de las sesiones de la junta de acreedores (art.116.1 LC), decisión que compete en principio al juez del concurso, salvo que éste haya decidido delegar en la administración concursal su posición como presidente de dicha junta, como así le permite el art.116.2 LC para evitar su presencia física en el acto de la junta. En cualquier caso, será extrañísimo que se acuerde una prórroga de sesiones en una junta relativa a un concurso de persona física, incluso jurídica, pero como tantas otras esta potestad coexiste sin mayor distinción, aunque sólo tenga sentido práctico en los *grandes* concursos de acreedores.

El art.121 LC recoge el procedimiento en el que discurrirá la asamblea de la Junta, que será dirigida por su presidente -juez o administración concursal-, y donde podrán deliberarse y votar todas las propuestas presentadas. No es que el concursado pueda presentar más de una propuesta, pues para ello ya cuenta con el mecanismo unificador de propuestas de contenido alternativo (art.102 LC), sino que su propuesta de convenio puede concurrir con la formulada por acreedores. Ahora bien, como señala el art.121.5 LC, si se acepta la primera que se debata y vote, que siempre será la del concursado ex art.121.2 LC, entonces no procederá la apertura del debate y votación de las restantes propuestas de convenio -situación infrecuente que igualmente prevé la LC: si ya de por sí es inhabitual que los acreedores presenten propuestas de convenio, más lo es la concurrencia con una del concursado-.

⁹¹⁰ Como exponíamos al estudiar la constitución de la masa pasiva del concurso, debe tenerse en cuenta la subdivisión entre créditos generados con anterioridad al auto declarativo de concurso, que son los que formarán la masa pasiva de éste ex art.49 LC, y aquellos otros *ex post* a dicho auto declarativo, cuyo tratamiento es completamente distinto y autónomo del previsto para los primeros.

En este sentido se postula la Sentencia núm.426/2012, de 18 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª (JUR 2013\74140), así como GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L., "Los créditos contra la masa", Anuario de Derecho Concursal, ed. Civitas, núm.3/2004.

En la práctica, la sesión de la junta de acreedores se abre realmente con la elaboración de la lista de asistentes (art.119 LC), tarea que corresponde al letrado de la administración de justicia y que se realiza al inicio de dicha sesión, debiendo identificar a los acreedores presentes así como a los adheridos que deban ser tenidos por presentes, ex art.118.3 LC.

La detallada fragmentación estructural del art.121 LC es poco utilizada, ya que ningún acreedor llega a este avanzado estado con la necesidad de entrar en *deliberaciones* (pues ya habrá sido debidamente asesorado, informado y aleccionado, precisamente de cara a obtener su voto favorable), por lo que el acto, tras un breve anuncio formal de la propuesta admitida a trámite, acaba reduciéndose a la libre emisión del voto tal y como marca el art.121.4 LC, siendo como ya se ha dicho que se computarán como voto favorable el de los acreedores válidamente adheridos que decidan no asistir a la Junta.

Para terminar, corresponde hacer una breve referencia a la posibilidad de prescindir de la junta de acreedores incluso en la propia tramitación de la propuesta ordinaria de convenio, permitiéndose su tramitación escrita si el número de acreedores excede de trescientos (art.111.2.I LC). La regulación de dicha tramitación escrita se contiene en el art.115.bis LC, precepto que principalmente introduce algunas variaciones en los plazos para las adhesiones o la presentación de propuestas. No es del interés del presente estudio analizar en profundidad estas modificaciones igualmente menores, siendo además que la aplicación del art.115.bis LC en el seno de un concurso de persona física resultaría insólita.

5.2 La liquidación concursal.

A falta de estadísticas oficiales a este respecto por parte del Instituto Nacional de Estadística, en las diversas estadísticas extraoficiales que suelen aparecer periódicamente en los medios de comunicación se coincide en fijar, aproximadamente, en más de un 90% los concursos que terminan en liquidación⁹¹¹.

En cualquier caso, es cierto que existe una sensación generalizada, entre todos los agentes jurídicos que participan del proceso concursal, sobre la desproporcionada concurrencia de liquidaciones concursales y la dificultad de alcanzar la aprobación de un convenio -no digamos ya de cumplirlo íntegramente-.

⁹¹¹ A modo de ejemplo, y aunque referido a personas jurídicas concursadas, no deja de ser reveladora la noticia publicada en el periódico ABC, en su edición digital de 22 de marzo de 2013: <http://www.abc.es/economia/20130322/abci-concurso-acreedores-quebra-201303211837.html>

Basado en un informe externo realizado por una conocida auditoría, que cifraba en un 95% las *empresas españolas* que acaban en liquidación concursal.

5.2.1 Liquidación ordinaria (art.142 LC).

En primer lugar, a diferencia de lo que se ha podido ver respecto del convenio concursal y su correspondiente fase procedimental, en la fase de liquidación se observa cómo el protagonismo se traslada exclusivamente a la administración concursal y el proceder que ésta estime oportuno.

Conviene comenzar por advertir este llamativo cambio de roles: mientras que la actuación de la administración concursal, en sede de convenio, se limita a un informe evaluativo y una posible -a la par que inhabitual- oposición a la aprobación de una propuesta de convenio en junta de acreedores, la liquidación de la masa activa del concursado participa íntegra y exclusivamente de la suerte de aquellos criterios que adopte la administración concursal para la enajenación de su patrimonio.

Ahora bien, que la administración concursal sea la encargada *formal* de la liquidación no impedirá, ni mucho menos, que el concursado, desde su posible mayor conocimiento del mercado local -pensemos en los vecinos de un bien inmueble y conocidos de la zona o sector de mercado en el que trabaje-, acabe por actuar como cauce necesario para acercar potenciales oferentes.

Pese a ello, lejos queda el dinámico rol del concursado y su dirección letrada que se hace imprescindible para lograr la consecución de un convenio, tanto en su fase negociada con los acreedores como en los aspectos materiales y procesales para la adecuación y posterior aprobación de la propuesta de convenio en el concurso. En definitiva, en la fase de liquidación el concursado queda relegado a un segundo plano, limitado al deber de información y colaboración general que continúa exigiéndose (art.42 LC por remisión del art.147 LC).

Frente a la solución *conservativa* del convenio, la solución *liquidatoria* se presenta posible en cualquier momento del concurso (art.142.1 LC), a simple petición del concursado.

Sin embargo, en los concursos de persona física es mucho menos patente el automatismo que en cambio se produce en numerosos concursos de personas jurídicas, sobre todo cuando éstas entran al concurso ya sin actividad empresarial alguna, y por ende sólo precisan de la parte de *lex liquidatoria* concursal. Cuando el concursado persona física ha decidido asumir el recorrido procesal del concurso, soportar los gastos de procurador y letrado, la carga de limitar sus facultades en favor de la administración concursal y demás inconvenientes prácticos, es más que probable que prefiera agotar la esperanza del convenio y no ejercer la potestad directa del art.142.1 LC, ni mucho menos en la propia demanda de concurso como sí se observa en las sociedades que ya han cesado en su actividad.

Son este tipo de consideraciones sobre la realidad, situación e intenciones del concursado persona física a las que el título del presente apartado se ha querido referir, coloquialmente, con el apelativo de *especial encaje* de la liquidación.

En este sentido, se dice especial encaje, cabe insistir, porque de entrada la liquidación concursal de la persona física no puede compartir el carácter purista que sí presenta la liquidación patrimonial de una persona jurídica concursada o no, liquidación que debe entenderse como un *totum*.

Así, deben recordarse las limitaciones de los ya comentados arts.605 a 607 LEC, escuetamente reguladores de aquellos 'mínimos' legalmente inembargables en favor de la subsistencia de la persona, y que hacen imposible una aspiración simétrica a la de la liquidación societaria: siempre existirá un remanente de patrimonio no considerado masa activa del concurso, que por tanto tampoco es objeto de la liquidación concursal. Las razones, de tipo ético, ya han sido resaltadas por algún autor antes citado, y resultan de una notoriedad que no merecen mayor justificación.

Por otra parte, los efectos generales de la apertura de la liquidación, ex arts.145 a 147 LC, guardan relación con aspectos ya estudiados. Por ejemplo, veíamos cómo el flexible art.145.2 LC hace referencia a la extinción o no del derecho de alimentos, lo que convierte al precepto casi en innecesario, toda vez que las facultades patrimoniales sobre el concursado, en fase de liquidación, necesariamente pasan a situarse bajo el severo régimen de la *suspensión* de facultades, ex arts.40.2 y 44.3 LC -si no operaban ya bajo dicho régimen, cosa improbable en el concurso de persona física-, régimen también estudiado anteriormente.

Al final, se trata de ejemplos sobre ese especial encaje fruto de la incompatible naturaleza de la liquidación concursal con la persona física -superviviente en el proceso y tras el mismo-, lo que en ocasiones ha forzado al legislador concursal a construir ciertas *piruetas* jurídicas -vid. la referida cierta falta de coherencia del art.145.2 LC, o la dificultad práctica de suspender las facultades patrimoniales de un concursado persona física-.

Ya hemos señalado que la apertura de la fase de liquidación puede instarse por el deudor en cualquier momento. También deberá instarla, como asimismo veíamos, cuando durante la vigencia del convenio aprobado conozca de la imposibilidad de su cumplimiento. Si fuera un acreedor -nuevo o antiguo- el que considera que su deudor en fase de cumplimiento de convenio incurre de nuevo en alguno de los presupuestos para la declaración de concurso, ex art.2.4 LC, pese a que se siga el trámite previsto para la demanda de concurso necesario, el juez resolverá si procede o no abrir directamente la liquidación ex art.142.2.I LC.

El art.142.3 LC también concede legitimación a la administración concursal para solicitar la apertura de esta fase de liquidación, siempre que se haya producido el cese de la actividad profesional o empresarial del concursado. Como ya indicábamos al referirnos al art.44.4 LC, que independientemente permite a la administración concursal solicitar dicho cese, de nuevo se ha de reiterar lo extrañísimo de que la administración concursal ejerza la potestad prevista en el art.142.3 LC en un concurso de persona física empresario o profesional; incluso aunque a diferencia de lo dispuesto en el comentado art.44.4 LC, el art.142.3 LC también contemple el cese de la actividad profesional.

En cualquiera de los supuestos del art.142 LC, el régimen de recursos frente al pertinente Auto de apertura de la fase de liquidación deberá regularse conforme al art.197 LC, es decir, cabiendo recurso de reposición (art.197.2 LC), y, frente al Auto resolutorio de dicho recurso, cabrá recurso de apelación diferido (art.197.4 LC) con base en la siguiente resolución susceptible de apelación (presumiblemente el Auto aprobatorio del plan liquidador). No cabrá, sin embargo, el ulterior recurso por infracción procesal o casación frente a tal Sentencia resolviendo la apelación, y ello en atención al limitado ámbito de acceso que determina el art.197.7 LC⁹¹².

5.2.1.1 Plan de liquidación (art.148 LC) y reglas legales (art.149 LC).

El art.148 LC tipifica, bajo el término «plan de liquidación», un título procesal habilitante para las operaciones de liquidación de la masa activa del concurso, a formular por parte de la administración concursal y sujeto a la aprobación judicial del juez del concurso, ello último previo traslado por quince días hábiles para formular posibles alegaciones a dicho plan (art.148.2 LC). Su importancia es única pues puede y debe configurarse *ad hoc* sobre las necesidades de cada concurso, en función del tipo de patrimonio que presente y la naturaleza del concursado, toda vez que una vez aprobado el mismo ya no es admisible la venta de activos del sujeto concursado por la vía procedimental del art.43 LC⁹¹³.

Pese a su trascendencia sobre la esfera de la masa activa concursal, la Ley no prevé la realización de un nuevo inventario (art.82 LC) a tal específico fin liquidador, por lo que su valor de referencia será aquel ya obrante en textos definitivos⁹¹⁴; ello sin perjuicio de que en la práctica forense sea aconsejable cuanto menos su actualización, tanto para su mejor ajuste valorativo como especialmente en materia de exclusión e inclusión de activos.

El legislador, consciente de las dificultades propias entre el valor de mercado y la depreciación *per se* que sufren los activos en situación concursal, prefiere no añadir trabas burocráticas y otorga a la administración concursal plena libertad para configurar de qué modo considera más adecuado enajenar la masa activa del concurso, que normalmente suele decantarse por el flexible método de la venta directa sin subasta,

⁹¹² Así lo recuerdan igualmente BELTRÁN SÁNCHEZ, E., y MARTÍNEZ FLÓPREZ, A., en AA.VV., *Comentario de la Ley Concursal*, ed. Aranzadi, 2015 (BIB 2015\1342).

⁹¹³ Auto núm.102/2015, de 20 de febrero, del Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid (JUR 2016\101983).

⁹¹⁴ Así lo advierte el Magistrado-Juez SÁNCHEZ MAGRO, A., en AA.VV., *Ley Concursal Comentada*, ed. El Derecho, 2014, pág.504.

seguido en popularidad por el sistema de venta mediante entidad especializada (ya prevista en el art.641 LEC⁹¹⁵).

No obstante, este último sistema puede resultar disuasorio en el concurso de persona física donde presumiblemente existirá poca liquidez, y, además, la liquidación concursal no revestirá normalmente gran complejidad; de suerte que el sistema de subasta judicial de la LEC será más apropiado, ello sin perjuicio de su necesaria adaptación a las particularidades de un proceso como el concursal⁹¹⁶. Así por ejemplo, en la subasta judicial seguida en el marco de un proceso concursal no existirá propiamente parte ejecutante, y, por ello, determinadas previsiones de la LEC (arts.670.2, 670.3, 670.4.II y 671) directamente no resultan aplicables⁹¹⁷.

Todavía más, cabría defender que la previsión de los porcentajes mínimos de adquisición que regula el art.670.4 LEC (o el art.650 LEC) tampoco resultan aplicables en concurso⁹¹⁸. Esta última interpretación ya resulta, a fin de cuentas, amparable igualmente en un proceso de ejecución singular, dada cuenta del carácter llamativamente discrecional del art.670.4.III LEC y que -con independencia de que se trate de vivienda habitual- somete a consideración del letrado de la administración de justicia, encargado de la ejecución, la aprobación de posturas inferiores al 50% del valor por el que el bien inmueble saliera a subasta, decisión ésta sujeta a recurso de revisión de estimarse tal aprobación. Este ambiguo procedimiento, tan pobremente regulado en el citado art.670.4.III LEC, resulta además de imprescindible cumplimiento so pena de

⁹¹⁵ El gasto derivado de la contratación de entidad especializada debe asumirse (en principio) con cargo a la masa activa del concurso, y, en ningún caso, supone su nombramiento a modo de auxiliar delegado (art.31 LC).

En este sentido, vid. Auto de 4 de julio de 2013, del Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid (autos de concurso núm.297/2011) y Auto núm.58/2016, de 11 de abril, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª (autos de apelación núm.1/2016).

⁹¹⁶ Son de especial interés las *Conclusiones de los Magistrados y Letrados Judiciales de los Juzgados Mercantiles de Barcelona respecto a la adaptación del Plan de Liquidación a la Subasta Judicial Electrónica*, de 10 de abril de 2016. Enlace:

<http://www.icab.es/?go=eaf9d1a0ec5f1dc58757ad6cffdacedb1a58854a600312cccabe27fca69cffc3ebd637b9973ea751ffbc57cf8b9fbe23c9e2946bbdcd2658331de87c779e136>

⁹¹⁷ Vid. Auto de 11 de noviembre de 2016, del Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Madrid (autos de concurso núm.488/2013).

El Auto de 7 de enero de 2015, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Barcelona (autos de concurso núm.426/2013-D) incluso considera que no es posible hacer uso de la potestad de cesión de remate (art.647.3 LEC).

⁹¹⁸ Así se defiende en la Sentencia núm.141/2016, de 30 de mayo, del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid (autos incidentales núm.61/2016).

En el mismo sentido, vid. Auto núm.145/2015, de 25 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Orense, Sección 1ª (AC 2016\394). Igualmente, vid. las *Conclusiones de los Magistrados y Letrados Judiciales de los Juzgados Mercantiles de Barcelona respecto a la adaptación del Plan de Liquidación a la Subasta Judicial Electrónica*, de 10 de abril de 2016, considerando admisible la fijación de un precio mínimo de adquisición de 100 euros.

incurrir en una infracción esencial susceptible de provocar la nulidad de las actuaciones⁹¹⁹.

Tal es la libertad de forma que, incluso, alguna resolución judicial⁹²⁰ hasta ha permitido la inclusión en el plan de liquidación de la posibilidad de donación o abandono (convirtiéndose así en *res nullius*) de los bienes y derechos del concursado en última instancia, ello justificado en su demostrada falta de valor de mercado y permitiendo así su adquisición por ocupación (art.609 CC) como medio de salida. No obstante, si se trata de personas físicas concursadas, debe reputarse como mejor solución la exclusión del bien o derecho de la masa activa (art.76 LC) y su devolución al deudor una vez advertida una posible ausencia de valor patrimonial.

Las principales problemáticas -y límites- frente a dicha libertad en la forma de liquidar la masa activa se plantean, fundamentalmente, en relación con los acreedores titulares de créditos con privilegio especial, pues para ellos los arts.155.3 y 155.4 LC regulan una serie de mecanismos para la liquidación de los bienes y derechos afectos a tales créditos privilegiados, salvaguardando así el pago de dicha tipología de crédito con cargo al bien o derecho afecto⁹²¹.

En consecuencia, existen muy pocas restricciones a la autonomía que en esta fase va a poseer el órgano de la administración concursal. Una de estas pocas restricciones es la obligación, de ser factible, de contemplar en el plan de liquidación la venta de la *unidad productiva* -figura a la que ya nos hemos referido y de rarísima aplicación en un concurso de persona física, incluso empresario o profesional-.

En segundo lugar, debe estarse al sometimiento del plan de liquidación a las posibles alegaciones que sobre el mismo viertan concursado y acreedores (art.148.2 LC), así como el propio control de oficio del juez del concurso, que en última instancia es quien debe aprobar judicialmente el Plan de liquidación antes de que éste despliegue sus efectos, pudiendo introducir modificaciones o bien acordar la liquidación conforme a las reglas legales supletorias.

Destaca por último, como modalidad liquidadora diferenciada al no llevar consigo la previa conversión del activo a líquido (dinero), la posibilidad de imponer la cesión de

⁹¹⁹ Auto núm.168/2013, de 17 de septiembre, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 1ª (JUR 2014\295650).

En el mismo sentido, vid. Sentencia núm.2121/2016, de 8 de abril, del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Social, Sección 1ª (JUR 2016\115124).

⁹²⁰ Auto núm.181/2015, de 18 de septiembre, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª (JUR 2015\274131).

⁹²¹ Vid. Sentencia núm.491/2013, de 23 de julio, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2013\5203).

bienes o derechos en pago o para pago de créditos concursales (art.148.5 LC)⁹²², según fue introducido por la reforma concursal del Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre (confirmada por la Ley 9/2015, de 25 de mayo).

Al margen de la flexibilidad que parece querer conceder el legislador a la administración concursal, el hecho de que dicha potestad se excluya expresamente sobre los acreedores públicos, junto con la necesidad de contar con el consentimiento del acreedor *ius privatista* que interese constituir como cesionario⁹²³, la virtualidad práctica de esta modalidad contra natura -que el crédito no se abone con dinero- termina por ser bastante limitada.

El auto que resuelva la aprobación del plan de liquidación resultará, en todo caso, susceptible de ser impugnado en apelación, aunque al tratarse de un auto y no de una sentencia ya no gozaría de la tramitación preferente que prevé el art.197.5 LC, si bien el apelante conserva la potestad de solicitar la suspensión de determinadas actuaciones -el inicio de las operaciones de enajenación-, aunque por su repercusión colectiva será poco probable que se admita.

Como ya se ha dicho en epígrafes anteriores, la facultad de suspensión que regula el art.197.6 LC se caracteriza por su excepcionalidad y especial motivación⁹²⁴, lo que aun así no deja de suponer una mayor permisividad respecto del principio de no suspensión del recurso de apelación y previsto en el proceso civil (arts.455.2 y 455.3 LEC).

Pese a su recurribilidad, se ha negado⁹²⁵ eficacia de cosa juzgada al referido auto que aprueba el plan de liquidación, de suerte que en ningún caso el contenido de dicho auto podrá contravenir -y si lo hace carecerá de efectos pese a su aprobación- materia imperativa o bien ajena a su simple finalidad de aprobar un sistema de venta de activos. Dicho de otro modo, no podrá ampararse una hipotética pretensión posterior por su simple viabilidad con base en la firmeza del auto aprobatorio del plan de liquidación, pues como ya se ha dicho, éste carece de efectos de cosa juzgada.

⁹²² Que de este modo supone una excepción a la prohibición de *aliud pro alio* (art.1166 CC). Así lo destaca el Auto núm.49/2016, de 18 de abril, de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4ª (autos de apelación núm.72/2016).

⁹²³ Una cosa es la posibilidad de prever dicha modalidad en el plan de liquidación, y otra muy distinta la capacidad de imposición de la misma frente a la norma ordinaria para pagar un crédito dinerario (vid. arts.1170 CC y 146 LC).

Así lo defiende también CABANAS TREJO, R., “Una nueva reforma de la legislación concursal (RDL 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal)”, Diario la Ley, ed. Wolters Kluwer, 2014, nº 8.406.

⁹²⁴ Así lo recuerda, entre otros, el Magistrado-Juez MAGRO SERVET, V., en AA.VV., *Guía práctica de aplicación de la Ley Concursal*, ed. La Ley, 2004 (LA LEY 698/2009).

⁹²⁵ Sentencia núm.247/2016, de 13 de abril, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2016\148).

No obstante, salvo que se trate de un plan del todo absurdo o inconsistente, o salvo que se realicen alegaciones al amparo del art.148.2 LC que precisen de ser valoradas y resueltas, el juez normalmente aprobará dicho plan en su integridad, por lo que las referidas *reglas legales supletorias*, recogidas en el art.149 LC y que a su vez se remite a las normas del procedimiento de apremio de la LEC, quedan simplemente en eso, reglas supletorias no aplicables salvo en aquello no previsto en el plan de liquidación que se apruebe judicialmente. Por su claridad expresiva, merece destacar el Auto de 24 de mayo de 2011, del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Pontevedra: *nada establece la ley en cuanto al contenido del plan; ello así, en su redacción podrá operarse con libertad, de forma flexible, sujetándose generalmente a parámetros económicos, con el objetivo de maximizar el valor de los bienes de la masa activa. Tampoco en la fase de liquidación está prevista en la ley la elaboración de un nuevo inventario, por lo que el valor de referencia en las enajenaciones será el que figure en el informe. Si el plan no resulta aprobado, o si es incompleto, se acudirá a las reglas supletorias, previstas en el art.149*⁹²⁶.

Sin embargo, tras la reforma del art.149 LC operada por el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, luego confirmada por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, esta interpretación ha sufrido un considerable matiz, cual es que a partir de entonces deberá distinguirse entre aquellas reglas todavía supletorias (art.149.1 LC) y aquellas otras de signo imperativo (art.149.2 LC) y por tanto no susceptibles de modificación alguna a través del plan de liquidación⁹²⁷.

Igualmente, serán de aplicación imperativa -como vienen siéndolo desde la promulgación de la Ley Concursal- los especiales efectos previstos en caso de transmisión de bienes o derechos litigiosos en sede concursal (art.150 LC), sobre cuya *titularidad o disponibilidad* acontezca dicho litigio⁹²⁸.

Este precepto establece un mecanismo obligatorio y automático de sucesión procesal, al que la propia LEC se remite en su art.17.3, sin que quepa oposición de la contraparte al amparo del art.17.1 LEC. En el mismo sentido imperativo se recoge la prohibición de que la administración concursal adquiera bienes o derechos del concursado (art.151 LC), porque podría suponer fácilmente un conflicto de intereses o incluso de autocontratación, si tenemos en cuenta que la administración concursal es la encargada de elaborar el plan de liquidación.

⁹²⁶ JUR 2011\283992.

Más recientemente y en el mismo sentido, vid. Auto de 18 de marzo de 2014, del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Vigo (JUR 2014\108144).

⁹²⁷ Así lo advierte también el Auto núm.135/2015, de 22 de junio, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª (JUR 2015\247172).

⁹²⁸ El precepto, pese a utilizar la expresión *litigio*, también debería aplicarse sobre aquellos supuestos suscitados bajo un procedimiento arbitral. En defensa de ello, VELASCO SAN PEDRO, L.A., en AA.VV., *Comentarios a la legislación concursal, Tomo II*, ed. Dykinson, 2004, pág.1341.

Por último, en su oportuno apartado ya se hecho eco del contenido del art.77.2 LC, aplicable en caso de que el cónyuge del concursado casado en régimen de gananciales o de análoga naturaleza pida la liquidación conyugal, así como de la opción mayoritaria seguida para *coordinar* ambas liquidaciones conyugal y concursal, que consiste en liquidar los bienes comunes hasta el pago de las deudas comunes, de manera que la hipotética y relegada liquidación de la sociedad ganancial -en pieza separada- se reduzca al posible sobrante que deba entregarse, *ex iure domini*, al cónyuge no deudor.

Si el haber de la sociedad ganancial incluye la vivienda habitual (art.78.4 LC), también estudiábamos el derecho de adquisición legal que ostenta el cónyuge del concursado para retenerla en su propiedad, que en la práctica se convertía en la cuasi imposibilidad material de que el cónyuge del concursado sea capaz de abonar el *exceso* al que hace referencia el aludido precepto.

Sin que sea intención estudiar el posible contenido material del plan de liquidación, lo que básicamente versaría sobre las distintas fórmulas de enajenación de activos y los requisitos que deben presentar las ofertas, la opción preferida por la administración concursal suele ser la llamada *venta directa*, prescindiendo así del lento régimen de la subasta previsto en la LEC⁹²⁹.

Incluso en los numerosos supuestos de no poder optar por la venta de unidad productiva, por no encajar en dicho concepto en las partidas de activo disponibles, es habitual que la administración concursal idee una ‘venta en bloque’ de todos los activos en su plan de liquidación, debidamente detallada, todo ello de cara a agilizar una pronta finalización de la liquidación y por ende del concurso.

El éxito en la correcta liquidación de la masa activa dependerá del detalle y adecuación de cada método de enajenación que contemple el plan de liquidación -normalmente se propondrá una fórmula de venta principal, y después subsidiariamente distintas opciones transcurrido cierto plazo de tiempo sin fructificar la primera-. En cuanto a la forma de la enajenación, aceptada una oferta que se ajuste a los criterios del plan de liquidación aprobado, ésta ya se instrumentalizaría conforme a la Ley de tráfico⁹³⁰ correspondiente: por ejemplo, en caso de transmitirse un bien inmueble, la enajenación de este activo se efectuará en escritura pública (art.1280 CC).

En este contexto de máxima flexibilidad, el Magistrado-Juez MARTÍNEZ-UCEDA CALATRAVA⁹³¹ incluso admite la posibilidad de que la administración concursal

⁹²⁹ Razones que se comparten, verbigracia, en el Auto de 10 de diciembre de 2007, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Santander (JUR 2008\357087). A pesar de su modernización, mediante la introducción de la *subasta electrónica* (Ley 19/2015, de 13 de julio), esta percepción práctica continúa muy presente.

⁹³⁰ Así lo recuerda el Auto de 11 de enero de 2013, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Valencia (autos de concurso núm.13/2005).

⁹³¹ MARTÍNEZ-UCEDA CALATRAVA, C., en AA.VV., *Comentario práctico a la nueva Ley Concursal*, ed. La Ley, 2012, pág.706.

solicite modificar el plan de liquidación ya aprobado judicialmente, caso de resultar necesario, mediante la repetición de los mismos trámites de publicidad, alegaciones y aprobación del art.148 LC. Esta posibilidad también se ha vivido ya, personalmente, desde la práctica forense con resultado estimatorio⁹³².

En cuanto a los tiempos que marca la Ley Concursal para las operaciones de enajenación, ya hemos estudiado cómo el art.191.6 LC marca un irreal plazo de tres meses, prorrogable a uno más, para la duración de tales operaciones de liquidación. Por tanto, aunque el concurso de persona física se halle virtualmente consagrado al procedimiento abreviado, es probable que acabe siendo de aplicación el art.153 LC por remisión al mismo a través del art.191 quáter LC, ya que al menos dicho precepto extiende el plazo límite de duración a un año desde la apertura de la fase de liquidación -plazo que en ocasiones también se ha demostrado insuficiente-.

5.2.1.2 Los informes trimestrales (art.152 LC).

Por tratarse de la principal protagonista en la fase de liquidación, la administración concursal queda fuertemente obligada -so pena de acordarse su separación del cargo y responder por posibles daños y perjuicios- a mantener a los acreedores informados de las oportunas operaciones de enajenación, realizadas o en curso, mediante la presentación, cada tres meses desde la apertura de la fase de liquidación, del llamado *informe trimestral* ex art.152 LC.

La habitual sobrecarga de trabajo que, con lamentable habitualidad, soportan nuestros juzgados, provoca en muchos concursos que al menos el primer informe trimestral se emita a los meros efectos formales, ya que el art.152 LC exige su emisión desde la apertura de la fase de liquidación, incluso aunque no tengan nada que expresar pues el plan de liquidación todavía no habrá sido aprobado y por ende ninguna operación enajenatoria habrá podido iniciarse.

En estos casos, como máximo se podrá aprovechar para actualizar el listado de créditos contra la masa devengados y pendiente de abono, detalle que también se exige como parte del contenido del informe trimestral. Procesalmente, el informe trimestral contiene una pretensión mero-declarativa, cual es la de acreditar el cumplimiento de información que exige la LC, siendo que las consecuencias de su omisión o insuficiencia no son susceptibles de recurso frente a dicho informe, que simplemente quedará puesto de manifiesto a las partes personadas, sino a través de una posterior pieza de responsabilidad (art.36 LC).

⁹³² En este sentido, vid. Auto de 18 de enero de 2017, del Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid (autos de concurso núm.328/2014).

5.2.1.3 El pago a los acreedores (art.154 y ss. LC).

Junto con la enajenación de la masa activa del concurso, el segundo gran efecto que conlleva la fase de liquidación es el pago a los acreedores conforme al orden regulado en los arts.154 y ss. LC.

Aunque la LC no lo señale expresamente, la obligación de *realización* del patrimonio del concursado, ex art.148 LC, implica la conversión en dinero -el bien fungible por excelencia- de la hasta ahora heterogénea masa activa del concurso, para así poder proceder al pago de los acreedores del concurso, si bien hasta donde alcance el valor obtenido por dicha masa activa.

Como ya se ha indicado al analizar la masa pasiva del concurso, cabe recordar que los créditos contra la masa no forman parte de ésta y además tienen carácter *prededucible*, siendo que como regla general se deben pagar a su vencimiento (art.84.3 LC), aunque la práctica demuestra que dicha teoría queda empañada por el estado variable de la masa activa líquida -tesorería- del concursado, que en abundantes ocasiones puede provocar importantes retrasos en el pago a dichos acreedores.

Satisfechos los créditos contra la masa en su totalidad, a continuación serán los créditos con privilegio general los siguientes en el orden de pagos, ex art.156 LC, por el suborden establecido en el art.91 LC y a prorrata dentro de cada número cuando el valor obtenido por la masa activa del concurso no alcance para su plena satisfacción.

Si existiera remanente de la masa activa (tesorería), incluso, tras haber satisfecho la totalidad de los créditos clasificados con privilegio general, básicamente de carácter público (Agencia Tributaria y Tesorería General de la Seguridad Social), a continuación serán satisfechos los créditos ordinarios a prorrata (art.157.2 LC). Antes de continuar teorizando conviene hacer un paréntesis y prevenir de cualquier optimismo a los titulares de tales créditos ordinarios, pues lamentablemente, es casi insólito que el valor de la masa activa de un concurso -todavía más de un concurso de persona física- alcance a satisfacer la totalidad o siquiera parte de los mismos, lo cual es preocupante teniendo en cuenta que la regla general es la clasificación concursal ordinaria del crédito (art.89.3 LC).

En cuanto a los acreedores titulares de créditos subordinados, que en el concurso de persona física lo serán prácticamente todos sus familiares y personas jurídicas relacionadas (art.93.1 LC), es aconsejable que sean conscientes de que seguramente no van a recibir remanente alguno de la liquidación de la masa activa, por muy óptimos que acabaran siendo los resultados de las operaciones de enajenación.

Hemos querido dejar para lo último el singular tratamiento que reciben los créditos clasificados con privilegio especial, que acorde con su naturaleza civil (mayoritariamente derechos reales) su satisfacción se realiza directamente sobre el bien o derecho afecto. Será el caso típico de la vivienda familiar hipotecada, privilegiada al amparo del art.90.1.1º LC, cuyo importe producto de su enajenación se destinará al pago

de dicho acreedor. De no cubrirse el correspondiente crédito especialmente privilegiado con el resultado de lo obtenido por la realización del bien o derecho, se procederá a clasificar su remanente *con la calificación que corresponda* (art.155.4.I LC).

A excepción de los acreedores de derecho público titulares de posibles créditos especialmente privilegiados -una hipoteca en favor de la Agencia Tributaria-, cuyo *remanente* gozará de clasificación con privilegio general en un 50% (art.91.4 LC)⁹³³, dicho sobrante gozará en la práctica mayoría de supuestos -entidades financieras- de una clasificación crediticia *ordinaria*; todo lo cual adquiere su relevancia a los efectos de cumplir con los requisitos para obtener el beneficio del *discharge* concursal ex arts.178.bis.3.4º o -subsidiariamente- 178.bis.3.5º LC.

En cualquier caso, dicha realización podrá tener lugar por los métodos de enajenación que específicamente prevén los arts.155.3 y 155.4 LC, siendo la regla general la práctica de subasta judicial o extrajudicial. Estos apartados, como sabemos, pueden ser alterados por mejores fórmulas de enajenación en el plan de liquidación, con el límite de que no se *obvien*⁹³⁴ los derechos del acreedor titular del crédito privilegiado especial, y cuyo pago se ha de hacer con cargo a dicho bien o derecho afecto.

En cualquier caso, se ha de recordar que tratándose de bienes seguramente no afectos a actividad profesional o empresarial alguna, si su ejecución fue instada por el acreedor con anterioridad al auto declarativo de concurso, en el correspondiente proceso ordinario de ejecución de la LEC, éste habrá continuado su curso fuera del proceso concursal ex art.56.2 LC y con independencia de la apertura o no de la fase liquidadora del mismo.

Finalmente, debe tenerse en cuenta la regla prevista en el art.161 LC cuando un acreedor es reconocido en dos o más concursos por un mismo crédito, lo que será especialmente habitual cuando ambos cónyuges se hallen en concurso. Aunque el contenido de dicho precepto sería extraíble aun sin su existencia -de lo contrario estaríamos ante un enriquecimiento injusto-, el legislador prefiere expresamente aclarar que un acreedor nunca puede percibir más del importe de su crédito.

Realmente, los problemas de coordinación que pretende evitar el art.161 LC no se presentan en este tipo de concursos, acumulados y seguidos ante una misma administración concursal ya concedora de ambas masas pasivas. Por otra parte, el mismo espíritu de coordinación pretende la norma del art.162 LC, cuando a la liquidación le haya precedido una fase de cumplimiento parcial del convenio. En un claro ejemplo del principio *pars conditio creditorum*, se establece que salvo fraude, contravención al convenio o alteración en el trato, los acreedores que cobraron parte de

⁹³³ Sentencia núm.118/2015, de 23 de mayo, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª (JUR 2015\152156).

⁹³⁴ Así lo recuerda la Sentencia núm.491/2013, de 23 de julio, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2013\5203).

su crédito -vía convenio- legítimamente, no podrán recibir nuevos abonos hasta que los acreedores de su mismo rango crediticio hayan sido satisfechos -vía liquidación- en la misma proporción.

5.2.1.4 Conclusión de la liquidación.

Para la conclusión ordinaria de la liquidación y por tanto del concurso, ex art.176.1.2º LC, se exige la previa presentación de un *informe final* ex art.152.2 LC, en el que la administración concursal justificará las operaciones liquidadoras realizadas y razonará que no existe ningún otro tipo de bienes o derechos, o bien acciones ejercitables en beneficio del concurso.

Además, no impedirá la conclusión del concurso que el concursado fuera titular de bienes legalmente inembargables, que como ya advertíamos se hallan fuera de la masa activa del concurso, o incluso de aquellos bienes y derechos incluidos en dicha masa activa pero desprovistos de valor de mercado, ello último para evitar un posible bloqueo del cierre del concurso ante determinados bienes embargables pero económicamente inaprovechables.

A dicho informe final se acompañará la rendición de cuentas que regula el art.181 LC y que analizábamos al estudiar la figura de la administración concursal, y aunque el art.152.3 LC prevé, como no podía ser de otro modo, un trámite de oposición previo a la conclusión del concurso, en la práctica se convierte en un mero formalismo sin que el concursado o los acreedores suelen oponerse a los criterios valorativos de la administración concursal.

¿Qué ocurriría si la administración concursal infringiera el orden legal de pagos? Aunque como argumento complementario ello pueda ponerse de manifiesto en una pretendida oposición a su rendición de cuentas (art.181.2 LC), no compartimos que dicho trámite permita una *reordenación* de los pagos, puesto que dicha potestad sencillamente no se contiene en el art.181 LC⁹³⁵, por lo que para remediar el posible perjuicio causado al acreedor o acreedores debe estarse ante el distinto trámite contemplado en el art.36 LC -responsabilidad de la administración concursal-. En consecuencia, la desaprobación de la rendición de cuentas sólo implicará su modificación formal de cara a su pretendida corrección⁹³⁶.

⁹³⁵ Así lo confirma la Sentencia núm.424/2015, de 22 de julio, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2015\3289), según la interpreta igualmente la Sentencia núm.201/2016, de 8 de julio, de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 8ª (JUR 2016\213394).

⁹³⁶ Sentencia núm.364/2014, de 17 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª (JUR 2015\97910).

5.2.2 El concurrente régimen del art.176.bis LC.

A la hora de estudiar el presupuesto objetivo para la declaración de concurso, ya hacíamos referencia al estadísticamente preocupante⁹³⁷ y generalizado fenómeno del *concurso sin masa, concurso del concurso o presupuesto del presupuesto*, distintos nombres para definir aquella situación en la que el patrimonio del futuro concursado es visiblemente -de la documentación de la demanda- tan escaso, que no se prevé suficiente siquiera para poder afrontar los gastos generados por el mismo proceso y/o tras su declaración: costas y gastos judiciales, honorarios de administración concursal, posibles gastos registrales, alimentos propios o por prestación a terceros, etc.

Esta situación y las diversas interpretaciones que se hacían para superarla, como también apuntábamos, fue superada tras la aparición del art.176.bis.4 LC, que permite la declaración y conclusión simultáneas en un mismo auto.

Sin embargo, como también señalábamos, dicha situación exterior y anómala al proceso -pues no sólo no permite su íntegro y normal desarrollo, sino que además frustra completamente cualquiera de sus fines, sea el convenio o una mínima satisfacción de los acreedores concursales⁹³⁸-, también puede perfectamente presentarse en una fase posterior al auto declarativo de concurso.

Para estos restantes supuestos, deberá tomarse como punto de partida el art.176.bis.2 LC, que exige a la administración concursal la inmediata comunicación al Juzgado de la insuficiencia de la masa activa como para poder abonar los créditos contra la masa.

No se trata de que la liquidación concursal ‘ordinaria’, antes analizada, alcance hasta donde ésta pueda alcanzar, en función de la composición, volumen, demanda y valor de mercado que presente la masa activa concursal, pues ello en ningún caso produciría la apertura del régimen del art.176.bis LC sino la presentación de un informe final y rendición de cuentas, ex arts.152.2 y 181 LC, previa conclusión del concurso y con independencia del remanente de créditos concursales que no hubieran podido ser satisfechos en el orden de los arts.154 y ss. LC. Por tanto, la *insuficiencia* aquí enjuiciada debe referirse necesariamente con respecto a los créditos contra la masa del concurso y no sobre los créditos concursales.

Dado que el citado art.176.bis.2 LC exige una mera *comunicación*, aunque si bien ésta debe contener una serie de datos mínimos -básicamente un juicio de comparación entre dichos créditos contra la masa devengados y pendientes de pago, frente a una

⁹³⁷ En el año 2016 crecieron los llamados *concursos exprés* de declaración y conclusión simultánea ex art.176.bis.4 LC, aumentando así un 19% en el partido judicial de Madrid y un 35% en Barcelona, según recoge el informe semestral “La administración concursal. Evolución de las designaciones”, Insolnet Soluciones Concursales, 2016. Esta noticia fue recogida en el periódico Expansión, en su edición en papel publicada en Valencia el 15 de julio de 2016, pág. 29.

⁹³⁸ Vid. *Exponendo II* de la Ley Concursal.

estimación del valor de mercado de la masa activa del concurso-, desde el punto de vista procesal tal *comunicación* no deja de ser un acto inatacable por parte de terceros⁹³⁹.

Asimismo, esta obligación de comunicar la insuficiencia de la masa activa para el pago de créditos contra la masa debe operar con independencia de que la administración concursal prevea una calificación culpable del concurso, o bien el ejercicio de acciones de reintegración o de responsabilidad de terceros.

Esta es la interpretación, a nuestro entender, que se colige del art.176.bis.1 LC, ya que si bien se hace mención a dichas actuaciones como impeditivas para la conclusión del concurso por esta causa, nada de ello interfiere en la autónoma obligación de comunicación que el art.176.bis.2 LC impone a la administración concursal, y, por tanto, dicha mención será exclusiva a los solos efectos de la ulterior solicitud de conclusión del concurso ex art.176.bis.3 LC.

Nada impediría incluso, en dicho ínterin, un hipotético -aunque improbable- cambio material de circunstancias que ya no hiciese necesario solicitar la conclusión del concurso conforme al orden procesal que sigue el precepto.

La comunicación del art.176.bis.2 LC, aunque ésta no guarde efectos constitutivos⁹⁴⁰, provoca una verdadera *suspensión* del concurso⁹⁴¹, de tal modo que su funcionamiento se sustituye y reduce al contenido del art.176.bis LC: distribuir la masa activa y pagar los créditos contra la masa *desde ese momento*⁹⁴² conforme al nuevo orden especial previsto en dicho precepto⁹⁴³.

⁹³⁹ La respuesta a esta cuestión ya fue unánime por parte de los Magistrados de los Juzgados de lo Mercantil de Madrid, en sus primerizas *Conclusiones de 13 de diciembre de 2011, sobre criterios de aplicación de la reforma de la Ley Concursal*, anteriormente citadas.

⁹⁴⁰ Se puso fin, de una vez por todas, a la tesis de la administración pública acreedora y personada en los procesos concursales, que defendía la aplicación del nuevo orden de pagos contra la masa únicamente sobre los créditos con vencimiento posterior a tal comunicación (art.176.bis.2 LC), mediante la Sentencia núm.306/2015, de 9 de junio, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2015\2640), dando así la razón a la mejor tesis sobre el carácter *no-constitutivo* de tal comunicación (vid. Sentencia núm.213/2013, de 6 de noviembre, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao, JUR 2014\21115).

⁹⁴¹ Interpretación que defiende GARCÍA CRUCES, J.A., “El fracaso del proceso concursal ya declarado.”, Anuario de Derecho Concursal, ed. Civitas, núm.30/2013, y que igualmente se desprende por la utilización del término “reanudación” en el art.176.bis.5 LC. En el mismo sentido se pronuncia el Magistrado-Juez TALENS SEGUI, J., en AA.VV., *Practicum concursal 2014*, ed. Aranzadi, 2014, págs.806 y 813.

⁹⁴² El *momento* al que se refiere el art.176.bis.2 LC es el acto de la comunicación al Juzgado por parte de la administración concursal y no su posterior puesta de manifiesto a las partes personadas, como también prevé el mismo artículo, ya que ello podría provocar una demora práctica muy obstaculizadora.

En esta línea destaca la opinión del Magistrado-Juez BLANCO SARALEGUI, J.M., *La conclusión del concurso por insuficiencia de la masa activa*, ed. Fe d'erratas, 2013, pág.36.

⁹⁴³ Ello sin perjuicio de que el concepto de *gastos imprescindibles*, allí reglado, pueda ser también aplicable en liquidación concursal sin insuficiencia de masa activa (art.84.3 LC). Así lo ha defendido con base en su aplicación por analogía, y de forma ciertamente novedosa, la Sentencia núm.226/2017, de 6 de abril, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (JUR 2017\86725).

Por tanto, como el concurso puede quedar en suspenso en cualquier momento desde que se convierte en materialmente insostenible, no resultaría necesario, por ejemplo, que la administración concursal cumplimentase los trámites de elaboración de inventario y lista de acreedores, si es que éstos no llegaron a tener lugar⁹⁴⁴, aunque su elaboración extraoficial acabe resultando conveniente a los efectos de delimitar precisamente cuándo se está ante un crédito contra la masa.

Del igual forma, no sería necesario que la administración concursal inste la apertura de la fase de liquidación -si no estaba ya abierta-, sino que puede y debe liquidar la masa activa directamente, sin necesidad de contar con un plan de liquidación aprobado. Esta interpretación sería la más respetuosa con la naturaleza excluyente del art.176.bis LC y sus efectos, que lo alejan del proceder ordinario que establece el proceso concursal, pues de lo contrario se provocaría un retraso que convertiría en inprovechable el precepto.

Pese a ello, en la realidad diaria se observa la prudente aunque dilatoria práctica de solicitar autorización judicial, por parte de la administración concursal al amparo de los arts.43.2 y 188 LC, para proceder a la enajenación de aquella masa activa ilíquida cuando no exista un plan de liquidación aprobado que permita su simple continuación en sede procedimental del art.176.bis.2 LC. En defensa de esta posición más conservadora, también cabe argüir que si las facultades patrimoniales del concursado se hallaran únicamente intervenidas, entonces parece más adecuado darle previa audiencia para conocer su postura ante las propuestas de enajenación que formule la administración concursal.

El efecto más polémico que trae consigo el art.176.bis LC no podía ser otro que la alteración que provoca en el pago de los créditos contra la masa, a los que divide en cinco nuevos ordinales. Relevado queda pues el principio general del pago al vencimiento contenido en el art.84.3 LC, que también se ve desplazado por la especialísima regulación del art.176.bis LC.

Por otro lado, directamente olvidada queda la posición de cualquier tipo de acreedor concursal -excepción hecha de los que cuenten con privilegio especial-, ya que la propia naturaleza del art.176.bis LC implica que sus créditos vayan a quedar totalmente insatisfechos, junto con aquellos créditos contra la masa a los que no alcance la masa activa, presupuesto que es a la postre el que habilita la apertura del art.176.bis LC.

Sobre esta cuestión, se ha de recordar que la comunicación del art.176.bis.2 LC no posee ninguna eficacia constitutiva, sino que sus efectos se producen desde que tenga lugar el presupuesto de hecho de la norma; por tanto, aunque la administración concursal debe comunicar la nueva situación a la mayor brevedad posible, los créditos

⁹⁴⁴ Así lo defiende LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *El proceso concursal*, ed. Aranzadi, 2012, pág.470.

contra la masa no satisfechos con anterioridad a dicha comunicación también quedan afectos al nuevo orden del art.176.bis LC⁹⁴⁵.

En cuanto al orden de pagos en sí, con carácter previo a dicha clasificación especial el mismo precepto antepone el pago de aquello que se considere *créditos imprescindibles para concluir la liquidación* (art.176.bis.2 LC). Del dictado literal de la citada norma ya se desprende una instrucción de apartar cualesquiera cuantías sean necesarias para tal fin, antes de adentrarse en el nuevo orden de pagos. Tal es la necesidad en prededucir estos gastos imprescindibles para el correcto funcionamiento del proceso concursal que, incluso, es dable su aplicación por analogía aun en el seno de la fase de liquidación concursal sin insuficiencia de masa activa (art.84.3 LC)⁹⁴⁶.

¿Qué puede considerarse como gasto imprescindible? A modo de ejemplo, sin duda debieran serlo aquellos honorarios devengados por la administración concursal y propios de la fase de liquidación⁹⁴⁷, si bien esta interpretación ha sido matizada por nuestro alto tribunal⁹⁴⁸ al exigir su previa autorización judicial (art.188 LC), no faltando resoluciones posteriores⁹⁴⁹ que critican dicha matización ante la imposibilidad de su individualización por actuaciones concretas (concluyendo así que serán imprescindibles todos los honorarios propios de la liquidación); así como los gastos propios -notariales, registrales- de las compraventas que se prevean para la conversión en dinero de la masa activa del concurso, con el objeto de poder *distribuir* la misma ex art.176.bis.3 LC.

En cualquier caso, una vez deducidos los *gastos imprescindibles* es cuando entran en escena los ordinales de pago del art.176.bis.2 LC, que en el concurso de persona física casi con toda certeza encabezarán los créditos por alimentos ex art.176.bis.2.3º LC.

Por otro lado, en cuanto a la posible coordinación entre liquidación conyugal y liquidación concursal ex art.77.2 LC, si la apertura de la fase de liquidación no hubiese

⁹⁴⁵ Por su claridad a este respecto, destaca la Sentencia núm.213/2013, de 6 de noviembre, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao (JUR 2013\21115).

En el mismo sentido, Sentencia núm.153/2013, de 23 de mayo, de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 2ª (JUR 2013\261697).

⁹⁴⁶ Sentencia núm.226/2017, de 6 de abril, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (JUR 2017\86725).

⁹⁴⁷ A favor de esta interpretación, destaca la Sentencia núm.135/2013, de 19 de junio, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao (AC 2013\1510).

Matizando dicha postura, vid. Sentencia núm.73/2013, de 14 de junio, del Juzgado de Primera Instancia núm.4 de Jaén (AC 2013\1635), que considera que únicamente los honorarios devengados desde la comunicación del art.176.bis.2 LC merecen la consideración de *gasto imprescindible*, y no la totalidad de los que pudieran estar pendientes de abono dentro de la fase liquidadora, si es que ésta llegó a abrirse.

⁹⁴⁸ Sentencia núm.390/2016, de 8 de junio, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (recurso núm.126/2014).

Criterio que ha sido duramente criticado y refutado por la Asociación profesional de Administradores Concursales (ASPAC). Disponible en: <http://delamorena.net/retribucion-la-administracion-concursal-sts-8-junio-2016/>

⁹⁴⁹ Auto de 16 de marzo de 2017, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Córdoba (autos núm. 270.05/2012).

tenido lugar, ahora bajo el singular régimen del art.176.bis LC la posición del precepto quedaría en entredicho, salvo que el término *liquidación* se entienda desde un punto de vista material y no necesariamente procesal.

En último lugar, una vez distribuida la masa activa y reordenados los pagos de créditos contra la masa conforme al art.176.bis.2 LC, la administración concursal procederá a presentar un informe justificativo, esta vez sí, solicitando la conclusión del concurso y motivando la inexistencia de acciones de responsabilidad frente a terceros –hipótesis no aplicable en el concurso de persona física⁹⁵⁰- o de reintegración -art.71 LC-, así como que el concurso no será calificado como culpable, o bien que el ejercicio de tales actuaciones se presume económicamente estéril o insuficiente.

Dicho informe justificativo final, el cual se presentará simultáneamente junto con la rendición de cuentas -por economía procesal, aunque el precepto no lo indique expresamente-, es susceptible de oposición que se tramitaría mediante incidente concursal.

Este trámite de oposición frente al precitado informe final resultará preclusivo para cualquier legitimado que, en su caso, pretenda discutir el criterio de la administración concursal utilizado para instar la conclusión del concurso, puesto que el art.177.1 LC impide recurrir el ulterior auto de conclusión a falta de dicha oposición previa, mientras que por el contrario incluso la sentencia desfavorable que resuelva tal oposición todavía sería recurrible en apelación (art.177.2 LC) que se resolvería con carácter preferente (art.197.5 LC)⁹⁵¹.

De haberse ejercitado oposición únicamente frente a una de las dos pretensiones que normalmente se formularán de manera conjunta (aprobación de la rendición de cuentas y conclusión del concurso), lógicamente el recurso de apelación sólo podrá limitarse (art.456 LEC) a recurrir la sentencia por razón de aquella pretensión combatida en la instancia⁹⁵².

En definitiva, téngase claro que las posibilidades de oposición solamente podrán ser planteadas con carácter previo al auto de conclusión y no mediante su impugnación, que no será posible, a diferencia de lo que veíamos en el auto de declaración y conclusión de

⁹⁵⁰ El precepto, con cierta imprecisión, está haciendo referencia a la consideración de sujetos responsables por acciones dentro del proceso y no fuera del mismo, responsabilidad por tanto derivada de las acciones que prevé la LC -arts.48 bis, 48.quáter y 172.bis LC-, siendo que estas figuras están exclusivamente destinadas a los concursos de persona jurídica.

En este sentido, MOYA BALLESTER, J., “La conclusión de los concursos sin masa de las sociedades de capital.”, Anuario de Derecho Concursal, ed. Civitas, núm.29/2013.

⁹⁵¹ Sentencia núm.196/2015, de 5 de noviembre, del Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid (JUR 2016\109632).

⁹⁵² Así lo advierte al informar de su régimen de recursos la Sentencia núm.46/2016, de 29 de febrero, del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Álava (JUR 2016\87059).

concurso simultáneas, ex art.176.bis.4 LC, que excepcionalmente y debido a la falta de audiencia previa sí que es recurrible en apelación.

Finalmente, al igual que sucede en la conclusión de la liquidación ordinaria (art.152.2 LC), el art.176.bis.3 LC es igual de previsor al permitir que no se bloquee la conclusión del concurso por el mero hecho de persistir en el haber de la masa activa embargable bienes o derechos desprovistos de valor de mercado, o cuyo coste de realización sea desproporcionado en contraste con su valor venal.

En este sentido, tratándose de una persona física, quien además ya debería contar con cierto haber protegido de la liquidación concursal (arts.605 a 607 LEC), afortunadamente aquí no se crea la enredosa paradoja que suele tener lugar en las personas jurídicas concursadas, ya que éstas deben ser objeto de extinción formal vía auto de conclusión del concurso (art.178.3 LC), y ello aunque pudiesen continuar siendo titulares tanto de bienes y derechos como de obligaciones. Una anomalía que ya apuntábamos al tratar la figura de los concursos sin masa *ab initio*, pues se resuelven directamente mediante auto de declaración y conclusión de concurso simultáneos (art.176.bis.4 LC). Así pues, para no dejar ignorada la subsistente realidad patrimonial y obligacional de la persona jurídica pese a su extinción (art.178.3 LC), viene defendiéndose la subsistencia de su personalidad jurídica hasta que no se produzca el agotamiento de todas sus relaciones jurídicas⁹⁵³.

En cualquier caso, se hace necesario realizar dos breves puntualizaciones sobre el posible remanente de masa activa del concurso de una persona física que no haya sido posible *distribuir*. La primera es que un bien inmueble, pese a la protección registral que conlleva (art.2.1º LH), indudablemente puede verse desprovisto de valor de mercado en un determinado momento. Ahora bien, la inclusión de un bien inmueble dentro de la masa activa no puede ser óbice que deba impedir la conclusión del concurso, en tanto que ni el art.152.2 LC ni el art.176.bis.3 LC distinguen siquiera, a modo de excepción, entre bienes muebles o inmuebles. Procede, pues, excluir conceptualmente de la masa activa (art.76 LC) tal bien inmueble y devolver así su posesión al deudor concursado⁹⁵⁴.

Por otro lado, cabe plantearse qué tratamiento deben recibir aquellos bienes o derechos concretamente afectos a garantía real, dentro de la especial distribución de la masa activa que ordena el art.176.bis.3 LC; así, por ejemplo, un bien inmueble hipotecado.

⁹⁵³ Pese a no ser objeto del presente estudio, cabe destacar el trabajo de MARTÍNEZ FLÓREZ, A., *La extinción de las sociedades de capital a causa de la conclusión de concurso*, ed. Civitas, 2013. Desde la práctica forense, es de interés el Auto núm.67/2012, de 22 de febrero, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Palma de Mallorca (AC 2013\522), o las conclusiones que el Magistrado-Juez NIETO DELGADO, C., expone en “Liquidación societaria y extinción de la persona jurídica concursada”, Anuario de Derecho Concursal, ed. Civitas, núm.29/2013, así como por último la ulterior y ya comentada Sentencia núm.220/2013, de 20 de marzo, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2013\2594).

Esta línea interpretativa ha sido confirmada en la posterior Sentencia núm.324/2017, de 24 de mayo, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (JUR 2017\123885).

⁹⁵⁴ Auto de 12 de junio de 2018, del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid (autos de concurso núm.685/2012).

En este sentido, la jurisprudencia⁹⁵⁵ viene rechazando que el proceso concursal se convierta en una suerte de ejecución hipotecaria, por cuanto ello contradice la esencia colectivista del proceso concursal y su interés común. Es por ello que la administración concursal deberá realizar una ponderación, entre el valor del bien o derecho y el crédito del acreedor titular de la garantía real, y sólo si se estimara que de su realización existiría un posible sobrante, teniendo en cuentas las normas de pago del art.155 LC, entonces deberá incluirse dicho bien o derecho en las operaciones de distribución (enajenación) que ordena el mentado art.176.bis.3 LC.

6. La calificación del concurso (arts.164 y 165 LC).

La calificación de la insolvencia, desde un punto de vista histórico, ha estado tradicionalmente vinculada a una finalidad represora sobre el sujeto insolvente, algo que ya hemos podido constatar en nuestro estudio sobre la evolución legal de la insolvencia en España expuesto en el Capítulo Primero, y que partía de aquella cruenta ejecución sobre la propia persona del deudor.

En la vigente Ley Concursal el legislador ha optado por mantener la pieza procedimental separada de la calificación del concurso, por medio de su sección sexta, siguiendo así la tradición ya vigente en la LEC 1881 (vid. arts.1295 y ss. para el concurso de acreedores, así como arts.1382 y ss. en la quiebra) y que algún autor⁹⁵⁶ ha criticado por su concepción represora: la etiquetación de los sujetos afectos a la calificación como fortuitos o culpables, con el estigma social y excesivo mensaje de reproche que dicho sometimiento a una pieza calificadora puede causar sobre el ya de por sí desafortunado estado de insolvencia.

Sin perjuicio del mantenimiento de la insolvencia punible como delito tipificado (arts.259 a 261.bis CP 1995), si bien ajustado al principio de *ultima ratio* penal, cabe observar en la práctica forense una escasa utilización de este tipo delictivo según los datos del INE⁹⁵⁷. No obstante, lo cierto es que su concurrencia se ha visto incrementada tras la ampliación de los tipos penales relativos a la insolvencia punible (arts.259 a 261 CP 1995) tras su reforma por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo⁹⁵⁸.

⁹⁵⁵ Por todos, vid. Auto núm.135/2012, de 21 de septiembre, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª (JUR 2012\398386).

⁹⁵⁶ GURREA-MARTÍNEZ, A., “La incomprensible vigencia de la sección de calificación en el Derecho concursal español del siglo XXI”, ed. Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas, núm.1/2016.

⁹⁵⁷ Según el Instituto Nacional de Estadística, un total de 403 personas físicas fueron condenadas por delitos de insolvencia punible en el año 2011. Enlace:

<http://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?path=/t18/p466/a2011/10/&file=01001.px>

⁹⁵⁸ De nuevo con base en los datos publicados en el INE, se observa un total (sin distinción entre personas físicas y jurídicas) de 660 condenados por delitos de insolvencia punible en el año 2015, así como 835 para el año 2016, el primero íntegro con los nuevos (y más severos) tipos penales de insolvencia punible.

Datos obtenidos de <http://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=25997&L=0>

A pesar de dicha reforma que vino a recortar la *ultima ratio* del tipo penal, endureciendo y ampliando el concepto de insolvencia punible, debe seguir afirmándose que la autonomía de los tipos penales frente a la pieza de calificación concursal es *plena*, siendo que tal calificación concursal no vincula a los órganos penales (art.163.2 LC).

Con el expresivo binomio *fortuita* y *culpable* creado para la calificación concursal (art.163.1 LC), la Ley Concursal trajo consigo una de las novedades más significativas para el tratamiento de la posible responsabilidad por insolvencia, aspecto que con anterioridad a la LC se dirimía en sede penal y donde la calificación de culpabilidad era un mero requisito de *procedibilidad* (art.1300 LEC 1881), sin verdaderos efectos jurídico-civiles⁹⁵⁹. Con la calificación concursal, en cambio, se crea una esfera autónoma y alejada de la penal, sin sustituir a ésta y sin que signifique tampoco la necesaria concurrencia de ambas.

El objeto de la calificación posee un marcado carácter público⁹⁶⁰ pese a tramitarse en el orden jurisdiccional civil, como ya se desprende de la intervención en la pieza de calificación del Ministerio Fiscal, y la previsión de una sanción *inhabilitadora* en la sentencia de calificación culpable que busca eliminar del tráfico jurídico a los sujetos que han demostrado un comportamiento especialmente dañoso.

En primer lugar, se ha de notar que la actual legislación concursal no contempla definición alguna sobre el carácter fortuito del concurso, debiendo entenderse por éste todo aquel que no encaje en las conductas sancionadas a lo largo de los arts.164 y 165 LC. Con todo, no está de más recordar que en el derogado art.887 del C de C de 1885 sí se conceptualizaba la llamada *quiebra fortuita*, en términos de *infortunios sobrevenidos* y ajenos al *orden regular y prudente de una buena administración mercantil*.

Por su parte, en lo que se refiere al concepto y presupuestos conducentes a definir la culpabilidad concursal, en tanto que ésta sí se encuentra definida normativamente, nos interesa decir más bien poco habida cuenta de la naturaleza jurisdiccional y no material de esta tesis.

No obstante, por simples motivos de claridad e integración explicativa, brevemente cabe destacar el sistema escalonado que configura la LC y que se inicia con el presupuesto general del art.164.1 LC, exigiendo éste para poder apreciar la culpabilidad del concurso una acción u omisión; la producción de un daño que *genere o agrave* la insolvencia; la relación de causalidad entre ambos elementos anteriores; así como

⁹⁵⁹ También en la normativa aplicable al deudor comerciante la calificación de culpabilidad tenía una función meramente *preparatoria* del proceso penal (art.896 del C de C de 1885).

Así se recordaba en la Sentencia núm.197/2007, de 25 de junio, de la Audiencia Provincial de León, Sección 1ª (JUR 2007\337218).

⁹⁶⁰ Repasando dicha naturaleza cabe destacar al Magistrado-Juez MUÑOZ PAREDES, A., en AA.VV., *Tratado judicial de la insolvencia, Tomo II*, ed. Aranzadi, 2012, pág.597.

finalmente la existencia de dolo o culpa grave⁹⁶¹ al tiempo de haber cometido dicha acción u omisión. Cuando falte alguno de estos elementos, sea por ejemplo la acreditación de dicho dolo o culpa grave, la pretensión de calificación culpable deberá en tal caso decaer con independencia de que concurran el resto de los exigidos (pues son cumulativos) en dicho art.164.1 LC⁹⁶².

Por otro lado, en cuanto al plazo de dos años que señala el mismo art.164.1 LC, desde una interpretación tanto de orden de aparición, así como teleológica, cabe entender que dicho plazo únicamente está referido a los representantes del sujeto persona jurídica y no así respecto del posible representante legal de la persona física concursada.

Además de que el Tribunal Supremo ha acogido -finalmente- esta misma interpretación⁹⁶³, prueba última de ello es la indiscriminada mención (“*así como [...]*”) a los “*socios*”, de lo que se deduce que a partir de la mención “*en caso de persona jurídica*” en el art.164.1 LC, todo lo que sigue a dicho enunciado se encuentra necesariamente circunscrito al ámbito de la persona jurídica concursada, ya resulte obvio -la citada mención a los socios- o no tan obvio -el plazo de representación-. En todo caso, téngase en cuenta que la aludida limitación temporal (dos años anteriores al concurso) afectaría únicamente a dicha representación y no a las propias conductas en sí⁹⁶⁴.

A continuación, el art.164.2 LC establece una serie de presupuestos de culpabilidad *iuris et de iure*, que por tanto no admiten prueba en contrario y si efectivamente concurren conllevarán la calificación de culpabilidad, si bien no constituyen ninguna suerte de *numerus clausus* para con el art.164.1 LC⁹⁶⁵. La justificación para eximir de dicha prueba sobre la intencionalidad del causante, en cualquiera de las presunciones ex art.164.2 LC, se concreta en la necesidad de que ante la dificultad de tal prueba, así

⁹⁶¹ Lo que a su vez exige un elemento intencional o subjetivo por parte del sujeto en cuestión, en el sentido de haber incumplido dolosa o culposamente los deberes más elementales para evitar la producción del estado de insolvencia y/o su agravamiento.

GARCÍA CRUCES, J.A., en AA.VV., *Comentario de la Ley Concursal, Tomo II*, ed. Civitas, 2008, pág.2523.

⁹⁶² Sentencia núm.33/2016, de 17 de marzo, del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid (Autos de incidente concursal núm.766/2015).

⁹⁶³ Sentencia núm.583/2017, de 27 de octubre, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (CENDOJ 28079110012017100553).

⁹⁶⁴ Sentencia núm.202/2017, de 29 de marzo, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (CENDOJ 28079110012017100195).

⁹⁶⁵ Así lo recuerda la Sentencia núm.185/2015, de 10 de abril, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2015\1517), en relación tanto con las presunciones del art.164.2 LC como con aquellas otras del art.165 LC.

como la *intrínseca gravedad*⁹⁶⁶ de las conductas allí descritas, el legislador prefiere dar por hecho la culpabilidad sin admitir prueba en contrario.

Por tanto, tal y como nuestro alto tribunal recordaba contundentemente en el Auto de 26 de noviembre de 2013, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª⁹⁶⁷, *la ejecución de las conductas, positivas o negativas, que se describen en los seis ordinales de la norma, es determinante de aquella calificación por sí sola -esto es, aunque no haya generado o agravado el estado de insolvencia del concursado o concursada-*, por tanto bastando con acreditar -eso sí- que el sujeto cuya culpabilidad se pretende efectivamente ejecutó alguna de estas conductas⁹⁶⁸.

Por su parte, seguidamente el art.165 LC concreta una segunda partida de presunciones, en este caso *iuris tantum*, siendo que *tradicionalmente* se ha interpretado que su mera concurrencia por sí sola es insuficiente si no han contribuido a generar o agravar la insolvencia⁹⁶⁹. Por consiguiente, el art.165 LC sólo ha venido sirviendo a los efectos de enervar la carga probatoria sobre este último requisito relativo a la intencionalidad de la conducta -que se presume de tal modo reprochable-, siendo que todavía restaría a la parte demandante (administración concursal y/o Ministerio Fiscal) soportar la carga de la prueba de los restantes requisitos que establece el art.164.1 LC: la producción de un daño que *genere* o *agrave* la insolvencia y la relación de causalidad entre dicho daño y la acción u omisión cuya intencionalidad se ha presumido dolosa o culposa ex art.165 LC.

Decimos que *tradicionalmente se ha interpretado* del modo comentado en el párrafo anterior, puesto que en la reforma del art.165 LC operada por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, se ha modificado el art.165.1 LC y ahora éste comienza su articulado estableciendo que *el concurso se presume culpable, salvo prueba en contrario (...)*.

Nótese que con dicha nueva redacción se altera el objeto de regulación del art.165 LC, que deja de recaer en valorar la conducta del deudor -uno sólo de los elementos del art.164.1 LC- y ahora se amplía para constituirse como verdaderas presunciones *iuris tantum* sobre la totalidad de elementos que exige el art.164.1 LC. La profunda

⁹⁶⁶ Según las define HERNANDO MENDÍVIL, J., *Calificación del concurso y coexistencia de las responsabilidades concursal y societaria*, ed. Bosch, 2013, pág.30.

⁹⁶⁷ JUR 2013\374037.

⁹⁶⁸ Vid., entre muchas otras, la Sentencia núm.259/2012, de 19 de julio, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2012\9000).

⁹⁶⁹ Sentencia núm.614/2011, de 17 de noviembre, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2012\3368), así como vid. igualmente la Sentencia núm.122/2014, de 1 de abril, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2014\2159).

Se recuerda en la precitada resolución que las presunciones del art.165 LC no son una especie de *tertium genus*, sino que solamente presumen el dolo o culpa grave, pero sin excluir la necesidad de su incidencia en la generación o agravación de la insolvencia ex art.164.1 LC.

trascendencia práctica de semejante enmienda, introducida por el Grupo Parlamentario Popular, se compadece mal con la escueta justificación facilitada por dicho grupo a la nueva redacción: *se introduce una mejora técnica en la redacción*⁹⁷⁰.

Aun así, pese a la mejorable justificación, se nos hace difícil poder seguir defendiendo en la no-naturaleza de *tertium genus* del art.165 LC tras su última y actual redacción, que ha producido su transformación fundamental: la novación de la naturaleza del art.165 LC por una igual de directa que la del art.164 LC, sólo que *iuris tantum*. En la misma línea se han venido pronunciado notables autores⁹⁷¹ y la jurisprudencia⁹⁷².

Con independencia del tipo de concursado la práctica forense ha demostrado que, salvo por la concurrencia de alguno de los presupuestos del art.164.2 LC o de las presunciones del art.165 LC, es poco habitual que la imprecisa y genérica cláusula del art.164.1 LC sea suficiente como para conducir a una calificación de culpabilidad, algo de lo que el propio legislador debió ser consciente al configurar toda esta suerte de presunciones a modo de asistencia para la estimación de una calificación culpable. Asimismo, dicho precepto también ha sido objeto de crítica⁹⁷³ por la equivalencia entre dolo -mala fe- y culpa *lata -no ver lo que todos ven-* que abruptamente realiza el legislador, así como que el verbo *mediar* que utiliza el art.164.1 LC participe de la misma imprecisión, lo que conduce a una valoración caso por caso sin un patrón claro de referencia.

6.1 Formación de la sección sexta (art.167 LC).

La formación de la sección sexta (art.183.6º LC) destinada a la calificación concursal se regula uniformemente en el art.167 LC, puesto que el tramite procedimental abreviado del concurso (art.191 LC) no contiene ninguna especialidad al respecto.

El art.167.1 LC contempla dos escenarios de formación de la sección sexta: en todo supuesto de liquidación concursal, ya hubiera sido formulado a instancias del concursado (art.142 LC) o de oficio (art.143 LC), si bien procediéndose con la formación de la sección sexta tras la posterior aprobación del oportuno plan de liquidación o la ordenación de ésta conforme a las normas legales supletorias (art.149 LC); o bien cuando hubiera tenido lugar la aprobación de un convenio concursal con

⁹⁷⁰ Vid. BOCG de 12 de marzo de 2015, pág.130.

⁹⁷¹ Así, el Magistrado-Juez y especialista del CGPJ, MUÑOZ PAREDES, A., en AA.VV., *Tratado judicial de la responsabilidad de los administradores, Volumen II*, ed. Aranzadi, 2015, pág.220 y ss.

⁹⁷² Sentencia de 29 de octubre de 2015, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4 y de lo Mercantil de Ciudad Real (JUR 2015\285118). En igual sentido, más recientemente, vid. Sentencia núm.57/2018, de 19 de enero, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª (JUR 2018\50839).

⁹⁷³ ÁVILA DE LA TORRE, A., en AA.VV., *Insolvencia y responsabilidad*, ed. Civitas, 2012, pág.31.

quita superior a un tercio o espera superior a tres años, procediéndose su formación en la sentencia aprobatoria de tal convenio.

Frente a la tradicionalmente pacífica claridad que presentaba el primer escenario arriba señalado, en el Capítulo Cuarto advertiremos de la críptica redacción que contiene el art.242.2.8º.II LC, que excepcionalmente parece eliminar el carácter imperativo de la formación de la sección sexta bajo el procedimiento liquidador del concurso *consecutivo*, a cambio de una suerte de principio dispositivo titularidad de los acreedores del concursado y sujeto a decisión última del juez del concurso. En aras de evitar reiteraciones, nos remitimos a las reflexiones allí contenidas al respecto.

Por su parte, varias son las cuestiones a considerar respecto del segundo supuesto (apertura de la calificación concursal vía aprobación de convenio), recogido en el art.167.1 LC. La primera de ellas, de orden práctico, consiste en una previa reflexión sobre la cuestionable conveniencia de que pese a lograrse la aprobación de un convenio concursal -hecho estadística y tristemente encomiable-, los sujetos potencialmente afectados por una calificación de culpabilidad (arts.164, 165, 166 y 172.2.1º LC) deban igualmente soportar dicho riesgo incierto. Sencillamente, no parece proporcionado premiar tan indudable éxito con la apertura de una pieza de calificación conductual.

Dicho lo cual, cabe reparar en la expresión *alternativa* que contiene el art.167.1.II LC, en el sentido de que exime del sometimiento a calificación concursal a aquellos concursos con un convenio judicialmente aprobado (art.127 LC) que contuviera una quita inferior a un tercio, o bien una espera inferior a tres años, por tanto no hallándonos ante presupuestos cumulativos sino alternativos. En el caso de propuestas de convenio con contenido alternativo (art.102 LC), se entiende que ninguna de tales alternativas debe rebasar dichos límites, como ya consideró la Sentencia núm.692/2010, de 30 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4^a⁹⁷⁴.

Por otra parte, téngase en cuenta que dichos límites de quita y espera pueden operar únicamente respecto de una *clase* de acreedores y no todos ellos, bastando por ejemplo con establecer una quita inferior a un tercio sobre una sola categoría de acreedores.

Para mayor flexibilidad, con la introducción (Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre) de la obligación de subclasificar a los acreedores de créditos con privilegio general o especial (art.94.2 LC), así como la potencial extensión de los efectos del convenio sobre éstos (art.134.3 LC), qué duda cabe de la potenciación que tales modificaciones conllevan para evitar la apertura de la sección sexta en sede de aprobación de convenio concursal, lo que podría conducirnos al extremo opuesto de lo anteriormente criticado (una excesiva facilidad para sortear la formación de la sección sexta). Piénsese así en un convenio concursal, aprobado con una espera de diez años (art.124.1.b) LC) y una quita inferior a tres años únicamente respecto de una mínima *clase* de acreedores configurada *ad hoc* en la respectiva propuesta de convenio.

⁹⁷⁴ AC 2011\169.

¿Qué elementos permiten constituir una *clase* de acreedores? Además de aquellas *clases* legales (acreedores ordinarios, subordinados, privilegiados y las subclases privilegiadas del art.94.2 LC) en la práctica forense se ha venido aceptando, por ejemplo, que la puedan formar un grupo de acreedores con idéntica clasificación crediticia y titulares de créditos con un mismo origen causal⁹⁷⁵, aunque no sumaran la totalidad de créditos reconocidos con la misma clasificación concursal.

¿Existen, pues, unos *mínimos* cuantitativos o cualitativos para poder formar una clase de acreedores? La Sentencia núm.136/2012, de 19 de junio, del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid⁹⁷⁶, deja entrever la posibilidad de apreciar fraude de Ley ante *clases* poco justificadas o nimias aunque reunieran un mismo rango crediticio, ya que podrían considerarse creadas con el único fin de eludir la apertura de la sección sexta, por el hecho de aplicar sobre tal *clase* una espera inferior a tres años o quita inferior a un tercio. Por su parte, la Sentencia núm.510/2016, de 10 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1^a⁹⁷⁷, va más allá al afirmar que tras la citada reforma del art.94.2 LC dicho precepto tiene la función de positivizar, taxativamente, qué cabe entender por *clase* de acreedores, sin que quepa la creación *ad hoc* de nuevas *clases*.

No creemos que haya sido ésta la intención del legislador con la aludida reforma del art.94.2 LC, por lo que cualquier hipotético fraude de Ley, entendemos, deberá ser opuesto y acreditado en el trámite de oposición por contenido del convenio (art.128.1.III LC), categoría en la que mejor encajaría dicho posible fraude, o en última instancia en sede de apelación de la sentencia aprobatoria de convenio (art.197.5 LC).

No todos los escenarios procesales están previstos y adecuadamente integrados en el art.167.1 LC.

Una habitual problemática se plantea, por desgracia, respecto del concurrente régimen procedimental del art.176.bis LC, esto es, la insuficiencia de masa activa como para poder satisfacer siquiera los créditos contra la masa.

De entrada, cabe preguntarse, ¿está reñida la obligación de comunicar el nuevo régimen (art.176.bis.2 LC) con una previsión de calificación de culpabilidad por parte de la administración concursal?

No debiera estarlo, ya que la previsión de culpabilidad supone un criterio únicamente destinado a impedir la conclusión del concurso (art.176.bis.1 LC), no así para enervar el

⁹⁷⁵ Vid. Sentencia núm.3/2012, de 10 de enero, del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid (AC 2012\370).

⁹⁷⁶ JUR 2012\335722.

⁹⁷⁷ JUR 2016\268697.

deber de comunicación que establece el art.176.bis.2 LC sobre la administración concursal⁹⁷⁸.

Con esta interpretación el problema se resuelve sólo parcialmente, ya que el especial trámite procedimental que luego sigue dicho precepto exige, una vez distribuida la masa activa conforme al nuevo orden legal de pagos (art.176.bis.2 LC), *razonar inexcusablemente* que el concurso no será calificado como culpable ex art.176.bis.3 LC.

Y así, una vez llegados a este punto, pueden darse dos hipótesis: la primera y más superable, que a fecha de la comunicación del art.176.bis.2º LC ya existiera un plan liquidador aprobado (art.148 LC), y, por tanto, una sección sexta en curso, en cuyo caso bastará con aguardar a la finalización de la misma conforme ordena el propio art.176.bis.1.II LC, antes de solicitar la conclusión del concurso y siempre que la resolución de la calificación resultara fortuita. De resultar culpable, entendemos que el referido trámite contenido en el art.176.bis.3 LC deberá entonces instarse con posterioridad a la firmeza de la Sentencia de culpabilidad, y, en su caso, al resultado económico y su distribución tras la ejecución de la misma.

Situación incasable es aquella otra en la que la comunicación del art.176.bis.2 LC, según se le ordena a la administración concursal, tuviera que formularse con anterioridad a la aprobación de un convenio concursal o de un plan de liquidación, puesto que el *iter* del art.176.bis LC se configura como un especial régimen procedimental que *suspende* y sustituye el ordinario, por tanto dejando de ser preceptiva la aprobación de un plan liquidador o la apertura siquiera de la misma fase de liquidación⁹⁷⁹.

Todo lo cual significa, irremediabilmente, que nunca podrá darse la formación de la sección sexta al no existir resolución habilitante para ello (art.167.1 LC), pues incluso el efecto de la ordenación de la liquidación conforme a las normas legales supletorias (art.149 LC) exigiría la apertura de la fase de liquidación y la desestimación de un plan liquidador (art.148.2 LC). Por muy frustrante que parezca aceptar esta rigidez procedimental, peor solución parece la inseguridad jurídica de adoptar -selectivamente- ciertos trámites procedimentales no contemplados en el art.176.bis LC y con efectos tan fundamentales sobre el proceso.

⁹⁷⁸ Buena prueba de ello da la Sentencia núm.210/2015, de 17 de septiembre, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª (Autos de incidente concursal núm.584/2014), en tanto que llega a desaprobar una rendición de cuentas (art.181 LC) por no haber presentado en tiempo y forma la comunicación del art.176.bis.2 LC y sin que dicha falta de presentación pueda sortear sus efectos, al no guardar ésta efectos constitutivos.

⁹⁷⁹ Interpretación que defiende, entre otros, el catedrático GARCÍA CRUCES, J.A., “El fracaso del proceso concursal ya declarado.”, Anuario de Derecho Concursal, ed. Civitas, núm.30/2013, y que asimismo se desprende por la utilización del término “reanudación” en el art.176.bis.5 LC que conlleva entender, *a sensu contrario*, que con la incoación del art.176.bis.2 LC se decreta la suspensión procedimental ordinaria del proceso concursal.

En el mismo sentido se pronuncia el Magistrado-Juez TALENS SEGUI, J., en AA.VV., *Practicum concursal 2014*, ed. Aranzadi, 2014, págs.806 y 813.

Consciente de esta problemática, MARTÍNEZ FLÓREZ⁹⁸⁰ propone anudar la apertura de la sección sexta de calificación también a la comunicación del art.176.bis.2 LC. Ello sin duda resultaría una solución razonable, pero más asimilable como propuesta *de lege ferenda*; pues como ya hemos señalado, iría en contra de toda seguridad jurídica procedimental que la apertura de la sección sexta pudiera darse bajo presupuestos no previstos en el art.167.1 LC, máxime dada su potencial naturaleza sancionadora.

Con independencia de la interpretación que se prefiera, existe otro controvertido matiz interpretativo respecto de si la calificación de culpabilidad puede valorarse exclusivamente desde un punto de vista economicista, es decir, atendiendo a si sería irrelevante la calificación culpable del concurso cuando se previera que su *resultado* no sería suficiente para el pago de los créditos contra la masa, lo que se traduce en analizar el patrimonio personal de los sujetos potencialmente afectos por la culpabilidad.

Esta posibilidad ya se desprende de los arts.176.bis.1.II y 176.bis.3 LC, en relación con las acciones de reintegración de la masa activa o de exigencia de responsabilidad de terceros, pero no queda tan claro si con ello (*responsabilidad de terceros*) la norma también engloba las pretensiones patrimoniales derivadas de la calificación concursal, léase la responsabilidad por daños y perjuicios (art.172.2.3º LC) y la responsabilidad concursal (art.172.bis LC).

Así lo defiende también MOYA BALLESTER⁹⁸¹, al analizar el art.176.bis.4 LC, precepto que también alude a la responsabilidad de terceros, cuyas conclusiones por tanto podemos considerar extrapolables, en el sentido de que en realidad se está exigiendo un doble pronóstico a la administración concursal: el devenir de la calificación concursal y la solvencia de los potenciales condenados. Más categóricamente, la Sentencia núm.592/2014, de 4 de noviembre, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª⁹⁸² parece cerrar este debate al afirmar en tan amplios términos que *los terceros a que se refiere el precepto son los que responden con sus bienes frente a todos los acreedores*.

Pese a todo, frente a esta postura en clave economicista, la Magistrado-Juez GONZÁLEZ LÓPEZ⁹⁸³ recuerda, y tampoco le falta razón, que la función sancionadora de orden público que contiene la calificación concursal no sólo se limita a la posible

⁹⁸⁰ Citada por FLORES SEGURA, M., “La liquidación concursal (VI Congreso Español de derecho de la Insolvencia. In memoriam Profesor Emilio Beltrán)”, Anuario de Derecho Concursal, ed. Civitas, núm.32/2014.

⁹⁸¹ MOYA BALLESTER, J., “La conclusión de los concursos sin masa de las sociedades de capital.”, Anuario de Derecho Concursal, ed. Civitas, núm.29/2013.

⁹⁸² RJ 2014\5878.

⁹⁸³ GONZÁLEZ LÓPEZ, E., en AA.VV., *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia*, ed. Aranzadi, 2013, pág.500.

responsabilidad concursal u otros efectos de contenido económico, sino que también descansa sobre sus efectos inhabilitadores (art.172.2.2º LC).

Pese a su corrección formal, no podemos mostrarnos partidarios de esta segunda interpretación, sencillamente por razones de orden práctico, ya que ello bloquearía tanto la conclusión del concurso (art.176.bis.3 LC) como la formación de la sección sexta, en aquellos supuestos en que la comunicación del art.176.bis.2 LC se hubiera tenido que efectuar con anterioridad a la aprobación del plan de liquidación y al mismo tiempo existieran visos de una calificación culpable.

Incluso cabe preguntarse por qué, el órgano de la administración concursal, debe asumir toda la consiguiente carga de trabajo probablemente sin expectativas de retribución alguna. Si la función del proceso concursal -la satisfacción de la masa pasiva- se ha visto totalmente frustrada por la aparición de un *concurso del concurso* -la insuficiencia para abonar créditos contra la masa-, el propio art.176.bis LC ya se erige como salvoconducto para suspender el proceso y evitar prolongar esta absurda situación.

Por todo ello, parece mucho más razonable exigir a la administración concursal, a la hora de valorar la interposición de la comunicación que regula el art.176.bis.2 LC, que realice -y justifique en dicha comunicación- una valoración patrimonial también sobre los sujetos potencialmente afectos a una calificación culpable con condena indemnizatoria, ello en los supuestos en los que la administración concursal sí previera una calificación culpable, por tanto debiendo sumar dicho activo titularidad de terceros a la hora de determinar la insuficiencia o no de la masa activa del sujeto concursado frente a los créditos contra la masa.

Esta es la interpretación que parece haber sido adoptada en los Acuerdos de los Jueces de lo Mercantil y Secretarios judiciales de Cataluña, de 3 de julio de 2014: *la posible calificación como culpable en el concurso impide la conclusión cuando sea previsible una condena de contenido patrimonial que pueda hacerse efectiva. La administración concursal deberá comprobar si la condena patrimonial puede hacerse efectiva a través de los registros de acceso público en que pueda constar información patrimonial de los posibles responsables de la calificación culpable.* También en favor de este criterio economicista se posiciona la Sentencia núm.292/2014, de 6 de octubre, de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5ª⁹⁸⁴, así como el Magistrado-Juez FERNÁNDEZ GONZÁLEZ⁹⁸⁵. A la hora de aplicar este mismo criterio en los concursos de persona física, y no obstante la inaplicación de la responsabilidad concursal (art.172.bis LC), dicho argumento puede igualmente mantenerse al amparo de los arts.172.2.3º y 172.3 LC.

⁹⁸⁴ JUR 2014\278015.

⁹⁸⁵ GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, V., en su ponencia -inérita- impartida en el III Congreso Nacional Aranzadi de Derecho Concursal, celebrado en Madrid los días 24 y 25 de noviembre de 2016.

¿Cómo reaccionar ante una decisión infundada o incorrecta de la administración concursal, que instó el trámite del art.176.bis.2 LC sin valorar debidamente estas circunstancias?

Sin perjuicio de las posibles acciones de responsabilidad frente a dicho órgano del concurso (arts.36.1 y 36.6 LC), que en ambos casos exigen de la acreditación del debido nexo de causalidad entre el acto y el deber de diligencia debida⁹⁸⁶, el incidente concursal contemplado en el art.176.bis.3.III LC se halla específicamente destinado a la distinta pretensión de combatir la propia conclusión del concurso, por lo que no parece el cauce previsto por el legislador para retrotraer los efectos procedimentales.

Antes bien, bastaría con limitarse a seguir el trámite verdaderamente incidental del posterior art.176.bis.5 LC: la potestad de *reanudación* del proceso concursal, término por cierto revelador del ya mentado efecto suspensivo que el art.176.bis LC provoca sobre el *iter* procedimental del concurso. Sólo así parece posible, efectivamente, reanudar dicho procedimiento y con ello la posibilidad de que, una vez reanudado, éste pueda proseguir hasta la efectiva formación de la sección sexta. En la práctica, si el informe justificativo del art.176.bis.3 LC ya hubiere sido puesto de manifiesto a las partes, en tal caso lógicamente se hace necesario incoar el incidente concursal del art.176.bis.3.III LC, para ejercer acumuladamente ambas peticiones.

En otro orden de aspectos téngase en cuenta, finalmente, el asentado cambio producido por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, en cuanto al momento procesal dentro del concurso en el que debe formarse la sección sexta bajo escenarios de liquidación concursal. Así pues, mientras que con anterioridad su formación se producía con el auto de apertura de la fase de liquidación, ahora dicha formación se demora hasta la -posterior- aprobación del plan liquidador (art.148.2 LC). No debemos olvidar que el auto que aprueba dicho plan recibe una publicidad notablemente menor que aquel otro relativo a la apertura de la fase liquidadora (art.144 LC), situación ésta que debiera ser cuanto menos objeto de reflexión.

6.2 La reapertura de la pieza de calificación (art.167.2 LC).

El art.167.2 LC regula el específico supuesto de hecho de que se produzca un incumplimiento de convenio, cuya concurrencia provocará la reapertura de la sección sexta bajo severas limitaciones en la *causa petendi* de la calificación, reducida así ésta a la presunción legal del art.164.2.3º LC. Sin embargo, la problemática es que la norma ignora la multiplicidad de supuestos en los que se puede producir tal incumplimiento.

El primero y más pacífico es la declaración judicial de incumplimiento (art.140 LC), esto es, a instancias de un acreedor mediante procedimiento de incidente concursal. No obstante, puede ocurrir también que el deudor solicite la liquidación cuando, durante la

⁹⁸⁶ DIEZ ECHEGARAY, J.L. y CARBAJO VASCO, D., *La responsabilidad general y tributaria de los administradores concursales*, ed. Tirant lo Blanch, 2015 (Tol 5200432).

vigencia del convenio, conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos (art.142.2 LC); lo que en la práctica forense se conoce como *declaración confesoria*.

Para los autores BELTRÁN SÁNCHEZ y CAMPUZANO⁹⁸⁷, sólo resulta de aplicación el art.167.2 LC cuando existe una declaración de incumplimiento de convenio vía art.140 LC, toda vez que analizan una resolución que sostiene lo contrario, buena prueba de la falta de una postura unívoca al respecto.

Entre la jurisprudencia, destaca la postura que defiende el *examen* de lo *acontecido con posterioridad* a la aprobación de tal convenio concursal, en el sentido de si ello *causó -o más propiamente, agravó- la insolvencia de forma culpable en los términos del artículo 164.1 de la Ley Concursal, hasta la apertura de la liquidación por reinsolvencia*. Dicho de otro modo, esta conducta del deudor puede y debe enjuiciarse por la vía del art.164.1 LC, con *apoyo* en las presunciones de los arts.164.2 y 165 LC, *tan sólo en la medida en que éstas encajen en conductas realizables después de la aprobación del convenio*. Postura ésta que reproducimos, por su detallado razonamiento, de la Sentencia de 4 de diciembre de 2014, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Pontevedra⁹⁸⁸.

Ahora bien, huelga advertir que el contexto en que se dicta dicha resolución trae causa de una apertura de liquidación concursal por *reinsolvencia* (art.142.2 LC), es decir, a instancias de un acreedor demandante, y no por el propio deudor por *conocer* de la imposibilidad de cumplimiento de su convenio concursal (supuesto igualmente regulado en el art.142.2 LC).

Se ha de reconocer, no obstante, la existencia de posiciones contrarias⁹⁸⁹ que consideran, más restrictivamente, que el examen de dicha segunda calificación concursal debe ceñirse a las causas del incumplimiento de convenio (aun no aplicándose la presunción del art.164.2.3º LC).

Asimismo, con posterioridad a la redacción originaria de este epígrafe, se ha tenido conocimiento de la Sentencia núm.246/2016, de 13 de abril, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª⁹⁹⁰, a través de la cual parece querer zanjarse todo este debate desde una postura *favor debitoris*: pues sea ya por incumplimiento de convenio propiamente dicho (art.140 LC), o bien sea por una declaración confesoria del deudor

⁹⁸⁷ BELTRÁN SÁNCHEZ, E., y CAMPUZANO, A., “El incumplimiento del convenio por causa imputable al concursado como hecho conducente a la calificación culpable del concurso (SJM1 LAS PALMAS 18.7.2011)”, Anuario de Derecho Concursal, ed. Civitas, núm.29/2013.

⁹⁸⁸ JUR 2015\38044. En el mismo sentido, vid. Sentencia núm.133/2015, de 21 de mayo, de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 1ª (JUR 2015\165338).

Esta última incluso afirma la procedencia en examinar conductas anteriores a la aprobación del convenio concursal y que no hubieran sido examinadas en la anterior pieza de calificación concursal.

⁹⁸⁹ Vid., entre otras, Sentencia núm.405/2013, de 7 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª (JUR 2014\9090) y Sentencia de 30 de enero de 2015, del Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Barcelona (JUR 2015\47952).

⁹⁹⁰ CENDOJ 28079119912016100007

(art.142.2 LC), en ambos supuestos deberá aplicarse el cauce procedimental del art.167.2 LC, y, con ello, el único cauce sustantivo -léase *causa petendi*- de culpabilidad allí disponible, cual es la del art.164.2.3º LC y ningún otro apartado de conducta presuntiva de culpabilidad o siquiera aquel otro precepto de carácter genérico (art.164.1 LC).

Argumenta el Tribunal Supremo que, de lo contrario, se pondría en mejor posición a aquel deudor que fuerza a uno de sus acreedores a demandar el incumplimiento de su convenio (art.140 LC), quien solamente sería juzgado por la vía del art.164.2.3º LC, a diferencia del deudor aparentemente más diligente que solicita la liquidación él mismo. Sin embargo, ciertamente las posibilidades de fraude, por ejemplo mediante una petición de liquidación premeditada e inmediata, fruto de un convenio de imposible cumplimiento *ab initio*, también se incrementan con esta interpretación.

Con todo, nuestro alto tribunal no resuelve qué sucedería en supuestos en los que la liquidación venga solicitada por un acreedor ajeno al convenio concursal durante la vigencia del mismo, supuesto éste que recoge el mismo art.142.2.II LC. Como bien advierte la Sentencia núm.56/2016, de 10 de marzo, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria⁹⁹¹, en estos casos resulta muy difícil, sino imposible o ajeno, limitar el objeto del proceso de culpabilidad a un hipotético incumplimiento del convenio concursal, cuando ello ni tan siquiera ha resultado ser la causa de la apertura de la fase de liquidación, debiendo así -sólo en estos supuestos de apertura de la fase de liquidación por *reinsolvencia*- persistir la interpretación propuesta en la Sentencia de 4 de diciembre de 2014, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Pontevedra, más arriba citada.

En cualquier caso, no deja de ser llamativo cómo nuestro alto tribunal también exime al deudor (incluso) de una posible falta de diligencia por solicitud tardía de la liquidación ex art.142.2 LC, es decir, desde que conoció o debió conocer, razonablemente, de la imposibilidad de cumplir el convenio, pues dicha actitud de demora o pasividad no tiene encaje en la causa de culpabilidad concursal del art.164.2.3º LC.

Similar problema se suscitó con motivo de la reforma concursal operada por el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre. En efecto, no cabe olvidar cómo su Disposición Transitoria Tercera permite a los sujetos concursados en fase de ejecución de convenio modificar éste, con el espíritu de que puedan aprovecharse de las flexibilidades introducidas para la figura del convenio concursal (arts.100.2 y 100.3 LC) por medio de tal reforma.

Dicha potestad novatoria sobre el convenio concursal, junto con ciertas mejoras aclaratorias en cuanto a su tramitación procedimental, ha sido de nuevo reiterada, y así ampliado su plazo, a computar desde los dos años siguientes a su ulterior reforma mediante la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal.

⁹⁹¹ JUR 2016\119894.

En cualquier caso, el legislador no ha erradicado la problemática sobre qué cabe entender por *incumplimiento* de convenio, según exige el art.2 de ambas Disposiciones. Si se considera un incidente de incumplimiento ex art.140 LC, nos hallaríamos ante un requisito de procedibilidad que quedaría en manos de los acreedores, únicos legitimados para instar el incidente concursal regulado en tal precepto. No parece que ésta fuera la intención de nuestro legislador, pues de este modo la finalidad última de dicha flexible transitoriedad -supuestamente extraordinaria- se vería muy restringida.

Reconociendo la valentía de las primeras resoluciones al respecto, la Magistrado-Juez MARTÍNEZ GALLEGO destaca en su Auto de 4 de noviembre de 2014, del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Orense⁹⁹², que *declarado el incumplimiento y antes de la firmeza de dicha resolución judicial, es el momento procesal para que tenga encaje la solicitud aquí efectuada, la modificación del convenio aprobado en su día*, permitiendo así que tal solicitud de incumplimiento sea efectuada por el propio deudor conjuntamente con la pretensión modificativa.

Ello sólo puede significar tener que encajar dicha petición de incumplimiento al amparo del art.142.2 LC, y, con ello, que en caso de no aprobarse la modificación conjuntamente pretendida proceda entonces la apertura de la fase de liquidación por la vía de este precepto (art.142.2 LC) y no por la del art.143.1.5º LC, como en cambio reflexiona a futuro la citada resolución. En definitiva, bajo el trámite de la citada Disposición Transitoria Tercera, la apertura de la fase de liquidación parece que debiera suponer la apertura de la fase de calificación ex art.167.1 LC y no por la vía del art.167.2 LC, pues no ha existido declaración de incumplimiento como tal (art.140 LC) según defendíamos más arriba.

Sin embargo, como ya se ha advertido, la Sentencia núm.246/2016, de 13 de abril, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª⁹⁹³, ha resuelto este debate en favor de una interpretación extensiva del art.167.2 LC, esto es, tanto para supuestos de incumplimiento de convenio propiamente dicho (art.140 LC), así como para supuestos en que el deudor es quien solicita la apertura de la fase de liquidación (art.142.2 LC).

Ignorando por completo este debate, sobre qué debe entenderse por *incumplimiento de convenio*, la Ley Concursal se limita a distinguir a continuación dos supuestos, en primer lugar, si con anterioridad ya se hubiera dictado auto de archivo o sentencia de calificación, en cuyo caso se ordenará la incorporación de tales actuaciones en la reapertura. Por el contrario, si la aprobación del convenio concursal hubiera evitado, conforme al art.167.1.II LC, la formación de la sección sexta, entonces se procederá a su formación en este momento.

La aparente irrelevancia de encajar el supuesto de hecho en el art.167.1 LC o el art.167.2 LC no lo es tal, sino que entraña una serie de limitaciones procedimentales y

⁹⁹² Autos de concurso núm.1192/2009.

⁹⁹³ CENDOJ 28079119912016100007.

en el derecho de acción, por cuanto de seguir el trámite del art.167.2 LC, a continuación el art.168.2 LC seguidamente limita el contenido de las alegaciones de los *interesados* en una calificación de culpabilidad, en el sentido de ordenarles en los casos de reapertura a que *sus escritos se limitarán a determinar si el concurso debe ser calificado como culpable en razón de incumplimiento del convenio por causa imputable al concursado.*

Con mayor importancia, también el art.169.3 LC añade otra norma procedimental -en este caso- destinada a limitar el *informe* de la administración concursal y el *dictamen* del Ministerio Fiscal, señalando que éstos únicamente deben determinar las causas del incumplimiento del convenio para la calificación, es decir, acotando notablemente la *causa petendi* de la posible culpabilidad⁹⁹⁴.

Teniendo en cuenta todas estas especialidades, cabe asimismo preguntarse, ¿resultarían dichas limitaciones (arts.168.2 y 169.3 LC) igualmente aplicables incluso cuando la formación de la sección sexta nunca hubiera tenido lugar, por razón del art.167.1.II LC (convenio *no gravoso*)?

Frente a la genérica remisión que los mentados preceptos efectúan al art.167.2 LC, se hace necesaria una interpretación correctora puesto que, de lo contrario, se estaría beneficiando a tales deudores de no verse sometidos a las restantes causas y presunciones de calificación concursal (arts.164 y 165 LC). Por tanto, como bien ha defendido SENÉS MOTILLA⁹⁹⁵, en los supuestos del art.167.2.2º LC la formación de la sección sexta no puede tener únicamente como objeto la valoración del incumplimiento del convenio sino guardar una plena autonomía, por cuanto no se está realmente ante una reapertura sino ante la misma formación de la sección en cuestión.

Por el contrario, respecto de los supuestos integrables en el art.167.2.1º LC, la calificación sí guardará una *cognición limitada*: determinar la existencia de una causa imputable al concursado por el incumplimiento de su convenio (art.164.2.3º LC), sin que sea posible reexaminar hechos anteriores a la reapertura, incluso aunque éstos no hubieran resultado conocidos al tiempo de la primigenia formación de la sección sexta y su respectiva resolución.

⁹⁹⁴ Vid. Sentencia núm.136/2011, de 18 de julio, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Las Palmas de Gran Canaria (AC 2011\1550).

Concluyendo que *el concurso solo puede ser declarado culpable puesto en relación con el incumplimiento imputable del convenio.*

⁹⁹⁵ SENÉS MOTILLA, C., en AA.VV., *Enciclopedia de derecho concursal, Tomo II*, ed. Aranzadi, 2012, pág.1739.

Criterio confirmado en la Sentencia núm.29/2013, de 12 de febrero, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2013\4934), e igualmente reproducido en la Sentencia núm.483/2013, de 23 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª (AC 2013\2309).

Esta fue la postura mantenida en la Sentencia de 21 de febrero de 2013, del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Vigo⁹⁹⁶, así como en la Sentencia núm.29/2013, de 12 de febrero, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª⁹⁹⁷; tesis *restrictiva* que aquí se comparte, por cuanto lo contrario supondría tanto como negar la eficacia de cosa juzgada a una hipotética y previa sentencia de calificación fortuita (art.172.1 LC), además de la propia interpretación restrictiva que merece toda norma sancionadora.

Finalmente, el art.172.bis.1.II LC introduce una enésima especialidad, en este caso no tanto procedimental sino a la hora de valorar la posible responsabilidad concursal fruto de la declaración de culpabilidad por reapertura. En efecto, puede suceder que la reapertura de la sección sexta viniera precedida de una previa sentencia de calificación culpable (art.167.2.1º LC), en cuyo caso se ordena al juez del concurso atender -para fijar la condena por déficit patrimonial- tanto a los hechos probados en aquella sentencia como a los ahora conducentes a la reapertura (art.172.bis.1.II LC).

Por consiguiente, dicha condena al déficit patrimonial comprenderá la cobertura tanto de la primera calificación culpable como de la segunda, que haya venido motivada fruto del incumplimiento del convenio, sumándose ambas a modo de *recalificación*, recayendo la carga de la prueba en la cuantificación de tal déficit imputable sobre la administración concursal o el Ministerio Fiscal⁹⁹⁸.

En cualquier caso, este último apunte sobre la responsabilidad concursal se realiza a los meros efectos de explicar unitariamente los efectos por la reapertura de la pieza de calificación, en tanto que resulta una figura inaplicable en los concursos de persona física (art.172.bis.1 LC) como se expondrá en su correspondiente epígrafe.

6.3 La condición de parte e intervención en la sección sexta (art.168 LC).

El art.168 LC regula una de las cuestiones que más controversia ha suscitado, en la esfera procesal, dentro del procedimiento de calificación: la posición que ocupan en la sección sexta los sujetos acreedores *-concursoales o contra la masa-* o cualquier persona que acreditara interés legítimo *-un socio de la persona jurídica concursada, un trabajador*⁹⁹⁹.

En consecuencia, no es admisible que un sujeto interese la personación sin ostentar la condición de acreedor sin alegar cualquier otra circunstancia legitimadora, como

⁹⁹⁶ JUR 2013\120911.

⁹⁹⁷ RJ 2013\4934.

⁹⁹⁸ RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., y HUERTA VIESCA, M.I., “La responsabilidad concursal de los administradores”, Anuario de Derecho Concursal, ed. Civitas, núm.28/2013.

⁹⁹⁹ Vid. Sentencia núm.15/2012, de 13 de febrero, del Tribunal Constitucional, Sala Primera (RTC 2012\15), reconociendo que la LC resulta diáfana sobre el concepto de *terceros* y, por ello, debiendo primar la interpretación flexible de la legitimación activa dentro del marco constitucional del art.24.1 CE.

tampoco lo es un escrito que -aun superando dicho filtro legitimador- no contenga alegaciones sustantivas interesando la culpabilidad del concurso¹⁰⁰⁰.

Lo primero que extraña al leer el precepto es la conclusión de que aquellos acreedores, ya personados en el concurso, deben igualmente volverse a personar según el tenor literal del art.168.1 LC y aunque el proceso concursal sea uno solo. Por tanto, la previa personación en el proceso concursal resulta válida para todas las sucesivas o simultáneas secciones¹⁰⁰¹, menos para la sección sexta, como viene recordándose -*ad exemplum*- en la Diligencia de ordenación de 28 de octubre de 2014, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Barcelona¹⁰⁰².

En cuanto a la forma de la personación, además de la representación procesal mediante procurador, naturalmente la misma queda sujeta a su solicitud en el plazo de diez días hábiles concedido en el mismo art.168.1 LC. Con todo, el Auto de 23 de marzo de 2016, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Cuenca¹⁰⁰³, consideró admisible una solicitud de personación formulada *ex ante* a la formación de la sección sexta, calificándola de *atemporánea* en lugar de *extemporánea*, si bien en parte motivada por un error judicial en la apertura de dicha sección.

Más allá de este ambiguo doble deber de personación, las complicaciones del art.168 LC trascienden a otros ámbitos mucho más preocupantes. Como ya se ha adelantado, algo tan sencillo como debiera ser el conocer la posición del acreedor o legitimado que efectivamente se *persona* en la sección sexta, lleva suscitando un longevo debate todavía sin resolver unívocamente.

Así, por un lado, destaca la conocida Sentencia núm.473/2010, de 4 de octubre, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª¹⁰⁰⁴, partidaria de considerar la intervención de tales sujetos como simples litisconsortes facultativos: es decir, podrán realizar *alegaciones* como les permite el precepto, pero no sostener una *pretensión* como tal. Dicho criterio también es compartido por el Magistrado-Juez SANZ ACOSTA¹⁰⁰⁵, así como en el posterior Auto de 30 de enero de 2012, del Juzgado de lo

¹⁰⁰⁰ Auto de 6 de julio de 2016, del Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid (autos de concurso núm.328/2014).

¹⁰⁰¹ A salvo de algún proceso concursal de considerable tamaño en los que, *motu proprio*, el Juzgado decida que en la sección quinta -fase de convenio- también procede una nueva personación aunque la Ley Concursal no lo exija.

Vid. así Providencia de 1 de septiembre de 2015, del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid (autos de concurso núm.139/2013).

¹⁰⁰² Autos de concurso núm.429/2013-D.

¹⁰⁰³ Autos de concurso núm.319/2012.

¹⁰⁰⁴ AC 2010\1559.

¹⁰⁰⁵ SANZ ACOSTA, L., en AA.VV., *Comentario práctico a la nueva Ley Concursal*, ed. La Ley, 2012, pág.770.

Mercantil nº 6 de Madrid¹⁰⁰⁶ o en la Sentencia núm.144/2014, de 15 de mayo, de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª¹⁰⁰⁷.

Se trata ésta de la postura más acorde con lo dispuesto posteriormente en el art.170.1 LC, precepto clave para poder resolver esta cuestión. Y es que en dicho artículo, no cabe olvidar, se establece que una doble pretensión de calificación fortuita por parte de la administración concursal y el Ministerio Fiscal conlleva, irremediamente, el archivo de las actuaciones sin que quepa recurso alguno frente al auto que así lo acuerde.

En el lado opuesto, destaca la corriente *superadora* de la literalidad del art.170.1 LC, como defiende LÓPEZ SÁNCHEZ¹⁰⁰⁸ o la conocida Sentencia núm.96/2011, de 11 de marzo, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Alicante¹⁰⁰⁹, a través de la cual se defiende la condición del interviniente como parte procesal autónoma en la pieza de calificación.

Ahora bien, sucede que frente a otras posibilidades, donde sí pueden llegar a ser admisibles este tipo de interpretaciones superadoras o correctoras, en el presente se está hablando de una pretensión que cuanto menos conlleva efectos sancionadores sobre terceros sujetos.

Es por ello que, pese a reconocer la poca claridad del legislador, debe primar una tesis restrictiva justificado en el tipo de materia a enjuiciar y sus efectos. Téngase en cuenta, incluso, que el *Exponendo VIII* de la LC ya define la calificación del concurso como un *contradictorio* entre administración concursal, Ministerio Fiscal, concursado y sujetos afectados por la calificación, excluyendo así a acreedores o terceros legitimados. Consecuentemente, debemos concluir que el escrito de *alegaciones* aludido en el mismo art.168.1 LC debe ser tratado como un mero escrito de *carácter auxiliar*¹⁰¹⁰.

¿Significa entonces que los sujetos señalados en el art.168.1 LC, personados en tiempo y forma, no ostentan la condición de parte?

En absoluto, puesto que así lo señala expresamente este precepto. Por tanto, resultando partes, no cabe duda de su intervención en una posible vista, su capacidad para proponer prueba, interponer recursos cuando ello sea posible (art.172.4 LC) o subsidiariamente

¹⁰⁰⁶ JUR 2012\61156.

¹⁰⁰⁷ JUR 2014\200515.

¹⁰⁰⁸ LÓPEZ SÁNCHEZ, J., en AA.VV., *Insolvencia y responsabilidad*, ed. Civitas, 2012, pág.134 y ss.

Con base en el derecho de tutela judicial efectiva, de cara a defender la recurribilidad del Auto que regula el art.170.1 LC, toda vez que la citada resolución de Alicante considera aplicable el art.170.1 LC únicamente cuando no existan sujetos personados ex art.168 LC.

¹⁰⁰⁹ AC 2011\1011.

¹⁰¹⁰ Expresión utilizada por el Magistrado-Juez GARCÍA MARRERO, J., en AA.VV., *Derecho concursal*, ed. Tirant lo Blanch, 2012, pág.637.

ejecutar una condena por responsabilidad concursal (art.172.bis.2 LC), sólo que el objeto del proceso -la pretensión- lo formarán exclusivamente la administración concursal y el Ministerio Fiscal, y por ende todas las precitadas posibilidades de actuación quedan subordinadas a tales pretensiones¹⁰¹¹.

La Sentencia núm.3/2014, de 13 de enero, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª¹⁰¹² argumentaba así que, por consiguiente, las partes personadas al amparo del art.168 LC no pueden proponer prueba sobre hechos o la intervención de terceros *no asumidos por los legitimados activos en sus respectivos informes de calificación*. En definitiva, que no cabe *considerar en la primera instancia hechos diferentes o pretensiones no incluidas en el objeto del proceso por los legitimados para sostener la pretensión de calificación*, según concluye la precitada resolución.

De todo ello, podemos concluir que los acreedores o terceros interesados ni son titulares de un derecho subjetivo sobre la calificación del concurso -como sucede en el derecho penal-, ni ostentan una legitimación extraordinaria para sostener una pretensión aun sin ser titulares de derechos subjetivos, y finalmente ni tan siquiera son verdaderas partes autónomas sino meros coadyuvantes que, además, únicamente pueden realizar alegaciones interesando la *culpabilidad* del concurso, no así su carácter fortuito ni la mera personación en la sección sexta¹⁰¹³.

La consecuencia, de seguirse la interpretación aquí defendida como viene siguiéndose en tantas plazas judiciales, resulta nada menos que admitir una especialidad en el proceso concursal a la norma general del art.13 LEC. En efecto, para comprender completamente el debate aquí expuesto, se ha de partir de que en la actual LEC no cabe la tradicional distinción entre intervención adhesiva *listisconsorcial* e intervención adhesiva *simple*, puesto que en la actualidad toda intervención debe gozar de la condición de parte autónoma¹⁰¹⁴. Tanto es así que, en algunas plazas judiciales, se admite la existencia de la intervención adhesiva simple si bien basada algo forzosamente, en el art.24 CE¹⁰¹⁵.

¹⁰¹¹ Así lo recuerda expresamente la Sentencia núm.10/2015, de 3 de febrero, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2015\644) en relación con la petición prevista en el art.172.bis LC.

Recordando asimismo que la intervención del art.168 LC, prevista para la sección sexta del proceso, no participa de la naturaleza del interviniente contenida en el art.193.2 LC, sino de aquella otra de mera intervención adhesiva simple.

¹⁰¹² JUR 2014\42055.

¹⁰¹³ Diligencia de ordenación de 2 de septiembre de 2013, del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid (autos de concurso núm.333/2010).

¹⁰¹⁴ GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, P., en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ed. Aranzadi, 2011, pág.274.

¹⁰¹⁵ Vid. Sentencia núm.103/2014, de 27 de marzo, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 14ª (JUR 2014\125421).

Diríase, por tanto, respecto del proceso concursal, que el *status* de parte sí parece permitir, en lo que se refiere al art.168 LC, una suerte de *intervención adhesiva simple* a modo de mero coadyuvante que interesa la calificación de culpabilidad, con la segunda peculiaridad de que tal intervención además resulta darse con anterioridad a la formulación de las respectivas pretensiones (art.169 LC) en lugar de posteriormente. Esta consideración de las partes personadas ex art.168 LC, bajo la modalidad de mera intervención adhesiva simple, ha sido acogida en la Sentencia núm.10/2015, de 3 de febrero, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1^a¹⁰¹⁶, como excepción a la plena intervención que regula el art.193.2 LC y el propio art.13 LEC.

Con todo, existe hasta una tercera peculiaridad, cual es la legitimación conferida a las partes personadas en la sección sexta incluidas, aquí sí, aquellas personadas por la vía del art.168 LC, para interponer recurso de apelación frente una sentencia de calificación fortuita o culpable (art.172.4 LC), según ha reconocido nuestro alto tribunal expresamente y recordado la Sentencia núm.57/2014, de 17 de febrero, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28^a¹⁰¹⁷. Sin embargo, nuestro alto tribunal¹⁰¹⁸ ha recordado que dicha legitimación activa no debe extenderse al punto de poder combatir pronunciamientos ajenos a tal resultado calificativo del concurso y que en nada afecten al recurrente, como lo sería recurrir un pronunciamiento condenatorio sobre un tercero. Así por ejemplo, tampoco el sujeto concursado se encontraría legitimado para recurrir un pronunciamiento condenatorio recaído sobre un cómplice, o bien dicha consideración de cómplice en sí misma.

No obstante, y pese a esta aparente autonomía que aquí se brinda a los personados al amparo del art.168 LC, no se olvide que a fin de cuentas éstos deberán atenerse al objeto del proceso previamente determinado y resuelto en la instancia, dejando pues tal autonomía en entredicho.

Recuérdese, además, que dicha legitimación extraordinaria para recurrir está previamente circunscrita a un procedimiento que exige, para la propia emisión de tal sentencia, al menos una pretensión de culpabilidad pues de lo contrario se ordenará el archivo de la sección mediante auto no susceptible de recurso (art.170.1 LC).

El art.168 LC cierra su cometido, en su apartado segundo, abordando el especial supuesto de la reapertura de la sección de calificación, hipótesis ésta a la que ya nos hemos referido y expuesto en el apartado anterior, remitiéndonos pues a las conclusiones allí contenidas.

¹⁰¹⁶ JUR 2015\73473.

La misma excepcionalidad procesal de la intervención adhesiva simple concurre en el ámbito de las acciones de reintegración (art.71 LC), según advierte la Sentencia núm.657/2017, de 1 de diciembre, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1^a (CENDOJ 28079110012017100621).

¹⁰¹⁷ JUR 2014\163100.

¹⁰¹⁸ Vid. Sentencia núm.395/2016, de 9 de junio, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1^a (CENDOJ 28079110012016100384).

6.4 Las pretensiones del *informe* y *dictamen* (art.169 LC).

Realizadas, en su caso, las *alegaciones* por parte de terceros legitimados al amparo del art.168 LC, según el alcance y naturaleza que hemos considerado que guardan dichas alegaciones así como la condición de parte de tales sujetos, a continuación el art.169 LC exige a la administración concursal emitir un informe ante el juez del concurso con *propuesta de resolución*.

En primer lugar, en cuanto a la presentación de dicho informe, el plazo de quince días al que se refiere el art.169.1 LC no ha de computarse *seguida y automáticamente*¹⁰¹⁹, sino que es necesaria una previa resolución judicial indicando que el primer plazo contenido en el art.168.1 LC ha transcurrido o, en su caso, dando traslado de las *alegaciones* oportunamente presentadas.

Ya destacábamos, y así cabe reiterarlo nuevamente, la anómala disfunción en el orden de actuaciones: aquellos sujetos (art.168 LC) que hemos considerado meros coadyuvantes de los titulares de la pretensión principal, pese a tal subordinación, deben formular no obstante sus alegaciones con carácter previo a la emisión de la referida pretensión.

En cualquier caso, cabe preguntarse, ¿en qué puede consistir esta pretensión, exclusiva titularidad de la administración concursal y el Ministerio Fiscal? Taxativamente, dicha pretensión se reduce a la calificación del concurso como fortuito o culpable, motivando su demanda así como expresando los sujetos afectos en caso de culpabilidad, junto con la determinación de los *daños y perjuicios*¹⁰²⁰ causados por éstos.

Repárese en la utilización de terminología procesal que estamos efectuando, deliberadamente, para definir el contenido del confusamente llamado *informe*, ya que lo cierto es que éste no puede identificarse sino con una demanda¹⁰²¹, por lo que en puridad debería ajustarse al contenido exigido para ésta (art.399 LEC): unos hechos (*causa petendi*), unos fundamentos de derecho, un *petitum* (delimitado en el art.169.1 LC) y finalmente una base probatoria con sus pertinentes plazos preclusivos de presentación conforme a la LEC. De igual modo, también cabrá solicitar la suspensión del plazo de presentación del *informe* por motivos extraordinarios (art.134.2 LEC)¹⁰²².

¹⁰¹⁹ Vid. Sentencia núm.153/2011, de 6 de abril, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª (JUR 2011\199853).

Tesis confirmada por nuestro alto tribunal en la Sentencia núm.45/2015, de 5 de febrero, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2015\1041).

¹⁰²⁰ Expresión ésta sumamente incompleta y la cual, entendemos, debe considerarse referida a la totalidad de efectos que potencialmente puede provocar la calificación de culpabilidad (arts.172 y 172.bis LC).

¹⁰²¹ DÍAZ MARTÍNEZ, M., *El proceso concursal*, ed. Centro de estudios Ramón Areces, 2012, pág.245.

¹⁰²² Sentencia núm.45/2015, de 5 de febrero, del Tribunal Supremo, *Op.cit.*

Buena prueba de ello se dio en la Sentencia núm.227/2010, de 22 de abril, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1^a¹⁰²³, en aquel caso aceptando -por motivos de economía procesal- la oportuna remisión al informe de la administración concursal que ya constaba en autos del concurso, a efectos de su proposición como prueba documental en el informe de calificación, de todo lo cual se desprenden unas normas procedimentales en materia de proposición de prueba inherentes al acto de demanda.

Ciertamente, el actual art.167.1.III LC -en su reforma por la Ley 9/2015, de 25 de mayo- evita este concreto problema al encabezarse la sección -entre otros- con el testimonio del informe de la administración concursal, pero en cualquier caso nos revela la normativa que rige el informe de calificación como una demanda a todos los efectos.

Por último, una vez emitido el informe (demanda) de la administración concursal, es cuando aparece el Ministerio Fiscal ex art.169.2 LC, siendo que se le dará traslado de dicho informe, junto con las restantes actuaciones contenidas en la sección sexta, a fin de que emita un dictamen que podrá incluso no emitir, entendiéndose así que no se opone a la pretensión de calificación formulada por la administración concursal¹⁰²⁴.

Sobre la referida intervención del Ministerio Fiscal, su sola presencia denota una cierta anormalidad por cuanto revela, como ya se ha dicho, un objeto -la calificación- de marcado carácter público pese a tramitarse en un proceso *ius privatista*. Sin embargo, precisamente por dicho carácter público, resulta conveniente -sino necesaria- la intervención del Ministerio Fiscal, y ello comenzando por las limitadísimas facultades materiales que ostenta la administración concursal, sin que pueda pretenderse que ésta realice una completa labor de investigación a modo de *instrucción* en términos procesales penales¹⁰²⁵.

En definitiva, no cabe duda que el Ministerio Fiscal también debería poseer un rol clave, aunque la *praxis* demuestra en ocasiones que sus dictámenes -cuando los emite, pues el propio legislador permite prescindir de los mismos- suelen ser de contenido reducido y limitándose a suscribir lo ya manifestado por la administración concursal, sin mayor o distinto análisis.

Frente a tales situaciones, se hace conveniente traer a colación la Instrucción núm.1/2013, de 23 de julio, de la Fiscalía General del Estado sobre la intervención del Fiscal en el proceso concursal, remarcando que el Fiscal *debe alcanzar sus propias conclusiones*, e incluso rechazando tajantemente que el Fiscal pueda dejar de emitir su dictamen aunque la LC interprete su silencio como una *no oposición* al criterio de la administración concursal.

¹⁰²³ RJ 2010\3545.

¹⁰²⁴ Aunque así lo dice ya el precepto, vid. Diligencia de ordenación de 17 de abril de 2015, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Barcelona (autos de concurso núm.426/2013-D).

¹⁰²⁵ Como bien recuerda la Sentencia núm.307/2008, de 12 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª (JUR 2009\102462).

Destaca finalmente dicha Instrucción, en lo que aquí interesa, la exigencia de adaptar el llamado *dictamen* a la *estructura básica* de una demanda en aras de evitar cualquier posible indefensión por los afectados, por tanto debiendo contener una serie de hechos, fundamentos de derecho y *petitum*, así como que el contenido de dicho dictamen-demanda debe además tener *especialmente presentes* los tipos sobre insolvencia punible (arts.257 a 261.bis CP).

6.5 Procedimiento sin *petitum* de culpabilidad (art.170 LC).

Como ya se ha tenido ocasión de explicar, cuando los únicos legitimados - administración concursal y Ministerio Fiscal- para ostentar una pretensión de calificación coincidieren en otorgar una proposición de calificación *fortuita*, el art.170.1 LC ordena el inmediato -sin más trámites- archivo de la sección sexta, resolución ésta que ni siquiera podrá ser objeto de recurso.

Por nuestra parte, ya nos hemos mostrado partidarios de la consideración de las restantes *partes* (art.168 LC) de la sección sexta como meros coadyuvantes, conforme a la Sentencia núm.473/2010, de 4 de octubre, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1^a¹⁰²⁶: podrán realizar *alegaciones* como les permite el precepto, pero no sostener una *pretensión* como tal. Este criterio, también apuntábamos, es igualmente compartido -citamos nuevamente para más claridad- por el Magistrado-Juez SANZ ACOSTA¹⁰²⁷, así como en el posterior Auto de 30 de enero de 2012, del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid¹⁰²⁸ o la Sentencia núm.144/2014, de 15 de mayo, de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9^a¹⁰²⁹.

Precisamente, muestra última de estas limitaciones en la condición de *parte* de tales sujetos es el especial orden procedimental contenido en el art.170.1 LC, que directamente impide a las restantes partes personadas (art.168 LC) oponerse en modo alguno ante una *doble pretensión* de calificación fortuita, ni por la vía del incidente concursal ni tampoco por la vía del recurso frente al auto archivando las actuaciones.

Téngase en cuenta, finalmente, que la LC permite (art.169.2) que el procedimiento de calificación siga su curso aunque el Fiscal no emitiera dictamen-demanda alguno, al margen de su comentada obligación de emisión reiterada en la Instrucción núm.1/2013, de 23 de julio, de la Fiscalía General del Estado, sobre la intervención del Fiscal en el proceso concursal.

¹⁰²⁶ AC 2010\1559.

¹⁰²⁷ SANZ ACOSTA, L., en AA.VV., *Comentario práctico a la nueva Ley Concursal*, ed. La Ley, 2012, pág.770.

¹⁰²⁸ JUR 2012\61156.

¹⁰²⁹ JUR 2014\200515.

Ante esta situación, podría dudarse si entonces la tramitación archivadora del art.170.1 LC seguiría siendo de aplicación en estos casos de ausencia de dictamen y una sola pretensión de calificación fortuita, lo que se responde afirmativamente, ya que aun por la vía del silencio continuaría sin existir una sola pretensión de calificación de culpabilidad que permitiera la apertura de un procedimiento con oposición. Se trata de una postura no demasiado pacífica entre la doctrina aunque compartida, entre otros autores, por PRENDES CARRIL¹⁰³⁰.

Por último, cabe preguntarse si este particular auto que regula el art.170.1 LC, y frente al que expresamente no cabe recurso alguno, encierra efectos de cosa juzgada material al estar resolviendo una pretensión -incluso dos- de petición de calificación concursal fortuita. De una parte, no sería la primera vez que el legislador permite a este tipo de resolución -distinta de la sentencia- semejantes efectos, véase el art.735 LEC en materia de medidas cautelares, así como el art.64.10 dentro de la propia Ley Concursal y relativo a las relaciones contractuales laborales del sujeto concursado.

Pese a tales antecedentes, la Sentencia de 27 de mayo de 2014, del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Vigo¹⁰³¹ es bastante clara al decantarse por negar dichos efectos de cosa juzgada, afirmando que resulta *obvio* que no puede guardarlos un auto literalmente limitado a archivar las actuaciones -aunque, no olvidemos, derivado de dos *petitums*-.

Así pues, y aunque esta supuesta obviedad no se nos hace tan evidente como exige su importancia, se trata ésta de una postura acertada por cuanto debe imperar el aludido fin o destino de tal auto con independencia del origen que lo motivó; y dicho fin no es sino meramente archivar las actuaciones. Todavía más, especialmente revelador sobre toda esta cuestión es el art.179.3 LC en materia de reapertura del proceso concursal, por medio del cual el legislador deja entrever que solamente una sentencia de calificación -sea su fallo calificar fortuito o culpable- contiene efectos de cosa juzgada material que salvaguardar frente a dicha reapertura.

6.6 Procedimiento con *petitum* de culpabilidad (arts.170 y 171 LC).

En contraposición al régimen procedimental antes analizado (art.170.1 LC), exclusivamente destinado para los supuestos de una doble pretensión de calificación fortuita o la simple ausencia de una sola pretensión de culpabilidad, cuando la administración concursal o el Ministerio Fiscal, o bien ambos legitimados, sí hubieran demandado una calificación de culpabilidad, entonces procederá dar audiencia al

¹⁰³⁰ PRENDES CARRIL, P., en AA.VV., *Practicum Concursal 2014*, ed. Aranzadi, 2014, pág.735.

Entre la jurisprudencia, vid. Diligencia de ordenación de 2 de marzo de 2016, del Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid (autos de concurso núm.328/2014), entendiéndose que si nada se dice por el Ministerio Fiscal deberá entenderse que no se opone a la pretensión de calificación propuesta por la administración concursal.

¹⁰³¹ JUR 2014\170454.

concurrido así como emplazar a todos los sujetos potencialmente afectados por la calificación del concurso, incluyendo aquellos señalados como *cómplices* (art.166 LC).

Así pues, de una parte, cabe distinguir las normas de emplazamiento junto con sus respectivos plazos y efectos, contenidos en los arts.170.2 y 170.3 LC, que vienen a servir de cauce para aplicar los arts.149 y ss. LEC, relativos al modo de emplazar a tales sujetos potencialmente afectados y que, seguramente, no estuvieran personados en el proceso concursal hasta este momento. Es práctica forense habitual que dicho emplazamiento, sobre terceros sujetos, acuerde en primera instancia efectuarse a través de la propia representación procesal del sujeto concursado¹⁰³², y sólo tras haber intentado éste sin éxito, la personación entonces se dirija directamente¹⁰³³ contra aquel tercer sujeto demandado.

Comparecido dicho tercero demandado en el plazo de cinco días (art.170.2 LC), con letrado y procurador (art.184.3 LC), se otorga un segundo plazo de diez días (art.170.3 LC) para que en su caso pueda formular oposición frente a la pretensión o pretensiones de calificación culpable que han provocado la apertura de este trámite. Obviamente, según recoge el art.170.3 LC en conexión con el art.496.2 LEC, ni la posible rebeldía de los emplazados se entenderá como un allanamiento, ni su incomparecencia en plazo significará que no puedan personarse con posterioridad y sin retroacción de las actuaciones (art.136 LEC)¹⁰³⁴.

Pueden, por tanto, darse las siguientes situaciones: que ninguno de los sujetos afectados por la calificación formule oposición alguna, en cuyo caso se dictará sentencia de culpabilidad sin más trámites (art.171.2 LC), esto es, sin resultar aplicable el concepto de rebeldía procesal común (art.496.2 LEC), entendiéndose en cambio la conformidad (en forma de allanamiento tácito) de los demandados con las pretensiones de culpabilidad deducidas¹⁰³⁵. También puede darse, en supuestos de pluralidad de demandados, que al menos uno de los sujetos afectados a la calificación formule *oposición*, concepto éste que debe identificarse con una auténtica *contestación a la demanda*, en cuyo caso el procedimiento se sustancia vía incidente concursal (art.171.1 LC), con posibilidad de acumulación caso de darse más de una *oposición-contestación a la demanda*.

¹⁰³² Muestra de ello es la Providencia de 20 de febrero de 2017, del Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Madrid (autos de concurso núm.488/2013).

¹⁰³³ Vid. la consiguiente Diligencia de ordenación de 22 de marzo de 2017, del Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Madrid (autos de concurso núm.488/2013).

¹⁰³⁴ Vid. Diligencia de ordenación de 4 de septiembre de 2014, del Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid (Autos de concurso núm.361/2010). En igual sentido, vid. Sentencia núm.18/2013, de 23 de enero, de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 1ª (JUR 2013\62502).

¹⁰³⁵ Sentencia núm.574/2017, de 24 de octubre, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (CENDOJ 28079110012017100553); siendo la excepción a tal doctrina la existencia de una pluralidad de demandados y que alguno de ellos sí formulara oposición expresa.

Comoquiera que aquel informe de calificación, sea ya el de la administración concursal y/o bien el del Ministerio Fiscal, participan de la naturaleza de una demanda incidental, en puridad no debería darse nuevo traslado a tales sujetos actores para que contesten a la contestación, lo cual desdibuja toda la posición procesal de la pieza de calificación. En cualquier caso, se trata de una cuestión no resuelta en la práctica forense¹⁰³⁶ y que, aun de interpretarse una posición procesal inversa, ello no implicaría una nulidad de lo actuado¹⁰³⁷.

¿Qué posición debe adoptar el concursado persona jurídica en la *audiencia* que la LC concede *al deudor* indistintamente (art.170.2 LC)? A través de dicha remisión, la LC está pensando en el concursado persona física afecto por la pretensión de calificación culpable y que, por consiguiente, no fuera necesario llamar al proceso por tratarse del propio concursado. Por el contrario, cuando el sujeto concursado resultara ser alguien distinto de los afectados por la pretensión de calificación culpable, véanse fundamentalmente los casos de persona jurídica concursada, entonces tal sujeto concursado carece de legitimación activa para formular oposición alguna, según se desprende de la Sentencia núm.227/2010, de 22 de abril, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª¹⁰³⁸.

Dicho lo cual, una vez formulada la demanda *-informe y/o dictamen-* interesando la culpabilidad y la oposición-contestación a la demanda, deberá estarse a la regulación del incidente concursal contenida en los arts.192 y ss. LC.

Brevemente, cabe recordar que la tramitación del incidente concursal constituye una especie de fusión entre los procedimientos ordinario y verbal civiles, siendo que por un lado se permite contestación a la demanda por escrito, pero en cambio el trámite de audiencia previa se ve absorbido por las normas especiales del art.194.4 LC.

Nótese que, al haberse formulado ya los actos de demanda y contestación a la demanda, no existe una suerte de tercer trámite de contestación a la oposición formulada, motivo por el cual debe partirse directamente del citado art.194.4 LC en cuanto a las restantes actuaciones procesales pendientes.

Asimismo, en materia de normas procedimentales -preclusión, utilidad y pertinencia- aplicables a la proposición de la prueba utilizada para apoyar las respectivas pretensiones o resistencias, que por tanto deberán cumplimentar tanto la demanda como

¹⁰³⁶ A favor de que la Administración Concursal y/o el Ministerio Fiscal contesten a la propia contestación a su informe de calificación, vid. Providencia de 13 de febrero de 2018, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Ávila (autos de concurso núm.878/2015).

¹⁰³⁷ Sentencia núm.72/2013, de 27 de febrero, de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 3ª (JUR 2013\125697), la cual realmente se limita a recoger la doctrina ya expuesta a este respecto por la Sentencia núm.227/2010, de 22 de abril, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2010\3545).

¹⁰³⁸ RJ 2010\3545.

la oposición-contestación, nos parece interesante traer a colación un supuesto habitual en la *praxis*: ¿es posible interesar el interrogatorio como parte o testigo de la administración concursal?

Si se parte de una estricta comprensión de la figura de la administración concursal no debería ser admitida dicha proposición de prueba, puesto que la administración concursal no resulta *parte* sino *órgano* del concurso (*Exponendo IV* de la LC), por lo que en coherencia no debería ser llamada en sede interrogatorio *de parte* ni tampoco como testigo o perito, figuras igualmente ajenas.

Esta posición fue defendida en los Autos de 13 de noviembre de 2009 y 14 de enero de 2010, ambos de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3ª, como tiene a bien recordar su Magistrado-Juez MARCO COS¹⁰³⁹. Sin embargo, desde nuestra experiencia hemos de manifestar que buena parte de la práctica forense no siempre es tan purista en este tipo de cuestiones, y, sin desasosiego alguno, se muestra partidaria de admitir la prueba de interrogatorio de parte sobre la administración concursal; incluso llegándose en ocasiones a citarla como *imputada* -hoy *investigada*- en procesos penales seguidos frente al sujeto concursado, obligando así a la pertinente solicitud de rectificación para su citación cuanto menos en calidad de testigo¹⁰⁴⁰.

6.7 Efectos de la sentencia de calificación culpable (arts.166, 172 y 172.bis LC).

Exceptuando el singular trámite procedimental contenido en el art.170.1 LC, ya comentado con anterioridad, el incidente concursal provocado por una o ambas pretensiones de calificación culpable y su consiguiente oposición deberá proceder a resolverse en sentencia, según ya ordena con carácter general el art.196 LC respecto de la resolución de todo incidente concursal.

Por su parte, el art.172.1 LC se limita a establecer que la sentencia en cuestión deberá contener un pronunciamiento sobre el carácter fortuito o culpable de la calificación, esto es, estimando la *pretensión* o bien la *resistencia* desplegada frente a ésta. Para mayor vacuidad, se reitera que en caso de estimarse la culpabilidad se deberán expresar las causas que la fundamenten, lo que ya viene a ser una obligación general por el deber de motivación, congruencia y exhaustividad de las sentencias (arts.120 CE y 218 LEC).

La Sentencia núm.122/2014, de 1 de abril, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª¹⁰⁴¹ ha venido a recordar la necesidad de que la Sentencia que califique el concurso como culpable exprese la causa o causas que fundamentan tal calificación,

¹⁰³⁹ MARCO COS, J.M., en AA.VV., *Tratado práctico del derecho concursal y su reforma*, ed. Tecnos, 2012, pág.983.

¹⁰⁴⁰ Véase la Providencia de 7 de enero de 2016, del Juzgado de Instrucción nº 26 de Madrid (diligencias previas núm.1506/2015), al menos rectificando dicho extremo.

¹⁰⁴¹ RJ 2014\2159.

puesto que los efectos de dicha culpabilidad en gran medida podrían variar en función de las causas concurrentes.

Frente a estas generalidades, mayor interés despierta el siguiente apartado contenido en el art.172.2 LC, que preestablece una serie de pronunciamientos que necesariamente debe contener tal sentencia de calificación en caso de estimarse la petición de culpabilidad, resultando dichos pronunciamientos los que a continuación se analizarán.

Recuérdese igualmente, de modo sucinto, la legitimación conferida a las partes personadas en la sección sexta, incluyendo aquellas personadas ex art.168 LC, para interponer recurso de apelación frente una sentencia de calificación fortuita o culpable (art.172.4 LC), según ha reconocido nuestro alto tribunal expresamente y recordado la Sentencia núm.57/2014, de 17 de febrero, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28^a ¹⁰⁴². Cabe destacar, nuevamente, la singularidad en esta legitimación (extraordinaria) respecto de tales partes coadyuvantes personadas al amparo del art.168 LC, siendo que -por el contrario- por sí solos no se hallan legitimados para formular una pretensión de culpabilidad.

Así las cosas, el art.172.2.1º LC tiene a bien comenzar delimitando el ámbito subjetivo de aplicación de la sentencia condenatoria por calificación culpable. En el concurso de persona física el concursado será normalmente el único afecto por la calificación de culpabilidad, a excepción de los rarísimos supuestos de menores o incapacitados en situación de concurso, así como al margen de la posible concurrencia de cómplices (art.166 LC) que hubieran cooperado con el deudor en la realización de actos conducentes a la culpabilidad y por ello sufrieran algún tipo de condena patrimonial (arts.172.2.3º y 172.3 LC).

Se trata, pues, de situaciones en los que tales efectos sancionadores, en lo que se refiere al propio concursado persona física, únicamente se traducirían en aquellos previstos sobre la esfera *personal* (inhabilitación) y no así *patrimonial* (daños y perjuicios o responsabilidad concursal), ya que no guardaría sentido alguno una condena de tipo patrimonial sobre el sujeto concursado, ya sea éste persona física o jurídica, y ello por razón del principio de universalidad de la masa activa (art.76 LC)¹⁰⁴³.

Dentro de este mapa subjetivo de aplicabilidad, ¿en qué lugar situar a los sujetos finalmente declarados *cómplices* (art.166 LC) en la sentencia, fruto de la estimación del *petitum* formulado por la administración concursal y/o el Ministerio Fiscal?

Sobre este particular, debe precisarse que en ningún caso se trataría de personas afectadas por la calificación, según cabe interpretar del art.172.2.1º LC, por tanto, los únicos efectos sancionadores derivados de la culpabilidad que podrán recaer sobre los

¹⁰⁴² JUR 2014\163100.

¹⁰⁴³ FLORES SEGURA, M., en AA.VV., *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia*, ed. Aranzadi, 2013, pág.547.

cómplices serán de tipo *patrimonial* (arts.172.2.3º y 172.3 LC), pero nunca de tipo *personal* en términos de inhabilitación (art.172.2.2º LC).

Para mayor claridad, en la Sentencia de 16 de enero de 2007, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid¹⁰⁴⁴, se concluye que las categorías de *persona afectada por la calificación y cómplice* resultan incompatibles entre sí, no pudiendo ostentarse ambas a la vez. Por su parte, en lo que se refiere a los requisitos exigibles para la estimación de una petición de condena en calidad de cómplice, la Sentencia núm.5/2016, de 27 de enero, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª¹⁰⁴⁵, recuerda la necesidad de acreditar en términos de carga procesal probatoria un doble requisito: primero, que la cooperación con el concursado persona física resulte sustancialmente relevante, entiéndase ello en relación con la causa que funda la culpabilidad de esta última, y, asimismo, que tal cooperación se haya producido con dolo o culpa grave.

Delimitado pues el limitado ámbito subjetivo sobre el que puede dirigirse el *petitum* de culpabilidad, el art.172.2.2º LC decreta a continuación la inhabilitación de tales concretos sujetos, para administrar bienes ajenos -durante un periodo de dos a quince años- así como para representar a cualquier persona durante idéntico periodo, todo ello en atención a la gravedad de los hechos, el perjuicio y la existencia de declaraciones de culpabilidad en otros concursos sobre estos sujetos. De nuevo, cabe insistir, recuérdese que los cómplices no se verán afectados por esta sanción inhabilitadora.

De su lectura y la del propio mandato del precepto (*contendrá, además, los siguientes pronunciamientos...*) se desprende la aparente capacidad de oficio para imponer los referidos efectos inhabilitadores, incluso aunque la estimada pretensión de calificación culpable no lo previera expresamente en su *petitum*, más allá de interesar la culpabilidad e identificar a los sujetos afectados.

Pese a lo controvertido de esta cuestión, por tratarse de una condena de naturaleza sancionadora, la Sentencia núm.227/2010, de 22 de abril, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª¹⁰⁴⁶ parece resolver el asunto con excesiva sencillez: *existen unos pronunciamientos que no pueden ser adoptados si no hay petición de la administración concursal o del Ministerio Fiscal, y otros que son de apreciación de oficio y aplicación automática por el juez del Concurso*, entre los cuales se encuentra aquel del art.172.2.2º LC.

Aunque pueda defenderse que estamos ante una consecuencia anudada a la culpabilidad, como bien señala algún autor¹⁰⁴⁷ no deja de ser llamativo que ni tan siquiera en el orden

¹⁰⁴⁴ AC 2007\857.

¹⁰⁴⁵ RJ 2016\25.

¹⁰⁴⁶ RJ 2010\3545.

¹⁰⁴⁷ LÓPEZ SÁNCHEZ, J., en AA.VV., *Insolvencia y responsabilidad*, ed. Civitas, 2012, pág.153.

jurisdiccional penal se permita al juez la imposición de una pena no solicitada expresamente, con el único y pobre límite del generoso baremo orientativo en cuanto a su duración (dos a quince años). Es por ello que existe alguna resolución judicial¹⁰⁴⁸ que interpreta, ante la ausencia de una petición de inhabilitación expresa, limitarse a la interposición del plazo mínimo que señala la LC (dos años), solución que en estas circunstancias nos parece la más acorde.

Las consecuencias inhabilitadoras del art.172.2.2º LC se hallan a su vez integradas en distintos ámbitos jurídico-materiales, comenzando por la conocida prohibición para ejercer el cargo de administrador de una sociedad capitalista (art.213.1 LSC), así como la prohibición general de *ejercer el comercio* ex art.13.2 C de C de 1885. Todo ello comportará el deber, que por cierto recae sobre la administración concursal, de convocar Junta de socios para el nombramiento de quienes *hayan de cubrir las vacantes de los inhabilitados* (art.173 LC), aunque dicho precepto sólo resultará de aplicación práctica en los escasísimos supuestos de calificación culpable vía *convenio gravoso*¹⁰⁴⁹.

No solamente debe atenderse al consabido ámbito mercantil de prohibiciones. En la esfera civil, no será posible que aquel inhabilitado pudiera administrar bienes de sus hijos menores, ex art.154.2 CC, o bien ejercer de tutor, si bien nada de ello supone la inhabilitación sobre las restantes facultades y obligaciones de índole no patrimonial y derivadas de la patria potestad¹⁰⁵⁰. También existen consecuencias en la esfera administrativa, véase la prohibición de contratar con el sector público (art.60.1.b) LCSP), o incluso para recibir subvenciones (art.13.2.b) LGS).

Por último, y evidentemente, cabe puntualizar que la inhabilitación no impide que se ejerza un trabajo por cuenta ajena. Todavía más, si el inhabilitado resultara ser socio de alguna persona jurídica, en la práctica es fácil de adivinar la forma de sortear las prohibiciones formales de la referida normativa mercantil y poder continuar siendo el administrador *de hecho* de la sociedad¹⁰⁵¹.

En caso de infracción por parte del sujeto afecto de la medida inhabilitadora impuesta, dicha conducta no sería sancionable con la apreciación de un delito de quebrantamiento de condena, ex art.468 CP 1995, por ser exclusivo de las sentencias del orden penal, es

¹⁰⁴⁸ Sentencia núm.96/2012, de 8 de marzo, de la Audiencia Provincial de Lleida, Sección 2ª (JUR 2012\158496).

¹⁰⁴⁹ Ello se deduce del art.145.3 LC, relativo a los efectos derivados de la apertura de la fase de liquidación, pues éstos ya provocan el cese de los administradores o liquidadores de la persona jurídica concursada.

¹⁰⁵⁰ En este ámbito civil, que se da con mucha menos habitualidad que el mercantil, es de especial interés la Sentencia núm.231/2007, de 27 de abril, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª (AC 2007\1697).

¹⁰⁵¹ Así lo advierten DE LA MORENA SANZ, G., y PARRA BAUTISTA, J.R., *El concurso del consumidor*, ed. Bosch, 2010, pág.72.

más, ni siquiera sería sancionable con la automática consecuencia de nulidad del acto ex art.6.3 CC, tal y como ha defendido PARRA LUCÁN¹⁰⁵² entre otros autores.

¿Cuándo debe comenzar a computarse el plazo de inhabilitación? Hay que advertir que deberá estarse a la fecha de la correspondiente sentencia condenatoria, por tanto todo acto realizado hasta ese preciso momento resultará inmune a la inhabilitación posteriormente impuesta¹⁰⁵³. Nótese, sin embargo, la fragmentada regulación respecto del *dies a quo* para cada concreta consecuencia jurídico-material, por ejemplo en la citada prohibición para ejercer el comercio (art.13.2º C de C de 1885), cuyo plazo comienza a contar desde la *firmeza* de tal sentencia condenatoria. En cambio, en aquellas otras regulaciones legales que nada especifica al respecto, no puede compartirse una interpretación extensiva sobre la necesidad de aguardar a la referida firmeza.

Finalmente, el art.172.2.2º.III LC destina su cometido a señalar que cuando *una misma persona sea inhabilitada en dos o más concursos, el período de inhabilitación será la suma de cada uno de ellos*. La precisión no es baladí, pues como bien apunta MACHADO PLAZAS¹⁰⁵⁴, dicha suma se realizará sin tener en cuenta el límite máximo de los quince años previsto como norma general. Pensemos así en el supuesto de una persona física que, además de haber sido declarada en concurso ella misma, también hubiera resultado condenada por calificación culpable -como administrador o apoderado general- de una persona jurídica también concursado.

Nada dice la Ley Concursal sobre los efectos que podría tener el fallecimiento del sujeto calificado culpable en relación con dicha inhabilitación, si bien por aplicación analógica del art.130.1.1º CP 1995 dicho efecto sancionador debe verse extinguido con la muerte del sujeto, a diferencia de otras potenciales sanciones derivadas de la calificación culpable pero de tipo dineraria (arts.172.2.3º, 172.3 y 172.bis LC) que sí pueden integrarse en el patrimonio hereditario conforme a su principio de universalidad (art.659 CC)¹⁰⁵⁵.

¹⁰⁵² PARRA LUCÁN, M.A., “Limitaciones de las facultades patrimoniales del concursado e inhabilitación del concursado culpable.”, Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, ed. Aranzadi, núm.2/2010.

Defendiendo la debida distinción entre la esfera penal y la *parapenal*, así como que en ocasiones carecería de sentido imponer una automática nulidad de actos realizados por el inhabilitado, pues supondría que éste pueda aprovecharse de su situación *ope legis* para así negarse a cumplir con una determinada obligación. Frente a ello, es más aconsejable conceder a la contraparte contractual la posibilidad de instar, a modo de ejemplo, una acción de cumplimiento.

¹⁰⁵³ GARCÍA VICENTE, J.R., en AA.VV., *Enciclopedia de derecho concursal, Tomo II*, ed. Aranzadi, 2012, pág.1784.

¹⁰⁵⁴ MACHADO PLAZAS, J., en AA.VV., *Proceso concursal*, ed. Bosch, 2013, pág.900.

¹⁰⁵⁵ Vid. Sentencia núm.246/2015, de 14 de octubre, de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 1ª (JUR 2015\247702).

Incluso aunque dicho fallecimiento fuera anterior a la fecha de la sentencia condenatoria.

A continuación, siguiendo con la concentrada regulación de efectos que contiene la Sentencia condenatoria, que de este modo delimita taxativamente el objeto de la pretensión en sede de calificación concursal, el art.172.2.3º LC prevé distintos elementos sancionadores: *la pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa y la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados.*

Con carácter previo, de nuevo conviene preguntarse si su contenido resulta una imposición *ex officio*, fruto o consecuencia de la estimación de la culpabilidad, o si por el contrario debió ser expresamente peticionado de parte (administración concursal y/o Ministerio Fiscal).

Pues bien, como sucedía respecto de la inhabilitación ex art.172.2.2º LC, para resolver esta cuestión una vez más cabe citar la Sentencia núm.227/2010, de 22 de abril, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª¹⁰⁵⁶, con su cuestionable consideración de la existencia de pronunciamientos de *aplicación automática*, entre los cuales también se encontrarían la totalidad de los contenidos en el art.172.2.3º LC a excepción de uno: la indemnización por los *daños y perjuicios causados*. En definitiva, sólo este último efecto sancionador, junto con la responsabilidad concursal (art.172.bis LC) y la propia determinación de las personas afectadas por la calificación (art.172.2.1º LC) o cómplices (art.166 LC) deben ser expresamente pretendidos por los demandantes y no impuestos de oficio¹⁰⁵⁷.

Dicho lo cual, y comenzando por la *pérdida de cualquier derecho* como acreedores concursales o contra la masa, a este respecto cabe señalar la ampliación en su ámbito subjetivo de aplicación puesto que, a diferencia de la sanción inhabilitadora, este otro efecto *ex officio* también se dará respecto de aquellos sujetos cómplices relacionados en la Sentencia de calificación culpable.

Se trata, en definitiva, como acertadamente señala ROMERO SANZ DE MADRID¹⁰⁵⁸, de evitar una *zona de impunidad* en el caso de que no se hubieran ejercitado por cualquier motivo pretensiones de reintegración (art.71 LC) o figuras análogas (pauliana) frente a tales sujetos. En el concurso de persona física, naturalmente esta disociación con el propio sujeto concursado no es posible -ser acreedor de uno mismo-, por lo que su aplicación únicamente resulta viable respecto de tales terceros cómplices.

En siguiente lugar, siguiendo el orden del propio precepto, aparece la obligación de devolución de *bienes o derechos obtenidos indebidamente del patrimonio del deudor*,

¹⁰⁵⁶ RJ 2010\3545.

¹⁰⁵⁷ LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *El proceso concursal*, ed. Aranzadi, 2012, págs.754, 755 y 756.

¹⁰⁵⁸ ROMERO SANZ DE MADRID, C., *Derecho concursal*, ed. Aranzadi, 2012, págs.284 y 285.

de nuevo aplicable tanto a personas afectadas por la calificación como a los cómplices así declarados. De nuevo, cabe matizar la imposible aplicación material sobre el propio sujeto concursado persona física declarado culpable, pues no existe un segundo patrimonio que confrontar con el suyo propio.

Aunque ya se ha dicho que se trata de un pronunciamiento de oficio consecuencia de la estimación de culpabilidad, obviamente ello no significa que cuanto menos sea necesario que los demandantes (administración concursal y/o Ministerio Fiscal) cumplan con la respectiva carga probatoria así como identifiquen aquellos bienes o derechos que deban ser objeto de devolución, como tuvo a bien matizar la Sentencia núm.261/2010, de 26 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28^a ¹⁰⁵⁹. Nótese, por último, la existencia de los dos supuestos temporales que indistintamente engloba la norma: que dicha *obtención indebida* se hubiera producido con anterioridad a la declaración de concurso (*patrimonio del deudor*) o bien *recibidos de la masa activa*, por tanto una vez declarado éste.

Finalmente, a modo de cierre, el art.172.2.3º LC también contempla la posibilidad de condenar a una indemnización por daños y perjuicios a las personas afectas a la calificación culpable y/o cualquier tipo de cómplice, según aclara a este último respecto el art.172.3 LC, respecto de los cómplices *no acreedores*. Como ya hemos señalado, a diferencia de los restantes elementos sancionadores del mismo art.172.2.3º LC, y aunque la norma parezca expresarse en términos imperativos, aquí se está ante un pronunciamiento que no puede ser adoptado de oficio sin que exista una previa petición expresa de parte por la administración concursal o el Ministerio Fiscal.

En cuanto al alcance de la indemnización en sí, se ha defendido en algunas plazas¹⁰⁶⁰ que se trata de una indemnización derivada o *consecutiva* a las propias conductas ilícitas que el art.172.2.3º LC señala -la devolución de bienes o derechos-.

Por tanto, para el cálculo de dicha indemnización debería considerarse, por ejemplo, la devaluación de los referidos bienes o su imposibilidad de restitución por cualquier causa. Cuestión distinta -añadimos nosotros- es que a tal indemnización se pudiera sumar aquella otra en sede ejecutiva al tratarse de una condena *de hacer* (art.706 LEC).

Sin embargo, esta interpretación no puede ser acogida. Aunque la práctica jurisprudencial se halla dividida al respecto, entendemos que la referencia a los daños y perjuicios en el art.172.2.3º LC no se halla circunscrita a las conductas allí descritas, esto es, a la obtención indebida de bienes o derechos que condena el mismo precepto.

Antes bien, y sin por ello llegar a colisionar con el objetivado régimen de responsabilidad concursal (responsabilidad por deuda ajena), debemos decantarnos por

¹⁰⁵⁹ JUR 2011\63762.

¹⁰⁶⁰ Sentencia núm.67/2008, de 21 de febrero, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª (JUR 2008\318271).

la línea seguida por nuestro alto tribunal, según se desprende de la Sentencia núm.501/2012, de 16 de julio, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1^a¹⁰⁶¹ y la posterior Sentencia núm.669/2012, de 14 de noviembre, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1^a¹⁰⁶², siendo que en ellas se permite la extensión de tales *daños y perjuicios* (art.172.2.3º LC) por cualesquiera de las causas de calificación culpable ex arts.164.1 o 164.2 LC, por tanto no únicamente sobre las conductas que contiene el mismo art.172.2.3º LC, todo ello sin perjuicio de mantener su naturaleza de responsabilidad *por daños*¹⁰⁶³ y no *por deudas* (reservada al art.172.bis LC).

Al margen de la interpretación gramatical del art.172.2.3º LC, que visiblemente separa (*así como...*) la indemnización por daños y perjuicios de las restantes conductas, que después tampoco vincula o se remite expresamente (*causados...*), la razón última para sostener esta interpretación radica en el fallido art.172.3 LC. Ya sea su existencia un despiste reiterativo del legislador o no -su ámbito subjetivo de aplicación parece diferir al referirse a cómplices *no acreedores*-, lo cierto es que en dicho precepto se faculta la posible de condena por daños y perjuicios frente a los mismos.

Así pues, no tendría sentido de justicia alguno que sólo los cómplices *no acreedores* pudieran sufrir una amplia interpretación de tal concepto de responsabilidad, ni tampoco que las personas afectadas por la calificación pero *no cómplices* se quedaran fuera de tal amplia interpretación, o bien que analógicamente aplicáramos las conductas descritas en el art.172.2.3º LC sobre el art.172.3 LC, cuando nada dice este último al respecto. Parece pues una solución mucho menos forzosa, directamente, entender -cuanto menos- obsoleta una interpretación restrictiva del concepto de *daños y perjuicios causados* contenido en el citado art.172.2.3º LC.

En cualquier caso, naturalmente todo lo que se obtuviera por esta vía indemnizatoria deberá integrarse en la masa activa del concurso para el pago de los acreedores; lo que significa que el art.172.2.3º LC pueda perder todo su interés material para los acreedores en un escenario de ejecución de convenio concursal -que no haya impedido la apertura de la sección calificativa-, puesto que en ese caso el beneficiado directo resultaría ser el propio sujeto concursado.

Por último, debemos finalizar nuestro recorrido por el objeto de la pretensión en el concurso de persona física destacando la inaplicabilidad de la llamada *responsabilidad concursal*, cuyo contenido viene recogido en el controvertido art.172.bis LC. Mientras que el ámbito objetivo exige como presupuesto la previa apertura de la fase liquidadora del concurso, el ámbito subjetivo del precepto es igualmente claro y se limita a los administradores, liquidadores, de hecho o de derecho, o apoderados generales, de la

¹⁰⁶¹ RJ 2012\9330.

¹⁰⁶² RJ 2013\1614.

¹⁰⁶³ Por tanto debiéndose acreditar por la administración concursal o el Ministerio Fiscal la relación causal entre conducta y daño, según se recuerda en la Sentencia núm.108/2015, de 11 de marzo, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2015\1799).

persona jurídica concursada, excluyéndose pues tanto a los cómplices como en todo caso a los concursados persona física.

En los concursos de persona física carece de sentido la institución de la responsabilidad concursal, ya que aquí no existe otra esfera patrimonial a la que poder dirigirse para intentar resarcir a los acreedores del concursado, puesto que las figuras societarias de administración o representación sencillamente no se encuentran en los concursos de persona física, con la única excepción extrapolable de los casos de representación legal de menores e incapaces concursados, que el legislador ha decidido no incluir en el ámbito de aplicación del art.172.bis LC y cuya condena patrimonial puede obtenerse por la estimación de *complicidad* (arts.172.2.3º y 172.3 LC).

En consecuencia, tampoco será de aplicación en el concurso de persona física el art.48.ter LC, relativo al posible embargo cautelar de bienes o derechos de los referidos sujetos actuantes en la esfera societaria, cuando se prevea la responsabilidad concursal de éstos.

Con ello último, el principal atractivo de la sección de calificación en los procesos concursales, que no es otro que la posible ampliación -desde su carácter facultativo- hacia horizontes patrimoniales ajenos al de la concursada persona jurídica, para así cubrir el llamado *déficit patrimonial* -los créditos concursales y contra la masa insatisfechos tras la liquidación concursal del activo¹⁰⁶⁴- sencillamente no existe en el concurso de persona física, excepción hecha del patrimonio de tales cómplices y de escasa aplicación práctica.

Por tanto, lejos de nuestra órbita de estudio queda, irremediabilmente, el longevo e interesante debate sobre si la naturaleza de la responsabilidad concursal posee un carácter sancionador o indemnizatorio, disputa que en el plano judicial se ha mantenido especialmente entre la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, partidaria de un carácter sancionador, y la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, partidaria de su carácter resarcitorio o indemnizatorio¹⁰⁶⁵.

¹⁰⁶⁴ Concepto que en estos extremos definió la Magistrado-Juez MARTORELL ZULUETA, P., en su ponencia -inérita- impartida en el VI Foro Concursal celebrado por la Fundación del Instituto de Derecho Concursal (FUNDIECO) en Valencia, los días 13 y 14 de marzo de 2014.

¹⁰⁶⁵ Vid. la recopilación realizada sobre este asunto por TORRUBIA CHALMETA, B., “La responsabilidad concursal en la Ley 38/2011: Carácter sancionador y encaje con las acciones societarias.”, Revista de Derecho Mercantil, ed. Civitas, núm.287/2013.

Destacando que el alto tribunal parece haberse decantando finalmente por la “tesis sancionadora”, lo que se desprende de la Sentencia núm.501/2012, de 16 de julio, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2012\9330). De todas formas, cabe destacar que la postura de la plaza de Barcelona fue reconsiderada en su Sentencia núm.154/2012, de 23 de abril, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª (JUR 2012\176693), en favor de la llamada tesis sancionadora o de responsabilidad por deudas.

Toda esta polémica se ha visto incrementada debido a la reforma sobre el art.172.bis.1 LC¹⁰⁶⁶ operada por el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo (confirmada por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre), que ahora vincula la responsabilidad concursal *en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia*, es decir, confirmando o cuanto menos mutando la naturaleza de esta responsabilidad a una -definitivamente- de tipo resarcitoria¹⁰⁶⁷.

6.8 Conflictos entre el proceso concursal y el orden jurisdiccional penal.

El objeto del presente apartado no consiste en realizar un análisis detallado de los tipos penales aquí referidos (arts.259 a 261.bis CP 1995), lo que sería ajeno a nuestro estudio (jurisdiccional, no sustantivo), existiendo además doctrina específica que así los estudia.

Antes bien, se trata simplemente de advertir la difícil coexistencia entre ciertos tipos penales y la pieza de calificación concursal, tanto a la vista de la similitud de las conductas sancionadas, así como por la posible concurrencia entre responsabilidades en el concurso (arts.172.2.3º y 172.3, no resultando de aplicación el art.172.bis LC en los concursos de persona física) y la responsabilidad civil *ex delicto* (arts.109 y ss. CP).

Mediante la sola lectura de algunas presunciones *iuris et de iure* de calificación culpable, ya se puede observar la similitud incluso etimológica entre el alzamiento concursal (art.164.2.4º LC) y el penal (art.257 CP 1995), o entre la doble contabilidad que sanciona el art.164.2.1º LC con aquella otra del art.310.b) CP 1995, motivo que por sí solo lleva a plantearse la existencia de un riesgo de cosa juzgada cuando -hay que reconocer la escasa frecuencia práctica de los tipos penales- llegan a concurrir tales escenarios de *doble condena* concursal y penal¹⁰⁶⁸.

Así pues, bajo el prisma conflictual de la cosa juzgada así como de cualquier otra problemática entre órdenes jurisdiccionales y procesos distintos, como punto de partida

¹⁰⁶⁶ Ya existiendo algún autor que afirma que el precitado inciso final provocará una mayor limitación de la responsabilidad concursal por déficit, por el ámbito más específico y limitado que ahora parece exigir el art.172.bis LC y pasando a ser dicha responsabilidad de naturaleza “causal”.

En este sentido, PRENDES CARRIL, P., “La reforma concursal (RD-Ley 4/2014), algo más que una reforma en materia de refinanciación.”, Actualidad Jurídica Aranzadi, ed. Aranzadi, núm.882/2014.

¹⁰⁶⁷ Sentencia núm.772/2014, de 12 de enero de 2015, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (JUR 2015\55242), posteriormente confirmada en la Sentencia núm.421/2015, de 22 de julio, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2015\2512), así como en la Sentencia núm.203/2017, de 29 de marzo, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (CENDOJ 28079110012017100196).

¹⁰⁶⁸ Así lo advierte también, en cuanto a dicha inevitable doble concurrencia -si concurren determinados tipos penales, concurrirán determinadas causas de calificación culpable-, el Magistrado-Juez SANJUÁN Y MUÑOZ, E., “La reforma penal y el proceso concursal”, Diario La Ley, ed. Wolters Kluwer, 2015, nº 8.542.

cabe referirse al ya citado art.257 CP 1995, resultando los requisitos clásicos¹⁰⁶⁹ para la concurrencia del tipo penal la existencia de créditos preexistentes, un ánimo de defraudación, la materialización de tal ánimo y por último la insolvencia del deudor fruto de tales hechos. El Tribunal Supremo¹⁰⁷⁰ viene precisando, para la concurrencia de este tipo delictivo, la existencia de *clandestinidad* en la acción.

Asimismo, en la Sentencia núm.552/2016, de 22 de junio, del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1ª¹⁰⁷¹, se ha recordado con acierto que una posible vulneración en el orden legal de pagos crediticio -que podría ser el concursal o bien aquel regulado en el Código Civil- resultaría en todo caso una cuestión a dirimirse ante el orden civil y no penal. De igual modo, se resuelve en dicha resolución que la práctica de una dación en pago tampoco debe ser merecedora de la sanción penal por insolvencia punible ex art.257.1.2º CP 1995, a salvo de operaciones en que el bien cedido guardara un *valor injustificado* respecto del crédito que pretende satisfacerse con el mismo.

Siendo el concepto concursal de alzamiento menos *restrictivo* que el penal, al bastar el mero desplazamiento patrimonial sin causa o por *obligaciones ficticias*¹⁰⁷², podemos afirmar pues que siempre que concurra el tipo penal lo hará esta causa de calificación concursal, pero no así a la inversa. En cualquier caso, desde luego es innegable la oscura línea que separa la presunción *iuris et de iure* del art.164.2.4º LC con este tipo penal en sus dos modalidades (arts.257.1.1º y 257.1.2º CP 1995), puesto que el alzamiento concursal también exige cierta *clandestinidad* para diferenciarla de la siguiente presunción de culpabilidad concursal del art.164.2.5º LC¹⁰⁷³.

En siguiente lugar, cabe hacer mención al problemático art.259 CP 1995 -comenzando por su redacción anterior al 1 de julio de 2015- que sancionaba con la pena de prisión, de uno a cuatro años, y multa de doce a veinticuatro meses, al deudor que *una vez admitida a trámite su demanda de concurso realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones, destinado a pagar a uno o varios a acreedores con posposición del resto, sin estar autorizado para ello ni judicialmente ni por los administradores concursales*.

¹⁰⁶⁹ LUZÓN CUESTA, J.M., *Compendio de derecho Penal, Parte Especial*, ed. Dykinson, 2011, págs.178 y 179.

¹⁰⁷⁰ Sentencia núm.1459/2004, de 14 de diciembre, del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal (RJ 2004\8249).

¹⁰⁷¹ JUR 2016\144828.

¹⁰⁷² Según se expresa en la Sentencia núm.97/2012, de 26 de marzo, de la Audiencia Provincial de La Rioja, Sección 1ª (JUR 2012\136500).

¹⁰⁷³ Vid. Sentencia núm.174/2014 de 27 de marzo, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2014\2147).

Tal y como señalaba MANZANARES SAMANIEGO¹⁰⁷⁴, la alusión que hacía el precepto a la *admisión a trámite de la solicitud de concurso* debía ser corregida en función del tipo de concurso, defendiendo este autor que de estar ante una demanda de concurso voluntario, los efectos de éste sólo pueden darse -lógicamente- desde el auto declarativo del mismo y no desde su mal llamada admisión a trámite¹⁰⁷⁵; mientras que, para el concurso *necesario*, algún autor¹⁰⁷⁶ defendía la anticipación de los efectos constitutivos del concurso -nada menos que sobre el tipo penal- al tiempo de la notificación al deudor-demandado de tal demanda de concurso necesario. Por su parte, el Auto núm.139/2011, de 28 de octubre, de la Audiencia Provincial de Almería, Sección 3^a¹⁰⁷⁷, señala genéricamente que la declaración de concurso se erige como condición de *perseguibilidad*, lo que terminaría de vaciar la redacción literal del art.259 CP 1995 previo a su reforma por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

Así se encontraba, en resumen, la muy controvertida interpretación respecto del art.259 CP 1995. Sin embargo, obviamente no podemos ignorar la profunda renovación que han sufrido los delitos por insolvencia punible a raíz de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, en vigor desde el 1 de julio de 2015.

Así pues, conforme al nuevo texto, en el actual art.259 CP 1995 se sustituye el mentado punto de conexión de la *admisión a trámite de concurso* por la expresión de quien se encontrare en una *situación de insolvencia actual o inminente*, lo que podría suponer extender su aplicabilidad a supuestos en los que no resulte preceptiva la declaración de concurso (art.2 LC). Sin embargo, esta interpretación sólo parece válida en supuestos de insolvencia *actual*, pero no cuando sólo sea *inminente*, según debe conciliarse con el art.259.4 CP 1995, de suerte que la insolvencia de carácter inminente sólo es relevante (a efectos penales) si ha servido para declarar el concurso (voluntario)¹⁰⁷⁸.

Sin embargo, lamentablemente, no puede decirse que el anterior art.259 CP 1995 haya sido realmente *sustituido* sino más bien *desplazado*, siendo que su defectuosa e incasable redacción -antes comentada- se hallaría ahora ubicada en el proyectado art.260.2 CP 1995. Al menos, a dicha problemática inicial no hay que sumarle la aparente similitud del art.260.2 CP 1995 -antiguo art.259 CP 1995- que se observa

¹⁰⁷⁴ MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *Código Penal, Comentarios y jurisprudencia, Parte Especial*, ed. Comares, 2010, pág.598.

¹⁰⁷⁵ Al margen de posibles subsanaciones (art.13.2 LC), el juez del concurso se pronunciará directamente sobre la declaración de concurso, como tiene a bien señalar el Auto núm.18/2008, de 21 de febrero, de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7^a (JUR 2008\277314).

¹⁰⁷⁶ LUZÓN CUESTA, J.M., *Compendio de derecho Penal, Parte Especial*, ed. Dykinson, 2011, pág.181.

¹⁰⁷⁷ JUR 2011\430034.

¹⁰⁷⁸ Así lo defiende SOUTO GARCÍA, E., “La tutela penal del derecho de crédito tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo: los “nuevos” delitos de frustración de la ejecución y de insolvencia punible”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, ed. Aranzadi, núm.38/2015.

respecto de la genérica presunción de culpabilidad *iuris et de iure* del art.164.2.5º LC, pues ésta viene referida a un lapso de tiempo distinto al que establece el tipo penal.

Fijando nuestra atención en el siguiente art.260 CP 1995 -de nuevo previo a su citada reforma-, conocido como *delito de concurso*, éste castigaba con la pena de prisión de dos a seis años, y multa de ocho a veinticuatro meses, *cuando la situación de crisis económica o la insolvencia sea causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actúe en su nombre*.

Para que concurrieran todos los elementos de este tipo penal, el art.260 CP 1995 exigía la previa declaración de concurso del deudor (art.21 LC), por tanto sin resultar suficiente el requisito del agravamiento o generación dolosa de la insolvencia por sí solo, toda vez que la declaración de concurso se convierte en una *condición objetiva de punibilidad*¹⁰⁷⁹ sin perjuicio de la plena independencia entre la calificación civil y la penal (arts.163.2 LC y 260.4 CP 1995). Por su parte, la Sentencia núm.83/2015, de 21 de enero, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 2ª¹⁰⁸⁰ recordaba que -junto con un extenso análisis jurisprudencial- el delito tipificado en aquel art.260.1 CP 1995 podía ser cometido tanto por el sujeto que provoca o agrava la insolvencia preexistente al proceso concursal, como por quien *ejecuta actos en fraude de acreedores* que *intensifiquen* dicho estado de insolvencia tras la declaración de concurso.

Por su parte, con la nueva y actual redacción del art.260.1 CP 1995, se elimina la declaración de concurso como condición de punibilidad o siquiera procedibilidad, a cambio de utilizar como punto de conexión *una situación de insolvencia actual o inminente*, así como se tipifica qué conductas efectivamente suponen una agravación o generación de tal insolvencia.

De este modo, se suprime acertadamente la genérica e imprecisa referencia del anterior art.260.1 CP 1995, limitándose a exigir el nuevo precepto que *se favorezca a alguno de los acreedores realizando un acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones destinado a pagar un crédito no exigible o a facilitarle una garantía a la que no tenía derecho, cuando se trate de una operación que carezca de justificación económica o empresarial*. En consecuencia, sólo la conducta tipificada en el nuevo art.260.2 CP 1995, que como ya se ha dicho no es sino un calco del antiguo y problemático art.259 CP 1995, sigue exigiendo como requisito de perseguibilidad la declaración de concurso.

Por su parte, el art.261 CP 1995 sanciona con la pena de prisión, de uno a dos años, y multa de seis a doce meses, a quien en un procedimiento concursal presentare a sabiendas datos contables falsos para obtener *indebidamente* la declaración de concurso.

¹⁰⁷⁹ Vid. Sentencia núm.147/2011, de 9 de marzo, de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 1ª (JUR 2011\168849).

¹⁰⁸⁰ JUR 2015\70665.

Se trata éste de un precepto que no ha sido objeto de la meritada reforma del Código Penal, y que a diferencia del anterior art.260 CP 1995 constituye un delito por *simple actividad* y no de resultado, no siendo pues necesaria la efectiva obtención de la declaración de concurso¹⁰⁸¹.

Respecto de los elementos que lo integran, la Sentencia núm.437/2014, de 28 de mayo, del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1^a¹⁰⁸² ha precisado que el art.261 CP 1995 encierra un *dolo reduplicado* en el mismo, por cuanto debe comprender no solamente la voluntad de presentar datos contables falsos, sino también que ello se haga con el objeto de obtener una declaración de concurso, por lo que si dicha declaración de concurso resultara igualmente procedente -porque sin tal *maquillaje* contable el deudor ya era insolvente- entonces no resultará aplicable el art.261 CP.

De todos estos delitos citados, cuyas principales notas hemos querido resumir concentradamente, se desprenden dos tipos de riesgos: el primero de ellos, solamente respecto de algunos preceptos, consiste en la difícil separación de la conducta sancionada concursalmente con aquella otra que constituye el tipo penal, lo que guarda su trascendencia a la hora de delimitar el principio de *ultima ratio* penal. En este sentido, cabe recordar que en el ámbito procesal civil es posible identificar el principio constitucional *non bis in idem* (art.25 CE) con la *cosa juzgada material*¹⁰⁸³, por lo que la genérica solución del art.163.2 LC -la no vinculación sobre el orden penal de las calificaciones concursales- podría resultar en ocasiones un tanto frívola, genérica e insuficiente, lo cual debería ser objeto de reflexión *de lege ferenda*.

En definitiva, como señala más de un autor¹⁰⁸⁴, en el plano práctico la desvinculación absoluta entre ambos órdenes jurisdiccionales se hace muy difícil. En efecto, una cosa es que una determinada causa de culpabilidad concursal no guarde entidad suficiente como para además constituir un delito, o bien que una sentencia absolutoria penal conlleve una calificación fortuita, cosa que no hace, pues aquello que no resulta delito bien puede ser causa de culpabilidad concursal; y otra cosa es pretender negar que determinados tipos delictivos, cuando concurren, van a constituir inevitablemente, ya no desde un punto de vista de obligatoriedad formal, pero sí material, una causa de culpabilidad concursal.

¹⁰⁸¹ Vid. Sentencia núm.105/2014, de 21 de febrero, de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 3^a (JUR 2014\273178).

¹⁰⁸² RJ 2014\3343.

¹⁰⁸³ Vid. Sentencia núm.456/2013, de 9 de junio, del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1^a (RJ 2013\7644). En el mismo sentido, por su claridad destaca la Sentencia núm.337/2014, de 2 de julio, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 5^a (ARP 2014\947).

¹⁰⁸⁴ PEDRO CORTÉS, J., y MARTÍN, S., “El delito concursal tras la reforma del Código Penal vs el concurso punible”, Diario La Ley, ed. Wolters Kluwer, 2015, n° 8.618.

Y es que, dicho sea coloquialmente, *lo menos no puede lo más (culpabilidad concursal < delito) pero lo más sí puede lo menos (delito > culpabilidad concursal)*.

Incluso en el ámbito de los posibles pronunciamientos condenatorios de tipo patrimonial, derivados de la sentencia condenatoria (arts.172.2.3º, 172.3 y 172.bis LC), con independencia de que éstos no resulten aplicables sobre el sujeto concursado, el catedrático RODRÍGUEZ RAMOS¹⁰⁸⁵ se ha mostrado partidario de la necesidad de que el juez tenga que *descender a niveles materiales, para evitar situaciones de enriquecimiento o empobrecimiento injusto, obviando tanto formalismos como rígidas concepciones doctrinales sobre la naturaleza de las condenas*.

En definitiva, se trata de asegurar que la responsabilidad civil *ex delicto* en su caso declarada no esté cubriendo ya todo o parte de la posible responsabilidad por daños y perjuicios (art.172.2.3º LC) o concursal (art.172.bis LC), y en tal caso ajustar cuantitativamente estas últimas condenas, cuando exista *coincidencia personal y fundamento causal entre las condenas civiles en uno u otro orden*, debiéndose minorar la posterior en el tiempo para evitar una duplicidad de condenas.

A esta difícil convivencia debe añadirse un segundo conflicto, cual es por un lado la protección de la masa activa del concurso y su consiguiente principio de universalidad, y, por otro, el principio de integración en la masa pasiva (art.49 LC) de todos los acreedores, así como las reglas de pago entre aquellos créditos contra la masa.

Ambos principios legales deben llevar consigo que el órgano jurisdiccional penal se abstenga de ejecutar cualquier hipotética condena por responsabilidad civil derivada de delito, fuera ya declarada antes o durante el proceso concursal, si bien ello no podrá ser suscitado por medio de conflicto de competencia, puesto que el art.44 LOPJ prohíbe su ejercicio ante al orden jurisdiccional penal. Lo mismo debe predicarse respecto de las posibles multas penales impuestas, que igualmente deben quedar sujetas al orden de créditos concursales y/o contra la masa¹⁰⁸⁶.

Sin embargo, en lo que se refiere al tratamiento de las multas penales, ha de admitirse que el criterio seguido en la práctica forense está resultando distinto al expuesto, sirva así de ejemplo el Auto de 19 de mayo de 2017, de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 3ª¹⁰⁸⁷, que considera el orden de prelación de pagos del art.126 CP 1995 como el único admisible en atención al art.44 LOPJ.

¹⁰⁸⁵ RODRÍGUEZ RAMOS, L., en AA.VV., *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia*, ed. Aranzadi, 2013, pág.653.

¹⁰⁸⁶ En el ámbito sancionador administrativo debe estarse al momento de comisión de la infracción y no al tiempo de imponerse la correspondiente sanción, razonamiento éste extrapolable al ámbito penal para determinar el devengo de dichas multas y con ello su consiguiente tratamiento crediticio.

Vid. Sentencia núm.253/2011, de 5 de abril, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2011\3442).

¹⁰⁸⁷ Autos de ejecutoria núm.103/15 PIC-9.

Este expreso rechazo a la *lex specialis* concursal, citando para a tal fin un precepto procesal cuyo objeto es regular conflictos de competencia y no jurídico-sustantivos, es incompatible si se atiende a los citados principios más básicos de la finalidad del proceso concursal: la unificación en el tratamiento del patrimonio del concursado, la ordenación de los acreedores bajo la *par conditio creditorum* y las reglas de pago propias de los créditos contra la masa.

De hecho, en el ámbito de la responsabilidad civil derivada de delito, cabe recordar el razonamiento contenido en la Sentencia núm.32/2015, de 7 de septiembre, dictada por la misma Audiencia Nacional, Sección 3^a¹⁰⁸⁸, mediante la cual se ordenó la integración en la masa activa del concurso de aquellos activos intervenidos en las diligencias penales, así como de aquellos que en su caso aparecieran con posterioridad. Pues bien, no se conjuga con lo anterior que las multas guarden una peor clasificación en el orden de pago, en comparación con dicha responsabilidad civil tanto directa como subsidiaria, siguiendo la norma del citado art.126 CP 1995, y en cambio el tratamiento de la multa pretenda ser a la postre beneficiado mediante su exclusión de las normas de pago de la LC.

Junto con esta patente incoherencia, de nuevo desde la propia normativa penal se observa cómo el art.260.3 CP 1995 -actual art.259.5 CP 1995- prevé dicho sometimiento de lo obtenido en el proceso penal a favor del proceso concursal, aunque el citado precepto sólo lo prevea en delitos por insolvencia punible y los singularmente relacionados con éste. Pues bien, pese a esta limitación que el ámbito de aplicabilidad del art.259.5 CP 1995 presenta *a priori*, cabría no obstante defender una interpretación extensiva del mismo por razón de la proclamada universalidad concursal (art.76 LC), así como teniendo en cuenta que -pese a su inclusión en una norma penal- el art.259.5 CP realmente guarda una naturaleza civil, y, por ello, no debería serle aplicable la prohibición general de analogía propia del derecho penal (art.4.1 CP 1995).

A todo este respecto, nuestro alto tribunal se ha limitado a señalar, en la Sentencia núm.372/2012, de 11 de mayo, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1^a¹⁰⁸⁹: *no existe obstáculo alguno para que el proceso penal culmine con una declaración de responsabilidad civil, cuya efectividad quedará, sin embargo, condicionada por el resultado del proceso concursal*, toda vez que recuerda la competencia del juez del concurso (art.8.3º LC) para conocer de la posible ejecución de tal responsabilidad *ex delicto*, que como cualquier otra resolución deberá ajustarse a los efectos que el concurso crea sobre las actuaciones ejecutivas.

¹⁰⁸⁸ Autos de procedimiento abreviado núm.19/2012.

¹⁰⁸⁹ RJ 2012\6185.

De igual modo, de haberse declarado en el proceso penal la nulidad de determinados actos de disposición, la reintegración de los pertinentes bienes o derechos se realizará de nuevo a través de la masa activa del concurso¹⁰⁹⁰ en aras de su incremento ex art.76 LC.

Sin embargo, en cuanto a la potencial infracción del *non bis in idem* al comienzo aludida, lo cierto es que la precitada resolución del Tribunal Supremo descarta su apreciación por no *acoger en su ámbito natural las cuestiones relacionadas con la responsabilidad civil*, optando en cambio por su tratamiento preventivo desde la óptica del enriquecimiento injusto, es decir, debiendo observar que se evite una duplicación de pronunciamientos condenatorios entre los civiles-concursales y los civiles *ex delicto*. En todo caso, deberá respetarse la doctrina general¹⁰⁹¹ en materia de cosa juzgada vigente entre el orden jurisdiccional civil y penal, consistente en que las sentencias penales absolutorias no crean cosa juzgada en el orden civil salvo que declaren probado que determinados hechos no ocurrieron.

7. Procedimiento de condonación o *discharge* concursal.

Pese a no tratarse de una materia directamente susceptible de un estudio jurisdiccional, sino material, se hace necesario contar con un mínimo análisis sobre la situación en que queda la responsabilidad patrimonial de una persona física tras su sometimiento a un proceso concursal, y, en mayor atención, examinar el tratamiento procesal que presenta el -todavía reciente- régimen concursal de condonación de deudas.

Esta necesidad de análisis se justifica, especialmente, a partir de la reforma que trajo consigo la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, que de modo pionero en el ámbito concursal ha buscado quebrar la tradición románica instaurada en el clásico art.1911 CC, relativo al principio de responsabilidad patrimonial universal.

A tal fin sirvió la modificación que dicha reforma efectuó sobre el art.178.2 LC, hasta entonces mero reflejo de aquel art.1911 CC, así como la aparición del art.242.2.5° LC en su redacción otorgada por la misma citada reforma, si bien bajo el cuestionable criterio de que entre ambos preceptos -*prima facie* idénticos- cabía apreciar diferencias en su alcance condonatorio¹⁰⁹². Constatado -tal y como se verá- el fracaso de aquella reforma, por su dispar contenido, por la dureza de sus requisitos y por la ausencia de

¹⁰⁹⁰ Vid. así Decreto de ejecución de 10 de noviembre de 2015, de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal (autos de ejecutoria núm.103/15-M).

¹⁰⁹¹ Por todas, Sentencia núm.262/2016, de 20 de abril, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (CENDOJ 28079110012016100254).

¹⁰⁹² Así tiene a bien advertirlas GÓMEZ ASENSIO, C., “El concurso de la PYME y el concurso de la persona natural: régimen concursal de la vivienda habitual del deudor”, Anuario de Derecho Concursal, ed. Civitas, núm.36/2015.

Así, en aquel art.242.2.5° LC, la condonación del crédito público no quedaba contemplada, a diferencia de lo dispuesto en el entonces art.178.2 LC. En cualquier caso, se trata de normativa actualmente derogada en el sentido de su redacción otorgada por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre.

todo tratamiento procedimental al respecto, tuvo lugar la creación de su sucesor y actual art.178.bis LC.

7.1 Antecedentes previos y la esperada ruptura con el art.1911 CC.

Conviene comenzar recordando que el principio de responsabilidad patrimonial universal, consagrado en el citado art.1911 CC, a la fecha todavía continúa vigente como principio general de nuestro ordenamiento. Ahora bien, dicha vigencia se ha visto severamente agrietada por la legislación concursal, cuando ésta resulte aplicable, así como por el art.579.2 LEC en supuestos de viviendas habituales objeto de ejecución hipotecaria, precepto este último reformado por la Ley 1/2013, de 14 de mayo.

A todo ello cabe sumar la distinta legislación urgente, transitoria y de constante reforma en materia de protección al sobreendeudamiento hipotecario, que por su singularidad ya hemos tenido ocasión de estudiar separadamente, si bien su finalidad no es exactamente *remisoria* sino *suspensiva* de los efectos derivados de la responsabilidad patrimonial en materia de endeudamiento hipotecario.

Resulta llamativo, teóricamente anómalo, que el germen jurisprudencial más pionero, y, desde luego, mediático, que indirectamente atacara el implacable régimen del art.1911 CC no proviniera de un proceso concursal sino por medio de un proceso de ejecución hipotecaria.

Todavía se guarda en el recuerdo el renombrado Auto núm.574/2009, de 13 de noviembre, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Estella¹⁰⁹³, el cual acordó que tras la realización en subasta judicial del bien hipotecado no procedía la continuación de dicha ejecución por la cuantía pendiente de abono al ejecutante. El motivo, que la petición por el ejecutante de continuación de la ejecución resultaría abusiva por mor del art.11 LOPJ *-manifiesto abuso del derecho-*, ya que el valor de tasación otorgado al bien inmueble conforme a la Escritura de hipoteca (art.682.2 LEC) era ligeramente superior al importe de la obligación principal, toda vez que dicho bien inmueble había sido adjudicado a la parte ejecutante (art.671 LEC).

Por todo ello, el juzgado estimó la continuación de la ejecución solamente en cuanto a la posibilidad de liquidación de intereses y costas, pero no así sobre aquella cuantía por principal pendiente y no cubierta por el importe de adjudicación de tal bien inmueble. Dicha fundamentación y sobre todo sus efectos, aun sin mencionar siquiera el art.1911 CC, inevitablemente incidían en la esfera de la responsabilidad patrimonial universal de los allí parte ejecutada.

La mentada resolución judicial fue en su momento confirmada por el Auto núm.111/2010, de 17 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección

¹⁰⁹³ AC 2010\2235.

2^a¹⁰⁹⁴, afirmando ser *circunstancial* el que el procedimiento de subasta de aquel bien inmueble no pudiera cubrir el importe total de la obligación principal. La misma suerte corrió el incidente de nulidad de actuaciones promovido por la entidad financiera ejecutante, dirigido frente al referido auto dictado en apelación¹⁰⁹⁵, y que fue tachado de *extravagante* por la representación legal de la entidad financiera ejecutante.

Con ello, se sentaba un precedente tan -jurídicamente- controvertido como influyente para el posterior desarrollo, legislativo y social, del fenómeno de la insolvencia familiar derivada del sobreendeudamiento hipotecario.

Así pues, aunque la precitada resolución judicial fundara su fallo con base en el art.11 LOPJ, ante lo *moralmente intranquilizante* que resultaba el fenómeno de las *hipotecas basura*, según palabras de la propia sala de apelación en su referido auto, es razonable pensar que esta llamada de atención supusiera un impulso al debate *de lege ferenda* en el ámbito del antes citado art.1911 CC. En este sentido, aunque ninguna de las mentadas resoluciones judiciales invocara dicho precepto, ello sólo puede deberse a la vista de su inflexibilidad teleológica y que obligó, pues, a aquellas, a tener que acudir a principios de nuestro ordenamiento jurídicos todavía más generales para motivar su fallo.

Así se mostraba la situación emergente en el plano de la ejecución singular, dentro de una época todavía próxima al umbral de inicio de la crisis inmobiliaria y del sistema financiero, por tanto, titubeante y con distintas aproximaciones interpretativas sobre un fenómeno socioeconómico que cada vez resultaba más concurrente.

Prueba de ello es que las Secciones Primera y Tercera, de la misma Audiencia Provincial de Navarra, mantuvieran criterios opuestos a su homóloga Sección Segunda, posicionándose aquellas en férrea defensa del art.1911 CC y su consiguiente reflejo en la normativa hipotecaria (art.105 LH), así como descartando un posible enriquecimiento injusto del ejecutante aunque el valor de adjudicación fuese inferior al de tasación, de conformidad con la interpretación entonces existente de parte de nuestro alto tribunal¹⁰⁹⁶.

¹⁰⁹⁴ AC 2011\1.

¹⁰⁹⁵ Incidente que fue desestimado por Auto de 16 de marzo de 2011, de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2ª (AC 2011\1027).

¹⁰⁹⁶ Para una mayor aproximación al análisis jurisprudencial de la época y sus divergentes posicionamientos nos remitimos al trabajo de HUALDE LÓPEZ, I., “El problema de la vivienda habitual en el concurso del consumidor.”, Anuario de Derecho Concursal, ed. Civitas, núm.25/2012.

Señala dicho autor que la novedosa interpretación del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Estella y la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra, quedaría en evidencia en el caso de que fuese un tercero postor quien se adjudicase el bien -no ya el propio ejecutante-, bajo las mismas circunstancias, pues en ese caso sería todavía más difícil argumentar la pérdida del derecho del ejecutante a continuar con la ejecución por la cantidad pendiente de pago. Por ello, concluye que su interpretación acabaría conduciendo a consecuencias no previstas en la LEC.

¿Qué ocurría, por aquel entonces, a la hora de regular el tratamiento de la responsabilidad patrimonial universal bajo la específica órbita del derecho concursal?

Nos encontramos ante una *vexata quaestio* que, ya con anterioridad a la reforma (Ley 14/2013, de 27 de septiembre) del art.178.2 LC, con la que comenzábamos la introducción a este epígrafe, venía suscitando un fervoroso debate de nuevo entre la literalidad de la norma y una posible interpretación correctora.

Pues bien, el equivalente concursal a aquellas polémicas resoluciones jurisprudenciales navarras puede encontrarse en el Auto de 26 de octubre de 2010, del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona¹⁰⁹⁷. En dicha resolución, que trae causa de un concurso de persona física concluido por liquidación, el Magistrado-Juez FERNÁNDEZ SEIJO abogó por que la interpretación del entonces vigente art.178.2 LC -entonces mero reflejo del art.1911 CC- debía entenderse únicamente respecto de los créditos *post-concursales* y no así de los concursales. En consecuencia, dado que en el concurso de referencia la mitad de los créditos ordinarios habían quedado insatisfechos tras la liquidación del activo -un alcance bastante elogiado, por cierto-, éstos y cualquier otro de índole concursal que no hubieren podido ser satisfechos debían darse por extinguidos.

La novedosa fundamentación utilizada en el auto de referencia desprende un especial esfuerzo argumentativo, para integrar una solución que superara el obstáculo normativo del inamovible art.178.2 LC y consiguiente responsabilidad patrimonial universal de la persona física, no obstante la conclusión de su concurso.

A tal fin, se partió de las circunstancias concretas del caso, y que fueron consideradas como merecedoras de una especial sensibilidad: dos jubilados bajo concurso de acreedores acumulado, una calificación concursal fortuita, una propuesta de convenio evaluada favorablemente pero que ni pudo votarse por falta de constitución de la junta de acreedores, y unos ingresos periódicos por parte de ambos concursados -sus respectivas pensiones- que, deducida la parte inembargable, supondría tener que prolongar la liquidación concursal durante un mínimo de trece años hasta la íntegra satisfacción de los créditos ordinarios.

Con base en estas sobrecogedoras circunstancias, aprovecha el auto para argumentar que si no se corrige la literalidad del art.178.2 LC, se estaría forzando a los sujetos concursados a instar inmediatamente la reapertura de su concurso por insolvencia, cuyo presupuesto objetivo nunca desaparecería, lo que terminaría por convertir la situación de estos concursados en similar a la del mito de Sísifo -metáfora utilizada por el Juzgador-, obligados a empujar una piedra enorme cuesta arriba, luego rodarla cuesta abajo y volverla a subir, y así eternamente.

Por tanto, para evitar la *exclusión social* de este tipo de personas físicas en concurso, el auto defiende la extinción, con la conclusión del concurso, de aquellos posibles créditos

¹⁰⁹⁷ AC 2010\1828.

concursoales remanentes tras la liquidación de la masa activa, ya que de lo contrario se estaría obligando al concursado a la encrucijada de continuar en una situación de concurso *ad aeternum*, o bien exponerse a una pluralidad de ejecuciones singulares por los créditos concursales no satisfechos.

Pese a todas estas bondades, la resolución comentada posee ciertos defectos insuperables. En primer lugar, porque el juez asume funciones de legislador, no tanto porque quiera realizar una interpretación más o menos creativa de determinado precepto, lo que podría ser excepcionalmente admisible respetando lo dispuesto en el art.3 CC (interpretación de las normas jurídicas), sino porque el hecho de acordar la extinción de los créditos concursales consiste en una interpretación directamente *contra legem*, en atención a la normativa concursal al tiempo aplicable.

Aun rehuendo del *noble sueño formalista*, como ya dedujo el filósofo HART¹⁰⁹⁸, también deben rechazarse los excesos de un subjetivismo antiformalista. Siguiendo precisamente la teoría de la *textura abierta del derecho* del citado filósofo, que invita a considerar un punto de equilibrio entre las concepciones formalistas y antiformalistas del derecho, no cabía encontrar en aquella normativa concursal posibilidad interpretativa que en aquel momento permitiera la extinción de los créditos concursales como se acuerda en el auto de referencia. Y es que, desde un punto de vista teleológico, el art.178 LC tradicionalmente se ha limitado a remitirse al art.1911 CC, sin vislumbrar una zona de penumbra u *open texture* en esta última norma.

Así las cosas, ciertamente desde un posicionamiento de equidad la precitada resolución judicial sin duda parece acertada, también su utilidad para su estudio e impulso de un debate *de lege ferenda*, como el propio auto admite. Pero nada de ello resuelve lo dicho anteriormente, así como, por ejemplo, ¿cuál debía ser entonces el baremo a considerar para la exoneración de pasivo concursal? ¿el especial dramatismo social a valorar subjetivamente, caso por caso? ¿la potencialmente escasa masa activa previsible a futuro del concursado, su ausencia de mala fe?

No cabe duda, en cualquier caso, de que la comentada resolución judicial concursal ha sido pese a todo objeto de elogio¹⁰⁹⁹, por la agudeza de su reflexión y el propio atrevimiento que ha soportado¹¹⁰⁰. El retraso normativo de España, en contraste con su

¹⁰⁹⁸ HART, H., *El concepto de derecho*, ed. Abeledo Perrot, 2011.

¹⁰⁹⁹ CUENA CASAS, M., “Conclusión del concurso de acreedores de persona física y exoneración del pasivo pendiente.”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, ed. Lex Nova, núm.125/2012.

La autora coincide en destacar la “buena intención” de la resolución pese a su argumentación “contradictoria” cuando pretende la exoneración de créditos concursales.

¹¹⁰⁰ Es evidente que el juzgador, prestigioso autor doctrinal, era plenamente conocedor de la ortodoxia del art.178.2 LC, de modo que fue consciente en utilizar una argumentación tan creativa como novedosa para apartarse del mismo. Aun tampoco compartiendo la solución del auto de referencia, elogiaba igualmente las virtudes de su *exégesis revolucionaria* GÓRRIZ LÓPEZ, C., “La extinción de los créditos concursales no satisfechos durante el concurso (AJM3 Barcelona 26.10.2010).”, *Anuario de Derecho Concursal*, ed. Civitas, núm.26/2012.

entorno de derecho comparado, limitándose a transcribir al orden concursal el vetusto principio del art.1911 CC, resultaba embarazoso a la luz tan humanista como pragmática de la filosofía de la *segunda oportunidad* o *fresh start* anglosajona, entre otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno.

Así pues, aunque con años de retraso, el legislador concursal finalmente atendió a las distintas respuestas que venía dando el derecho comparado, así como a las propuestas que preconizaba nuestra doctrina, intentando de una vez por todas dotar al proceso concursal de la persona física de un especial atractivo o estimulante en su uso.

El primer reflejo de esta política tuvo lugar con la ya aludida reforma del art.178.2 LC, operada por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, que por primera vez introdujo un sistema de condonación de las deudas insatisfechas.

Ahora bien, para poder acceder a dicho efecto de condonación, el mismo art.178.2 LC exigía una serie de severos requisitos allí aludidos, especialmente, aquel relativo a la exigencia -casi heroica¹¹⁰¹- de haber satisfecho todos los créditos contra la masa, privilegiados y el 25% de los créditos ordinarios. Sólo en caso de haber intentado, sin éxito, un acuerdo extrajudicial de pagos, no sería necesario satisfacer dicho 25% del crédito ordinario, lo cual no por ello dejaba de resultar un requisito de satisfacción crediticia todavía notablemente elevado.

En definitiva, desde bien temprano resultaba fácil aventurar la *escasa o nula eficacia práctica de esta segunda oportunidad*¹¹⁰² de aquel art.178.2 LC, todo lo cual quedó todavía más evidenciado a la luz de la posterior Recomendación de la Comisión de la Unión Europea, de 12 de marzo de 2014, que a tal fin proponía un alcance total, y no parcial, del efecto de la condonación de deudas.

Para mayor divergencia, la persona física que resultara subjetivamente apta para solicitar el inicio de un procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos (art.231 y ss. LC), por entonces restringido para las personas físicas no empresarias ni profesionales, contaban con una segunda ventaja: valorar qué régimen de exoneración elegir de los dos (arts.178.2 y 242.2.5º LC) que preveía la Ley Concursal e introdujo simultáneamente con su reforma de septiembre de 2013.

¹¹⁰¹ Apreciación que comparte el Magistrado-Juez RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., “Limitación de responsabilidad, remisión de deudas y acuerdo extrajudicial de pagos en el Proyecto de Ley de apoyo a los emprendedores”, Revista Aranzadi Doctrinal, ed. Aranzadi, núm.5/2013.

Con mayor escepticismo reflexiona SOTILLO MARTÍ, A., “Segunda oportunidad y derecho concursal”, El Cronista del Estado social y democrático del derecho, ed. Iustel, 2014, nº 44, quien vaticinó que la práctica no podrá ofrecer *resultados estadísticos mínimamente presentables, que demuestren la eficacia y eficiencia de la nueva regulación*.

¹¹⁰² Con tales palabras lo vaticinaba, con acierto, ESTUPIÑÁN CÁCERES, R., “Exoneración de deudas y fresh start: Ley Concursal y Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de dos mil catorce”, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, ed. Wolters Kluwer, 2014, nº 22.

En efecto, bien se podía optar por la estrategia de ampararse en el régimen de exoneración del art.178.2 LC, o bien sobre aquel otro del art.242.2.5º LC, ambos preceptos en su redacción dada por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre. Respecto del art.242.2.5º LC, en su referida redacción, no se exigía satisfacer el 25% de los créditos ordinarios pero a cambio se exceptonaban de la exoneración los créditos de derecho público, piénsese así en los recargos, intereses y sanciones subordinados en el concurso.

Ante este peculiar panorama, señalaba algún autor que al final era simple cuestión de asesorarse y *hacer números*¹¹⁰³ para valorar si era mejor intentar alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, o bien directamente instar la demanda de concurso voluntario y en su caso acogerse al régimen de exoneración del art.178.2 LC o bien proponer un convenio.

Así y todo, lo cierto es que aquel art.178.2 LC, en su citada redacción, supuso al menos la primera introducción en nuestro derecho concursal de un sistema de remisión de deudas. Además, cabe recordar que esta aparición en nuestro derecho positivo vino acompañada de la protección de la vivienda habitual propiedad del llamado *emprendedor de responsabilidad limitada*, figura ésta que introdujo la misma Ley 14/2013, de 27 de septiembre, aunque con una serie de requisitos formales (p. ej. en materia de contabilidad) que han terminado por convertirla en poco operativa, además de no eximir del régimen del art.1911 CC¹¹⁰⁴. En todo caso, resultaba evidente la intención del legislador de demostrar en el debate político a toda costa, insistentemente, el fomento de la *actividad emprendedora*¹¹⁰⁵ con esta serie de medidas.

Dada cuenta de su escasa vigencia, con todo llegó a darse alguna resolución jurisprudencial en la que podemos observar los efectos aplicados del art.178.2 LC en su mentada redacción de septiembre de 2013. Curiosamente, vuelve a ser el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, mediante Auto de 2 de abril de 2014¹¹⁰⁶, quien esta vez nos

¹¹⁰³ CUENA CASAS, M., “Ley de emprendedores y exoneración de deudas o fresh start.”, Anuario de Derecho Concursal, ed. Civitas, núm.31/2014.

Criticando además que el art.242.2.5º LC no exceptione de la exoneración de pasivo prevista en dicho precepto el supuesto de incumplimiento *imputable* del acuerdo extrajudicial de pagos, algo que considera un “fallo clamoroso”. Asimismo, se critica también que el legislador haya decidido equiparar concurso fortuito con ausencia de mala fe tanto en el art.178.2 LC como en el art.242.2.5º LC, ya que según esta autora existe una *zona gris* (comportamiento imprudente) entre el dolo o la culpa grave y la buena fe.

¹¹⁰⁴ Cabe remitirse al detallado análisis sobre el “emprendedor de responsabilidad limitada” que realiza VICENT CHULIÀ, F., “La Ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (LAEI). Aspectos mercantiles.”, Revista de Derecho Patrimonial, ed. Aranzadi, núm.33/2014.

Recordando además dicho autor que con esta figura se continúa respondiendo ilimitadamente por las deudas contraídas (art.1911 CC), sólo que dicha responsabilidad no podrá ejecutarse sobre la vivienda habitual de su propiedad.

¹¹⁰⁵ Aunque bastaría con la lectura de la prensa local y nacional para su constatación, también recoge dicha política legislativa BERGER ANGÓS, I., “La introducción de la remisión de deudas en la legislación española”, Actualidad Jurídica Aranzadi, ed. Aranzadi, núm.876/2014.

¹¹⁰⁶ 2014\124009.

sorprendía al posibilitar la aplicación del nuevo régimen concursal de condonación de deudas a un concurso de acreedores que cumplía con todos los requisitos del art.178.2 LC, pero cuya declaración tuvo lugar nada menos que en el año 2009.

En el auto dictado por el Magistrado-Juez FERNÁNDEZ SEIJO, se argumentó que el régimen transitorio único en materia concursal de la citada Ley 14/2013, de 27 de septiembre, no impide -pese a su innegable literalidad- dicha aplicación en atención a que en la legislación penal y laboral se permite la aplicación retroactiva de disposiciones más favorables para la parte *más débil*.

Se observa, así, una interesante aunque insegura argumentación antiformalista, que encajaría en la volatilidad propia de la cuestionable escuela del derecho libre de VON IHERING, precursor de la conocida *jurisprudencia de intereses*¹¹⁰⁷. Similar argumentación a la expuesta se había utilizado ya en el anterior Auto núm.12/2014, de 22 de enero, del Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Barcelona¹¹⁰⁸, aquí simplemente *teniendo en cuenta la vocación del concurso de persona física* para aplicar el nuevo régimen del art.178.2 LC a un concurso voluntario declarado en el año 2011.

Aquella primigenia reforma sobre el art.178.2 LC, pese a lo indudablemente positivo de la misma como aliciente para fomentar el concurso de las personas físicas, adolecía de cierta previsión con las restantes normas y efectos del proceso concursal, toda vez que no contemplaba siquiera procedimiento alguno para su tramitación, a gran diferencia de su sucesor y actual art.178.bis LC.

Así por ejemplo, cabía preguntarse qué ocurría con los fiadores o avalistas del sujeto concursado, cuando este último fuera beneficiado por la condonación concursal. Sin unanimidad, pero mayoritariamente, en las Conclusiones de la Reunión de Magistrados de lo Mercantil de Madrid, relativa a los Criterios de aplicación de la reforma de la Ley de apoyo a emprendedores, sobre cuestiones concursales, de 11 de octubre de 2013¹¹⁰⁹, se entendió que frente a la teoría general de las obligaciones debía primar por analogía lo dispuesto en el art.135 LC, regulador de los límites subjetivos de los efectos del convenio concursal aprobado, de suerte que el fiador o avalista no podría oponerse al pago basándose en dicha condonación de deuda en favor del obligado principal, máxime si la fianza se constituyó de tipo solidaria. En cambio, si se estuviera ante terceros hipotecantes, por tanto no deudores, aquí sí la garantía prestada debía desaparecer al carecer ésta de justificación tras la condonación de la deuda del obligado principal.

¹¹⁰⁷ Citado en LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *Introducción histórica a la filosofía del derecho contemporánea*, ed. Universidad de Murcia, 2005, pág.51.

¹¹⁰⁸ AC 2014\430.

Dicho Auto resultó además revocado mediante el Auto núm.148/2014, de 25 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª (JUR 2015\190474).

¹¹⁰⁹ Disponibles en <http://dictumabogados.com/actualidad-abogados-madrid/magistrados-de-lo-mercantil-de-madrid-criterios-de-aplicacion-de-los-aspectos-concursales-de-la-ley-de-emprendedores/4735/>

También cabía plantearse qué ocurriría en aquellos supuestos de posible reapertura del proceso concursal (art.179 LC), especialmente, cuando estuvieran motivados por la existencia de bienes o derechos ya pertenecientes al concursado durante su concurso pero no reconocidos en el mismo por ocultación¹¹¹⁰.

Para solventar estos casos de un modo equitativo, de nuevo en las Conclusiones de la Reunión de Magistrados de lo Mercantil de Madrid, relativa a los Criterios de aplicación de la reforma de la Ley de apoyo a emprendedores, sobre cuestiones concursales, de 11 de octubre de 2013, aunque esta vez por unanimidad, se concluyó que los acreedores afectados por la exoneración del art.178.2 LC podrían igualmente participar del resultado liquidador de tales bienes aparecidos, creándose así la ficción de suspender temporalmente los efectos de aquella condonación de deuda conferida, toda vez que tales efectos de condonación volverían a desplegarse una vez liquidada dicha aparición *ex post* de bienes o derechos del deudor.

Bajo el mismo espíritu integrador, si en cambio la reapertura proviniese de la potestad prevista en el art.179.3 LC, derivándose finalmente en una calificación de culpabilidad del deudor, entonces los efectos de la exoneración deberían dejarse definitivamente sin efecto y cualquier crédito afecto volvería a renacer a modo de condición resolutoria.

7.2 La consolidación de un régimen procedimental propio (art.178.bis LC).

A la vista del fallido régimen de condonación concursal de deudas comentado, tanto por la desproporcionada dificultad en el cumplimiento de sus requisitos, así como por su exigua regulación concentrada en un solo apartado (art.178.2 LC), la aparición del art.178.bis LC vino a intentar dar respuesta a toda la crítica doctrinal antes expuesta.

De esta manera, el propio legislador reconoce su fracaso si atendemos al escaso periodo de tiempo -menos de año y medio- en que estuvo en vigor aquel primer régimen condonatorio de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre; pues fue sustituido tan pronto como en el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, luego confirmado por la Ley 25/2015, de 28 de julio, introduciéndose a tal fin un precepto *ad hoc* (art.178.bis LC) de cara a posibilitar una más completa regulación de esta materia.

Como ya se ha apuntado, la autonomía en la creación de un precepto específico para la *exoneración del pasivo satisfecho* denota la corregida intención del legislador, ahora más previsor, en el sentido de dotar de un verdadero desarrollo sustantivo y procedimental respecto de tan trascendente efecto posible del proceso concursal.

¹¹¹⁰ Ha de puntualizarse que la posibilidad de reapertura del concurso de persona física, sin necesidad de nueva declaración, y pese al dictado literal del art.179.1 LC, viene siendo ampliamente reconocida, entre otros, por SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J.C., en AA.VV., *Enciclopedia de derecho concursal*, Tomo II, ed. Aranzadi, 2012, pág.2495.

Considerando la naturaleza del estudio de esta tesis, no es objeto de la misma adentrarse en el análisis jurídico-sustantivo de los requisitos materiales que se regulan en el art.178.bis LC para conferir tal efecto condonatorio.

No obstante, por meras razones de uniformidad en el examen de este precepto, sí se hace preciso destacar la desaparición del régimen alternativo que presentaban los arts.178.2 y 242.2.5 LC. Ahora, en cambio, se observa una alternatividad mejor fundada en aras de ampliar el acceso en el cumplimiento de los requisitos del art.178.bis LC, si bien tal alternatividad no significa que el deudor pueda potestativamente optar entre un régimen u otro, sino que ello dependerá objetivamente del resultado de su capacidad de pago a los acreedores¹¹¹¹.

Así las cosas, junto con los tres primeros subapartados del art.178.bis.3 LC, el sujeto concursado deberá alcanzar la -de nuevo desproporcionada- cota de satisfacción de créditos que exige -heredada de su anterior regulación- el art.178.bis.3.4° LC, o, más probablemente, seguir el sistema de condonación que regulan los arts.178.bis.3.5° y 178.bis.5 LC. En este último caso, se añade como carga adicional para el deudor su sometimiento a un *plan de pagos* (art.178.bis.6 LC), respecto de aquellos créditos expresamente no comprendidos (p. ej. por alimentos) en el *alternativo* efecto condonatorio que establece el citado art.178.bis.5 LC.

Con todo, pese a tan férreas exigencias, en su día fue objeto de mediática controversia el Auto de 1 de octubre de 2015, dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona¹¹¹², en tanto que por la vía del art.178.bis.3.5° LC confirió el efecto de la condonación concursal sobre una persona física con un sueldo mensual superior a los 2.500 €.

De este modo, quedaba depuesto el escalonado sistema de inembargabilidad de sueldos previsto en el art.607 LEC. No ha sido éste el único supuesto que ha trascendido mediáticamente, pudiendo destacar asimismo el Auto núm.179/2016, de 10 de noviembre, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Castellón¹¹¹³, en este caso célebre por la cantidad de crédito ordinario condonado (más de 900.000 €) en favor de una persona física y cuya deuda fue contraída en su condición de avalista.

Como suele ser habitual (vid. arts.100.3.III, 148.5 o 231.5.II LC), una vez más el legislador vuelve a dar mal ejemplo frente al resto de acreedores, a los que sí exige el sacrificio de la renuncia *ope legis* de sus derechos crediticios, así como también

¹¹¹¹ Así lo advierte CUENA CASAS, M., “¿Una segunda oportunidad para la persona física insolvente?”, ed. Fundación Hay Derecho, en artículo publicado el 3 de marzo de 2015 disponible telemáticamente: <http://hayderecho.com/2015/03/03/una-segunda-oportunidad-para-la-persona-fisica-insolvente/>

¹¹¹² JUR 2015\241635.

La masa pasiva de aquella persona física carecía de créditos susceptibles de ser clasificados con privilegio especial o general alguno, ni tampoco existían créditos contra la masa, toda vez que el origen causal de su adeudo provenía por su condición de fiador respecto de una sociedad mercantil.

¹¹¹³ JUR 2016\273282.

complica la propia viabilidad del deudor en su capacidad de pagos, pues también aquí los créditos de derecho público se ven agraciados con un incomprensible privilegio *ad hoc*. Repárese que incluso el TJUE ha dejado claro que la condonación de derecho de crédito público, con arreglo a la legislación de la insolvencia, resulta plenamente admisible¹¹¹⁴.

En este caso, dicho privilegio consistente en quedar -sin mayor esfuerzo- sometidos al régimen de aplazamiento o fraccionamiento ya propio de su normativa específica (art.176.bis.6.III LC), ello cuando se siga el cauce de condonación del art.178.bis.3.5° LC. Y ciertamente esta situación no mejora, sensiblemente, bajo el régimen de condonación de deudas seguido en el art.178.bis.3.4° LC, en cuyo caso, el único crédito público exonerado resultará aquel clasificado como concursal subordinado.

A todo este respecto, no está de más traer de nuevo a colación la -por entonces- ya conocida Recomendación de la Comisión de la Unión Europea, de 12 de marzo de 2014, y que proponía una remisión total -no parcial- del efecto de la condonación de deudas una vez conferido éste; recomendación ésta que ni cumplía el exiguo art.178.2 LC, ni tampoco el actual art.178.bis LC en ninguno de sus regímenes de condonación.

En todo caso, como ya se ha dicho, debe insistirse en que no hay que confundir alternatividad con una suerte de derecho de elección, del deudor, para acogerse a un régimen de condonación u otro; antes bien, si se prefiere, debe reemplazarse dicho término por el de *subsidiario*, aunque el art.178.bis.3.5° LC se describa con el adjetivo de alternativo.

Téngase en cuenta, además, la relación interna que rige entre todos los subapartados del art.178.bis.3 LC, de modo que si -por inalcanzable- se sustituye el requisito del art.178.bis.3.4° LC, a cambio de aquel otro del art.178.bis.3.5° LC, entonces es ineludible cumplir con la carga procedimental de haber -al menos- intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos de concurrir los presupuestos para ello (art.231 LC)¹¹¹⁵. Así debe deducirse del requisito que exige el art.178.bis.3.3° LC, toda vez que éste sólo aparece exonerado por el contenido que establece art.178.bis.3.4° LC, precisamente sustituido y por ende inaplicable¹¹¹⁶.

¹¹¹⁴ Así se manifestó, en relación con el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), en la Sentencia de 16 de marzo de 2017 del TJUE, Sala 7ª (JUR 2017\113119).

¹¹¹⁵ “[...] *el deudor que pueda intentar un acuerdo extrajudicial de pagos tiene obligación de, al menos, intentar lograrlo.*”, según defiende NIÑO ESTEBÁNEZ, R., “La segunda oportunidad económica para las personas físicas: una aproximación crítica a sus aspectos más controvertidos”, Revista Jurídica Sobre Consumidores y Usuarios, ed. vLex, 2018, núm.2

¹¹¹⁶ Dicho de otro modo: *cualquier deudor puede no intentar un acuerdo extrajudicial y beneficiarse del régimen del art.178.bis.3.4° LC, ahora bien, siempre que logre abonar las deudas no exonerables sin un plan de pagos.*

Así lo expresa CUENA CASAS, M., en AA.VV., *El derecho de la insolvencia: el concurso de acreedores*, ed. Tirant lo Blanch, 2015, pág.135.

Advertido lo cual, un efecto que podría resultar particularmente socorrido por parte del deudor descansa en el art.178.bis.5.2° LC, el cual, tras prever que los créditos con privilegio especial (art.90.1 LC) deben ser satisfechos con arreglo a su garantía, establece asimismo que la parte de la deuda no satisfecha -en función del precio que finalmente se alcance en sede de venta o ejecución del bien garantizado- debe verse condonada.

Bajo esta fórmula se está consagrando, aunque no se manifieste de forma expresa, un sistema obligatorio de dación en pago con arreglo al valor que se obtenga de dicho bien o derecho y con independencia del importe total de la deuda originaria, pues como norma general su sobrante no podrá ser incluido en el ya referido *plan de pagos* (art.178.bis.6 LC).

En el supuesto de que no se hubiera podido o querido ejecutar la pertinente garantía real hipotecaria, por cualquier motivo, es razonable que en el pronunciamiento condonatorio de tal deuda se haga referencia a las bases de su liquidación futura, al amparo del art.219.2 LEC, en aras de poder hacer efectiva dicha condonación y evitar así resultados impropios a la finalidad del art.178.bis.5.2° LC, causados por el simple hecho de no haberse ejercitado *ex ante* la tutela ejecutiva por parte del acreedor especialmente privilegiado o de la administración concursal.

Por el contrario, no parece claro que este efecto tan trascendental para el deudor -piénsese en el supuesto arquetípico de la vivienda habitual hipotecada- se desprenda del régimen *alternativo* del art.178.bis.3.4° LC, en tanto que este último exige la íntegra satisfacción de los créditos privilegiados, toda vez que la reconversión a crédito ordinario o subordinado que -por pura necesidad- ordena el art.155.4 LC no parece razón suficiente como para burlar aquel requisito de *integridad*, ya que entonces éste quedaría vacío de contenido en lo que se refiere a los créditos concursales con privilegio especial.

Por último, con respecto al efecto sobre terceros sujetos que puede provocar un pronunciamiento condonatorio u otro, ello sea dicho pese a la mejorable ubicación de su regulación dentro del art.178.bis.5.IV LC, se prevé expresamente que los fiadores o avalistas del deudor no podrán invocar dicha exoneración concursal de deudas, esto es, en contra de lo dispuesto como norma general en el art.1847 CC. Lo anterior no debería impedir que el fiador pueda ejercer la acción de regreso que contemplan los arts.1838 y ss. CC., y ello a pesar de que dicha acción de regreso perjudique al espíritu de la condonación conferida, pues no es admisible que una norma sancionadora -así debe calificarse a la condonación *ex lege*- sea aplicada por analogía.

De otra parte, en cuanto a la relación que debe regir entre el efecto de la condonación de deudas conferido y la sociedad conyugal -ganancial o análoga- de la que forme parte dicho deudor, el art.178.bis.5.V LC establece una extensión automática de tal efecto condonatorio sobre el cónyuge del sujeto concursado, es decir, siendo irrelevante que tal cónyuge no haya sido parte en el proceso concursal ni -cuanto menos- en el procedimiento específico del art.178.bis LC.

La extensión de dicho efecto sobre el cónyuge del concursado se explica no obstante en atención al art.49.2 LC, el cual tras su reforma por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, determina la inclusión en la masa pasiva concursal de todas aquellas deudas por las que deba responder el patrimonio común conyugal propio del régimen de gananciales u otros análogos de naturaleza germánica. Ahora bien, lo anterior no resuelve la considerable problemática de que los acreedores del cónyuge del concursado se vean de este modo privados, injustificadamente, de poder dirigirse frente al posible patrimonio privativo de dicho cónyuge y que jamás formó parte de la masa activa del concurso (art.82.1 LC)¹¹¹⁷.

Ya en lo que al plan procedimental se refiere, varias son las cuestiones a destacar que plantea el mismo art.178.bis LC, sin perjuicio de reconocer su mejora en tanto que -huelga insistir- su predecesor art.178.2 LC carecía de tratamiento procedimental alguno.

Así pues, en primer lugar, es de notar la exigencia de un presupuesto procesal previo para poder instar el concreto procedimiento del art.178.bis LC, cual es la necesidad de que exista un proceso concursal declarado, y que éste, además, concluya por liquidación (art.176.1.2º LC) o por insuficiencia de masa activa (art.176.1.3º LC). Es claro así que la vía del convenio concursal, salvo incumplimiento del mismo, resulta del todo incompatible con el procedimiento de la condonación de deudas, lo cual sin duda puede provocar el paradójico efecto de que resulte más beneficiosa para el deudor una liquidación concursal que una aprobación de convenio. Asimismo, se mantiene una incardinación jurisdiccional -y no extrajudicial o siquiera extraconcursal- del régimen de condonación concursal de deudas.

Es claro también que la legitimación activa reside exclusivamente en la persona del sujeto concursado (art.178.bis.2 LC), potestativamente, lo cual constituye una gran diferencia de su predecesor art.178.2 LC y que contenía un mandato de pronunciamiento *ope legis* siempre y cuando concurrieran sus presupuestos¹¹¹⁸.

Dentro del actual carácter potestativo de dicho pronunciamiento de condonación de deudas, más acorde con el principio dispositivo que rige el concurso, no participa la administración concursal como posible sujeto legitimado, pues el dictado de la citada norma no deja lugar a dudas al atribuir la carga procesal de su solicitud -sujeta a plazo- únicamente sobre el deudor persona física.

Mayor interrogante plantea, en cambio, la posible legitimación activa del cónyuge del concursado para formular tal solicitud, puesto que el art.178.bis.5.V LC extiende el efecto de la condonación de deudas conferida sobre la sociedad conyugal constituida en

¹¹¹⁷ De esta misma crítica participa CABANAS TREJO, R., “El nuevo régimen legal de la exoneración del pasivo concursal y del acuerdo extrajudicial de pagos (Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero)”, Diario La Ley, ed. Wolters Kluwer, 2015, nº 8505.

¹¹¹⁸ Así lo advierte también CARRASCO PERERA, A., “El mecanismo de “segunda oportunidad” para consumidores insolventes en el RDL 1/2015: realidad y mito”, Revista CESCO de Derecho de Consumo, ed. Centro de Estudios de Consumo. Universidad de Castilla-La Mancha, 2015, nº 13.

gananciales o bajo régimen análogo a éste. El aludido efecto directo sobre la esfera patrimonial del cónyuge del concursado debería conferirle legitimación activa, en el extraño supuesto de que su cónyuge concursado omitiera formular solicitud alguna en plazo.

En cuanto al tratamiento procesal de la propia solicitud en sí, de entrada cabe observar la competencia objetiva que reside en el juez del concurso (art.178.bis.2 LC) para conocer de dicha solicitud, toda vez que la carga probatoria -léase documental- de los requisitos exigibles en el art.178.bis.3 LC deberá recaer sobre el solicitante de la condonación (p. ej. para acreditar el peculiar requisito de que el deudor no haya rechazado una oferta de empleo, adecuada a su capacidad, en los últimos cuatro años anteriores al concurso).

Así las cosas, tras conferir el oportuno traslado a los acreedores personados y a la administración concursal, a falta de oposición alguna por cualquiera de éstos, el juez del concurso se encuentra constreñido *ex lege* a la estimación de dicha exoneración de deudas solicitada, sin que la norma -a diferencia del art.131 LC en sede de convenio- permita un rechazo de oficio de tal solicitud formulada, toda vez que el principio dispositivo del proceso concursal impide -salvo expresa previsión- una extensión de este control sobre cuestiones que no formen parte del orden público procesal.

Por el contrario, de formularse oposición por parte de cualquier acreedor o de la administración concursal, ambos legitimados activamente, tal oposición deberá instrumentalizarse en la forma de demanda que seguirá los cauces del art.192 y ss. LC, de modo que deberá darse traslado al deudor para que formule posible contestación a la misma. El art.178.bis.4.III LC explícitamente restringe la *causa petendi* de los demandantes de la oposición, pues ésta sólo podrá venir motivada por la falta de cumplimiento de los requisitos que exige el ya comentado art.178.bis.3 LC.

Asimismo, el art.178.bis.4.III LC también se ocupa de restringir temporalmente la conclusión del proceso concursal hasta que se resuelva dicho incidente concursal de oposición, ahora bien, ello sólo resultará efectivo en los supuestos de conclusión por liquidación (art.176.1.2º LC), puesto que en el supuesto de la insuficiencia de masa activa tal conclusión del proceso concursal puede resultar simultánea a su declaración (art.176.bis.4 LC). Así y todo, dicha simultaneidad procesal extrema no impide que se haya creado un efecto de competencia objetiva de tipo funcional, recaído sobre el juez de tal concurso *exprés* ya concluido, quien por tanto resultará competente para conocer del procedimiento de condonación de deudas (art.176.bis.4.II LC) pese a dicha conclusión.

En todo caso, de la tramitación aquí descrita se desprende una naturaleza inicialmente coincidente con aquella propia de la jurisdicción voluntaria, donde no existe pretensión como tal, sino una mera solicitud de exoneración de deudas formulada ante el juez competente y así garante de este derecho privado (art.117.4 CE). Por consiguiente, su posible conversión en un expediente contencioso dependerá del ejercicio de la

pretensión de oposición antes mencionada y que, aun con las limitaciones advertidas, dispone el art.178.bis.4 LC.

Finalmente, es de interés destacar la atípica terminación del procedimiento de condonación de deudas. En primer lugar, llama la atención que el propio pronunciamiento exonerador de deudas se emita con carácter *provisional* (art.178.bis.4.II LC), esto es, a modo de condición resolutoria y con independencia de la firmeza de la resolución judicial que así lo ordene.

Mientras que ello se entiende pacíficamente cuando se esté ante una solicitud no controvertida, es decir, no contenciosa y más propia de un acto de jurisdicción voluntaria, por el contrario dicho efecto se compadece mal cuando se hubiera incoado el régimen de oposición que regula el art.178.bis.4.III LC, en tanto que éste debe finalizar en sentencia sujeta a los consabidos efectos de cosa juzgada formal y material (art.196.4 LC)¹¹¹⁹. A mayores, encontrándonos en un procedimiento *ex post* a la liquidación concursal, no hay que olvidar que dicha sentencia sería susceptible, además, de recurso de apelación preferente (art.197.5 LC).

Este peculiar efecto de provisionalidad sobre un pronunciamiento judicial explica que el acreedor, concursal o incluso contra la masa¹¹²⁰, pueda atacar el mismo con posterioridad, si bien al amparo de aquellas *causas petendi* tasadas que circunscribe el art.178.bis.7 LC.

A tal fin, la pertinente demanda de revocación deberá seguir los trámites del juicio verbal según estipula expresamente el art.178.bis.7.III LC, por tanto, prescindiendo -por hallarse concluso el proceso- de las especialidades sobre dicha tramitación verbal propias del incidente concursal (art.194 LC). Consecuentemente, también cabe entender aplicable el régimen de apelación propio de la LEC, en detrimento de aquellas especialidades propias de la Ley Concursal.

La potestad de ejercer una pretensión revocatoria con base en el art.178.bis.7 LC, sobre un pronunciamiento judicial firme, se encuentra más próxima a la potestad revisoria de sentencias ex art.509 y ss. LEC.

Tal conclusión se alcanza no solamente por la necesidad dogmática de intentar encontrar el encaje procesal más cercano a esta peculiar potestad, sino también en el examen comparativo entre los motivos de revisión (art.510 LEC) con aquellos otros de

¹¹¹⁹ Prueba de la concreta clase de resolución procesal que debe adoptarse, en forma de sentencia y tras seguirse los trámites del incidente concursal, es la Sentencia de 3 de noviembre de 2016, del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Barcelona (CENDOJ 08019470072016100006).

¹¹²⁰ La legitimación activa de los acreedores contra la masa, a cuando estén sujetos al plan de pagos del art.178.bis.6 LC, fue reconocida en las *Conclusiones. Jornadas de Magistrados Especialistas de Mercantil*, celebradas en Navarra, en noviembre del año 2015. Disponibles en:
<http://www.estudioconcursal.com/wp-content/uploads/2015/12/Conclusiones-Magistrados-Pamplona-Nov-2015.pdf>

revocación (art.178.bis.7.II LEC), ya que tanto unos como otros traen causa de circunstancias fácticas *ex novo* o bien ocultadas. De igual modo, incluso la existencia de un plazo limitado para su ejercicio resulta coincidente -cinco años- en ambos procedimientos de revisión y revocación.

El art.178.bis.8 LC completa la larga redacción de este precepto, revelando que aquel pronunciamiento de condonación de deudas *provisional* (art.178.bis.4.II LC) puede convertirse en *definitivo*, una vez transcurrido el plazo de duración del oportuno *plan de pagos* aprobado (art.178.bis.6 LC), cuyo límite máximo es de cinco años contados desde la conclusión del concurso. La legitimación activa para demandar dicho carácter definitivo en la exoneración de deudas reside, de nuevo, exclusivamente sobre el deudor beneficiado, sin que por tanto pueda entenderse como un efecto automático por el mero transcurso del lapso de tiempo señalado.

La trascendencia de este precepto también se encuentra en el hecho de que el art.178.bis.4.II LC, aplicable a todo el procedimiento de condonación, establece indistintamente el carácter *provisional* de cualquiera de los pronunciamientos de condonación allí disponibles. Dicho de otro modo, en aquel precepto no se determina diferenciación alguna entre haber seguido un sistema condonatorio (art.178.bis.3.4º LC) u otro (arts.178.bis.3.5º y 178.bis.5 LC).

En cambio, el art.178.bis.8 LC vincula la desaparición de tal provisionalidad al cumplimiento del *plan de pagos*, figura únicamente existente cuando se hace uso del cauce alternativo del art.178.bis.3.5º LC. Por tal razón, *a sensu contrario* cabe deducir que pese a la provisionalidad proclamada de forma universal en el art.178.bis.4.II LC, lo cierto es que el pronunciamiento de condonación de deudas que traiga causa del art.178.bis.3.4º LC siempre guardará un carácter definitivo *ab initio*, esto es, no susceptible de revocación alguna por cuanto no existirá *plan de pagos* que así lo permita.

Ahora bien, en aras de reconducir cuál debe ser entonces el significado de la provisionalidad declarada expresamente, también respecto del marco de condonación de deudas del art.178.bis.3.4º LC, en tal concreto supuesto dicha provisionalidad debe ponerse en relación con el ejercicio de la pretensión de revocación que recoge el art.178.bis.7.I LC, no así respecto de las *causas petendi* de su párrafo segundo, pues estas últimas de nuevo quedan sujetas para su estimación a su *conurrencia durante el plazo fijado para el cumplimiento del plan de pagos*. Sin embargo, la concreta causa de pedir que regula el art.178.bis.7.I LC, basada en la ocultación de bienes o derechos del deudor, debe resultar oponible frente a cualquier tipo (art.178.bis.3.4º LC o arts. 178.bis.3.5º y 178.bis.5 LC) de pronunciamiento condonatorio, tal como se desprende de su indiscriminada redacción.

Por lo demás, el art.178.bis.8.II LC se encarga de prever una concreta *resistencia* y que, por su objeto, podría resultar perfectamente aplicable frente a aquella pretensión de revocación que traiga causa concreta del incumplimiento del plan de pagos aprobado (art.178.bis.7.II.b) LC).

En este sentido, el art.178.bis.8.II LC confiere la potestad al juez del concurso para que valore *atendiendo a las circunstancias del caso* declarar el carácter *definitivo* de la exoneración pese a concurrir un incumplimiento del plan de pagos (art.178.bis.6 LC).

Al margen de tales inciertas *circunstancias* a las que de forma separada se refiere el legislador, en todo caso resulta presupuesto previo que el deudor haya destinado al menos la mitad de sus ingresos percibidos a satisfacer dicho plan de pagos, y ello durante los cinco años siguientes a su aprobación. Aunque el art.178.bis.8.II LC aparezca contemplado como potestad enjuiciable, en principio, a través de la solicitud que formule el propio deudor para que se declare el carácter *definitivo* de la exoneración de deudas, razones evidentes de integridad en la interpretación del precepto deben permitir su invocación en el seno de la demanda de revocación formulada bajo la *causa petendi* del art.178.bis.7.II.b) LC.

Ahora bien, en todo caso, el alcance de la exoneración *definitiva* únicamente puede limitarse a desplegar sus efectos sobre aquellos créditos propiamente exonerables, esto es, los reseñados en el art.178.bis.5 LC, y no respecto de los restantes créditos allí no comprendidos y por ende sometidos al *plan de pagos* (art.178.bis.6 LC), aunque éste resulte incumplido, pues el propio art.178.bis.6 LC ya define tales deudas como no exonerables¹¹²¹.

Con todo, llama la atención que un pronunciamiento judicial tan potencialmente restrictivo de derechos, tanto para el deudor como para con los acreedores, y además de manera ya *definitiva*, no resulte susceptible de recurso alguno (art.178.bis.8.IV LC). Ahora bien, de nuevo, el legislador ha optado por la confusa política procesal de que -también- este pronunciamiento de condonación *definitivo*, no recurrible, sí pueda ser en cambio objeto de revocación, si bien en este caso únicamente al amparo de la *causa petendi* que recoge el ya mencionado art.178.bis.7.I LC (ocultación patrimonial), cuyo cómputo de cinco años debe reiniciarse así nuevamente a contar desde la resolución (auto) a la que se refiere el art.178.bis.8 LC.

De este modo tan particular y reiterativo, se busca proteger el derecho de los acreedores en el -insistente- supuesto de que se descubran bienes o derechos del deudor ocultados. Sin embargo, por el contrario, dicha resolución judicial -en forma de auto- continúa siendo no solamente irrecurrible por expreso mandato, sino también irrevocable, por parte del deudor que viera su solicitud de exoneración *definitiva* de deudas desestimada. De ello se desprende la enésima contradicción en el sistema diseñado por el legislador, cual es que el pronunciamiento *provisional* de condonación de deudas sí resultara en todo caso susceptible de apelación también por parte del deudor (art.178.bis.4.III y 197.5 LC), y por contra, este pronunciamiento *definitivo* no lo sea.

¹¹²¹ Así lo defiende también CUENA CASAS, M., en AA.VV., *El derecho de la insolvencia: el concurso de acreedores*, ed. Tirant lo Blanch, 2015, pág.143.

8. Fallecimiento del concursado (art.182 LC).

Se trata de una hipótesis obviamente exclusiva de la persona física concursada, que el legislador ha tenido a bien contemplar en lo relativo a sus efectos sobre el proceso concursal, cuando éste ha sido declarado con anterioridad a dicho fallecimiento.

La Ley Concursal adopta una solución ya existente en la legislación anterior (art.1053 LEC 1881), por cuanto el art.182 LC establece que no será causa de conclusión del concurso el fallecimiento del concursado, sino que el proceso simplemente se convierte en un concurso de herencia.

Dicho concurso no se encuentra sujeto a las limitaciones en la forma de aceptación de la herencia que prevé el presupuesto del art.1.2 LC¹¹²², toda vez que la administración concursal se mantiene en el cargo ampliando sus facultades sobre el caudal relicto. En este sentido, cualquier disposición patrimonial corresponde a la administración concursal en exclusiva y no a los herederos, legatarios o contadores-partidores designados en el testamento. Cuestión distinta es que los herederos, o en su caso legatarios (p. ej. vía art.891 CC) o albaceas designados (art.902 CC), puedan representar a la masa hereditaria en el seno del proceso concursal (art.182.2 LC).

En todo caso, cabe afirmar que el régimen de sucesión procesal previsto en el art.182 LC sustituye al ordinario ex art.16 LEC, y por tanto no podría tenerse por desistido al demandante del concurso con motivo de su fallecimiento (art.16.3.II LEC¹¹²³), sino que su posición pasa a ser ocupada por la masa hereditaria produciéndose así un cambio en el propio presupuesto subjetivo del concurso¹¹²⁴.

Sobre el concurso de la herencia, ajeno al objeto de este estudio por cuanto su presupuesto subjetivo ya no lo forma la persona física, sino dicha masa hereditaria, brevemente cabe recordar que su admisibilidad constituye una excepción al presupuesto subjetivo de la personalidad jurídica, que impide por ejemplo la declaración de concurso de una comunidad de bienes¹¹²⁵.

¹¹²² PARRA LUCÁN, M.A., *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, ed. Civitas, 2009, pág.78. En estos casos es indiferente que la herencia fuese aceptada *pura y simplemente* y no a beneficio de inventario, ya que lo relevante es que el patrimonio del concursado fallecido continúa afecto a la masa pasiva del concurso.

En contra, ROSENDE VILLAR, C., en AA.VV., *Comentarios a la Ley Concursal, Tomo II*, ed. Aranzadi, 2010, pág.716, quien considera la íntegra subsistencia del art.1.2 LC, ya que salvo los casos de herencia yacente o aceptada a beneficio de inventario en los demás supuestos se confundirían patrimonio hereditario y patrimonio del heredero.

¹¹²³ En un supuesto similar se pronuncia el Auto de 25 de septiembre de 2012, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (JUR 2012\325563).

¹¹²⁴ Cuyo sujeto pasa a ser la masa hereditaria, tal y como advierte ORDUÑA MORENO, J., en AA.VV., *Comentario de la Ley Concursal*, ed. Aranzadi, 2015 (BIB 2015\1342).

¹¹²⁵ Por todas, Sentencia de 16 de junio de 2011, del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Pontevedra (JUR 2011\352092).

Asimismo, debe recordarse que los herederos que aceptaron dicha herencia quedan sujetos al proceso concursal, y, por tanto, deberán esperar a conocer el posible remanente que de la masa activa del concurso reste tras el pago a acreedores y legatarios (art.1032 CC).

Es por ello que el excepcional principio de indivisibilidad de la herencia, que establece el art.182.3 LC, tiene su causa en respetar el ya aludido principio *par conditio creditorum* (art.49 LC), desviándose de este modo de la norma general del art.1051 CC, que señala que los herederos no pueden ser obligados a permanecer en la indivisión de la herencia.

Finalmente, no debe confundirse el fallecimiento sobrevenido del concursado (art.182 LC) con la potestad de demandar la declaración de concurso de la propia herencia desde un inicio (art.1.2 CC).

Sobre la tipología del concurso de la herencia, en el que la persona física fallecida *ex ante* jamás ha podido formar parte del proceso, huelga recordar que dicho concurso sólo será posible en tanto la herencia no haya sido aceptada pura y simplemente, pues de lo contrario el concurso se imposibilita por confusión de patrimonios, toda vez que su declaración comportará los efectos sustantivos de su aceptación a beneficio de inventario (art.3.4 LC).

La legitimación activa para demandar el concurso de la herencia también se atribuye a los acreedores del causante. En la práctica forense se advierte un escaso éxito en la utilización de esta figura, siendo preferible acudir a la aceptación de la herencia a beneficio de inventario por la más expedita vía notarial, para así salvaguardar ambos derechos de herederos y acreedores, especialmente tras la anhelada y clarificadora reforma de los arts.1014 y ss. CC, operada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, que regulan dicho procedimiento notarial.

9. Reapertura del concurso de persona física (art.179 LC).

A pesar de las reformas concursales habidas en el año 2013 (Ley 14/2013, de 27 de septiembre) y luego en el año 2015 (Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero; Ley 25/2015, de 28 de julio), todas ellas en materia de condonación de deudas e inspiradas en el espíritu anglosajón del *fresh start*, nos encontramos con que el art.179 LC no ha resultado modificado por toda esta nueva política concursalista.

Esta ausencia de reforma alguna sobre el art.179 LC sorprende ciertamente, en tanto que dicho precepto permite la modalidad procesal de *reaperturar* aquel concurso de acreedores, en su día declarado y concluido por liquidación o insuficiencia de masa, y dentro del cual podría haberse ordenado ya un pronunciamiento de condonación de deudas ex art.178.bis LC.

En cualquier caso, llama la atención el hecho de que la Ley Concursal, a diferencia de la LEC, contemple una modalidad de reapertura de un proceso, fenómeno que en el contexto procesal civil común sólo se nos ocurre equiparar con el estricto ámbito de la revisión de sentencias firmes (arts.509 y ss. LEC). Pese a su atipicidad, ni tan siquiera la exposición de motivos de la LC (Exponendo IX) aborda esta singularidad procesal con especial ahínco, más allá de recordar su configuración, sin entrar en otros debates tales como posibles conflictos de seguridad jurídica o por cosa juzgada.

El art.179 LC tiene a bien regular separadamente la reapertura del concurso de persona física y jurídica, siendo que el primero se define *ex lege* en el art.179.1 LC: se considera reapertura del proceso concursal de persona física el nuevo proceso declarativo de concurso que tenga lugar en los cinco años siguientes a la conclusión de aquel anterior, siempre que éste hubiera sido concluido por liquidación o bien por insuficiencia de bienes (arts.176.1.2º o 176.1.3º LC, respectivamente)¹¹²⁶.

La primera cuestión que suscita esta *segunda* declaración de concurso gira en torno a su presupuesto objetivo (art.2 LC). ¿Debe cumplirse y acreditarse éste tal como se exige de ordinario, o bien bastaría con acreditar la existencia o aparición de nuevos bienes o derechos con valor de mercado, siendo que ello por sí solo ya enervaría -materialmente- que el primer proceso concursal hubiera concluido por supuesta liquidación o insuficiencia de masa?

Aunque el art.179.1 LC guarda silencio sobre esta posibilidad, la doctrina¹¹²⁷ considera admisible la procedencia de la reapertura del proceso concursal en atención a la evidencia material que se habría producido sobre dicha primera conclusión del concurso, que por tanto se hubiera demostrado errónea o cuanto menos incompleta. Junto con ello, bastaría con ampararse en la concurrencia de los presupuestos del concurso comunes y ya apreciados a través de la primera declaración de concurso.

Se trata ésta de una solución -el acogimiento a los presupuestos ya apreciados en el primer proceso- que se comparte, por cuanto viene a justificar con la debida seguridad jurídica la problemática de abordar una aparición o revalorización del patrimonio no liquidado -o adquirido con posterioridad- del deudor, y al mismo tiempo, permite cumplir con los principios de economía procesal y de responsabilidad patrimonial universal que deben inspirar la extraordinaria potestad de reapertura del concurso¹¹²⁸.

¹¹²⁶ Vid. Sentencia núm.108/2014, de 16 de mayo, Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª (JT 2014\1208).

¹¹²⁷ ROSENDE VILLAR, C., en AA.VV., *Comentarios a la Ley Concursal, Tomo II*, ed. Aranzadi, 2010, pág.701.

¹¹²⁸ Destacando ambos principios se pronuncia la Magistrado-Juez MARTÍNEZ GALLEGO, E., en AA.VV., *La Ley Concursal y la Mediación Concursal: un estudio conjunto realizado por especialistas*, ed. Dykinson, 2014, pág.248.

Quien asimismo destaca la *irrelevancia* del presupuesto objetivo del concurso.

Con todo, no puede dejar de reconocerse que dicha aparición, o cuanto menos revalorización, de los activos del deudor, ni tan siquiera aparece expresamente recogido en los presupuestos del art.179.1 LC, pudiendo solamente invocarse como presupuesto *implícito*, así como derivado del art.180.1 LC al exigir la elaboración de un nuevo inventario, función que también anuda a la reapertura el *Exponendo IX* de la LC.

Sin embargo, lo antes dicho no supone admitir como suficiente cualquier suerte de aparición de activos o mínimo incremento valorativo de aquellos bienes no liquidados, pues de ser así se produciría la inadmisibles paradoja de poder exigirse la reapertura inmediatamente a toda conclusión que no siguiera una liquidación patrimonial íntegra o, en el caso de la persona física, ante todo ingreso dinerario posterior de éste, cosa más que probable al no haberse extinguido como sucede con la persona jurídica (art.178.3 LC).

Frente a dicho potencial absurdo, prolongable *ad infinitum*, la *ratio legis* de la reapertura del concurso exige a dicho activo aparecido con posterioridad o revalorizado un *plus* de razonable entidad o trascendencia material¹¹²⁹, extremo éste que también deberá acreditar el demandante de tal reapertura procesal.

Por el contrario, no es admisible la reapertura del concurso por razón de un activo (preexistente o no) sujeto a una garantía real, y por ende ya susceptible de ejecución singular, salvo que se acredite la existencia de un sustancial y previsible sobrante dinerario pese a la existencia de dicha carga y dada cuenta del carácter prededucible en su pago (art.155 LC)¹¹³⁰.

De igual manera, tampoco es admisible la reapertura del concurso por razón de indicios de una calificación concursal culpable o incluso por extensión de responsabilidad a terceros (art.172.2.3º LC), cuando la sección sexta del concurso no haya sido formada, en tanto que ambas circunstancias habrán sido ya analizadas -y descartadas- en el trámite del art.176.bis.3 LC previo a la conclusión del concurso¹¹³¹.

En cualquier caso, bastaría así únicamente con cumplimentar los *presupuestos especiales* para la reapertura que, ya sea explícita o implícitamente, establece el mismo art.179.1 LC: que el primer proceso concluyera por liquidación (sea la del art.152.3 LC o la del art.176.bis.2 LC); la aparición o existencia de activo del deudor en entidad suficiente como para justificar la reapertura, pudiendo consistir dicho activo en nuevos

¹¹²⁹ Así lo recuerda el Auto núm.19/2015, de 16 de febrero, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª (AC 2015\1061).

En el mismo sentido, vid. Sentencia núm.261/2013, de 10 de mayo, de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5ª (JUR 2013\199805).

¹¹³⁰ Es de interés el supuesto resuelto, en este mismo sentido, en el Auto de 14 de marzo de 2017 del Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid (autos de concurso núm.217/2010).

¹¹³¹ Vid. Auto de 29 de marzo de 2016, del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid (JUR 2016\135690).

bienes y derechos¹¹³², o bien alguno de los preexistentes pero revalorizado por las fluctuaciones del mercado o cualquier otra causa; y finalmente, deberá estarse al propio límite temporal de cinco años que debe darse entre el primer proceso y el segundo, y que deberá computarse desde la publicación *erga omnes* (art.177.3 LC) de tal auto de conclusión y hasta la fecha de presentación de la segunda demanda de concurso o reapertura, sea éste de tipo voluntario o necesario¹¹³³.

Con la introducción (actual art.178.bis LC) del régimen de condonación de deudas sobre la persona física, cabe plantearse -el legislador no lo hace- la correcta inteligencia que debe regir entre aquel pronunciamiento condonatorio de deudas y la posterior reapertura del concurso. En este sentido, dicho pronunciamiento exonerador de deudas no debe impedir una ulterior pretensión de reapertura del proceso concursal, que por tanto debe coexistir con total inmunidad frente a aquel previo pronunciamiento condonatorio.

Esta consideración se refuerza con la potestad, también independiente, que ya goza cualquier acreedor de demandar la *revocación* de dicha condonación de deudas, siempre que ello se justifique en alguna de las causas de pedir tasadas (art.178.bis.7 LC y/o art.178.bis.8.IV LC), así como que tal pretensión se ejercite en el plazo allí estipulado.

Como consecuencia de todo lo anterior, puede decirse, en definitiva, que cualquier acreedor concursal o contra la masa se encuentra legitimado para instar -conjunta o individualmente- la revocación de la exoneración del deudor persona física y/o la reapertura de su concurso, constituyéndose éstas como pretensiones distintas y autónomas.

Cuestión distinta es la posible necesidad que pueda tener un determinado acreedor de instar ambas pretensiones conjuntamente, si es que aquella exoneración de deudas produjo la eliminación de su condición como acreedor, toda vez que precisa de dicha condición a efectos de satisfacer la legitimación activa como demandante de la reapertura del concurso (art.7 LC).

No siempre será necesaria dicha acumulación, debe insistirse, por ejemplo cuando se esté ante acreedores posteriores y por ende ni tan siquiera afectos al oportuno régimen de condonación de deudas vigente. En este último caso, y de estimarse dicha petición de reapertura, es inevitable que los efectos jurídico-materiales del posible *plan de pagos* todavía en ejecución (art.178.bis.6 LC) queden sustituidos por aquellos propios del concurso sobre los acreedores (arts.49 y ss. LC).

Sin embargo, no cabe decir lo mismo en cuanto al propio efecto de la condonación provisional o definitiva de deudas, sea ésta la del art.178.bis.3.4º o la del art.178.bis.5

¹¹³² Como es evidente, a diferencia de la persona jurídica concursada, la persona física no se ve ni impedida para operar en el tráfico jurídico, ni obviamente 'extinguida' con la conclusión del concurso, y por ello son más que factibles variaciones en su patrimonio que puedan suponer un incremento que justifique la reapertura de su concurso.

¹¹³³ Así lo razona la Magistrado-Juez MARTÍNEZ GALLEGO, E., *Op.cit.*, pág.251.

LC, que debe mantenerse y cuyas causas de revocación deben continuar circunscribiéndose a las tasadas en el art.178.bis.7 y/o 178.bis.8.IV LC.

En lo que se refiere a la causa de revocación establecida en el art.178.bis.7.II.b) LC, por razón del incumplimiento del plan de pagos allí aprobado (art.178.bis.6 LC), es claro que por imperativo legal de la declaración de concurso (arts.49 y ss. LC) resultará imposible seguir cumpliendo con el mismo, motivo por el cual la utilización de esta causa de incumplimiento no debe resultar estimada si la misma trae causa de los propios efectos derivados de la reapertura del concurso.

¿Puede el propio deudor demandar la reapertura de su concurso? Pese a lo excéntrico del supuesto en la práctica, nada le impide a ello en términos de legitimación activa, por lo que deberá limitarse a acreditar los presupuestos de la reapertura antes analizados.

Una última hipótesis planteable es si la otrora administración concursal puede instar la reapertura del concurso, debiendo ser la respuesta más coherente con la cesación de su cargo producto de la conclusión del concurso (art.178.1 LC) la de negarle tal legitimación extraordinaria, que por ello precisamente ha desaparecido. Cuestión distinta, y que no encontramos razones para negar tal derecho a la tutela judicial efectiva, es que la propia administración concursal resulte acreedora insatisfecha por razón de sus honorarios profesionales pendientes de cobro, en cuyo caso sí se encontraría legitimada para demandar la reapertura en su calidad de simple acreedor.

¿Cuáles son los efectos competenciales sobre dicha reapertura del proceso? A diferencia expresa de lo que sucede respecto de la persona jurídica concursada (art.179.2 LC), el art.179.1 LC se refiere con carácter general al *juez competente*, lo que conduce de nuevo al examen de su competencia tanto objetiva -podrá serlo ahora un juzgado de primera instancia ex art.85.6 LOPJ- como territorial (art.10 LC).

No se olvide, además, que la reapertura bien puede producirse por solicitarse dicho concreto *petitum* en la demanda, o bien porque se haya demandado un concurso necesario -desconociendo dicho proceso anterior- y luego se descubre la concurrencia de presupuestos para su consideración *ex lege* como reapertura de aquel primer proceso no aludido en la demanda. Por ello mismo, cobra sentido que el art.179.1 LC también prevea *in fine* que *desde que se conozca esta circunstancia, acordará la incorporación al procedimiento en curso de todo lo actuado en el anterior*.

No cabe duda de que dicha disposición competencial riñe con el principio general de la *perpetuatio iurisdictionis*, pudiendo incluso plantearse la nefasta consecuencia de desdoblarse cuestiones concursales en dos juzgados distintos: aquellas pendientes y relativas a la exoneración provisional y aquellas otras posteriores e inherentes a la reapertura del proceso. Sin embargo, esta problemática no alcanza, o se supera, asumiendo que las competencias funcionales remanentes por la pieza de exoneración de deudas (arts.178.bis.7 y 178.bis.8 LC) se integren bajo la competencia del *segundo* juez del concurso, precisamente justificado en la aludida *incorporación* del primer proceso al segundo y la consideración de reapertura que este último provoca.

Finalmente, hemos de llamar la atención en la última y única modificación del art.179 LC, mediante la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que supuso la creación del actual art.179.3 LC, aplicable tanto sobre las personas físicas concursadas como las jurídicas.

Mediante dicho apartado, se constituye un presupuesto separado de aquel del art.179.1 LC, y que igualmente permite instar la reapertura del concurso concluso; en este caso, dentro de un plazo notablemente inferior -un año en lugar de cinco- y *con la finalidad de que se ejerciten acciones de reintegración, y/o indicando las concretas acciones que deben iniciarse o aportando por escrito hechos relevantes que pudieran conducir a la calificación de concurso como culpable*, salvo que ya constara sentencia sobre la calificación del concurso.

Aquí sí, el legislador prevé un posible conflicto de cosa juzgada y condiciona ese segundo presupuesto alternativo del art.179.3 LC a la inexistencia de dicha Sentencia sobre la misma materia, si bien ello no comprende el mero archivo de la pieza de calificación mediante auto (art.170.1 LC).

De nuevo, cabe plantearse si la existencia de un previo pronunciamiento de condonación de deudas (art.178.bis LC) debe significar algún tipo de distorsión respecto de esta otra causa de reapertura, en el sentido de restringir su derecho de acción, y sobre la que se encuentran legitimados para su petición tanto el deudor como sus acreedores.

Con más claridad que en el supuesto del art.179.1 LC, cabe responder afirmativamente que esta pretensión se mantiene incólume con independencia del resultado de dicha exoneración, pues la misma no puede servir como pretexto para eludir hipotéticas acciones de reintegración o -todavía menos- posibles causas de culpabilidad concursal en su día evadidas.

Una vez más, de estimarse dicha reapertura ello conllevará, por arrastre, la superposición de los efectos jurídico-materiales del concurso reaperturado sobre aquellos otros acaso vigentes por mor del art.178.bis LC, esencialmente, el plan de pagos posiblemente adoptado (art.178.bis.6 LC) y que todavía se encuentre en fase de cumplimiento, pues resultará incasable con los efectos derivados de tal reapertura.

¿Significa la reapertura procesal del concurso, por la vía excepcional del art.179.3 LC y -visto su contenido o causa de pedir- de mayor reproche hacia el deudor, el levantamiento de la condonación de sus deudas en su día allí conferida?

Al igual que acontece en el ámbito del art.179.1 LC, también aquí es difícil que ello pueda casar con la *ratio legis* del precepto que regula el régimen de condonación de deudas (art.178.bis LC), puesto que éste circunscribe su revocación a las concretas causas que determina el art.178.bis.7 LC. Cuestión distinta es que la posible calificación culpable del concurso, que contempla el art.179.3 LC como *causa petendi* para la reapertura, pueda servir una vez probada ésta para -posteriormente- incoar una demanda de revocación al amparo del art.178.bis.7.II.a) LC bajo la misma causa de pedir.

LA INSOLVENCIA DE LA PERSONA FÍSICA:
SU TRATAMIENTO DESDE UNA PERSPECTIVA JURISDICCIONAL

Por lo demás, en el supuesto de estar ante un pronunciamiento de condonación de deudas con carácter definitivo (art.178.bis.8 LC), con más claridad debe prevalecer la vocación de permanencia de dicho pronunciamiento y sin mayor excepción revocatoria que la causa de pedir, ya disponible con carácter general, en el art.178.bis.8.IV LC.

CAPÍTULO CUARTO: LOS MECANISMOS PRECONCURSALES Y EXTRACONCURSALES FRENTE A LA INSOLVENCIA DE LA PERSONA FÍSICA.

De lo que se ha podido estudiar en el anterior capítulo, relativo a la estructura y desarrollo procesal del concurso, es fácil extraer la sensación común de que el proceso concursal reviste una costosa complejidad y rigidez, especialmente disuasoria para el tratamiento de la insolvencia de la persona física, quien generalmente poseerá menos recursos que la persona jurídica con los que poder afrontar el proceso judicial.

¿Resulta justificable dicha complejidad y duración? Hasta cierto punto lo es, pues no olvidemos que estamos ante un proceso colectivo en el que existe una potencial pluralidad de partes -acreedores-, el nombramiento de un órgano de control e inspección -la administración concursal- y una necesidad de analizar y en su caso reordenar la masa activa y pasiva del concursado -art.75 LC-, sus obligaciones contractuales -arts.61 y ss. LC- y los actos realizados con anterioridad al concurso -art.71 LC-, a todo lo cual se añade la pieza de calificación. Todas estas garantías, que pretenden acompañar al concurso en beneficio de los acreedores, inevitablemente disparan su coste, complejidad y duración.

El legislador, cada vez con más vehemencia si se repasan las modificaciones de la LC desde su entrada en vigor, insiste en ofrecer alternativas preconcursales o incluso extraconcursales a las personas físicas insolventes, ya que es precisamente su delicada situación de liquidez -tesorería- lo que hace o acaba convirtiendo en insostenible la duración y gastos del proceso concursal. Como ya ha sido apuntado, la situación de anormalidad estadística y funcional respecto del fenómeno de conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa -art.176.bis LC-, sea al inicio o durante el proceso, es especialmente preocupante en los concursos de persona física, aunque viene a ser un problema común.

Desde un punto de vista estadístico, por su reflejo de la realidad diaria, nos encontramos con un significativo descenso general del 26,75% en la declaración de concursos de acreedores entre 2013 (ejercicio que destacamos por ostentar el nada honorable récord histórico de 9.937 concursos declarados) y 2014 (7.280 concursos de acreedores declarados), según datos oficiales del INE¹¹³⁴.

Centrándonos en los concursos de persona física, dicho descenso también se observa entre 2013 (1.034 personas físicas declaradas en concurso) y 2014 (902 personas físicas declaradas en concurso), aunque tal disminución -un 12,75%- no es ni mucho menos tan acusada como en términos globales. Todavía más, entre el año 2015 (831 personas físicas declaradas en concurso) y 2016 (882 personas físicas declaradas en concurso), el Instituto Nacional de Estadística incluso refleja un notable aumento, cuanto menos estabilidad, en la utilización del proceso concursal respecto de las personas físicas.

¹¹³⁴ Datos oficiales obrantes en <http://www.ine.es/dynt3/inebase/index.htm?padre=971&capsel=971>

También en el año 2017 se constata un aumento (1.397) del total de concursos de persona física, prueba última de esta tendencia alcista, copando (1.145 o 81,96% del total de 1.397) la tipología de insolvencia de persona física *sin actividad empresarial* la utilización del concurso de la persona física.

Este repunte es ciertamente llamativo, por un lado, ante la insistente publicidad política que desde hace años proclama -con medida ambigüedad- la superación de la crisis económica española, la luz al final del túnel y tantas otras florituras lingüísticas. Por su parte, recientes noticias¹¹³⁵ confirman que el endeudamiento familiar -por la obtención de nuevo crédito- se ha visto incrementado en un 22% en términos anuales, así como que la deuda de un hogar medio se situó en un todavía inquietante 103,50% de su renta bruta durante el cuarto trimestre del año 2016.

Por otro lado, y aunque tímidamente, este mismo incremento estadístico también da a entender que las últimas reformas operadas sobre el proceso concursal e introducidas entre finales de 2014 y principios de 2015, particularmente en materia de contenido del convenio concursal (ampliándolo) y de condonación de deudas (ídem), ex arts.100 y 178.bis LC, parecen haber resucitado el interés en la utilización del concurso de acreedores entre las personas físicas.

En cualquier caso, la persona física insolvente continúa sin sentir la carga procesal de demandar el concurso con la misma *intensidad* social y sancionadora que sufre la persona jurídica por razón de las responsabilidades societarias (particularmente la responsabilidad por deudas ex art.367 LSC). Por tanto, sería capcioso -si no ingenuo- dar por sentado que el total de personas físicas declaradas en concurso equivale al total verdadero de personas físicas insolventes susceptibles de ser declaradas en concurso.

Junto con ello, tampoco cabe ignorar toda la normativa extraconcursal promulgada sucesivamente y que, de un modo externo al derecho concursal, ha pretendido solventar el fenómeno del sobreendeudamiento hipotecario y consiguiente pérdida de la vivienda habitual. Y finalmente llegamos, también, a la todavía reciente normativa preconcursal y sustitutiva del concurso que se estudiará en este capítulo, cuya finalidad también parece ser la de evitar el proceso concursal.

El planteamiento de este capítulo debe partir de la sensación de *continua potenciación* que el legislador pretende sobre el régimen preconcursal, en cualquiera de sus modalidades aquí recogidas. Parafraseando a ORTEGA Y GASSET, parece que éste sea el *tema de nuestro tiempo* en materia concursal y en cambio la declaración de concurso una vieja forma del *pasado*, a la vista de su abrupto desarrollo normativo durante los años 2013 a 2015 mediante sucesivas y -en ocasiones- contradictorias reformas.

¹¹³⁵ Noticia recogida en el periódico digital El Confidencial, bajo el título “Los hogares vuelven a endeudarse hasta las cejas: el crédito nuevo crece un 22%”, de fecha 22 de marzo de 2017. Enlace: https://www-elconfidencial-com.cdn.ampproject.org/c/www.elconfidencial.com/amp/economia/2017-03-22/credito-hogares-vivienda-prestamos-banco-de-espana-tarjetas-de-credito-bbva-research-deuda-notarios_1352228/

Por último, adviértase que con independencia del atributo *preconcurzal* o incluso *sustitutivo* del concurso (acuerdo extrajudicial de pagos) de las figuras a continuación estudiadas, nos atrevemos a calificar las mismas como plenamente aptas para su estudio desde el derecho jurisdiccional. En este sentido, al igual que ha venido sucediendo en la jurisdicción voluntaria, aunque en la misma no se ejerza jurisdicción alguna ésta no deja de pertenecer al estudio del derecho jurisdiccional, por el mero hecho de que interviene un juez como garante de derechos privados ex art.117.4 CE¹¹³⁶.

Del mismo modo, diremos pues, que la homologación de acuerdos de refinanciación que regula la LC, el acuerdo extrajudicial de pagos o el llamado precurso -en todas sus vertientes procedimentales- también participan de una potencial intervención jurisdiccional, y, por ende, su estudio queda así también sujeto a esta rama del derecho.

1. Los mecanismos preventivos y su integración en el ordenamiento concursal.

1.1 Acuerdos de refinanciación: estado patrimonial del deudor para su acogimiento.

Frente a la ordenada figura del convenio concursal, todo acuerdo o convenio extrajudicial se halla inserto dentro de un marco puramente negocial *inter partes*, ex art.1255 CC, sin verse sometidos a la rigidez formal, material y *timing* de un proceso judicial.

Dentro de este genérico escenario de autonomía de la voluntad se encontrarían los llamados acuerdos de refinanciación, que incorpora la LC. ¿Su diferencia con cualquier otro tipo de convenio o acuerdo extrajudicial? Que el legislador, consciente de la necesidad de facilitar alicientes protectores de irrevocabilidad -art.71 LC- a los acreedores, ha considerado que este concreto tipo de acuerdos -fundamentalmente pensados para *grandes sociedades* y sus entidades financieras acreedoras- necesitan de un reconocimiento y salvaguarda frente a una eventual declaración de concurso de su deudor.

Por todo ello, aun manteniendo su naturaleza inicialmente *contractualista* de convenio extrajudicial, la LC viene a positivizar -y *judicializar*- algunos de sus rasgos para la concesión a cambio de determinadas garantías, mediante tres modalidades: la prevista en la Disposición Adicional Cuarta LC y las de los arts.71.bis.1 y 71.bis.2 LC.

Conviene dar un paso atrás y preguntarse primero cuál es, puede ser o debe ser el estado de solvencia que presentaría el deudor *de momento no concursado* bajo este contexto. Para ello hay que partir de la delicada distinción entre *insolvencia* y *preinsolvencia*, que ya hemos tenido ocasión de estudiar con anterioridad.

¹¹³⁶ GÓMEZ COLOMER, J.L., en AA.VV., *Derecho jurisdiccional II, Proceso civil*, ed. Tirant lo Blanch, 2011, pág.909.

En cuanto a la primera (art.2.2 LC), recordemos que ésta se configura por la simple situación de *irregularidad* con las obligaciones vencidas, resultando indistinto la causa que motivara dicha irregularidad¹¹³⁷, la existencia de un activo superior o no al pasivo, pues no cabe equiparar insolvencia con *desbalance*¹¹³⁸, e incluso que se hubiera producido un cumplimiento parcial o demorado en el tiempo de dichas obligaciones, por cuanto como señala reiteradamente la jurisprudencia, *la clave de la cuestión se sitúa en el término regularmente*¹¹³⁹.

Por el contrario, un escenario de preinsolvencia (art.2.3 LC) puede darse tanto en situaciones de incumplimiento irregular como *puntual*. En definitiva, la preinsolvencia se traduce o hace visible en la capacidad para detectar a tiempo las *weak signals* del deudor, antes de que aparezcan *strong signals* que incrementen dicho estado de *financial distress*.

¿Qué papel juegan estos dos clásicos presupuestos de la declaración de concurso voluntario bajo una órbita preconcursal de refinanciación? Pues bien, sólo significan la facultad del deudor para poder acogerse directamente a una demanda de concurso voluntario -si únicamente es preinsolvente- en lugar de intentar alcanzar acuerdos con sus acreedores, ya sea un acuerdo de refinanciación de los tasados en la LC o bien de otro tipo.

Si, por el contrario, la insolvencia ya se hubiera mostrado plenamente y fuera actual, entonces en función de lo irremediable de ésta y el tiempo transcurrido -un máximo de dos meses ex art.5.1 LC- el deudor deberá valorar si asume la *carga procesal* de demandar el concurso, o bien sustitutivamente instar una solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos (Título X de la LC) si cumple con los presupuestos subjetivos y objetivos allí contenidos (art.231 LC).

En lo que respecta a los acreedores, si éstos suscribieran un acuerdo refinanciador bajo un estado de insolvencia plena de su deudor, pese a dicho estado habilitante, verían sobrepuesta su legitimación *ad causam* para instar una demanda de concurso necesario fruto de la doctrina de los actos propios: *venire contra factum proprium non valet*,

¹¹³⁷ La doctrina ha destacado la no taxatividad en el *hecho externo* que pudiera haber provocado la insolvencia, a diferencia de lo que ocurre en el concurso necesario, donde debe estarse al art.2.4 LC.

ROJO, A., en AA.VV., *Comentario de la Ley Concursal, Tomo I*, ed. Civitas, 2008, pág.170.

¹¹³⁸ Por todas, vid. Sentencia núm.138/2012, de 7 de mayo, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª (AC 2012\1296).

¹¹³⁹ Vid., entre muchas otras, Sentencia núm.389/2013, de 22 de octubre, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª (JUR 2013\1960); Auto núm.13/2012, de 20 de enero, de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5ª (AC 2012\1472); Sentencia núm.115/2012, de 13 de marzo, de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 8ª (JUR 2012\216899).

debiéndose entender por renunciado su derecho de instar dicha pretensión, lógicamente salvo incumplimiento futuro del acuerdo suscrito¹¹⁴⁰.

Advertidas estas consideraciones, aplicables sobre todo de acuerdo refinanciador extrajudicial entre deudor y acreedores, igualmente se han de advertir dos aspectos primordiales sobre la concreta y tipificada figura de los acuerdos de refinanciación.

La primera de estas premisas es la necesaria concienciación de que se está ante una herramienta de inspiración netamente empresarial, lo que se desprende de la simple lectura de los motivos de su creación en la reforma concursal de 2009, en cuya *Introducción* ya se destacaba su finalidad de refinanciación de *empresas*, que no personas físicas. Ello sea aplicable a cualquiera de sus tres citadas submodalidades: la de los arts.71.bis.1 LC, 71.bis.2 LC o la de la Disposición Adicional Cuarta LC.

La segunda observación que cabe realizar tiene que ver con la volatilidad a la que se está viendo sujeta la figura de los acuerdos de refinanciación, objeto de una serie de reformas considerables y que se inician a partir del Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, reforma ésta que (de nuevo) recuerda en su *Introducción* la función de los acuerdos de refinanciación para *la reestructuración financiera de las empresas*. Asimismo, deben tenerse en cuenta las reformas posteriores de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, así como la Ley 9/2015, de 25 de mayo, en su mayor parte confirmando bajo el acomodo de Ley aquel primer texto reformador.

Bajo el ímpetu imitador al que últimamente parece acomodado el legislador concursal, precisamente la citada reforma de marzo de 2014 ha tenido como evidente inspiración la figura del *scheme of arrangement* anglosajona, que permite la imposición de un acuerdo de refinanciación sobre aquellos acreedores financieros disidentes o no participantes, como ya se permitía en la LC, sólo que ahora ampliado sobre los acreedores financieros titulares de una garantía real si se alcanzan determinados porcentajes de quórum.

De este modo, se ha buscado terminar de una vez por todas con las conductas de *forum shopping* que venían observándose en determinadas sociedades deudoras de gran envergadura y que, como irónicamente destaca CARRASCO PERERA¹¹⁴¹, acudían a Londres a *hacerse un scheme of arrangement como el que va a hacerse un lifting*, no obstante sus problemas en el plano del reconocimiento de dicha resolución judicial en España¹¹⁴².

¹¹⁴⁰ PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad y acuerdos de refinanciación*, ed. La Ley, 2012, pág.66.

¹¹⁴¹ CARRASCO PERERA, A., “Acuerdos de refinanciación concursal en el país de las maravillas”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, ed. Aranzadi, núm.818/2011.

¹¹⁴² NIETO DELGADO, C., y YÁÑEZ EVANGELISTA, J., “Refinanciaciones: rescisión y extensión de efectos”, *Anuario de Derecho Concursal*, ed. Civitas, núm.32/2014. Recordando los citados Magistrados-Jueces que la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación no goza del reconocimiento Automático comunitario previsto en la normativa que regula los procedimientos de insolvencia, ex art.16

Junto con todo ello, dentro de los tres contextos de refinanciación que tasa y blinda la LC, destaca asimismo cómo *cualquier* sujeto que hubiera concedido nuevos ingresos de tesorería (*fresh money*¹¹⁴³) se vería premiado, en caso de un posterior concurso de su deudor, con el reconocimiento contra la masa por la totalidad de dicha financiación hasta el importe de este nuevo ingreso, intereses aparte (art.92.3 LC).

Conforme señala en última instancia la Disposición Adicional Segunda, de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, se trata éste de un acicate temporal y que finalizó el día 2 de octubre de 2016¹¹⁴⁴, momento en que dicho incentivo dejará de estar disponible para aquellas personas especialmente relacionadas con el deudor (art.93 LC) y además se rebajará al 50% en cuanto a los restantes sujetos aptos (arts.84.2.11º y 91.6 LC).

Siendo coherentes con el estudio esencialmente jurisdiccional que aquí se pretende, es cuestión de menor observancia valorar los aspectos sustantivos de cada una de las tres modalidades refinanciadoras, máxime a la vista de su volatilidad. Lo que no obstante se hará, si bien de modo concentrado, para un entendimiento más completo de estas figuras.

1.1.1 Procedimiento de homologación de la Disp. Adicional Cuarta LC.

Respecto del acuerdo de refinanciación que se regula en la Disposición Adicional Cuarta LC, aun debiendo partir de que el mismo está pensado para las *grandes sociedades* y sus respectivas entidades financieras acreedoras, en puridad cualquier otro tipo de acreedor podría adherirse a dicho acuerdo, incluyendo las personas especialmente relacionadas con el deudor ex art.93.2 LC, por tanto con la única criticable excepción de los créditos de derecho público legalmente prevista (art.1.V de la Disposición Adicional Cuarta LC).

En lo que se refiere a la propia adhesión en sí, aunque el precitado art.1.V habló directamente del acuerdo ya homologado judicialmente como una suerte de *dies a quo*,

REI 1346/2000, siendo dudoso que pudiera reunir las condiciones exigidas para su reconocimiento al amparo del genérico art.33 y ss. REG 44/2001. Por tanto, en principio, ni la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación extranjera podría tener su reconocimiento en España, ni la practicada por un Juzgado español desplegar sus efectos fuera del territorio patrio.

¹¹⁴³ En cuanto al concepto de *fresh money*, en palabras de PAVÓN NEIRA, C., *Institutos preconcursales y refinanciación de deudas*, ed. Bosch, 2013, pág.79: *lo relevante es que el dinero nuevo se enmarque en un acuerdo de refinanciación (...) de modo que se integre en un plan de viabilidad que garantice la continuidad de la actividad en el corto y medio plazo, de modo que la aplicación concreta de la nueva financiación resulta irrelevante (...) mientras se realice en los términos previstos en el citado plan.*

¹¹⁴⁴ Este régimen transitorio y excepcional finalizó el día 2 de octubre de 2016 y no ya el 8 de marzo del mismo año, es decir, contando dicho plazo desde el día siguiente a la entrada en vigor de la precitada Ley 17/2014, de 30 de septiembre, y no ya desde el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo. Sin perjuicio de ello, cabe detenerse en el apartado tercero de la Disposición Adicional Segunda de la referida Ley 17/2014, ya que se utiliza como cómputo *a quo* un plazo de dos años a contar desde la *fecha de concesión* del crédito, transcurrido el cual se aplicará el régimen ordinario del art.84.2.11 LC.

ni por razones procedimentales, ni desde luego materiales, vemos inconveniente alguno en que por motivos de organización o simple conveniencia tales acreedores puedan adherirse *anticipadamente* a dicho acto de homologación, sin perjuicio de que -como es obvio- los efectos de tal adhesión queden suspensivamente condicionados hasta que se produzca la esperada homologación, y sin que su incorporación *ab initio* al acuerdo suponga tampoco computar su crédito para las mayorías que comentaremos a continuación (art.1.V *in fine* de la Disposición Adicional Cuarta LC).

Tras la reforma de esta figura operada por el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, ahora bastará con una mayoría del 51% de los *acreedores de pasivos financieros*¹¹⁴⁵ para su homologación judicial, y, además, dicho acuerdo queda blindado del riesgo de las pretensiones de reintegración que contempla el art.71 LC, limitándose el juez del concurso -competente para la declaración de concurso del deudor solicitante- a verificar el quórum exigido para poder acordar la mentada homologación. Este blindaje máximo se configura expresamente en el art.13 de la Disposición Adicional Cuarta LC, ahora bien, únicamente está referido a las pretensiones de reintegración concursal y no así a las restantes pretensiones impugnatorias -pauliana, etc.- existentes en nuestro ordenamiento.

¿Qué tratamiento reciben los *acreedores financieros* no firmantes? La fórmula utilizada por el legislador para ellos es la de crear una categoría de quórums adicionales a aquel inicial del 51%, para que los efectos de la posible quita y espera pactadas en el susodicho acuerdo puedan serles aplicables: por ejemplo, se sube a un 60% el quórum exigido para poder extender sobre los acreedores financieros disidentes las esperas de hasta 5 años pactadas en el acuerdo de refinanciación.

Si el acreedor financiero contaba además con una garantía real sobre su crédito, entonces dicho quórum se eleva otro 5% adicional¹¹⁴⁶, por lo que -siguiendo con el ejemplo- el quórum subiría al 65%, esta vez calculado en función de las garantías aceptantes por el valor total de las garantías (art.4.a) de la Disposición Adicional Cuarta LC).

Da la sensación de que, con todos estos subquórums adicionales, el 51% inicial se convierte en un porcentaje un tanto engañoso, siendo que para extender cualquier tipo

¹¹⁴⁵ Definidos en el art.1.III de la Disposición Adicional Cuarta LC: *los titulares de cualquier endeudamiento financiero con independencia de que estén o no sometidos a supervisión financiera. Quedan excluidos de tal concepto los acreedores por operaciones comerciales y los acreedores de pasivos de derecho público.*

A ello hay que añadir la precisión de que basta con que se trate de obligaciones presentes, sin necesidad de que se hallen líquidas, vencidas y exigibles, según considera la Magistrado-Juez CERVERA MARTÍNEZ, M., “El procedimiento de homologación de acuerdos de refinanciación”, Anuario de Derecho Concursal, ed. Civitas, núm.33/2014.

¹¹⁴⁶ Como destaca MERCEDES MARTÍN, V., “Nueva modificación de la legislación concursal para facilitar las refinanciaciones de compañías sobre endeudadas. Una nueva reforma de la Ley Concursal, que acaba de entrar en vigor, tramitada con urgencia, para facilitar la refinanciación de empresas viables con sobreendeudamiento, a fin de evitar el concurso de acreedores”, Actualidad Jurídica Aranzadi, ed. Aranzadi, núm.884/2014.

de quita sobre un acreedor financiero -que no ostentara siquiera garantía real alguna sobre su crédito- el porcentaje aprobatorio exigido ya se eleva nada menos que al 75%.

Pese a su esperada introducción en nuestro ordenamiento concursal, no deja de ser una novedad llamativa la potencial vinculación *ex lege* que la actual Disposición Adicional Cuarta LC permite también sobre aquellos acreedores financieros titulares de derechos reales, hallándose éstos tradicionalmente protegidos en nuestro ordenamiento de cualquier perturbación ajena y que pudiera desnaturalizar su función garantista¹¹⁴⁷.

Junto con ello, el art.3 de la Disposición Adicional Cuarta LC ya ordena que el exceso del crédito que superara el valor de la garantía real (*loan to value ratio* o *relación préstamo-valor*), calculada ésta del concreto modo que exige el art.2 de la Disposición Adicional Cuarta LC -y no con aquel otro del art.94.5 LC- se vería sujeto directamente a los efectos del acuerdo refinanciador sin necesidad siquiera de ese quórum adicional del 5%.

¿Qué ocurriría si el acuerdo contara con el 65% de apoyo de los acreedores financieros titulares de garantías reales, pero aun así no alcanzara el 51% del total de pasivo financiero?

Como advierte el Magistrado-Juez NIETO DELGADO¹¹⁴⁸, la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, no se ocupa de aclarar esta posible disfunción, debiendo apuntar por nuestra parte que el quórum del 51% resulta insoslayable y no puede ser reemplazado por la mera concurrencia de otros quórums de distinta *ratio legis*.

Tampoco resuelve la norma qué tratamiento merecen aquellos acreedores que, *stricto sensu*, ostentan una garantía real sobre la deuda, si bien dicha garantía real se ha constituido sobre un bien o derecho propiedad de un tercero no deudor.

A tal fin, debe extrapolarse el mismo espíritu que regiría en sede de clasificación concursal de tal crédito, siendo que éste resultaría ordinario y no con carácter privilegiado alguno. Por tanto, a los efectos de la Disposición Adicional Cuarta LC, cabe identificar tal garantía real siempre que la misma opere sobre un bien o derecho perteneciente al patrimonio del deudor.

¹¹⁴⁷ Aunque lo cierto es que ya se dio alguna resolución absolutamente revolucionaria incluso bajo el anterior régimen de la Disposición Adicional Cuarta LC, acordando extender la espera pactada en un acuerdo de refinanciación sobre las ejecuciones de los acreedores financieros disidentes y dotados con garantía real, ello justificado en una hipotética aplicación analógica del art.56.2 LC y obviando que se trata de un precepto que en su literalidad exige como presupuesto la previa declaración de concurso.

Así se defendía dicha interpretación extensiva, bajo sede preconcursal, en el controvertido Auto núm.127/2013, de 10 de abril, del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Barcelona (JUR 2013\186309).

¹¹⁴⁸ NIETO DELGADO, C., “Ley 17/2014, de 30 de septiembre: para este viaje...”, artículo de opinión publicado en elEconomista.es, en fecha 21 de octubre de 2014.

Disponible en <http://www.economista.es/opinion-legal/noticias/6171578/10/14/Ley-17-2014-de-30-de-septiembre-para-este-viaje.html>

En cualquier caso, debe dejarse claro que al *acreedor no financiero* en ningún caso se le extenderían *ex lege* los efectos del acuerdo de refinanciación homologado judicialmente, del mismo modo que su posible adhesión al mismo no computa en los referidos quórums por no titular pasivo financiero alguno. Se mantiene así para éstos el principio general de relatividad de los contratos ex art.1257 CC.

Adentrándonos en lo que se refiere al propio proceso de homologación judicial del acuerdo, que no cabe olvidar sigue siendo una actuación de jurisdicción voluntaria¹¹⁴⁹, debe reiterarse que será competente para su resolución el juez del concurso que lo fuera para la declaración de concurso del deudor solicitante (art. 5 de la Disposición Adicional Cuarta LC en relación con los arts.10 y en su caso 25 LC).

Con la *reforma a la reforma* del Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, que ha introducido la citada Ley 17/2014, de 30 de septiembre, novedosamente se elimina el régimen exclusivista en la legitimación activa para la solicitud de homologación judicial del acuerdo por parte del deudor; ahora, el art.5.II de la Disposición Adicional Cuarta LC también contempla como legitimado para instar dicha solicitud a cualquier acreedor que hubiera suscrito el acuerdo de refinanciación, aunque en la práctica será extraño que dicha legitimación se ejercite por sujeto distinto del deudor.

En materia de postulación, algunos autores¹¹⁵⁰ han manifestado la necesidad de que la solicitud venga suscrita por procurador y letrado. Dicha propuesta es más que recomendable -por motivos de dificultad técnica- pero realmente opcional al ser la homologación una actuación independiente de la cuantía¹¹⁵¹, del mismo modo que tampoco genera tasas judiciales¹¹⁵².

Con la mera admisión a trámite de la solicitud de homologación, el art.5 de la Disposición Adicional Cuarta LC ya confiere *favor debitoris* el privilegiado efecto automático de la *paralización* -léase suspensión- sobre las ejecuciones singulares que se hallaran en curso y hasta que se acordara la pretendida homologación, como una suerte de litispendencia.

¹¹⁴⁹ Tal y como detenidamente expone la catedrática SENÉS MOTILLA, C., “La homologación de los acuerdos de refinanciación”, Anuario de Derecho Concursal, ed. Civitas, núm.30/2013.

Actuación que tiene como objeto obtener *una declaración a la que la ley anuda determinados efectos*: en este caso, principalmente el blindaje frente a las pretensiones de reintegración ex art.71 LC y la posible extensión de las quitas o esperas pactadas sobre los acreedores financieros no participantes o disidentes, junto con la suspensión de aquellas ejecuciones en curso y su limitación en el futuro.

¹¹⁵⁰ AZNAR GINER, E., *La reforma concursal del Real Decreto-ley 4/2014, en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial*, ed. Tirant lo blanch, 2014, pág.201.

¹¹⁵¹ Así lo defiende también SENÉS MOTILLA, C., *Op.cit.*

¹¹⁵² Vid., por analogía, Consulta vinculante de la DGT, núm.V0484-13.

Este efecto procesal, el de la litispendencia, es de criticable utilización tratándose la solicitud de homologación de un acto de jurisdicción voluntaria¹¹⁵³, pero así lo ha querido el legislador. Al margen de ello, nótese que el referido art.5 no distingue a las ejecuciones de garantías reales sino que simplemente alude a todas las *ejecuciones singulares*, por tanto debiéndose entender incluidas en su totalidad sin excepciones.

Para mayor contundencia, tampoco dice la norma que las ejecuciones a suspender deban recaer sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad empresarial o profesional del deudor, del modo que sí lo hacen los arts.5.bis.4, 55.1.II o 56.1 LC, por lo que donde no distingue la norma no lo debe hacer el intérprete. El único límite que cabe excepcionar, pues, son aquellas ejecuciones singulares de *acreedores no financieros* que no hubieran suscrito anticipadamente el acuerdo a homologar, y, por ende, jamás podrían ser objeto de la extensión de sus efectos¹¹⁵⁴, salvo que concurriera simultáneamente la comunicación preconcursal por parte del deudor, siendo que esta última no distingue entre acreedores de pasivos financieros y otros.

A este último respecto, nótese la correcta inteligencia que debe regir entre los arts.5.bis.4 LC y 5 de la Disposición Adicional Cuarta LC: los efectos suspensivos del primero se darán sólo si el deudor efectúa una comunicación preconcursal (art.5.bis.1 LC), toda vez que se prolongarán *hasta que se dicte la Providencia admitiendo a trámite la solicitud de homologación judicial*, momento en el cual entrarían en juego los referidos efectos del segundo precepto específico de la Disposición Adicional Cuarta LC.

En lo que se refiere a la concesión de la homologación judicial del acuerdo, el art.6 de la Disposición Adicional Cuarta LC se limita a señalar la obligación de otorgar la misma siempre que el acuerdo *reúna los requisitos previstos en el apartado primero de esta Disposición*.

¿Y si los reúne, pero, al mismo tiempo, incluye otros pactos legalmente indisponibles o incluso contrarios al orden público? La solución más razonable a esta problemática la encontramos en el Auto de 28 de julio de 2014, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Granada¹¹⁵⁵, concluyendo que la homologación se dará *sí o sí* cuando se cumpla con los referidos requisitos, toda vez que dicha homologación no se entendería extendida a aquel otro contenido del acuerdo alejado de tales requisitos e incluso contrario al orden legal en su caso.

¹¹⁵³ Decía al respecto de esta figura la Sentencia núm.791/2004, de 2 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 1ª (AC 2005\38): *La litispendencia, como manifestación anticipada de la cosa juzgada material, exige la concurrencia de otro litigio, de carácter contencioso, con identidad subjetiva y objetiva de las partes implicadas y que condicione, por tanto, la resolución de éste. Concluyendo la inexistencia de litispendencia con base en un expediente de jurisdicción voluntaria, carente de efectos de cosa juzgada.*

¹¹⁵⁴ AZNAR GINER, E., *Op.cit.*, pág.208.

¹¹⁵⁵ JUR 2014\203638.

En idéntico espíritu funcional, señalaba el Auto de 28 de agosto de 2014, del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Barcelona¹¹⁵⁶: *se suprime ese control judicial a priori, debiendo el juez limitarse a verificar si la solicitud cumple o no los requisitos antes mencionados.*

Una vez resuelta y concedida la homologación judicial del acuerdo, los efectos derivados de dicha homologación se traducen (art.10 de la Disposición Adicional Cuarta LC) en *la cancelación de los embargos que se hubiesen practicado en los procedimientos de ejecución de deudas afectadas por el acuerdo de refinanciación*, potestad que se presenta como facultativa por el juez del concurso y que, en consecuencia, debe peticionarse expresamente por el deudor en su solicitud de homologación¹¹⁵⁷.

No se comparte la interpretación -más rígida- de que la expresión *en ejecución* que contiene el referido art.10 exija instar la ejecución del auto homologador ex art.517.2.º LEC, siendo no obstante concedores del célebre Auto de 18 de diciembre de 2013, del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Barcelona -previo a las últimas y trascendentes reformas habidas sobre la Disposición Adicional Cuarta LC- que así lo consideraba. En todo caso, lo cierto es que la cancelación de la traba del embargo deviene definitiva, significando ello que un incumplimiento e ineficacia posterior del acuerdo de refinanciación no haría *renacer* dicha traba¹¹⁵⁸.

En cualquier caso, ante cualquier proceso de ejecución que se iniciara o reanudara por razón de un crédito afecto al acuerdo refinanciador, el deudor podrá presentar su oposición en dicho proceso por *pacto o transacción*, ex arts.556.1.II o 557.1.5º LEC en función del tipo de título ejecutivo, haciendo valer el contenido y efectos del acuerdo refinanciador homologado, ya se tratara de acreedores voluntariamente adheridos al mismo o fruto de la extensión legal de tales efectos.

Si se tratara de ejecuciones hipotecarias, ya fueran judiciales o extrajudiciales (art.695 LEC, aplicable supletoriamente ex art.129.2.h) LH), ante lo limitado de sus exclusivas causas de oposición parece que -salvo extinción de la garantía- sólo podría estarse a su suspensión (art.568 LEC). Otra solución podría consistir en aplicar por analogía el art.557.1.5º LEC, pese al excluyente dictado literal del art.695.1 LEC, lo que no es una propuesta descabellada, si se atiende a los precedentes jurisprudenciales que permiten

¹¹⁵⁶ JUR 2014\234315.

¹¹⁵⁷ Aunque también parece admisible postergar esta solicitud durante la *ejecución del acuerdo de refinanciación* homologado, momento al que el propio art.10 se remite, máxime cuando la ultimísima reforma concursal confiere legitimación activa para instar la homologación judicial del acuerdo a sujetos distintos del deudor.

¹¹⁵⁸ Así expresa la Sentencia núm.297/2016, de 22 de septiembre, del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid (JUR 2016\273451).

aplicar el art.559 LEC en ejecuciones hipotecarias, sencillamente *por la trascendencia* del proceso¹¹⁵⁹.

También podría aducirse como causa de oposición la contenida en el art.695.1.2º LEC, con cierto esfuerzo interpretativo, ya que el *error en la cantidad exigible* aquí reduciría ésta al cero, por lo que no podría seguirse ninguna ejecución por la cantidad restante como luego prevé el art.695.3 LEC respecto de dicha causa de oposición.

Una última opción puede ser, directamente, aducir en el proceso de ejecución extraconcursal las normas contenidas en la propia Disposición Adicional Cuarta LC sobre los efectos -en su caso extendidos- del acuerdo de refinanciación homologado. Ante este panorama, se hace necesario sugerir al legislador que, cuanto menos, añadiera sin más tardar en el art.695 LEC una remisión a las normas del ordenamiento concursal para su mejor armonía.

De otra parte, conviene recordar que las causas de oposición del art.695 LEC deben conjugarse con aquellas otras del art.559 LEC, dada cuenta que aquellas sólo contemplan motivos de oposición jurídico-sustantivos, sin que por tanto sustituyan o impidan invocar las normas de orden público procesal que establece el referido art.559 LEC¹¹⁶⁰.

¿Qué ocurre con aquellos acreedores con garantía financiera, a quienes por tanto resulta de aplicación la regulación prevista en el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgente para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública?

Compartimos la solución propuesta en la nota aclaratoria a las Conclusiones de los Magistrados de lo Mercantil de Madrid, sobre unificación de criterios de aplicación de las reformas de la Ley Concursal operadas por el RD Ley 11/2014 y la Ley 17/2014, de fechas 7 y 21 de noviembre de 2014. Así pues, tales acreedores podrán verse afectados al acuerdo de refinanciación aun en contra de su voluntad, *en los mismos términos que cualquier otro acreedor con garantía real*, pero sin que ello afecte a su especialísimo privilegio ejecutivo ex art.15.4 RDL 5/2005.

A fin de cuentas, esta es la única interpretación que parece permitir la Disposición Adicional Primera del Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, al extender expresamente los efectos del RDL 5/2005 también sobre el ámbito preconcursal y de refinanciación, luego reproducida por la Disposición Adicional Primera de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal. En idénticos términos interpretativos se pronunciaba el Auto núm.49/2015, de 12 de febrero, del

¹¹⁵⁹ Así, el conocido Auto núm.133/2012, de 12 de julio, de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3ª (AC 2012\539).

¹¹⁶⁰ Vid. al respecto, por todos, el Auto de 23 de febrero de 2017, de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 11ª (Tol 6137532).

Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid¹¹⁶¹: *la protección que confiere el art.15.4 RDL 5/2005 debe venir exclusivamente referida al privilegio de tutela ejecutiva instaurado por dicho precepto, siendo posible la afectación del crédito garantizado en los mismos términos que el de cualquier otro acreedor con garantía real.*

Frente a la resolución que otorgara -mediante auto- dicha homologación, solamente se hallarían legitimados (art.7 de la Disposición Adicional Cuarta LC) los *acreedores de pasivos financieros* afectos al acuerdo homologado y que no hubieran suscrito el mismo o hubieran mostrado su disconformidad, para *impugnar* dicho Auto mediante incidente concursal ex art.192 LC. De ningún modo parece legitimado el deudor que no resultara solicitante de la homologación, pero sí firmante del acuerdo, para luego impugnar la homologación concedida al acreedor solicitante; cualquier causa de invalidez contractual o incluso delictiva al respecto deberá dirimirse en su correspondiente proceso, teniendo como objeto el acuerdo en sí y no su homologación.

Al margen de esta limitada legitimación activa, llama la atención que el legislador además restrinja cualquier tipo de ulterior recurso frente a la Sentencia que resolviera tal demanda incidental impugnatoria, así como también restrinja incluso los propios motivos para impugnar dicho acuerdo, que exclusivamente se reducen al incumplimiento en los quórums exigidos o bien con base en el ambiguo concepto del *sacrificio desproporcionado* exigido al acreedor.

Respecto del abstracto concepto de *sacrificio desproporcionado*, dada su notoria ambigüedad una opción razonable puede ser acudir a la interpretación que del mismo hace CARRASCO PERERA¹¹⁶², con base en el criterio recogido en el art.22.c) de la Recomendación de la Comisión de la Unión Europea, de 12 de marzo de 2014, en el sentido de que fija como *desproporción* hacer soportar al acreedor un dividendo menor del que obtendría bajo un hipotético escenario liquidador.

No es esta la única interpretación posible. Así, en favor de una segunda tesis, destaca la pionera Sentencia de 29 de julio de 2014, del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona¹¹⁶³, partidaria de que se entienda desproporcionado el sacrificio cuando se tratara de forma desigual a acreedores que se encuentren en la misma situación, o cuando a acreedores de rango preferente se les impusieran -proporcionalmente- mayores pérdidas que a los de rango inferior.

En cuanto a la parte demandada del incidente, más allá del deudor, no parece que se esté configurando ninguna suerte de litisconsorcio pasivo necesario sobre otros sujetos cuando la norma alude a que, de la impugnación, *se dará traslado (...) al deudor y al*

¹¹⁶¹ JUR 2015\61324.

¹¹⁶² CARRASCO PERERA, A., “Ejecución de garantías reales, impugnación de refinanciaciones y valor de la garantía en la Reforma Concursal del Real Decreto-Ley 4/2014”, Anuario de Derecho Concursal, ed. Civitas, núm.32/2014.

¹¹⁶³ JUR 2014\234953.

resto de los acreedores que son parte en el acuerdo de refinanciación para que puedan oponerse a la impugnación, sino simplemente su obligado emplazamiento de análogo modo que se exige en el art.194.3 LC. Por tanto, aquellos terceros sujetos sólo se convertirían en verdaderas partes demandadas si efectivamente ejercitaran dicha oposición que, entonces sí, les dotaría de la condición de parte a todos los efectos (art.13 LEC)¹¹⁶⁴.

Con respecto a los posibles efectos en caso de verse estimada la pretensión impugnatoria, éstos dependerán en función de cual de los dos motivos impugnatorios se haya utilizado. Si se trata de la falta del debido quórum, entonces la estimación de dicha pretensión debería comportar la nulidad del acuerdo en su totalidad, por tanto con un alcance general también sobre aquellos acreedores no impugnantes. Mientras que si, por el contrario, se aduce y estima el referido *sacrificio desproporcionado* entonces, dada su naturaleza esencialmente individualista, únicamente debe procederse a excluir al acreedor impugnante de los efectos del acuerdo refinanciador homologado, conservando éste toda su restante validez.

Al margen de esta pretensión impugnatoria, la Ley Concursal también contempla la interposición de una pretensión de incumplimiento del acuerdo de refinanciación homologado, pretensión ésta que recuerda a la del art.140 LC relativa al incumplimiento de convenio (art.11 de la Disposición Adicional Cuarta LC). A diferencia del restrictivo régimen de la pretensión impugnatoria, aquí cualquier acreedor se hallaría con legitimación activa para su ejercicio, incluso llamativamente aquellos acreedores no adheridos al acuerdo de refinanciación y por tanto sin aparente legitimación *ad causam*. Resulta la tramitación de esta pretensión de incumplimiento, de nuevo, la del incidente concursal y sin que quepa ulterior recurso frente a la sentencia resolutoria.

En cuanto a la valoración de esta pretensión, ¿cabría tomar las tradicionales pautas jurisprudenciales -gravedad, esencialidad, definitivo- del art.1124 CC para valorar el incumplimiento bajo esta sede? En el ámbito del convenio concursal, admitía dicha aplicabilidad junto con la invocación del principio de conservación la Sentencia núm.104/2009, de 11 de marzo, de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 4^a¹¹⁶⁵, advirtiendo no obstante que el plazo de espera pactado en este contexto es un elemento tan esencial que su incumplimiento supone como norma general la rescisión del convenio, salvo *en ciertos casos de escasa entidad en el retraso en el pago* que serán *debidamente valorados por el juez*. Lo mismo cabe predicar pues, entendemos, a

¹¹⁶⁴ Debe recordarse que, en la actual LEC, no cabe la tradicional distinción entre intervención adhesiva *litisconsorcial* e intervención adhesiva *simple*, lo que confiere a toda intervención la condición de parte autónoma.

GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, P., en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ed. Aranzadi, 2011, pág.274. Ahora bien, lo cierto es que dicho purismo interpretativo viene sorteándose en la práctica jurisprudencial, admitiendo la intervención adhesiva simple con base en el art.24 CE en lugar del art.13 LEC. Entre muchas otras, vid. Sentencia núm.103/2014, de 27 de marzo, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 14^a (JUR 2014\125421).

¹¹⁶⁵ JUR 2009\249681.

la hora de valorar cuándo se ha incumplido o no un acuerdo de refinanciación homologado.

Los efectos por la estimación del incumplimiento, si se declara éste, se traducen en la posibilidad de que los acreedores puedan *instar la declaración de concurso o iniciar las ejecuciones singulares*.

Esta previsión cabe considerarla cuanto menos de poco clara, ya que en principio los acreedores financieros y no financieros que no se hubieran adherido al acuerdo de refinanciación homologado, conservaban como ya hemos visto su legitimación *ad processum* y *ad causam* para la interposición de una demanda de concurso necesario.

Por otra parte, en cuanto a las ejecuciones singulares, cabe precisar que bien se podrán reanudar -teniendo en cuenta la cancelación del embargo posiblemente sufrido, ex art.10 Disposición Adicional Cuarta LC- o bien iniciar por primera vez, toda vez que la ejecución de garantías reales no canceladas por el incumplimiento se someten a unas peculiares reglas distributivas que contempla el art.11 *in fine* de la Disposición Adicional Cuarta LC, siendo que éstas entendemos deberán ser en su caso aducidas ante el juez que estuviera conociendo o fuera a conocer de la oportuna ejecución. En cuanto a las anteriores o posteriores ejecuciones singulares de *acreedores no financieros y no firmantes*, ya argumentábamos con anterioridad que nunca pudieron verse afectas por los efectos de la solicitud de homologación judicial o por ésta una vez concedida.

Finalmente, para evitar abusos, se mantiene con la reforma la prohibición de solicitar una nueva homologación en el plazo de un año, ex art.12 de la Disposición Adicional Cuarta LC.

Como ya se ha visto al estudiar el ejercicio de la pretensión impugnatoria, el posible incumplimiento de esta norma no cabría como motivo de impugnación, por lo que sólo queda apelar al buen funcionamiento del Registro Público Concursal en el que se ordena la publicación de la propia Providencia de admisión a trámite de la solicitud. Al margen de ello, téngase en cuenta que, conforme a la Disposición Transitoria Segunda del Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, a los deudores que hubieran celebrado acuerdos de refinanciación homologados judicialmente durante el año anterior a la entrada en vigor del referido Real Decreto-Ley, *no les será de aplicación la limitación de un año prevista en el apartado 12 de la Disposición Adicional Cuarta LC*, dejando así indemne su capacidad para poder solicitar una nueva homologación judicial.

El nuevo texto que regula el acuerdo de refinanciación, en su modalidad de la Disposición Adicional Cuarta LC, nos plantea la duda de si éste continúa siendo una alternativa a la que siquiera teóricamente podría acogerse la persona física. En este sentido, debe recordarse cómo ahora el art.1 de la citada Disposición se remite al también nuevo art.71.bis.1.b).2º LC, el cual exige la emisión de una certificación del auditor de cuentas del deudor para cotejar la suficiencia del pasivo financiero exigido. Dicha certificación es requisito de procedibilidad que debe acompañar a la solicitud de homologación judicial del acuerdo, según regula el art.5 de la citada Disposición,

aunque también es cierto que de no existir auditor el mismo precepto permite su nombramiento por el Registro Mercantil del domicilio del deudor.

Sin embargo, el otro factor que parece imposible de soslayar es el que exige el art.71.bis.1.a) LC, al que también se remite la misma Disposición, y que requiere que la ampliación del crédito, modificación o extinción de las obligaciones que se alcance con el acuerdo de refinanciación permitan *la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor*. En consecuencia, dentro del ámbito subjetivo de la modalidad refinanciadora de la Disposición Adicional Cuarta, todavía podrían permanecer en su seno de aplicabilidad el empresario individual y los profesionales como sujetos aptos, quedando en cambio definitivamente fuera los renombrados deudores *consumidores*.

Una decisión tal vez sin consecuencias prácticas -¿acaso sería realista pensar en su utilización de esta figura, cuando ya dudamos que ésta sea utilizada siquiera por las PYMES?-, pero no deja de ser llamativa la restricción formal que ha traído consigo la citada reforma legislativa -a la postre confirmada por la Ley 9/2015, de 25 de mayo- sobre esta alternativa para la reestructuración del pasivo.

1.1.2 Las modalidades de los arts.71.bis.1 y 71.bis.2 LC.

Una vez más, cabe amonestar la limitación de acicates existentes para los acreedores de deudores persona física *consumidores* respecto de estas otras modalidades refinanciadoras. En este sentido, al igual que se ha podido ver en relación a la Disposición Adicional Cuarta LC, obviamente el ya referido requisito del art.71.bis.1.a) LC también limita la aplicación de la modalidad refinanciadora del propio art.71.bis.1 LC solamente sobre aquellas personas físicas empresarios individuales o profesionales¹¹⁶⁶, además de las personas jurídicas.

Dicho lo cual, la función del art.71.bis.1 LC puede resumirse en la concesión de un escenario alternativo de simple protección para los acreedores, para cuya concesión en este caso se exige un respaldo del 60% de todo el pasivo del deudor a fecha de la adopción del acuerdo de refinanciación, de cara al máximo blindaje posible del mismo frente a las pretensiones de reintegración concursal.

Esta delimitación temporal y cuantitativa respecto del pasivo exigido merece una serie de reflexiones. Primero, que debe abandonarse la anterior distinción entre pasivo financiero y no financiero, contemplada en la Disposición Adicional Cuarta LC, así como debe computarse también el pasivo titularidad de sujetos especialmente relacionados (art.93.2 LC) salvo en los *acuerdos de grupo* (art.71.bis.1.b).1º *in fine* LC). Segundo, que el control cuantitativo de dicho pasivo compete al auditor de cuentas del deudor o el que se nombre a tal fin (art.71.bis.1.b).2º LC). Tercero, que pese a ello, la administración concursal de un hipotético y futuro concurso deberá revisar la

¹¹⁶⁶ AZNAR GINER, E., *La reforma concursal del Real Decreto-ley 4/2014, en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial*, ed. Tirant lo Blanch, 2014, pág.113.

contabilidad al tiempo de dicho hito. Finalmente, que nada impide con certeza -ni la previa auditoría ni la elevación a público del acuerdo- la ocultación de determinados pasivos, circunstancia que si es descubierta y reduce la representatividad por debajo del 60% debería trasladar el acuerdo alcanzado, cuanto menos, al ámbito del art.71.bis.2 LC.

Bajo este marco legal refinanciador, la protección sobre los acreedores es indudablemente menor que aquella otra prevista en el art.13 de la Disposición Adicional Cuarta LC, ya que aquí sí es posible ejercitar una pretensión de reintegración concursal, sólo que el art.72.2 LC presenta a la administración concursal como única legitimada para su interposición y además ésta sólo puede fundarse en el incumplimiento de alguno de los requisitos que establece el art.71.bis.1 LC.

Este régimen menos favorecedor se explica, a nuestro entender, por la falta de una homologación judicial que tutele el acuerdo del art.71.bis.1 LC, como sí ocurre con la modalidad regulada en la Disposición Adicional Cuarta LC¹¹⁶⁷. Por otra parte, en cuanto a las restantes pretensiones impugnatorias, al igual que ocurre en la Disposición Adicional Cuarta LC éstas también subsisten plenamente bajo la exclusiva legitimación activa de la administración concursal para su ejercicio, ex art.72.2 LC.

Pese a dicho régimen menos protector, para la estimación de una pretensión de reintegración concursal no solamente bastaría con el incumplimiento formal de alguno de los requisitos que contiene el art.71.bis.1 LC, como *prima facie* podría desprenderse de la lectura del art.72.2 LC, sino que con ello además debe haberse producido algún tipo de perjuicio material. Imagínese así que únicamente faltara la elevación a público de tal acuerdo (art.71.bis.1.b).3º LC), defecto que por sí solo no puede significar la rescindibilidad del acuerdo vía art.71 LC. Es decir, que primero deberá existir un incumplimiento formal de alguna de las condiciones del art.71.bis.1 LC, y, concurriendo dicho presupuesto habilitante, acreditar a su vez el correspondiente perjuicio material ex art.71 LC.

Al margen de ello, con reprochable infortunio la LC también propicia una ambigua valoración en cuanto al propio cumplimiento o incumplimiento de los requisitos del art.71.bis.1 LC, por ejemplo, que el acuerdo no responda a un plan de viabilidad *que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo* (art.71.bis.1.a) LC). ¿Qué cabe entender por corto y medio plazo? Como es sabido, en contabilidad el largo plazo se entiende como aquel superior al año, por lo que

¹¹⁶⁷ Aunque, todo sea dicho, existen resoluciones favorables a la rescisión de actos del deudor sin importar que éstos hubiesen sido homologados judicialmente; concretamente la Sentencia de 10 de octubre de 2011, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo, citada por la Magistrado-Juez CÓRDOBA ARDAO, B., en su ponencia -inérita- impartida en el III Congreso judicial de derecho concursal, celebrado en Madrid los días 10 y 11 de abril de 2014.

algunos autores¹¹⁶⁸ han identificado que la referencia al corto y medio plazo consiste necesariamente en un periodo de tiempo inferior al año.

Un segundo ejemplo de dicha ambigüedad, todavía peor que el anterior, es el requisito acuñado como *ampliación significativa* del crédito disponible, irremediamente destinado a valorarse caso por caso cuando concurriera dicha causa, así como la *modificación o extinción* de obligaciones igualmente prevista como alternativa en el mismo art.71.bis.1.a) LC. Por su notoriedad mediática, es de interés citar el Auto núm.360/2016, de 6 de abril, del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Sevilla¹¹⁶⁹, que interpreta la práctica común del *standstill* como una modificación de obligaciones y no como el nacimiento de una nueva, pues ello último impediría su homologación.

Como cajón de sastre actuaría finalmente el art.71.bis.2 LC, donde bien podría recaer cualquier tipo de nueva financiación *-actos-* y sin tener que atender ya a quórum aprobatorios, aunque igualmente se deberá tener cuidado con cumplir la totalidad de los requisitos que cumulativamente exige el mentado precepto.

Cabe observar cómo la modalidad del art.71.bis.2 LC por fin no se vincula necesariamente a un plan de viabilidad sobre la actividad empresarial o profesional del deudor, por lo que aquí su aplicación subjetiva parece plena y sin restricciones de ningún tipo sobre el deudor, incluyendo pues *-al menos potencialmente-* no solamente a personas físicas con actividad profesional o empresarial sino también a consumidores con necesidad de refinanciar su pasivo.

Además, a falta de quórum exigibles, su estructura material la convierte posiblemente en la menos compleja de todas *-puede suscribirse con un único acreedor-*, toda vez que el blindaje de los acuerdos que puedan acogerse al art.71.bis.2 LC compartiría el mismo régimen que el analizado en la órbita del art.71.bis.1 LC: la única legitimada para su impugnación será la administración concursal, y si ésta pretende instar la vía de la pretensión de reintegración concursal sólo podrá basarse en el incumplimiento formal de las condiciones que prevé el propio precepto, acompañado del correspondiente perjuicio material, todo ello *-de nuevo-* sin perjuicio de las restantes pretensiones de impugnación que una vez más subsisten ex art.72.2 LC, correspondiendo su legitimación activa exclusivamente a la administración concursal.

Es importante destacar cómo, en ambas figuras refinanciadoras del art.71.bis LC, ya no se trata de extender sus posibles efectos de *quita* o *espera* sobre los acreedores financieros disidentes, ni pretender la cancelación de embargos, la suspensión directa de procesos ejecutivos en curso o aquellos futuros, potestades exclusivas de la Disposición Adicional Cuarta LC.

¹¹⁶⁸ CERDÁ, F., “La extensión de efectos del acuerdo de refinanciación, homologado judicialmente, a los acreedores financieros disidentes o no participantes”, Anuario de Derecho Concursal, ed. Civitas, núm.33/2014.

¹¹⁶⁹ Autos de concurso núm.335/2016, relativos al grupo empresarial ABENGOA.

Revestido de fines más modestos, el art.71.bis LC únicamente pretende *cuasi excluir* los acuerdos de refinanciación que cumplan sus requisitos de las temidas pretensiones de reintegración concursal, lo que no deja de ser una motivación interesante tanto para acreedores como para el deudor, si a cambio este último obtiene un *balón de oxígeno* financiero y los primeros una súper protección de aquellas garantías presumiblemente obtenidas en su favor a través de dichos acuerdos de refinanciación. Acuerdos que, para mayor seguridad, pueden además someterse a la supervisión de un *experto independiente* ex art.71.bis.4 LC, una figura que tras su reforma (confirmada en la Ley 9/2015, de 25 de mayo) ha pasado de obligatoria a potestativa en ambas modalidades de los arts.71.bis.1 y 71.bis.2 LC.

Finalmente, cabe matizar -de nuevo para ambas modalidades refinanciadoras- que aunque mayoritariamente deba hablarse de acuerdos de refinanciación, y así lo hemos hecho nosotros mismos, lo cierto es que el art.71.bis LC extiende su aplicación sobre sus *actos, negocios y pagos*, conceptos más amplios y que por cierto pueden haberse instrumentalizado en distintas Escrituras públicas conexas¹¹⁷⁰, práctica habitual en los acuerdos plurilaterales. En cualquier caso, de ello cabe deducir la extensión de irrevocabilidad a los mismos siempre y cuando éstos, coherentemente, resulten accesorios y guarden algún expreso sentido o vínculo respecto del principal acuerdo de refinanciación¹¹⁷¹.

¿Podría entonces un sujeto, *especialmente relacionado* con el deudor, convertir de este modo sus *actos* celebrados con el deudor en irrevocables?

Así parece haberlo querido el legislador, al no haber dicho nada sobre el particular, más allá de que en el acuerdo de refinanciación al que dichas operaciones se hallaran sujetas se dieran los requisitos contemplados en los arts.71.bis.1 o 71.bis.2 LC. Ahora bien, si en dichos *actos* se concedieran garantías en su favor no se olvide la todavía vigencia del art.97.2 LC, que vía subordinación de su crédito, una vez declarado el concurso, permitiría cancelar tales garantías *de cualquier clase* no obstante la posible irrevocabilidad del acuerdo en sí mismo.

1.2 El llamado precurso y su construcción jurisdiccional.

La análoga -y preocupante- volatilidad con la que viene reformándose el art.5.bis LC, precepto que recoge la institución del popularmente conocido como *precurso*, comienza por explicarse si se parte de su antecesor art.5.3 LC, introducido mediante el Real Decreto-Ley 3/2009 de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica.

¹¹⁷⁰ Prueba de ello da el Auto núm.336/2015, de 9 de noviembre, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Castellón (Autos de concurso núm.336/2015-VII).

¹¹⁷¹ PÉREZ DE ONTIVEROS, C., “Los acuerdos de refinanciación y la acción revocatoria o pauliana”, Anuario de Derecho Concursal, ed. Civitas, núm.35/2015.

A diferencia de lo que tal vez podría esperarse, el precursor art.5.3 LC no se introdujo para anticipar las -hipotéticas- bondades del proceso concursal al llamado preinsolvente, por la vía del precurso ¹¹⁷². Por el contrario, la patente flexibilidad en el presupuesto objetivo del concurso chocaba así con la rigidez del extinto art.5.3 LC, por cuanto éste expresamente exigía un presupuesto de *insolvencia actual* y no inminente o de preinsolvencia ¹¹⁷³.

El cometido de aquel art.5.3 LC se traducía llanamente en ampliar el plazo del art.5.1 LC -dos meses-, para que el deudor *insolvente* pudiera negociar con sus acreedores una propuesta anticipada de convenio y obtener adhesiones a la misma. Todo ello, además, indirectamente pensando en un segundo cometido: evitar la opción de la liquidación concursal.

La falta de contacto con la realidad, por parte del legislador, se ha visto patente en una práctica forense que ha convertido en abusiva y dilatoria dicha figura desde sus más noveles inicios. Conocida es la regla de 2+3+1 que ya hemos tenido ocasión de advertir en el Capítulo Tercero: los dos meses iniciales del art.5.1 LC, más los tres meses para *negociar* que confiere el ahora art.5.bis LC, más el mes extra desde que finaliza dicho plazo último para en su caso presentar la demanda de concurso voluntario. Sería además con notable posterioridad, en caso de que finalmente se diera la declaración de concurso, cuando el sometimiento al plazo del art.5.1 LC por parte del deudor procedería a ser comprobado en la sección sexta (calificación) del concurso ¹¹⁷⁴.

En cualquier caso, lo cierto es que el art.5.3 LC no pretendía eliminar definitivamente el llamado *deber* -carga procesal- de instar el concurso voluntario, sino simplemente agilizar los tiempos procesales de éste una vez declarado. Imaginaba el legislador, presumimos, que así la futura demanda de concurso se presentaría junto con una propuesta anticipada de convenio o bien dicha propuesta se encontraría ya en un avanzado estado de negociación y elaboración al tiempo de la declaración de concurso.

Nada que ver, pues, con el cada vez más voluminoso *cosmos* estructural y teleológico del art.5.bis LC, especialmente en lo que se refiere a los trascendentales efectos que acarrea sobre las pretensiones ejecutivas de los acreedores del deudor, ello a partir de la

¹¹⁷² Como ya se ha dicho con anterioridad, el sujeto preinsolvente siempre ha contado con la posibilidad de instar su concurso ex art.2.3 LC, precepto a través del cual nuestro legislador recoge el difuso concepto de la preinsolvencia bajo el presupuesto objetivo de la *insolvencia inminente*.

¹¹⁷³ AZNAR GINER, E., *La comunicación del artículo 5.3 de la Ley Concursal*, ed. Tirant lo Blanch, 2011, pág.29.

Quien no obstante consideraba acertada la *ratio legis* de excluir la insolvencia del art.5.3 LC, ya que dicho precepto estaba pensado para evitar la declaración de concurso necesario, pretensión que no sería posible instar sobre el deudor meramente preinsolvente.

¹¹⁷⁴ El cumplimiento o incumplimiento del plazo conferido en el art.5.1 LC debe ser objeto de análisis por la administración concursal y el Ministerio Fiscal en la sección sexta de calificación del concurso, una vez declarado éste y teniendo en cuenta la presunción *iuris tantum* de dolo o culpa grave que pesaría sobre dicho incumplimiento ex art.165.1 LC, así como el posible reemplazamiento de dicha carga procesal por una solicitud de un acuerdo extrajudicial de pagos (art.231 LC).

reforma en el año 2014 (Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de marzo, confirmado en la Ley 17/2014, de 30 de septiembre) sobre el art.5.bis LC, que además tuvo que ser objeto de necesaria corrección -por sus lagunas- con la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal.

1.2.1 La *comunicación preconcursal*: requisitos, legitimación y presupuestos.

Aquel referido régimen inicial del art.5.3 LC recibiría una adecuada renovación con la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal, que supuso la creación del art.5.bis LC. Con posterioridad, en marzo y septiembre de 2014, así como en última instancia en mayo de 2015, sufriría este precepto sus últimas modificaciones conocidas hasta la fecha, que a continuación se expondrán desde un estudio jurisdiccional del mismo.

De entrada, además de ampliar formalmente su ámbito subjetivo de aplicación sin distinguir ya entre situaciones de insolvencia o preinsolvencia¹¹⁷⁵, con la aparición del art.5.bis LC pareció superarse una vieja discusión en favor de la llamada tesis antiformalista sobre el contenido de la *comunicación* a efectuar por el deudor solicitante: el letrado de la administración de justicia, *sin más trámite*, procedería a dejar constancia de ésta ex art.5.bis.3 LC, en su redacción anterior a la reforma concursal de 2014. Debe recordarse que, con el antiguo art.5.3 LC, existió alguna postura¹¹⁷⁶ partidaria de que en la referida comunicación se acreditara el inicio de las susodichas negociaciones, el estado de insolvencia actual del solicitante y finalmente que éste no se hallara impedido a formular una propuesta anticipada de convenio (art.105 LC).

Por tanto, con el art.5.bis LC, el único presupuesto que debe cumplir dicha *comunicación preconcursal* es acreditar la propia competencia objetiva y territorial del juez al que se dirigiera la misma (art.5.bis.1 LC en relación con el art.10 LC), sin que resulte preceptivo aportar siquiera indicios sobre la veracidad del inicio de las aludidas negociaciones.

Así y todo, pese a la exigencia del art.5.bis.1 LC en materia de control de competencia, el cual cabe exigir aun por meras razones de seguridad jurídica, nuestro Alto Tribunal se ha pronunciado al respecto concluyendo que en materia de competencia territorial al «*juzgado receptor de la comunicación notarial no le corresponde hacer un análisis prospectivo*»¹¹⁷⁷.

¹¹⁷⁵ ORELLANA CANO, N., en AA.VV., *Comentario práctico a la nueva Ley Concursal*, ed. La Ley, 2012, pág.83.

¹¹⁷⁶ Por todos, el conocido Auto de 11 de mayo de 2009, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Granada (2009\215005).

¹¹⁷⁷ Auto de 19 de marzo de 2017, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (JUR 2017\82639).

Esta interpretación es difícil de concretar -su alcance querido- en la práctica forense, piénsese así en aquellas comunicaciones concursales formuladas sin aparente conexidad territorial alguna; toda vez que el art.10 LC contiene un fuero territorial imperativo, y, a su vez, las reglas de competencia en la jurisdicción voluntaria (art.2.2 de la Ley 15/2015, de 2 de julio) no resultan por ello materias disponibles.

Por su parte, el art.5.bis.3 LC permite otorgar un carácter *reservado* a tal comunicación preconcursal, sea ya por cuestión de imagen empresarial o profesional, e incluso simple recelo de privacidad, con el único efecto considerable de que dicha confidencialidad excluiría la aplicación del REG 848/2015 (vid. Considerando nº 13).

El aludido carácter reservado, y, sobre todo, la percepción antiformalista que en general evoca toda la institución preconcursal, fundan su razón de ser en el carácter procesalmente limitado que ostenta una simple *comunicación*, siendo que con la misma no se podía prejuzgar siquiera la insolvencia de su solicitante¹¹⁷⁸. En acertada síntesis, AZNAR GINER¹¹⁷⁹ negaba que con ello se estuviera eliminando todo control judicial, sino que éste quedaba desplazado a la posterior declaración de concurso en su caso.

Con la enésima reforma (Ley 9/2015, de 25 de mayo) del art.5.bis LC, ciertamente desaparece la mención en su apartado tercero a que se ordene *sin más trámites* la *constancia* de su presentación, pero ello no es óbice para seguir manteniendo la interpretación antiformalista del precepto -al menos- en lo que se refiere a la misma admisión a trámite de la comunicación del precurso. Prueba de ello es que el mismo citado autor¹¹⁸⁰ mantiene ahora, en análisis del actual art.5.bis LC, la total irrelevancia del presupuesto de la insolvencia en el solicitante de la comunicación preconcursal.

Así pues, incluso algo tan básico como que la comunicación preconcursal se efectúe en el plazo que establece el art.5.bis.2 LC, esto es, antes del vencimiento del plazo establecido en el art.5.1 LC, es cuestión que en su caso deberá revisarse y dirimirse en el ulterior proceso concursal¹¹⁸¹, sin que una presentación extemporánea de dicha comunicación preconcursal pueda valorarse en esta fase ni dejar de admitirse la misma.

Por otro lado, de nuevo justificado en la limitada naturaleza de la *comunicación*, con mayor consenso cabe concluir tanto que en materia de postulación sólo se precisaba de letrado (art.10.3º LEC 1881) lo que pasa a ser potestativo con el actual art.3.2 de la LJV,

¹¹⁷⁸ Vid. Auto núm.13/2010, de 21 de enero, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª (JUR 2010\101708).

¹¹⁷⁹ AZNAR GINER, E., *La comunicación del artículo 5.3 de la Ley Concursal*, ed. Tirant lo Blanch, 2011, pág.63.

¹¹⁸⁰ AZNAR GINER, E., *La comunicación del artículo 5 bis de la Ley Concursal*, ed. Tirant lo Blanch, 2016 (Tol 2.539.940).

¹¹⁸¹ Así suele advertirse, en algunas plazas judiciales, en la misma resolución que tiene por efectuada la comunicación preconcursal, vid. Decreto de 20 de enero de 2014 del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid (autos de concurso núm.924/2013).

así como que no cabe hablar de un posible *desistimiento*¹¹⁸² de la misma, porque con ella sencillamente no se ha iniciado ningún proceso.

Cuestión distinta es que, si transcurriera el plazo -tres meses más uno desde la comunicación preconcursal- que contempla el art.5.bis.5 LC sin que el deudor hubiera formulado demanda de concurso, ni durante dicho mes último se hubieran presentado demandas de concurso necesario, entonces deba desaparecer la *vis attractiva* del juzgado que conoció de tal comunicación preconcursal, quien ya no resultaría competente para conocer de una hipotética ulterior declaración de concurso con base en la primigenia comunicación recibida, debiendo la demanda de concurso someterse a las normas generales de reparto ex art.68 LEC¹¹⁸³.

En materia de legitimación, es pacífica la consideración de que el único sujeto legitimado para formular la comunicación del art.5.bis LC sea el propio deudor, ya ostente la condición de persona física o jurídica, e incluso cabe sostener la posibilidad de que varios deudores formulen conjuntamente una misma comunicación de precurso¹¹⁸⁴. Ahora bien, esta tradicional exclusividad del deudor en la legitimación activa del art.5.bis LC se ha visto alterada con la aparición del Título X de la LC, es decir, cuando la comunicación del art.5.bis LC venga precedida de una solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos -figura estudiada más adelante-.

Así pues, para este concreto supuesto, los arts.5.bis.1.II y 233.3 LC establecen una legitimación extraordinaria y excluyente que impone efectuar, de oficio, la comunicación del art.5.bis LC por parte del registrador mercantil, el notario o por alguno de los entes corporativos competentes allí enumerados (art.233.3 LC) que hubiera conocido de la solicitud de apertura de un expediente extrajudicial de pagos, una vez el mediador concursal hubiera aceptado su cargo (art.233.2 LC).

Lamentablemente, dentro del juego existente entre la legitimación activa y los efectos anudados a la interposición de una comunicación preconcursal, deben advertirse una serie de disfunciones particularmente dañinas que se producen, precisamente, cuando la

¹¹⁸² Aunque los Acuerdos de los Jueces de lo Mercantil y Secretarios judiciales de Cataluña, de 3 de julio de 2014, sí posibilitan -a nuestro entender erróneamente- la figura del desistimiento sobre una comunicación preconcursal.

¹¹⁸³ Así lo recoge el Magistrado-Juez CUTILLAS TORNS, J.M., en AA.VV., *Tratado práctico del derecho concursal y su reforma*, ed. Tecnos, 2012, pág.54. En el mismo sentido se pronuncian, por unanimidad, las Conclusiones de 13 de diciembre de 2011, sobre criterios de aplicación de la reforma de la Ley Concursal, si bien en la práctica forense de Madrid se constata un cambio de criterio al respecto. Hágase asimismo la excepción práctica cuando sólo existiera un Juzgado de lo Mercantil en la provincia (art.86.bis.1 LOPJ).

¹¹⁸⁴ Defendido por AZNAR GINER, E., *La reforma concursal del Real Decreto-ley 4/2014, en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial*, ed. Tirant lo Blanch, 2014, pág.65.

Con base en la aplicación supletoria del art.72 LEC, así como precisando que ello no significa una posterior obligación de presentar una demanda de concurso acumulada ex art.25 LC, aunque lógicamente la causa de la acumulación subjetiva del *precurso* deba venir fundada, presumiblemente, en aquellas que contempla el art.25 LC para justificar una demanda de concurso acumulada.

comunicación preconcursal viene derivada de una solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos.

Así, por un lado, el legislador establece la ya referida legitimación activa excluyente en el notario, registrador o ente corporativo competente, para comunicar dicho expediente a los efectos preconcursales (arts.5.bis.1.II y 233.3 LC).

Conociendo el riesgo material de posibles retrasos en la práctica de dicha comunicación, ¿afectaría a una futura calificación del deudor su presentación fuera del plazo del art.5.bis.2 LC? Es claro que ello resultaría inaceptable, debiendo limitarse a valorar en un hipotético y futuro concurso si el deudor instó el expediente extrajudicial del art.231 y ss. LC dentro del plazo que marca el art.5.1 LC, al resultar el Título X sustitutivo de la carga procesal de formular demanda de concurso voluntario en los casos de insolvencia.

Igual de inquietante es la segunda disfunción existente, esta vez en cuanto al encaje del art.15.3 LC en un escenario de acuerdo extrajudicial de pagos. En este sentido, ¿qué postura cabe adoptar si el deudor ya hubiera iniciado un expediente extrajudicial de pagos pero la comunicación del precurso por el notario, registrador o ente corporativo competente se ha retrasado -por cualesquiera causas, empezando por la falta de aceptación del mediador-, y durante dicho íterin se interpone una demanda de concurso necesario?

La insatisfactoria respuesta, pero la más respetuosa con la debida seguridad jurídica, es aceptar que la suerte del deudor queda en todo caso ligada a la diligente actuación de los sujetos competentes para comunicar el precurso (arts.5.bis.1.II y 233.3 LC) cuando éste derivara de un expediente extrajudicial de pagos y con independencia de la responsabilidad exigible a tales sujetos. El hecho de que el deudor hubiera solicitado el expediente extrajudicial de pagos no enerva por sí solo la pretensión del concurso necesario vía su inadmisión (art.15.3 LC), del mismo modo que tampoco activa sus efectos suspensivos sobre ejecuciones (art.5.bis.4 LC), sin perjuicio de considerar esta situación corregible *de lege ferenda*.

¿Cómo afecta la comunicación del precurso sobre aquella otra legitimación para las pretensiones concursales que regularmente ostentan los acreedores?

A diferencia de las demandas de concurso necesario presentadas con anterioridad, que de hipotéticamente concurrir pervivirían en su tramitación correspondiente (arts.15.1 o 15.2 LC)¹¹⁸⁵, la LC inhabilita temporalmente (art.15.3 LC) el derecho de interponer una

¹¹⁸⁵ Aun así, pueden darse problemas prácticos de coordinación, particularmente cuando la comunicación preconcursal recayera en otro Juzgado ajeno a la demanda de concurso necesario y, no digamos ya, en otra provincia por entender el deudor distinta competencia territorial (art.10 LC). En cualquier caso, la comentada falta de control *judicial ab initio* de tal comunicación preconcursal obligaría tanto a su admisión como incluso a conceder todos sus considerables efectos (art.5.bis.4 LC) *hasta que tenga lugar la declaración de concurso* que en este caso podría acabar siendo *necesario*, lo que sin duda puede provocar situaciones temporalmente abusivas en perjuicio de los acreedores y sólo rechazables mediante principios generales como la buena fe procesal (art.247 LEC) de difícil aplicación.

demanda de concurso necesario durante la vigencia del precurso -tres meses- que regula el art.5.bis.5 LC.

Si, en cambio, la demanda se presentara una vez transcurrido dicho plazo, como se encarga de regular el art.15.3.II LC, entonces ésta quedaría pendiente de proveer hasta el vencimiento del mes hábil que el mismo art.5.bis.5 LC concede al deudor para instar su concurso. Todo lo cual invita a concluir que la demanda de concurso necesario presentada en este contexto buscará evitar, a toda costa, que el precurso no se hubiera utilizado con fines dilatorios y luego el deudor no formule demanda de concurso alguna, presumiendo que su situación de insolvencia no hubiera sido superada.

Cabría plantearse qué ocurre si el deudor correctamente no interpone demanda de concurso porque ha superado su insolvencia durante dicho íterin preconcursal, pero sin embargo su insolvencia sí resultaba existente al tiempo de la demanda de concurso necesario interpuesta transcurrido el plazo de tres meses y por tanto admitida a trámite.

A este respecto, *mutatis mutandis* resultan muy acertadas las conclusiones que se alcanzaron en el Auto núm.68/2012, de 27 de abril, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28^a¹¹⁸⁶. Basándose en la aplicación supletoria del art.413 LEC (influencia del cambio de circunstancias en la sentencia sobre el fondo), aun aplicándose éste a una resolución en forma de auto y no sentencia, en la precitada resolución se argumenta que *la existencia pretérita de dicha insolvencia al tiempo de la demanda debe valorarse para no imponer la condena en costas a dicho acreedor solicitante*, ex art.20.1 LC. De igual modo, aunque en un escenario fáctico de nuevo distinto, la Sentencia núm.192/2009, de 4 de junio, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15^a¹¹⁸⁷ también exoneraba de la condena en costas impuesta según la literalidad del art.20.1 LC, en este caso ante el allanamiento expreso del deudor demandado y ligando tal pronunciamiento de condena a la existencia de una efectiva *resistencia* -contestación a la demanda- por tal sujeto.

Así pues, razonamiento similar en espíritu al de tales resoluciones debería adoptarse con respecto a una hipotética petición de liquidación de daños y perjuicios del deudor preconcursado frente a aquel acreedor demandante (petición también prevista en el mismo art.20.1 LC), con motivo del auto desestimatorio de su demanda de concurso necesario, ya fuera en la instancia o en apelación¹¹⁸⁸. En definitiva, procede aplicar una moderación subjetiva de todos los efectos desestimatorios ex art.20.1 LC tanto en un escenario directamente concursal como en uno precedido por una comunicación

¹¹⁸⁶ JUR 2012\210851.

¹¹⁸⁷ JUR 2009\420668.

¹¹⁸⁸ Téngase en cuenta que, el Auto de la Audiencia Provincial denegando el concurso, también contemplaría una condena a indemnizar por daños y perjuicios que luego podría ejercitar el deudor ante al juez del concurso (arts.712 y ss. LEC), no estando sujeta dicha *petitum* a plazo alguno.

Así lo recuerda la Magistrado-Juez CALDERÓN CUADRADO, P., en AA.VV., *Comentario de la Ley Concursal, Tomo I*, ed. Civitas, 2008, pág.460.

preconcurso y dentro del plazo del art.15.3.II LC, o bien con posterioridad a dicho plazo.

Finalmente, es patente cómo el mandato actual del art.5.bis LC, tras su reforma por el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, aprovecha para *formalmente* adaptarse a las nuevas *realidades* que lleva aparejadas la vigente LC.

Se dice *formalmente* ya que, al seguirse la referida tesis antiformalista respecto del contenido de la comunicación preconcursal -no sujeta a control judicial inicial-, no se hace necesario acreditar el escenario subjetivo pretendido, como tampoco lo es exponer un debate sobre el estado de insolvencia o preinsolvencia del deudor solicitante. Lo cual no quita que puede interesar a los efectos aclaratorios y posible defensa futura de la debida diligencia del deudor en sus actos, ante una eventual sección de calificación concursal.

En cualquier caso, lo cierto es que el vigente art.5.bis LC todavía mantiene la primigenia intención de alcanzar una propuesta anticipada de convenio, al mismo tiempo que se amplía a la nueva figura del acuerdo extrajudicial de pagos, cuya acreditación aquí es obligada en vista de la referida legitimación extraordinaria y excluyente del notario, registrador o ente corporativo competente para comunicar el concurso (arts.5.bis.1.II y 233.3 LC).

En cuanto al régimen de los acuerdos de refinanciación a los que también alude el art.5.bis.1 LC, actualmente subdivididos en la Disposición Adicional Cuarta LC y los arts.71.bis.1 y 71.bis.2 LC, repárese en que solamente las dos primeras modalidades y no la del art.71.bis.2 LC habilitan una comunicación preconcursal.

Precisión que, de nuevo insistimos, se nos hace un tanto irrelevante dada la ya referida falta de control judicial *ab initio*, al menos sobre la propia admisibilidad de la comunicación preconcursal, por lo que no cabe la identificación de cualquiera de estos requisitos como de procedibilidad ni, todavía menos, como presupuestos procesales.

1.2.2 El art.5.bis.4 LC: Ámbito de aplicación, configuración y efectos.

Por su singular trascendencia, estudio aparte merecen los novedosos efectos que lleva consigo la apertura del régimen preconcursal a raíz de sus trascendentales reformas operadas entre los años 2013 a 2015, ya comentadas en el Capítulo Primero.

Ello no quita recordar de modo sucinto, pues ya se ha hecho referencia con anterioridad, la tradicional y todavía vigente función del concurso: ampliar el plazo del art.5.1 LC conferido para ejercer la *carga procesal* de formular demanda de concurso por insolvencia, en aras de evitar una presunción *iuris tantum* de dolo o culpa grave por

dicho incumplimiento ex art.165.1 LC¹¹⁸⁹; provocar la inadmisión las demandas de concurso necesario presentadas durante su plazo (arts.5.bis.5 y 15.3.I LC)¹¹⁹⁰; y por último, impedir proveer aquellas formuladas transcurrido dicho plazo pero con anterioridad al vencimiento del mes hábil que tiene el deudor para instar su concurso (art.15.3.II LC), como también se ha tenido ocasión de analizar anteriormente.

1.2.2.1 El art.5.bis.4.I, II y III LC: la regla general.

Junto con los clásicos efectos arriba citados, la gran seducción del nuevo régimen del art.5.bis LC radica ahora en su apartado cuarto, esto es, el relativo a la suspensión de *ejecuciones judiciales y extrajudiciales* sin necesidad de haberse declarado proceso concursal alguno.

La estructura del actual art.5.bis.4 LC permite, *desde la presentación de la comunicación*, suspender tanto las ejecuciones iniciadas como evitar el inicio de nuevas ejecuciones, siempre que en ambos casos éstas tuvieran como objeto bienes -y derechos¹¹⁹¹- *necesarios* para la actividad profesional o empresarial del deudor.

Nos encontramos pues, una vez más (vid. arts. 55.1.II y 56.1 LC), ante la obligada vinculación de aquel bien o derecho -ya se trate de dinero¹¹⁹²- propiedad del ejecutado a una actividad empresarial o profesional, para así poder impedir el ejercicio de nuevas ejecuciones o suspender aquellas preexistentes sobre dicho activo, lo que deja fuera de su órbita de protección al simple consumidor que trabaja por cuenta ajena o directamente no trabaja.

Existe, no obstante, una importante salvedad introducida por el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, y posteriormente reiterada por la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social: la ejecución de la vivienda habitual quedará suspendida si la comunicación preconcursal tiene su origen causal en una tramitación de acuerdo extrajudicial de pagos, pues así lo dispone *ad hoc* el art.235.2.a) LC, circunscrito a dicha concreta figura, y siempre que se trate de acreedores potencialmente afectados por el

¹¹⁸⁹ Sobre esta tradicional función habría que matizar que, transcurrida la extensión en el plazo que el art.5.bis LC concede sobre aquel otro del art.5.1 LC, si el deudor continuara en estado de insolvencia, irremediadamente queda como única opción instar el concurso voluntario sin que sea aquí posible sustituir dicha carga procesal por la solicitud de un expediente extrajudicial de pagos (art.231 LC), como se desprende del mandato contenido en el art.5.bis.5 LC.

¹¹⁹⁰ Auto núm.255/2015, de 2 de julio, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Barcelona (JUR 2015\266908).

¹¹⁹¹ En la redacción inicial dada por el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, únicamente se hablaba de bienes necesarios. Ahora, tras su corrección por la citada Ley 17/2014, de 30 de septiembre, se incluye la mención tanto a bienes como a derechos.

¹¹⁹² El dinero, activo líquido por excelencia, también puede ser considerado un bien necesario, como ha señalado el Auto de 13 de noviembre de 2014, del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Valencia (JUR 2015\82108).

acuerdo extrajudicial de pagos (los acreedores *ius privatistas* anteriores a la fecha de la solicitud del acuerdo extrajudicial pagos).

Bajo el amparo del art.235.2.a) LC, desaparece incluso la concurrencia de que el bien o derecho objeto de la ejecución tenga que resultar *necesario* para la actividad empresarial o profesional, puesto que dicha suspensión opera automáticamente sobre todo bien o derecho. Sólo en el caso de que se trate de ejecuciones de garantías reales entran tales requisitos en aras de suspender o impedir el proceso de ejecución: de concurrir la nota de necesidad o vivienda habitual, el acreedor ejecutante de la garantía real podrá iniciar el proceso de ejecución pero éste quedará inmediatamente suspendido, para de este modo salvaguardar al menos el privilegio de la ejecución separada (arts.57.3 LC y 568.1 LEC) si luego se declarara el concurso.

Asimismo, hemos de observar que dicha suspensión sobre la vivienda habitual sufre una reducción de su plazo, pasando de tres meses a dos, cuando el deudor resultara ser una persona física no empresario (art.242.bis.1.8º LC), discriminación ésta que no se entiende en modo alguno.

De otra parte, el art.235.2.a).II LC prohíbe la anotación de embargos posteriores a la solicitud de tal acuerdo (art.232.1 LC), una vez anotada la apertura del procedimiento extrajudicial en el Registro Público correspondiente y -por supuesto- sin perjuicio de las facultades embargantes de los acreedores de derecho público, en su habitual régimen de inmunidad. Esta particular prohibición de la inscripción de embargos posteriores responde a una política disuasoria, puesto que bien puede suceder que hasta tal anotación registral se practiquen nuevos embargos y éstos, automáticamente, quedarían sujetos al mismo efecto suspensivo en cuanto a su ejecución.

A diferencia de los arts.55 y 56 LC, cabe observar cómo la redacción originaria del art.5.bis.4 LC estaba exclusivamente referida a ejecuciones *judiciales*, por lo que en aquellas ejecuciones notariales cabía la más que razonable duda de si el notario debía negar su ministerio ex art.145 RN, o bien iniciar o continuar con dicha ejecución. No tardaron en surgir las comprensibles críticas a semejante laguna¹¹⁹³ y su difícil superación por medio de la analogía, debido a los efectos cuasisancionadores que conlleva la norma sobre terceros ejecutantes. Sin embargo, por otro lado, de permitirse la continuidad de dichas ejecuciones notariales -previstas prácticamente en toda escritura pública ex art.129.1 LH- la frustración en el fin esencial del art.5.bis.4 LC hubiese resultado insoportable.

Afortunadamente, la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, aprovecha su cometido para remediar el olvido del legislador y así hacer expresa referencia a que la suspensión se extiende tanto sobre ejecuciones *judiciales* como sobre aquellas otras *extrajudiciales*,

¹¹⁹³ LUCEÑO OLIVA, J.L., “El nuevo art.5 bis de la Ley Concursal”, Actualidad Jurídica Aranzadi, ed. Aranzadi, núm.887/2014.

Criticando el *olvido* de no otorgar protección a los bienes del deudor respecto a las ejecuciones extrajudiciales notariales, *que se encuentran inexplicablemente fuera del ámbito de la norma*.

así como respecto de bienes y derechos. Fin, pues, de un problema que realmente no llegó a darse.

Frente a lo que hemos visto que sucede en las ejecuciones -judiciales y extrajudiciales- sobre bienes o derechos *necesarios*, en el polo opuesto se encontrarían aquellos procesos no ejecutivos, tanto nuevos como preexistentes, que por tanto aquí cabe entender se ven inalterados pues en nada afectan a la *ratio legis* del precepto, y lo mismo cabe predicar de la llamada *acción directa* (art.1597 CC) no obstante su restricción una vez declarado el concurso por sus perjuicios sobre la masa activa.

Por último, quedan también fuera de los efectos suspensivos concursales aquellas ejecuciones -entiéndase administrativas- *que tengan por objeto hacer efectivos créditos de derecho público*, ex art.5.bis.4.VI LC.

El tratamiento de los créditos de derecho público es, como casi siempre, absurdamente proteccionista, al permitir que los apremios administrativos puedan continuar su curso sin importar la paralización de ejecuciones judiciales y extrajudiciales que ordena el art.5.bis.4 LC sobre los bienes o derechos necesarios, por tanto siendo capaces de frustrar ellos solos toda la nueva maquinaria concursal con que recaigan sobre un activo necesario del deudor.

Su entorpecimiento es tal, que ni tan siquiera se ha introducido la evitación en el devengo de intereses durante el periodo concursal, o bien un acceso más acomodado al aplazamiento o fraccionamiento de su pago, ni tampoco se mitigan las conocidas y desproporcionadas garantías exigidas para la concesión de los aludidos aplazamientos o fraccionamientos. Por tanto, salvo que el importe de la deuda fuera inferior a 18.000 euros en el caso de Hacienda, o 30.000 euros si el acreedor es la Tesorería General de la Seguridad Social, el deudor se vería abocado a las conocidas dificultades para -sólo de entrada- intentar obtener la dispensa total o parcial de tales garantías que se exigen para el acceso a aplazamientos o fraccionamientos, ex art.50 RGR.

Permítase pues afirmar, sin paliativos, que la solidaridad del acreedor público con su deudor concursal es nula, en contra de lo que forzosamente se exige a los restantes acreedores privativos, lo cual dejamos a la reflexión y posible amonestación del lector respecto de este *doble pensar* del legislador.

La voluminosa y fragmentada estructura del art.5.bis.4 LC ha planteado, lamentablemente, otros muchos interrogantes. El primero de ellos, la reflexión de lo arriesgado e insólito en dotar de semejantes efectos *ad extra* a un acto procesal tan supuestamente limitado como lo es la comunicación concursal, ya la formule el deudor o el notario o registrador mercantil en el supuesto del acuerdo extrajudicial de pagos.

Hasta la redacción del art.5.bis.4 LC anterior a su reforma por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, el legislador consideró oportuno no especificar si alguien -¿el mismo letrado de la administración de justicia, el juez del futuro concurso, el juez del proceso de

ejecución extraconcursal?- debía valorar si un bien es necesario o no para la actividad empresarial o profesional del deudor, más allá de dejar intacta la competencia del letrado de la administración de justicia para conocer de la comunicación preconcursal.

Dicho déficit normativo nos obligaba a plantearnos, bajo aquel primigenio escenario legal, que si la ejecución a suspender ya se hallara iniciada entonces dicha valoración sobre la necesidad del bien o derecho debiera realizarla el mismo Juzgado que estuviera conociendo de tal proceso de ejecución, para en su caso proceder a continuación a ordenar la suspensión de dicha ejecución si efectivamente recayera sobre un bien o derecho necesario. De hecho, esta fue la postura defendida en el Auto de 27 de octubre de 2014, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Alicante¹¹⁹⁴, identificándolo con una competencia de tipo funcional (art.61 LEC).

Una segunda solución, bajo este contexto normativo inicial, fue planteada por el Magistrado-Juez GONZÁLEZ NAVARRO¹¹⁹⁵, quien con sentido de armonía interpretativa propuso aplicar el art.56.5 LC, precepto que obliga al juez competente para conocer del concurso a determinar el carácter de tales bienes.

Por tanto, y aunque nada dijera entonces el art.5.bis LC al respecto, siguiendo la interpretación del citado autor el juez civil concedor de la ejecución debía librar oficio al juez del concurso donde hubiera recaído la comunicación preconcursal, requiriéndole de su pronunciamiento a tal fin. En aras de evitar estas dilaciones, continuaba señalando el precitado autor, lo más aconsejable era que el deudor *ad cautelam* ya señalara en su comunicación preconcursal sus bienes *necesarios* -con independencia de que estuvieran o no siendo objeto de ejecución en ese momento-, toda vez que la resolución derivada de su comunicación preconcursal se adoptaría mediante auto -recurrible en reposición- y no ya en decreto del letrado de la administración de justicia.

Debido al escaso tiempo que estuvo en vigor el art.5.bis.4 LC, en su redacción anterior a su última citada reforma de mayo de 2015, lo cierto es que nunca llegó a contarse con una postura unívoca sobre la aplicación práctica de estos potenciales conflictos existentes entre su modificación por el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, y hasta su reforma por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, que puso fin a estas divergencias.

Así pues, al margen de la citada resolución de Alicante, destacó también durante este tiempo el pionero Auto de 17 de marzo de 2014, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Granada¹¹⁹⁶. En el mismo, tenía lugar la intervención del juez del concurso -no prevista en el precepto legal- para resolver *ab initio* que el bien alegado se considere como

¹¹⁹⁴ JUR 2014\269539.

Solución compartida en el Auto de 9 de octubre de 2014, del Juzgado de lo Social nº 3 de Pamplona (JUR 2015\121823).

¹¹⁹⁵ GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., “El nuevo artículo 5 bis de la Ley Concursal tras la reforma de 2014”, Revista Aranzadi Doctrinal, ed. Aranzadi, núm.2/2014.

¹¹⁹⁶ AC 2014\472.

necesario, intervención que además fue instrumentalizada en la forma de auto recurrible en reposición (art.451 LEC). Nada de ello indicaba el art.5.bis LC, insistimos. Seguidamente, en el citado auto se precisaba que cuando el art.5.bis.4 LC habla de *suspensión*, excepto en las ejecuciones de garantías reales, tal suspensión conlleva una plena cancelación de los embargos, pues de lo contrario la medida no sería *operativa*.

Por último, establecía el auto de referencia que la comunicación del art.5.bis LC conlleva unos *efectos automáticos* que impiden cualquier discusión al respecto. En este sentido, aun de modo sucinto, se plantea en dicha resolución qué tratamiento debe recibir el acreedor ejecutante o potencial ejecutante afecto por dicha declaración de necesidad aparentemente automática, distinguiendo a tal fin entre dos escenarios: si el deudor simplemente manifiesta en su comunicación del art.5.bis LC el carácter necesario de determinados bienes, el acreedor podrá oponerse en un momento posterior -que no especifica-; en cambio, si el deudor de entrada pretende acreditar la necesidad de tales bienes, se deberá dar audiencia previa al acreedor ante el juez del concurso para su posible resistencia. Lo que, por cierto, cuestionaría si es posible seguir sosteniendo el carácter no contencioso de la institución del precurso.

El mismo Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Granada tuvo ocasión de manifestarse con posterioridad, en su Auto de 16 de junio de 2014¹¹⁹⁷, mediante el cual aclara y también matiza algunas de estas conclusiones. En primer lugar, se reiteraba la competencia objetiva del juez del concurso vía art.56.5 LC para conocer de la posible *necesidad* de los bienes, así como no aprecia ningún posible efecto preclusivo si dicha solicitud fuera posterior a la propia comunicación preconcursal y no en unidad de acto -tales eran sus antecedentes de hecho-.

Ahora bien, no obstante dicha competencia objetiva ex art.56.5 LC, concluía el citado auto que la solicitud efectuada por el deudor sobre el carácter *necesario* de los bienes señalados no exige ningún tipo de motivación y por tanto valoración judicial al respecto, es decir, no hay *necesidad de entrar a valorar más al no establecerse un precepto que en tal sentido lo señale*.

Por tanto, dado que el art.5.bis.4 LC anuda a la resolución del letrado de la administración de justicia unos determinados efectos suspensivos, se argumenta en el citado auto que realmente basta con dicha resolución para aplicar tales efectos deseados por el legislador, sin que sea preceptiva una previa declaración de necesidad por el juez del concurso, *puesto que esto quedará pendiente de la existencia de un proceso posterior concursal con contradicción entre las partes afectadas*. En definitiva, de esta segunda resolución se infiere una propuesta interpretativa que pretende dejar por imprejuzgada la cuestión de la necesidad de los bienes, aunque los efectos suspensivos e incluso cancelatorios sobre la ejecución y sus embargos vayan a producirse igualmente, bastando a tal fin con el decreto del letrado de la administración de justicia.

¹¹⁹⁷ JUR 2014\177765.

Aquella segunda interpretación resultaba la más respetuosa con el aparente *efecto automático* que por entonces desprendía el tenor literal del art.5.bis LC -anterior a su reforma por la Ley 9/2015, de 25 de mayo-, sin necesidad de forzar la creación de trámites procesales *ad hoc* legalmente no previstos, así como respeta la propia naturaleza teóricamente no contenciosa del concurso.

Por su parte, el art.56.5 LC -entendemos- impediría al juez competente del respectivo proceso de ejecución conocer tanto de la determinación como de la propia petición de *necesidad* del bien ejecutado, cuya competencia se limitaría pues a ordenar la suspensión en sí de la ejecución (art.568 LEC) una vez recibida la resolución del letrado de la administración de justicia vía testimonio. Ahora bien, este automatismo y la falta del principio de contradicción sin duda provocan el riesgo de posibles abusos dilatorios.

Por ello precisamente, se dio también alguna resolución que, aun suscribiendo esa misma competencia objetiva vía art.56.5 LC para conocer de la necesidad del bien por parte del juez del concurso, matiza los aludidos efectos automáticos de la comunicación concursual. En este sentido, destacó el Auto núm.172/2014, de 26 de junio, de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1^a¹¹⁹⁸, que por un lado consideraba que será la *previa resolución del juez del concurso* la que habilite la pretendida suspensión, por tanto no así la resolución del letrado de la administración de justicia, toda vez que una vez emitida dicha resolución, tras su remisión -vía exhorto o testimonio- al juez ejecutante será éste (art.568 LEC) el competente para ordenar la suspensión en sí.

En consecuencia, con base en esta interpretación última, parece que debía estarse al eterno debate¹¹⁹⁹ sobre qué requisitos tiene que reunir un bien para su acogida dentro del concepto de *necesidad* -antes *afección*¹²⁰⁰- al que alude el art.5.bis.4 LC, pues la precitada resolución utiliza la expresión *determinar*, y, por tanto, entendemos que con ello exige al juez del concurso una motivación de la resolución adoptada y no automática, llegando a sugerirle que la debe adoptar *con la documentación aportada al expediente*.

¹¹⁹⁸ JUR 2014\182997.

¹¹⁹⁹ Tradicionalmente, la jurisprudencia se ha decantado por una concepción relativamente amplia del término *bien afecto*, a concretar en cada caso, ya que la actividad empresarial o profesional no es una noción objetivable sino versátil. Así, suele destacarse el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Alicante, de 23 de marzo de 2006 (AC 2006\372). Más recientemente, cabe señalar la Sentencia núm.295/2013, de 11 de julio, de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1^a (JUR 2013\301136), que exige una *íntima vinculación* del bien con la respectiva actividad empresarial o profesional.

¹²⁰⁰ Cabe observar que la reforma llevada a cabo por el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda, ha sustituido el concepto de bien *afecto* por el de bien *necesario* en el art.56.1 LC, término que a su vez utiliza el art.5.bis.4 LC. Como ya se ha dicho, aunque pudiera parecer una cuestión menor, el Magistrado-Juez TALENS SEGUIR, J., en su ponencia -inédita- impartida en el Colegio oficial de Censores Jurados de Cuentas de la Comunidad Valenciana, celebrado el día 13 de junio de 2014, en Valencia, advertía que con dicho cambio se restringe el concepto: un ordenador, exponía como ejemplo, puede estar afecto pero no ser estrictamente necesario para la actividad profesional o empresarial.

Como puede observarse, las pocas resoluciones existentes a la fecha iban poco a poco construyendo el correcto *iter* que, muy defectuosamente, ha pretendido construir el legislador en el art.5.bis LC respecto de terceros procesos ejecutivos. En esta fase prematura interpretativa destacan también los Acuerdos de los Jueces de lo Mercantil y Secretarios judiciales de Cataluña, de 3 de julio de 2014.

En ellos, se reiteraba la competencia objetiva del juez conecedor del proceso de ejecución para ordenar la suspensión en sí de la ejecución (art.568 LEC), así como de otra parte se introduce la necesidad de que el juez civil exhorte al juez del concurso conecedor del precurso para que éste y no el letrado de la administración de justicia se pronuncie sobre la necesidad del bien objeto de la ejecución, ello siempre que el ejecutante cuestionara dicha necesidad y solicitara levantar la suspensión acordada. A este respecto, sugieren los Acuerdos adoptados, que el juez del concurso requiera a su vez al deudor de la correspondiente información que le permita determinar dicha *necesidad*, toda vez que el acreedor ejecutante podrá personarse en el expediente preconcursal para formular alegaciones o incluso solicitar la declaración de bien no necesario.

Continuaban precisando los Acuerdos, esta vez para el caso de que el deudor ya hubiera solicitado la declaración de necesidad del bien en su comunicación preconcursal inicial, que *igual trámite* al anteriormente desglosado debe concederse al acreedor ejecutante, siendo la resolución en ambas hipótesis adoptada mediante auto recurrible en reposición y nunca vía incidente concursal, al igual que éste no se utiliza en el art.56.5 LC.

Conforme al proverbio taurino de que *no hay quinto malo*, durante aquel oscuro tiempo interpretativo sobre el art.5.bis.4 LC, entre marzo de 2014 a mayo de 2015, también podía optar por hacerse uso argumentativo de las Conclusiones de los Magistrados de lo Mercantil de Madrid, sobre unificación de criterios de aplicación de las reformas de la Ley Concursal operadas por el RD Ley 11/2014 y la Ley 17/2014, de fechas 7 y 21 de noviembre de 2014.

En ellas, se defendió la idea de que el decreto del letrado de la administración de justicia titular del Juzgado de lo Mercantil pueda ser objeto de recurso de revisión por parte de los ejecutantes, previo traslado del mismo ex art.150.2 LEC, toda vez que el conocimiento de tal recurso competirá al juez del concurso quien, ora de este otro modo, pasaría a pronunciarse sobre la *necesidad* o no del bien objeto de la ejecución, sin perjuicio de que la suspensión de esta última corresponda al juez que siguiera la misma (art.568 LEC). Añaden además las citadas Conclusiones, en términos de justicia más que por expreso amparo legal, que el efecto paralizador sobre ejecuciones también debe extenderse sobre aquellas medidas cautelares que por su naturaleza guardaran el mismo efecto sobre bienes necesarios.

Obsérvese pues, bajo la fatídica redacción del art.5.bis.4 LC previa a su reforma de mayo de 2015, hasta cinco interpretaciones jurisprudenciales (en el orden expuesto: Alicante, Granada, Jaén, Barcelona y Madrid) distintas -alguna opuesta completamente- que no hacían sino provocar una preocupante inseguridad jurídica tanto al deudor como

al acreedor ejecutante, siendo a la fecha impredecible el *modus operandi* que adoptará cada Juzgado -unos defendiendo un régimen de previa motivación e incluso audiencia, otros ciñéndose a los efectos aparentemente automáticos del precurso-.

Pues bien, todo este previo debate ha quedado carente de mayor desarrollo práctico, pues como ya se ha venido advirtiendo la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, se encargó de solventarlo mediante un mayor desarrollo de dicho art.5.bis.4 LC.

Así pues, el actual art.5.bis.4.II LC exige al deudor indicar en su comunicación preconcursal qué ejecuciones se siguen contra su patrimonio y cuáles de ellas recaen -supuestamente- sobre bienes y derechos necesarios para su actividad empresarial o profesional, toda vez que en caso de controversia sobre el carácter *necesario* del bien o derecho se podrá recurrir -por el pertinente acreedor ejecutante, pero también por cualquier otro hipotético legitimado- ante el juez del concurso el decreto del letrado de la administración de justicia que deja constancia de dicha comunicación preconcursal.

Comoquiera que el precepto se refiere al juez del concurso para conocer de tal recurso, el mismo debe identificarse con un recurso de revisión y no de reposición. Tratándose, pues, de un recurso de revisión, ciertamente el art.454.bis.3 LEC permite su posterior acceso a la apelación cuando el auto resolutorio resulte *definitivo*, tal como sucedería en el caso que nos ocupa, si bien algún autor¹²⁰¹ ya ha tenido a bien apuntar la presumible falta de virtualidad en su uso, en tanto que antes probablemente habrá expirado el plazo de duración legal del precurso (art.5.bis.5 LC).

De igual modo, el actual art.5.bis.4.III LC tiene a bien precisar que será el juez que conozca de tal ejecución el que debe proceder a su suspensión, aclaración ésta no tan urgente pues realmente ya se desprendía de lo dispuesto en el art.568 LEC.

Por su parte, este decreto no guarda ninguna función calificadora¹²⁰² de lo que manifieste el solicitante del precurso, en cuanto a lo que son y/o dejan de ser bienes o derechos necesarios, pues se limitará a dar cuenta de la simple afirmación -sin necesidad de justificación- allí manifestada, toda vez que dicho decreto resultará título suficiente para la suspensión de la ejecución sobre tales bienes y/o derechos señalados¹²⁰³.

¹²⁰¹ SENÉS MOTILLA, C., en AA.VV., *Acuerdos de refinanciación, convenio y reestructuración*, ed. Aranzadi, 2015, pág.106.

¹²⁰² La reproducción en el susodicho Decreto de tales bienes o derechos, señalados como necesarios por parte del deudor solicitante del precurso, se realizará de manera *acrítica*.
Auto núm.1591/2016, de 2 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª (JUR 2017\14086).

¹²⁰³ Auto núm.52/2015, de 26 de junio, de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1ª (JUR 2015\190481).

Tanto es así que viene admitiéndose, en lógica previsión de la demora habitual que sufren nuestros juzgados y tribunales sobrecargados de trabajo, y pese a la literalidad del art.5.bis.4.III LC, que la mera presentación de la comunicación preconcursal debe resultar título suficiente para adoptar la suspensión de la tutela ejecutiva a la que se refiere el art.5.bis.4 LC, es decir, sin necesidad de tener que aguardar al correspondiente decreto que así lo recoja¹²⁰⁴.

En cualquier caso, el recurso disponible frente al meritado decreto del letrado de la administración de justicia guardará la forma de revisión (art.454.1.II LEC y art.5.bis.4.II LC) y no de reposición, por cuanto su conocimiento expresamente no corresponde al propio letrado de la administración de justicia (art.451.1 LEC).

Respecto del plazo de cinco días para recurrir en revisión que señala el art.454.2 LEC, por razones lógicas y en evitación de cualquier tipo de indefensión, dicho plazo deberá computarse desde la notificación que se le haga al acreedor-ejecutante respecto de tal decreto, lo que precisamente tendrá lugar por parte del deudor *con la presentación de la resolución del letrado de la administración de justicia dando constancia de la comunicación* (art.5.bis.4.III LC) ante el juez que estuviere conociendo del pertinente proceso de ejecución. En la práctica forense, dicha *constancia* presumiblemente se realizará librándose el correspondiente testimonio para su oportuna presentación ante el juez conecedor del proceso de ejecución, aunque tampoco vemos inconveniente para que se practicara por exhorto directamente entre ambos Juzgados.

Ahora sí, parece que el principio de contradicción a favor del acreedor-ejecutante en sede preconcursal se ve expresamente reconocido por la Ley Concursal, asumiéndose así la antes analizada línea doctrinal marcada por los Juzgados de Madrid y Barcelona.

Así y todo, alguna plaza judicial (Auto de 29 de abril de 2016, del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Barcelona¹²⁰⁵) ha cuestionado -con razón- que el recurso de revisión continúa sin ser una vía que permita con plenas garantías procedimentales (piénsese en materia probatoria) una discusión compleja sobre el carácter de necesidad del bien o derecho, a diferencia de lo que sí permitiría el incidente concursal (art.192 LC) no previsto en el art.5.bis.4 LC; llegando de este modo a la conclusión, la citada resolución judicial, de que el nivel de exigencia fáctica y probatoria debe resultar inferior al exigible por la vía del incidente concursal ex art.56.5 LC, precepto encargado del cauce procedimental sobre la necesidad del bien o derecho una vez en concurso.

La referida redacción última del art.5.bis.4.II LC, introducida con la Ley 9/2015, de 25 de mayo, trae consigo algunas nuevas dudas.

¹²⁰⁴ Así acontece en el Auto de 26 de mayo de 2017, dictado por el Juzgado de lo Social nº 7 de Málaga (autos de ejecución núm.94/2017).

¹²⁰⁵ JUR 2016\114804.

En este sentido, ¿constituye un acto preclusivo la información facilitada por el deudor en su comunicación preconcursal sobre las ejecuciones seguidas frente a su persona en curso, cuando éste omitiera algunas o bien nacieran nuevos procesos ejecutivos? Pues bien, la comunicación preconcursal continúa guardando una naturaleza de jurisdicción voluntaria, cuyo escrito inicial no cabe identificar con un acto procesal como tal, y, por ende, no pudiendo producirse efecto preclusivo alguno.

Otra duda tampoco resuelta, pese a las múltiples reformas habidas, es si los pactos contractuales podrían ser capaces o no de enervar los efectos de aquel bien o derecho que hubiera sido considerado necesario en este expediente preconcursal. El pionero Auto de 28 de abril de 2015, del Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Madrid¹²⁰⁶, resuelve esta cuestión afirmando que tales pactos son *formas abiertas de realización del propio derecho* y por ello resultan equiparables con una ejecución extrajudicial, lo que justificaría así su suspensión ex art.5.bis.4.III LC. Solución ésa que compartimos por su razonabilidad y porque, de lo contrario, el pacto contractual recibiría un injustificado mejor tratamiento que aquellas ejecuciones judiciales y extrajudiciales.

Nótese un último matiz que el legislador continúa sin aclarar, siendo además que ninguna de las posturas antes citadas parecía abordar esta cuestión.

En este sentido, debe observarse que tanto el art.5.bis.4.II LC como el art.568 LEC hacen referencia a la suspensión de la ejecución en sí, lo que parece englobar la totalidad del proceso de ejecución, llegando a prohibir hasta el despacho de la ejecución (art.568.1 LEC). Sin embargo, siendo coherentes con la limitación de la protección que contiene el art.5.bis.4 LC, lo cierto es que la misma sólo debería operar sobre los ya referidos bienes o derechos *necesarios*.

Ello explica que nos hallamos referido a la suspensión de la *ejecución* y no de la totalidad del *proceso de ejecución*, entendiendo la primera expresión como el *embargo* concreto sobre tales bienes o derechos necesarios. Por ello precisamente, no guarda demasiado sentido -por sí sola- la previsión introducida en el art.551.1 LEC, en su reforma operada por la Ley 19/2015, de 13 de julio, exigiendo al letrado de la administración de justicia -con carácter previo al despacho de la ejecución- llevar a cabo *la oportuna consulta al Registro Público Concursal a los efectos previstos* en el art.5.bis.4 LC. Antes bien, y como ya ordena el art.568.1 LEC, sencillamente no se despachará ejecución si consta *la comunicación a que se refiere el artículo 5 bis de la Ley Concursal y respecto a los bienes determinados en dicho artículo*.

Dicho embargo debería ser el único que sufra el efecto suspensivo preconcursal, es decir, sus efectos cancelatorios sobre tal embargo, como recordaba el precitado Auto de 17 de marzo de 2014 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Granada, pero no así la totalidad del proceso de ejecución que bien puede dirigirse frente a otros activos *no necesarios*, por lo que resulta incorrecta la postura de negar el propio despacho de la

¹²⁰⁶ JUR 2015\125099.

ejecución *per se* en favor del acreedor ejecutante o bien suspender la totalidad de dicho proceso de ejecución previamente iniciado.

Cuestión distinta es que el deudor, en su comunicación preconcursal o con posterioridad pero dentro del plazo del art.5.bis.5 LC, hubiera señalado la totalidad de su patrimonio como necesario para su actividad empresarial o profesional, lo que -entonces sí- deberá previamente combatirse mediante el aludido recurso de revisión ante el juez del concurso para intentar alzar la suspensión del proceso de ejecución en curso con anterioridad a dicha comunicación preconcursal.

Si, por el contrario, nos halláramos ante nuevos procesos ejecutivos *ex post*, y siendo que el actual art.5.bis.4.II LC exige indicar en la comunicación preconcursal qué ejecuciones se siguen contra el patrimonio del deudor, por seguridad jurídica le convendrá al deudor practicar una nueva comunicación al Juzgado conecedor del concurso para dejar constancia del posterior proceso de ejecución y la específica necesidad de su suspensión.

Pese a dicha cautela, cabe preguntarse, ¿es en realidad suficiente con presentar testimonio del decreto inicial dictado por el letrado de la administración de justicia en el seno del concurso, aunque éste no venga referido al posterior proceso de ejecución? Por razones de economía procesal, parece razonable que si en dicho decreto ya se relacionan unos mismos bienes o derechos como supuestamente necesarios para tal actividad empresarial o profesional del deudor, entonces éste pueda ser admitido por el juez conecedor del posterior proceso de ejecución para proceder a su suspensión. Por el contrario, si las nuevas actuaciones ejecutivas estuvieran dirigidas frente a distintos bienes o derechos, en tal caso no parece que pueda complementarse este requisito de procedibilidad sino mediante la emisión de un nuevo decreto.

Finalmente, no está de más recordar la novedosa introducción en el ámbito comunitario del REG 655/2014, por el que se establece el novedoso procedimiento relativo a la *orden europea de retención de cuentas*. Sin embargo, en su ámbito material de aplicación -art.2.2.c)- se excluye a los deudores respecto de los cuales *se hayan iniciado procedimientos de insolvencia*, pero, además, también respecto de los cuales *se hayan iniciado procedimientos cuyo objeto sea alcanzar un acuerdo judicial o un convenio de acreedores, u otros procedimientos análogos*. La amplitud conceptual de la terminología utilizada, junto con la finalidad de la institución preconcursal, sugiere que este último también se encuentra protegido frente a dicho instrumento comunitario con potenciales efectos directos sobre el patrimonio del deudor.

1.2.2.2 El art.5.bis.4.IV LC y su correcta inteligencia.

Por si todas las complicaciones estudiadas en el apartado anterior no fueran suficientes, no olvidemos que el art.5.bis.4.IV LC distingue un especial apartado para aquellas *ejecuciones singulares* promovidas por acreedores titulares de pasivos financieros, siendo que éstas no podrán iniciarse o se suspenderán las iniciadas si el deudor acredita

un apoyo del 51% de los acreedores titulares de estos pasivos para el inicio de las negociaciones previstas de cara a alcanzar un acuerdo de refinanciación, junto con su compromiso *-stand still-* a no iniciar o continuar ejecuciones individuales frente al deudor en tanto se negocia.

Con carácter previo se ha de recordar la correcta relación que debe regir entre el art.5.bis.4 LC y el art.5 de la Disposición Adicional Cuarta LC: los efectos suspensivos del primero se darán sólo si el deudor efectúa una comunicación preconcursal (art.5.bis.1 LC), toda vez que se prolongarán *hasta que se dicte la Providencia admitiendo a trámite la solicitud de homologación judicial*, momento en el cual entrarían en juego los referidos efectos del segundo precepto específico de la Disposición Adicional Cuarta LC.

Dicho lo cual y centrándonos ya en la norma preconcursal, ¿se está refiriendo el art.5.bis.4.IV LC necesariamente a alguna de las modalidades de acuerdo refinanciador que regula la LC, o bien puede tratarse de cualquier otro tipo de acuerdo de refinanciación que no cumpliera los requisitos de la Disposición Adicional Cuarta, el art.71.bis.1 o 71.bis.2 LC?

Como también se ha expuesto con anterioridad, según disciplina el art.5.bis.1 LC la figura del precurso ya quedaba directamente excluida sobre la herramienta refinanciadora del art.71.bis.2 LC, por lo que parece que únicamente deberá tratarse de un acuerdo de los que tipifica el art.71.bis.1 LC o la Disposición Adicional Cuarta LC. La expresa referencia a este último precepto en el art.5.bis.4.IV LC debe interpretarse a los solos efectos de la definición que contiene su art.1.III respecto de los *acreedores de pasivos financieros*. En contra de la postura aquí defendida, destacan las Conclusiones de los Magistrados de lo Mercantil de Madrid, sobre unificación de criterios de aplicación de las reformas de la Ley Concursal operadas por el RD Ley 11/2014 y la Ley 17/2014, de fechas 7 y 21 de noviembre de 2014, partidarias de entender que el art.5.bis.4.IV LC únicamente está referido a la refinanciación prevista en la Disposición Adicional Cuarta LC.

Con respecto a la *justificación* a la que se refiere el precepto, parece que ésta deberá ser formulada ante el juez del concurso y resuelta por éste, puesto que la expresión aquí utilizada por el legislador *-justificar-* exige consiguientemente ratificar por un órgano judicial que efectivamente un 51% de los acreedores de pasivos financieros se han comprometido a no iniciar o no continuar sus ejecuciones singulares. En consecuencia, cabe identificar dicha exigencia acreditativa con un requisito de procedibilidad documental como los señalados en el art.266 LEC¹²⁰⁷.

Adviértase asimismo que, en este segundo apartado, la norma (art.5.bis.4.IV LC) ya no precisa la exigencia de que la ejecución recaiga sobre *bienes necesarios*, ni se limita a

¹²⁰⁷ Sobre la naturaleza de requisitos de procedibilidad de este precepto, vid. Sentencia núm.799/2011, de 6 de febrero, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2012\3773).

suspender *ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales*, lo que en todo caso engloba a las ejecuciones de garantías reales.

¿Cuál es, pues, la correcta inteligencia que debe regir entre los arts.5.bis.4.II y 5.bis.4.IV LC?

Aun cuando el concurso se hubiera instado por pretenderse un acuerdo de refinanciación, pero no se cumplieran las condiciones previstas en el art.5.bis.4.IV LC, ello no excluye -nótese el adverbio *tampoco* (...)- aplicar el régimen suspensivo del art.5.bis.4.II LC también sobre los acreedores de pasivos financieros, sólo que dicha suspensión exigirá resolver o al menos dejar constancia de la *necesidad* del bien, conforme a las interpretaciones antes analizadas al respecto. De otra parte, aquellas ejecuciones que recaigan sobre garantías reales pasarán a resolverse por el art.5.bis.4.V LC, de cuyo estudio nos ocupamos a continuación.

1.2.2.3 El art.5.bis.4.V LC: garantías reales y concurso.

En el caso de los acreedores titulares de una garantía real, tal y como recoge el art.568.1 *in fine* LEC, éstos sí podrán iniciar su ejecución sobre la misma pero dicho proceso quedaría *paralizado* -suspendido- mientras no transcurra el plazo previsto en el art.5.bis.4 LC.

Pese a lo frustrante y limitado de la actuación que de este modo le resta al acreedor ejecutante, la misma igualmente se hace recomendable, ya que sólo así *se tendrá por iniciada la ejecución a los efectos del artículo 57.3 de la Ley Concursal para el caso de que sobrevenga finalmente el concurso a pesar de la falta de despacho de ejecución*, ex art.568.1 LEC, adquiriendo de esta manera el privilegio procesal de la ejecución separada en caso de concurso (art.57.3 LC).

El art.5.bis.4.V LC no se pronuncia acerca de si los bienes y derechos deben resultar *necesarios*, a los efectos de proceder o no a la suspensión de la ejecución de la garantía real. No obstante, la Magistrado-Juez CERVERA MARTÍNEZ, en su ponencia -inédita- impartida en el VI Foro Concursal de Valencia (FUNDIECO), celebrado en Valencia los días 13 y 14 de marzo de 2014, considera que pese a dicho posible lapsus debemos entender -desde una interpretación integradora- que tal suspensión únicamente podría recaer sobre los bienes necesarios para la actividad profesional o empresarial del deudor.

Ello guarda un innegable sentido común puesto que los acreedores titulares de una garantía real no pueden verse, en un orden lógico-civilista de protección, en peor condición que los acreedores ejecutantes no titulares de garantía real ex art.5.bis.4.II LC. Dicho lo cual, volvemos al conflicto de interpretaciones analizado con anterioridad sobre la competencia, posible audiencia al ejecutante y motivación respecto de dicha *necesidad*.

Finalmente, en materia de garantías financieras, no hay que olvidar los especialísimos privilegios ejecutivos que contiene el RDL 5/2005, concretamente su art.15.4, siendo que la Disposición Adicional Primera del Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, luego reproducida en la Disposición Adicional Primera de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, permite extender sus efectos no solamente ante una declaración de concurso sino también dentro del ámbito preconcursal, por tanto resultando inmunes a los efectos suspensivos preconcursales aquí expuestos incluso aunque tales créditos se hubieran visto afectos a un acuerdo de refinanciación ex Disposición Adicional Cuarta LC.

1.2.2.4 Finalización de los efectos suspensivos (art.5.bis.5 LC).

Aunque en principio los efectos del art.5.bis.4 LC debieran perdurar *hasta que se formalice el acuerdo de refinanciación previsto en el artículo 71 bis.1 LC, o se dicte la providencia admitiendo a trámite la solicitud de homologación judicial del acuerdo de refinanciación, o se adopte el acuerdo extrajudicial, o se hayan obtenido las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, o tenga lugar la declaración de concurso*, afortunadamente para el acreedor el art.5.bis.5 LC continúa manteniendo el límite máximo de *tres meses* desde la comunicación del precurso al Juzgado. Tratándose de un cómputo por meses, y no por días, no sería admisible descontar el mes de agosto por inhábil, como así se infiere del art.133.3 LEC.

En el concreto escenario de la adopción de un acuerdo extrajudicial de pagos, compartimos la propuesta del Magistrado-Juez SELLER ROCA DE TOGORES¹²⁰⁸, consistente en tomar como fecha de cómputo *ad quem* la del correspondiente otorgamiento de escritura (art.238.2 LC) y no la previa fecha de reunión (art.237 LC).

Por tanto, aquellas circunstancias antes enumeradas, hayan tenido o no lugar, no impedirán alzar las suspensiones que el art.5.bis.4 LC concede una vez transcurrido el citado plazo del art.5.bis.5 LC, dentro del cual no debería computarse el mes hábil exclusivamente previsto para la actuación de formular demanda de concurso voluntario

¹²⁰⁸ SELLER ROCA DE TOGORES, L., en su ponencia -inérita- impartida en el IV Curso Superior de Formación Especializada en Materia Concursal 2015, celebrado en Valencia, concretamente en la sesión de 19 de febrero de 2015.

en su caso¹²⁰⁹, de suerte que la suspensión sobre el proceso de ejecución deberá quedar sin efecto durante dicho mes adicional¹²¹⁰.

Es cierto que la remisión al art.5.bis.5 LC aparece recogida en el art.5.bis.4.I LC y no así en sus restantes párrafos segundo y tercero, lo que no quita que deba extenderse su aplicación a éstos, puesto que de lo contrario se estaría perpetuando absurdamente la situación de estos acreedores que hasta podrían resultar titulares de garantías reales.

Para poder hacer efectivo dicho alzamiento de la suspensión, en aquellos procesos ejecutivos ya iniciados y posteriormente suspendidos por mor de la situación preconcursal, entendemos que el acreedor ejecutante deberá petitionarlo ante el letrado de la administración de justicia competente de tal proceso de ejecución de cara a su reanudación (art.566.2 LEC), sin perjuicio de que éste -aconsejablemente- diera previo traslado al deudor ejecutado para su pronunciamiento al respecto. La atribución competencial debe residir en el juez conecedor del proceso de ejecución en virtud del art.568 LEC: del mismo modo que a él le competería suspender el proceso ya iniciado, lo más lógico es que también le corresponda reanudarlos.

En cuanto a los motivos que cabría aducir por parte del acreedor ejecutante, ésta parece una cuestión de mera oportunidad probatoria. El supuesto que se prevé menos problemático es la obtención del acuerdo extrajudicial de pagos elevado a público (por su publicidad ex art.238.2 LC), o bien de aquella Providencia admitiendo a trámite la solicitud de homologación judicial, lo que incluso podría solicitarse vía auxilio judicial.

Más complicado parece en cambio acreditar, salvo por obtención externa, la formalización del acuerdo de refinanciación (art.71.bis.1 LC) o bien que el deudor obtuvo las adhesiones necesarias para una propuesta anticipada de convenio. En estos últimos casos, probablemente, el acreedor ejecutante aguardará por simple prudencia a la finalización del referido plazo de tres meses que marca el art.5.bis.5 LC, de mucha más fácil acreditación.

¹²⁰⁹ En el mismo sentido se posiciona el catedrático DÍAZ MORENO, A., “Dies a quo y dies ad quem de la paralización de ejecuciones prevista en el artículo 5 bis.4 de la Ley Concursal”, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, ed. Wolters Kluwer, 2014, nº 22.

Por el contrario, en favor de computar dicho mes último, ampliando así el plazo de duración máxima de los efectos suspensivos a un total de cuatro meses, se postula SENÉS MOTILLA, C., “La limitación del derecho a la ejecución forzosa como efecto de la comunicación de negociaciones con acreedores”, Anuario de Derecho Concursal, ed. Civitas, núm.33/2014.

¹²¹⁰ Sentencia núm.302/2016, de 31 de marzo, del Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias, Sala de lo Social, Sección 1ª (JUR 2016\207090).

2. El acuerdo extrajudicial de pagos: ¿una huida hacia la jurisdicción voluntaria?

2.1 Antecedentes y concepto: mediación o algo bien distinto.

La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, trajo consigo una de las peticiones más aclamadas por la doctrina, a la vista de la reiterada inadecuación¹²¹¹ de la LC para el tratamiento de determinadas tipologías de insolvencia: la creación de un mecanismo preconcursal que esta vez incluso permitiera *sustituir* al propio proceso, a cambio de otro teóricamente extrajudicial, así como menos complejo y costoso. Todo ello, además, sirviéndose -en apariencia- de la herramienta autocompositiva de la mediación, tan en auge desde la entrada en vigor de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Esta evidente aspiración de reconducir el derecho concursal hacia una cuasi *privatización* del mismo no es, ni mucho menos, tan nueva como pudiera parecer, pues el mismo espíritu puede contemplarse tan atrás como en el PALC 1995, obra del profesor ROJO y que ya hemos tenido ocasión de comentar en el Capítulo Primero.

Se ha de admitir que el profesor ROJO siempre ha mantenido una postura especialmente crítica con el excesivo *procesalismo* y *judicialismo* de la Ley Concursal, algo que de modo pionero ya amonestaba respecto del mismo Proyecto de Ley Concursal¹²¹². Por ello, es obligado reconocer que el tiempo ha dado la razón a los fundados vaticinios de este autor, en el sentido de haber previsto y acertado muchos de los futuros errores que se han evidenciado de la Ley Concursal: duración, costes, complejidad, exceso de potestades del juez del concurso frente a la autonomía de la voluntad entre concursado y acreedores, entre otros de sus más conocidos defectos en la práctica forense.

Igual mención merece la proposición de ley *relativa a la prevención y el tratamiento del sobreendeudamiento de los consumidores*, presentada el 30 de abril de 2003 por el Grupo Parlamentario Socialista y rechazada en septiembre del mismo año. Y es que en la misma cabe advertir la articulación de un procedimiento extrajudicial para el tratamiento del sobreendeudamiento de consumidores, con carácter previo al concurso y bajo la técnica de la mediación, por medio del cual se proponía la posibilidad de alcanzar -aunque en la forma de laudo arbitral ejecutable- un acuerdo extrajudicial de pagos vinculante, así como preveía una suerte de posterior concurso consecutivo en

¹²¹¹ Inadecuación que, sencillamente, se manifiesta observando la concurrencia del régimen del art.176.bis LC, ya sea *ab initio* ex art.176.bis.4 LC o bien al poco tiempo de la declaración de concurso, especialmente en aquellos de persona física. Dicho régimen, recuérdese, impide o suspende el normal desarrollo del proceso concursal por *insuficiencia de la masa activa* para cubrir siquiera los créditos contra la masa, lo que implica a su vez la íntegra pérdida por los acreedores de sus créditos concursales y así la completa frustración de esta *finalidad esencial* del concurso, según reza el *Exponendo II* de la LC.

¹²¹² ROJO, A., en AA.VV., *La reforma de la legislación concursal*, ed. Marcial Pons, 2003, págs.94 y ss.

caso de fracasar aquel, incluyendo en dichas especialidades concursales el efecto de una posible condonación de las deudas.

Sin embargo, nada de lo anterior debe conducirnos al planteamiento erróneo de pretender achacar a la Ley Concursal, como simple Ley reguladora de un proceso y de sus efectos jurídico-sustantivos, no haber sido capaz de remediar la crisis financiera o de determinados sectores conocidamente sobreexplotados de nuestra economía; pues no es ésta la herramienta legislativa adecuada para tal fin material y que en todo caso se encuadra dentro de la oportuna *política económica* del poder ejecutivo.

Como ya pusimos de manifiesto¹²¹³, al tiempo de los prolegómenos previos a la definitiva redacción del Título X de la Ley Concursal, tampoco es la primera vez que el legislador hace un llamamiento a contemplar *opciones de solución extrajudicial*, pues dicho empeño en alejarse del proceso concursal ya era proclamado en la Disposición Adicional Única de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal¹²¹⁴.

Diríase pues, en definitiva, que la creación del llamado acuerdo extrajudicial de pagos parece el culmen de todos los debates doctrinales y divagaciones legislativas previos; una figura que además se erige como sustitutiva del proceso concursal pero afortunadamente integrada en el derecho concursal, así como extrañamente limitada a determinados sujetos, de lo que luego se hablará.

En definitiva, con esta nueva herramienta se pretenden superar los tradicionales defectos del proceso concursal -costes, tiempo y preocupante falta de satisfacción a los acreedores concursales- a cambio de un sistema supuestamente extrajudicial y cuya introducción en nuestro ordenamiento se ha justificado por su consolidada existencia en nuestro entorno de derecho concursal comparado¹²¹⁵.

¹²¹³ MAGDALENO CARMONA, A., y BENEYTO, K., “El concurso de acreedores de persona física: problemas pendientes y soluciones legislativas propuestas.”, Anuario de Derecho Concursal, ed. Civitas, núm.30/2013.

¹²¹⁴ Rezaba la misma: “*El Gobierno deberá remitir a las Cortes Generales, en el plazo de seis meses, un informe sobre la aplicación y los efectos del conjunto de medidas adoptadas para mejorar la situación de las personas físicas y familias que se encuentran en dificultades para satisfacer sus obligaciones, y especialmente las garantizadas con hipoteca. Dicho informe incluirá la posible adopción de otras medidas, tanto sustantivas como procedimentales que, a través de las oportunas iniciativas, completen la protección económica y social de consumidores y familias. A tal efecto, podrán proponerse opciones de solución extrajudicial para estos casos, sean de carácter notarial o registral, de mediación, o de otra naturaleza.*”

¹²¹⁵ GALLEGO SÁNCHEZ, E., “La mediación concursal”, Anuario de Derecho Concursal, ed. Civitas, núm.31/2014.

Quien analiza el histórico sistema preconcursal administrativo francés, con sus *commissions de surendettement des particuliers*; el sistema preconcursal belga, donde también es posible alcanzar el acuerdo sin intervención judicial alguna; finalmente, destaca también la autora el sistema preconcursal alemán, estructurado en tres modalidades subsidiarias, que en este orden serían acuerdo extrajudicial, acuerdo judicial o por último una suerte de liquidación concursal simplificada.

Cuestión aparte es la abrupta forma concreta en la que, a nuestro respetuoso entender, este sistema concursal extrajudicial se ha introducido en el ordenamiento patrio. La falta de claridad en sus parámetros estructurales provoca preguntarse, de entrada, si el acuerdo extrajudicial de pagos -dirigido por el llamado *mediador concursal* y que se remite a la LMED- es realmente un medio de naturaleza autocompositiva¹²¹⁶ para la resolución del conflicto entre deudor y acreedores.

Existe más de un renombrado autor¹²¹⁷ quien, directamente, consideran que el acuerdo extrajudicial de pagos nada tiene que ver con la mediación, puesto que se vulneran principios absolutamente elementales de esta institución, tales como que la inasistencia del acreedor no termine con el procedimiento mediador (art.17 LMED), que el mediador concursal esté -previsión particularmente extraña y de difícil ejecución práctica- obligado a supervisar el cumplimiento del acuerdo (art.241 LC), o el hecho básico de que esta denominada mediación sea capaz de regirse por una regla de mayorías (arts.238.1 y 238.bis.3 LC) para imponerse sobre acreedores no participantes o disidentes (art.240 LC).

Ante todo ello, baste con recordar por nuestra parte cómo el art.1 LMED positiviza la mediación: en esencia, dos o más partes que voluntariamente intentan alcanzar un acuerdo, lo que se traduce en *voluntariedad y libre disposición*, ex art.6 LMED, y consiguientemente requiere de un previo pacto *inter partes* de sometimiento a dicha mediación (art.16 LMED). Por todo lo cual, irremediablemente, nos vemos abocados a compartir esta precisa crítica sobre una institución a la postre judicializada durante su desarrollo y que, desde luego, no cabe identificar con un procedimiento mediador. Antes bien, diremos que el acuerdo extrajudicial de pagos se encuadraría inicialmente como una institución de jurisdicción voluntaria potencialmente convertible en contenciosa.

En definitiva, el incierto cometido del acuerdo extrajudicial de pagos parece situarse más bien a medio camino de su aparentemente pretendida desjudicialización¹²¹⁸. El *nomen iuris* de mediador concursal otorgado por el legislador no debe confundir a pensar que se está ante una institución de esta naturaleza, al menos en puridad, sino más bien ante una construcción autónoma que, por los motivos expuestos, debe

¹²¹⁶ Dicha naturaleza es la que corresponde atribuir a la institución de la mediación, con carácter general, lo que la desmarca de la jurisdicción voluntaria donde interviene la autoridad judicial.

COBAS COBIELLA, M.E., “Jurisdicción voluntaria y modernización de la Justicia. Algunos apuntes sobre el tema.”, Revista de Derecho Patrimonial, ed. Aranzadi, núm.29/2012.

¹²¹⁷ Por todos, el catedrático CARRASCO PERERA, A., “Los nuevos Mediadores Concursales”, Actualidad Jurídica Aranzadi, ed. Aranzadi, núm.872/2013.

Afirmando que la condición de *mediador* exigida para gestionar el procedimiento del acuerdo extrajudicial de pagos, como si no fuera suficiente reunir las condiciones para ser administrador concursal, más bien obedece al *nicho monopolista* de las escuelas de mediación, calificando de *chiringuito corporativo* el consiguiente Registro de Mediadores.

¹²¹⁸ Función ésta que también observa, como uno de los fines del expediente de acuerdo extrajudicial de pagos, DOMÍNGUEZ CABRERA, M.P., “El acuerdo extrajudicial de pagos en la Ley Concursal”, Revista Crítica de derecho Inmobiliario, ed. Corpme, 2015, núm. 748.

sistematizarse bajo la jurisdicción voluntaria sin perjuicio de su conversión en contencioso conforme expresamente prevé el Título X de la LC. Por consiguiente, aunque respetemos el apelativo otorgado por el legislador, es mucho más acertada la postura de aquellos autores ya citados renombrándolo *preadministrador concursal* o asociándolo como una figura híbrida a medio camino entre el árbitro y el mediador¹²¹⁹.

Antes de comenzar con el estudio formal de esta nueva figura, cabe advertir cómo la puesta en práctica del acuerdo extrajudicial de pagos posiblemente se haya convertido en una de las piezas de ejecución más bochornosas. El motivo es además aparentemente sencillo: mientras no se publicaran los llamados *listados de mediadores concursales*¹²²⁰, figura imprescindible para el funcionamiento del Título X de la LC y cuya apertura para las inscripciones comenzó el 1 de abril de 2014, no era posible su aplicación pese a que la norma ya se hallara publicada y en vigor desde septiembre de 2013, sin que la previsión contenida en la Disposición Transitoria Segunda del RMED -*Listas provisionales de mediadores concursales*- haya sabido evitar esta problemática realidad durante los primeros meses desde su entrada en vigor.

Ya con posterioridad a estas incidencias, vividas durante los primeros compases de su funcionamiento, se han venido recogiendo algunas cifras orientativas sobre la efectiva utilización de la mediación concursal, esto es, del Título X de la LC. Así, a fecha 28 de octubre de 2015, el número de mediaciones concursales ascendió a un total de 248, correspondiendo 226 de ellas a personas físicas.

Aunque se trata de un número no demasiado elevado, destaca si se tiene en cuenta su incremento en nada menos que un 564%, en comparación con el número total de mediaciones a fecha diciembre del año 2014 (entonces apenas 44)¹²²¹. Con posterioridad, a fecha 30 de septiembre de 2016, el número total de mediaciones concursales seguidas ante personas físicas ascendió a 1.052, representando el 96% del total de mediaciones concursales, lo cual supuso además un incremento del 136,88% respecto de septiembre del año 2015¹²²².

¹²¹⁹ MERINO ESPINAR, M.B., “Una primera aproximación a la realidad del acuerdo extrajudicial de pagos y la figura del mediador concursal y su relación con el Registro de la Propiedad”, Revista de Derecho Civil, ed. Notyreg Hispania, 2015, vol. II, nº 1.

¹²²⁰ El art.18 RMED exige la previa inscripción como *mediadores concursales* en el Registro de mediadores e instituciones de mediación.

¹²²¹ Todos estos datos estadísticos se recogen por el Registro de Expertos de Economía Forense, en “Breves notas sobre la mediación concursal y mercantil (hasta 28 de octubre de 2015) y estadísticas”, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, ed. Wolters Kluwer, 2016, nº 24.

¹²²² Datos estadísticos recogidos en “Mediaciones concursales hasta 30 septiembre 2016 según datos Registro Público Concursal. REFOR”, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, ed. Wolters Kluwer, 2017, nº 26.

2.2 Presupuestos subjetivos y objetivos (art.231 LC).

Siendo que el art.231 LC, desde una técnica mejorable, entremezcla en un solo precepto los presupuestos subjetivos y objetivos exigidos para la admisión a trámite de una solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos, por cohesión explicativa parece inevitable tener que realizar un análisis conjunto de los mismos.

Comenzando así con dicho análisis, uno de los aspectos del nuevo Título X de la LC que más controversias ha suscitado es, precisamente, la configuración del presupuesto subjetivo para la aplicación del acuerdo extrajudicial de pagos, es decir, qué sujetos resultan aptos para su acogimiento.

Frente a lo que debiera haber sido la opción ordinaria, esto es, sencillamente permitir su aplicación a todo tipo de deudor persona física, originariamente nos encontramos con que esta pseudomediación preconcursal o extraconcursal directamente quedaba excluida para la tipología del *consumidor insolvente o preinsolvente*, al exigir (vid. originario art.231.1 LC) reunión la condición subjetiva de *empresario persona natural*, algo que ya fue criticado en el Informe sobre el Anteproyecto de la Ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, de 11 de julio de 2013, emitido por el CGPJ. Sin embargo, ésta fue la acotada redacción del presupuesto subjetivo para acceder al acuerdo extrajudicial de pagos, que se introdujo con la creación del Título X de la LC mediante la Ley 14/2013, de 27 de septiembre; así como se mantuvo en las tres posteriores reformas concursales de marzo y septiembre de 2014.

Ha tenido que ser mediante el posterior Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, cuando por fin se ha ampliado el ámbito subjetivo de aplicación del acuerdo extrajudicial de pagos a toda *persona natural* (art.231.1 LC); modificación reiterada posteriormente mediante la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social.

En cualquier caso, cabe preguntarse qué quiso decir el legislador con la expresión *empresario persona natural*, definición que todavía hoy se mantiene. La propia LC explica ex art.231.1.II LC que es *empresario persona natural* no sólo el que ostente la condición de empresario conforme a la legislación mercantil -el empresario individual-, sino también aquellos profesionales -un abogado- así como los trabajadores autónomos.

¿Cuándo debe ser una persona física considerada *empresario* a los efectos del vigente art.231.1 LC? La respuesta sigue sin ser todo lo deseablemente clara, a la vista de la amplísima noción de empresario que recoge el art.231.1.II LC. Tal y como sugiere MARQUÉS MOSQUERA¹²²³, en primer lugar debe estarse a la definición que sobre ello nos proporciona el art.138 LGSS. Junto con ello, siguiendo la acertada

¹²²³ MARQUÉS MOSQUERA, C., “El notario y el acuerdo extrajudicial de pagos tras el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero”, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, ed. Wolters Kluwer, 2015, núm.23.

sistematización propuesta por SERRANO DE NICOLÁS¹²²⁴, a los efectos del art.231.1.II LC debe entenderse -también- por empresario al *comerciante* de acuerdo con la legislación mercantil (C de C 1885); a cualquier tipo de *profesional* titulado (un abogado) o no titulado (un peluquero); y a todos los trabajadores *autónomos* conforme a su definición legal (art.305 LGSS). Es por tanto irrelevante, a los efectos del art.231.1.II LC y según advierte el precitado autor, el concepto de *consumidor*, que podrá o no concurrir, puesto que el art.242.bis LC (especialidades procedimentales en el acuerdo extrajudicial de pagos y en el concurso consecutivo de los *no-empresarios*) no contempla dicho concepto como parte de su presupuesto subjetivo.

Digerida, pues, toda esta cadena de contradictorias reformas, en lo que a las personas físicas se refiere reiteramos que -ahora ya sí- todas ellas podrán acogerse a la herramienta del acuerdo extrajudicial de pagos, salvo que su pasivo superara los cinco millones de euros, presupuesto subjetivo adicional este último que relaciona *in fine* el art.231.1 LC.

Existe un segundo presupuesto subjetivo, casi oculto, al situarse ubicado defectuosamente en el art.232.2.V LC: cuando ambos cónyuges resultaran propietarios de la vivienda familiar, y ésta pudiera verse afectada por el acuerdo extrajudicial de pagos, la solicitud de acuerdo extrajudicial debe formularse por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro. Se olvida así el legislador, de forma inconsistente, de las parejas de hecho inscritas cuya -más que consolidada- realidad social en cambio sí previó en el más antiguo art.25.3 de la misma Ley Concursal¹²²⁵.

De este modo, se observa el nacimiento de un especial régimen legitimatorio que además prescinde de toda distinción sobre el régimen económico matrimonial de los particulares y opta, en cambio, por acudir como punto de conexión al fenómeno de la cotitularidad.

Asimismo, aunque habrá que estarse a la práctica sobre si el referido consentimiento debe ser expreso o también cabe su admisión de forma tácita, se hace complicada la aplicación del art.1322 CC que permite el carácter tácito en tal consentimiento cuando la Ley lo requiera -es el caso de la sociedad de gananciales-, pues la anulabilidad allí contemplada no guarda encaje procedimental en el ulterior trámite impugnatorio (art.239 LC), que por ser *lex specialis* debe primar.

¹²²⁴ SERRANO DE NICOLÁS, A., “Regulación y aspectos problemáticos de la segunda oportunidad para personas físicas no empresarias”, Revista Jurídica Sobre Consumidores y Usuarios, ed. vLex, 2018, núm.2.

¹²²⁵ Así lo advierte CABANAS TREJO, R., “El nuevo régimen legal de la exoneración del pasivo concursal y del acuerdo extrajudicial de pagos (Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero)”, Diario La Ley, ed. Wolters Kluwer, 2015, nº 8.505, además de concluir que la citada regla prevista en el art.232.V LC no viene sino a reflejar la norma del art.1320 CC en materia de consentimiento conyugal y vivienda habitual.

Una segunda duda que surge es qué ocurre en caso de falta expresa de consentimiento por el cónyuge restante, en cuyo caso entendemos que dicho conflicto de voluntades deberá dirimirse conforme a lo establecido en el art.1377 CC, en situación de régimen económico matrimonial de gananciales, o bien por las normas reguladoras del art.398 CC en los restantes supuestos de condominio por cuotas romanas.

Respecto de las personas jurídicas, el art.231.2 LC sigue manteniendo su misma claridad en lo que se refiere a su idoneidad subjetiva y presupuestos adicionales allí enumerados, a los cuales nos remitimos por no resultar objeto del presente estudio.

Pese al nuevo régimen aperturista sobre el presupuesto subjetivo para acceder al acuerdo extrajudicial de pagos, debemos seguir considerando otra serie de presupuestos subjetivos *negativos* que comienzan en el art.231.3 LC y finalizan en el art.231.5 LC, ambos inclusive, residiendo sobre el deudor solicitante la carga de acreditar su *no concurrencia*. Toda esta serie de presupuestos negativos, a modo de cautelas para el acceso al Título X de la LC, recuerdan en su esencia al estadounidense *abuse test* introducido en 2005 mediante la Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act (BAPCPA)¹²²⁶.

Comenzando por el presupuesto *negativo* que contiene el art.231.3 LC, común a ambos subtipos de solicitantes -persona física o persona jurídica-, es destacable cómo dicho precepto presenta evidentes similitudes de contenido con aquellas prohibiciones ya existentes para poder proponer una propuesta anticipada de convenio, ex art.105 LC. La inspiración pues parece obedecer a una política legislativa de no premiar al deudor excesivamente indiligente con estos supuestos acicates -una propuesta anticipada de convenio o, en este contexto, un acuerdo extrajudicial de pagos-.

Si bien el art.231.3 LC ha sido objeto de la citada reforma de febrero 2015 -texto refrendado por la posterior de julio de 2015-, su cometido ha sido reducir tales requisitos y aclarar el cómputo *ad quem* de los plazos que marcan los mismos (art.231.3.II LC).

Esta relajación en los presupuestos negativos, en pro de una mayor elegibilidad subjetiva, ha sido tal que incluso se ha establecido una Disposición Transitoria Primera en el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, en cuyo apartado quinto se exime de cumplir con el requisito del art.231.3.2º LC hasta el día 2 de marzo de 2016. Dicha moratoria se ha visto, con posterioridad, extendida hasta el próximo día 29 de julio de 2016, conforme al art.5 de la Disposición Transitoria Primera de la ya citada Ley 25/2015, de 28 de julio.

Acto seguido, el art.231.4 LC impide también, esta vez por motivos de simple incompatibilidad entre instituciones concursales y preconcursales, o bien entre distintos

¹²²⁶ En el mismo sentido se pronuncia ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, R., “La introducción del acuerdo extrajudicial de pagos y la figura del mediador concursal en la Ley Concursal”, Revista de Derecho Bancario y Bursátil, ed. Lex Nova, núm.135/2014.

subtipos de estas últimas, la posibilidad de solicitar un acuerdo extrajudicial de pagos si se hubiera admitido a trámite una demanda de concurso o se estuviera negociando un acuerdo de refinanciación. Dicho precepto entraba en conexión con la previa prohibición incluida en el -ahora- derogado art.231.3.4º LC, que impedía el acogimiento a esta figura a los sujetos que en los tres últimos años hubieran sido declarados en concurso de acreedores, hubieran alcanzado un acuerdo de refinanciación o bien un anterior acuerdo extrajudicial de pagos.

Con la primigenia redacción de la LC, llamábamos la atención sobre el inconcebible contenido del art.231.5 LC, el cual proscribía el acceso al acuerdo extrajudicial de pagos *si cualquiera de los acreedores del deudor, que necesariamente debieran verse vinculados por el acuerdo, hubiera sido declarado en concurso.*

La interpretación literal de este precepto era tan incomprensible como inasumible, mereciendo ser matizada en el sentido de rechazar que la simple declaración de concurso de uno sólo de los acreedores del deudor -piénsese aquel con un crédito insignificante- pudiera frustrar toda la nueva maquinaria preconcursal. Afortunadamente, la reforma (Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero) del art.231.5 LC sirvió para purgar por completo dicha redacción, destinándose el precepto a la novedosa extensión de los efectos del acuerdo extrajudicial sobre los acreedores titulares de garantías reales.

Finalmente, y también en relación con el presupuesto subjetivo del Título X de la LC, cabría plantearse: ¿es posible una solicitud conjunta de acuerdo extrajudicial de pagos?

Tras la reforma del art.232.2 LC por el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, dicha opción aparece contemplada en su último párrafo, ahora bien, únicamente en relación con los cónyuges propietarios de vivienda familiar y cuando ésta pueda verse afectada por tal acuerdo extrajudicial de pagos. No obstante, dicha acumulación de solicitantes también debería ser factible aun al amparo de la normativa administrativa común para solicitar una acumulación de expedientes (art.57 LPAC), en beneficio de los deudores solicitantes y lógicamente siempre que todos ellos cumplieran con el resto de los presupuestos subjetivos y objetivos aquí aplicables. El precursor Auto de 20 de junio de 2014, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Alicante¹²²⁷, contempla una declaración conjunta de concurso consecutivo al partir en sus antecedentes de una previa solicitud conjunta de acuerdo extrajudicial de pagos, y ello con anterioridad a la mentada reforma del art.232.2 LC.

¹²²⁷ JUR 2014\223994.

Menores complicaciones presenta, en principio, el presupuesto objetivo exigido para poder acceder al acuerdo extrajudicial de pagos, cuya regulación se encuentra en el ya citado art.231.1 LC para las personas físicas y en el art.231.2.a) y c)¹²²⁸ respecto de las personas jurídicas, cuya letra d)¹²²⁹ fue derogada (vía Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero) ante lo superflua, si no impertinente, de la misma en dicho momento procedimental. Baste así con matizar a este respecto que, a diferencia de lo que parece exigirse a la persona jurídica ex art.231.2.a) LC, para la persona física será suficiente con que ésta se halle en un estado de insolvencia inminente o preinsolvencia¹²³⁰.

¿Cabría adicionar, además, como presupuesto objetivo aquel referido a la existencia de una *pluralidad de acreedores*?

Su concurrencia parece implícita con independencia del tipo de sujeto solicitante, dada la constante referencia en tono pluralista que se vislumbra en el recorrido del Título X de la LC. Aun así, con especial curiosidad nos preguntamos con qué criterio actuarán los registradores que conozcan de posibles solicitudes de acuerdo extrajudicial de pagos con un solo acreedor en el pasivo, dada la polémica y singular interpretación (hoy superada) que en su día ofrecieron las conocidas Resoluciones de 2 de julio¹²³¹ y 4 de octubre, del año 2012¹²³², de la DGRN, que en contra de toda restante posición doctrinal o jurisprudencial, afirmaban que una sociedad con un solo acreedor puede ser declarada en concurso.

¹²²⁸ Llama la atención que uno de estos presupuestos específicos para la persona jurídica sea que *ésta disponga de activos líquidos suficientes para satisfacer los gastos del acuerdo* (art.231.2.c) LC). Ciertamente ello no se exige para el *empresario persona natural*, toda vez que por su cariz restrictivo tampoco sería dable una interpretación extensiva, aunque comprensible, de dicho presupuesto.

¹²²⁹ Expresaba dicho último apartado, hoy derogado: *Que su patrimonio y sus ingresos previsibles permitan lograr con posibilidades de éxito un acuerdo de pago en los términos que se recogen en el apartado 1 del artículo 236.*

¹²³⁰ En este sentido se expresa el Magistrado-Juez FERNÁNDEZ SEIJO, J.M., “Legislar a Contra Coeur. La incidencia de la Ley de apoyo a los emprendedores en el procedimiento concursal”, Revista Aranzadi Doctrinal, ed. Aranzadi, núm.7/2013, quien considera que la insolvencia inminente es solamente admisible como presupuesto objetivo de la persona física.

En contra, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., en “El acuerdo extrajudicial de pagos”, Anuario de Derecho Concursal, ed. Civitas, núm.32/2014, afirmando que el presupuesto objetivo de insolvencia inminente también es aplicable a la persona jurídica.

¹²³¹ Publicada en el BOE de 18 de septiembre de 2012.

¹²³² Publicada en el BOE de 2 de noviembre de 2012.

2.3 Requisitos de la solicitud, competencia y tratamiento (art.232 LC).

La solicitud de un acuerdo extrajudicial de pagos se traduce en que el deudor solicitante proceda, como único sujeto activamente legitimado para ello¹²³³, a requerir del nombramiento de un mediador concursal para su pretendido *expediente* extrajudicial de pagos.

Aunque no cabe duda del carácter voluntario de la solicitud (art.231.1 LC), como tampoco hay duda de que la misma no comporta una carga procesal a diferencia de lo que supone la demanda de concurso voluntario (vid. art.5 LC en relación con el art.165.1.1º LC), pues por lo pronto no cabe incoar proceso alguno, existe no obstante una carga que se revela en el seno del art.178.bis.3.3º LC.

Este precepto exige como requisito para poder acceder al efecto de la condonación haber -al menos- intentado la celebración de un acuerdo extrajudicial de pagos, de concurrir sus presupuestos para ello y de forma *seria*¹²³⁴. Pues bien, aunque el art.178.bis.3.4º LC exime de dicho requisito de haberse *intentado* tal acuerdo¹²³⁵, a cambio de exigir el pago adicional del 25% de los créditos ordinarios, lo cual ya revela la naturaleza de carga antes advertida, de tener que optarse por el alternativo régimen condonatorio del art.178.bis.3.5º LC entonces tal carga es directamente ineludible para poder cumplir con todos los requisitos establecidos que exige el *iter* del art.178.bis LC.

Obviamente, tratándose de un procedimiento extrajudicial, no cabe hablar de requisitos de postulación. La sustanciación de dicha solicitud, que podrá efectuarse telemáticamente cuando corresponda su conocimiento al Registro Mercantil, se concreta en una *instancia* con los requisitos de contenido que marca el art.232.2 LC, similares a los del art.6 LC relativos a la demanda de concurso voluntario y a cuya lectura nos remitimos. Seguramente dicha similitud es lo que justifica la última adición *in fine* al art.232.2.I LC, en aras de posibilitar la aplicación de la presunción de culpabilidad por inexactitud grave documental que contempla el art.164.2.2º LC, también cuando ésta ha sido cometido mediante la utilización de este mecanismo extrajudicial.

En cualquier caso, la existencia de *formularios normalizados*, política introducida por la reforma del art.232.1 LC operada mediante el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de

¹²³³ Carecen de legitimación activa sus acreedores o cualesquiera terceros sujetos, según advierte CAMPUZANO, A.B., en AA.VV., *El derecho de la insolvencia: el concurso de acreedores*, ed. Tirant lo Blanch, 2015, pág.54.

¹²³⁴ No se considera *serio*, como es lógico, una propuesta consistente en la condonación del 100% de la deuda y que nada tiene que ver con el contenido admisible del art.236 LC. En este sentido, vid. Sentencia núm.40/2016, de 26 de febrero, del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Logroño (JUR 2016\230723).

¹²³⁵ Aunque no es una interpretación pacífica, así, por ejemplo, existe jurisprudencia que considera que sólo considera admisible no haber intentado dicho acuerdo extrajudicial en el -indisponible- supuesto de no poder optar al mismo (art.231 LC). En este sentido, vid. Sentencia núm.12/2017, de 7 de febrero, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Palencia (JUR 2017\86233).

febrero, debería minorar dicho riesgo en tanto que su utilización resulta preceptiva desde la publicación de los mismos¹²³⁶.

Al igual que sucede con la demanda de concurso voluntario, que no posee una *eficacia confesoria*¹²³⁷ sobre el estado de insolvencia sino que éste debe ser apreciado por el juez del concurso (art.14 LC), aunque la falta de judicialización de este procedimiento supone que ni tan siquiera sea un juzgado el órgano competente para recibir y resolver dicha solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos, ello no ha sido impedimento para mimetizar este régimen de falta de eficacia confesoria sobre el estado de insolvencia. Así, el art.232.3.III *in fine* LC establece que *la solicitud se inadmitirá cuando el deudor no justifique el cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos para solicitar la iniciación del acuerdo extrajudicial*.

Por tanto, en similitud con el examen de presupuestos de la demanda de concurso pero a diferencia de la figura más próxima de la comunicación preconcursal (art.5.bis LC), el expreso trámite subsanatorio -cinco días- que ahora prevé el art.232.3.III LC refuerza la idea de una ausencia de eficacia confesoria sobre la solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos; antes bien, ésta debe acreditar todos los requisitos legalmente exigidos, lo que implícitamente incluye el presupuesto objetivo de la insolvencia. Ha advertirse que, con la redacción originaria del art.232.3 LC, no existía trámite de subsanación alguno; lo que no elimina la anterior conclusión sobre la falta de eficacia confesoria, sino que simple y llanamente añadía una inaudita rigidez en la inadmisión de la solicitud¹²³⁸.

Asimismo, sin perjuicio de la posibilidad, más aconsejable en la práctica, de presentar directamente una nueva solicitud caso de no poder subsanar los defectos previamente advertidos, nada de ello debería eliminar la otra posibilidad -si así se prefiere- de recurrir dicha inadmisión frente a la DGRN, ello último aplicable tanto en los supuestos de inadmisión dictados por el órgano registral o notarial competente¹²³⁹.

Entrando así en materia de competencia, para el conocimiento y resolución de tal solicitud de mediación será competente (art.232.3 LC) el Registro Mercantil del domicilio del deudor, cuando se esté ante sujetos *inscribibles*, lo que además de las personas jurídicas nos hace pensar también en el empresario individual (arts.19 del C de

¹²³⁶ La preceptiva utilización de tales formularios, introducidos en el texto del art.232.1 LC por la citada reforma concursal de febrero de 2015 (luego confirmada por la Ley 25/2015, de 28 de julio), no estuvieron disponibles sino hasta la Orden JUS/2831/2015, de 17 de diciembre, por la que se aprueba el formulario para la solicitud del procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, publicada en el BOE de 29 de diciembre de 2015; es decir, casi un año después desde su entrada en vigor.

¹²³⁷ Política severamente criticada por ROJO, A., en AA.VV., *Comentario de la Ley Concursal, Tomo I*, ed. Civitas, 2008, pág.175.

¹²³⁸ Así lo observó SENÉS MOTILLA, C., “El acuerdo extrajudicial de pagos: ¿alternativa efectiva al concurso de acreedores?”, *Revista de Derecho Civil*, ed. Notyreg Hispania, 2014, vol. I, nº 1.

¹²³⁹ Así lo defiende DÍAZ REVORIO, E., en AA.VV., *La Ley Concursal y la Mediación Concursal: Un estudio conjunto realizado por especialistas*, ed. Dykinson, 2014, pág.463.

C de 1885 y 81 RRM)¹²⁴⁰. Por tanto, es claro que el Registro Mercantil deberá comenzar analizando su competencia, para lo cual deberá verificar, en primer lugar, si la persona física solicitante de la mediación concursal resulta cuanto menos inscribible¹²⁴¹.

Con la reforma concursal operada por el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, y luego confirmada por la Ley 25/2015, de 28 de julio, hemos de advertir la más que cuestionable introducción del art.232.3.II LC, que amplía el ámbito competencial a determinados entes corporativos sujetos a derecho público y con personalidad jurídica propia (Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación) allí contemplados de forma taxativa y sin igualdad de requisitos que justifiquen su capacidad para ostentar, incluso, la condición de mediador concursal (art.233.3 LC).

Por su parte, será competente el notario del domicilio del deudor para los restantes supuestos de persona física: aquellos que ejerzan actividades profesionales y los autónomos que no guardaran la condición de empresario individual, así como, finalmente, la persona física no empresario (art.242.bis.1.1º LC). Si existiera más de un notario en dicha demarcación territorial, pese al silencio de la norma no parece aventurado dejar como facultad implícita del deudor su elección.

Este inicio aparentemente administrativo del expediente extrajudicial de pagos se revela, a partir de la aceptación del cargo de mediador concursal, en un verdadero expediente de jurisdicción voluntaria, fruto de la -ya estudiada- comunicación preconcursoal a practicar ante el juzgado competente para la declaración de concurso del deudor (arts.5.bis.1.II y 233.3 LC), poniendo de manifiesto la *apertura de las negociaciones* para intentar alcanzar dicho acuerdo extrajudicial de pagos.

Como ya se ha analizado con anterioridad, corresponderá exclusivamente realizar dicha *comunicación preconcursoal* al notario, registrador o ente corporativo competente que hubiera conocido del expediente ex art.232.3 LC, quienes practicarán la referida comunicación con la debida observancia a las normas de competencia territorial contenidas en el art.10 LC.

2.4 El llamado *mediador concursal* y sus funciones (arts.233, 234 y 237 LC).

Partiendo de su obligada esfera registral, la dispersa regulación de esta figura aparece desarrollada reglamentariamente en los arts.18 y 19 RMED, en lo que se refiere a dicha publicidad y necesaria inscripción en el Registro de mediadores e instituciones de mediación. También se ocupa el RMED de regular el siempre controvertido sistema de designación, en este caso a realizar por el registrador o notario competente para conocer

¹²⁴⁰ El Magistrado-Juez SÁNCHEZ MAGRO, A., en AA.VV., *Practicum Concursal 2014*, ed. Aranzadi, 2014, pág.931, recuerda que dentro del art.81 RRM, en su apartado m), debe quedar inserto la creación del emprendedor de responsabilidad limitada.

¹²⁴¹ Resolución de 1 de junio de 2018, de la DGRN (BOE de 21/06/2018).

de la solicitud de acuerdo (art.232.3 LC). Bajo este contexto extrajudicial, la opción legal finalmente elegida ha sido que la designación deba producirse de modo *secuencial* (arts.19.2 RMED y 233.1 LC), es decir, como una suerte de turno rotatorio.

En cualquier caso, de este modo se sustrae por primera vez una elección que ha sido tradicionalmente exclusiva de los órganos jurisdiccionales, así como la determinación de la retribución a percibir por el mediador concursal, que también corresponderá establecer al notario o registrador competente, si bien ello último se establecerá con arreglo a las normas retributivas dispersamente contenidas en la Disposición Adicional Segunda de la Ley 25/2015, de 28 de julio, que a su vez reproduce la Disposición Adicional Segunda previamente contenida en el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero.

Todavía más, esta reforma de la Ley Concursal ha introducido una especial tramitación del acuerdo extrajudicial de pagos, cuando éste haya sido solicitado por *personas naturales no empresarios*. En lo que a la concreta figura del mediador concursal se refiere la introducción no es baladí, por cuanto el art.242.bis.1.3º LC deja en manos del notario competente (art.232.3 LC) para el conocimiento de tal solicitud la designación o no de un mediador concursal.

¿Es posible, por tanto, la tramitación de un acuerdo extrajudicial de pagos sin mediador concursal designado? Esta parece ser la voluntad del legislador a primera vista, pero lo que en realidad ha querido decir -y así lo confiesa en el *Exponendo III* de ambos Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero y Ley 25/2015, de 28 de julio- es que el notario será quién absorba o asuma tales funciones como mediador *de facto*.

En definitiva, de la lectura del art.242.bis LC no es muy aventurado afirmar que los notarios, aun sin ostentar el sobrenombre formal de mediadores, ni los requisitos exigidos para estos últimos, cuestionablemente entran en el mercado de profesionales designables a tal fin e incluso con idéntica retribución (art.242.bis.2 LC), así como también acceden a dicho mercado profesional las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación (art.233.3 LC) de nuevo sin igualdad de requisitos.

Sin dejar de lado esta circunstancia, de una trascendencia deontológica considerable, nuestro punto de partida reside en el art.233.1 LC, que exige al mediador concursal reunir aquellas condiciones previstas en la LMED. Si bien la redacción original del art.233.1 LC exigía reunir, cumulativamente, tanto las condiciones previstas en la LMED como en el art.27 LC, con el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, parece observarse un importante cambio al respecto, en última instancia reiterado por la reforma de la Ley 25/2015, de 28 de julio.

En efecto, la nueva redacción del art.233.1 LC distingue que aquellos otros requisitos exigidos para actuar como administración concursal solamente se exigirán cuando, efectivamente, se pretenda actuar como tal -por ejemplo- fruto de una situación de concurso consecutivo. Para mayor complicación legislativa, no se olvide que la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, establece que

hasta que no se desarrolle reglamentariamente el nuevo art.27 LC, continuará en vigor la redacción del art.27 LC anterior a dicha reforma de septiembre de 2014.

Dejando al margen este absoluto caos normativo, ¿cómo definir el rol de un *mediador concursal* cuando ni se está ante un procedimiento realmente mediador, ni se ha declarado un proceso concursal? Por el momento, cabe adivinar que su función acabará resultando la de una suerte de *preadministrador concursal*¹²⁴², de pareja neutralidad pero desde luego con mucha mayor intervención y control que el clásico mediador.

A lo largo del presente trabajo, ya se ha hecho referencia a todas las sustracciones que, el acuerdo extrajudicial de pagos, presenta frente a los principios ordenadores de la mediación.

Decíamos entonces y podemos repetir de nuevo una serie de preocupantes interrogantes: ¿dónde quedan los presupuestos clásicos de la mediación, fundamentalmente aquel de la *voluntariedad* del procedimiento ex arts.6 y 16 LMED? ¿Cabe hablar siquiera de *imparcialidad* (art.7 LMED) habida cuenta del deber del mediador concursal en proponer un acuerdo extrajudicial de pagos (art.236.1 LC)? ¿Dónde ubicar la supuesta *confidencialidad* (art.9 LMED) del mediador concursal en el supuesto de posterior concurso consecutivo, que incluso puede acabar instando el propio mediador concursal?

Hasta el principio rector de la *neutralidad* (art.8 LMED) queda en entredicho, cuando el art.241.1 LC obliga al mediador concursal a velar por el cumplimiento del acuerdo extrajudicial de pagos durante su ejecución una vez aprobado. Por todo ello, no es de extrañar sino de agradecer las implacables críticas que la desafortunada concepción jurídico-etimológica de *mediador concursal* ha merecido¹²⁴³.

Junto con esta rebelión legislativa frente a tales principios rectores de la mediación, cabe adicionar las impropias cargas para un mediador que en cambio sí posee aquel otro *mediador concursal*, comenzando por las relativas a instar el llamado concurso consecutivo ante una serie de supuestos tasados -arts.236.4, 238.3 y 241.3 LC-.

En lo que se refiere a la concreta pretensión de incumplimiento del art. 241.3 LC, debe insistirse en ese extraño cometido conferido al mediador concursal de *supervisar* el cumplimiento del acuerdo extrajudicial de pagos, lo que entendemos le exigirá requerir al deudor de cierta información periódica sobre dicho cumplimiento, tal vez con periodicidad semestral ante el silencio de la norma, basándose por analogía en lo que sucede durante la ejecución de un convenio concursal ante el juez del concurso (art.138 LC).

¹²⁴² En palabras de SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “El acuerdo extrajudicial de pagos”, Anuario de Derecho Concursal, ed. Civitas, núm.32/2014.

¹²⁴³ ¿*Qué hay de mediador en el mediador concursal? Nada más que el nombre*, concluía irónicamente AGÜERO ORTIZ, A., “El mediador concursal como Administrador Extraconcursal”, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, ed. Wolters Kluwer, 2013, nº 20.

Además de la potencial carga de instar el concurso consecutivo, en aquellos supuestos legalmente contemplados, también destaca como esencial función del mediador concursal el deber de convocatoria a una *reunión* (art.237 LC), que deberá efecuar sobre los acreedores que figuren en la documentación inicial del deudor, y todo ello en el plazo de diez días desde la aceptación de su cargo (art.234.1 LC). Plazo que, por cierto, no estando ante un proceso debería computarse conforme al art.5 CC y no según las normas procesales que excluyen los días inhábiles.

Ciertamente invita a la duda que en otros preceptos del Título X de la LC se mencione expresamente el cómputo en días naturales de otros plazos distintos, y en cambio aquí no se precise nada al respecto. Pese a ello, cabe insistir en la primacía de las normas civilistas por el mero hecho de no hallarnos ante un proceso como tal. Nótese que esta comunicación de convocatoria debe realizarse preferiblemente por medios electrónicos (art.234.2.II LC), en positiva sintonía con el espíritu de telematización de comunicaciones que desde tiempo atrás ya viene fomentando la Ley Concursal (vid arts.21.4.II y 95.1 LC).

El art.234.1.II seguidamente exige al mediador concursal comprobar la existencia y cuantía de los créditos que figuren en la solicitud del deudor, sin que nada diga el precepto sobre el inventario también obrante (art.232.2. LC) en dicha solicitud. En cualquier caso, y como bien relata la experiencia práctica de PARDO IBÁÑEZ¹²⁴⁴ como uno de los mediadores concursales pioneros, dicha comprobación resulta prácticamente un *acto de fe* en los casos de persona física -generalmente no sujetos a normas de contabilidad- y en tan poco tiempo.

En cuanto al desarrollo de la propia *reunión*, nada dice la norma al respecto (art.237 LC), que incluso ni exige expresamente la asistencia del propio mediador concursal, lo que no impide por analogía y prudencia -sino sentido común- que el mediador concursal utilice las herramientas organizativas propias de la junta de acreedores concursal (arts.116 y ss. LC)¹²⁴⁵, y además convoque dicha reunión -de ser posible- en una Notaría para la inmediata elevación a público del acuerdo en su caso aceptado (art.238.2 LC).

Así pues, evidentemente no sólo parece injustificable la inasistencia del mediador concursal a la reunión, sino que además es aconsejable que se erija como presidente de dicha reunión (art.116.1.II LC), tal vez señale a un acreedor como secretario (art.116.3 LC), elabore en el mismo acto una lista de asistentes (art.119 LC), permita deliberaciones con la posibilidad de modificar en su caso el plan de pagos propuesto (arts.121 y 237.2 LC), y finalmente redacte un acta de la junta (art.126 LC) firmada por todos los acreedores asistentes, el deudor y el propio mediador concursal, o cuanto menos por el mediador concursal, el deudor y el secretario-acreedor determinado.

¹²⁴⁴ PARDO IBÁÑEZ, B., “La mediación concursal. Una experiencia práctica”, Diario La Ley, ed. Wolters Kluwer, 2015, nº 8.490.

¹²⁴⁵ Otra opción puede ser utilizar las reglas contenidas en la LSC (art.202 LSC), aunque por mayor proximidad sistemática nos inclinamos por aquellas que ya establece la propia LC.

También es de interés destacar el confuso mandato del art.236.1 LC, según el cual el mediador concursal es el encargado de remitir a los acreedores el *plan de pagos* objeto de la pretendida aceptación, *tan pronto como sea posible y en cualquier caso con una antelación mínima de veinte días naturales a la fecha prevista para la celebración de la reunión*. En este sentido, aunque la citada norma hable de que ello se realice *con el consentimiento del deudor*, todo apunta a que en la práctica sea el deudor quien, a fin de cuentas, contribuya sustancialmente a elaborar el plan de pagos más conveniente para su particular situación, dentro de los límites legales y conforme a toda la documentación que debe incorporarse al mismo.

Por último, en lo que se refiere a la responsabilidad del mediador concursal por el desempeño de su cargo, de modo paralelo a lo que ocurre con el seguro de responsabilidad civil obligatorio para los administradores concursales -regulado en el Real Decreto 1333/2012, de 21 de septiembre-, el art.26 RMED obliga al mediador concursal a contar con un seguro de responsabilidad civil. La suma asegurada deberá ser proporcional a la entidad de los asuntos en los que intervenga (art.28 RMED), por tanto, no existiendo un importe mínimo como sí se prevé para los administradores concursales (300.000 €). Evidentemente, aunque el sujeto mediador concursal resultara titular de ambas pólizas de seguro, sólo la que tenga como objeto de cobertura su cargo como mediador concursal podrá responder de aquellos daños y perjuicios causados en el ejercicio de dicha función.

Sin embargo, como ya ha tenido a bien advertir la doctrina¹²⁴⁶, no existe ninguna norma específica en el Título X de la LC que discipline el régimen legal de responsabilidad del mediador concursal. Por tanto, en atención a la ya examinada naturaleza -aunque controvertida- de la figura del mediador concursal, la solución más razonable pasa por hacer uso del criterio de responsabilidad previsto en el art.14 LMED como fundamento en el ejercicio de dicha posible pretensión, y ello en detrimento del régimen de responsabilidad de los administradores concursales (art.36 LC), precepto este último que en el seno del Título X de la LC debe decaer por la mayor proximidad teleológica que presenta la LMED.

En cuanto a la retribución del mediador concursal, como ya se ha tenido ocasión de señalar, el legislador configura unas reglas temporales en la Disposición Adicional Segunda de la Ley 25/2015, de 28 de julio, en tanto no se desarrolle reglamentariamente su régimen retributivo.

Dicha opción por el desarrollo reglamentario, al igual que en materia del Estatuto del administrador concursal ha de calificarse como de preocupante técnica legislativa, pues de este modo asistimos a la ruptura con el *principio de legalidad* al derivar al rango normativo inferior del *reglamento* determinadas cuestiones concursales. No hay que olvidar que, aunque pueda alegarse que un gobierno con mayoría simple puede aprobar una Ley ordinaria por sí solo, la tramitación parlamentaria de una Ley guarda un sistema más público, participativo y de control, a través de las correspondientes

¹²⁴⁶ CANDELARIO MACÍAS, M.I., *El mediador concursal*, ed. Tirant lo Blanch, 2015 (Tol 5408334).

enmiendas y diarios de sesiones, todo lo cual se evita mediante la apremiante técnica del reglamento.

¿Qué tratamiento recibe la responsabilidad del ya referido notario mediador *de facto*, cuya informal figura ha introducido el art.242.bis.1.3º LC? De momento, nos encontramos con una remisión a su desarrollo reglamentario según dispone el art.242.bis.2 LC. Entre tanto, y presumiendo que la especial tramitación del acuerdo extrajudicial de pagos (art.242.bis LC) se realizaría en instrumento público cuando el mediador resultara ser el notario, parece razonable invocar el régimen de responsabilidad recogido en el art.146 RN al respecto.

2.5 Efectos derivados del acuerdo extrajudicial de pagos (arts.235 y 240 LC).

Los efectos *ad extra* que, sobre las ejecuciones en curso o potencialmente iniciables, provoca la iniciación del expediente de acuerdo extrajudicial de pagos quedan regulados en el art.235 LC.

El Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, se ocupó de terminar con un contradictorio régimen de plazos y extensión hasta entonces existente entre los arts.5.bis.4 y 235.2 LC¹²⁴⁷, así como suprime la peculiar prohibición al deudor de solicitar la concesión de préstamos o créditos y devolver las tarjetas de crédito y no utilizar medios de pago electrónicos, conforme a la excéntrica redacción originaria del art.235.1 LC. Dichas modificaciones, una vez más, han sido ratificadas en la posterior Ley 25/2015, de 28 de julio.

Afortunadamente, como ya se ha advertido, este régimen apenas ha perdurado en el tiempo sin que seguramente haya tenido tiempo siquiera para ocasionar excesiva polémica. Ahora bien, resulta irónico -sino frustrante- que el art.235.2 LC continúe guardando una cierta disparidad con el régimen de efectos suspensivos previsto en el art.5.bis.4 LC.

Concretamente, cabe observar cómo en última instancia y fruto del clamor social el legislador ha decidido por fin incorporar la suspensión de la ejecución por razón de la vivienda habitual objeto de la misma, abandonando así la obcecación del legislador por sólo proteger aquello -en un orden de lógica ética- menos vulnerable o merecedor de protección: la actividad empresarial o profesional.

¹²⁴⁷ Como recordaba el Magistrado-Juez SELLER ROCA DE TOGORES, en su ponencia -inérita- impartida en el II Congreso Aranzadi Concursal de la Comunidad Valenciana, celebrado en Valencia los días 22 y 23 de mayo de 2014.

Además de que cada precepto partía de un distinto cómputo del plazo *a quo*, el derogado art.235.2 LC no se refería a bienes necesarios como sí lo hace el art.5.bis.4 LC, ni tampoco suspendía las ejecuciones de garantías reales.

Todavía más, en realidad ahora ni tan siquiera resulta necesaria (art.235.2.a) LC) la concurrencia de que el bien sea necesario para la actividad empresarial o profesional, o se trate de la vivienda habitual, puesto que la suspensión opera automáticamente sobre todo bien o derecho.

Sólo en el caso de que se trate de ejecuciones de garantías reales entran tales requisitos en aras de suspender o impedir el proceso de ejecución: de concurrir la nota de necesidad o vivienda habitual, el acreedor ejecutante de la garantía real podrá iniciar el proceso de ejecución pero éste quedará inmediatamente suspendido, para de este modo salvaguardar al menos el privilegio de la ejecución separada (arts.57.3 LC y 568.1 LEC) si luego se declarara el concurso. Asimismo, conviene reiterar que dicha suspensión sobre la vivienda habitual sufre una reducción de su plazo, pasando de tres meses a dos, cuando el deudor resultara ser una persona física no empresario (art.242.bis.1.8º LC), distinción ésta que ya hemos tildado de incomprensible.

Por el contrario, cabe notar cómo ni el art.5.bis.4 LC, ni el art.56 LC, han sido a su vez modificados en la reforma concursal llevada a cabo mediante el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, por lo que sólo cabe llegar a la siguiente conclusión: la vivienda habitual es objeto de protección por la normativa concursal únicamente bajo un régimen de acuerdo extrajudicial de pagos, ex art.235.2.a) LC, toda vez que en los restantes escenarios preconcursales será preceptiva la concurrencia de la necesidad del bien o derecho en cuestión (art.5.bis.4 LC), debiendo en su caso acudir a la todavía reciente normativa en materia de protección frente a ejecuciones hipotecarias.

No será objeto de protección la vivienda habitual, por tanto, cuando el deudor efectúe una comunicación preconcursal por distinta causa, ni por hallarse declarada en concurso. El ordenamiento concursal podrá haber abandonado una defectuosa dicción contradictoria entre preceptos, pero continúa careciendo de una consistencia interna ciertamente preocupante.

Finalmente, durante la tramitación del expediente extrajudicial de pagos, el actual art.235.2.b) LC -originariamente art.235.3 LC- críticamente prohíbe a aquellos acreedores que puedan *verse afectado por el acuerdo* a realizar acto alguno dirigido a mejorar su *situación* respecto del deudor, aunque al mismo tiempo ninguna sanción expresa impone la norma si ello acaba produciéndose, lo que nos plantea la duda sobre su efectividad práctica, a salvo de su posible rescisión una vez declarado el concurso ex art.71 LC.

En cualquier caso, siguiendo a FERNÁNDEZ DEL POZO¹²⁴⁸, cabe afirmar que dicha prohibición no puede interpretarse extensivamente como la que opera por los efectos de la declaración de concurso, ex art.49 y ss. LC, por ejemplo en materia contractual o ante

¹²⁴⁸ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “La naturaleza preconcursal del acuerdo extrajudicial de pagos. Presupuestos subjetivo y objetivo y su desjudicialización”, Anuario de Derecho Concursal, ed. Civitas, núm.32/2014.

nuevos juicios declarativos, sino que lo que únicamente se prohíbe es la constitución de nuevas garantías por parte del deudor en favor de dichos acreedores.

Junto con lo dicho, también cabe apuntar que la misma referida prohibición (art.235.2.b) LC) no opera, como es lógico, sobre los acreedores de derecho público, al mantenerse éstos inmunes a los efectos del Título X de la LC (art.231.5 LC), ni tampoco sobre aquellos posibles garantes de créditos del deudor, pues a éstos en nada perjudica o beneficia la situación preconcursal (art.235.4 LC).

Mientras que el art.235 LC regula los efectos de la iniciación del expediente, el art.240 LC se encarga por su parte de establecer aquellos efectos previstos una vez aceptado el acuerdo extrajudicial de pagos. En el art.240 LC se establece la prohibición de iniciar o continuar con aquellas ejecuciones seguidas frente al deudor por las deudas anteriores a la publicación de la apertura del expediente, pudiendo dicho deudor solicitar además la cancelación de los correspondientes embargos que se encontraran en vigor.

Así, en el caso de iniciarse nuevas ejecuciones por estas deudas, debe entenderse que el deudor podrá mostrar su oposición en dicho proceso de ejecución vía art.556.1.II LEC, que regula la oposición frente a la ejecución de títulos judiciales o arbitrales, o bien vía art.557.1.5º LEC, relativo a las causas de oposición frente a los restantes títulos ejecutivos.

En cuanto a las ejecuciones hipotecarias sobre créditos -voluntariamente- afectos al acuerdo, ya se tratara de ejecuciones judiciales o extrajudiciales (arts.695 LEC y 129.2.h) LH, respectivamente), ante lo limitado de sus exclusivas causas de oposición parece que -salvo extinción de la garantía- sólo puede estarse a su suspensión ex art.568 LEC. Tal vez podría aducirse como causa de oposición la contenida en el art.695.1.2º LEC, con cierto esfuerzo interpretativo, ya que el *error en la cantidad exigible* reduce ésta al cero, por lo que no podría *seguirse* ninguna ejecución por la cantidad restante como luego prevé el art.695.3 LEC respecto de dicha causa de oposición.

Una segunda solución, igualmente sugerida en el ámbito de la Disposición Adicional Cuarta LC, podría ser aplicar por analogía el art.557.1.5º LEC pese al excluyente dictado literal del art.695.1 LEC, lo que no es una propuesta descabellada, si se atiende a los precedentes jurisprudenciales que permiten aplicar el art.559 LEC en ejecuciones hipotecarias, sencillamente *por la trascendencia* del proceso¹²⁴⁹. Una última opción puede ser, directamente, aducir en el proceso de ejecución extraconcursal los efectos del art.240 LC, sin perjuicio de reiterar por nuestra parte la necesidad de que el legislador, cuanto menos, añadiera sin más tardar en el art.695 LEC una remisión a las normas del ordenamiento concursal para una mejor armonía entre ambas normas.

¹²⁴⁹ Ya hacíamos mención en el presente capítulo al conocido Auto núm.133/2012, de 12 de julio, de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3ª (AC 2012\539).

En lo que se refiere a otros obligados solidarios y garantes personales por el mismo crédito, el actual art.240.3 LC mantiene que el acreedor *disidente* conservará su derecho de acción frente a éstos pese a la aprobación del acuerdo extrajudicial, mientras que el acreedor que sí hubiera suscrito el acuerdo extrajudicial deberá estarse a lo pactado en su relación con el tercero garante (art.240.4 LC). Ante la ausencia de una regulación más detallada a este respecto, cabe plantearse si resultaría aplicable hacer uso de la doctrina creada en torno al art.135.2 LC, relativo al convenio concursal, dadas las similitudes entre ambos preceptos.

Respecto de dicho art.135.2 LC, con precisión destacaba el profesor ROJO¹²⁵⁰ que *el voto afirmativo tiene consecuencias sobre las acciones del acreedor sobre el tercero responsable, resultando significativa la total posibilidad que se confiere al fiador, siendo, incluso solidario, de liberarse de la fianza cuando haya visto perjudicada su subrogación por un hecho imputable al acreedor (art.1852 CC)*¹²⁵¹. Dicha interpretación, ahora sí, resulta extrapolable gracias a la actual redacción de los arts. 240.3 y 240.4 LC, ya que en la anterior redacción -previa al Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero- ni tan siquiera existía la distinción entre la conducta del acreedor, limitándose a reconocerle la *conservación de sus acciones*, mientras que los nuevos arts.240.3 y 240.4 LC remiten a una norma de conflicto obligacional que reconduce nuestra respuesta conforme a la citada regla civilista.

Por último, en lo que se refiere a la recurrente figura del hipotecante no deudor quien, por su parte, hubiera logrado la aprobación de un acuerdo extrajudicial de pagos frente a sus acreedores, dicho hipotecante no deudor no podrá invocar los aludidos efectos del art.240 LC ante la ejecución de aquella garantía hipotecaria (sin asunción de deuda) que en su día prestó, y ello por cuanto precisamente no ostenta la condición de *deudor* respecto del beneficiario de tal garantía, quedando así este último inmune a cualesquiera efectos derivados de dicho acuerdo extrajudicial de pagos¹²⁵².

2.6 Plan de pagos: contenido, requisitos y efectos (arts.236, 238 y 238.bis LC).

No siendo objeto del presente estudio entrar a debatir las vicisitudes materiales del incierto Título X de la Ley Concursal, cabe destacar la instrumentalización de este mecanismo de acuerdo extrajudicial a través de una *propuesta de acuerdo* sobre aquellos créditos, concretamente, pendientes de pago a fecha de la solicitud (art.232 LC).

¹²⁵⁰ ROJO, A., en AA.VV., *Comentario de la Ley Concursal, Tomo II*, ed. Civitas, 2008, pág.2242.

¹²⁵¹ En el mismo sentido, vid. Auto núm.102/2012, de 26 de julio, de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4ª (JUR 2012\319319).

¹²⁵² Así se razona detalladamente en el Auto núm.249/2016, de 13 de octubre, de la Audiencia Provincial de Gerona, Sección 2ª (JUR 2017\35465).

En efecto, debemos comenzar teniendo en cuenta el límite temporal para la inclusión de créditos en el plan de pagos, quedando éste fijado a aquellos existentes al tiempo de la solicitud del acuerdo extrajudicial de pagos, según se desprende del art.236.1 LC. Por consiguiente, aquellos créditos nacidos en el ínterin del procedimiento del Título X o con posterioridad a su consecución no deben quedar afectados por el acuerdo sino conforme a sus respectivos vencimientos¹²⁵³, ahora bien, ello sin perjuicio de la posible limitación sobre las facultades procesales ejecutivas de tales acreedores posteriores y por la vía del art.5.bis.4 LC. Ciertamente, con ello se produce la paradoja del acreedor en tierra de nadie; quien no queda obligado a soportar los efectos del acuerdo extrajudicial de pagos en su caso adoptado, pero tampoco puede libremente instar su derecho de acción ejecutivo, por los más amplios términos del citado art.5.bis.4 LC.

La propuesta de acuerdo podrá consistir, entre otras de las amplias facultades negociadoras que recoge el nuevo art.236.1 LC, en la cesión de bienes o derechos a los acreedores siempre que éstos no resulten necesarios para la actividad profesional o empresarial, así como en quitas -ahora sin límite, antes hasta del 25%- y esperas de hasta 10 años -antes 3 años-.

Obsérvese, pues, la línea aperturista que fomentó la reforma (Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero) del citado precepto en favor de una mayor autonomía de las partes (art.1255 CC), si se compara con la redacción originaria introducida por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, pese a que en el Preámbulo de tal reforma se pretendiera convencer de que la LC ya era *generosa en el reconocimiento de las posibilidades de negociación de deudas*.

Junto con la referida *propuesta*, deberá acompañarse un *plan de viabilidad* y un *plan de pagos* (art.236.2 LC), así como -en su caso- un *plan de continuación de la actividad* y -de nuevo en su caso- la fijación de una cuantía para alimentos del deudor y su familia. Constituye todo ello de un deber informativo-documental al que no le acompaña sanción expresa, en caso de incumplimiento, pues ni supone causa para instar el concurso por el mediador concursal (art.236.4 LC), ni tampoco para la impugnación del acuerdo extrajudicial en su caso aprobado (art.239.2 LC), salvo que se razonara la concurrencia de la *desproporción* que contempla este último precepto fruto de dicha falta de justificación documental, lo que resultaría una interpretación razonable de tal concepto. Parece, por tanto, en este punto, donde cobra algo de sentido la ambigua carga (art.236.1 LC) trasladada al mediador concursal y consistente en que sea éste -y no el deudor- quien elabore la *propuesta* de acuerdo: deberá ser el primero quien de oficio evite presentar un contenido contrario al permitido en el mismo precepto.

Respecto de los mentados créditos de derecho público, en su línea autoproteccionista ya criticada al analizar el art.5.bis LC, éstos jamás podrían verse sujetos a los efectos del posible acuerdo extrajudicial de pagos que se aprobara, ex art.231.5.II LC, lo que absurdamente podría comprometer la propia viabilidad del acuerdo. La superflua

¹²⁵³ AZNAR GINER E., *Mediación concursal: los acuerdos extrajudiciales de pago*, ed. Tirant lo Blanch, 2014, pág.81.

previsión de la nueva Disposición Adicional Séptima LC no parece que vaya a servir de gran ayuda¹²⁵⁴, más allá de actuar como un requisito documental (art.236.2 *in fine* LC) cuya concurrencia también deberá verificar el mediador concursal, sustituible por la indicación de la fecha de pago de los mismos.

Tal y como posteriormente se ha introducido para la figura del convenio concursal (vid. actual art.100.3.II LC), tanto en su redacción originaria como el actual art.236.1.c) LC permiten que la propuesta contemple la cesión de bienes a los acreedores. Sin embargo, no aclara expresamente la citada norma si dichas cesiones deben ser *pro soluto* o también pueden serlo *pro solvendo*. El art.236.2 LC simplemente habla en términos de *cesión de bienes*, lo que en un primer momento nos hace pensar en el art.1175 CC que únicamente regula la *datio pro solvendo*.

Sin embargo, una lectura más detenida del mismo precepto revela que la dación puede hacerse *en pago* o *para pago* de la deuda, redacción que parece evocar la *cesión en pago* o *para el pago* que ya contiene el art.155.4.II LC, por tanto, mostrándose posibles ambas opciones también en esta sede. Tanto es así que, con el nuevo art.236.1.II LC, la remisión al art.155.4 LC es expresa en lo referente a activos afectos a una garantía real, si bien se trata de una remisión realizada con cierta desgana por el legislador, por lo que ante el amplio contenido de tal precepto entendemos que dicha remisión se limita únicamente a la posibilidad de cesión en pago o para pago.

En todo caso, parece imprescindible que por parte de los propios acreedores se disciplinen estas vicisitudes relativas a dicha cesión de bienes o derechos, cuando un mismo activo se cediera a más de un acreedor, principalmente en cuanto al modo de enajenación de tales bienes o derechos para su conversión en dinero¹²⁵⁵.

En la pionera obra de AZNAR GINER¹²⁵⁶, se advierte con acierto de la preocupante indiferencia en este estadio preconcursal del tipo de crédito así como de su titular, siendo que podrían darse situaciones en las que el pasivo habitualmente *subordinado* del deudor, que además suele ocupar un porcentaje considerable de tal pasivo, sea determinante o incluso baste con el mismo para la aprobación de un acuerdo extrajudicial de pagos.

¹²⁵⁴ Para el tratamiento de tales créditos de derecho público se contiene una especial regulación en la referida Disposición Adicional Séptima LC, que básicamente establece el deber por parte del deudor de solicitar un aplazamiento o fraccionamiento de esa clase de deuda, una vez admitida su solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos.

¹²⁵⁵ RODRÍGUEZ CONDE, C., y ESMERATS RAURELL, I., *Administración concursal, mediación y acuerdo extrajudicial de pagos*, ed. Bosch, 2014, pág.894

Quienes sugieren la constitución de comisiones de acreedores para arbitrar estas cuestiones, aclarando por cierto que se pueden percibir del deudor tanto bienes como derechos.

¹²⁵⁶ AZNAR GINER E., *Mediación concursal: los acuerdos extrajudiciales de pago*, ed. Tirant lo Blanch, 2014, pág.93.

Esta notable permisividad no es ni mucho menos irrelevante, si se tiene en cuenta que el acuerdo extrajudicial de pagos supone una excepción a la máxima civilista de prohibir la imposición de contratos a terceros disidentes o no participantes (*res inter alios acta*) ex art.1257 CC. Pongámonos en la peor situación imaginable: acuerdo extrajudicial de pagos liquidatorio -práctica totalidad de cesión de bienes- votado a favor por parte del acreedor *especialmente relacionado* que ostentara un 75% del pasivo del deudor, por ejemplo, derivado de un préstamo participativo entre matriz y filial. El art.239.2 LC no contempla dentro de sus tasadas causas de impugnación del acuerdo este tipo de situaciones.

Tras la reforma operada sobre el art.238 LC, mediante el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, nos encontramos con una mimetización del régimen de mayorías reforzadas o cualificadas previsto en los arts.3 y 4 de la Disposición Adicional Cuarta LC, por tanto, también incorporándose la trascendente posibilidad de extender *ex lege* los efectos de un acuerdo extrajudicial de pagos sobre aquellos acreedores titulares de garantías reales (art.238.bis LC).

En cuanto al régimen de mayorías cualificadas, aunque se mantiene el quórum del 60% para la aprobación de un acuerdo extrajudicial, por tanto algo superior al mínimo del convenio concursal (50%), el nuevo art.238.1.b) LC contempla un quórum todavía más elevado (75%) para la imposición de acuerdos que contemplen una espera superior a 5 años, quitas mayores del 25% o la cesión de bienes o derechos. Sin embargo, a diferencia del quórum mínimo (51%) exigido para la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación sobre los acreedores firmantes, opción aquí inexistente, junto con la severa limitación al 25% de quita (art.238.1.a) LC), nos hace pensar que muy probablemente la mayoría de acuerdos acaben por necesitar alcanzar el heroico quórum de nada menos que el 75% del pasivo potencialmente afecto.

Por su parte, respecto de los acreedores titulares de garantías reales, en la línea marcada últimamente por nuestro legislador y que parece decidida a superar el sistema tradicional de inmunidad de la garantía real, de nuevo ser titular de tal garantía real no garantiza -valga la redundancia- siquiera formalmente el crédito en cuestión, ya sea en sede concursal por razón de la limitación del privilegio especial al valor razonable del bien (art.90.3 LC), en sede de refinanciación antes estudiada (art.4 de la Disposición Adicional Cuarta LC), y ahora también bajo esta suerte de expediente de jurisdicción voluntaria (art.238.bis LC).

Se trata ésta de una política legislativa que deriva de aplicar la ya referida regla del *loan to value ratio* (relación préstamo-valor) y para cuyo cálculo, en el ámbito del presente Título X, entendemos que puede tanto aplicarse como prescindirse -a cambio de otros valores justificados- de lo dispuesto en el art.94.5 LC.

En consecuencia, cabe concluir que ser titular de una garantía real no evitará la sujeción a los efectos del acuerdo extrajudicial de pagos, por la parte del crédito que exceda del valor de dicha garantía (art.238.1 LC). Todavía más, aquella otra parte del crédito que sí cubra tal garantía aún podría verse sujeta a los efectos del acuerdo igualmente, para lo

cual se introduce una suerte de mayorías súper cualificadas (art.238.bis.3 LC), de idéntico contenido porcentual que las previstas en el art.4 de la Disposición Adicional Cuarta LC y algo superiores a los porcentajes exigidos para la extensión subjetiva del convenio concursal sobre este tipo de acreedores (art.134.3 LC).

Por su parte, es de criticar la norma vinculatoria sombríamente contenida en el art.238.bis.2 LC, que pese a su aparentemente inocua redacción en realidad encierra una regla absolutamente disuasoria para que el acuerdo extrajudicial de pagos encuentre los máximos apoyos posibles para su aprobación.

En este sentido, el art.238.bis.2 LC determina que aquel acreedor con garantía real que votó a favor del acuerdo extrajudicial de pagos, por la parte de su crédito que excediera del valor de tal garantía, queda entonces vinculado al mismo en su totalidad: tanto para dicho sobrante no cubierto por la garantía, como por el restante de su crédito sí reconocido como cubierto.

Esta norma, aunque comprensible en términos de coherencia -el acreedor que vota favorablemente al acuerdo no debería ponerlo en posible riesgo desentendiéndose del mismo respecto de su crédito garantizado-, no deja de suponer un absoluto desincentivo y total rigidez para este particular tipo de acreedor, quien por seguro va a preferir entonces no votar en modo alguno y quedar a resultas de si se alcanzan las respectivas mayorías (art.238.1 y 238.bis.3 LC). Huelga advertir que este efecto, evidentemente disuasorio, es de todo menos beneficioso a los intereses del deudor a la hora de negociar los apoyos necesarios para lograr la aprobación del acuerdo extrajudicial de pagos. Piénsese, además, la casi segura presencia de acreedores con garantía real -con origen causal en préstamos hipotecarios para vivienda- en un contexto de insolvencia o preinsolvencia de persona física.

El art.238.2 LC ordena que la aceptación del plan de pagos debe suponer, inmediatamente, su elevación a escritura pública para así poder *cerrar el expediente* y comunicar dicho cierre al Juzgado que hubiera sido conecedor de la previa comunicación preconcursal ex art.5.bis.1.II LC, junto con su debida publicidad tanto en el BOE como en el Registro Público Concursal.

¿Cómo practicar dicha elevación a escritura pública? La solución más práctica debería pasar por que comparezcan el deudor, el mediador concursal -éste como elaborador del plan de pagos y como garante del resultado de la votación- e incluso un acreedor representante de todos los acreedores que votaron a favor del acuerdo, si bien ciertamente la comparecencia de los acreedores adheridos resulta del todo potestativa¹²⁵⁷.

¹²⁵⁷ Ello en clara diferencia con el art.25.1 LMED, según recuerda CABANAS TREJO, R., “Efectos de la iniciación del expediente de acuerdo extrajudicial de pagos tras el RDL 1/2015 y la Ley 9/2015”, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, ed. Wolters Kluwer, 2015, nº 23.

¿Y si se aceptara el plan de pagos pero luego no se practicara dicha elevación a público del mismo? Ante el silencio de la norma, conforme a la regla general del art.1279 CC entendemos que la sola aceptación del plan de pagos no podría otorgar eficacia al acuerdo en los términos del art.240 LC, debiendo las partes acudir a la clásica herramienta de compelerse para formalizar dicha escritura.

Cuestión distinta es que, el mediador concursal, oportunamente hubiera recogido mediante acta la reunión con los acreedores manifestando la aceptación del plan de pagos en quórum suficiente para ello, siendo lo más deseable hacer constar la firma y representación de todos los acreedores asistentes junto con el sentido de su voto. En tal supuesto, entendemos que dicho documento podría al menos utilizarse como motivo de oposición en sede de procesos ejecutivos extraconcursales ex art.556.1.II o 557.1.5º LEC, incluso vía art.695.1.2º LEC en las ejecuciones hipotecarias, siendo que en este último caso no restaría cantidad por la que hubiera de seguirse la ejecución.

En cualquier caso, ante lo indeseable de esta situación, se hace inevitable prever con suficiente antelación la práctica de dicha escritura y los oportunos poderes que deban conferirse a tal fin, teniendo en cuenta la inherente pluralidad de partes acreedoras. Otra solución, tal vez la más idónea, podría ser concertar la propia *reunión* (art.237 LC) en una oficina notarial para así acto seguido proceder a la elevación a público del acuerdo en su caso aceptado.

2.7 Tratamiento y pretensiones de los acreedores: impugnación e incumplimiento del acuerdo (arts. 237, 239 y 241 LC).

El tratamiento a los acreedores en el procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos es, como bien apuntaba CARRASCO PERERA¹²⁵⁸, uno de los aspectos más llamativos si se atiende a la naturaleza supuestamente mediadora de este procedimiento.

De entrada, si los acreedores no atendieran la convocatoria que debe realizar el mediador concursal a aquellos que *figuren en la lista presentada por el deudor*, ex art.234.1 LC, y por ende deciden no acudir a la *reunión* fijada, éstos se verían perjudicados con la subordinación de sus créditos en caso de posterior concurso de su deudor, ex art.237.1 LC. Continúa, por cierto, pendiente de reformar el art.92 LC para incluir dicha causa de subordinación crediticia.

A pesar de todo, la liberación de esta carga procedimental se supera fácilmente con manifestar la aprobación u oposición por parte de dicho acreedor a la propuesta de acuerdo remitida a éstos (art.237.1 LC), ello en el plazo de diez días naturales anteriores a dicha reunión convocada por el mediador concursal. Asimismo, aunque no lo aclara expresamente el citado precepto, resultaría contrario a la *ratio legis* del mismo sostener que si el acreedor manifestara su oposición incluso con anterioridad al referido plazo,

¹²⁵⁸ CARRASCO PERERA, A., “Los nuevos Mediadores Concursales”, Actualidad Jurídica Aranzadi, ed. Aranzadi, núm.872/2013.

lejos de premiar dicha diligencia se le castigara con la subordinación por no cumplir *stricto sensu* con el plazo legalmente marcado para ello.

Del mismo modo, obsérvese que dicha política de subordinación, en aras de fomentar la participación de los acreedores en el expediente, no opera respecto de aquellos que resultaran titulares de una garantía real. Supuesto distinto sería aquel en el que un acreedor titulara créditos asegurados con garantía real y otros créditos no asegurados, en cuyo caso entendemos debiera operar la subordinación sobre estos últimos si se dan los presupuestos del art.237 LC.

El art.237.1 LC únicamente vincula dicha subordinación *fracasada la negociación*, por lo que *a sensu contrario* y desde una interpretación restrictiva aplicable a toda norma sancionadora -y de esta naturaleza participa el art.92 LC-, cabe sostener que la subordinación crediticia no debería tener lugar en los supuestos de anulación del acuerdo o bien por incumplimiento del mismo, ex arts.239 y 241 LC, respectivamente, ni desde luego cuando la llamada *reunión* ni siquiera acabara teniendo lugar. De nuevo, ello tiene su lógica en no premiar al deudor con una subordinación que, pese a la posible indiligencia del acreedor al tiempo de dicha reunión, ha terminado por darle la razón en cuanto a la inviabilidad del plan de pagos aceptado en su momento por sus homólogos.

¿Y si el deudor omite, ya sea por error o maliciosamente, ciertos pasivos en la documentación de su solicitud ex art.232.2 LC?

Ante el silencio legislativo y las limitadas facultades materiales del mediador concursal, quien debe atenerse a comprobar la existencia y cuantía de los créditos que sí figuren (art.234.1 LC), cabe temerse que si el acreedor no incluido -y por tanto no convocado a la *reunión*- no reacciona en el escueto plazo de diez días desde la publicación del acuerdo (art.239.1 LC), con cierta injusticia deberá soportar los perniciosos efectos del art.240.1 LC: en esencia, la quita y la espera pactadas, junto con la prohibición de iniciar o continuar ejecuciones contra el deudor por las deudas anteriores a la publicación de la apertura del expediente¹²⁵⁹.

Ha de recordarse que, además, tal deudor puede llegar a solicitar a la cancelación -que no mera suspensión¹²⁶⁰ - de los correspondientes embargos que se encontraran ordenados, con la correspondiente pérdida de *rango* que dicha cancelación implica sobre el embargante (arts.610 y 611 LEC). Esta cancelación de embargos es atribuida competencialmente al mismo juez que la ordenó, como correctamente prevé el o art.240.1 LC, pues el art.568 LEC está limitado a supuestos de suspensión.

¹²⁵⁹ En el caso de iniciarse nuevas ejecuciones por estas deudas entendemos que el deudor podrá oponerse vía art.556.1.I LEC, que regula la oposición frente a la ejecución de títulos judiciales o arbitrales, o bien vía art.557.1.5º LEC, relativo a las causas de oposición frente a los restantes títulos ejecutivos.

¹²⁶⁰ Se observa así una considerable diferencia, en perjuicio del acreedor ejecutante, con lo dispuesto en el art.55.2 LC -suspensión- en sede de concurso y lo contradictorio de que en una situación de mero precurso tales efectos resulten más enérgicos.

En cualquier caso, lo cierto es que el único trámite procedimental previsto para reaccionar frente a la aprobación de un acuerdo extrajudicial de pagos parece ser el de la pretensión de impugnación, sin efectos suspensivos (art.239.2 LC), ejercida frente a dicho acuerdo y ante el juez del concurso competente del potencial concurso del deudor (art.239.1 LC). Como no podía ser de otro modo, dicha impugnación se tramitará vía incidente concursal, ex art.239.3 LC en relación con el art.192 LC, cuya naturaleza se sitúa como un híbrido entre el juicio ordinario y el verbal regulados en el proceso civil.

Una vez más, se observa en el derecho concursal la limitación sobre el derecho de tutela judicial efectiva de los acreedores, esta vez no tanto por la legitimación activa conferida para el ejercicio de la pretensión impugnatoria, ex art.239.1 LC¹²⁶¹, sino más bien por las causas que el art.239.2 LC tasa a continuación para poder impugnar el acuerdo extrajudicial de pagos que se hubiera aceptado.

Así las cosas, retomando el ejemplo del acreedor indebidamente excluido del procedimiento extrajudicial, aunque el art.239.1 LC le otorgue legitimación activa para instar la pretensión impugnatoria, a continuación el art.239.2 LC exige que dicha exclusión acaecida resultara relevante como para determinar la falta de concurrencia de la mayoría del art.238.1 LC.

Si no fuera el caso, entonces sólo restaría al acreedor accionante fundar su pretensión en la superación de los límites formales que contempla el art.236.1 LC, o bien por la desproporción de la quita o mora exigidas, siendo esta última causa probablemente la más concurrente en la práctica dada su notoria ambigüedad. Dicha limitación en las causas que pueden fundar la pretensión impugnatoria también supone aceptar, por ejemplo, que no cabría fundar la impugnación en irregularidades cometidas por el mediador concursal respecto de la *reunión* o la propia convocatoria, al no hallarse dentro de las causas que contiene el citado art.239.2 LC, por lo que en su caso éstas deberán dirimirse en atención a la responsabilidad de su cargo (art.26 y ss. RMED).

De acordarse la anulación (art.239.4 LC) del acuerdo extrajudicial de pagos, surge la duda de si la correspondiente sentencia anulatoria debe contener en su fallo la apertura inmediata del llamado *concurso consecutivo*. A diferencia de lo que ocurre en aquellos supuestos expresamente previstos en los arts.236.4, 238.3 y 241.3 LC, preceptos que confieren la carga procesal sobre el mediador concursal de instar el *concurso consecutivo*, en el supuesto de la anulación judicial del acuerdo extrajudicial de pagos parece razonable que sea la propia sentencia anulatoria la que ordene (de oficio) la declaración del concurso consecutivo del deudor (art.239.6 LC).

¹²⁶¹ Establece dicho precepto legitimación activa al *acreedor que no hubiera sido convocado o no hubiera votado a favor del acuerdo o hubiera manifestado con anterioridad su oposición en los términos establecidos en el artículo 237.1 podrá impugnarlo ante el juzgado que fuera competente para conocer del concurso del deudor.*

Con base en dicho generoso contenido cabría argumentar, por ejemplo, que también se encuentra legitimado activamente aquel acreedor titular de un crédito asegurado con garantía real, aunque no fuera a sufrir *ex lege* los efectos del acuerdo.

Ahora bien, en el plano doctrinal este posible fenómeno podría cuestionar -todavía más- el principio dispositivo que de modo intermitente parece regir el proceso concursal, del cual ya ni podría decirse que se inicia siempre por petición de parte sino también *ex officio*. En las Conclusiones de los Magistrados de lo Mercantil de Madrid, sobre criterios de aplicación de la reforma de la Ley de apoyo a emprendedores, de fecha 11 de octubre de 2013, se afirma dicho proceder en la apertura de oficio del concurso consecutivo a través de la misma sentencia anulatoria del acuerdo.

Frente a la sentencia anulatoria del acuerdo extrajudicial de pagos, y en contraposición a aquella otra sentencia que homologara un acuerdo de refinanciación, el art.239.5 LC sí permite su recurribilidad por medio de apelación.

¿La interposición de tal recurso de apelación lleva consigo la suspensión de tales efectos anulatorios y consiguiente apertura del concurso consecutivo?

Conforme a las normas procesales civiles, se hace necesario recordar el carácter no suspensivo de la institución de la apelación, pero también hay que preguntarse el sentido o efectividad que tendría un pronunciamiento revocatorio en sede de apelación si el concurso consecutivo ya estuviera declarado. ¿Acaso supondría su abrupta conclusión? Como norma general parece que así debiera ser acogiéndonos al art.176.1.1º LC, puesto que la declaración de concurso consecutivo tiene lugar mediante auto y en la misma forma resolvería la Audiencia Provincial.

El problema radica en qué ocurre si dicha declaración de concurso consecutivo vino provocada por una sentencia -que no auto- revocatoria en segunda instancia de aquella otra sentencia desestimatoria de la pretensión impugnatoria (art.239 LC). Parece, de nuevo, que no queda otra que apartarse de cualquier ánimo perfeccionista y bruscamente aplicar por analogía, sino sentido común, el mismo art.176.1.1º LC.

Por último, en lo que se refiere a la pretensión de incumplimiento del acuerdo extrajudicial, pese a la existencia del art.241 LC -como precepto encargado de regular su ejercicio- su configuración está lejos de ser clara.

En efecto, por una parte se exige el extraño cometido al mediador concursal de *supervisar* el cumplimiento del acuerdo, lo que le exigirá requerir al deudor de cierta información periódica sobre dicho cumplimiento, tal vez con periodicidad semestral ante el silencio de la norma, basándose por analogía en lo que sucede durante la ejecución de un convenio concursal ante el juez del concurso (art.138 LC).

Así pues, si el mediador estimara que el acuerdo extrajudicial de pagos ha resultado incumplido, se le impone la carga de instar el concurso -que será consecutivo-

presumiéndose *iuris tantum*¹²⁶² que el deudor resulta insolvente (art.241.3 LC) como presupuesto objetivo del concurso consecutivo.

Cabe plantearse si la demanda del mediador concursal debe proveerse conforme al art.15.2 LC -con trámite de contradicción- para que el deudor pueda desplegar la resistencia que considere oportuna. Bajo dicho trámite procedimental se ha considerado proveer en el Auto de 20 de junio de 2014, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Alicante¹²⁶³, lo que parece la opción más razonable, aun por simples motivos de evitar cualquier indefensión al deudor y por no hallarnos ante la misma certeza certificativa que exige el privilegio procedimental del art.15.1 LC (provisión sin principio de contradicción en supuestos de declaración administrativa o judicial de insolvencia).

De igual modo, la LC tampoco se ocupa de regular la sustanciación procesal de la pretensión de incumplimiento que fuera instada por un acreedor, más allá de reconocer su legitimación activa a tal fin en el art.242.1 LC.

Ante esta carencia, sólo se vislumbran dos alternativas: la primera, apelar a la proximidad funcional y teleológica de los arts.140 y 192 LC, relativos a la pretensión de incumplimiento del convenio concursal y del incidente concursal común aplicable supletoriamente en ausencia de otra tramitación, preceptos además entrelazados respectivamente; la segunda alternativa, apelar al cauce de la demanda de concurso necesario por encuadrarse la pretensión de incumplimiento y su legitimación activa en el art.242.1 LC, esto es, dentro del llamado concurso consecutivo, así como porque su estimación produciría la apertura del mismo. De seguirse esta interpretación, su sustanciación deberá efectuarse conforme al art.15.2 LC y no al excepcional art.15.1 LC, es decir, concediendo la debida audiencia al deudor para su posible resistencia (arts.18 y 19 LC).

De las dos opciones, lamentando una mayor falta de previsión legal y sin perjuicio del desarrollo práctico de estas cuestiones, tiene mayor encaje funcional con las restantes pretensiones -la del deudor y la del mediador concursal- apostar por la sugerida interpretación que defiende una sustanciación en forma de concurso necesario vía art.15.2 LC. Esta fue, además, la posición alcanzada por mayoría en las Conclusiones de los Magistrados de lo Mercantil de Madrid sobre criterios de aplicación de la reforma de la Ley de apoyo a emprendedores, de fecha 11 de octubre de 2013, así como en el antes citado Auto de 20 de junio de 2014, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Alicante¹²⁶⁴ respecto del mediador concursal.

¹²⁶² Nada dice el precepto sobre el carácter de dicha presunción, sin embargo, debemos inclinarnos por considerarla *iuris tantum* a la vista del espíritu que desprende el trámite procedimental con posibilidad de oposición (art.15.2 LC) previo a la declaración de concurso consecutivo, como a continuación se explica.

¹²⁶³ JUR 2014\223994.

¹²⁶⁴ JUR 2014\223994.

Tampoco regula la LC si, en lo que se refiere al acreedor demandante, es suficiente con que éste acredite el incumplimiento del acuerdo extrajudicial de pagos, o si por el contrario también debe valorarse como *causa petendi* la situación de solvencia del deudor, a modo de presupuesto objetivo del concurso consecutivo. Bien puede suceder, aunque resulte extraño, que el deudor se niegue a cumplir con el acuerdo adoptado pero en cambio no resulte insolvente.

Dicha singularidad se resuelve afirmando que será suficiente la sanción del incumplimiento del acuerdo extrajudicial como para declarar el concurso consecutivo, de igual modo que sucede en el incumplimiento del convenio concursal (art.140 LC), pues el presupuesto objetivo del concurso consecutivo no se identifica necesariamente con la insolvencia del art.2.2 LC. Se trata de una situación, en realidad, más beneficiosa que la simple presunción *iuris tantum* concedida al mediador concursal (art.241.3 LC), sin perjuicio de la hipotética e insólita aplicación posterior del art.176.1.4º LC como causa de conclusión por superación de la insolvencia.

Finalmente, cabe plantearse si un acreedor del deudor pero ajeno al acuerdo extrajudicial de pagos ostenta legitimación activa para demandar su incumplimiento. La respuesta, para este particular supuesto, de nuevo puede tomar su base en la tesis restrictiva que ha venido defendiéndose¹²⁶⁵ respecto de la demanda por incumplimiento de convenio concursal, debiendo pues concluir que sólo el acreedor directamente sujeto al acuerdo extrajudicial de pagos se encuentra legitimado para demandar su incumplimiento.

2.8 El concurso consecutivo: su especial tramitación y efectos (art.242 LC).

Aun a modo de cierre, debemos dedicar unas líneas a la creación del concurso consecutivo, una de las principales novedades que de modo concentrado se disciplina en el art.242 LC. Esta parquedad en su regulación guarda cierta lógica, ya que no se trata de una nueva modalidad de procedimiento -a sumar al ordinario y abreviado (art.190 LC)-, sino que sencillamente incorpora a aquel *abreviado* (art.242.2 LC) determinadas especialidades fruto de los hechos que le preceden¹²⁶⁶, de ahí su calificativo semántico de consecutivo.

Como ya se ha dicho, el concurso consecutivo solamente puede tener lugar en una serie de supuestos tasados, concretamente los que regulan los arts.236.4 (imposibilidad de alcanzar un acuerdo), 238.3 (rechazo al plan de pagos), 239.6 (anulación judicial del acuerdo aceptado) y 241.3 LC (incumplimiento del plan de pagos), que como se verá al final vienen a recoger prácticamente todas las posibilidades dables.

¹²⁶⁵ Por todas, vid. Sentencia núm.358/2012, de 10 de septiembre, de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4º (JUR 2012\323746).

¹²⁶⁶ En el mismo sentido lo define CAMPUZANO, A., en AA.VV., *El derecho de la insolvencia: el concurso de acreedores*, ed. Tirant lo Blanch, 2015, pág.66.

Desaparece así, o cuanto menos puede no concurrir, el clásico presupuesto objetivo de la insolvencia *no inminente* regulado en el art.2.2 LC¹²⁶⁷, fundada en la noción de la regularidad y prevista para el concurso necesario; pues baste aquí, por ejemplo, con que el acuerdo extrajudicial de pagos (art.236 LC) fuera impugnado por alguna de las causas previstas en el art.239.2 LC y que nada tienen que ver con dicho presupuesto.

En efecto, el art.239.6 LC no impide la declaración del concurso consecutivo en hipotética consideración última al elemento de la insolvencia, sino que automáticamente anuda dicha declaración de concurso como consecuencia de estimarse por el juez del concurso la referida impugnación. Un segundo ejemplo de esta *sustitución en el presupuesto objetivo* se desprende del art.241.3 LC, si bien en esta concreta vía procesal tal presupuesto (la insolvencia) no desaparece sino que más bien *-fictio iuris-* se considera inherente a la concurrencia del incumplimiento del acuerdo extrajudicial de pagos. En cualquier caso puede concluirse, en definitiva, que en el concurso consecutivo existen distintos presupuestos *objetivos* y regulados en cada una de sus tres citadas vías procesales para su posible declaración, ajenos así a aquel otro del art.2.2 LC.

Dada cuenta de la reforma del art.85.6 LOPJ, operada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, que atribuye a los juzgados de primera instancia la competencia objetiva de aquellos procesos concursales de persona física no empresario, se ha producido algún supuesto¹²⁶⁸ en el que el inicio del acuerdo extrajudicial de pagos previo fue seguido ante el juzgado de lo mercantil aun a meros efectos de jurisdicción voluntaria (arts.5.bis.1.II y 233.3 LC), y sin embargo, el posterior concurso consecutivo ha debido seguirse ya con base en la reformada norma competencial.

Comoquiera que aquel procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos no guarda el carácter de proceso como tal, ni hubo ejercicio de jurisdicción alguna, esta aparente anormalidad procesal en realidad no plantea problemas frente al principio general de *perpetuatio iurisdictionis*.

En materia de postulación para demandar el concurso consecutivo, se introduce una excepción al régimen general de postulación previsto en el art.184.2 LC, en el sentido de que no será necesario procurador en los concursos consecutivos de todo tipo de persona física empresario o simple consumidor, según dispone sin mayor distinción la Disposición Adicional Tercera de la Ley 25/2015, de 28 de julio. Dictaminada dicha excepción, en supuestos de acogimiento a asistencia jurídica gratuita entendemos que - no siendo preceptiva la representación procesal mediante procurador- no procederá su concesión aunque sea solicitada y salvo que el juez del concurso así la considerara oportuna mediante auto motivado (art.6.3 LAJG).

¹²⁶⁷ Así lo advierte también BAENA, P.J., “El concurso consecutivo”, Anuario de Derecho Concursal, ed. Civitas, núm.33/2014.

¹²⁶⁸ Por su singularidad, destacamos el Auto de 9 de febrero de 2016, del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid (JUR 2016\45530).

En cuanto a la legitimación activa para instar el concurso consecutivo, el art.242.1 LC hace referencia al deudor y sus acreedores, junto con el mediador concursal.

Centrándonos en la legitimación activa del mediador concursal, además de constituir un supuesto de legitimación extraordinaria expresamente previsto en el art.3.1 LC y limitado a las causas del Título X de la LC, queda expresamente obligado a ello en los referidos supuestos que contemplan los arts.236.4, 238.3 y 241.3 LC, so pena de incurrir en responsabilidad, mientras que el deudor mantiene dicha carga procesal por necesaria aplicación del art.5.bis.5 LC, que le *obliga* a presentar demanda de concurso en el plazo regulado (tres meses más uno) si no ha conseguido superar su estado de insolvencia, *haya alcanzado o no un acuerdo extrajudicial de pagos*, por tanto incluso resultando irrelevante la aceptación de dicho plan de pagos por los acreedores, en relación con dicha carga sobre el deudor.

En la demanda de concurso consecutivo instada por el mediador concursal, se adicionan como cargas procesales adicionales, a modo de requisitos de procedibilidad, aquellos documentos exigidos en el art.242.2.1ª LC entre los cuales destaca -por su trascendencia- un informe concluyente acerca de la posible condonación de deudas a los efectos del art.178.bis LC¹²⁶⁹.

En cuanto a la provisión del concurso consecutivo, previa a su declaración estimatoria, su sustanciación deberá tramitarse conforme a las normas previstas para la demanda de concurso necesario (vía art.15.2 LC) respecto de la petición del mediador o de cualquier acreedor, o bien conforme al concurso voluntario (art.14 LC) respecto del propio deudor, respectivamente, toda vez que los únicos acreedores legitimados resultan aquellos efectivamente sujetos al acuerdo extrajudicial de pagos incumplido.

Luego está, además, el interrogante acerca de si la sentencia de anulación de un acuerdo extrajudicial de pagos, fruto de la estimación de una pretensión impugnatoria ex art.239 LC, debe contemplar la apertura *ex officio* del concurso consecutivo. Se trataría de la opción más natural y acorde con el principio de economía procesal, pero sin duda provocaría la ruptura de la iniciación de parte del proceso concursal, y, con ello, se pondría en jaque la ubicación del principio dispositivo dentro este especial proceso civil.

No especifica el legislador el carácter *voluntario* o *necesario* del concurso consecutivo, debiendo entender por interpretación sistemática (*en los demás casos* según reza el art.22 LC) que será *necesario* cuando el mismo fuera instado por el mediador concursal o por cualquier acreedor¹²⁷⁰. Aunque también es cierto, no debe olvidarse, que pese a la generosa letra del art.22.1 LC que ahora nos permitiría dicha interpretación, en realidad

¹²⁶⁹ Respecto de la importancia de dicho informe valorativo, en relación con el art.176.bis.4.II LC, es de interés el Auto núm.69/2017, de 21 de abril, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª (JUR 2017\178960).

¹²⁷⁰ Auto de 7 de enero de 2016, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Segovia (JUR 2016\71460).

la *ratio* de este precepto -anterior a la creación del Título X- sólo estaba fundada para denominar *necesario* al concurso demandado por un acreedor.

Más difícil se hace aventurar el trámite de provisión de dicha demanda de concurso necesario, teniendo en cuenta su ya referida subdivisión procedimental en los art.15.1 y 15.2 LC en función del título habilitante que fundara tal demanda.

El repetitivo mandato de *inmediatez* para la demanda de concurso que se impone al mediador concursal, así como atendiendo a su presumida condición de neutralidad, hace pensar que la provisión de su demanda de concurso deba realizarse *inaudita parte* (art.15.1 LC), mientras que si el demandante resultara un acreedor parece más prudente decantarse por el trámite ordinario del art.15.2 LC, que concede una previa fase de contradicción al deudor (arts.18 y 19 LC).

Sin embargo, dentro de la escasa práctica jurisprudencial existente a la fecha, el Auto de 20 de junio de 2014, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Alicante¹²⁷¹, procedió a proveer conforme al art.15.2 LC la demanda de concurso instada por el mediador concursal ante la imposibilidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos. La misma postura se alcanzaba, por mayoría, en las ya citadas Conclusiones de los Magistrados de lo Mercantil de Madrid sobre criterios de aplicación de la reforma de la Ley de apoyo a emprendedores, de fecha 11 de octubre de 2013.

Cuestión distinta es que durante la fase de cumplimiento del acuerdo extrajudicial de pagos aprobado, un acreedor externo al mismo o titular de otros créditos no afectos frente al deudor, instara una demanda de concurso necesario conforme a los presupuestos del art.2.4 LC, siendo en este caso que el concurso -si se declara tras los trámites oportunos- tendría el carácter de necesario pero ya no sería *consecutivo*, al no derivar de las causas que contempla el Título X de la LC (art.242.1 LC)¹²⁷².

Una vez declarado este hipotético concurso *externo* al acuerdo extrajudicial de pagos y por ende *no consecutivo*, resultaría inevitable el ulterior incumplimiento del acuerdo extrajudicial en curso, por mor de los efectos de la declaración de concurso sobre los créditos concursales ex art.49 LC. En principio, no parece que quepa en estos casos la admisibilidad de una posterior demanda de concurso consecutivo por tal incumplimiento, ya la formule el mediador concursal o cualquier acreedor, puesto que el concurso al que se refiere el art.242.1 LC (*el que se declare...*) ya habría sido precisamente declarado y por tanto no concurriría una legitimación *ad causam*.

Si el deudor quisiera evitar el régimen del concurso consecutivo, podría defenderse que será suficiente con que demande su concurso voluntario fundamentado en causas ajenas al incumplimiento del plan de pagos.

¹²⁷¹ JUR 2014\223994.

¹²⁷² Así se entiende también por el Magistrado-Juez NIÑO ESTEBÁNEZ, R., en AA.VV., *Ley Concursal Comentada*, ed. El Derecho, 2014, pág.727.

En cuanto a la valoración de esta conducta -posiblemente abusiva, ya que será difícil pretender la autonomía de la causa de la insolvencia frente al incumplimiento del plan en sede de calificación concursal, no parece que la misma encaje como causa que agravara o generara el estado de insolvencia del deudor, más bien incluso podría argumentarse lo contrario, por lo que fácilmente podría quedar impune de efectos en sede calificatoria. Así pues, y ante la falta de un principio de contradicción a los acreedores en las provisiones de demandas de concurso voluntario (art.14 LC), sólo queda por saber si el juez del concurso apreciaría un fraude de Ley (art.6.4 CC) por esta conducta del deudor realizada en evitación del concurso consecutivo.

En las Conclusiones de los Magistrados de lo Mercantil de Madrid sobre criterios de aplicación de la reforma de la Ley de apoyo a emprendedores, de fecha 11 de octubre de 2013, se resuelve esta cuestión directamente por considerar que toda demanda de concurso instada por el deudor, bajo el régimen del Título X de la LC, tendrá irremediamente el carácter de concurso consecutivo, incluso aunque la formulara antes de agotar el plazo previsto en el art.5.bis.5 LC.

Como ya se ha anticipado, conviene incidir en el particular régimen que regula el concurso consecutivo. Con la redacción originaria del art.242 LC, considerábamos especialmente gravoso que la declaración del concurso consecutivo conllevara una simultánea apertura de oficio de la fase de liquidación. De este modo se prescindía, erróneamente ¹²⁷³, de escenarios intermedios como los que prevén los sistemas concursales alemán y belga, que permiten la posibilidad de un acuerdo judicial que siga al fracaso de la fase preconcursal extrajudicial -máxime si éste exige un mayor quórum para su aprobación-, antes de iniciar una posible liquidación concursal.

Pues bien, tras la reforma operada por el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, luego confirmada por la Ley 25/2015, de 28 de julio, el art.242.2.1º LC permite alternativamente la presentación de una propuesta anticipada de convenio, cuya tramitación se ajustará a lo dispuesto en el art.191.bis LC, esto es, mediante su posible aprobación por escrito, siempre que dicha propuesta anticipada haya sido admitida a trámite (art.242.2.7ª LC), lo que a su vez nos conduce necesariamente a los requisitos de contenido del art.106 LC. Por el contrario, en ningún caso será posible -procesalmente- en el concurso consecutivo alcanzar la fase de convenio ordinaria, tal como se desprende de una lectura conjunta de los arts.242.2.1º y 242.2.8º LC.

Aun reconociendo la mejorada flexibilidad que ahora presenta el art.242 LC, su modificada regulación sobre este punto nos plantea, a su vez, nuevos interrogantes.

¹²⁷³ En contra, GALLEGO SÁNCHEZ, E., “La mediación concursal”, Anuario de Derecho Concursal, ed. Civitas, núm.31/2014.

Quien consideraba que *permitir que el deudor intente un convenio judicial con los acreedores cuando estos no han aceptado el convenio extrajudicial únicamente retrasa la solución de la crisis y genera gastos inútiles.*

En primer lugar, conviene recordar que la aparente libertad de elección -liquidación o propuesta anticipada de convenio- recaerá en el mediador concursal, y no en el deudor, en los casos en que aquel haya resultado el instante del concurso. No sucede así, al menos, en aquellos supuestos en que el demandante del concurso fuera un acreedor, en cuyo caso el deudor dispone de la facultad -en exclusiva- de presentar una propuesta anticipada de convenio o un plan de liquidación (art.242.2.1º.IV LC). Aunque no se trata del primer supuesto en que la LC contempla que el deudor pueda presentar su propio plan de liquidación (art.190.ter LC), no deja de llamar la atención esta subdivisión en múltiples configuraciones procedimentales en función del demandante del concurso consecutivo.

Por otra parte, el renovado régimen de flexibilidad no opera respecto de la persona física no empresario, siendo que el art.242.bis.1.10º LC mantiene para éstos el efecto de la apertura automática de la fase de liquidación, por tanto sin que puedan gozar del régimen alternativo de la propuesta anticipada de convenio.

Con el también renovado régimen de condonación o *discharge* concursal, ahora recogido en el art.178.bis LC, no parece que la pérdida de poder obtener una propuesta anticipada de convenio suponga un especial drama o perjuicio respecto del concursado persona física, quien seguramente abogaría por dicha solución liquidatoria y condonatoria aunque dispusiera de ambas opciones. Dada su identidad procedimental, nos remitimos a las consideraciones ya realizadas respecto del procedimiento de *discharge* o condonación concursal.

Con independencia de la posible existencia de una solución liquidadora y otra conservativa, lo cierto es que en ambos supuestos el juez del concurso procederá -como regla general- a la designación como administrador concursal de quien hubiera actuado hasta entonces como mediador concursal (art.242.2.2º LC). Recuérdese la posibilidad de que pudiera tramitarse un expediente de acuerdo extrajudicial de pagos sin mediador designado, cuando dicho expediente se tramitara sobre una persona física no empresario (art.242.bis.1.3º LC).

Dicha circunstancia supone, *de facto*, la asunción de las funciones del mediador concursal por parte del notario competente. Sin embargo, tratándose de una mera asunción de funciones y no ostentando, solemnemente, el cargo de mediador concursal, no sería posible argumentar que el notario puede acogerse a la referida regla general contenida en el art.242.2.2º LC, salvo que además de ello expresamente cumpliera con las condiciones para resultar designado como administrador concursal (art.233.1 LC en relación con el art.27 LC).

Por otro lado, cuando sí existe mediador concursal previamente designado, en tales supuestos llama la atención que el art.242.2.2º LC exonere expresamente al otrora mediador concursal, convertido en administrador concursal, del deber de confidencialidad exigible en el Título X de la LC al amparo del art.9 LMED. La facilidad con la que el legislador resuelve esta diferenciación parece insuficiente, ante el presumible conflicto de intereses que puede darse entre ambas figuras, siendo que buena

parte de la doctrina incluso es partidaria de la *inconveniencia* de que el cargo de mediador concursal y el de administrador concursal recaigan sobre el mismo sujeto¹²⁷⁴.

En materia de pretensiones de reintegración concursal, es de interés destacar la referencia contenida -ahora- art.242.2.4º LC, mediante el cual se establece que *el plazo de dos años para la determinación de los actos rescindibles se contará desde la fecha de la solicitud del deudor al registrador mercantil o notario*.

¿Significa ello que no puedan atacarse actos posteriores a dicha solicitud pero anteriores al auto declarativo de concurso? En absoluto, puesto que la norma del art.71 LC continúa siendo aplicable conforme a su plazo ordinario, resultando el único fin lógico del art.242.2.4º LC el de poder retrotraer dicho cómputo desde el hito temporal de la solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos, pero sin excluir por ello el régimen temporal ordinario del art.71 LC¹²⁷⁵. El único límite parece pues la imposibilidad de rescindir el propio acuerdo extrajudicial de pagos, pues para ello ya existen otras herramientas, en concreto, la pretensión impugnatoria regulada en el art.239 LC.

Afortunadamente para los acreedores firmantes del acuerdo extrajudicial de pagos, dentro de este confuso y nuevo proceso concursal se verían al menos liberados de la carga procesal de insinuar sus créditos (art.242.2.5º LC en relación con el art.85 LC), debiendo el administrador concursal reconocer tales créditos directamente. Este premio a su voluntariedad en alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos es relativo, puesto que el término reconocimiento solamente implica la cuantía del crédito, que no su clasificación concursal, aspecto que no deja de ser fundamental.

En siguiente lugar, hemos de llamar la atención en el nuevo art.242.2.8º.II LC, relativo a la posible apertura de la sección de calificación, cuya redacción nos plantea las siguientes dudas. En primer lugar, ¿significa que, por primera vez en el proceso concursal, la apertura de la sección de calificación resulta potestativa y no imperativa, en función de que algún acreedor presente alegaciones interesando tal apertura? ¿Qué sucede si ningún sujeto realiza alegaciones pero se exceden los límites del *convenio no gravoso* previstos en el art.167.1.II LC? ¿Qué quiere decir el legislador con aquello de *escrito razonado*, necesario para interesar la apertura de tal sección de calificación?

Al margen de amonestar la falta de precisión técnica del legislador, al llamar *escrito razonado* a lo que parece contener un visible *petitum*, el sentido propio de las palabras utilizadas parece conducir a la conclusión de que el deudor concursado, ya sea persona física o jurídica, podrá evitar la apertura de la sección de calificación aunque su acuerdo extrajudicial de pagos resultara *gravoso* en los términos del art.167.1.II LC, siempre y cuando no se formule una demanda peticionando tal apertura por parte de cualquier

¹²⁷⁴ Por todos, LEONARDO ZORRILLA, L.A, “La mediación concursal como negociación extrajudicial de deudas de empresarios”, Revista General de Derecho Procesal, ed. Iustel, 2016, nº 40.

¹²⁷⁵ Así lo considera, igualmente, el Magistrado-Juez SENENT MARTÍNEZ, S., en su ponencia -inérita- impartida en el Congreso Nacional *La liquidación de las empresas en el concurso de acreedores*, celebrado en Madrid los días 13 y 14 de noviembre de 2014.

acreedor. Por el contrario, la *razonabilidad* de tal *petitum*, sí debería sujetarse a los requisitos orientativos del referido art.167.1.II LC, pues lo contrario supone admitir una subjetividad del todo incontrolable, lo que nos resulta inaceptable a la vista de la naturaleza cuasi penal que puede guardar dicha calificación concursal.

Finalmente, en el actual art.242.2.9º LC se realiza una remisión al régimen de condonación o *discharge* concursal sobre las personas físicas, ahora regulado en el art.178.bis LC que ya hemos tenido ocasión de comentar.

Cabe recordar que, en la redacción originaria del art.242.2.5º LC, se establecía un confuso y alternativo régimen de condonación de deudas en contraste con el entonces recogido en el art.178.2 LC¹²⁷⁶, siendo que algún autor¹²⁷⁷ incluso llegaba a sugerir al deudor *hacer números* para conocer qué escenario le convendría más en función de su estructura de pasivo -instar la vía preconcursal o directamente demandar el concurso-.

Sin perjuicio del régimen material que ahora contiene el art.178.bis LC, mejorando notablemente el sistema de condonación concursal de deudas y fomentando de este modo su utilización, el acceso a dicha condonación por la vía del acuerdo extrajudicial de pagos queda igualmente regulada en el art.178.bis.3.3º LC, precepto éste que exige haber intentado *celebrar* el acuerdo extrajudicial de pagos. A este respecto, no parece razonable que dicho *intento* se pueda entender cumplido con la mera presentación de la solicitud posteriormente inadmitida por el notario o registrador competente¹²⁷⁸, ya que ello provocaría un abuso por parte de sujetos que -pese a su ampliación- no cumplan con los presupuestos subjetivos u objetivos del Título X de la LC.

A primera vista el mentado art.178.bis.3.3º LC parece obligar al deudor a someterse a un previo expediente de acuerdo extrajudicial de pagos, si resultaba elegible para ello, interpretación ésta que cabe rechazar en atención a lo dispuesto a continuación en el art.178.bis.3.4º LC, y que expresamente contempla como admisible la omisión de dicho requisito. Cuestión distinta es que si el deudor, *alternativamente* al citado art.178.bis.3.4º LC, se acoge al régimen procedimental y de pagos del art.178.bis.3.5º LC, entonces necesariamente sí deberá haber intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos tal y como le ordena el art.178.bis.3.3º LC, cuya única vía de excepción de dicha obligación reside en el art.178.bis.3.4º LC, precepto a su vez incompatible con el art.178.bis.3.5º LC.

¹²⁷⁶ En la redacción original del art.242.2.5º LC, destinada al establecimiento de un régimen de condonación de deudas, no se exigía satisfacer el 25% de los créditos ordinarios que sí señala el art.178.2 LC en su redacción anterior al Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, pero a cambio no extendía la exoneración sobre los créditos de derecho público.

¹²⁷⁷ CUENA CASAS, M., “Ley de emprendedores y exoneración de deudas o fresh start.”, Anuario de Derecho Concursal, ed. Civitas, núm.31/2014.

¹²⁷⁸ CUENA CASAS, M., *Op.cit.*

Bajo el mismo espíritu *favor debitoris* cabe rechazar el aparente presupuesto de una específica calificación concursal fortuita que, en el contexto del acuerdo extrajudicial de pagos, parece exigir en el art.242.2.9º LC; baste pues con que no concurra una calificación concursal culpable ex art.178.bis.3.1º LC.

2.9 Especialidades sobre las personas físicas no empresarios (art.242.bis LC).

El art.242.bis LC no parte de la redacción originaria del Título X de la LC, creado mediante la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, sino que es introducido por el legislador mediante el posterior Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, luego confirmado por la Ley 25/2015, de 28 de julio.

Al margen de este incesante espíritu reformista y la consiguiente inseguridad jurídica que ello conlleva, repárese en que aquellas especialidades más relevantes contenidas en el art.242.bis LC (*especialidades del acuerdo extrajudicial de pagos de personas naturales no empresarios*), no llegan a conformar una suerte de segundo procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos, como tal, sino que simple y llanamente consisten en *especialidades* al mismo procedimiento ya analizado.

Por este motivo, aquellas especialidades *ad hoc* reunidas bajo un mismo precepto (art.242.bis LC) pero con efectos a lo largo del restante articulado del Título X de la LC han tenido que ser comentadas dentro de cada subepígrafe correspondiente, para una mejor visualización de las matizaciones *sui generis* creadas por el legislador para el procedimiento de insolvencia del consumidor no empresario. Realizada pues dicha previa labor de análisis, por simples motivos de aclaración conviene repasar ahora, de manera uniforme, cuáles han resultado ser estas especialidades procedimentales.

En este sentido, ya teníamos ocasión de advertir la competencia exclusiva para conocer de la solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos por parte del notario del domicilio del deudor (arts.232.3 y 242.bis.1.1º LC). Si existiera más de un notario en dicha demarcación territorial, pese al silencio de la norma, proponíamos dejar como facultad implícita del deudor su elección.

Sin embargo, ya advertíamos la preocupante problemática causada por la amplia noción de empresario que expresamente contiene el art.231.1.II LC; lo que significa tener que excluir a las personas físicas profesionales (un abogado, un médico, pero también a otros profesionales no titulados), al emprendedor de responsabilidad limitada, o al trabajador autónomo y al trabajador autónomo económicamente dependiente (TRADE), de las presentes especialidades procedimentales que recoge el art.242.bis LC.

En lo que al rol del mediador concursal se refiere, aunque sus funciones se mantienen intactas, el art.242.bis.1.3º LC deja en manos del notario competente conforme a la norma anterior (art.232.3 y 242.bis.1.1º LC) solicitud la designación o no de un mediador concursal.

LA INSOLVENCIA DE LA PERSONA FÍSICA:
SU TRATAMIENTO DESDE UNA PERSPECTIVA JURISDICCIONAL

Con ello, el legislador parece dejar abierta la posibilidad de que un procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos de persona física no empresaria se trámite sin la figura del mediador concursal. Sin embargo, al no tratarse de un rol prescindible, ello ni mucho menos va a significar que nadie asuma sus funciones ni retribución, sino que ambas pasarían a ser subsumidas bajo la persona del notario (art.242.bis.2 LC), hallándose pendiente de desarrollo reglamentario su régimen de responsabilidad, y, entre tanto, pareciendo razonable la invocación de aquel otro régimen previsto en su normativa general (art.146 RN).

Bajo el auxilio proteccionista del art.235.2.a) LC, desaparecía por fin la concurrencia de que el bien o derecho objeto de la ejecución tuviera que resultar *necesario* para la actividad empresarial o profesional, en aras de poder suspender dicha ejecución. Incluso tratándose de ejecuciones de garantías reales, el acreedor únicamente podrá iniciar la misma a los efectos de los arts.57.3 LC y 568.1 LEC, es decir, para preservar su privilegio procesal de la ejecución separada en un futuro concurso, manteniéndose incólume el efecto suspensivo si la ejecución pretendida recayera sobre la vivienda habitual.

Ahora bien, observábamos que aquel plazo del art.235.2.a) LC se ve reducido de tres a dos meses, inexplicablemente, cuando la persona física no resulte empresario y por tanto le sea de aplicación el art.242.bis.1.8º LC.

La imposibilidad de obtener un acuerdo bajo las mayorías prevenidas en los arts.238 y 238.bis LC supondrá, conforme al tenor literal del art.242.bis.1.9º LC, el deber de demandar el concurso consecutivo por parte del notario o mediador concursal -caso de no haber asumido dicha función el notario-, demanda que se formulará bajo los requisitos de postulación generales -abogado y procurador- del art.184.2 LC.

Dicho aparente *automatismo* que desprende art.242.bis.1.9º LC resulta ciertamente inquietante, por cuanto bien podría suceder que el deudor ha superado su situación de insolvencia por cualquier vía externa -cosa improbable pero no imposible- o bien dicho deudor únicamente interesó el acuerdo extrajudicial de pagos bajo un estado de insolvencia *inminente* pero no *actual*.

El apelativo de concurso consecutivo no puede resultar título suficiente, en el sentido de que permita prescindir de los presupuestos subjetivos y objetivos del proceso concursal (arts.1 y 2 LC), pues su función es sencillamente la de establecer un determinado *iter* procedimental. Esta es, además, la interpretación que con carácter general sí recoge el art.238.3 LC y que exige que el deudor continúe *incurso en insolvencia*.

Adelantar, por el contrario, las barreras del proceso concursal *necesario* a situaciones de mera insolvencia inminente, o incluso ajenas a sus presupuestos objetivos y subjetivos, abocaría en procesos judiciales ajenos a la finalidad del concurso.

Finalmente, una enésima modificación procedimental, sin justificación aparente, se encuentra en el art.242.bis.1.10º LC, que a diferencia del art.242.2.1º LC exige la

apertura automática de la fase de liquidación y sin posibilidad alguna de acceder al régimen alternativo de la propuesta anticipada de convenio, lo cual desde luego pone en jaque el espíritu (al menos) primigenio contenido en el *Exponendo VI* de la LC: *el convenio es la solución normal del concurso*.

3. El fenómeno del sobreendeudamiento hipotecario y su tratamiento extraconcursal.

3.1 Una reflexión previa: la malograda protección del deudor arrendatario.

Aun partiendo de un estudio eminentemente jurisdiccional de la cuestión, no deja de sorprender, precisamente desde la normativa procesal, la diferencia de trato que, con cada reforma, viene aumentándose entre el propietario de vivienda habitual y el arrendatario de vivienda habitual, a la hora de configurar la protección normativa de un derecho de alcance constitucional que resulta en favor de todos ellos (arts.47 y 50 CE).

Esta reflexión no es baladí por cuanto abre un preocupante interrogante sobre cuál es, entonces, el verdadero objetivo o justificación que presenta todo el cuerpo normativo de reformas que busca proteger al deudor hipotecario e introducido sucesivamente a partir del año 2011. ¿Es en efecto dicha finalidad, como suele anunciarse políticamente, la protección de su vivienda habitual? ¿Cómo se explica, entonces, que tal finalidad desaparezca o no se reproduzca en los supuestos de vivienda habitual arrendada? ¿No es precisamente la situación de arriendo, de quien presenta un aparente menor *status* patrimonial que el deudor propietario, un supuesto de hecho tanto o más vulnerable?

Es francamente llamativa la ausencia de una equivalente sensibilidad social respecto del sujeto arrendatario de su vivienda habitual, y ello pese al notorio clima de constante debate que, durante los últimos años, viene dándose desde distintas plataformas (doctrinales, sociales, políticas) en lo relativo al drama social que trae consigo un estado de sobreendeudamiento hipotecario.

Pues bien, no sólo no se observa una análoga empatía en favor de aquel deudor cuyo estado patrimonial, carente de inmuebles en régimen de propiedad, en principio será menor que el del deudor propietario, lo que cuanto menos le sitúa en el mismo grupo de vulnerabilidad socioeconómica, sino que incluso cabe apreciar la existencia de una política procesal opuesta en el tratamiento que se confiere a un deudor y otro.

La primera prueba de tan diferenciada política procesal se observa tan atrás como en la reforma de la LEC operada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre. Repárese en el año en que dicha reforma tuvo lugar, es decir, ya acontecida en el seno de una -tardíamente-reconocida y por entonces vigente crisis económica española.

Pues bien, aquella primera reforma, lejos de contemplar algún tipo de medida procesal tendente a reforzar las garantías en el proceso disponibles para el deudor arrendatario de su vivienda habitual, se limitó -fundamentalmente- a agilizar el procedimiento de

desahucio estableciéndose, a tal fin, la posibilidad de entrega de la posesión del inmueble arrendado previo a su lanzamiento (art.703.4 LEC). En definitiva, la aludida reforma apenas introdujo algunas escasas medidas y las cuales, en todo caso, conducían más bien a la agilización del procedimiento en beneficio exclusivo de la parte arrendadora.

Peor suerte corre el tratamiento procesal de la parte arrendataria tras la Ley 19/2009, de 23 de noviembre, de nuevo promulgada en pleno contexto de crisis económica. Así por ejemplo, mediante dicha reforma se modificó el art.22.4 LEC en aras de constreñir el ejercicio de la enervación de la acción de desahucio, ya que la parte arrendadora desde entonces sólo debe reclamar con un mes de antelación -antes dos- el pago del arriendo con carácter previo a interponer su pretensión de desahucio.

Una vez más, nos encontramos ante la adopción de una medida desfavorable a la parte arrendataria por cuanto minora su margen de maniobra, sin importar así la presumible gravedad de sus circunstancias personales subyacentes y de las severas consecuencias - la pérdida de posesión de su vivienda- que traerá consigo dicho desahucio. Y es que el propio Expositivo II de dicha Ley 19/2009, de 23 de noviembre, reconoce su simple propósito de agilizar los procedimientos de desahucio.

Así pues, bajo esta política exclusivamente favorable al arrendador, la parte arrendataria igualmente padeció a través de la citada reforma (vid. así los arts.164.IV y 497.2 LEC) la pérdida de derechos procesales en materia de actos de comunicación, cuya trascendencia no hay que olvidar que alcanza el grado de protección consuetudinaria¹²⁷⁹. En el ámbito de la ulterior tutela ejecutiva, en relación con la pretensión de desahucio, de nuevo la parte arrendadora se vio beneficiada con una excepcional celeridad procesal, para poder demandar dicha petición de ejecución en la propia demanda (arts.549.3 LEC), y además sin resultarle de aplicación siquiera el plazo de espera al que se refiere el art.548 LEC.

Llegaba así el turno cronológico para la tercera reforma de la LEC en materia de procedimientos de desahucio, en esta ocasión operada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, ya de por sí conocida mediáticamente por introducir un sistema de *desahucio exprés*. A tal fin, como ya anunciaba el Expositivo III de dicha reforma, se pretendió equiparar el juicio de desahucio con la ligereza procesal de los juicios monitorios.

De nuevo, no importó lo más mínimo a la hora de establecer una política procesal u otra, en el ámbito del desahucio, la trascendencia de sus consecuencias cuando dicho desahucio operase sobre la vivienda habitual del deudor arrendatario. Todo lo más, la aludida reforma sirvió para desarrollar y así consagrar el ágil régimen procedimental dispuesto en los arts.440 y 441 LEC, dotándoles a tal fin de cada vez una mayor

¹²⁷⁹ Dicha trascendencia constitucional que guarda el régimen procesal de comunicaciones, en relación con el derecho de tutela judicial efectiva sin indefensión, es patente en la Sentencia núm.200/2016, de 28 de noviembre, del Tribunal Constitucional, publicada en el BOE de 9 de enero de 2017 (recurso de amparo núm.4960/2015).

prolijidad y rapidez en su tramitación, por ejemplo, prescindiendo del trámite oral de vista (art.440.3 LEC)¹²⁸⁰.

Igual de significativas son las reformas habidas sobre estos mismos preceptos, antes citados, primero a través de la Ley 4/2013, de 4 de junio, y luego por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, si bien nuevamente bajo el mismo espíritu de desconsideración hacia el arrendatario. En efecto, pese al cambio de poder ejecutivo, la única política procesal respecto de los juicios de desahucio se ha limitado a engrosar con cada reforma los pormenores de ambos arts.440 y 441 LEC, sin mayor ambición que mejorar la efectividad del procedimiento desde la óptica exclusiva de la parte arrendadora. Ello es así al punto, incluso, de posibilitar la primera de tales reformas (Ley 4/2013, de 4 de junio) que el decreto del letrado de la administración de justicia, dando por terminado el proceso de desahucio, sea capaz -pese a su limitación constitucional de contenido no jurisdiccional (art.117.3 CE)- de incorporar un pronunciamiento condenatorio en las costas y de condena sobre las rentas a futuro.

Entiéndase bien que no cabe sancionar, antes al contrario, la aludida ambición de mejorar el procedimiento de desahucio, sino que -cuanto menos- llama la atención la exclusividad en la inspiración de una política procesal únicamente pensada en favorecer a la parte arrendadora, dejando por completo de lado a la contraparte arrendataria.

Tan radical solidaridad del legislador con la parte arrendadora se acentúa, todavía más, ante la promulgación al mismo tiempo de una abundante cantidad de reformas -de índole sustantiva pero también procesal- encaminadas a dotar de las máximas garantías procedimentales al deudor hipotecario. Es decir, aquí sí, promoviendo justamente el efecto potencial contrario de dilatar o enervar las pretensiones de ejecución hipotecaria mediante distintos mecanismos legales, incluyendo la propia suspensión temporal en el ejercicio -pleno- de la tutela ejecutiva (vid. art.1 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo).

Y es que tampoco la cada vez más creciente *burbuja* en el precio de los arrendamientos, patente a partir del año 2013¹²⁸¹, parece haber suscitado sensibilidad alguna en el poder ejecutivo, si bien ha de destacarse al menos la actividad parlamentaria desde la oposición, en concreto, la *Proposición de Ley para regular los alquileres abusivos y mejorar las garantías y el acceso a la vivienda en alquiler*, promovida por el Grupo Parlamentario Confederado de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea¹²⁸².

¹²⁸⁰ Así lo advierte también GONZÁLEZ CARRASCO, M.C., “Normativa civil sobre vivienda como impulso del mercado inmobiliario”, Revista Doctrinal Aranzadi, ed. Aranzadi, núm.2/2016.

¹²⁸¹ Según datos del INE, una vivienda de 80 metros cuadrados en la ciudad de Madrid ha sufrido un incremento medio en su renta mensual por arriendo desde los 824 euros mensuales (año 2013) hasta los 1.058 euros mensuales (año 2017), mientras que el salario medio durante dicho mismo periodo apenas aumentó en 11 euros de media en Madrid.

Así se recoge en el periódico Expansión, en su edición digital de 21 de febrero de 2018. Enlace: <http://www.expansion.com/economia/2018/02/21/5a8c8c78e5fdea061c8b4688.html>

¹²⁸² Publicada en el BOCG, serie B, núm. 247-1, de 13 de abril de 2018.

A través de dicha proposición de ley, entre otras medidas, se recupera el plazo mínimo del arrendamiento de vivienda por cinco años, actualmente reducido a tres años a partir de la ya mencionada reforma de la LAU (art.9) por la Ley 4/2013, de 4 de junio. En el ámbito procesal, se propone con adecuada medida la ampliación del régimen de acceso a la apelación en materia de arrendamientos, permitiendo así excepcionar el actual mínimo cuantitativo común de 3.000 euros (art.455.1 LEC) para su admisibilidad. Ha de reconocerse que análogas medidas de protección (p. ej. la elevación del plazo mínimo de duración del arriendo -art.9 LAU- o el retorno al aforismo *venta no quita renta* hoy suprimido -art.14 LAU-) contemplaba ya la Proposición de Ley de medidas de fomento del alquiler estable de vivienda, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista¹²⁸³.

En cualquier caso, es evidente la ausencia de sensibilidad en el poder ejecutivo frente al preocupante informe *Efectos de la crisis económica en los órganos judiciales*, de 13 de diciembre de 2017, elaborado por el CGPJ¹²⁸⁴, el cual, en lo que se refiere a la estadística que recoge para el año 2017, ya revela una mayor concurrencia de desahucios arrenditicios (35.666) frente a los lanzamientos hipotecarios (22.326).

3.2 Un concepto de insolvencia extraconcursal: umbral de exclusión.

En los epígrafes correspondientes al análisis de la demanda de concurso, ubicados en el Capítulo Tercero, ya se ha tenido ocasión de examinar cuáles son aquellos concretos presupuestos que debe reunir una pretensión de concurso para que pueda resultar estimada. A tal fin, cabe recordar la necesidad de que concurra tanto alguno de sus presupuestos subjetivos (art.1 LC), como también una serie de presupuestos objetivos (art.2 LC) allí igualmente analizados, si bien la naturaleza de estos últimos no debe identificarse con el término procesal de presupuesto, sino como una cuestión de fondo directa sobre la relación material objeto del proceso.

Bajo aquel concepto de insolvencia concursal se exige el llamado presupuesto objetivo de la pluralidad de acreedores, que huelga recordar ya aparece patente en los arts.2.1 y 4 LC, así como desde el propio examen semántico del término *concurso*. Sin perjuicio de lo cual, como también advertíamos, no está de más recordar el polémico viaje de ida y vuelta que en su día efectuó la DGRN para terminar por reconocer la vigencia de dicho presupuesto¹²⁸⁵.

¹²⁸³ Publicada en el BOCG, serie B, núm. 237-1, de 23 de marzo de 2018.

¹²⁸⁴ Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Base-de-datos-de-la-estadistica-judicial--PC-AXIS-/>

¹²⁸⁵ Con ello cabe referirse a las resoluciones de la DGRN, de 2 de julio y 4 de octubre de 2012, y su rectificación en la posterior resolución de 22 de agosto de 2016, comentadas en el Capítulo Tercero.

Asimismo, es de interés recapitular brevemente sobre el concepto de insolvencia que tipifica el art.2.2 LC, en tanto que el mismo parte de una situación *de facto* cuyo término nuclear no es la causa que la motiva, ni una situación de desbalance entre el activo y el pasivo del deudor, sino únicamente el examen de la *irregularidad* del deudor para poder atender sus obligaciones vencidas.

Pues bien, en el ámbito extraconcursal del sobreendeudamiento hipotecario, que el legislador continúa pretendiendo corregir mediante una incesante concatenación de reformas urgentes, es claro que el sujeto deudor puede encontrarse en una situación de insolvencia que podrá encajar, o no hacerlo, con el presupuesto objetivo de la LC.

Piénsese así la facilidad con que el deudor persona física podría encontrarse en un estado de sobreendeudamiento hipotecario, que le impidiera poder atender sus obligaciones respecto de tal préstamo hipotecario, y, al mismo tiempo, que aquel acreedor hipotecario resulte ser su único acreedor. No existiría, *stricto sensu*, una insolvencia en sentido plural. ¿Pero acaso ello impide un estado *per se* de insolvencia?

Si fuera así, ningún sentido finalista guardaría entonces el concepto de *umbral de exclusión*, íntimamente destinado a examinar la precaria situación de solvencia del deudor hipotecario. Dicho concepto se introdujo desde bien temprano, en el art.3 del Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, toda vez que con cada modificación de tal precepto -nada menos que cuatro reformas en cinco años¹²⁸⁶- el aludido concepto de *umbral de exclusión* viene ampliándose constantemente¹²⁸⁷ en pro del deudor.

Por ello mismo cabe afirmar, en definitiva, que el neologismo jurídico de *umbral de exclusión* no es sino un concepto alternativo e independiente para definir un estado de insolvencia, sujeto a que se reúnan todos los requisitos cumulativos de dicho art.3 y definidores de tal *umbral de exclusión*. Este concepto de insolvencia no es excluyente de aquel otro establecido en la Ley Concursal, que bien pueden coexistir, pero la concurrencia de uno de ellos no es equivalente ni puede suplir al otro.

Sobre dicho carácter no excluyente, pero tampoco coincidente como para permitir una identidad de causa entre la insolvencia concursal y la insolvencia hipotecaria, adviértase cómo el *umbral de exclusión* no atiende a la noción de *regularidad*, respecto de las obligaciones vencidas del deudor, sino que cambia completamente de óptica valorativa, al examinar también los ingresos del deudor, y no exclusivamente su pasivo.

¹²⁸⁶ Tan cuestionable técnica legislativa se inició con la Ley 1/2013, de 14 de mayo; seguida del Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, que por su tramitación urgente, luego tuvo que ser confirmado por la Ley 25/2015, de 28 de julio; y finalmente, por el momento, debe estarse a su última reforma mediante el Real Decreto-Ley 5/2017, de 17 de marzo.

¹²⁸⁷ Así lo advierten también, críticamente, junto con la *difícil redacción* que desde luego presenta este concepto, JIMÉNEZ SEGADO, C., y GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, C., *Guía procesal ante el desahucio hipotecario*, ed. Dykinson, 2015, pág.24.

Nos encontramos, además, ante una conceptualización visiblemente más tipificada que la del art.2.2 LC, pues basta con atender a la extensa regulación definidora del *umbral de exclusión*, frente a la parquedad de la Ley Concursal (art.2.2 LC) y que en su día tuvo que ser completada doctrinalmente. De hecho, el *umbral de exclusión* puede incluso exigir su concurrencia sobre una pluralidad de sujetos, cuando se trate de deudores hipotecarios de carácter solidario, como ha tenido a bien confirmar la Sentencia núm.187/2018, de 5 de abril, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1^a¹²⁸⁸.

Ante todas estas patentes diferencias se explica que no resulte posible, al menos de forma automática, entender concurrente la existencia de un tipo de insolvencia por el mero hecho de haberse acreditado la de su homólogo normativo.

Ni tan siquiera el pacífico presupuesto subjetivo del concurso, limitado a reiterar la condición de persona física (arts.1 LC y 30 CC), que ya exige la propia capacidad para ser parte procesal (art.6.1.1º LEC), resulta coincidente con el presupuesto subjetivo de la insolvencia hipotecaria. En este sentido, no debe perderse de vista el específico cometido de la legislación en materia de deuda hipotecaria, que por ello mismo circunscribe su noción subjetiva de insolvencia al deudor de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca sobre su vivienda habitual (art.3.1 del Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo).

Cabe observar, por ende, una subjetividad mucho más restrictiva que aquella otra vigente en la Ley Concursal, en tanto que ya no resulta suficiente con reunir la condición de persona física, sino también la de un determinado tipo -origen causal- de deuda, así como la necesidad de que exista una relación causal -garantía real- entre dicha deuda hipotecaria y la vivienda habitual. De hecho, la única excepción a esta triple exigencia en el presupuesto subjetivo del *umbral de exclusión* se permite precisamente con respecto a la propia condición de deudor, en tanto que el art.2.II del mismo Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, permite extender su aplicabilidad sobre hipotecantes no deudores¹²⁸⁹, junto con aquellos potenciales sujetos fiadores o avalistas -empero también deudores- del deudor principal.

3.3 Mecanismos procesales frente a la insolvencia hipotecaria.

Al comienzo de este epígrafe ya se ha tenido ocasión de exponer la incoherencia legislativa, cuanto menos falta de uniformidad, que se da en el contraste comparativo procesal entre el deudor arrendatario de su vivienda habitual y el deudor hipotecario de su vivienda habitual. Esta dicotomía nos conducía, a su vez, a la constatación de un nuevo concepto de insolvencia ajeno al presupuesto objetivo propio de la Ley

¹²⁸⁸ VLEX-714224061, vista la literalidad del art.3.1 del RDL 6/2012: “cuando concurran en ellos [...]”.

¹²⁸⁹ Esta figura aparece mencionada en dicho precepto, si bien bajo el atípico término de *avalista hipotecario*, mientras que luego vuelve a aparecer más claramente en el posterior art.3.bis de la norma.

En favor de una interpretación correctora e integradora del citado art.2.II, en el sentido aquí defendido sobre su aplicabilidad sobre hipotecantes no deudores, se pronuncia GARCÍA RODRÍGUEZ, J.M., en AA.VV., *El sobreendeudamiento de las personas físicas y familias*, ed. Bosch, 2015, pág.159. En el mismo sentido, vid. Sentencia núm.231/2014, de 23 de octubre, de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 6ª (JUR 2015\54799).

Concursal, con unos parámetros definidores independientes, y ello por mucho que el legislador haya preferido denominar a esta tipología de insolvencia en la forma de *umbral de exclusión* (art.3 del Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo).

Partiendo de ambas premisas ya examinadas faltaría por advertir, como se desprende del título de este epígrafe, que los mecanismos de la LEC en realidad no están dirigidos para combatir toda tipología de insolvencia, definible o no conforme a la Ley Concursal, y ni tan siquiera para combatir toda aquella que afecte en especial a la vivienda habitual del deudor. Todo lo más, el legislador simplemente se ha visto obligado ante la exhaustiva presión social (p. ej. mediante las consabidas movilizaciones organizadas por asociaciones tales como Plataforma de Afectados por la Hipoteca) a fragmentar la legislación vigente en función del tipo de deudor (hipotecario).

3.3.1 El procedimiento del art.670.4 LEC tras la Ley 13/2009, de 3 de noviembre.

¿Dónde cabe ubicar el punto de partida de esta diferenciada y nueva política procesal? A primera vista, cabría retroceder hasta la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, la misma que paralelamente promulgó una cierta agilización procedimental del juicio de desahucio, ello en exclusivo beneficio de la parte arrendadora (vid. art.703.4 LEC).

Mediante dicha misma reforma se observa una primera modificación del art.670.4.III LEC, precepto encargado de regular -en el tramo más bajo de pujas y por tanto más perjudicial para el deudor- la aprobación del remate en la subasta judicial de bienes inmuebles. No obstante, dicha reforma únicamente se preocupó de transferir la nada desdeñable potestad, en favor del letrado de la administración de justicia, consistente en resolver sobre la aprobación del remate que no superara el 50% del valor de tasación ni la cantidad por la que se hubiera despachado ejecución.

En cualquier caso, se hace necesario analizar la extraordinaria potestad allí conferida en el art.670.4.III LEC, vigente desde la entrada en vigor de la LEC, ya sea ésta de la competencia del juez o del letrado de administración de justicia, y que sin ningún criterio legal preciso permite -si bien previa audiencia a las partes- una decisión que por su indefinición parece que debe basarse más en razones de equidad que de legalidad.

Prueba de esta total indeterminación se encuentra en la jurisprudencia menor¹²⁹⁰, que se limita a reiterar las expresiones tan subjetivas que contiene dicho precepto; como así lo son la valoración de la *conducta* del deudor, su *sacrificio patrimonial* o la posibilidad de *satisfacción* del acreedor mediante la realización de otros bienes, a la hora de aprobar o no el remate inferior a los tipos legales establecidos.

¹²⁹⁰ Auto núm.38/2004, de 14 de mayo, de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 2ª (JUR 2004\279518).

Tratándose del supuesto de ejecución de *vivienda habitual*, concepto éste cuya declaración compete objetivamente al letrado de la administración de justicia¹²⁹¹, debe llegarse a la conclusión de que el *sacrificio patrimonial* (art.670.4.III LEC) que la aprobación del remate supondría para el deudor hipotecario resultará, por lo general, desproporcionado y por ende improcedente la aprobación del remate.

En este sentido, no cabe ignorar que de aprobarse el remate por debajo de los límites del art.670.4.III LEC (50% del valor de tasación o cantidad despachada por la ejecución), se situaría al deudor hipotecario en peor condición que ante la norma de adjudicación de una subasta sin postores (art.671 LEC), que, además, podría verse fácilmente burlada por medio de un tercero aliado con la parte ejecutante.

Téngase en cuenta, asimismo, que el hecho de aprobarse aquel remate no equivaldría siquiera a una suerte de dación en pago, por lo que el proceso de ejecución podría continuar frente al resto del patrimonio del deudor hipotecario (art.570 LEC)¹²⁹² y por razón de una deuda restante apenas minorada por el remate aprobado por debajo de los límites del art.670.4.III LEC. Sin embargo, lo cierto es que esta conclusión que debería resultar unánime no se encuentra protegida por el art.670.4.III LEC a modo de excepción, por ejemplo, cuando la subasta tuviera como objeto una vivienda habitual.

Así las cosas, más allá de la infracción esencial del procedimiento que, al menos, se produciría si la resolución (mediante decreto) que aprobara el remate se adoptara sin previa audiencia a las partes¹²⁹³, así como del hecho de que el art.670.4.III no aplique a la propia parte ejecutante sino sobre remates (licitaciones) de terceros¹²⁹⁴, lo cierto es que la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, lejos de mejorar la seguridad jurídica, garantías y alcance de todo este peculiar procedimiento sumarísimo, sólo ofrece una preocupante transferencia de potestades en favor del siempre creciente poder del letrado de la administración de justicia.

¹²⁹¹ Resolución núm.7784/2017, de 9 de junio, de la DGRN (RJ 2017\3128). Ahora bien, cuando tal controversia haya sido objeto de debate durante la fase de oposición a la ejecución, y así resuelta por el Juzgador, en tal caso deberá estarse a su criterio sin posibilidad de volver a reproducir tal cuestión.

Así lo defiende, con acertado criterio, FONT DE MORA RULLÁN, J., “Cuestiones prácticas sobre la acreditación del carácter o condición de “vivienda habitual” a efectos de la ejecución de inmuebles: especial referencia a su prueba a la luz de la jurisprudencia”, Revista de Derecho vLex, ed. vLex, 2018, núm.167.

¹²⁹² Auto de 21 de diciembre de 2010, de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 1ª (AC 2011\77635).

¹²⁹³ Auto núm.168/2013, de 17 de septiembre, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 1ª (JUR 2014\295650).

¹²⁹⁴ La parte ejecutante no se encuentra legitimada para su utilización, a diferencia de lo que acontece respecto de la potestad prevista en el art.670.4.II LEC y que, precisamente, en caso de no ejercitarse por la parte ejecutante, da lugar al trámite ulterior del art.670.4.III LEC.

Vid. así el Auto núm.318/2015, de 13 de mayo, de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª (JUR 2015\204551).

¿Conlleva la susodicha potestad de aprobación del remate, ex art.670.4.III LEC, el ejercicio de la potestad jurisdiccional? Como es claro que ello resultaría incompatible con dicha atribución de facultades, la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, supuso tener que añadir la carga procesal del recurso de revisión ante el juez competente de la ejecución, en aras de poder combatir el oportuno decreto del letado de la administración de justicia a tal fin dictado, si bien únicamente cuando éste resultara aprobatorio del remate. En cualquier caso, el recurso (apelación) ante un órgano *ad quem* se encuentra vedado visto el carácter tasado que recibe la apelación en sede de ejecución (art.562.1.2º LEC)¹²⁹⁵.

Aunque de la reforma por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, se aprecie una modificación de una serie de preceptos propios de la subasta judicial de inmuebles, de los cuales ha merecido destacar el controvertido art.670.4.III LEC y todavía hoy falta de solución, sin embargo no es en ésta reforma donde quepa apreciar el inicio de una política procesal encaminada al tratamiento de la insolvencia hipotecaria. Antes bien, como ya se ha dicho, tal reforma se limitó a acrecentar las potestades del letrado de la administración de justicia, y, por lo demás, a una tímida aproximación en aras de implantar el carácter telemático -pujas electrónicas- de la subasta judicial.

Finalmente, conviene recordar que cuando no existiere puja alguna efectuada en la subasta, entonces, directamente y en sustitución del *iter* del art.670 LEC, inclusive su apartado cuarto aquí comentado, habrá de acudir en su lugar al trámite procedimental previsto en el distinto art.671 LEC encargado del supuesto subsidiario de subasta sin postores¹²⁹⁶, cuya interpretación en adjudicaciones de vivienda habitual ejecutada debe realizarse conforme a la Resolución núm.5511/2016, de 12 de mayo, de la DGRN¹²⁹⁷.

3.3.2 El Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio: criterios de inembargabilidad.

El *Exponendo II* que contiene el Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio, es buena muestra de las grietas en la *buenista* argumentación sobre la protección de la vivienda habitual; si éste resultaba ser el fin último o único de la misma, tal y como proclama su Exposición de Motivos con exacerbada bondad, no se explica cómo el mismo legislador venía al tiempo promulgando -desde el año 2009- una política procesal dirigida hacia al deudor arrendatario de su vivienda habitual y que, respecto de éste, ya no parece

¹²⁹⁵ También se ha argumentado, a fin de defender la improcedencia de su recurso en apelación, que el Decreto de adjudicación es una resolución de carácter no definitivo (art.207 LEC) en vista del art.579.2 LEC, el cual faculta la continuación del proceso de ejecución ante la insuficiencia del remate. Así se pronuncia, entre otros, el Auto núm.390/2017, de 26 de septiembre, de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 1ª (JUR 2017\302712).

¹²⁹⁶ Así lo recuerda el Auto num.629/2016, de 18 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 2ª (AC 2017\77).

¹²⁹⁷ RJ 2016\3024. Según ésta, no resultará de aplicación el segundo límite de adjudicación (60% del valor del bien), que contempla el art.671 LEC, cuando la cantidad que se deba al acreedor ejecutante por todos los conceptos resulte superior (p. ej. 65%), en cuyo caso aplicara éste.

importar la *vulnerabilidad*, la *crisis económica*, la *vivienda habitual* u otra serie de artificiosos conceptos que aparecen en esta reforma.

En el Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio, cabe observar dos modalidades utilizadas para la protección del deudor hipotecario. La primera de estas medidas consistió, de nuevo, en modificar parte de las reglas de la subasta judicial de bienes inmuebles, en este caso, a través de la reforma de los arts.669.1, 670.4.II y 671 de la LEC.

De nuevo merece especial mención el art.670.4.II LEC, en este caso su párrafo segundo, cuya reforma tuvo como objeto dificultar la potestad allí conferida a la parte ejecutante para adjudicarse el bien inmueble, condicionando dicha adjudicación a que ésta resultara superior al 60% del valor de tasación y a la mejor postura. Sin embargo, paradójicamente, el antes examinado art.670.4.III LEC se mantuvo inmodificado en esta otra reforma, por lo que, teniendo en cuenta que al art.670.4.III LEC se accede cuando la parte ejecutante no ejerce su potestad del art.670.4.II LEC, la política de dificultar tal potestad conlleva el efecto indeseado de aumentar el riesgo o presencia del procedimiento *in fine* del ya comentado art.670.4.III LEC.

Mayor acierto presenta el art.1 del referido Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio, que tiene como finalidad reforzar el mecanismo de la inembargabilidad de los ingresos del deudor hipotecario, mediante su aumento y en contraposición al principio general de responsabilidad patrimonial universal.

Por el contrario, su ubicación asistemática y alejada de la LEC, pese al efecto directo de dicho art.1 respecto del art.607 LEC, resulta del todo inexplicable a la vista de la vocación de permanencia de dicho régimen especial sobre el límite de inembargabilidad común (art.607 LEC). Advertido lo cual, por lo demás, la aplicabilidad del mentado art.1 se encuentra limitada al presupuesto de que la ejecución forzosa posterior traiga causa de deuda no satisfecha mediante un previo proceso de ejecución hipotecaria judicial o extrajudicial (art.129 LH).

¿Sería admisible el acogimiento a cualquiera de estas medidas, por parte del deudor común (no hipotecario)?

En cuanto al régimen procedimental específico de la subasta judicial del bien inmueble, obviamente ello no será posible pero tampoco relevante. Por el contrario, sí resulta una diferencia significativa que el deudor común -propietario o no de su vivienda- participe de un régimen de inembargabilidad menos compasivo (art.607 LEC) que el aquí previsto para el deudor hipotecario. De hecho, incluso el propio deudor hipotecario podría verse desprovisto de su especial régimen ante cualquier otro acreedor, es decir, cuando la deuda objeto de ejecución no resulte aquella hipotecaria.

3.3.3 El Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo: el código de buenas prácticas.

El Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, supuso el auténtico punto de inflexión legislativo en el tratamiento del sobreendeudamiento hipotecario, tanto sustantivo como procedimental. Esta norma, en su día promulgada con carácter urgente, continúa hoy en vigor tras haberse seguido una tramitación parlamentaria poco ortodoxa, pues en lugar de promover su convalidación parlamentaria directa, se ha preferido abusar de su constante renovación unilateral -luego convalidada-, provocando así el dantesco panorama de cuatro reformas en cinco años¹²⁹⁸ sobre su texto legal.

Además de introducir (art.3) el concepto de *umbral de exclusión*, el cual cabe identificar con una definición de insolvencia hipotecaria, autónoma de la definición de insolvencia concursal, así como de limitar severamente los intereses de demora derivados del préstamo o crédito hipotecario (art.4), esta reforma introdujo además el denominado Código de Buenas Prácticas bancarias.

Este código de buena *praxis*, el cual viene actualizándose trimestralmente desde su entrada en vigor¹²⁹⁹, y que figura incorporado como *anexo*, guarda un carácter voluntario (art.5) e incluye tres estadios de actuación en función del estado patrimonial y procesal en que se encuentre el deudor hipotecario, el fiador o el hipotecante no deudor (estos últimos por mor del art.3.bis) ahora bien, todo ello siempre y cuando la pertinente deuda hipotecaria cumpla con los requisitos subjetivos (p. ej. que el precio de adquisición del inmueble no exceda de un determinado precio) establecidos en el art.5.2 del citado Real Decreto-Ley.

En lo que al presente estudio interesa, es de notar que el primer estadio de medidas que contempla el denominado Código de Buenas Prácticas, consistente en una fase de reestructuración de la deuda hipotecaria (art.1), resulta inaplicable en aquellos supuestos en que el anuncio de la subasta (art.668 LEC) ya se haya producido con anterioridad.

De esta manera, la publicidad en el Portal de Subastas se convierte en una peculiar carga procesal contra el deudor solicitante, de suerte que éste verá su solicitud de reestructuración del pasivo hipotecario rechazada aunque el acreedor hipotecario se encuentre adherido al mentado código. En el caso de pretender utilizar la propia solicitud como causa de oposición en el pertinente proceso de ejecución hipotecaria, lo cual viene admitiéndose aunque no se encuentre prevista en el art.695 LEC, ello deberá

¹²⁹⁸ Ley 1/2013, de 14 de mayo; seguida del Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, que por su tramitación urgente, luego tuvo que ser confirmado por la Ley 25/2015, de 28 de julio; y finalmente, por el momento, debe estarse a su última reforma mediante el Real Decreto-Ley 5/2017, de 17 de marzo.

¹²⁹⁹ Mediante Resolución de 5 de julio de 2013, publicada en el BOE de 12 de julio del mismo año, la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa hizo público por primera vez el listado de entidades que habían comunicado su adhesión al referido Código de Buenas Prácticas. Dicho listado viene actualizándose trimestralmente, vid. así la posterior Resolución de 3 de febrero de 2017, de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa (BOE de 28 de febrero de 2017).

efectuarse acreditando copia sellada de tal solicitud ante el acreedor hipotecario, y, en su caso, la respuesta de éste¹³⁰⁰.

La siguiente medida (art.2) contemplada en dicho código, de carácter subsidiario y no alternativo a la primera de las medidas previstas, consiste en el uso del clásico mecanismo de la *quita* sobre una parte de la deuda hipotecaria pendiente de pago, aplicable cuando aquella primera opción de reestructuración resultara inviable.

Además de establecerse un sistema de cálculo objetivo, con el fin de adecuar dicha quita en función de las circunstancias concurrentes sobre el importe pendiente de pago y el valor del bien, es de notar que -aquí sí- el anuncio de subasta del bien inmueble no será óbice para que se inadmita *ad limine* la solicitud extrajudicial del deudor. Sin embargo, esta coexistencia entre el procedimiento extrajudicial y el de ejecución no debe confundirse con ningún derecho de suspensión del deudor sobre este último, que prosigue, más allá del resultado sustantivo que la *quita* conferida pueda provocar sobre el destino y posible sobrante de lo obtenido en la ejecución hipotecaria (art.692 LEC).

La última y más gravosa -para el acreedor hipotecario- de las medidas contempladas en el código de referencia establece, finalmente, la solución última de la dación en pago del bien inmueble vivienda habitual (art.3), ello de nuevo con carácter subsidiario a los dos mecanismos solutorios establecidos en sus apartados previos.

Nos encontramos, así, con la positivación de una figura hasta entonces no contemplada expresamente en nuestro ordenamiento jurídico, en tanto que el art.1175 CC está referido a la distinta figura de la cesión en pago de bienes. La dación en pago regulada en esta normativa especialísima presenta la particularidad adicional, *sui generis*, de que el deudor hipotecario pueda retener temporalmente la posesión del inmueble objeto de la dación, a cambio de una renta anual, ello en los términos económicos que regula el propio código de buenas prácticas.

Sin embargo, llama la atención que el acceso a esta medida última se encuentre proscrito -art.3.e)- a los deudores hipotecarios en cuyo proceso de ejecución ya se hubiere anunciado la subasta del bien inmueble, tal y como sucedía en la primera fase de reestructuración y -por el contrario- desaparece como presupuesto (negativo) en la subsiguiente fase complementaria de la *quita* de deuda hipotecaria. A falta de una mayor precisión sobre dicha restricción, para su concurrencia debe entenderse que el anuncio de la subasta judicial tendrá que haberse producido antes de la solicitud extrajudicial del deudor de la dación en pago, siendo irrelevante su anuncio posterior antes de la aceptación de tal dación en pago, obligatoria *ex lege* -una vez adherido al código- para el acreedor. Ello resulta, precisamente, prueba de la indisponibilidad de este procedimiento extrajudicial una vez el deudor ha formulado su solicitud, conforme a todos sus requisitos, incluyendo aquel de la no concurrencia del anuncio de la subasta.

¹³⁰⁰ Así se advierte en el Decreto de 24 de octubre de 2016, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 6 de Arganda del Rey (autos de ejecución hipotecaria núm.592/2016).

Por último, mediante su art.12, el Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, procedió también a introducir una serie de especialidades procedimentales en el seno de la ejecución hipotecaria extrajudicial o notarial (art.129 LH), orientadas a garantizar que la adjudicación de la vivienda habitual nunca resultara inferior a determinados límites valorativos y calculados en función de la tasación del bien inmueble. Es claro que, con ello, se ha pretendido reducir el perjuicio que se provoca al deudor quien, además de ver ejecutada su vivienda habitual, mantendría una deuda restante (todavía) mayor frente al acreedor hipotecario, de aceptarse unos límites de adjudicación más bajos o permisivos. En el ámbito de la ejecución extrajudicial notarial (art.129 LH), téngase en cuenta que en su día¹³⁰¹ se declaró la inaplicabilidad por derogación de los arts.129.2 LH y 234 a 236 RH, por ser contrarios al art.117.3 CE en el sentido de invadir potestades de índole jurisdiccional.

Sin embargo, tal inconstitucionalidad quedó superada a raíz de la Disposición Final Novena de la LEC, que daba una nueva redacción a dicho art.129.2 LH y del que trae causa el reglamento que lo desarrolla¹³⁰², toda vez que el propio art.12 del Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, se remite expresamente a tales preceptos reglamentarios como prueba enésima de su actual vigencia. De otra parte, en materia de consumidores, el propio Tribunal Supremo ha declarado que la existencia de una cláusula contractual, que permita la venta por medio de subasta extrajudicial, no puede resultar abusiva por sí misma¹³⁰³.

Al igual que sucede con el especial régimen de inembargabilidad (art.1 del Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio), antes comentado, también aquí es de lamentar que otro precepto con vocación permanente se encuentre desubicado de la regulación (art.129 LH) que pretende alterar.

En cualquier caso, tanto aquel especial régimen de inembargabilidad preferente al procesal común (art.607 LEC), como ahora estas otras especialidades sobre la ejecución hipotecaria extrajudicial, vinieron a favorecer clara y constantemente la posición del deudor hipotecario en contraste con aquella otra del deudor común. Incluso, como ya se ha dicho, tal posición procesal protegida del deudor hipotecario en realidad decae simplemente ante cualquier otro tipo de acreedor.

¹³⁰¹ Sentencia núm.402/1998, de 4 de mayo, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (RJ 1998\3464).

¹³⁰² Y aunque ello ya resultaría prueba suficiente de su actual vigencia, no está de más recordar que el art.129.2 LH también fue modificado -y así ratificada su legalidad- por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, y por la Ley 19/2015, de 13 de julio.

¹³⁰³ Sentencia núm.483/2016, de 14 de julio, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2016\339); doctrina ésta posteriormente reiterada en la Sentencia núm.251/2017, de 25 de abril, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (28079110012017100250).

3.3.4 La suspensión del derecho de tutela ejecutiva (lanzamiento).

La excepcionalidad de una medida de política procesal como supone, en esencia, la suspensión del derecho de tutela ejecutiva (arts.5.1 y 549.1.2º LEC) incluso con carácter retroactivo, es decir, sobre relaciones jurídicas constituidas con anterioridad, sólo se entiende evocando la extrema situación social por entonces habida en España.

Y es que no solamente aquellas medidas extraordinarias hasta entonces adoptadas, comentadas en los epígrafes anteriores, estaban siendo claramente insuficientes¹³⁰⁴: el contexto social era cada vez más preocupante, con la prensa haciéndose eco de repetidos actos de suicidio por parte de deudores hipotecarios al borde de su lanzamiento¹³⁰⁵.

Bajo este crítico panorama fue promulgado el Real Decreto-Ley 27/2012, de 15 de noviembre, en cuyo art.1 se estableció la suspensión temporal de los lanzamientos sobre viviendas habituales, cuando éstos traigan causa de un proceso de ejecución hipotecaria judicial o extrajudicial (art.129 LH), y siempre que el adjudicatario resultara el propio acreedor o una *persona que actúe por su cuenta*.

Este régimen extraordinario, precisamente por razón de tal naturaleza, fue en un principio limitado temporalmente al plazo de dos años desde la entrada en vigor de la norma, esto es, hasta el 16 de noviembre de 2014¹³⁰⁶; plazo que ha venido ampliándose continuamente, y, de hecho, a día de hoy permanece todavía en vigor (*fine* 15 de mayo de 2020), ello conforme a la Ley 1/2013, de 14 de mayo, tras su última reforma por el Real Decreto-Ley 5/2017, de 17 de marzo.

En realidad, toda esta sucesiva normativa excepcional no significó una completa suspensión del derecho de tutela ejecutiva, sino únicamente de su manifestación última, es decir, de la potestad procesal del lanzamiento (art.675.2 LEC). Dicho de otro modo, no nos encontramos ante una posible suspensión del proceso de ejecución como tal (art.565.1 LEC), sino únicamente del acto último de su lanzamiento¹³⁰⁷. En todo caso, es

¹³⁰⁴ De ello se hace eco GÓMEZ POMAR, F., “La segunda oportunidad del deudor persona individual en el derecho español y el real decreto-ley 1/2015”, Actualidad Jurídica Uría Menéndez, ed. Dykinson, 2015, nº 40.

¹³⁰⁵ Fue tristemente destacada la muerte de D^a. Amaia Egaña, recogida -entre otros- en el periódico El Mundo, bajo el título “El suicidio de Amaia, la gota que ha colmado el vaso”, en su edición digital de 9 de noviembre de 2012, siendo por entonces el segundo suicidio de un deudor hipotecario en menos de veinte días: <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/11/09/espana/1352480020.html>

¹³⁰⁶ La doctrina habla incluso de su (previa) «derogación tácita» ya producida por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, vid. así JIMÉNEZ PARÍS, T.A., “La derogación tácita del Real Decreto-Ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, por el Capítulo I (suspensión de los lanzamientos) de la Ley Anti-Desahucios”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, ed. CORPME, 2014, núm.742.

¹³⁰⁷ Así se distingue en el Auto núm.64/2017, de 28 de febrero, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 25ª (JUR 2017\87509).

claro que esta restricción temporal constituye una merma en el derecho de tutela ejecutiva, aunque sólo lo sea en el estadio último de su efectividad.

La limitación del referido ámbito subjetivo (quién resulta el adjudicatario) y objetivo (ha de tratarse de una ejecución hipotecaria judicial o extrajudicial), hoy todavía vigentes por medio del art.1 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, ha planteado no pocos interrogantes en la práctica forense. Tanto es así que, incluso, ha llegado a promoverse una cuestión de constitucionalidad, por cuanto podría resultar contrario al principio de igualdad (art.14 CE) que la aplicación de las medidas de protección del deudor hipotecario dependan de factores externos (p. ej. qué importará el tipo de ejecución seguida) a tal finalidad de protección. Sin embargo, dicha cuestión de constitucionalidad fue inadmitida¹³⁰⁸ por razones de forma en su planteamiento, demasiado abstracto y más propio así de un recurso de constitucionalidad.

Así las cosas, es fácil advertir, por no decir burlar, el propio ámbito de aplicación (art.1) de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, bastando así con disimular una posible relación *ad intra* entre el acreedor hipotecario y el adjudicatario del bien, o, todavía más honestamente, bastando con acudir a un juicio declarativo ordinario para demandar la resolución (art.1124 CC) o pérdida de plazo (art.1129 CC) del préstamo hipotecario, luego ejecutable mediante sentencia ajena al procedimiento de ejecución hipotecaria.

Ciertamente cabe preguntarse, cuando se advierta una conducta contraria a la buena fe procesal (art.247 LEC), consistente en eludir el procedimiento de ejecución hipotecaria con el único fin de eludir, a su vez, la aplicación formal de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, si en tales casos sería posible aplicar por analogía dicha *lex specialis* siempre que se cumplan el resto de sus presupuestos.

A pesar de que la Ley 1/2013, de 14 de mayo, es ajena a la LEC en términos estrictamente sistemáticos, resulta notorio que el efecto querido de la suspensión de lanzamientos (ex art.1.1) guarda una naturaleza inherentemente procesal. En consecuencia, es necesario tomar como punto de partida la doctrina de la analogía dentro del derecho procesal, la cual se consiente solamente cuando la identidad de razón sea *palmaria y evidente*¹³⁰⁹ entre el supuesto regulado y aquel no regulado por las normas procesales, justificándose así su tratamiento uniforme.

A la vista de tan restrictivos términos, se antoja harto complicado el éxito del deudor-ejecutado en promover la suspensión de su lanzamiento al amparo de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, cuando dicho lanzamiento traiga causa de cualquier proceso de ejecución distinto a la ejecución hipotecaria. Paradójicamente, el propio carácter excepcional y especialísimo que emana la Ley 1/2013, de 14 de mayo, juega en contra del deudor a la hora de resolver el debate sobre la posible aplicación analógica de esta norma, la cual

¹³⁰⁸ Auto núm.221/2014, de 9 de septiembre, del Tribunal Constitucional (Pleno) (RTC 2014\221).

¹³⁰⁹ Por su recopilación jurisprudencial, vid. Auto núm.397/2014, de 30 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 12ª (JUR 2015\83497).

incluso carece de vocación de permanencia (*fine* 15 de mayo de 2020 salvo ulterior prórroga).

De hecho, en los supuestos hasta el momento resueltos por la jurisprudencia, ya se viene negando la admisibilidad de la aplicación analógica de esta normativa sobre juicios de desahucio¹³¹⁰, y, desde luego, en sede de ejecución hipotecaria cuando el adjudicatario del bien en subasta resulte un tercero distinto del acreedor hipotecario o mandatario suyo¹³¹¹.

Del *substratum* de tales supuestos se vislumbra que el elemento determinante no es el estado del deudor, pues igual de *vulnerable* puede resultar la situación del deudor arrendatario, así como la del deudor hipotecario cuyo bien adquiere un tercero ajeno, sino que pesa más la formalidad del presupuesto objetivo -ejecuciones hipotecarias- y subjetivo -deudores hipotecarios- de la Ley 1/2013, de 14 de mayo. Con mayor contundencia se pronunciaba la Sentencia núm.376/2017, de 15 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Baleares, Sección 5^a¹³¹², concluyendo que la Ley 1/2013, de 14 de mayo, es una norma *dictada para casos concretos y específicos, dotada por ello de un acusado carácter de especialidad, que por ello excluye la aplicación analógica*.

De igual manera que con su ámbito objetivo (ejecución hipotecaria), el ámbito subjetivo (deudor hipotecario) del art.1.1 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, tampoco parece susceptible de ser ampliado por analogía sobre el fiador¹³¹³, cuyo examen de *especial vulnerabilidad* (ex art.1.2 de la citada Ley) no puede desplegarse por no dirigirse la ejecución hipotecaria sobre su vivienda habitual. Ahora bien, ello no impide que los fiadores, al igual que los hipotecantes no deudores, puedan solicitar su acogimiento al Código de Buenas Prácticas cuando se encuentren amparados bajo la -distinta- figura legal del *umbral de exclusión*, pues el art.3.bis del Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, sí contempla a tales sujetos dentro de su ámbito subjetivo de aplicación.

El art.1.2 de la mismo Real Decreto-Ley 27/2012, de 15 de noviembre, establecía, seguidamente, una serie de presupuestos subjetivos de carácter alternativo, denominados supuestos de *especial vulnerabilidad*. Llamaba ciertamente la atención su total discrecionalidad, a modo de ejemplo, que una unidad familiar monoparental con dos hijos a cargo sí resultara susceptible de ser calificada de especial vulnerabilidad, y en cambio, si ésta tuviera un hijo, quedara excluida. En cualquier caso, algunas de estas

¹³¹⁰ Auto núm.87/2016, de 6 de julio, de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 5^a (JUR 2016\211393).

¹³¹¹ Auto núm.201/2017, de 27 de junio, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 14^a (JUR 2017\275966).

¹³¹² JUR 2018\32272; citando así la doctrina de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3^a. En similares términos, vid. Auto núm.548/2016, de 16 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 7^a (JUR 2017\112276).

¹³¹³ Entre otros, Auto núm.91/2017, de 12 de septiembre, de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 6^a (JUR 2017\272127).

deficiencias iniciales han quedado resueltas con posterioridad, no sin tener que pasar por una sucesión de reformas, cada una de ellas con el cometido de ir corrigiendo (ampliando *favor debitoris*) aquel concepto originario de la *especial vulnerabilidad*.

Actualmente, bajo el art.1.2 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, la concurrencia de uno solo de los supuestos allí contemplados, de nuevo alternativamente, es suficiente para el cumplimiento de este presupuesto subjetivo *ad causam*, cuya carga de prueba corresponderá al deudor¹³¹⁴.

Junto con ello, deberá asimismo cumplirse y acreditarse el presupuesto objetivo de todas -cumulativamente- las *circunstancias económicas* regladas en el subsiguiente art.1.3 de la misma norma¹³¹⁵. Por lo demás, de acuerdo con el art.562.1.2º LEC y su principio restrictivo en el acceso a la apelación, es claro que la resolución (auto) que decida sobre la aplicabilidad -léase suspensión del lanzamiento- de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, no será susceptible de ser recurrida en apelación¹³¹⁶.

Finalmente, el art.2 de aquel originario Real Decreto-Ley 27/2012, de 15 de noviembre, hoy mantenido idénticamente en el art.2 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, consideró oportuno imponer la carga de la prueba de tales presupuestos subjetivos y objetivos sobre el deudor solicitante, como ya cabía deducir de la norma general del art.217 LEC, toda vez que tal prueba deberá dirimirse ante el juez o notario competente de la ejecución.

Sin embargo, la aludida norma de finalidad procesal quiso establecer, además, que tal carga de prueba sólo podía considerarse superada por medio de documental, y, todavía más concretamente, de la extensa prueba documental específicamente tipificada en el referido art.2 de dicha Ley 1/2013, de 14 de mayo.

Esta política de carga de prueba procesal, aumentada, en tanto que incluso se extiende también sobre el propio tipo de prueba admisible, no prevé incidencias tales como si resulta o posible la subsanación de prueba -vía requerimiento- ante una presentación incompleta de la multitud de documentos allí exigida. Esta posibilidad debe entenderse admisible por mor del art.231 LEC, y, en todo caso, porque el límite preclusivo para la solicitud de la suspensión está limitada al momento anterior a la ejecución del lanzamiento (art.2), por lo que nada debe impedir tanto una subsanación como incluso una solicitud posterior de verse desestimada la primera.

¹³¹⁴ Sobre ambas cuestiones, vid. Auto núm.357/2017, de 30 de junio, de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 5ª (JUR 2018\11060).

¹³¹⁵ Actualmente vigentes y cuya última reforma para su cálculo, ya en su texto reproducido por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, fue operada por la Ley 25/2015, de 28 de julio.

¹³¹⁶ Así se pronuncian el Auto núm.5/2018, de 17 de enero, de la Audiencia Provincial de Huesca, Sección 1ª (JUR 2018\68404), el Auto núm.239/2017, de 28 de junio, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 16ª (JUR 2017\276636), así como el Auto núm.466/2017, de 13 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 8ª (JUR 2018\38825), entre otros.

Como ya viene advirtiéndose a lo largo de este epígrafe, el contenido del Real-Decreto Ley 27/2012, de 15 de noviembre, fue posteriormente convalidado parlamentariamente a través de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, pasando así ésta a reproducir del texto de aquel.

Gracias a ello, el plazo temporal de dos años suspensivo de los lanzamientos de vivienda habitual volvía a repetirse en esta última Ley, por tanto, ampliándose aquel a dos años -esta vez- contados desde la entrada en vigor de la nueva norma legal, y que por tanto finalizaría el día 15 de mayo de 2015. Sin embargo, con posterioridad, mediante el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, dicho plazo de suspensión temporal se vio ampliado en cuatro años, es decir, finalizando así el día 15 de mayo de 2017.

Para mayor despropósito, en lo que se refiere a toda ausencia de atisbo de seguridad jurídica y de falta de previsión por parte del legislador, el Real Decreto-Ley 5/2017, de 17 de marzo, volvió a ampliar este plazo poco antes de su expiración legal, en esta ocasión por siete años, de modo que (como ya se ha dicho con anterioridad) el mismo finalizará -salvo nueva prórroga- el próximo día 15 de mayo del año 2020.

Ante esta constante ampliación del plazo suspensivo sobre el acto procesal del lanzamiento, junto con la -también constante- ampliación *favor debitoris* de los presupuestos que permiten la concurrencia de la *especial vulnerabilidad*, no es de extrañar el notable descenso gradual habido en la estadística sobre ejecuciones hipotecarias¹³¹⁷. Este descenso se explica también por el aumento de sus causas de oposición y del examen de admisibilidad del título ejecutivo, particularmente cuando concurren cláusulas de vencimiento anticipado que hayan provocado la resolución del consiguiente préstamo hipotecario; todo lo cual se abordará en el apartado que sigue.

3.3.5 Una aproximación al proceso de ejecución hipotecaria tras la Ley 1/2013, de 14 de mayo.

Aun por puro pragmatismo se hace conveniente formular algunas breves reflexiones, en relación con el proceso de ejecución hipotecaria, desde una óptica global y en atención a sus controversias más recientes en la práctica forense. Entiéndase ello último sin perjuicio de aquellas excepcionales medidas, estudiadas con anterioridad, en cuanto a la política legislativa de suspender el lanzamiento de la ejecución hipotecaria.

¹³¹⁷ Así por ejemplo, las ejecuciones hipotecarias descendieron en un 29,8% (de 20.201 a 14.175) en comparación del primer trimestre del año 2016 con el primer trimestre del año 2015. Así se recoge en el periódico Expansión, en su edición digital de 20 de junio de 2016. Enlace: <http://www.expansion.com/juridico/actualidad-tendencias/2016/06/20/5767b28a46163fc3348b4581.html>

Tomando como punto de partida el art.129 LH, la acción -léase pretensión- hipotecaria puede ejercitarse tanto por la vía judicial como extrajudicial, siendo que esta última se traduce en su instrumentalización ante la concreta figura del notario (art.129.2 LH).

Frente a la previsión del art.1872 CC, relativa a la ejecución notarial de la prenda, es de notar la carencia de una tradición de ejecución hipotecaria extrajudicial en nuestro ordenamiento jurídico, al punto de que el preconstitucional art.129.2 LH llegó a ser declarado inaplicable por derogación¹³¹⁸. Sin embargo, a partir de la Disposición Final Novena de la LEC, el art.129.LH fue recobrado para la vida jurídica y desde entonces ha sido objeto de otras tantas reformas, reforzándose así en cada una de ellas su aparente compatibilidad constitucional y pese a las -muy razonables- dudas que, en su día, se plantearon frente a aquel originario art.129.2 LH por invadir potestades jurisdiccionales -la ejecución- proscritas por el art.117.3 CE.

Como es sabido, el proceso de ejecución hipotecaria participa de las normas procedimentales generales propias de la ejecución ordinaria, que sólo ceden ante la *lex specialis* dispuesta en los arts.681 a 698 LEC.

Dentro de estas *particularidades*, según las define el Capítulo V del Título III de la LEC en que se ubican, destacan especialmente dos: por un lado, a la hora del examen del título ejecutivo, existe una mayor flexibilidad en los requisitos para su admisibilidad. En este sentido, no solamente se dispone de la vía de examen general para las escrituras públicas (art.517.2.4º LEC), sino también aquellas de los arts.685.2.II y 685.4 LEC, a su vez alternativas entre sí¹³¹⁹.

Así, por ejemplo, el título ejecutivo puede resultar la copia expedida con tal carácter ejecutivo, o bien la certificación registral que acredite la inscripción y subsistencia del derecho real¹³²⁰. Esta distinción se explica por cuanto la razón de ser del art.517.2.4º LEC trae causa de evitar que se sigan diversas ejecuciones por mor de un mismo título, si es que se otorgara más de una copia con carácter ejecutivo de dicho título; sin embargo, la evitación de tal riesgo pierde su sentido cuando el título ejecutivo (el derecho real) ya se ve sometido una esfera de publicidad registral y cuyo tratamiento procesal ejecutivo, además, se refleja por medio del sistema de nota marginal (art.688.2 LEC).

La segunda particularidad principal se observa en la notable limitación del derecho de oposición (art.695 LEC), en contraste con su régimen general (arts.556 y ss. LEC), ello por medio de la limitación en las *causas petendi* admisibles a tal fin.

¹³¹⁸ Sentencia núm.402/1998, de 4 de mayo, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (RJ 1998\3464).

¹³¹⁹ Auto núm.9/2017, de 17 de enero, de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 1ª (JUR 2017\79029).

¹³²⁰ Auto núm.292/2016, de 17 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 12ª (JUR 2016\27391).

Frente a esta limitación sólo cabe excepcionar las causas procesales del art.559 LEC¹³²¹, de orden público y que en lo no previsto por el art.695 LEC deben completar a éste, precisamente por dicha naturaleza de carácter público y su exigible examen *ex officio*.

Sin embargo, en lo que se refiere a aquellos inextensibles motivos sustantivos o de fondo, las carencias del art.695 LEC quedaron expuestas en la mediática Sentencia de 14 de marzo de 2013 del TJUE (Sala 1ª)¹³²², la cual esencialmente vino a amonestar que el sistema procesal español no permitiera aducir como causa de oposición la existencia de cláusulas abusivas en el título ejecutivo.

Tal fue la contundencia inequívoca del reproche comunitario a nuestro legislador que éste, sin dilación, se apresuró a promulgar la Ley 1/2013, de 14 de mayo, en aras de adaptar el referido art.695 LEC a la protección conferida en la ya preexistente Directiva 1993\13, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, desde entonces prevista como causa de oposición (art.695.1.4ª LEC).

Para ello se tuvo a bien establecer, además, un detallado régimen de transitoriedad en dicha Ley 1/2013, de 14 de mayo, para poder así permitir retroactivamente, en contra del principio general del art.2 LEC, su aplicabilidad sobre aquellos procesos de ejecución en curso.

En igual sentido, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, también procedió a la necesaria reforma del art.129.2 LH, relativo a la ejecución extrajudicial de la hipoteca, de modo que en ambos procedimientos (judicial y extrajudicial) pudiera ejercitarse el derecho de oposición de la parte ejecutada bajo las mismas garantías de defensa y control de oficio (vid. así los arts.129.2.f) y h) LH).

A tal fin, y sin perjuicio del control notarial allí previsto como equivalente del control judicial, el art.129.2.f) LH establece asimismo un procedimiento sumario (no incorporado en la LEC) ejercitable ante el juez que hubiera resultado competente de la ejecución hipotecaria (art.684 LEC), para que el deudor pueda así aducir frente al mismo el posible carácter abusivo de alguna cláusula contractual. El mero ejercicio de dicha oposición judicial provocará la suspensión temporal *ex lege* del procedimiento notarial hasta su resolución. Ahora bien, dicha adaptación del art.129 LH a la Directiva 93/13/CEE, en materia de cláusulas abusivas, no podrá ser invocada cuando la adjudicación del bien ejecutado ya hubiera tenido lugar¹³²³.

¹³²¹ Así se argumenta, entre otros, en el Auto núm.63/2017, de 23 de febrero, de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 11ª (JUR 2017\132445).

¹³²² TJCE 2013\89.

¹³²³ Así se ha resuelto en la Sentencia de 7 de diciembre de 2017 del TJUE (ECLI:EU:C:2017:945), en relación con un procedimiento de ejecución hipotecaria notarial iniciado en el año 2011, habiendo sido adjudicada -a raíz de dicha ejecución- la respectiva vivienda habitual ejecutada en el año 2012.

El art.695 LEC ha sido, con posterioridad a la citada Ley 1/2013, de 14 de mayo, objeto de hasta otras tres reformas en apenas dos años (2013 a 2015)¹³²⁴, en este caso dirigidas a ampliar tanto el plazo de comparecencia ante el tribunal (art.695.2 LEC), así como a ampliar también el régimen de recursos (apelación) frente al auto desestimatorio de la oposición (art.695.4 LEC).

Sin embargo, la mayor controversia que sigue padeciendo el proceso de ejecución hipotecaria descansa en el concepto de vencimiento anticipado y que aparece configurado en la norma del art.693 LEC, actualmente objeto de reforma parlamentaria como prueba última del profundo debate ideológico al que está siendo sometido¹³²⁵.

Este mismo art.693 LEC fue ya precisamente reformado por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, con el objeto de exigir un mínimo de cuotas o plazos -tres meses- para poder declarar el vencimiento anticipado del adeudo y así reclamar su totalidad e intereses.

Pues bien, lejos de resolver cualquier polémica, lo cierto es que este susodicho plazo contenido en una norma procesal (art.693.2 LEC) no se encuentra capacitado para enjuiciar la abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado¹³²⁶, toda vez que la conducta de limitarse a aguardar a que concurra el plazo previsto en el art.693.2 LEC tampoco subsana la abusividad de la cláusula¹³²⁷.

Así las cosas, sin ánimo de ignorar todo el previo y profuso debate jurisprudencial habido¹³²⁸, a la hora de determinar el concepto procesal del vencimiento anticipado, actualmente debe tomarse como punto de partida la Sentencia de 26 de enero de 2017 del TJUE (Sala 1ª)¹³²⁹. Dicha resolución rechazó la admisibilidad de la declaración, a efectos procesales, del vencimiento anticipado ante el impago de siete mensualidades (de un total de 564 cuotas) derivadas de un préstamo hipotecario concertado con un

¹³²⁴ Mediante la Ley 8/2013, de 26 de junio; luego por el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre; y por el momento, siendo su última reforma la operada por la Ley 9/2015, de 25 de mayo.

¹³²⁵ Nos remitimos al *Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario Ley de Crédito Inmobiliario*, el cual prevé que un hipotético art.693.2 LEC vinculado a los requisitos de la ejecución hipotecaria extrajudicial, cuyo art.129.bis LH también se vería reformado por dicho mismo proyecto legislativo, toda vez que este último precepto (reformado) aumentaría notablemente el concepto de vencimiento anticipado en favor de la protección del deudor y la proporcionalidad de gravedad global del incumplimiento.

¹³²⁶ Auto núm.71/2018, de 31 de enero, de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª (JUR 2018\106260). Como bien se concluye en dicha resolución judicial, el art.693.2 LEC *es una norma de carácter procesal y no una norma que defina el carácter abusivo del pacto de vencimiento anticipado y que dicha norma no es por sí sola, criterio para sustentar y fijar tal carácter abusivo*.

¹³²⁷ Auto núm.1857/2016, de 28 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª (JUR 2017\40724).

¹³²⁸ Como referente jurisprudencial debía estarse, hasta ese momento, a la Sentencia núm.705/2015, de 23 de diciembre, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2015\5714).

¹³²⁹ TJCE 2017\31.

consumidor, sólo por el mero hecho de que su periodo de impago resultara superior al que prevé el art.693.2 LEC (tres mensualidades).

Este contexto de suma incertidumbre, en el que la jurisprudencia comunitaria no parece permitir una aplicación objetivada o automática del art.693.2 LEC, el propio Tribunal Supremo¹³³⁰ se ha visto en la necesidad de plantear de inmediato sendas cuestiones prejudiciales al TJUE respecto de dos problemáticas subsiguientes, actualmente en tramitación.

Tales problemáticas versan, resumidamente, sobre la posibilidad de separación (dentro del juicio de abusividad) de una cláusula con más de un enunciado, así como respecto de la (posible) mejor posición del consumidor en un proceso de ejecución hipotecaria que en uno ordinario. Ello, a su vez, ha provocado que algunos partidos judiciales -p. ej. Audiencias Provinciales de Castellón, Córdoba, Murcia y Madrid¹³³¹- hayan suspendido los procesos de ejecución hipotecaria seguidos frente a consumidores (y en los que se aduzca la abusividad como causa de oposición), en tanto no se pronuncie el TJUE al respecto.

Ha de tenerse en cuenta, además, que la procedencia en declarar la nulidad de este tipo de cláusula por vencimiento anticipado opera, incluso, con independencia de que dicha cláusula se hubiere aplicado o no por la parte acreedora-demandante¹³³², así como tampoco atiende al número de cuotas adeudadas¹³³³.

Tal es el control judicial impuesto que, en la práctica forense, se observa la paradójica estrategia de los acreedores consistente en renunciar *de facto* a los privilegios procesales propios de la ejecución hipotecaria, optando en cambio por demandar a su deudor por la vía del juicio declarativo ordinario ex arts.1124 (resolución del contrato de préstamo por incumplimiento¹³³⁴) y/o 1129 CC (pérdida de plazo). Por su parte, desde la perspectiva del deudor hipotecario, las supuestas bondades procesales que los arts.681 y ss. LEC le

¹³³⁰ Auto de 8 de febrero de 2017, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (Tol 5962344).

¹³³¹ Así se recoge en el portal Noticias Jurídicas, en su edición digital de 3 de marzo de 2017. Enlace: <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/11715-las-audiencias-de-castellon-y-madrid-suspenden-las-ejecuciones-hipotecarias-hasta-que-la-justicia-europea-resuelva-las-dudas-del-ts/>

¹³³² Auto núm.184/2017, de 15 de mayo, de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 11ª (Tol 6331624).

¹³³³ Auto núm.702/2017, de 30 de mayo, de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª (JUR 2017\222795), pues, como bien se razona, *el carácter abusivo del pacto no se modula por cómo lo haya efectuado el profesional, sino sobre su literalidad.*

¹³³⁴ Es posible la resolución de un contrato de préstamo, a pesar de su naturaleza real, si bien ello en los términos y requisitos que ha tenido a bien aclarar la Sentencia núm.432/2018, de 11 de julio, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (CENDOJ 28079119912018100024).

otorguen (p. ej. rehabilitar el préstamo ex art.693.3 LEC) pueden ser invocadas ante una ejecución ordinaria¹³³⁵.

En lo que se refiere, todavía más concretamente, a las denominadas cláusulas suelo, en principio válidas¹³³⁶, comoquiera que su posible nulidad por abusividad afectaría de manera esencial al fundamento de la ejecución y (particularmente) a la necesaria determinación de la liquidez de la deuda reclamada ex arts.571 a 574 LEC, el único tratamiento procesal admisible (especialización judicial ex art.98.2 LOPJ aparte¹³³⁷) pasaría por acordar el sobreseimiento del correspondiente proceso de ejecución, tal y como así se argumenta profusamente en el Auto de 25 de enero de 2017, de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 4^a¹³³⁸.

La Ley 1/2013, de 14 de mayo, no sólo se limitó a ampliar las causas de oposición a la ejecución en materia de cláusulas abusivas (art.695.1.4^a LEC), así como a regular de forma más protectora el concepto procesal de vencimiento anticipado (art.693.2 LEC), y en última instancia a ampliar el plazo de suspensión temporal del lanzamiento derivado de la ejecución hipotecaria judicial o extrajudicial; sino que, a través de su promulgación, también se procuraron otra serie de medidas igualmente favorecedoras hacia el deudor hipotecario.

Así, por ejemplo, cabe destacar la limitación de las costas en ejecución introducida (art.575.bis.1 LEC) en supuestos de vivienda habitual ejecutada, que impiden que su cálculo supere el 5% de la cantidad reclamada en la demanda ejecutiva. A ello cabe añadir que, si se ha declarado la abusividad de alguna cláusula (p. ej. intereses de demora), la misma y su concepto correspondiente tampoco será tenida en cuenta como parte de la cantidad reclamada y sobre la cual calcular las costas¹³³⁹. En todo caso, es de notar la quiebra de la regla general del art.583.2 LEC sobre las costas en ejecución.

Tampoco cabe ignorar la promulgación de otra serie de medidas *favor debitoris*, éstas ya de carácter puramente jurídico-sustantivo y por tanto ajenas a nuestro estudio, introducidas por primera vez mediante la Ley 1/2013, de 14 de mayo. Así, por un lado, destaca la limitación legal de los intereses de demora (art.114.III LH) en préstamos o créditos celebrados para la adquisición de vivienda habitual, ahora bien, sin que dicho

¹³³⁵ Auto núm.140/2017, de 4 de abril, de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 6^a (JUR 2018\24039).

¹³³⁶ Sentencia núm.241/2013, de 9 de mayo, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección Pleno (RJ 2013\3088) y posteriores.

¹³³⁷ Vid. Acuerdo del CGPJ, de 25 de mayo de 2017, publicado en el BOE de 27 de mayo de 2017, el cual estableció que determinados juzgados (p.ej. Juzgado de Primera Instancia nº 25 de Valencia) *de manera exclusiva y no excluyente conozcan de la materia relativa a las condiciones generales incluidas en contratos de financiación con garantías reales inmobiliarias cuyo prestatario sea una persona física.*

¹³³⁸ Tol 5.945.784

¹³³⁹ Auto núm.42/2015, de 26 de febrero, de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3^a (JUR 2015\124935).

precepto pueda servir como una suerte de derecho supletorio ante cláusulas de intereses de demora superiores, y por ende susceptibles de ser declaradas nulas por abusivas¹³⁴⁰.

Finalmente, también es de notar la reforma simultánea, igualmente de carácter jurídico-sustantivo, consistente en la introducción de un régimen de condonación de deudas *extraconcurzal* (art.579.2.a) LEC), paradójicamente promovido con anterioridad a la condonación *concurzal* de deudas ex art.178.bis LC (introducido por el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero), incluso en la primera de sus múltiples versiones (ex art.178.2 LC conforme a su redacción mediante la Ley 14/2013, de 27 de septiembre). Esta incongruencia legislativa mostraba el abandono, al tiempo, de la Ley Concursal por parte del legislador, o cuanto menos su falta de confianza en cuanto a la utilización de este proceso diseñado (precisamente) para combatir todo tipo de insolvencia.

En cualquier caso, huelga advertir cómo el ámbito objetivo de aplicación del citado art.579.2.a) LEC se encuentra circunscrito al procedimiento de ejecución hipotecaria (judicial o extrajudicial), y, además, siempre que el bien ejecutado consista en la vivienda habitual¹³⁴¹, por lo que ante cualquier otro tipo de proceso de ejecución (p. ej. una ejecución de un título judicial) deberá estarse al régimen general de responsabilidad patrimonial universal del art.1911 CC, siendo irrelevante en tales ejecuciones que éstas recaigan o no sobre la vivienda habitual. Por su parte, el art.579.2.b) LEC, también circunscrito a la ejecución hipotecaria, faculta otra modalidad de condonación de deudas (más bien de reducción de remanente de deuda) ante la venta posterior de aquel inmueble vivienda habitual adjudicado al acreedor o persona relacionada con éste, ello como manifestación de la doctrina general que proscribe el enriquecimiento injusto¹³⁴².

Y en lo que se refiere a su ámbito subjetivo, es claro que el procedimiento de ejecución dineraria al que hace referencia el art.579 LEC, de naturaleza subsidiaria, previa insuficiencia devenida de la ejecución hipotecaria, podrá dirigirse frente al allí deudor hipotecario parte ejecutada. Más interesante es, sin embargo, que el art.579.1 LEC expresamente contemple la expresión «y *contra quienes proceda*», de suerte que extiende su legitimación pasiva frente a los fiadores del deudor, contra quienes el art.685 LEC impide promover acción personal acumulada (inicialmente) en la misma demanda de ejecución hipotecaria, sin perjuicio de su notificación (art.685.5 LEC)¹³⁴³.

¹³⁴⁰ Por todas, Sentencia núm.75/2016, de 29 de febrero, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 12ª (JUR 2016\115862); la cláusula de demora declarada nula debe -sin más- ser suprimida.

¹³⁴¹ FLORS MATÍES, J., *GPS Procesal Civil*, ed. Tirant lo Blanch, 2018, pág.1848.

¹³⁴² Así advierten de esta finalidad última del art.579.2.b) LEC el Auto núm.29/2018, de 7 de febrero, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 17ª (JUR 2018\84151); el Auto núm.468/2017, de 22 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 6ª (JUR 2018\61041); o el Auto núm.287/2017, de 2 de mayo, de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 2ª (AC 2017\997).

¹³⁴³ Auto núm.45/2015, de 3 de marzo, de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 6ª (TOL5010865).

CAPÍTULO CUARTO: LOS MECANISMOS PRECONCURSALES Y EXTRACONCURSALES
FRENTE A LA INSOLVENCIA DE LA PERSONA FÍSICA.

Reflejo último de la Ley 1/2013, de 14 mayo, se aprecia a la hora de analizar el vertiginoso descenso que han padecido los procesos de ejecución hipotecaria a partir del año 2014, esto es, a partir del primer año íntegro desde la vigencia de dicha normativa y sus múltiples efectos *favor debitoris*. Así pues, conforme a los datos oficiales publicados en el INE¹³⁴⁴, en el año 2014 se iniciaron un total de 44.939 procesos de ejecución hipotecaria; cifra ésta que descendió a las 31.151 ejecuciones hipotecarias en el año 2015; reduciéndose otra vez tal dato hasta las 27.189 ejecuciones hipotecarias para el año 2016; y, finalmente, bajando de nuevo drásticamente a 14.102 ejecuciones hipotecarias durante el año 2017.

¹³⁴⁴ Disponibles telemáticamente: <http://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=7712>

CONCLUSIONES Y RESULTADOS

En la introducción al presente estudio, al tiempo de examinar su finalidad, ya se tuvo ocasión de concretar que esta tesis doctoral ha tenido como objeto analizar el tratamiento legal de la insolvencia de persona física en España. Asimismo, por su relación y utilidad para con dicho objeto principal de estudio, también se ha considerado oportuno realizar un examen sobre la insolvencia de la persona física desde su evolución histórica, así como desde la perspectiva del derecho comparado, todo ello justificado en los motivos ya expuestos en sus respectivos epígrafes.

De igual manera, huelga recordar que el presente estudio ha tomado como visión metodológica un enfoque propio del derecho jurisdiccional, ahora bien, evitando a su vez que dicha concreción académica impida una investigación global de la insolvencia, puesto que, evidentemente, el componente jurídico-sustantivo de toda «insolvencia» es innegable. Tal sinergia es patente a lo largo de los distintos capítulos de esta tesis doctoral, en los que se ha querido reflejar un cierto equilibrio explicativo entre ambos elementos, a saber, primando en todo momento el análisis *jurisdiccional* que recibe la insolvencia de la persona física, pero sin obviar por ello sus componentes sustantivos de orden civil.

Así las cosas, bajo estos parámetros seguidos en el estudio y desarrollo de este trabajo, se han podido extraer las siguientes conclusiones:

- I. La evolución legal de la insolvencia en España, desde un punto de vista histórico, refleja el logro inherente a la propia existencia de la Ley Concursal, esto es, como un cuerpo normativo unificado, así como libre por fin de la clásica distinción conceptual entre sujetos comerciantes y sujetos no comerciantes insolventes. Atrás quedaba, de una vez por todas, la preexistente caótica etapa normativa que regulaba la insolvencia de la persona física bajo diversos textos decimonónicos y de principios del siglo XX: la LEC 1881, la LSP, el Código Civil, el C de C de 1885 e incluso el C de C de 1829, a su vez sin ninguna armonización entre todos estos vetustos cuerpos procesales y sustantivos.

Sin embargo, lo cierto es que tal espíritu de universalidad y su consiguiente seguridad jurídica se ha visto quebrado en los últimos tiempos, a pesar de que todos aquellos antecedentes históricos, precisamente, deberían evitar volver a caer en los mismos errores legislativos.

Así, por un lado, se ha cercenado el referido principio de universalidad en materia procesal, pues aunque el concurso de persona física no empresario ni profesional continúa mantenido bajo el orden jurisdiccional civil, su competencia objetiva se ha desplazado de los juzgados de lo mercantil a los juzgados de primera instancia (art.85.6 LOPJ), mientras que los primeros continúan siendo competentes para la declaración de concurso de personas jurídicas y de personas físicas empresarias y profesionales.

De otra parte, en vista de su exorbitante abundancia, ha de destacarse la existencia de una multiplicidad de reformas en materia concursal habidas

durante los años 2013 a 2015, los cuales pueden denominarse como el *periodo reformista* concursal.

Aunque buena parte de estas reformas obedecen a una innegable necesidad de mejora de la Ley Concursal respecto de las personas físicas insolventes, su constante promulgación ha llevado consigo una sensación de inseguridad jurídica, máxime cuando el propio legislador se ha visto en la obligación de corregirse a sí mismo entre reforma y reforma, dentro de tan reducido espacio de tiempo. Véase así, como ejemplo de toda falta de reflexión en la *mens legislatoris*, la aparatosa evolución normativa vivida sobre los arts.5.bis, 178.2, 178.bis y 231 LC, relativos a las figuras del precurso, la condonación de deudas y el acuerdo extrajudicial de pagos. Idéntica inquietud produce la primera versión conocida del *Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal*, de 6 de marzo de 2017, promulgado por parte de la Comisión General de Codificación. Este pretendido proyecto de refundición de la Ley Concursal, el cual nada menos que triplica su articulado, ha evidenciado signos de excederse en su aparente cometido meramente clarificador, al aprovechar para modificar aspectos de índole sustantiva.

- II. La declaración de concurso de acreedores de toda persona física comporta una alteración en la capacidad para ser parte y la capacidad procesal del sujeto concursado, así como respecto de su propia esfera como titular de derechos subjetivos (legitimación), pero, además, también despliega sus efectos frente al derecho de acción de quienes pretenden formular sus pretensiones frente al sujeto concursado.

De esta suerte, ha de repararse en cómo el proceso concursal establece un amplio elenco de efectos *ad extra* al propio concurso, como dan buena cuenta de ello los arts.8, 50 y 51 de la Ley Concursal, en consonancia con el art.86.ter.1 LOPJ, con base en el principio de la *vis attractiva* competencial en favor del juez del concurso. Cuando se trate de competencias ya atribuidas de ordinario al orden jurisdiccional civil, ha de concluirse que la aludida *vis attractiva* adopta la forma de competencia *funcional* a favor del juez del concurso, mientras que para el resto de competencias (p. ej. art.8.2º LC) es la competencia *objetiva* la que se ve desplazada de orden jurisdiccional, al civil, en favor del juez del concurso.

En determinados supuestos, toda esta política de atracción procesal-concursal es capaz, incluso, de afectar al propio derecho de acción de aquel tercero legitimado, mediante su suspensión temporal *ope legis* por mor del concurso, tal y como acontece respecto de determinadas clases de pretensiones (art.51.bis LC), así como en detrimento de la tutela ejecutiva (art.5 LEC) propia de los acreedores con título ejecutivo bastante, incluyendo aquellos con en base en garantías reales debidamente constituidas (arts.55, 56 y 57 LC).

Por otro lado, es de notar que el proceso concursal también incide en la capacidad para ser parte y la capacidad procesal del sujeto concursado

(arts.6.1.4º, 7.5 y 7.8 LEC), ello en función del régimen de intervención o suspensión de sus facultades patrimoniales (arts.40 y 54 LC), con independencia del carácter voluntario o necesario del proceso concursal. Se observa, así, a pesar de su tradición legal ya patente en la LEC 1881, otro efecto procesal ciertamente atípico y transgresor, consistente en ser capaz de mermar la propia capacidad del sujeto concursado aunque éste resulte el demandante del concurso, al punto de llegar a sustituirla por completo (p. ej. por apertura de la fase de liquidación) a salvo de aquellas pretensiones de carácter personal (art.54.1 LC).

El resultado último de toda esta subversión legal es que el sujeto concursado puede llegar a dejar de resultar la parte procesal como tal, tanto dentro como fuera del proceso concursal, ocupando su lugar la masa activa (art.6.1.4º LEC) y siendo la administración concursal el legal representante (art.7.5 LEC) de dicho patrimonio sin personalidad propia, con el consiguiente desplazamiento de la legitimación *ad causam* también privada al sujeto concursado. Cuanto menos, el efecto mínimo que producirá la declaración de concurso es la intervención de la capacidad procesal del sujeto concursado (arts.7.8 LEC y 54 LC), al quedar ésta sujeta a la conformidad de la administración concursal, quien de este modo guardaría una función integradora de dicha capacidad procesal.

- III. Fruto del aquí denominado *periodo reformista* (años 2013 a 2015) de la Ley Concursal, dejando a un lado su ya criticada falta de consistencia y seguridad jurídica, el legislador ha procurado un innegable impulso del concurso de acreedores de la persona física, en aras de potenciar su utilización, en vista de su tradicional falta de alicientes específicos para la persona física insolvente, y, con ello, su escasa concurrencia en la práctica forense.

En particular, cabe reseñar positivamente el acogimiento normativo de medidas reclamadas por la mejor doctrina desde antiguo, tales como la limitación *loan-to-value ratio* de las garantías reales (art.90.3 LC), lo que a su vez fomenta la mayor participación de estos acreedores ante un escenario de convenio concursal, ya aumentada en todo caso de por sí (vid. art.134.3 LC), así como al tiempo de la posible condonación de este tipo de pasivo remanente (art.178.bis LC).

También ha de concluirse, de forma positiva, la admisibilidad en poder incorporar medidas de cesión en pago (*datio pro soluto*) de bienes o derechos, dentro de una propuesta de convenio (art.100.3.II LC), medida ésta hasta entonces incomprensiblemente vedada, con la única excepción de los acreedores de derecho público y siempre que se cumplan determinados requisitos de adecuación en el valor-deuda; ello además de no incurrir una liquidación global, pues sería contrario al espíritu de la figura del convenio concursal.

En igual sentido, también la herramienta del plan de liquidación se ha visto ampliada para consentir daciones en pago o para pago de créditos concursales

(art.148.5 LC), con la misma excepción respecto de los acreedores públicos antes referida.

Y es que, comoquiera que ambas figuras, propuesta de convenio y plan de liquidación, participan de una naturaleza mixta sustantivo-jurisdiccional, puesto que requieren de su expresa aprobación judicial, el inexcusable cumplimiento de sus respectivos presupuestos resulta elemento imperativo por encima de la libertad de autonomía contractual (art.1255 CC) entre deudor y acreedores. Así se explican, de forma justificada, tales limitaciones legales al principio de autonomía privada, que derivan de la propia sujeción del deudor a un proceso de insolvencia.

Por último, cabe igualmente resaltar en términos positivos, a pesar de su particularmente convulsa y tardía aparición, la introducción de un régimen de condonación de deudas concursal frente a la hasta entonces insólita ausencia de una solución diferente al principio común de responsabilidad patrimonial universal (art.1911 CC). Primero, ello tuvo lugar bajo unos parámetros manifiestamente insuficientes (vid. art.178.2 LC en su redacción por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre), y, a partir de las reformas del año 2015 aquí comentadas, ya bajo una regulación procedimental y efectos (léase alcance de la condonación) mucho más adecuada en detalle, así como estimulante en su posible utilización (vid. así la amplitud del art.178.bis LC frente a su antecesor). Toda esta serie de medidas sustantivas, junto con su correspondiente tratamiento procedimental, han buscado potenciar la figura del concurso de acreedores de la persona física, y, de hecho, ello se ha traducido en su aumento estadístico en los últimos años como bien se recoge en este estudio, frente al descenso generalizado habido en declaraciones de concurso a partir del año 2014 (datos del INE).

Dicho lo cual, todavía persisten carencias de difícil justificación, véase así la discriminación en la suspensión de la tutela ejecutiva de los acreedores concursales con garantía real (p. ej. hipoteca), efecto legal éste todavía a día de hoy únicamente disponible para sujetos concursados empresarios o profesionales (art.56 LC), y, sin el cual, una gran mayoría de deudores insolventes -por deudas sometidas a garantía hipotecaria- difícilmente van a encontrar atractivo alguno en demandar su concurso voluntario. Resulta mucho más lógico que, en un proclamado escenario sustantivo-procesal de universalidad crediticia (masa pasiva) y patrimonial (masa activa), el sujeto concursado se vea amparado bajo la suspensión *ex lege* de cualesquiera ejecuciones singulares que se dirigieran frente a su vivienda habitual, al menos hasta su posible liquidación concursal.

De igual manera, aquellos acreedores de derecho público no sólo no dan ejemplo alguno al resto de acreedores, ante sus privilegios crediticios (art.91 LC) y de inmunidad de efectos en materia de convenio y liquidación concursal (arts.100.3 y 148.5 LC), sino que en la práctica dicha falta de sujeción *ex lege* a los efectos de la correspondiente propuesta de convenio o de liquidación termina, en no

pocas ocasiones, por frustrar toda la viabilidad real de aquella propuesta de convenio o de liquidación concursal del patrimonio, provocando así a la postre una mayor cuota de deuda insatisfecha para su posible tratamiento dentro del procedimiento de condonación (art.178.bis LC).

- IV. No queda lejos aquella primera etapa de paupérrima sustancialidad de las instituciones preconcursales, fundadas *ex origine* en un escueto apartado (art.5.3 LC hasta su derogación por la Ley 38/2011, de 10 de octubre), y luego en un art.5.bis LC algo más desarrollado, pero, prácticamente igual de ineficaz para con las personas físicas en estado de insolvencia actual o inminente.

Ocurre, sin embargo, que se ha experimentado una (todavía) reciente y veloz potenciación del derecho preconcursal, de nuevo a raíz del vehemente *periodo reformista* (años 2013 a 2015) de la Ley Concursal. Tanto es así que, incluso, el legislador ha llegado a promover todo un Título (X) nuevo de la Ley Concursal, por medio del cual se ha establecido un procedimiento (acuerdo extrajudicial de pagos) que da cauce a aquello que se ha querido llamar como «mediación concursal», pero que, como ya se ha visto, se encuentra muy lejos de los principios (voluntariedad, imparcialidad, neutralidad, confidencialidad) rectores de la LMED.

Sea como fuere, lo cierto es que el acuerdo extrajudicial de pagos es susceptible de ser concebido como un auténtico expediente de jurisdicción voluntaria, dentro del cual no se ejerce jurisdicción alguna como tal, pero sí interviene un juez como garante de derechos privados (art.117.4 CE), toda vez que el mismo puede convertirse en contencioso por diversas causas (vid. arts.236.4, 239, 241 y 242 LC).

Al margen de la inexplicable restricción originaria en el ámbito subjetivo del procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos, excluido para las personas físicas no empresarias ni profesionales según el primigenio art.231.1 LC, las estadísticas citadas en este estudio (con fuente en el INE) muestran que se trata de una institución preconcursal por y para la persona física insolvente, en constante auge, especialmente a partir de su enmienda mediante el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero. Y es que, por primera vez en la Ley Concursal, incluso se ha previsto la limitación temporal de la tutela ejecutiva de los acreedores con garantía real, cuando ésta pretenda dirigirse frente a la vivienda habitual del deudor (arts.235.2.a) y 242.bis.1.8^a LC), y ello a pesar de que, paradójicamente, tal carencia histórica todavía persiste dentro del proceso concursal (art.56 LC).

Así y todo, se echa en falta una mayor valentía legislativa, que diera el paso definitivo de instaurar una protección de la vivienda habitual del deudor que abarcara la totalidad del procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos, y no solamente dos o tres meses en función del tipo de deudor; plazos éstos que evidencian una extensión de tiempo del todo insuficiente.

El procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos destaca, en cualquier caso, por su notable celeridad en sus plazos y distintos hitos procedimentales hasta su terminación, así como por unos costes (menores) que distan bastante de aquellos inherentes al proceso concursal, como resulta lógico por su distinta naturaleza; todo lo cual suponen, a la postre, apreciables estímulos en aras de su utilización.

En contraposición a estas bondades, ciertamente ha de ponderarse que el deudor se ve a cambio desposeído del principio dispositivo inherente a todo proceso civil, incluyendo el concursal (art.4 LC). Como ya se ha advertido en diversos apartados de esta tesis, el art.242.1.II LC implícitamente delega sobre el juez competente para conocer del (eventual) concurso la carga de declarar el llamado concurso consecutivo, cuando éste deba producirse como consecuencia de la estimación de una acción de impugnación sobre el acuerdo extrajudicial de pagos aprobado (art.239 LC). Análoga agresión sobre el principio dispositivo se produce ante la legitimación extraordinaria (art.3.1 LC) que, también bajo el Título X de la LC, se confiere al mediador concursal para instar obligatoriamente el concurso consecutivo en determinados supuestos (arts.236.4, 238.3 y 241.3 LC)

Dentro de lo que se refiere al ámbito de la persona física insolvente o preinsolvente, destacan en mucha menor medida las restantes herramientas propias del derecho preconcursal, esto es, el acuerdo de refinanciación de pagos (Disposición Adicional Cuarta de la LC) y la mera comunicación preconcursal (art.5.bis.1 LC) sin seguirse la vía del Título X de la LC. A pesar de ello, su potencial aplicabilidad sobre la persona física ha exigido, aun por simple prurito académico, detenernos en su estudio y particularidades relevantes a estos efectos. En cualquier caso, además, lo cierto es que tal comunicación preconcursal constituye aquel cauce unitario procedimental aplicable con independencia de la causa subyacente (propuesta anticipada de convenio; acuerdo de refinanciación; acuerdo extrajudicial de pagos).

Llegamos, así, a una de las principales hipótesis que se planteaban en esta tesis doctoral: ¿tiene sentido el proceso concursal de la persona física a día de hoy? Y de ser así, ¿en qué medida real lo tiene?

Desde un punto de vista estrictamente teórico, es claro que mantener la previsión legal del proceso concursal de la persona física como parte del presupuesto subjetivo de la Ley Concursal (art.1 LC), y a pesar de la reciente quiebra en su principio de universalidad competencial (art.85.6 LOPJ), poco o ningún daño produce. Sabido es que resulta más fácil *destruir* que *construir*, por lo que no sería justo, ni a nada nos conduce, promover una simple supresión normativa de la declaración de concurso de la persona física en todos sus extremos.

Visión distinta se atestigua en la práctica forense, dentro de la cual el concurso de acreedores de carácter necesario (art.22 LC) de la persona física constituye una *rara avis* estadística, que no ilógica, pues tal derecho de acción (jurídico-

procesal) se torna en irrisorio desde la óptica de su recompensa jurídico-sustantiva, consistente en un sesgado privilegio general (art.91.7º LC) crediticio probablemente de difícil o nulo cobro. Por todo ello ha de concluirse que, mientras no se privilegie de manera efectiva (p. ej. un 50% del crédito del acreedor contra la masa) el concurso necesario de la persona física, éste carecerá de sentido alguno más allá de su carácter testimonial.

El concurso voluntario de la persona física también parece una pretensión de difícil recomendación sin antes pasar por un expediente de acuerdo extrajudicial de pagos, dada cuenta, además, de la actual amplitud en los presupuestos subjetivos y objetivos (art.231 LC) de tal expediente con naturaleza de jurisdicción voluntaria.

No es que el concurso voluntario de acreedores haya perdido su sentido actual, sino que más bien éste ha mutado en dos representaciones: la primera, aquella reducida a la más mínima expresión procesal, cual es el denominado concurso *exprés* (art.176.bis.4 LC) y que a su vez dispone la potestad de acceder al procedimiento de condonación de deudas; nada más, seguramente, importe al deudor que solicitar dicha condonación y de la manera más ágil procesalmente posible. La otra vertiente *realista* del concurso de acreedores de la persona física descansa en la forma de concurso consecutivo (arts.242 y 242.bis LC), esto es, como consecuencia del fracaso -por la razón legal que fuere aplicable- y por tanto previo agotamiento del procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos. La demanda de concurso consecutivo, además, como ya se ha dicho, deja de resultar una potestad dispositiva única al deudor y bien puede decretarse *ex officio* (art.242.1.II LC) o por parte del mediador concursal con legitimación extraordinaria reconocida (arts.3.1, 236.4, 238.3 y 241.3 LC).

Por el contrario, a pesar de su refuerzo normativo comentado en el Capítulo Tercero, difícilmente la propuesta de convenio concursal y el plan de liquidación concursal, herramientas tradicionales, pueden combatir en términos de eficiencia y celeridad con el concurso *exprés*, así como con el expediente de acuerdo extrajudicial de pagos.

Se ha demostrado, por todo ello, que a salvo de que el tratamiento procesal de la insolvencia de la persona física se reduzca a su más sumaria expresión procedimental (arts.176.bis.4 LC y 178.bis LC), lo cierto es que la desjudicialización en el tratamiento de la insolvencia de la persona física es una herramienta mucho más efectiva y certera que el proceso concursal. Ahora bien, no por ello debe prescindirse de todo elemento jurisdiccional, por ejemplo, bajo un hipotético procedimiento administrativo o del todo *ius privatista*; pues el acuerdo extrajudicial de pagos logra, con gran mérito, aunar el garantista control jurisdiccional con la agilidad propia de su carácter *a priori* no contencioso.

- V. El aquí denominado fenómeno del sobreendeudamiento hipotecario encierra, a la postre, una tipología de insolvencia *sui generis* cuyo tratamiento escapa de la Ley Concursal, según lo ha querido la voluntad del legislador, ello también desde un punto de vista del tratamiento procesal a seguir. De los resultados de esta tesis doctoral se ha concluido que dicho concepto de insolvencia extraconcursal se recoge, en realidad, por medio del distinto término acuñado como *umbral de exclusión* y que se define en el Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo; desde su introducción originaria, así como pasando por sus distintas reformas, todas ellas encaminadas a ampliar su ámbito de aplicación.

Buena parte de las medidas excepcionales introducidas para combatir la magnitud de este fenómeno han consistido en la alteración del orden procesal común, así, por ejemplo, estableciendo la suspensión temporal del derecho de tutela ejecutiva de los acreedores hipotecarios, respecto a su fase última de adjudicación y consiguiente entrega de la posesión del inmueble ejecutado, cuando éste consista en la vivienda habitual del deudor. Dicho elemento integrante de la tutela ejecutiva se encuentra, actualmente, paralizado hasta el 15 de mayo del año 2020 (Real Decreto-Ley 5/2017, de 17 de marzo), siempre y cuando se den los presupuestos determinados en su impar normativa (Ley 1/2013, de 14 de mayo).

Resulta así harto paradójico que la Ley Concursal, que no es sino el instrumento legislativo *oficial* para combatir toda insolvencia, continúe siendo incapaz de afrontar escenarios de ejecución hipotecaria de vivienda habitual del deudor (vid. así el presente análisis del art.56 LC); lo cual acentúa, todavía más, la necesidad de abordar el examen de toda aquella normativa temporal y especialísima, que, de forma sucesiva, viene promulgándose bajo una muy cuestionable técnica legislativa desde el año 2012 en adelante.

A pesar de esta más amplia visión normativa sobre la insolvencia de la persona física, cuyo estado como tal (insolvente) no puede negársele al deudor hipotecario, por el mero hecho de no hallarse en concurso de acreedores, es posible todavía apreciar algunas severas deficiencias y que cuanto menos merecen una sosegada reflexión *de lege ferenda*.

Y es que, no se explica, por su incoherencia interna, la total falta de sensibilidad del legislador para con el deudor arrendatario, quien, en signo legislativo contrario que el deudor hipotecario, viene recibiendo una promulgación cada vez más restrictiva de sus derechos; tanto procesales, a partir de la Ley 3/2009, de 3 de noviembre, así como sustantivos, a partir de la Ley 4/2013, de 4 de junio.

Cierto es que el potencial adeudo subyacente del arrendatario, derivado de su correspondiente arriendo, será menor que aquel otro potencial adeudo hipotecario; pero también carece de sentido que, precisamente, el *arrendatario-deudor*, carente de patrimonio inmobiliario siquiera que poder ver ejecutado, por carecer de la condición de propietario de vivienda alguna, acabe viéndose en

peor condición procesal y sustantiva que el *propietario-deudor*, quien *a priori* resulta titular de una masa activa (dígase en términos concursales) de valor superior por comprender en ésta un bien inmueble. Tal reflexión alcanza un significado o trascendencia particularmente llamativo en este tiempo presente, cuando la denominada *burbuja* arrendaticia, conforme a las estadísticas citadas en esta tesis doctoral, ha pasado a ser una innegable realidad económico-social, al igual que en su momento lo resultó la *burbuja* inmobiliaria.

Análoga contradicción se aprecia en el examen de la normativa de suspensión de la tutela ejecutiva hipotecaria, en lo que se refiere a su fase de lanzamiento, y cuya aplicabilidad depende de la condición de su contraparte, dicho más llanamente, de si el adjudicatario del bien (inmueble) ejecutado resulta o no el propio acreedor o mandatario suyo (vid. art.1 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo).

Esta distinción subjetiva sobre la persona del adjudicatario comporta inevitablemente un desplazamiento en la propia justificación de la aplicación de aquellas medidas sustantivas y procesales; ya no importa, pues, la insolvencia (léase *umbral de exclusión*) del deudor, puesto que ello deviene repentinamente irrelevante cuando la parte adjudicataria del activo inmueble ejecutado resulta ser un tercero.

Tan absoluto *relativismo* al tiempo de enjuiciar el tratamiento de la insolvencia de la persona física, sustantivo y procesal, es cuanto menos inquietante, además del riesgo de que el acreedor pueda burlar la norma establecida, si logra ocultar que el tercero adquirente en realidad es mandatario suyo.

- VI. Las conclusiones a esta tesis doctoral deben cerrarse con aquello que ha sido su elemento de estudio más ajeno, literalmente, como así resulta del examen de derecho comparado que se ha querido realizar respecto de los dos ordenamientos jurídicos anglosajones más representativos (EE.UU e Inglaterra y Gales).

A modo meramente recapitulativo de lo ya expuesto en sus respectivos epígrafes, cabe recordar que uno de los motivos de haber optado por analizar este tipo de ordenamientos jurídicos, ajenos a la tradición legal continental, se ha debido al entusiasmo académico y parlamentario, no digamos ya mediático, al tiempo de invocar sus supuestas bondades en detrimento de la denostada Ley Concursal. Buena prueba de ello da el movimiento *fresh start*, anglicista hasta en su terminología, junto con su exaltada proclamación de todo lo que pueda considerarse *empreendedor*; sin duda todo un exaltado fenómeno sociológico.

Pues bien, ha de advertirse que las conclusiones que se han obtenido del análisis de estos ordenamientos jurídicos foráneos han revelado, cuanto menos, la necesidad de formular ciertas matizaciones y reservas respecto de tales regímenes legales. Desde luego, tales reservas o matices por sí solos ya difieren del cómodo automatismo con el que en tantas ocasiones se idolatra lo ajeno,

adoptando así una actitud *malinchista*, vicio éste que también acontece en el orden de lo jurídico.

Así pues, en lo que se refiere al derecho concursal estadounidense, en el mismo destaca un verdadero caos en su tratamiento jurisdiccional, comenzando por la cuestionable política general de que la creación de normas procesales no sea una material federalmente reservada por la Constitución de los EE.UU, a diferencia de lo que sí restringe el art.149.1.6º de la Constitución Española; ello ha provocado, pues, ya de por sí, una grotesca proliferación de normas procesales, en el ámbito federal, estatal e incluso local por distritos. A esta intensa heterogeneidad procesal se suma una particularmente accidentada introducción de los denominados *Bankruptcy Courts*, ajenos a las garantías de protección judicial-constitucional estadounidense propias de los denominados *jueces del Artículo III*, lo que en la práctica ha obligado a confeccionar una compartida y complejísima distribución *ratione matariae* entre jueces concursales y jueces de distrito (*District Courts*).

Tampoco en el ámbito jurídico-sustantivo de la insolvencia de persona física merece excesivo elogio el derecho concursal estadounidense, ya de entrada dependiente de cada derecho estatal en lo que se refiere al equivalente a nuestro procedimiento de condonación de deudas; provocando así un cierto efecto *forum shopping* interno, por parte de los deudores insolventes, en favor de la aplicabilidad de leyes estatales, verbigracia aquellas vigentes en Florida, particularmente afamadas por su generosidad para con el deudor. Este abuso generalizado por parte del deudor también derivó en la introducción de un *means test*, a fin de endurecer los requisitos para poder optar a la condonación concursal de deudas. Dígase así, pues, que al igual que el art.178.bis LC puede pecar de severo, no digamos ya su antecesor art.178.2 LC, igual de absurdo y rechazable debe resultar la situación contraria de abuso del proceso por parte del deudor insolvente.

El ordenamiento jurídico concursal compartido en Inglaterra y Gales, de cuyo estudio también se ha ocupado esta tesis doctoral, suscita sin embargo unas conclusiones mucho más favorables que las antedichas. Las denominadas *debt relief orders* (DRO) deberían significar el reflejo en el que poder mirarse el Título X de la Ley Concursal, en el bien entendido sentido no de su mero acto de imitación, sino, al menos, de tratar de equiparse en términos de agilidad y costes. Es el mecanismo ideal, pues, para combatir la insolvencia a pequeña escala, ya que también ha de reconocerse que sus presupuestos objetivos resultan mucho más restrictivos que aquellos de nuestro art.231 LC. Además, dicha figura es complementada por los denominados *individual voluntary arrangements* (IVA), bajo su modalidad *fast-track*, que como ya deja entrever, busca potenciar la celeridad de este procedimiento de análoga naturaleza a la del acuerdo extrajudicial de pagos, pero plenamente adaptado a los nuevos tiempos, pues no hay más que leer el motivo de la supresión de celebrar una junta de acreedores: literalmente, porque se trata de un mecanismo del siglo XIX.

LA INSOLVENCIA DE LA PERSONA FÍSICA:
SU TRATAMIENTO DESDE UNA PERSPECTIVA JURISDICCIONAL

En último lugar, también desde su orden de sistematización normativa, aparecería el proceso concursal (*bankruptcy order*) de la persona física, el cual se entiende exclusivamente en su función solutoria, esto es, de liquidación concursal, siendo así éste su único procedimiento disponible. No se concibe, pues, la vía procedimental de un equivalente convenio concursal, lo que en cierta medida recuerda al concurso consecutivo de la persona física no empresaria ni profesional (art.242.bis.1.10º LC). Prescindir de la fase de convenio supone una opción tan teóricamente arriesgada como inherente al siempre saludable pragmatismo británico, pues, francamente, el éxito en la aprobación de un convenio concursal en la Ley Concursal, no digamos ya su íntegro cumplimiento, exige todo un acto de fe en dicho sistema.

FUENTES DE LA INVESTIGACIÓN.

Doctrina administrativa.

Acuerdo del CGPJ de 25 de mayo de 2017

Nota de calificación del Registro de Bienes Muebles de Barcelona, de 3 de febrero de 2016 (asiento núm.20160022667).

Resolución de 1 de junio de 2018, de la DGRN (BOE de 21/06/2018).

Resolución de 29 de abril de 2011 de la DGRN (BOE de 23/05/2011).

Resolución de 2 de julio de 2012 de la DGRN (BOE de 18/09/2012).

Resolución de 4 de octubre de 2012 de la DGRN (BOE de 02/11/2012).

Resolución de 17 de diciembre de 2012 de la DGRN (BOE de 25/01/2013).

Resolución de 2 de septiembre de 2013 de la DGRN (BOE de 04/10/2013).

Resolución núm.10144/2014, de 5 de septiembre, de la DGRN (RJ 2014\4910).

Resolución de 19 de octubre de 2015 de la DGRN (BOE de 19/10/2015).

Resolución de 22 de agosto de 2016 de la DGRN (BOE de 23/09/2016).

Resolución núm.5511/2016, de 12 de mayo, de la DGRN (RJ 2016\3024).

Resolución núm.7784/2017, de 9 de junio, de la DGRN (RJ 2017\3128).

Resolución núm.995/2017, de 10 de enero, de la DGRN (RJ 2017\529).

Resolución de la Dirección Provincial de la TGSS de Vizcaya, de 23 de julio de 2015 (expediente nº 48/101/2015/00731/0).

Resolución de 2 de julio de 2015, de la Dirección Provincial de Soria de la TGSS (referencia nº 42/15/010236980).

Resolución de 5 de julio de 2013, la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa (BOE de 12 de julio de 2013).

Resolución de 3 de febrero de 2017, de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa (BOE de 28 de febrero de 2017).

Doctrina.

AA.VV., “Breves notas sobre la mediación concursal y mercantil (hasta 28 de octubre de 2015) y estadísticas”, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, ed. Wolters Kluwer, 2016, nº 24.

AA.VV., “Mediaciones concursales hasta 30 septiembre 2016 según datos Registro Público Concursal. REFOR”, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, ed. Wolters Kluwer, 2017, nº 26.

AA.VV., *El modo de producción esclavista*, ed. Akal, S.A., 1986.

AA.VV., *Legislación y jurisprudencia concursales*, ed. Aranzadi, 2013.

AA.VV., Conclusiones de 13 de diciembre de 2011, sobre criterios de aplicación de la reforma de la Ley Concursal, de los Magistrados de lo Mercantil de Madrid.

AA.VV., Conclusiones sobre algunos aspectos de la Declaración del concurso y del procedimiento abreviado después de la reforma de la Ley Concursal por la Ley 38/2011 (Seminarios de 25 de enero, 26 de abril y 14 de mayo de 2012), de los Juzgados de lo Mercantil de Cataluña.

AA.VV., Acuerdos de los Jueces de lo Mercantil y Secretarios judiciales de Cataluña, de 3 de julio de 2014.

AA.VV., Conclusiones de los Magistrados y Secretarios Judiciales de Cataluña, sobre aspectos procesales en la tramitación de los concursos, de 29 de septiembre de 2014

AA.VV., Conclusiones de los Magistrados y Letrados Judiciales de los Juzgados Mercantiles de Barcelona respecto a la adaptación del Plan de Liquidación a la Subasta Judicial Electrónica, de 10 de abril de 2016.

- AA.VV., Conclusiones Jornadas de Magistrados Especialistas de Mercantil, celebradas en Navarra, en noviembre del año 2015.
- AA.VV., *Efectos de la crisis económica en los órganos judiciales*, de 13 de diciembre de 2017, elaborado por el CGPJ (<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Base-de-datos-de-la-estadistica-judicial--PC-AXIS-/>)
- AGÜERO ORTIZ, A., “El mediador concursal como Administrador Extraconcursal”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, ed. Wolters Kluwer, 2013, nº 20.
- ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, N., *Un español mal comprendido. Salgado de Somoza en la literatura alemana sobre el concurso de acreedores*, ed. Javier Morata, 1932.
- ALCOVER GARAU, G., “Quiebra versus suspensión de pagos”, *Revista de Derecho Mercantil*, ed. Civitas, núm.223/1997.
- ALCOVER GARAU, G., “Aproximación al régimen jurídico de los concursos sin masa”, *Anuario de Derecho Concursal*, ed. Civitas, núm.28/2013.
- ALEMÁN MONTERREAL, A., *La insolvencia. Una cuestión de terminología jurídica*, ed. Andavira, 2010.
- ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., *La vis atractiva del proceso concursal*, ed. Aranzadi, 2007.
- ÁLVAREZ OLALLA, P., AA.VV., *Comentarios a la Ley Concursal, Volumen I*, ed. Tecnos, 2004.
- ÁLVAREZ OLALLA, P., AA.VV., *Comentarios al Código Civil*, ed. Aranzadi, 2009.
- ALVARGONZÁLEZ TREMOLS, A., AA.VV., *Enciclopedia de derecho concursal, Tomo II*, ed. Aranzadi, 2012.
- ANTÓN GUIJARRO, J., AA.VV., *Los problemas de la Ley Concursal*, ed. Aranzadi, 2009.
- ARIAS VARONA, F.J., “Una nueva reforma de la Ley Concursal: el RD Ley 11/2014”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, ed. Wolters Kluwer, 2014, nº 18.
- ARRAIZA JIMÉNEZ, P., en AA.VV., *Practicum concursal 2014*, ed. Aranzadi, 2014.
- ARRIBAS HERNÁNDEZ, A., *Derecho concursal: El concurso tras la reforma operada por la ley 38/2011*, ed. El derecho y Quantor, 2012.
- ARTURO LLOAN, A., en sesión extraordinaria celebrada el 14 de julio de 2015 en la Comisión de Economía y Competitividad.
- ASÚA GONZÁLEZ, C., AA.VV., *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, ed. Civitas, 2009.
- ATTANASIO, J. y GOLDSTEIN, J.K., *Understanding Constitutional Law*, ed. Matthew Bender & Company Inc., 2012.
- AUSTIN, D.A., “Bankruptcy and the Myth of Uniform Laws”, *Seton Hall Law Review*, 2012, vol.42, no.3.
- AVENDAÑO VALDEZ, J.L., “El procesalista”, *Revista Derecho & Sociedad*, ed. Pontificia Universidad Católica del Perú, nº 38, 2012.
- ÁVILA DE LA TORRE, A., AA.VV., *Insolvencia y responsabilidad*, ed. Civitas, 2012.
- AZNAR GINER, E., *El procedimiento de declaración del concurso necesario del deudor*, ed. Tirant lo Blanch, 2010.
- AZNAR GINER, E., *La comunicación del artículo 5.3 de la Ley Concursal*, ed. Tirant lo Blanch, 2011.
- AZNAR GINER E., *Mediación concursal: los acuerdos extrajudiciales de pago*, ed. Tirant lo Blanch, 2014.
- AZNAR GINER, E., *La reforma concursal del Real Decreto-ley 4/2014, en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial*, ed. Tirant lo Blanch, 2014.
- AZNAR GINER, E., *La comunicación del artículo 5 bis de la Ley Concursal*, ed. Tirant lo Blanch, 2016.
- BAENA, P.J., “El concurso consecutivo”, *Anuario de Derecho Concursal*, ed. Civitas, núm.33/2014.
- BAIRD, D.G., *Elements of bankruptcy*, ed. Foundation Press, 2014.

LA INSOLVENCIA DE LA PERSONA FÍSICA:
SU TRATAMIENTO DESDE UNA PERSPECTIVA JURISDICCIONAL

- BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., AA.VV., *Comentarios a la Ley Concursal, Volumen I*, ed. Tecnos, 2004.
- BARONA VILAR, S., AA.VV., *Derecho jurisdiccional II, Proceso civil*, ed. Tirant lo Blanch, 2016.
- BELLIDO PENADÉS, R., *El procedimiento de declaración de concurso*, ed. Aranzadi, 2010.
- BELLIDO PENADÉS, R., AA.VV., *Comentario de la Ley Concursal*, ed. Aranzadi, 2015 (BIB 2015\9049).
- BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Solicitudes concurrentes de quiebra y suspensión de pagos”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, ed. Aranzadi, 1999.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones, el estado de insolvencia y la función del concurso”, *Anuario de Derecho Concursal*, ed. Civitas, núm.11/2007.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “La reforma -inarmónica- de la Ley Concursal.”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, ed. Aranzadi, núm.775/2009.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Jornadas sobre las nuevas fronteras del derecho de la insolvencia”, *Anuario de Derecho Concursal*, ed. Civitas, núm.21/2010.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, E., en AA.VV., *Enciclopedia de derecho concursal, Tomo I*, ed. Aranzadi, 2012.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, E., y CAMPUZANO, A., “El incumplimiento del convenio por causa imputable al concursado como hecho conducente a la calificación culpable del concurso (SJM1 LAS PALMAS 18.7.2011)”, *Anuario de Derecho Concursal*, ed. Civitas, núm.29/2013.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, E. y MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “Comentario al artículo 145 de la Ley Concursal”, *Comentario de la Ley Concursal*, ed. Aranzadi, 2015 (BIB 2015\9139).
- BELTRÁN SÁNCHEZ, E., y MARTÍNEZ FLÓPREZ, A., en AA.VV., *Comentario de la Ley Concursal*, ed. Aranzadi, 2015 (BIB 2015\1342).
- BENEYTO, K., “¿Refinanciar al deudor preinsolvente?”, *Periódico Expansión*, artículo publicado en prensa escrita en fecha 09.06.2014.
- BENEYTO K., AA.VV., *Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión Europea*, ed. Tirant lo Blanch, 2016.
- BENEYTO, K., AA.VV., “La respuesta del derecho concursal ante elementos de extranjería”, *Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión Europea*, ed. Tirant lo Blanch, 2016.
- BENEYTO K., “La insolvencia de la persona física bajo el derecho concursal; un estudio de derecho comparado”, *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, ed. Tirant lo Blanch, 2017, nº 62.
- BENEYTO K., “Una aproximación sustantiva y procesal al concurso de acreedores de persona física en el derecho concursal estadounidense”, *Revista Boliviana de Derecho*, ed. Fundación Iuris Tantum, 2017, nº 24.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., AA.VV., *Comentarios a la Ley Concursal, Volumen I*, ed. Tecnos, 2004.
- BERGER ANGÓS, I., “La introducción de la remisión de deudas en la legislación española”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, ed. Aranzadi, núm.876/2014.
- BERMEJO GUTIÉRREZ, N. AA.VV., *Comentario de la Ley Concursal, Tomo I*, ed. Civitas, 2008.
- BERTRÁN Y MUSITU, J., *La suspensión de pagos del Banco de Barcelona*, 1924.
- BETANCOURT SERNA, F., *Derecho romano clásico*, ed. Universidad de Sevilla, 2007.
- BETANCOURT SERNA, F., AA.VV., *Annaeus: anales de la tradición romanística*, ed. Tébar, 2007.
- BISBAL MÉNDEZ, J., “La insoportable levedad del derecho concursal”, *Revista de Derecho Mercantil*, ed. Civitas, núm.214/1994.
- BLANCO SARALEGUI, J.M., *La conclusión del concurso por insuficiencia de la masa activa*, ed. Fe d'erratas, 2013.

FUENTES DE LA INVESTIGACIÓN.

- BLANCO SARALEGUI, J.M., “Procedimiento abreviado. Apuntes y soluciones”, Anuario de Derecho Concursal, ed. Civitas, núm.32/2014.
- BLUM, B.A., *Bankruptcy and Debtor/Creditor*, ed. Aspen Publishers, 2006.
- BONET NAVARRO, A., AA.VV., *Comentarios a la Ley Concursal, Volumen I*, ed. Tecnos, 2004.
- BUSTO LAGO, J.M., ÁLVAREZ LATA, N., y PEÑA LÓPEZ, F., “El sobreendeudamiento del consumidor: planteamiento del problema y factores implicados”, ed. Aranzadi, 2010 (2011\5600).
- CABA TENA, A., “La improcedente acumulación o falta de legitimación pasiva del acreedor, cuyo crédito también se impugna por otra causa, frente a la acción de impugnación de la cuantía del propio crédito del actor incidental (Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Cádiz de 30 de septiembre de 2014)”, Anuario de Derecho Concursal, ed. Civitas, núm.35/2015.
- CABANAS TREJO, R., *Régimen de gananciales y concurso de la persona física*, ed. Bosch, 2012.
- CABANAS TREJO, R., “Una nueva reforma de la legislación concursal (RDL 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal)”, Diario la Ley, ed. Wolters Kluwer, 2014, nº 8.406.
- CABANAS TREJO, R., “Efectos de la iniciación del expediente de acuerdo extrajudicial de pagos tras el RDL 1/2015 y la Ley 9/2015”, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, ed. Wolters Kluwer, 2015, nº 23.
- CABANAS TREJO, R., “El nuevo régimen legal de la exoneración del pasivo concursal y del acuerdo extrajudicial de pagos (Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero)”, Diario La Ley, ed. Wolters Kluwer, 2015, nº 8.505.
- CADENAS DE GEA, C., *El nuevo procedimiento concursal abreviado*, ed. Ley 57, 2012.
- CALDERÓN CUADRADO, P., AA.VV., *Comentario de la Ley Concursal, Tomo I*, ed. Civitas, 2008.
- CAMPUZANO, A., en AA.VV., *El derecho de la insolvencia: el concurso de acreedores*, ed. Tirant lo Blanch, 2015.
- CANDELARIO MACÍAS, M.I., *El mediador concursal*, ed. Tirant lo Blanch, 2015.
- CANO FERNÁNDEZ, S., *Los terceros en el proceso de ejecución*, ed. Marcial Pons, 2014.
- CANO MARCO, F., AA.VV., *Ley Concursal Comentada*, ed. El Derecho, 2014.
- CANTAVELLA TERCENIO, F., AA.VV., *Tratado práctico del derecho concursal y su reforma*, ed. Tecnos, 2012.
- CARRASCO PERERA, A., “Acuerdos de refinanciación concursal en el país de las maravillas”, Actualidad Jurídica Aranzadi, ed. Aranzadi, núm.818/2011.
- CARRASCO PERERA, A., “Los nuevos Mediadores Concursales”, Actualidad Jurídica Aranzadi, ed. Aranzadi, núm.872/2013.
- CARRASCO PERERA, A., “Ejecución de garantías reales, impugnación de refinanciaciones y valor de la garantía en la Reforma Concursal del Real Decreto ley 4/2014”, Anuario de Derecho Concursal, ed. Civitas, núm.32/2014.
- CARRASCO PERERA, A., “El mecanismo de “segunda oportunidad” para consumidores insolventes en el RDL 1/2015: realidad y mito”, Revista CESCO de Derecho de Consumo, ed. Centro de Estudios de Consumo. Universidad de Castilla-La Mancha, 2015, nº 13.
- CARRERAS LLANSANA, J., *Estudios e informes en materia concursal*, ed. Marcial Pons, 2012.
- CARTER, J.H. y FELLAS, J., *International Commercial Arbitration in New York*, ed. Oxford University Press, 2010.
- CASANELLAS BASSOLS, R., “La administración concursal persona jurídica”, Anuario de Derecho Concursal, ed. Civitas, núm.31/2014.
- CAVAS MARTÍNEZ, F., “El descuelgue: problemas prácticos y primeras experiencias”, Revista Doctrinal Aranzadi Social, ed. Aranzadi, núm.11/2014.

LA INSOLVENCIA DE LA PERSONA FÍSICA:
SU TRATAMIENTO DESDE UNA PERSPECTIVA JURISDICCIONAL

- CERDÁ, F., “La extensión de efectos del acuerdo de refinanciación, homologado judicialmente, a los acreedores financieros disidentes o no participantes”, *Anuario de Derecho Concursal*, ed. Civitas, núm.33/2014.
- CERRATO, E., “La discriminación negativa del consumidor ante la ejecución de garantías reales en la Ley Concursal”, *Anuario de Derecho Concursal*, ed. Civitas, núm.26/2012.
- CERVERA MARTÍNEZ, M., AA.VV., *Tratado judicial de la insolvencia, Tomo I*, ed. Aranzadi, 2012.
- CERVERA MARTÍNEZ, M., “El procedimiento de homologación de acuerdos de refinanciación”, *Anuario de Derecho Concursal*, ed. Civitas, núm.33/2014.
- COBAS COBIELLA, M.E., “Jurisdicción voluntaria y modernización de la Justicia. Algunos apuntes sobre el tema.”, *Revista de Derecho Patrimonial*, ed. Aranzadi, núm.29/2012.
- COFFIN, K.G., “Limiting Legislative Courts: Protecting Article III from Article I Evisceration”, *Barry Law Review*, 2011, vol. 16.
- COLINA GAREA, R., “Las restricciones a las facultades patrimoniales del deudor declarado en concurso”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, ed. Aranzadi, núm.7/2007.
- COOK M.L., *Bankruptcy Litigation Manual*, ed. Wolters Kluwer Law & Business, 2014.
- CORDERO LOBATO, E., AA.VV., *Comentarios a la Ley Concursal, Volumen I*, ed. Tecnos, 2004.
- CÓRDOBA ARDAO, B., ponencia -inérita- impartida en el III Congreso judicial de derecho concursal, celebrado en Madrid los días 10 y 11 de abril de 2014.
- CORDÓN MORENO, F., *Proceso concursal*, ed. Aranzadi, 2013.
- CORDÓN MORENO, F., “¿Juzgados de lo mercantil o Juzgados de primera instancia?”, *Revista de Derecho Mercantil*, ed. Civitas, núm.293/2014.
- CUENA CASAS, M., “La presunción muciana concursal”, *Anuario de Derecho Concursal*, ed. Civitas, núm.5/2005.
- CUENA CASAS, M., “Uniones de hecho y abuso del derecho. Acerca de la discriminación en contra del matrimonio”, *Diario la Ley*, núm.6210/2005.
- CUENA CASAS, M., *El concurso de acreedores de persona casada en régimen económico matrimonial de comunidad*, ed. Civitas, 2008.
- CUENA CASAS, M., “Insolvencias familiares ante situaciones de crisis económica. Una asignatura pendiente de la Ley Concursal”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, ed. Aranzadi, núm.762/2008.
- CUENA CASAS, M., “La coordinación de la liquidación de la sociedad de gananciales con el convenio o la liquidación del concurso”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, ed. Wolters Kluwer, 2010, nº 12.
- CUENA CASAS, M., “El derecho de alimentos en el concurso de acreedores”, *Anuario de Derecho Concursal*, ed. Civitas, núm.20/2010.
- CUENA CASAS, M., “Conclusión del concurso de acreedores de persona física y exoneración del pasivo pendiente.”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, ed. Lex Nova, núm.125/2012.
- CUENA CASAS, M., AA.VV., *Enciclopedia de derecho concursal, Tomo I*, ed. Aranzadi, 2012.
- CUENA CASAS, M., “Ley de emprendedores y exoneración de deudas o fresh start.”, *Anuario de Derecho Concursal*, ed. Civitas, núm.31/2014.
- CUENA CASAS, M., “¿Una segunda oportunidad para la persona física insolvente?”, ed. Fundación Hay Derecho, en artículo publicado el 3 de marzo de 2015.
- CUENA CASAS, M., AA.VV., *El derecho de la insolvencia: el concurso de acreedores*, ed. Tirant lo Blanch, 2015.
- CUTILLAS TORNS, J.M., AA.VV., *Tratado práctico del derecho concursal y su reforma*, ed. Tecnos, 2012.
- DAMIÁN MORENO, J., AA.VV., *Derecho procesal concursal*, ed. Marcial Pons, 2008.

- DE LA CUESTA RUTE, J.M., “Las normas de transición sobre el convenio concursal”, Anuario de Derecho Concursal, ed. Civitas, núm.3/2004.
- DE LA CUESTA RUTE, J.M., “A propósito de la función del convenio en el concurso”, Anuario de Derecho Concursal, ed. Civitas, núm.4/2005.
- DE LA CUESTA RUTE, J.M., AA.VV., *Manual de derecho Mercantil, Volumen II*, ed. Tecnos, 2010.
- DE LA MORENA SANZ, G. y PARRA BAUTISTA, J.R., *El concurso del consumidor*, ed. Bosch, 2010.
- DE LA ROCHA RUBI, M. y COSCUBIELA CONESA J., sesión plenaria celebrada el 12 de marzo de 2015 en el Congreso de los Diputados.
- DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E., “Las medidas limitativas de los derechos Fundamentales del concursado previstas en la legislación concursal”, Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales, ed. Aranzadi, núm.14/2005.
- DÍAZ GONZÁLEZ, F.J., y CALDERÓN ORTEGA, J.M., “El concurso de acreedores en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855”, Anuario de Derecho Concursal, ed. Civitas, núm.29/2013.
- DÍAZ MARTÍNEZ, M., *El proceso concursal*, ed. Centro de estudios Ramón Areces, 2012.
- DÍAZ MARTÍNEZ, M., AA.VV., *El derecho de la insolvencia: el concurso de acreedores*, ed. Tirant lo Blanch, 2015.
- DÍAZ MORENO, A., “Dies a quo y dies ad quem de la paralización de ejecuciones prevista en el artículo 5 bis.4 de la Ley Concursal”, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, ed. Wolters Kluwer, 2014, nº 22.
- DÍAZ MORENO, A., AA.VV., *Acuerdos de refinanciación, convenio y reestructuración*, ed. Aranzadi, 2015.
- DÍAZ REVORIO, E., AA.VV., *La Ley Concursal y la Mediación Concursal: Un estudio conjunto realizado por especialistas*, ed. Dykinson, 2014.
- DÍEZ ECHEGARAY, J.L. y CARBAJO VASCO. D., *La responsabilidad general y tributaria de los administradores concursales*, ed. Tirant lo Blanch, 2015.
- DÍEZ MORENO, A., AA.VV., *Enciclopedia de derecho concursal, Tomo I*, ed. Aranzadi, 2012.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., AA.VV., *Enciclopedia de derecho concursal, Tomo II*, ed. Aranzadi, 2012.
- DIGNAM, A. y LOWRY, J., *Company law*, ed. Oxford University Press, 2014.
- DODGE, J., “Reconceptualizing Non-Article III Tribunals”, Minnesota Law Review, 2015.
- DOMÍNGUEZ CABRERA, M.P., “La posición jurídica del consumidor insolvente”, Anuario de Derecho Concursal, ed. Civitas, núm.25/2012.
- DOMÍNGUEZ CABRERA, M.P., “El derecho fundamental a la protección de datos en el registro público concursal”, Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, ed. Aranzadi, núm.6/2013.
- DOMÍNGUEZ CABRERA, M.P., “El acuerdo extrajudicial de pagos en la Ley Concursal”, Revista Crítica de derecho Inmobiliario, ed. Corpme, 2015, núm.748.
- DOMÍNGUEZ, V., AA.VV., *Derecho procesal concursal*, ed. Marcial Pons, 2008.
- DOYLE, L., *Insolvency legislation: annotations and commentary*, ed. Jordan Publishing, 2016.
- DURÁN HINCHADO, M., ponencia impartida en el IV Curso Superior de Formación Especializada en Materia Concursal 2015, celebrado en Valencia, en la sesión de 19 de febrero de 2015.
- EIZAGUIRRE BERMEJO, J.M., “La cuenta corriente en el concurso”, Anuario de Derecho Concursal, ed. Civitas, núm.8/2006.
- ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M.E., AA.VV., *Derecho concursal*, ed. Tirant lo Blanch, 2012.
- ESCOLÀ BESORA, M.E., AA.VV., *Proceso concursal*, ed. Bosch, 2013, págs.343 y 344.
- ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., AA.VV., *El derecho de la insolvencia*, ed. Tirant lo Blanch, 2015.

LA INSOLVENCIA DE LA PERSONA FÍSICA:
SU TRATAMIENTO DESDE UNA PERSPECTIVA JURISDICCIONAL

- ESTUPIÑÁN CÁCERES, R., “Exoneración de deudas y fresh start: Ley Concursal y Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de dos mil catorce”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, ed. Wolters Kluwer, 2014, nº 22.
- ETXARANDIO HERRERA, E.J., *Manual de Derecho Concursal*, ed. La Ley, 2009.
- FEBRERO, J., *Librería de escribanos, abogados y jueces*, ed. Fermín Villalpando, 1829.
- FERNÁNDEZ A., THERY, A., y CARLES, J., “La aprobación judicial acelerada de la propuesta anticipada de convenio.”, *Anuario de Derecho Concursal*, ed. Civitas, núm.25/2012.
- FERNÁNDEZ CARRIÓN, C., *El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas*, ed. Aranzadi, 2008.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “La oponibilidad concursal y extraconcursal de la prenda, ordinaria y sin desplazamiento, sobre créditos futuros”, *Anuario de Derecho Concursal*, ed. Civitas, núm.25/2012.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “La naturaleza preconcursal del acuerdo extrajudicial de pagos. Presupuestos subjetivo y objetivo y su desjudicialización”, *Anuario de Derecho Concursal*, ed. Civitas, núm.32/2014.
- FERNÁNDEZ DOMINGO, J.I., “Una propuesta sobre el patrimonio familiar inembargable”, *Anuario de Derecho Concursal*, ed. Civitas, núm.6/2005.
- FERNÁNDEZ SEIJO, J.M., “Legislar a Contra Coeur. La incidencia de la Ley de apoyo a los emprendedores en el procedimiento concursal”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, ed. Aranzadi, núm.7/2013.
- FERNÁNDEZ SEIJO, J.M., “El derecho a la segunda oportunidad, los riesgos de legislar a golpe de real decreto”, *Revista del Consejo General de la Abogacía Española*, ed. CGAE, 2015, nº 93, pág.36.
- FERNÁNDEZ SEIJO, J.M., “El efecto de los rayos gamma sobre las margaritas. El encaje de las normas de protección del deudor hipotecario en el procedimiento concursal.”, *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios*, ed. vLex, 2018, núm.2.
- FERRÉ FALCÓN, J., *Los créditos subordinados*, ed. Civitas, 2006.
- FERRER VICENTE, J.M., *Concurso de persona física y concurso de herencia en el nuevo derecho concursal*, ed. Disjurex, 2012.
- FLORES SEGURA, M., AA.VV., *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia*, ed. Aranzadi, 2013.
- FLORES SEGURA, M., “La liquidación concursal (VI Congreso Español de derecho de la Insolvencia. In memoriam Profesor Emilio Beltrán)”, *Anuario de Derecho Concursal*, ed. Civitas, núm.32/2014.
- FLORES MATÍES, J., *GPS Procesal Civil*, ed. Tirant lo Blanch, 2018.
- FLOYD, R., BRUMBY, F., KNIGHT, S., *Personal insolvency: a practical guide*, ed. Sweet & Maxwell, 2012.
- FONT DE MORA RULLÁN, J., “Cuestiones prácticas sobre la acreditación del carácter o condición de "vivienda habitual" a efectos de la ejecución de inmuebles: especial referencia a su prueba a la luz de la jurisprudencia”, *Revista de Derecho vLex*, ed. vLex, 2018, núm.167.
- FREY, M.A. y SWINSON, S.K., *Introduction to bankruptcy law*, ed. Delmar, 2013.
- FRIEZE, S., *Personal Insolvency Law - In Practice*, ed. Sweet & Maxwell, 2004.
- FRIGOLA RIERA, A., AA.VV., *Enciclopedia de derecho concursal, Tomo II*, ed. Aranzadi, 2012.
- FUENTES DEVESA, R., AA.VV., *Tratado judicial de la insolvencia, Tomo I*, ed. Aranzadi, 2012.
- FUENTES DEVESA, R., AA.VV., *Tratado práctico del derecho concursal y su reforma*, ed. Tecnos, 2012.
- GALEOTE MUÑOZ, M.P., “El sistema de publicidad de las resoluciones concursales”, *Anuario de Derecho Concursal*, ed. Civitas, núm.20/2010.
- GALLEGO SÁNCHEZ, A., AA.VV., *Comentario práctico a la nueva Ley Concursal*, ed. La Ley, 2012.
- GALLEGO SÁNCHEZ, E., “La mediación concursal”, *Anuario de Derecho Concursal*, ed. Civitas, núm.31/2014.

FUENTES DE LA INVESTIGACIÓN.

- GARBERÍ LLOBREGRAT, J., AA.VV., *El proceso de ejecución forzosa en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ed. Civitas, 2013 (BIB 2013\13938).
- GARCÍA CRUCES, J.A., AA.VV., *Comentario de la Ley Concursal, Tomo II*, ed. Civitas, 2008.
- GARCÍA CRUCES, J.A., “Declaración de concurso y acciones societarias de responsabilidad frente a los administradores”, *Anuario de Derecho Concursal*, ed. Civitas, núm.28/2013.
- GARCÍA CRUCES, J.A., “El fracaso del proceso concursal ya declarado.”, *Anuario de Derecho Concursal*, ed. Civitas, núm.30/2013.
- GARCÍA GARRIDO, M.I., ponencia -inérita- impartida en el III Congreso de derecho Concursal de Córdoba, celebrado los días 30 y 31 de octubre de 2013.
- GARCÍA MARRERO, J., AA.VV., *Derecho concursal*, ed. Tirant lo Blanch, 2012.
- GARCÍA POMBO, A., *Comunicación, reconocimiento y clasificación de créditos en el concurso*, ed. Tirant lo Blanch, 2009.
- GARCÍA RODRÍGUEZ, J.M., AA.VV., *El sobreendeudamiento de las personas físicas y familias*, ed. Bosch, 2015.
- GARCÍA VICENTE, J.R., AA.VV., *Enciclopedia de derecho concursal, Tomo II*, ed. Aranzadi, 2012.
- GARCÍA VILLAVERDE, R., AA.VV., *Comentarios a la Ley Concursal, Volumen I*, ed. Tecnos, 2004.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., AA.VV., *Enciclopedia de derecho Concursal, Tomo I*, ed. Aranzadi, 2012.
- GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L., “Los créditos contra la masa”, *Anuario de Derecho Concursal*, ed. Civitas, núm.3/2004.
- GARCÍA-VILLARRUBIA, M., “El enigma del artículo 155.5 de la Ley Concursal”, *Revista de Derecho Mercantil*, ed. El Derecho, 2017, núm.52.
- GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P., AA.VV., *Comentarios a la Ley Concursal, Tomo I*, ed. Aranzadi, 2010.
- GARNICA MARTIN, J., “Los recursos en la nueva Ley Concursal,” *Práctica de Tribunales*, ed. Wolters Kluwer, 2004, nº 7.
- GARNICA MARTÍN, J., “La vis atractiva del juez del concurso tras la reforma introducida por la Ley 38/2011”, *Anuario de Derecho Concursal*, ed. Civitas, núm.26/2012.
- GARRIDO GARCÍA, J.M., AA.VV., *Comentario de la Ley Concursal, Tomo I*, ed. Civitas, 2008.
- GASPAR LERA, S., “Los procedimientos de ejecución forzosa por deudas de persona casada en régimen económico de comunidad: insuficiencias técnicas y sustantivas del sistema”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, ed. Aranzadi, núm.4/2011.
- GERDANO, S.J., *The 2015 Bankruptcy Yearbook & Almanac*, ed. Kerry A. Mastroianni, 2015, p.2 y 3.
- GIMÉNEZ RAMÓN, R., y MARCO COS, J.M., en AA.VV., *Tratado práctico del derecho concursal y su reforma*, ed. Tecnos, 2012.
- GINSERG, R.E., Martin, R.D. y Kelley, S.V., *Ginsberg & Martin on Bankruptcy*, ed. Wolters Kluwer, 2015.
- GIRÓN TENA, J., “Sociedades mercantiles: distinción y relaciones en derecho español”, *Revista de Derecho Mercantil*, ed. Civitas, núm.10/1947.
- GOERLICH GISBERT, F.J., *Distribución de la renta, crisis económica y políticas redistributivas*, ed. Fundación BBVA, 2016.
- GÓMEZ AMIGO, L., “La tramitación del incidente concursal”, *Anuario de Derecho Concursal*, ed. Civitas, núm.33/2014.
- GÓMEZ ASENSIO, C., “El concurso de la PYME y el concurso de la persona natural: régimen concursal de la vivienda habitual del deudor”, *Anuario de Derecho Concursal*, ed. Civitas, núm.36/2015.
- GÓMEZ COLOMER, J.L., en AA.VV., *Derecho jurisdiccional II, Proceso civil*, ed. Tirant lo Blanch, 2011.

LA INSOLVENCIA DE LA PERSONA FÍSICA:
SU TRATAMIENTO DESDE UNA PERSPECTIVA JURISDICCIONAL

- GÓMEZ DE LA SERNA, P. *Motivos de las variaciones principales que ha introducido en los procedimientos la Ley de Enjuiciamiento civil*, Madrid, 1857.
- GÓMEZ POMAR, F., “La segunda oportunidad del deudor persona individual en el derecho español y el real decreto-ley 1/2015”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, ed. Dykinson, 2015, nº 40.
- GONZÁLEZ CANO, M.I., *El nuevo tratamiento procesal de la insolvencia y la fase común del proceso concursal*, ed. Tirant lo Blanch, 2006.
- GONZÁLEZ CARRASCO, M.C., AA.VV., *Comentarios a la Ley Concursal, Volumen I*, ed. Tecnos, 2004.
- GONZÁLEZ CARRASCO, M.C., “Normativa civil sobre vivienda como impulso del mercado inmobiliario”, *Revista Doctrinal Aranzadi*, ed. Aranzadi, núm.2/2016.
- GONZÁLEZ DE ECHAVARRI VIVANCO, J.M., y MIGUEL ROMERO, M., *Comentarios a la Ley de suspensión de pagos*, Valladolid, 1932.
- GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, V., ponencia -inédita- impartida en el III Congreso Nacional Aranzadi de Derecho Concursal, celebrado en Madrid los días 24 y 25 de noviembre de 2016.
- GONZÁLEZ GARCÍA, S., “Reflexiones en torno a la competencia del juzgado de primera instancia para el concurso de las personas naturales no empresarias”, *Revista General de Derecho Procesal*, ed. Iustel, 2016, nº 39.
- GONZÁLEZ GRANDA, P., AA.VV., *Derecho procesal concursal*, ed. Marcial Pons, 2008.
- GONZÁLEZ LECUONA, M.M., AA.VV., *Comentarios a la Ley Concursal, Tomo I*, ed. Aranzadi, 2010.
- GONZÁLEZ LÓPEZ, E., AA.VV., *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia*, ed. Aranzadi, 2013.
- GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., “En torno al nuevo artículo 5.3 de la Ley Concursal”, *Anuario de Derecho Concursal*, ed. Civitas, núm.19/2010.
- GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., “El presupuesto objetivo en la pre-insolvencia”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, ed. Aranzadi, núm.2/2013.
- GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., “Los honorarios de la administración concursal en caso de conclusión anticipada por insuficiencia de masa”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, ed. Aranzadi, núm.4/2013.
- GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., “La pluralidad de acreedores en el concurso, según la DGRN”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, ed. Aranzadi, núm.10/2013.
- GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., “El nuevo artículo 5 bis de la Ley Concursal tras la reforma de 2014”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, ed. Aranzadi, núm.2/2014.
- GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., “La protección de los embargos administrativos en el concurso de acreedores: a propósito de la STCJ de 31 de marzo de 2014.”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, ed. Aranzadi, núm.4/2014.
- GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., “Ley Concursal: la ejecución para pago de los créditos contra la masa”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, ed. Aranzadi, núm.3/2015.
- GONZÁLEZ VELASCO, J.P., AA.VV., *Comentarios a la legislación concursal, Tomo I*, ed. Dykinson, 2004.
- GOODE, R., *Principles of Corporate Insolvency Law*, ed. Sweet & Maxwell, 2011.
- GÓRRIZ LÓPEZ, C., “La extinción de los créditos concursales no satisfechos durante el concurso (AJM3 Barcelona 26.10.2010).”, *Anuario de Derecho Concursal*, ed. Civitas, núm.26/2012.
- GOZALO LÓPEZ, V., “El trato singular”, *Anuario de Derecho Concursal*, ed. Civitas, núm.9/2006.
- GUASCH MARTORELL, R., “Aproximación crítica a la protección de la integridad del patrimonio concursal en la Ley de Suspensión de Pagos”, *Revista de Derecho Mercantil*, ed. Civitas, núm.216/1995.
- GUERRERO LEBRÓN, M., “Una muestra de la crudelitas creditoris: la privación de sepultura del deudor”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 6, 2002.

- GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “La liquidación de la sociedad de gananciales del concursado”, Anuario de Derecho Concursal, ed. Civitas, núm.5/2005.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V., AA.VV., *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, ed. Civitas, 2009.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., e HIDALGO GARCÍA, S., AA.VV., *Comentarios a la legislación concursal, Tomo I*, ed. Lex Nova, 2004.
- GURREA-MARTÍNEZ, A., “La incomprensible vigencia de la sección de calificación en el Derecho concursal español del siglo XXI”, ed. Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas, núm.1/2016.
- GURREA-MARTÍNEZ, A., “La proeza del legislador concursal” publicado en el portal telemático Legal Today en edición de 23 de noviembre de 2016.
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, P., AA.VV., *Comentarios a la Ley Concursal, Tomo II*, ed. Aranzadi, 2010.
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, P., AA.VV., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ed. Aranzadi, 2011.
- GUTIÉRREZ GILSANZ, A., “La liquidación concursal anticipada”, Revista de Derecho Mercantil, ed. Civitas, núm.274/2009.
- GUTIÉRREZ GILSANZ, A., “La conservación del convenio concursal”, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, ed. Wolters Kluwer, 2014, nº 22.
- HART, H., *El concepto de derecho*, ed. Abeledo Perrot, 2011.
- HERBOSA, I., “La acción de desahucio por impago de rentas en situación de concurso del arrendatario”, Anuario de Derecho Concursal, ed. Civitas, núm.29/2013.
- HERNÁNDEZ MARTÍ, J., *Presupuesto objetivo del concurso y fundamento de la solicitud*, ed. Tirant lo Blanch, 2009.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Mª M., AA.VV., *Tratado judicial de la insolvencia*, ed. Aranzadi, 2012.
- HERNANDO MENDÍVIL, J., *Calificación del concurso y coexistencia de las responsabilidades concursal y societaria*, ed. Bosch, 2013.
- HERRERO PEREZAGUA, J.F., “Monitorio y concurso”, Revista Aranzadi Doctrinal, ed. Aranzadi, núm.9/2015.
- HUALDE LÓPEZ, I., “El problema de la vivienda habitual en el concurso del consumidor.”, Anuario de Derecho Concursal, ed. Civitas, núm.25/2012.
- HUALDE LÓPEZ, I., “El alzamiento de embargos como medida cautelar previa al concurso y la posibilidad de apelación directa frente al Auto resolutorio de un recurso de reposición”, Anuario de Derecho Concursal, ed. Civitas, núm.30/2013.
- HUELMO REGUEIRO, J., AA.VV., *Problemas procesales del concurso de acreedores*, ed. Atelier, 2013.
- JIMÉNEZ PARÍS, T.A., “La derogación tácita del Real Decreto-Ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, por el Capítulo I (suspensión de los lanzamientos) de la Ley Anti-Desahucios”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, ed. CORPME, 2014, núm.742.
- JIMÉNEZ SEGADO, C., y GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, C., *Guía procesal ante el desahucio hipotecario*, ed. Dykinson, 2015.
- JORDAN TABB, C., “The History of the Bankruptcy Laws in the United States”, *American Bankruptcy Institute Law Review*, 1995, vol. 3
- JORDAN TABB, C., *Law of Bankruptcy*, ed. West Academic Publishing, 2014.
- JUAN Y MATEU, F., AA.VV., *Comentario de la Ley Concursal, Tomo II*, ed. Aranzadi, 2008.
- JUAN Y MATEU, F., AA.VV., *Tratado práctico del derecho concursal y su reforma*, ed. Tecnos, 2012.

LA INSOLVENCIA DE LA PERSONA FÍSICA:
SU TRATAMIENTO DESDE UNA PERSPECTIVA JURISDICCIONAL

- KAY, M., SIME, S. y FRENCH, D., *Blackstone's Civil Practice 2013: The commentary*, ed. Oxford University Press, 2012.
- LARA GONZÁLEZ, R., “Modificación del convenio vs. Liquidación.”, *Anuario de Derecho Concursal*, ed. Civitas, núm.31/2014.
- LARA GONZÁLEZ, R., AA.VV., *Enciclopedia de derecho concursal, Tomo I*, ed. Aranzadi, 2012.
- LASTRES, F., *Procedimientos civiles y criminales*, ed. Victoriano Suarez, 1884.
- LEONARDO ZORRILLA, L.A., “La mediación concursal como negociación extrajudicial de deudas de empresarios”, *Revista General de Derecho Procesal*, ed. Iustel, 2016, nº 40.
- LEVIN, R.B., AA.VV., *Fundamentals of bankruptcy law*, ed. Aliaba, 2010.
- LINACERO DE LA FUENTE, M., *Las acciones de reintegración en la Ley Concursal*, ed. Reus, 2005.
- LIVIO T., *Ab urbe condita, VIII*, Oxonii E Typographeo Clarendoniano, 1999.
- LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *Introducción histórica a la filosofía del derecho contemporánea*, ed. Universidad de Murcia, 2005.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *El proceso concursal*, ed. Aranzadi, 2012.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, J., AA.VV., *Insolvencia y responsabilidad*, ed. Civitas, 2012.
- LUCEÑO OLIVA, J.L., “El nuevo art.5 bis de la Ley Concursal”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, ed. Aranzadi, núm.887/2014.
- LUQUE CORTELLA, A., “Los riesgos de incurrir en responsabilidad tributaria por parte de los administradores concursales y los auxiliares delegados”, *Quincena Fiscal Aranzadi*, ed. Aranzadi, núm.16/2013.
- LUZÓN CUESTA, J.M., *Compendio de derecho Penal, Parte Especial*, ed. Dykinson, 2011.
- MACHADO PLAZAS, J., AA.VV., *Proceso concursal*, ed. Bosch, 2013.
- MACLEOD, J.K., *Consumer sales law*, ed. Cavendish Publishing, 2002.
- MADRAZO LEAL, J., AA.VV., *Enciclopedia de derecho concursal, Tomo II*, ed. Aranzadi, 2012.
- MAGDALENO CARMONA, A., AA.VV., *Tratado práctico del derecho concursal y su reforma*, ed. Tecnos, 2012.
- MAGDALENO CARMONA, A., y BENEYTO, K., “El concurso de acreedores de persona física: problemas pendientes y soluciones legislativas propuestas.”, *Anuario de Derecho Concursal*, ed. Civitas, núm.30/2013.
- MAGDALENO A., y BENEYTO K., *Aspectos procesales de la práctica concursal*, ed. Bosch, 2015.
- MAGRO SERVET, V., AA.VV., *Guía práctica de aplicación de la Ley Concursal*, ed. La Ley, 2004 (LA LEY 698/2009).
- MAIRATA LAVIÑA, J., AA.VV., *Comentarios a la legislación concursal*, ed. Dykinson, 2004.
- MALINS ROSE, W., *Abandoned property act to Equitable title*, ed. Bancroft-Whitney, 1903.
- MANRESA Y NAVARRO, J.M. y GARCÍA VALDÉS, R., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Tomo V*, ed. Reus, 1946.
- MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *Código Penal, Comentarios y jurisprudencia, Parte Especial*, ed. Comares, 2010.
- MARCO COS, J.M., AA.VV., *Tratado práctico del derecho concursal y su reforma*, ed. Tecnos, 2012.
- MARÍN VELARDE, A., “La plasmación procesal de la regulación del Código Civil sobre la ejecución de los bienes gananciales.”, *Revista Doctrinal Aranzadi*, ed. Aranzadi, núm.7/2011.
- MARQUÉS MOSQUERA, C., “El notario y el acuerdo extrajudicial de pagos tras el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, ed. Wolters Kluwer, 2015, núm.23.
- MÁRQUEZ GONZÁLEZ, J.A., “Hart y Kelsen: regla de reconocimiento y norma básica”, *Revista derecho y Persona*, ed. Servicios y Publicaciones de la Universidad de Navarra, 1985, Volumen nº 12.

- MARTÍNEZ ARESO, A., AA.VV., *La Ley Concursal y la Mediación Concursal: un estudio conjunto realizado por especialistas*, ed. Dykinson, 2014.
- MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “Las técnicas para limitar el ejercicio de las facultades patrimoniales del concursado desde el derecho Romano a la codificación”, *Anuario de Derecho Concursal*, ed. Civitas, núm.4/2005.
- MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “La declaración de concurso y la capacidad de obrar del deudor”, *Anuario de Derecho Concursal*, ed. Civitas, núm.6/2005.
- MARTÍNEZ FLÓREZ, A., *Comentario de la Ley Concursal, Tomo I*, ed. Aranzadi, 2008.
- MARTÍNEZ FLÓREZ, A., *La extinción de las sociedades de capital a causa de la conclusión de concurso*, ed. Civitas, 2013.
- MARTÍNEZ GALLEGO, E., AA.VV., *Comentario práctico a la nueva Ley Concursal*, ed. La Ley, 2012.
- MARTÍNEZ GALLEGO, E., AA.VV., *La Ley Concursal y la Mediación Concursal: un estudio conjunto realizado por especialistas*, ed. Dykinson, 2014.
- MARTÍNEZ MELÓN, M.D., *Las soluciones al concurso por vía de convenio*, ed. Lex Nova, 2013.
- MARTÍNEZ PÉREZ-ESPINOSA, A., “La modificación del convenio concursal con capitalización de créditos y los pactos de socios (a propósito de la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm.3 de Barcelona, de 13 de julio de 2015)”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, ed. Wolters Kluwer, 2015, nº 24.
- MARTÍNEZ SANZ, F., y BARTLE AGUSTÍN, M., en AA.VV., *Practicum concursal 2014*, ed. Aranzadi, 2014.
- MARTÍNEZ-UCEDA CALATRAVA, C., AA.VV., *Comentario práctico a la nueva Ley Concursal*, ed. La Ley, 2012.
- MARTORELL ZULUETA, P., ponencia -inérita- impartida en el VI Foro Concursal celebrado por la Fundación del Instituto de Derecho Concursal (FUNDIECO) en Valencia, los días 13 y 14 de marzo de 2014.
- MCQUEEN, J., *Bankruptcy explained*, ed. The Bankruptcy Association, 2005.
- MERCEDES MARTÍN, V., “Nueva modificación de la legislación concursal para facilitar las refinanciaciones de compañías sobre endeudadas. Una nueva reforma de la Ley Concursal, que acaba de entrar en vigor, tramitada con urgencia, para facilitar la refinanciación de empresas viables con sobreendeudamiento, a fin de evitar el concurso de acreedores”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, ed. Aranzadi, núm.884/2014.
- MERINO ESPINAR, M.B., “Una primera aproximación a la realidad del acuerdo extrajudicial de pagos y la figura del mediador concursal y su relación con el Registro de la Propiedad”, *Revista de Derecho Civil*, ed. Notyreg Hispania, 2015, vol. II, nº 1.
- MESA MARRERO, C., “La insolvencia de los dos cónyuges casados en régimen de sociedad de gananciales”, *Anuario de Derecho Concursal*, ed. Civitas, núm.24/2011.
- MOLINA NAVARRETE, C., *El concurso de acreedores, aspectos sociales y laborales de la reforma 2011-2012*, ed. Tecnos, 2012.
- MONTERO AROCA, J., “Cien años de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española”, *Revista de la Facultad de derecho de Méjico*, nº 142-143-144, 1985.
- MONTERO AROCA, J., AA.VV., *Derecho jurisdiccional I, Parte general*, ed. Tirant lo Blanch, 2010.
- MONTERO AROCA, J., AA.VV., *Derecho jurisdiccional II, Proceso civil*, ed. Tirant lo Blanch, 2010.
- MONTÉS PENADÉS, V., “Alteraciones en la administración, gestión y disposición del patrimonio del concursado por efecto de la declaración y tramitación del concurso”, *Anuario de Derecho Concursal*, ed. Civitas, núm.11/2007.
- MONTOYA MELGAR, A., *Derecho laboral concursal*, ed. Civitas, 2013.

LA INSOLVENCIA DE LA PERSONA FÍSICA:
SU TRATAMIENTO DESDE UNA PERSPECTIVA JURISDICCIONAL

- MORALEJO IMBERNÓN, N., AA.VV., *Comentarios al Código Civil*, ed. Aranzadi, 2009, pág.1619.
- MORALEJO MENÉNDEZ, I., AA.VV., *Enciclopedia de derecho concursal, Tomo I*, ed. Aranzadi, 2012.
- MORGAN, S., SMYTH, N., y TRIBE, J., *Personal insolvency law in practice*, ed. Jordan Publishing, 2013.
- MOTOS GUIRAO, M., y BLANCO CAMPAÑA, J., *Centenario del Código de Comercio*, ed. Gráficas Arias Montano, 1991.
- MOYA BALLESTER, J., “La conclusión de los concursos sin masa de las sociedades de capital.”, *Anuario de Derecho Concursal*, ed. Civitas, núm.29/2013.
- MUÑOZ GONZÁLEZ, L., “El concurso abreviado”, *Anuario de Derecho Concursal*, ed. Civitas, núm.9/2006.
- MUÑOZ PAREDES, A., AA.VV., *Tratado judicial de la insolvencia, Tomo II*, ed. Aranzadi, 2012.
- MUÑOZ PAREDES, A., AA.VV., *Tratado judicial de la responsabilidad de los administradores, Volumen II*, ed. Aranzadi, 2015.
- MUÑOZ PAREDES, A., en su ponencia impartida en el III Congreso Nacional Aranzadi de Derecho Concursal, celebrado en Madrid los días 24 y 25 de noviembre de 2016.
- MUÑOZ VILLAREAL, A., “La responsabilidad tributaria de la administración concursal”, *Anuario de Derecho Concursal*, ed. Civitas, núm.25/2012.
- MUÑOZ, L., en AA.VV., *Enciclopedia de derecho concursal, Tomo I*, ed. Aranzadi, 2012.
- NANCLARES VALLE, J., AA.VV., *Comentarios a la Ley Concursal, Tomo I*, ed. Aranzadi, 2010.
- NAVARRO VILLANUEVA, C., AA.VV., *Problemas procesales del concurso de acreedores*, ed. Atelier, 2013.
- NAVAS NAVARRO, S., *Concurso de acreedores y pacto de supervivencia*, ed. Tirant lo Blanch, 2013.
- NIETO DELGADO, C., “Liquidación societaria y extinción de la persona jurídica concursada”, *Anuario de Derecho Concursal*, ed. Civitas, núm.29/2013.
- NIETO DELGADO, C., “Ley 17/2014, de 30 de septiembre: para este viaje...”, ed. El Economista, edición digital de 21 de octubre de 2014.
- NIETO DELGADO, C., y YÁÑEZ EVANGELISTA, J., “Refinanciaciones: rescisión y extensión de efectos”, *Anuario de Derecho Concursal*, ed. Civitas, núm.32/2014.
- NIÑO ESTEBÁNEZ, R., AA.VV., *Ley Concursal Comentada*, ed. El Derecho, 2014.
- NIÑO ESTEBÁNEZ, R., “La segunda oportunidad económica para las personas físicas: una aproximación crítica a sus aspectos más controvertidos”, *Revista Jurídica Sobre Consumidores y Usuarios*, ed. vLex, 2018, núm.2.
- OLIVENCIA RUIZ, M., “La reforma de la Ley Concursal”, *Revista de Derecho Mercantil*, ed. Civitas, núm.285/2012.
- ORDUÑA MORENO, J., y PLAZA PENADÉS, J., en AA.VV., *Comentario de la Ley Concursal, Tomo I*, ed. Civitas, 2008.
- ORDUÑA MORENO, J., AA.VV., *Comentario de la Ley Concursal*, ed. Aranzadi, 2015 (BIB 2015\1342).
- ORELLANA CANO, A.M., AA.VV., *Comentario práctico a la nueva Ley Concursal*, ed. La Ley, 2012.
- ORELLANA CANO, N., *Tratado judicial de la insolvencia, Tomo I*, ed. Aranzadi, 2012.
- ORELLANA CANO, N., en AA.VV., *Comentario práctico a la nueva Ley Concursal*, ed. La Ley, 2012.
- PALAO UCEDA, J., *La insolvencia inminente y el sistema concursal preventivo*, ed. Bosch, 2013.
- PALAZÓN BALLESTEROS, B., ponencia -inédita- impartida en el VI Foro Concursal celebrado por la Fundación del Instituto de derecho Concursal (FUNDIECO) en Valencia, los días 13 y 14 de marzo de 2014.
- PAÑEDA USUNÁRIZ, F., AA.VV., *Tratado práctico del derecho concursal y su reforma*, ed. Tecnos, 2012.

- PAÑEDA USUNARIZ, F., AA.VV., *Practicum concursal 2014*, ed. Aranzadi, 2014.
- PARDO IBÁÑEZ, B., “La mediación concursal. Una experiencia práctica”, *Diario La Ley*, ed. Wolters Kluwer, 2015, nº 8.490.
- PARRA LUCÁN, M.A., AA.VV., *Aspectos civiles de derecho concursal*, ed. Editum, 2009.
- PARRA LUCÁN, M.A., *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, ed. Civitas, 2009.
- PARRA LUCÁN, M.A., “Limitaciones de las facultades patrimoniales del concursado e inhabilitación del concursado culpable.”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, ed. Aranzadi, núm.2/2010.
- PARTINGTON, M., *Introduction to the English legal system 2014-2015*, ed. Oxford University Press, 2014.
- PASTOR VEGA, D., *Informe de la administración concursal*, ed. Tirant lo Blanch, 2009, pág.31.
- PAVÓN NEIRA, C., *Institutos preconcursales y refinanciación de deudas*, ed. Bosch, 2013.
- PEDRO CORTÉS, J., y MARTÍN, S., “El delito concursal tras la reforma del Código Penal vs el concurso punible”, *Diario La Ley*, ed. Wolters Kluwer, 2015, nº 8.618.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M.P., AA.VV., *Reflexiones para la reforma concursal*, ed. Editorial Reus, S.A., 2010.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M.P., “El procedimiento concursal romano-clásico”, *Anuario de Derecho Concursal*, ed. Civitas, núm.24/2011.
- PÉREZ BENÍTEZ, J.J., “El singular modelo español de la subordinación concursal de créditos de personas vinculadas al deudor”, *Anuario de Derecho Concursal*, ed. Civitas, núm.32/2014.
- PÉREZ DE ONTIVEROS, C., “Los acuerdos de refinanciación y la acción revocatoria o pauliana”, *Anuario de Derecho Concursal*, ed. Civitas, núm.35/2015.
- PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., AA.VV., *Comentarios a la legislación concursal, Tomo I*, ed. Dykinson, 2004.
- PÉREZ MARTÍN, A.J., *La ejecución de las resoluciones dictadas en procesos de familia*, ed. Lex Nova, 2009.
- PÉREZ VEGA, A., “El incidente concursal civil: celebración de vista y especialidades procesales”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, ed. Wolters Kluwer, 2015, nº 23.
- PÉREZ-CRESPO, F., “La concurrencia de procedimientos administrativos de apremio y jurisdiccionales universales”, *Anuario de Derecho Concursal*, ed. Civitas, núm.1/2004.
- PFANDER, J.E. y BIRK, D.D., “Article III Judicial Power, the Adverse-Party Requirement, and Non-Contentious Jurisdiction”, *Yale Law Journal*, 2015, vol.124, no.5.
- PORFIRIO CARPIO, L.J., *La junta de acreedores*, ed. Aranzadi, 2008.
- PRENDES CARRIL, P., “El presupuesto objetivo del concurso: la insolvencia”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, ed. Aranzadi, núm.636/2004.
- PRENDES CARRIL, P., “La reforma concursal (RD-Ley 4/2014), algo más que una reforma en materia de refinanciación.”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, ed. Aranzadi, núm.882/2014.
- PRENDES CARRIL, P., AA.VV., *Practicum Concursal 2014*, ed. Aranzadi, 2014.
- PRIETO GONZÁLEZ, C., “Los orígenes de la sociedad de responsabilidad limitada en España: el proyecto de Fabra”, *Revista de Derecho Mercantil*, ed. Civitas, núm.108/1968.
- PULGAR EZQUERRA, J., AA.VV., *Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la Reforma Concursal*, ed. Dilex, 2003.
- PULGAR EZQUERRA, J., “La aprobación de la reforma concursal en el pleno del Congreso: ¿cambio de sentido de la reforma?”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, ed. Aranzadi, núm.578/2003.
- PULGAR EZQUERRA, J., *La declaración del concurso de acreedores*, ed. La Ley, 2005.
- PULGAR EZQUERRA, J., “Los convenios con asunción de pasivo en el marco de la transmisión concursal de la empresa.”, *Revista de Derecho Mercantil*, ed. Civitas, núm.266/2007.

LA INSOLVENCIA DE LA PERSONA FÍSICA:
SU TRATAMIENTO DESDE UNA PERSPECTIVA JURISDICCIONAL

- PULGAR EZQUERRA, J., *El concurso de acreedores: la declaración*, ed. La Ley, 2009.
- PULGAR EZQUERRA, J., “Rescisión concursal y aprobación judicial del convenio: cláusulas convencionalmente pactadas”, *Revista de Derecho Mercantil*, ed. Civitas, núm.279/2011.
- PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad y acuerdos de refinanciación*, ed. La Ley, 2012.
- PUNZÓN MORALEDA, J., y PUERTA SEGUIDO, F.E., “Procesos concursales y contratación pública”, *Revista española de derecho Administrativo*, ed. Civitas, núm.161/2014.
- RALLO JULIÁN, J.R., “Los orígenes de la crisis”, ed. Libertad Digital, edición digital 4 de diciembre de 2007.
- RALPH MECHAM, L., *Judicial Business of the United States Courts*, ed. Government Printing Office, 2008.
- RAMÍREZ LÓPEZ, J.A., *La quiebra*, ed. Bosch, 1998.
- REBOLLEDO VARELA, A.L., “Belicosidad derivada de la elección del régimen económico matrimonial (I y II)”, *Revista Doctrinal Aranzadi*, ed. Aranzadi, núm.15/2003.
- RECALDE CASTELLS, A., AA.VV., *Comentario de la Ley Concursal, Tomo I*, ed. Civitas, 2008.
- REGIS NOEL, F., *A history of the bankruptcy law*, ed. William S. Hein & Co Inc., 2003, p.43 et 65.
- REVILLA GONZÁLEZ, J.A., AA.VV., *Derecho procesal concursal*, ed. Marcial Pons, 2008.
- ROBERTS, D.M., “The Myth of Uniformity in Federal Civil Procedure: Federal Civil Rule 83 and District Court Local Rulemaking Powers”, *University of Puget Sound Law Review*, 1985, vol.8.
- RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., “El «otro» presupuesto subjetivo del concurso: la pluralidad de acreedores”, *Repertorio de Jurisprudencia*, ed. Aranzadi, núm.31/2004.
- RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., “Representación procesal de los trabajadores en el concurso. Crítica a una interpretación restrictiva”, *Repertorio de Jurisprudencia*, ed. Aranzadi, núm.13/2006.
- RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., “La reclamación de créditos contra la masa en el concurso”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, ed. Aranzadi, núm.1/2009.
- RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., “El crédito alimenticio en el concurso tras las reforma de la Ley 38/2011”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, ed. Aranzadi, núm.7/2011.
- RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., “Limitación de responsabilidad, remisión de deudas y acuerdo extrajudicial de pagos en el Proyecto de Ley de apoyo a los emprendedores”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, ed. Aranzadi, núm.5/2013.
- RODRÍGUEZ CONDE, C., y ESMERATS RAURELL, I., *Administración concursal, mediación y acuerdo extrajudicial de pagos*, ed. Bosch, 2014.
- RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y TORRES, A., y VIGUERA RUBIO, J.M., en AA.VV., *Comentarios a la Ley Concursal, Volumen I*, ed. Tecnos, 2004.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L., AA.VV., *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia*, ed. Aranzadi, 2013.
- RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., y HUERTA VIESCA, M.I., “La responsabilidad concursal de los administradores”, *Anuario de Derecho Concursal*, ed. Civitas, núm.28/2013.
- RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., “Convenios concursales de segunda generación: modificabilidad del convenio en ejecución.”, *Anuario de Derecho Concursal*, ed. Civitas, núm.32/2014.
- ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, R., “La introducción del acuerdo extrajudicial de pagos y la figura del mediador concursal en la Ley Concursal”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, ed. Lex Nova, núm.135/2014.
- ROJO, A. “Notas para la reforma de la Legislación Concursal”, *Revista de Derecho Mercantil*, ed. Civitas, núm.138/1975.
- ROJO, A., AA.VV., *La reforma de la legislación concursal*, ed. Marcial Pons, 2003.
- ROJO, A., “La adhesión de los acreedores.”, *Anuario de Derecho Concursal*, ed. Civitas, núm.1/2004.

- ROJO, A., “La pérdida del derecho de voto en caso de adquisición de crédito concursal”, *Anuario de Derecho Concursal*, ed. Civitas, núm.12/2007.
- ROJO, A., AA.VV., *Comentario de la Ley Concursal, Tomo I*, ed. Civitas, 2008.
- ROJO, A., AA.VV., *Enciclopedia de derecho concursal, Tomo II*, ed. Aranzadi, 2012.
- ROJO, A., y BERMEJO GUTIÉRREZ, N., AA.VV., *Comentario de la Ley Concursal*, ed. Aranzadi, 2015 (BIB 2015\1342).
- ROMERO NAVARRO, R., AA.VV., *Enjuiciamiento Civil, Comentarios y jurisprudencia, Tomo I*, ed. Sepin, 2008.
- ROMERO SANZ DE MADRID, C., *Derecho concursal*, ed. Aranzadi, 2012.
- ROSENDE VILLAR, C., AA.VV., *Comentarios a la Ley Concursal, Tomo II*, ed. Aranzadi, 2010.
- RUBIO VICENTE, P., “Segunda oportunidad o nueva oportunidad perdida de la Ley Concursal”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, ed. Wolters Kluwer, 2016, nº 24.
- SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J.C., AA.VV., *Enciclopedia de derecho concursal, Tomo II*, ed. Aranzadi, 2012.
- SÁNCHEZ LINDE, M., “La declinatoria en el concurso de acreedores”, *Anuario de Derecho Concursal*, ed. Civitas, núm.16/2009.
- SÁNCHEZ LINDE, M., “Notas sobre el derecho a la percepción de alimentos del deudor concursado”, *Revista de Derecho Patrimonial*, ed. Aranzadi, núm.28/2012.
- SÁNCHEZ LINDE, M., “El efecto de cosa juzgada en la sentencia resolutoria de los incidentes concursales”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, ed. Aranzadi, núm.10/2014.
- SÁNCHEZ MAGRO, A., AA.VV., *Ley Concursal Comentada*, ed. El Derecho, 2014.
- SÁNCHEZ MAGRO, A., AA.VV., *Practicum Concursal 2014*, ed. Aranzadi, 2014.
- SÁNCHEZ PAREDES, M.L., “En torno a la propuesta de convenio condicionada (Reflexiones sobre el AJM2 La Coruña, 11 de octubre de 2013)”, *Anuario de Derecho Concursal*, ed. Civitas, núm.31/2014.
- SÁNCHEZ RUS, H., y SÁNCHEZ RUS, A., “Comentario al artículo 57 de la Ley Concursal”, en AA.VV., *Comentario de la Ley Concursal*, ed. Aranzadi, 2015 (BIB 2015\9051).
- SÁNCHEZ RUS., H., y SÁNCHEZ RUS, A., AA.VV., *Comentario de la Ley Concursal*, ed. Aranzadi, 2015 (BIB 2015\1342).
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., y GUILARTE GUTIÉRREZ V., AA.VV., *Comentarios a la legislación concursal*, ed. Lex Nova, 2004.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “El acuerdo extrajudicial de pagos”, *Anuario de Derecho Concursal*, ed. Civitas, núm.32/2014.
- SANJUÁN Y MUÑOZ, E., “La reforma penal y el proceso concursal”, *Diario La Ley*, ed. Wolters Kluwer, 2015, nº 8.542.
- SANTOS MARTÍNEZ, A.M., AA.VV., *Proceso concursal*, ed. Bosch, 2013.
- SANZ ACOSTA, L., AA.VV., *Comentario práctico a la nueva Ley Concursal*, ed. La Ley, 2012.
- SARDÁ CALOMARDE DE CAMBRA, J., “La nueva Ley Concursal”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, ed. Aranzadi, núm.531, 2002.
- SARTORIUS, J., “Strike or Dismiss: Interpretation of the BAPCPA 109(h) Credit Counseling Requirement”, *Fordham Law Review*, 2007, vol.75
- SCHAW MILLER, S. and BAILEY, E., *Personal insolvency: law and practice*, ed. LexisNexis, 2008.
- SEALY, L., MILMAN, D., y BAILEY, P., *Annotated guide to the insolvency legislation*, Volume 1, ed. Thomson Reuters, 2016.
- SEGUI, J., en AA.VV., *Practicum concursal 2014*, ed. Aranzadi, 2014.
- SELLER ROCA DE TOGORES, L., AA.VV., *Tratado práctico del derecho concursal y su reforma*, ed. Tecnos, 2012.

LA INSOLVENCIA DE LA PERSONA FÍSICA:
SU TRATAMIENTO DESDE UNA PERSPECTIVA JURISDICCIONAL

- SELLER ROCA DE TOGORES, ponencia -inédita- impartida en el II Congreso Aranzadi Concursal de la Comunidad Valenciana, celebrado en Valencia los días 22 y 23 de mayo de 2014.
- SELLER ROCA DE TOGORES, L., ponencia -inédita- impartida en el IV Curso Superior de Formación Especializada en Materia Concursal 2015, celebrado en Valencia, en la sesión de 19 de febrero de 2015.
- SENENT MARTÍNEZ, S., “La formación de la masa activa del concursado casado”, *Revista La Ley Derecho de Familia*, ed. Wolters Kluwer, 2014, nº 4.
- SENENT MARTÍNEZ, S., y SANTANA PAÉZ, E., en “Algunas cuestiones sobre el derecho de alimentos en el concurso”, *Anuario de Derecho Concursal*, ed. Civitas, núm.12/2007.
- SENENT MARTÍNEZ, S., AA.VV., *Tratado judicial de la insolvencia, Tomo I*, ed. Aranzadi, 2012.
- SENENT MARTÍNEZ, S., ponencia -inédita- impartida en el Congreso Nacional *La liquidación de las empresas en el concurso de acreedores*, celebrado en Madrid los días 13 y 14 de noviembre de 2014.
- SENÉS MOTILLA, C., AA.VV., *Enciclopedia de derecho concursal, Tomo II*, ed. Aranzadi, 2012.
- SENÉS MOTILLA, C., “La homologación de los acuerdos de refinanciación”, *Anuario de Derecho Concursal*, ed. Civitas, núm.30/2013.
- SENÉS MOTILLA, C., “El acuerdo extrajudicial de pagos: ¿alternativa efectiva al concurso de acreedores?”, *Revista de Derecho Civil*, ed. Notyreg Hispania, 2014, vol. I, nº 1.
- SENÉS MOTILLA, C., “La limitación del derecho a la ejecución forzosa como efecto de la comunicación de negociaciones con acreedores”, *Anuario de Derecho Concursal*, ed. Civitas, núm.33/2014.
- SENÉS MOTILLA, C., AA.VV., *Acuerdos de refinanciación, convenio y reestructuración*, ed. Aranzadi, 2015.
- SERRA RODRÍGUEZ, A., “Consideraciones en torno al concepto de interés del concurso”, *Revista de Derecho Patrimonial*, ed. Aranzadi, núm.30/2013.
- SERRA RODRÍGUEZ, A., “Efectos del concurso de acreedores en la ejecución de las garantías reales tras las últimas reformas de la Ley Concursal”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, ed. Instituto de derecho Iberoamericano, 2015, nº 3.
- SERRANO DE NICOLÁS, A., “Regulación y aspectos problemáticos de la segunda oportunidad para personas físicas no empresarias”, *Revista Jurídica Sobre Consumidores y Usuarios*, ed. vLex, 2018, núm.2.
- SILVETTI, E., en AA.VV., *Comentarios a la Ley Concursal, Tomo I*, ed. Aranzadi, 2010.
- SOTILLO MARTÍ, A., “Segunda oportunidad y derecho concursal”, *El Cronista del Estado social y democrático del derecho*, ed. Iustel, 2014, nº 44.
- SOTO VÁZQUEZ, R., *Quiebras y concurso de acreedores*, ed. Comares, 1994.
- SOUTO GARCÍA, E., “La tutela penal del derecho de crédito tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo: los “nuevos” delitos de frustración de la ejecución y de insolvencia punible”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, ed. Aranzadi, núm.38/2015.
- TALENS SEGUIR, J., ponencia -inédita- impartida en el Colegio oficial de Censores Jurados de Cuentas de la Comunidad Valenciana, celebrado el día 13 de junio de 2014.
- TORRES DE CRUELLES, J., *La suspensión de pagos*, ed. Bosch, 1957.
- TORRUBIA CHALMETA, B., “La responsabilidad concursal en la Ley 38/2011: Carácter sancionador y encaje con las acciones societarias.”, *Revista de Derecho Mercantil*, ed. Civitas, núm.287/2013.
- URBINA MENDOZA, E.J., *Análisis e investigación en derecho*, ed. Universidad Católica Andrés Bello, 2007.
- UREÑA CARAZO, B., “La ejecución provisional. El supuesto de las sentencias dictadas en incidentes concursales”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, ed. Aranzadi, núm.6/2012.
- URÍA, R., en “Problemas y cuestiones sobre quiebra de las sociedades”, *Revista de Derecho Mercantil*, ed. Civitas, núm.4/1946.

- VACAS MEDINA, L., “El supuesto fundamental de la quiebra en los derechos inglés y norteamericano y en el derecho español”, *Revista de Derecho Mercantil*, ed. Civitas, núm.57/1955.
- VALPUESTA GASTAMINZA, E., AA.VV., *Comentarios a la Ley Concursal, Tomo I*, ed. Aranzadi, 2010.
- VAQUER MARTÍN, F.J. AA.VV., *Derecho concursal*, ed. Tirant lo Blanch, 2012.
- VÁZQUEZ CUETO, J.C., “Los efectos de la declaración judicial de incumplimiento del convenio”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, ed. Wolters Kluwer, 2015, n° 23.
- VÁZQUEZ CUETO, J.C., AA.VV., *Acuerdos de refinanciación, convenio y reestructuración*, ed. Aranzadi, 2015.
- VÁZQUEZ SOTELO, J.L., *La nueva Ley Concursal*, ed. IVADP, 2003.
- VELA TORRES, P.J., “La pluralidad de acreedores como requisito del concurso”, *Anuario de Derecho Concursal*, ed. Civitas, núm.11/2007.
- VELASCO SAN PEDRO, L.A., en AA.VV., *Comentarios a la legislación concursal, Tomo II*, ed. Dykinson, 2004.
- VICENT CHULIÁ, F., “La Ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (LAEI). Aspectos mercantiles.”, *Revista de Derecho Patrimonial*, ed. Aranzadi, núm.33/2014.
- VIGIL DE QUIÑONES, D., “Concurso de persona física casada y Registro de la Propiedad”, *Anuario de Derecho Concursal*, ed. Civitas, núm.22/2011.
- VILA FLORENSA, P., AA.VV., *Proceso concursal*, ed. Bosch, 2013.
- VILATA MENADAS, S., *Elementos de derecho concursal*, ed. Tirant lo Blanch, 2011.
- VILATA MENADAS, S., ponencia impartida en el IV Curso Superior de Formación Especializada en Materia Concursal 2015, celebrado en Valencia (COMEVA).
- VILLENA CORTÉS, F., AA.VV., *Practicum Concursal 2014*, ed. Aranzadi, 2014.
- WATSON-GANDY, M., *Personal insolvency practice: litigation, procedure and precedents*, ed. Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2012.
- WEBER, M., *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, ed. Istmo, 1998.
- WHITBOURN, L., *The Lawyer’s Remembrancer 2013*, ed. Bloomsbury, 2013.
- WIEACKER, F., *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*, ed. Aguilar, Madrid, 1957.
- WILDE, C., “The Chandler Act”, *Indiana Law Journal*, 1938, vol. XIV, no. 2.
- YANES YANES, P., AA.VV., *Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la Reforma Concursal*, ed. Dilex, 2003.
- YÁÑEZ EVANGELISTA, J., AA.VV., *Comentario práctico a la nueva Ley Concursal*, ed. La Ley, 2012.
- YÁÑEZ EVANGELISTA, J., AA.VV., *Derecho concursal*, ed. Tirant lo Blanch, 2012.
- YÁÑEZ EVANGELISTA, J., “El acreedor real como damnificado de la insolvencia del garante”, *Revista Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, ed. Dykinson, 2014, n° 38.
- YÁÑEZ VIVERO, F., “La discordancia entre la presunción de donaciones del cónyuge concursado y el sistema de reintegración de la masa activa”, *Anuario de Derecho Concursal*, ed. Civitas, núm.4/2005.
- ZABALO ESCUDERO, M.E., AA.VV., *Comentarios a la Ley Concursal, Tomo I*, ed. Aranzadi, 2010.
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., “El imposible proceso liquidatorio del art.1373 CC”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, ed. Aranzadi, núm.919/2016.
- ZUNZUNEGUI PASTOR, F., “Sobreendeudamiento y prácticas hipotecarias de las entidades bancarias”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, ed. Lex Nova, núm.129/2013.

Jurisprudencia de derecho comparado (EE.UU)¹³⁴⁵.

American Insurance Company v. Canter 26 U.S. 511 (1828)
CFTC v. Schor 478 U.S. 833 (1986).
Community College v. Katz 546 U.S. 356 (2006).
Executive Benefits Insurance Agency v. Arkison, 134 S. Ct. 2165, 189 L. Ed. 2d 83 (2014)
Grogan v. Garner 498 U.S. 279 (1991)
Hanover National Bank v. Moyses, 186 U.S. 181 (1902)
In re Elmendorf 345 B.R. 486 (Bankr. S.D.N.Y. 2006)
In re Tomco 339 B.R. 145 (Bankr. W.D. Pa. 2006)
In re Warren, 339 B.R. 475 (Bankr. E.D. Ark. 2006).
Kalb v. Feuerstein 308 U.S. 433 (1940).
Marrama v. Citizens Bank of Mass. 549 U.S. 365 (2007)
Murray's Lessee v. Hoboken Land & Improvement Co. 59 U.S. 272 (1856)
Northern Pipeline Construction Co. v. Marathon Pipeline Co. 458 U.S. 50 (1982)
Schwab v. Reilly 560 U.S. ____ (2010)
Stern v. Marshall 564 U.S. ____ (2011)
Toibb v. Radloff 501 U.S. 157 (1991)
Wellness Int'l Network, Ltd. v. Sharif 575 U.S. ____ (2015)

Jurisprudencia de derecho comparado (Inglaterra y Gales)¹³⁴⁶.

Bruton v Inland Revenue Commissioners [2000] B.P.I.R. 946.
Commissioners of Inland Revenue v Adams [2001] BCLC 222.
Coulter v Chief Constable of Dorset [2004] EWCA Civ 1259.
Inland Revenue Commissioners v Bland [2003] EWHC 1068.
Johnson v Tandridge DC [2007] EWHC 3325 (Ch).
R (on the application of Howard) v Official Receiver [2013] EWHC 1839 (Admin), [2013] All ER (D) 73 (Jul).
Randhawa v Official Receiver [2006] All ER (D) 02 (Jul).
Secretary of State for Work and Pensions v Payne and another [2011] UKSC 60 [2011] All ER (D) 94 (Dec).
Shalson v DF Keane Ltd [2003] EWHC 599 (Ch)
Stella v Harris [2014] EWHC 4492 (Ch)
Tucker v Atkins EHC [2013] 4469

¹³⁴⁵ Disponibles telemáticamente en la página web oficial <https://law.justia.com/cases/>

¹³⁴⁶ Disponibles telemáticamente en la base de datos internacional de Thomson Reuters Westlaw.

Jurisprudencia española.

Capítulo Primero.

Auto de 14 de abril de 2015, del Juzgado de lo Mercantil nº 10 de Barcelona (JUR 2015\127196).
Auto de 16 de mayo de 2018, del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid (autos de concurso núm.139/2013).
Auto núm.611/2000, de 13 de septiembre, de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 3ª (AC 2000\1902).
Auto núm.63/2001, de 20 de marzo, de la Audiencia Provincial de Gerona, Sección 1ª (JUR 2001\17821).
Sentencia de 9 de abril de 1985, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (RJ 1985\1686).
Sentencia de 16 de marzo de 1857, del Tribunal Supremo.
Sentencia núm.312/2016, de 12 de mayo, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (CENDOJ 28079110012016100306).
Sentencia núm.971/1994, de 4 de noviembre, del Tribunal Supremo (RJ 1994\8370).
Sentencia de 18 de abril de 1990, del Tribunal Supremo (RJ 1990\2730).

Capítulo Segundo.

Auto de 1 de junio de 2010, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (JUR 2010\227602).
Auto de 10 de julio de 2012, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2012\9326).
Auto de 10 de septiembre de 2015, del Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid (Autos de impugnación de resolución de justicia gratuita núm.488/2015).
Auto de 11 de noviembre de 2015, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (JUR 2015\280788).
Auto de 11 de octubre de 2017, del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid (autos núm.139/2013/01).
Auto de 13 de diciembre de 2013, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Alicante JUR (2014\15349).
Auto de 14 de diciembre de 2016, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (conflicto negativo de competencia núm.1048/2016).
Auto de 15 de enero de 2014, del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Gijón (JUR 2014\113951).
Auto de 17 de junio de 2014, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2014\4511).
Auto de 17 de marzo de 2015, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Granada (JUR 2015\105590).
Auto de 18 de febrero de 2009, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2009\1475).
Auto de 18 de mayo de 2016, del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid (Auxilio nacional núm.88/2015).
Auto de 18 de octubre de 2012, del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid (JUR 2013\199349).
Auto de 19 de diciembre de 2014, dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Castellón (Autos de concurso núm.1422/2014-G).
Auto de 19 de noviembre de 2013, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de San Sebastián (AC 2013\1928).
Auto de 2 de junio de 2014, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Málaga (JUR 2014\251213).
Auto de 20 de febrero de 2017, del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid (Autos de concurso núm.333/2010).
Auto de 20 de febrero de 2018, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Sevilla (JUR 2018\77192).
Auto de 22 de febrero de 2017, del Juzgado de lo Social nº 2 de Santiago de Compostela (Autos de ejecución núm.141/2016).
Auto de 22 de mayo de 2007, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2007\6257).
Auto de 23 de enero de 2012, del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid.
Auto de 25 de mayo de 2010, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2010\3720).
Auto de 27 de enero de 2016, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (JUR 2016\28656).
Auto de 29 de marzo de 2005, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Málaga (JUR 2005\102155).
Auto de 30 de enero de 2010, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Málaga (JUR 2010\130954).
Auto de 30 de octubre de 2012, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2012\1041).
Auto de 30 de septiembre de 2016, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Córdoba (JUR 2017\54162).
Auto de 4 de diciembre de 2012, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, (JUR 2012\401691).
Auto de 4 de diciembre de 2012, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (JUR 2012\61071).
Auto de 4 de septiembre de 2012, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2012\9008).
Auto de 6 de octubre de 2010, del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Barcelona (AC 2010\1742).

LA INSOLVENCIA DE LA PERSONA FÍSICA:
SU TRATAMIENTO DESDE UNA PERSPECTIVA JURISDICCIONAL

Auto de 7 de enero de 2015, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Barcelona (Autos de concurso núm.423/2013-D).

Auto de 7 de enero de 2016, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Segovia (JUR 2016\71460).

Auto de 7 de junio de 2010, del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid (AC 2010\1060).

Auto de 7 febrero de 2013, del Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Madrid (AC 2013\684).

Auto de 9 de febrero de 2016, del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid (JUR 2016\45530).

Auto núm.1/2006, de 3 de enero, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Sevilla (JUR 2006\150381).

Auto núm.101/2009, de 15 de mayo, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª (JUR 2009\409768).

Auto núm.103/2008, de 23 de junio, de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 2ª (JUR 2008\354956).

Auto núm.111/2009, de 9 de junio, de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1ª (JUR 2009\289405).

Auto núm.117/2011, de 15 de julio, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 13ª (JUR 2011\373567).

Auto núm.120/2012, de 12 de julio, de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 6ª (JUR 2012\353776).

Auto núm.124/2012, de 25 de mayo, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13ª (JUR 2012\286878).

Auto núm.135/2016, de 16 de septiembre, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª (VLEX-657589825)

Auto núm.145/2015, de 25 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Orense, Sección 1ª (AC 2016\394).

Auto núm.15/2017, de 26 de enero, del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid (Autos núm.132/2016).

Auto núm.153/2015, de 10 de julio, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª (JUR 2015\247079).

Auto núm.160/2006, de 7 de septiembre, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª (JUR 2009\433922).

Auto núm.163/2013, de 14 de octubre, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Las Palmas de Gran Canaria (JUR 2016\82517).

Auto núm.163/2016, de 2 de marzo, del Juzgado de Primera Instancia nº 21 de Valencia (Autos de procedimiento ordinario núm.1802/2014).

Auto núm.173/2009, de 16 de octubre, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª (AC 2010\222).

Auto núm.176/2012, de 4 de septiembre, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 14ª (JUR 2012\344720)

Auto núm.176/2012, de 4 de septiembre, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 14ª (JUR 2012\344720).

Auto núm.178/2016, de 25 de abril, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Nules (Autos de juicio cambiario núm.1243/2014).

Auto núm.18/2010, de 4 de febrero, de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 5ª (JUR 2010\185936).

Auto núm.182/2012, de 26 de octubre, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 25ª (JUR 2012\373523).

Auto núm.19/2017, de 21 de febrero, de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 8ª (JUR 2017\109646).

Auto núm.194/2012, de 19 de julio, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 19ª (JUR 2012\310472).

Auto núm.194/2012, de 19 de julio, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 19ª (JUR 2012\310472).

Auto núm.2/2017, de 11 de enero, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 11ª (Tol 6024258).

Auto núm.201/2009, de 27 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª (JUR 2010\94020).

Auto núm.203/2013, de 20 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª (JUR 2013\369156).

Auto núm.206/2012, de 23 de julio, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13ª (JUR 2012\333557).

Auto núm.208/2011, de 23 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª (JUR 2012\392153).

Auto núm.229/2010, de 23 de septiembre, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 14ª (JUR 2010\391334).

FUENTES DE LA INVESTIGACIÓN.

Auto núm.278/2015, de 25 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3ª (JUR 2016\26556).

Auto núm.284/2015, de 3 de junio, de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 1ª (JUR 2015\194076).

Auto núm.30/2017, de 24 de enero, del Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid (Autos de concurso núm.297/2011).

Auto núm.339/2014, de 15 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 14ª (JUR 2015\59690).

Auto núm.36/2012, de 14 de marzo, de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1ª (JUR 2012\187658).

Auto núm.36/2014, de 10 de abril, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª (JUR 2014\155886).

Auto núm.43/2018, de 23 de abril, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª (CENDOJ 08019370152018200037).

Auto núm.456/2005, de 27 de julio, de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5ª (JUR 2005\190777).

Auto núm.458/2009, de 14 de julio, de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2ª (JUR 2009\328762).

Auto núm.48/2014, de 2 de febrero, de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1ª (AC 2014\486).

Auto núm.53/2012, de 24 de abril, de la Audiencia Provincial de Baleares, Sección 3ª (AC 2012\962).

Auto núm.58/2009, de 18 de marzo, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª (AC 2009\1355).

Auto núm.605/2016, de 30 de diciembre, del Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid (Autos de concurso núm.297/2011).

Auto núm.7/2004, de 11 de noviembre, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao (AC 2004\1917),

Auto núm.7/2017, de 16 de enero, de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 8ª (Tol 5986672).

Auto núm.73/2011, de 9 de marzo, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Alicante (AC 2011\89).

Auto núm.75/2011, de 27 de septiembre, de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 3ª (JUR 2011\392797).

Auto núm.8/2012, de 3 de febrero, de la Audiencia Provincial de Albacete, Sección 2ª (JUR 2012\88559).

Auto núm.83/2013, de 19 de abril, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Granada (AC 2013\1811).

Auto núm.85/2013, de 24 de mayo, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª (JUR 2014\188865).

Auto núm.88/2009, de 24 de julio, de la Audiencia Provincial de La Rioja, Sección 1ª (JUR 2009\381921).

Auto núm.9/2015, de 26 de enero, de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 11ª (JUR 2015\102956).

Auto núm.95/2017, de 3 de mayo, de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 5ª (JUR 2017\183656).

Auto núm.97/2017, de 7 de septiembre, de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 8ª (VLEX-700435225).

Auto núm.99/2011, de 15 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 3ª (JUR 2011\431868).

Decreto de 10 de mayo de 2017, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 6 de Arganda del Rey (Autos de ejecución núm.839/2016).

Decreto de 12 de marzo de 2015, dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid (Autos de concurso núm.722/2010).

Diligencia de ordenación de 17 de agosto de 2015, del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Nules (Autos de juicio cambiario núm.506/2014).

Diligencia de ordenación de 25 de abril de 2017, del Juzgado de lo Social nº 2 de Santiago de Compostela (Autos de ejecución núm.141/2016).

Providencia de 1 de septiembre de 2014, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Valencia (Autos de concurso núm.184/2013).

Providencia de 13 de marzo de 2017, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª (Autos de apelación núm.191/2015).

Sentencia de 13 de octubre de 2015, del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid (JUR 2015\275064).

Sentencia de 2 de junio de 2016, del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Málaga (JUR 2016\200119).

Sentencia de 20 de octubre de 2011, del TJUE, Sala 1ª (TJCE 2011\324).

Sentencia de 21 de marzo de 2012, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo.

Sentencia de 22 de junio de 2009, del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción (RJ 2010\1980).

Sentencia de 24 de octubre de 2012, del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción (RJ 2013\4334).

Sentencia de 29 de abril de 2014, del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid (AC 2014\994).

Sentencia de 29 de octubre de 2013, del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1ª (RJ 2013\8115).

LA INSOLVENCIA DE LA PERSONA FÍSICA:
SU TRATAMIENTO DESDE UNA PERSPECTIVA JURISDICCIONAL

Sentencia de 31 de julio de 2014, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Málaga (JUR 2014\262464).
Sentencia de 31 de marzo de 2014, del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción (JUR 2014\134260).
Sentencia de 5 de julio de 2010, del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid (JUR 2010\264894).
Sentencia de 5 de julio de 2011, del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª (RJ 2011\6196).
Sentencia de 6 de septiembre de 2016, del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Sevilla (JUR 2016\219510).
Sentencia de 9 de abril de 2013, del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción (RJ 2013\5910).
Sentencia de 9 de diciembre de 2014, del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción (RJ 2015\1248).
Sentencia de 9 de diciembre de 2015, del Tribunal Superior de Justicia de Valladolid, Sala de lo Social, Sección 1ª (JUR 2015\308583).
Sentencia núm.11/2010, de 1 de febrero, de la Audiencia Provincial de Segovia, Sección 1ª (JUR 2010\851).
Sentencia núm.113/2015, de 12 de mayo, de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 2ª (JUR 2015\176028).
Sentencia núm.129/2014, de 21 de abril, de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5ª (JUR 2014\153454).
Sentencia núm.1325/2013, de 14 de junio, del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Social, Sección 1ª (AS 2013\2558).
Sentencia núm.141/2016, de 30 de mayo, del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid (Autos incidentales núm.61/2016).
Sentencia núm.146/2013, de 21 de mayo, de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 2 (JUR 2013\200938).
Sentencia núm.148/2015, de 23 de diciembre, del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Social, Sección 1ª (JUR 2015\41603).
Sentencia núm.152/2014, de 12 de mayo, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª (JUR 2014\163555).
Sentencia núm.1521/2013, de 8 de marzo, del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Social, Sección 1ª (JUR 2013\137632).
Sentencia núm.154/2013, de 3 de abril, de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 8ª (AC 2013\1427).
Sentencia núm.154/2014, de 9 de junio, de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 6ª (JUR 2014\220524).
Sentencia núm.157/2012, de 3 de julio, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao (JUR 2013\104222).
Sentencia núm.158/2012, de 27 de marzo, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2012\5586).
Sentencia núm.167/2016, de 3 de mayo, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª (JUR 2016\183323).
Sentencia núm.169/2007, de 15 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 3ª (JUR 2008\277574).
Sentencia núm.18/2011, de 3 de marzo, del Tribunal Constitucional en Pleno (RTC 2011\18).
Sentencia núm.180/2011, de 8 de junio, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Alicante (AC 2011\1368).
Sentencia núm.181/2015, de 9 de julio, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª (JUR 2015\206614).
Sentencia núm.188/2015, de 8 de julio, del Juzgado de Primera Instancia núm.7 de Vitoria (AC 2015\1681).
Sentencia núm.190/2010, de 16 de julio, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª (JUR 2010\345105).
Sentencia núm.192/2014, de 24 de julio, de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1ª (JUR 2014\257036).
Sentencia núm.198/2017, de 23 de marzo, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (CENDOJ 28079110012017100191).
Sentencia núm.205/2014, de 24 de marzo, de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4ª (AC 2014\494).
Sentencia núm.213/2013, de 6 de noviembre, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao (JUR 2014\21115).
Sentencia núm.214/2013, de 2 de abril, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2013\3156).
Sentencia núm.225/2012, de 13 de abril, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2012\5901).

FUENTES DE LA INVESTIGACIÓN.

Sentencia núm.227/2017, de 6 de abril, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (autos de casación núm.2798/2014).

Sentencia núm.233/2006, de 19 de mayo, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao (AC 2007\65).

Sentencia núm.237/2013, de 9 de abril, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2013\3685).

Sentencia núm.245/2010, de 5 de mayo, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª (AC 2010\1230).

Sentencia núm.246/2014, de 12 de septiembre, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª (JUR 2015\20018).

Sentencia núm.26/2013, de 25 de enero, de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 3ª (AC 2013\886).

Sentencia núm.266/2012, de 2 de agosto, de la Audiencia Provincial de Lleida, Sección 1ª (JUR 2012\348288).

Sentencia núm.268/2016, de 5 de septiembre, del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid (Autos de juicio verbal núm.172/2015).

Sentencia núm.270/2012, de 6 de junio, de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1ª (JUR 2012\361412).

Sentencia núm.2866/2012, de 27 de noviembre, del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Social, Sección 1ª (AS 2013\1234).

Sentencia núm.295/2013, de 11 de julio, de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1ª (JUR 2013\301136).

Sentencia núm.298/2014, de 17 de julio, de la Audiencia Provincial de Orense, Sección 1ª (JUR 2014\214263).

Sentencia núm.313/2013, de 6 de mayo, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2013\3502).

Sentencia núm.313/2014, de 8 de abril, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social Sección 4ª (JUR 2014\134202).

Sentencia núm.314/2013, de 31 de julio, de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1ª (JUR 2014\156888).

Sentencia núm.317/2013, de 23 de julio, de la Audiencia Provincial de Orense, Sección 1ª (JUR 2013\297403).

Sentencia núm.319/2018, de 30 de mayo, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (CENDOJ 28079110012018100312).

Sentencia núm.320/2012, de 18 de mayo, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2012\8006).

Sentencia núm.321/2012, de 28 de mayo, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2012\9316).

Sentencia núm.322/2015, de 1 de octubre, de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª (JUR 2016\12148).

Sentencia núm.346/2010, de 22 de junio, de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 7ª (JUR 2010\297303).

Sentencia núm.348/2008, de 5 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 3ª (JUR 2009\120306).

Sentencia núm.350/2014, de 10 de junio, de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5ª (JUR 2014\267100).

Sentencia núm.351/2015, de 24 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5ª (AC 2016\26).

Sentencia núm.360/2012, de 13 de junio, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2012\8187).

Sentencia núm.369/2012, de 2 de octubre, de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 1ª (JUR 2012\392992).

Sentencia núm.372/2012, de 11 de mayo, del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1ª (RJ 2012\6185).

Sentencia núm.39/2012, de 10 de febrero, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil Sección 1ª (RJ 2012\3908).

Sentencia núm.397/2007, de 6 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Gerona, Sección 1ª (JUR 2008\78022).

Sentencia núm.41/2014, de 7 de febrero, de la Audiencia Provincial de Gerona, Sección 1ª (JUR 2014\88924).

LA INSOLVENCIA DE LA PERSONA FÍSICA:
SU TRATAMIENTO DESDE UNA PERSPECTIVA JURISDICCIONAL

Sentencia núm.432/2011, de 22 de septiembre, de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4ª (AC 2012\2188).

Sentencia núm.435/2006, de 28 de junio, de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 1ª (JUR 2006\270260).

Sentencia núm.46/2015, de 18 de febrero, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (JUR 2015\93144).

Sentencia núm.486/2013, de 31 de octubre, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 20ª (JUR 2014\4975).

Sentencia núm.491/2013, de 23 de julio, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2013\5203).

Sentencia núm.499/2013, de 20 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10ª (JUR 2014\60687).

Sentencia núm.5/2011, de 14 de enero, de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3ª (JUR 2011\172038).

Sentencia núm.543/2012, de 31 de julio, de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4ª (JUR 2012\319355).

Sentencia núm.57/2014, de 17 de febrero, de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 1ª (JUR 2014\97721).

Sentencia núm.570/2014, de 28 de enero, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, Sección 1ª (JUR 2014\95336).

Sentencia núm.66/2013, de 19 de marzo, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao (JUR 2013\169358).

Sentencia núm.711/2014, de 12 de diciembre, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2014\6561).

Sentencia núm.73/2011, de 24 de marzo, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Las Palmas de Gran Canaria (AC 2011\458).

Sentencia núm.739/2011, de 20 de octubre, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11ª (JUR 2011\436456).

Sentencia núm.76/2013, de 24 de junio, de la Audiencia Provincial de Huelva, Sección 3ª (JUR 2013\305212).

Sentencia núm.85/2012, de 20 de marzo, de la Audiencia Provincial de La Rioja, Sección 1ª (AC 2012\406).

Sentencia núm.862/2016, de 18 de octubre, del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1ª (RJ 2016\5617).

Sentencia núm.95/2016, de 11 de marzo, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª (VLEX-637946937).

Capítulo Tercero.

Auto de 1 de abril de 2011, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Valencia (JUR 2012\16088).

Auto de 1 de febrero de 2012, del Juzgado de lo Mercantil nº 10 de Barcelona (AC 2012\314).

Auto de 1 de junio de 2010, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (JUR 2010\227602).

Auto de 1 de octubre de 2013, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (JUR 2013\323391).

Auto de 10 de diciembre de 2007, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Santander (JUR 2008\357087).

Auto de 10 de junio de 2014, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2014\3712).

Auto de 10 de septiembre de 1993, de la Audiencia Provincial de Madrid (AC 1993\1674).

Auto de 11 de enero de 2013, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Valencia (autos de concurso núm.13/2005).

Auto de 11 de noviembre de 2015, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (JUR 2015\280788).

Auto de 11 de noviembre de 2016, del Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Madrid (autos de concurso núm.488/2013).

Auto de 12 de diciembre de 2003, de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 3ª (JUR 2004\89723).

Auto de 12 de febrero de 2015, del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Valencia (JUR 2015\89556).

Auto de 12 de junio de 2018, del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid (autos de concurso núm.685/2012).

Auto de 13 de abril de 2009, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Málaga (AC 2009\1005).

FUENTES DE LA INVESTIGACIÓN.

Auto de 13 de julio de 2005, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de La Coruña (JUR 2005\234787).
Auto de 14 de enero de 2010, de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3ª.
Auto de 14 de julio de 2015, del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid (autos de concurso núm.139/2013).
Auto de 14 de marzo de 2017 del Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid (autos de concurso núm.217/2010).
Auto de 14 de noviembre de 2016, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª (autos de apelación núm.147/2016).
Auto de 16 de abril de 2012, dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de A Coruña (autos incidentales núm.408/2008/0078).
Auto de 16 de diciembre de 2009, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª (JUR 2010\116882).
Auto de 16 de marzo de 2006, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid (AC 2006\504).
Auto de 16 de marzo de 2011, de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2ª (AC 2011\1027).
Auto de 16 de marzo de 2017, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Córdoba (Autos núm. 270.05/2012).
Auto de 16 de marzo de 2017, del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid (autos de concurso núm.685/2012).
Auto de 16 de noviembre de 2005, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid (AC 2005\2067).
Auto de 17 de enero de 2014, del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Valencia (autos de concurso núm.1301/2012).
Auto de 18 de abril de 2017, del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid (autos de concurso núm.625/2015).
Auto de 18 de enero de 2017, del Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid (autos de concurso núm.328/2014).
Auto de 18 de marzo de 2014, del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Vigo (JUR 2014\108144).
Auto de 18 de mayo de 2016, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (JUR 2016\117615).
Auto de 18 de mayo de 2016, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (JUR 2016\117615).
Auto de 19 de enero de 2012, del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Vigo (JUR 2012\126500).
Auto de 19 de mayo de 2017, de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 3ª (Autos de ejecutoria núm.103/15 PIC-9).
Auto de 19 de octubre de 2015, del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Valencia (Autos incidentales núm.1471/2014).
Auto de 2 de abril de 2014, del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona (AC 2014\124009).
Auto de 20 de abril de 2016, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de A Coruña (Autos de concurso núm.408/2008).
Auto de 20 de mayo de 2016, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Barcelona (Autos de concurso núm.458/2008).
Auto de 23 de junio de 2009, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2009\4235).
Auto de 23 de marzo de 2006, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Alicante (AC 2006\372).
Auto de 23 de marzo de 2016, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Cuenca (Autos de concurso núm.319/2012).
Auto de 23 de mayo de 2013, del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Zaragoza (Autos de concurso núm.198/2013-G), publicado en el BOE de 25 de julio de 2013.
Auto de 24 de mayo de 2011, del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Pontevedra (JUR 2011\283992).
Auto de 25 de septiembre de 2012, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (JUR 2012\325563).
Auto de 26 de abril de 2017, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (Autos núm.46/2017).
Auto de 26 de enero de 2009, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Málaga (JUR 2009\237282).
Auto de 26 de marzo de 2014, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Palma de Mallorca (AC 2014\538).
Auto de 26 de noviembre de 2013, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (JUR 2013\374037).
Auto de 26 de octubre de 2010, del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona (AC 2010\1828).
Auto de 26 de septiembre de 2005, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo (AC 2005\1235).
Auto de 27 de septiembre de 2010, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Barcelona.
Auto de 28 de abril de 2015, del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Barcelona (JUR 2015\137646).
Auto de 29 de enero de 2007, del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Barcelona (JUR 2007\127635).

LA INSOLVENCIA DE LA PERSONA FÍSICA:
SU TRATAMIENTO DESDE UNA PERSPECTIVA JURISDICCIONAL

Auto de 29 de junio de 2016, del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid (autos de concurso núm.139/2013).

Auto de 29 de marzo de 2016, del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid (JUR 2016\135690).

Auto de 3 de junio de 2011, de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4ª (JUR 2011\300132).

Auto de 30 de enero de 2012, del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid (JUR 2012\61156).

Auto de 30 de enero de 2014, del Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Madrid (AC 2014\212).

Auto de 30 de junio de 2015, del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Valencia (autos de concurso núm.567/2015).

Auto de 30 de octubre de 2006, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid (AC 2007\451).

Auto de 30 de octubre de 2015, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Palma de Mallorca (JUR 2016\38629).

Auto de 4 de julio de 2013, del Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid (autos de concurso núm.297/2011).

Auto de 4 de mayo de 2007, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao (JUR 2007\368560).

Auto de 4 de noviembre de 2014 dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Orense (autos de concurso núm.1192/2009).

Auto de 5 de mayo de 2009, del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid (AC 2009\1053).

Auto de 6 de julio de 2016, del Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid (autos de concurso núm.328/2014).

Auto de 6 de marzo de 2015, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de A Coruña (autos de concurso núm.408/2008).

Auto de 7 de enero de 2015, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Barcelona (autos de concurso núm.426/2013-D).

Auto de 8 de mayo de 2006, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Santander (AC 2006\1218).

Auto de 8 de septiembre de 2008, del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid (JUR 2009\135724).

Auto de 9 de junio de 2014, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Cuenca (autos de concurso núm.23/2013).

Auto de 9 de marzo de 2012, del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Valencia (autos de concurso núm.1362/2008).

Auto de 9 de mayo de 2011, del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid (JUR 2011\341460).

Auto núm.102/2012, de 26 de julio, de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4ª (JUR 2012\319319).

Auto núm.102/2015, de 20 de febrero, del Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid (JUR 2016\101983).

Auto núm.106/2008, de 27 de marzo, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª (JUR 2008\151496).

Auto núm.106/2012, de 26 de junio, de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 5ª (JUR 2012\264537).

Auto núm.11/2010, de 22 de enero, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª (JUR 2010\136646).

Auto núm.111/2010, de 17 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2ª (AC 2011\1).

Auto núm.113/2010, de 30 de septiembre, de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 1ª (JUR 2010\391787).

Auto núm.119/2011, de 20 de julio, de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 4ª (JUR 2011\376230).

Auto núm.12/2014, de 22 de enero, del Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Barcelona (AC 2014\430).

Auto núm.13/2012, de 20 de enero, de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5ª (AC 2012\1472).

Auto núm.135/2012, de 21 de septiembre, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª (JUR 2012\398386).

Auto núm.135/2015, de 22 de junio, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª (JUR 2015\247172).

Auto núm.137/2010, de 23 de abril, del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid (JUR 2011\55055).

Auto núm.139/2011, de 28 de octubre, de la Audiencia Provincial de Almería, Sección 3ª (JUR 2011\430034).

Auto núm.145/2015, de 25 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Orense, Sección 1ª (AC 2016\394).

Auto núm.148/2012, de 5 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª (JUR 2013\83549).

FUENTES DE LA INVESTIGACIÓN.

Auto núm.148/2014, de 25 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª (JUR 2015\190474).

Auto núm.149/2008, de 8 de mayo, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª (JUR 2008\186818).

Auto núm.149/2012, de 11 de septiembre, de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 1ª (AC 2012\2120).

Auto núm.155/2009, de 23 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Salamanca, Sección 1ª (JUR 2010\83886).

Auto núm.155/2012, de 31 de octubre, de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 3ª (JUR 2013\67270).

Auto núm.157/2010, de 5 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª (JUR 2011\37187).

Auto núm.162/2014, de 28 de julio, de la Audiencia Provincial de Baleares, Sección 5ª (JUR 2014\227419).

Auto núm.164/2005, de 11 de mayo, Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao (AC 2005\940).

Auto núm.168/2013, de 17 de septiembre, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 1ª (JUR 2014\295650).

Auto núm.173/2004, de 18 de junio, de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3ª (JUR 2005\25301).

Auto núm.177/2009, de 7 de septiembre, de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 4ª (AC 2009\1983).

Auto núm.179/2016, de 10 de noviembre, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Castellón (JUR 2016\273282).

Auto núm.179/2016, de 11 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª (Autos de apelación núm.342/2016).

Auto núm.18/2008, de 21 de febrero, de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7ª (JUR 2008\277314).

Auto núm.180/2011, de 10 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª (AC 2015\2318).

Auto núm.181/2015, de 18 de septiembre, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª (JUR 2015\274131).

Auto núm.19/2012, de 10 de febrero, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª (AC 2012\670).

Auto núm.19/2015, de 16 de febrero, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª (AC 2015\1061).

Auto núm.2/2017, de 11 de enero, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 11ª (Tol 6024258).

Auto núm.203/2013, de 20 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª (JUR 2013\369156).

Auto núm.22/2012, de 4 de abril, de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 3ª (JUR 2012\161980).

Auto núm.230/2007, de 22 de octubre, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Alicante (JUR 2008\357102).

Auto núm.234/2008, de 20 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª (AC 2009\104).

Auto núm.250/2010, de 25 de octubre, de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 4ª (JUR 2011\253132).

Auto núm.252/2010, de 19 de octubre del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Las Palmas de Gran Canaria (AC 2010\1801).

Auto núm.301/2016, de 9 de junio, del Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid (Autos incidentales núm.741/2015).

Auto núm.33/2007, de 19 de marzo, de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 3ª (JUR 2008\86760).

Auto núm.34/2012, de 16 de febrero, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª (JUR 2012\151070).

Auto núm.37/1997, de 18 de marzo, de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 1ª (AC 1997\798).

Auto núm.38/2006, de 27 de enero, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª (JUR 2009\176685).

Auto núm.4/2011, de 21 de enero de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª (JUR 2012\399575).

Auto núm.41/2012, de 10 de mayo, de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 1ª (JUR 2012\226367).

LA INSOLVENCIA DE LA PERSONA FÍSICA:
SU TRATAMIENTO DESDE UNA PERSPECTIVA JURISDICCIONAL

Auto núm.43/2010, de 9 de febrero, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 13ª (AC 2010\828).
Auto núm.44/2012, de 30 de marzo, de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4ª (JUR 2012\191313).
Auto núm.47/2009, de 20 de octubre, de la Audiencia Provincial de Cuenca, Sección 1ª (AC 2010\242).
Auto núm.49/2007, de 24 de mayo, de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 3ª (JUR 2008\86664).
Auto núm.49/2007, de 29 de marzo, de la Audiencia Provincial de Baleares, Sección 5ª (AC 2007\1707).
Auto núm.49/2016, de 18 de abril, de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4ª (Autos de apelación núm.72/2016).
Auto núm.499/2007, de 17 de septiembre, de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5ª (AC 2007\2055).
Auto núm.503/2008, de 7 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3ª (JUR 2009\134041).
Auto núm.55/2007, de 22 de febrero, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª (JUR 2007\244838).
Auto núm.574/2009, de 13 de noviembre, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Estella (AC 2010\2235).
Auto núm.58/2016, de 11 de abril, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª (Autos de apelación núm.1/2016).
Auto núm.60/2012, de 20 de abril, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª (JUR 2012\177237).
Auto núm.67/2012, de 22 de febrero, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Palma de Mallorca (AC 2013\522).
Auto núm.68/2012, de 27 de abril, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª (JUR 2012\210851).
Auto núm.69/2018, de 3 de abril, de la Audiencia Provincial de Gerona, Sección 1ª (VLEX-716100485).
Auto núm.70/2012, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11ª (JUR 2012\96446).
Auto núm.76/2011, de 1 de junio, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª (AC 2011\1430).
Auto núm.8/2012, de 26 de enero, de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 2ª (AC 2013\241).
Auto núm.83/2012, de 6 de julio, de la Audiencia Provincial de Lleida, Sección 2ª (JUR 2012\291175).
Auto núm.84/2014, de 24 de abril, de la Audiencia Provincial de Baleares, Sección 5ª (JUR 2014\169997).
Autos de 13 de noviembre de 2009 de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3ª.
Decreto de 2 de marzo de 2017, del Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Madrid (Autos incidentales núm.96/2014).
Decreto de 20 de enero de 2014 del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid (Autos de concurso núm.924/2013).
Decreto de ejecución de 10 de noviembre de 2015, de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal (Autos de ejecutoria núm.103/15-M).
Diligencia de ordenación de 17 de abril de 2015, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Barcelona (Autos de concurso núm.426/2013-D).
Diligencia de ordenación de 2 de marzo de 2016, del Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid (Autos de concurso núm.328/2014).
Diligencia de ordenación de 2 de septiembre de 2013, del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid (Autos de concurso núm.333/2010).
Diligencia de ordenación de 22 de marzo de 2017, del Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Madrid (Autos de concurso núm.488/2013).
Diligencia de ordenación de 28 de octubre de 2014, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Barcelona (Autos de concurso núm.429/2013-D).
Diligencia de ordenación de 31 de marzo de 2016, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª (autos de apelación núm.398/2015).
Diligencia de ordenación de 4 de septiembre de 2014, del Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid (Autos de concurso núm.361/2010).
Diligencia de Ordenación, de 29 de diciembre de 2016, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Barcelona, Autos de concurso núm.458/2008-A.
Providencia de 1 de septiembre de 2015, del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid (Autos de concurso núm.139/2013).

FUENTES DE LA INVESTIGACIÓN.

Providencia de 13 de mayo de 2015, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Castellón (Autos de concurso núm.631/2014).

Providencia de 20 de febrero de 2017, del Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Madrid (Autos de concurso núm.488/2013).

Providencia de 13 de febrero de 2018, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Ávila (Autos de concurso núm.878/2015).

Providencia de 7 de enero de 2016, del Juzgado de Instrucción nº 26 de Madrid (Diligencias previas núm.1506/2015).

Sentencia de 11 de abril de 2011, del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid (AC 2011\512).

Sentencia de 11 de septiembre de 2013, del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Vigo (AC 2013\1676).

Sentencia de 12 de febrero de 1982, del Tribunal Supremo (RJ 1982\681).

Sentencia de 13 de julio de 2015, del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona (JUR 2016\200858).

Sentencia de 15 de septiembre de 2010, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª (JUR 2010\343282).

Sentencia de 16 de abril de 2007, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid.

Sentencia de 16 de enero de 2007, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid (AC 2007\857).

Sentencia de 16 de junio de 2011, del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Pontevedra (JUR 2011\352092).

Sentencia de 16 de marzo de 2017 del TJUE, Sala 7ª (JUR 2017\113119).

Sentencia de 19 de abril de 2010, del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid (JUR 2010\261760).

Sentencia de 19 de diciembre de 2006, del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona (JUR 2012\189040).

Sentencia de 19 de enero de 2012, del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Pontevedra.

Sentencia de 19 de octubre de 1995, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª (AC 1995\2123).

Sentencia de 21 de febrero de 2013, del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Vigo (JUR 2013\120911).

Sentencia de 21 de septiembre de 2012, del Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Barcelona (AC 2012\1737).

Sentencia de 22 de febrero de 2001, de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 3ª (JUR 2001\194428).

Sentencia de 22 de junio de 2009, del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción (RJ 2010\1980).

Sentencia de 24 de enero de 2012, de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 4ª.

Sentencia de 27 de mayo de 2014, del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Vigo (JUR 2014\170454).

Sentencia de 28 de junio de 2011, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª.

Sentencia de 29 de octubre de 2015, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4 y de lo Mercantil de Ciudad Real (JUR 2015\285118).

Sentencia de 3 de enero de 2012, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Alicante.

Sentencia de 3 de noviembre de 2016, del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Barcelona (CENDOJ 08019470072016100006).

Sentencia de 30 de enero de 2015, del Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Barcelona (JUR 2015\47952).

Sentencia de 4 de diciembre de 2014, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Pontevedra (JUR 2015\38044).

Sentencia de 9 de abril de 2013, del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción (RJ 2013\5910).

Sentencia de 9 de enero de 1984, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (RJ 1984\342).

Sentencia núm.1/2014, de 7 de enero, de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª (AC 2014\770).

Sentencia núm.1/2016, de 27 de abril, del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, publicada en el BOE de 31 de mayo de 2016.

Sentencia núm.10/2015, de 3 de febrero, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2015\644).

Sentencia num.10/2016, de 1 de febrero, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2016\498).

Sentencia núm.103/2014, de 27 de marzo, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 14ª (JUR 2014\125421).

Sentencia núm.104/2009, de 11 de marzo, de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 4ª (JUR 2009\249681).

Sentencia núm.105/2014, de 21 de febrero, de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 3ª (JUR 2014\273178).

Sentencia núm.108/2014, de 16 de mayo, Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª (JT 2014\1208).

Sentencia núm.108/2015, de 11 de marzo, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2015\1799).

Sentencia núm.1134/1996, de 8 de enero, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (RJ 1997\112).

LA INSOLVENCIA DE LA PERSONA FÍSICA:
SU TRATAMIENTO DESDE UNA PERSPECTIVA JURISDICCIONAL

Sentencia núm.114/2000, de 2 de marzo, de la Audiencia Provincial de Orense, Sección Única (AC 2000\1141).

Sentencia núm.115/2008, de 6 de febrero, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2008\2661).

Sentencia núm.115/2012, de 13 de marzo, de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 8ª (JUR 2012\216899).

Sentencia núm.1164/2004, de 2 de diciembre, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2004\7909).

Sentencia núm.118/2015, de 23 de mayo, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª (JUR 2015\152156).

Sentencia núm.120/2013, de 15 de abril, de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª, JUR 2013\159619).

Sentencia núm.122/2014, de 1 de abril, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2014\2159).

Sentencia núm.123/2014, de 17 de marzo, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2014\1506).

Sentencia núm.124/2015, de 24 de marzo, de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5ª (JUR 2015\173637).

Sentencia núm.125/2014, de 22 de julio, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Valladolid (AC 2014\1498).

Sentencia núm.131/2008, de 19 de septiembre, de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 3ª (JUR 2009\41195).

Sentencia núm.133/2015, de 21 de mayo, de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 1ª (JUR 2015\165338).

Sentencia núm.135/2013, de 19 de junio, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao (AC 2013\1510).

Sentencia núm.136/2011, de 18 de julio, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Las Palmas de Gran Canaria (AC 2011\1550).

Sentencia núm.136/2012, de 19 de junio, del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid (JUR 2012\335722).

Sentencia núm.136/2015, de 30 de marzo, de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5ª (AC 2015\481).

Sentencia núm.138/2012, de 7 de mayo, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª (AC 2012\1296).

Sentencia núm.141/2016, de 30 de mayo, del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid (Autos incidentales núm.61/2016).

Sentencia núm.142/2008, de 7 de julio, de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 3ª (JUR 2009\95813).

Sentencia núm.144/2014, de 15 de mayo, de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª (JUR 2014\200515).

Sentencia núm.1459/2004, de 14 de diciembre, del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal (RJ 2004\8249).

Sentencia núm.147/2011, de 9 de marzo, de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 1ª (JUR 2011\168849).

Sentencia núm.15/2012, de 13 de febrero, del Tribunal Constitucional, Sala Primera (RTC 2012\15).

Sentencia núm.152/2014, de 12 de mayo, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª (JUR 2015\241635).

Sentencia núm.153/2011, de 6 de abril, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª (JUR 2011\199853).

Sentencia núm.153/2013, de 23 de mayo, de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 2ª (JUR 2013\261697).

Sentencia núm.154/2012, de 23 de abril, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª (JUR 2012\176693).

Sentencia núm.156/2012, de 13 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª (JUR 2013\83551).

Sentencia núm.160/2012, de 13 de junio, del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao (JUR 2013\104394).

Sentencia núm.160/2013, de 10 de junio, de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 3ª (JUR 2013\235343).

Sentencia núm.162/2017, de 24 de marzo, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª (Autos de apelación núm.241/15).

FUENTES DE LA INVESTIGACIÓN.

Sentencia núm.163/2008, de 28 de febrero, de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 4ª (AC\2008\1868).

Sentencia núm.173/2005, de 21 de marzo, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (EDJ 2005\46965).

Sentencia núm.174/2014 de 27 de marzo, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2014\2147).

Sentencia núm.178/2017, de 13 de marzo, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (JUR 2017\60821).

Sentencia núm.1798/2016, de 12 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª (Tol 5970653).

Sentencia núm.18/2013, de 23 de enero, de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 1ª (JUR 2013\62502).

Sentencia núm.180/2010, de 13 de julio, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª (JUR 2010\310613).

Sentencia núm.185/2015, de 10 de abril, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2015\1517).

Sentencia núm.185/2016, de 26 de julio, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Barcelona (Autos de concurso núm.458/2008-A).

Sentencia núm.188/2016, de 18 de marzo, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2016\864).

Sentencia núm.193/2017, de 16 de marzo, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2017\871).

Sentencia núm.196/2015, de 5 de noviembre, del Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid (JUR 2016\109632).

Sentencia núm.197/2007, de 25 de junio, de la Audiencia Provincial de León, Sección 1ª (JUR 2007\337218).

Sentencia núm.199/2011, de 28 de abril, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª (JUR 2011\294739).

Sentencia núm.2/2017, de 10 de enero, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª (Autos de apelación núm.215/2015).

Sentencia núm.201/2016, de 8 de julio, de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 8ª (JUR 2016\213394).

Sentencia núm.202/2017, de 29 de marzo, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (CENDOJ 28079110012017100195).

Sentencia núm.203/2017, de 29 de marzo, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (CENDOJ 28079110012017100196).

Sentencia núm.206/2015, de 17 de junio, de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª (Autos de apelación núm.273/2015).

Sentencia núm.208/2013, de 2 de mayo, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª (JUR 2013\206803).

Sentencia núm.21/2015, de 30 de enero, de la Audiencia Provincial de La Rioja, Sección 1ª (JUR 2015\94791).

Sentencia núm.210/2015, de 17 de septiembre, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª (Autos de incidente concursal núm.584/2014).

Sentencia núm.2121/2016, de 8 de abril, del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Social, Sección 1ª (JUR 2016\115124).

Sentencia núm.213/2013, de 6 de noviembre, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao (JUR 2014\21115).

Sentencia núm.220/2013, de 20 de marzo, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2013\2594).

Sentencia núm.226/2008, de 2 de septiembre, de la Audiencia Provincial de León, Sección 3ª (JUR 2008\352664).

Sentencia núm.226/2017, de 6 de abril, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (JUR 2017\86725).

Sentencia núm.227/2010, de 22 de abril, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2010\3545).

Sentencia núm.229/2016, de 8 de abril, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (CENDOJ 28079110012016100225).

Sentencia núm.231/2007, de 27 de abril, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª (AC 2007\1697).

LA INSOLVENCIA DE LA PERSONA FÍSICA:
SU TRATAMIENTO DESDE UNA PERSPECTIVA JURISDICCIONAL

Sentencia núm.239/2010, de 29 de octubre, de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1ª (JUR 2011\65141).

Sentencia núm.242/2009, de 8 de julio, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª (AC 2009\1916).

Sentencia núm.245/2015, de 18 de septiembre, de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 2ª (JUR 2015\234144).

Sentencia núm.246/2015, de 14 de octubre, de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 1ª (JUR 2015\247702).

Sentencia núm.246/2016, de 13 de abril, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (CENDOJ 28079119912016100007).

Sentencia núm.247/2007, de 2 de octubre, de la Audiencia Provincial de Palencia, Sección 1ª (AC 2008\24).

Sentencia núm.247/2016, de 13 de abril, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2016\148).

Sentencia núm.25/2013, de 22 de enero, de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3ª (JUR 2013\150785).

Sentencia núm.253/2007, de 12 de septiembre, de la Audiencia Provincial de La Rioja, Sección 1ª (JUR 2008\51223).

Sentencia núm.253/2011, de 5 de abril, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2011\3442).

Sentencia núm.255/2015, de 19 de junio, de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 4ª (JUR 2015\161609).

Sentencia núm.256/2017, de 25 de mayo, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª (autos de apelación núm.216/2017).

Sentencia núm.259/2007, de 2 de noviembre, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Palma de Mallorca (JUR 2008\350816).

Sentencia núm.259/2012, de 19 de julio, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2012\9000).

Sentencia núm.26/2008, de 23 de enero, de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 4ª (JUR 2008\124956).

Sentencia núm.26/2013, de 25 de enero, de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 3ª (AC 2013\886).

Sentencia núm.26/2013, de 30 de enero, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª (AC 2013\1736).

Sentencia núm.261/2010, de 26 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª (JUR 2011\63762).

Sentencia núm.261/2012, de 29 de noviembre, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Castellón de la Plana (AC 2013\147).

Sentencia núm.261/2013, de 10 de mayo, de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5ª (JUR 2013\199805).

Sentencia núm.262/2016, de 20 de abril, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (CENDOJ 28079110012016100254).

Sentencia núm.262/2016, de 28 de abril, de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4ª (JUR 2016\144977).

Sentencia núm.271/2013, de 24 de junio, de la Audiencia Provincial de Baleares, Sección 5ª (JUR 2013\253730).

Sentencia núm.276/2014, de 8 de octubre, de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª (JUR 2015\73228).

Sentencia núm.277/2012, de 10 de mayo, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2012\6344).

Sentencia núm.280/2013, de 29 de mayo, de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5ª (JUR 2013\212042).

Sentencia núm.284/2017, de 12 de mayo, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (CENDOJ 28079110012017100280).

Sentencia núm.286/2013, de 23 de julio, de la Audiencia Provincial de Salamanca, Sección 1ª (JUR 2013\275490).

Sentencia núm.29/2013, de 12 de febrero, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2013\4934).

FUENTES DE LA INVESTIGACIÓN.

- Sentencia núm.29/2017, de 31 de enero, de la Audiencia Provincial de Zamora, Sección 1ª (JUR 2017\76240).
- Sentencia núm.292/2014, de 6 de octubre, de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5ª (JUR 2014\278015).
- Sentencia núm.295/2011, de 11 de julio, de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª (JUR 2011\331121).
- Sentencia núm.295/2013, de 11 de julio, de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1ª (JUR 2013\301136).
- Sentencia núm.3/2012, de 10 de enero, del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid (AC 2012\370).
- Sentencia núm.3/2014, de 13 de enero, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª (JUR 2014\42055).
- Sentencia núm.30/2010, de 20 de enero, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª (JUR 2010\101768).
- Sentencia núm.30/2014, de 21 de enero, de la Audiencia Provincial de Lugo, Sección 1ª (JUR 2014\53012).
- Sentencia núm.302/2016, de 8 de junio, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª (Tol 5796715).
- Sentencia núm.306/2015, de 9 de junio, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2015\2640).
- Sentencia núm.307/2008, de 12 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª (JUR 2009\102462).
- Sentencia núm.31/2013, de 25 de enero, de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 4ª (JUR 2013\317528).
- Sentencia núm.32/2015, de 7 de septiembre, de la Audiencia Nacional, Sección 3ª (autos de procedimiento abreviado núm.19/2012).
- Sentencia núm.322/2013, de 21 de mayo, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2013\4956).
- Sentencia núm.324/2017, de 24 de mayo, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (JUR 2017\123885).
- Sentencia núm.327/2012, de 30 de julio, de la Audiencia Provincial de Gerona, Sección 1ª (JUR 2012\349127).
- Sentencia núm.33/2016, de 17 de marzo, del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid (Autos de incidente concursal núm.766/2015).
- Sentencia núm.334/2010, de 14 de junio, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 14ª (AC 2010\1332).
- Sentencia núm.337/2014, de 2 de julio, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 5ª (ARP 2014\947).
- Sentencia núm.342/2014, de 24 de junio, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2014\3780).
- Sentencia núm.343/2006, de 18 de septiembre, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao (JUR 2007\368575).
- Sentencia núm.358/2012, de 10 de septiembre, de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4ª (JUR 2012\323746).
- Sentencia núm.364/2014, de 17 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª (JUR 2015\97910).
- Sentencia núm.365/2015, de 19 de octubre, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 25ª (AC 2015\1819).
- Sentencia núm.367/2012, de 1 de octubre, de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 1ª (JUR 2012\372709).
- Sentencia núm.370/2016, de 1 de julio, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 21ª (JUR 2016\253506).
- Sentencia núm.372/2012, de 11 de mayo, del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1ª (RJ 2012\6185).
- Sentencia núm.381/2011, de 20 de septiembre, de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5ª (JUR 2012\3988).
- Sentencia núm.389/2013, de 22 de octubre, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª (JUR 2013\1960).

LA INSOLVENCIA DE LA PERSONA FÍSICA:
SU TRATAMIENTO DESDE UNA PERSPECTIVA JURISDICCIONAL

Sentencia núm.390/2016, de 8 de junio, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (recurso núm.126/2014).

Sentencia núm.392/2008, de 27 de octubre, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª (JUR 2009\146477).

Sentencia núm.392/2014, de 16 de julio, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2014\4640).

Sentencia núm.394/2012 de 21 de junio, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2012\10106).

Sentencia núm.395/2016, de 9 de junio, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (CENDOJ 28079110012016100384).

Sentencia núm.396/2013, de 28 de junio, de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4ª (JUR 2014\37122).

Sentencia núm.397/2007, de 6 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Gerona, Sección 1ª (JUR 2008\78022).

Sentencia núm.397/2007, de 6 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Gerona, Sección 1ª (JUR 2008\78022).

Sentencia núm.40/2012, de 21 de marzo de 2012, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4 y de lo Mercantil de Ciudad Real (autos de concurso núm.435/2008).

Sentencia núm.405/2013, de 7 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª (JUR 2014\9090).

Sentencia núm.419/2011, de 24 de octubre, de la Audiencia Provincial de Gerona, Sección 1ª (JUR 2011\405380).

Sentencia núm.421/2015, de 22 de julio, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2015\2512).

Sentencia núm.424/2015, de 22 de julio, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (CENDOJ 28079110012015100438).

Sentencia núm.424/2015, de 22 de julio, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2015\3289).

Sentencia núm.426/2012, de 18 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª (JUR 2013\74140).

Sentencia núm.437/2011, de 29 de julio, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª (JUR 2011\315595).

Sentencia núm.437/2012, de 19 de noviembre, del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Valencia, Autos de concurso núm.96/2011.

Sentencia núm.437/2014, de 28 de mayo, del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1ª (RJ 2014\3343).

Sentencia núm.439/2016, de 29 de junio, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (CENDOJ 28079110012016100447).

Sentencia núm.445/2013, de 21 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 1ª (JUR 2014\2542).

Sentencia núm.446/2008, de 29 de mayo, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2008\4164).

Sentencia núm.449/2014, de 4 de septiembre, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2014\4597).

Sentencia núm.45/2015, de 5 de febrero, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2015\1041).

Sentencia núm.450/2013, de 4 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª (JUR 2014\9879).

Sentencia núm.453/2009, de 22 de julio, de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6ª (AC 2010\673).

Sentencia núm.456/2013, de 9 de junio, del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1ª (RJ 2013\7644).

Sentencia núm.457/2013, de 4 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª (JUR 2014\9443).

Sentencia núm.459/2011, de 28 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª (JUR 2012\81955).

FUENTES DE LA INVESTIGACIÓN.

Sentencia núm.46/2016, de 29 de febrero, del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Álava (JUR 2016\87059).

Sentencia núm.460/2013, de 5 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 6ª (JUR 2014\79616).

Sentencia núm.465/2016, de 7 de julio, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (JUR 2016\156416).

Sentencia núm.473/2010, de 4 de octubre, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª (AC 2010\1559).

Sentencia núm.475/2012, de 5 de julio, de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4ª (AC 2012\1176).

Sentencia núm.475/2015, de 11 de septiembre, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2015\3718).

Sentencia núm.48/2007, de 20 de febrero, de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª (AC 2007\1478).

Sentencia núm.48/2013, de 7 de febrero, de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª (JUR 2013\155306).

Sentencia núm.481/2000, de 16 de mayo, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (RJ 2003\3110).

Sentencia núm.483/2013, de 23 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª (AC 2013\2309).

Sentencia núm.487/2011, de 12 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª (JUR 2012\150168).

Sentencia núm.491/2013, de 23 de julio, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2013\5203).

Sentencia núm.492/2011, de 6 de julio, de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4ª (JUR 2012\174628).

Sentencia núm.5/2016, de 27 de enero, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2016\25).

Sentencia núm.501/2012, de 16 de julio, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2012\9330).

Sentencia núm.501/2012, de 16 de julio, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2012\9330).

Sentencia núm.507/2011, de 6 de octubre, de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6ª (JUR 2012\195711).

Sentencia núm.51/2013, de 20 de febrero, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2013\4353).

Sentencia núm.510/2016, de 10 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª (JUR 2016\268697).

Sentencia núm.516/2016, de 21 de julio, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2016\3214).

Sentencia núm.533/2012, de 12 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3ª (JUR 2013\53891).

Sentencia núm.548/2012, de 20 de septiembre, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2012\9015).

Sentencia núm.55/2008, de 10 de marzo, de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1ª (JUR 2008\227040).

Sentencia núm.552/2016, de 22 de junio, del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1ª (JUR 2016\144828).

Sentencia núm.56/2016, de 10 de marzo, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria (JUR 2016\119894).

Sentencia núm.57/2014, de 17 de febrero, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª (JUR 2014\163100).

Sentencia núm.57/2018, de 19 de enero, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª (JUR 2018\50839).

Sentencia núm.574/2017, de 24 de octubre, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (CENDOJ 28079110012017100553).

Sentencia núm.583/2017, de 27 de octubre, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (CENDOJ 28079110012017100553).

LA INSOLVENCIA DE LA PERSONA FÍSICA:
SU TRATAMIENTO DESDE UNA PERSPECTIVA JURISDICCIONAL

Sentencia núm.592/2014, de 4 de noviembre, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2014\5878).

Sentencia núm.596/2016, de 5 de octubre, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (CENDOJ 28079110012016100572).

Sentencia núm.598/2010, de 10 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª (AC\2011\209).

Sentencia núm.608/2016, de 7 de octubre, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2016\4761).

Sentencia núm.614/2011, de 17 de noviembre, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2012\3368).

Sentencia núm.629/2012, de 5 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5ª (JUR 2013\116301).

Sentencia núm.64/2012, de 21 de febrero, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª (JUR 2014\96240).

Sentencia núm.650/2013, de 6 de noviembre, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2013\7863).

Sentencia núm.652/2016, de 4 de noviembre, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2016\5101).

Sentencia núm.654/2013, de 7 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4ª (AC 2013\2392).

Sentencia núm.657/2017, de 1 de diciembre, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (CENDOJ 28079110012017100621).

Sentencia núm.660/2016, de 10 de noviembre, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2016\5408).

Sentencia núm.668/2017, de 14 de diciembre, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (CENDOJ 28079119912017100037).

Sentencia núm.669/2012, de 14 de noviembre, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2013\1614).

Sentencia núm.67/2008, de 21 de febrero, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª (JUR 2008\318271).

Sentencia núm.672/2017, de 15 de diciembre, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (CENDOJ 28079110012017100630).

Sentencia núm.68/2013, de 11 de marzo, de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 1ª (JUR 2013\166448).

Sentencia núm.7/2012, de 17 de enero, de la Audiencia Provincial de Ávila, Sección 1ª (JUR 2012\41887).

Sentencia núm.703/2015, de 21 de diciembre, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2016\75).

Sentencia núm.708/2015, de 21 de diciembre, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2015\5566).

Sentencia núm.720/2012, de 4 de diciembre, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2013\912).

Sentencia núm.724/2007, de 26 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5ª (JUR 2008\139374).

Sentencia núm.72/2013, de 27 de febrero, de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 3ª (JUR 2013\125697).

Sentencia núm.73/2013, de 14 de junio, del Juzgado de Primera Instancia núm.4 de Jaén (AC 2013\1635).

Sentencia núm.73/2013, de 18 de febrero, de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4ª (JUR 2013\137520).

Sentencia núm.735/2013, de 27 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4ª (JUR 2014\149714).

Sentencia núm.770/2014, de 12 de enero, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2015\437).

Sentencia núm.772/2014, de 12 de enero de 2015, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (JUR 2015\55242).

Sentencia núm.773/2007, de 24 de septiembre, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11ª (JUR 2007\353984).

FUENTES DE LA INVESTIGACIÓN.

Sentencia núm.791/2004, de 2 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 1ª (AC 2005\38).
Sentencia núm.819/2015, de 22 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6ª (JUR 2016\181584).
Sentencia núm.82/2016, de 28 de abril, del Tribunal Constitucional en Pleno (RTC 2016\82).
Sentencia núm.83/2015, de 21 de enero, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 2ª (JUR 2015\70665).
Sentencia núm.84/2013, de 26 de febrero, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª (JUR 2013\194502).
Sentencia núm.96/2009, de 20 de marzo, de la Audiencia Provincial de La Rioja, Sección 1ª (AC 2009\763).
Sentencia núm.96/2011, de 11 de marzo, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Alicante (AC 2011\1011).
Sentencia núm.96/2012, de 8 de marzo, de la Audiencia Provincial de Lleida, Sección 2ª (JUR 2012\158496).
Sentencia núm.97/2012, de 26 de marzo, de la Audiencia Provincial de La Rioja, Sección 1ª (JUR 2012\136500).

Capítulo Cuarto.

Auto de 7 de enero de 2016, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Segovia (JUR 2016\71460).
Auto de 11 de mayo de 2009, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Granada (2009\215005).
Auto de 13 de noviembre de 2014, del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Valencia (JUR 2015\82108).
Auto de 16 de junio de 2014, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Granada (AC 2014\472).
Auto de 19 de marzo de 2017, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (JUR 2017\82639).
Auto de 20 de junio de 2014, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Alicante (JUR 2014\223994).
Auto de 21 de diciembre de 2010, de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 1ª (AC 2011\77635).
Auto de 23 de febrero de 2017, de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 11ª (Tol 6137532).
Auto de 25 de enero de 2017, de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 4ª (Tol 5945784).
Auto de 26 de mayo de 2017, dictado por el Juzgado de lo Social nº 7 de Málaga (Autos de ejecución núm.94/2017).
Auto de 27 de octubre de 2014, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Alicante (JUR 2014\269539).
Auto de 28 de abril de 2015, del Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Madrid (JUR 2015\125099).
Auto de 28 de agosto de 2014, del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Barcelona (JUR 2014\234315).
Auto de 28 de julio de 2014, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Granada (JUR 2014\203638).
Auto de 29 de abril de 2016, del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Barcelona (JUR 2016\114804).
Auto de 8 de febrero de 2017, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (Tol 5962344).
Auto de 9 de febrero de 2016, del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid (JUR 2016\45530).
Auto de 9 de octubre de 2014, del Juzgado de lo Social nº 3 de Pamplona (JUR 2015\121823).
Auto de 23 d marzo de 2006, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Alicante (AC 2006\372).
Auto núm.102/2012, de 26 de julio, de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4ª (JUR 2012\319319).
Auto núm.127/2013, de 10 de abril, del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Barcelona (JUR 2013\186309).
Auto núm.13/2010, de 21 de enero, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª (JUR 2010\101708).
Auto núm.13/2012, de 20 de enero, de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5ª (AC 2012\1472).
Auto núm.133/2012, de 12 de julio, de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3ª (AC 2012\539).
Auto núm.140/2017, de 4 de abril, de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 6ª (JUR 2018\24039).
Auto núm.1591/2016, de 2 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª (JUR 2017\14086).
Auto núm.168/2013, de 17 de septiembre, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 1ª (JUR 2014\295650).
Auto núm.172/2014, de 26 de junio, de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1ª (JUR 2014\182997).
Auto núm.184/2017, de 15 de mayo, de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 11ª (Tol 6331624).
Auto núm.1857/2016, de 28 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª (JUR 2017\40724).
Auto núm.201/2017, de 27 de junio, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 14ª (JUR 2017\275966).
Auto núm.221/2014, de 9 de septiembre, del Tribunal Constitucional (Pleno) (RTC 2014\221).

LA INSOLVENCIA DE LA PERSONA FÍSICA:
SU TRATAMIENTO DESDE UNA PERSPECTIVA JURISDICCIONAL

Auto núm.239/2017, de 28 de junio, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 16ª (JUR 2017\276636).

Auto núm.249/2016, de 13 de octubre, de la Audiencia Provincial de Gerona, Sección 2ª (JUR 2017\35465).

Auto núm.255/2015, de 2 de julio, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Barcelona (JUR 2015\266908).

Auto núm.287/2017, de 2 de mayo, de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 2ª (AC 2017\997).

Auto núm.29/2018, de 7 de febrero, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 17ª (JUR 2018\84151).

Auto núm.292/2016, de 17 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 12ª (JUR 2016\27391).

Auto núm.318/2015, de 13 de mayo, de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª (JUR 2015\204551).

Auto núm.336/2015, de 9 de noviembre, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Castellón (Autos de concurso núm.336/2015-VII).

Auto núm.357/2017, de 30 de junio, de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 5ª (JUR 2018\11060).

Auto núm.360/2016, de 6 de abril, del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Sevilla (Autos de concurso núm.335/2016).

Auto núm.38/2004, de 14 de mayo, de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 2ª (JUR 2004\279518).

Auto núm.390/2017, de 26 de septiembre, de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 1ª (JUR 2017\302712).

Auto núm.397/2014, de 30 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 12ª (JUR 2015\83497).

Auto núm.42/2015, de 26 de febrero, de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3ª (JUR 2015\124935).

Auto núm.45/2015, de 3 de marzo, de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 6ª (TOL5010865).

Auto núm.466/2017, de 13 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 8ª (JUR 2018\38825).

Auto núm.468/2017, de 22 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 6ª (JUR 2018\61041).

Auto núm.49/2015, de 12 de febrero, del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid (JUR 2015\61324).

Auto núm.5/2018, de 17 de enero, de la Audiencia Provincial de Huesca, Sección 1ª (JUR 2018\68404).

Auto núm.52/2015, de 26 de junio, de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1ª (JUR 2015\190481).

Auto núm.548/2016, de 16 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 7ª (JUR 2017\112276).

Auto núm.629/2016, de 18 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 2ª (AC 2017\77).

Auto núm.63/2017, de 23 de febrero, de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 11ª (JUR 2017\132445).

Auto núm.68/2012, de 27 de abril, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª (JUR 2012\210851).

Auto núm.69/2017, de 21 de abril, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª (JUR 2017\178960).

Auto núm.702/2017, de 30 de mayo, de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª (JUR 2017\222795).

Auto núm.71/2018, de 31 de enero, de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª (JUR 2018\106260).

Auto núm.87/2016, de 6 de julio, de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 5ª (JUR 2016\211393).

Auto núm.9/2017, de 17 de enero, de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 1ª (JUR 2017\79029).

Auto núm.91/2017, de 12 de septiembre, de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 6ª (JUR 2017\272127).

Decreto de 20 de enero de 2014 del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid (Autos de concurso núm.924/2013).

Decreto de 24 de octubre de 2016, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 6 de Arganda del Rey (Autos de ejecución hipotecaria núm.592/2016).

Sentencia de 7 de diciembre de 2017 del TJUE (ECLI:EU:C:2017:945).

Sentencia de 10 de octubre de 2011, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo.

Sentencia de 14 de marzo de 2013 del TJUE, Sala 1ª (TJCE 2013\89).

Sentencia de 26 de enero de 2017 del TJUE, Sala 1ª (TJCE 2017\31).

Sentencia de 29 de julio de 2014, del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona (JUR 2014\234953).

FUENTES DE LA INVESTIGACIÓN.

Sentencia núm.40/2016, de 26 de febrero, del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Logroño (JUR 2016\230723).

Sentencia núm.103/2014, de 27 de marzo, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 14ª (JUR 2014\125421).

Sentencia núm.104/2009, de 11 de marzo, de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 4ª (JUR 2009\249681).

Sentencia núm.115/2012, de 13 de marzo, de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 8ª (JUR 2012\216899).

Sentencia núm.12/2017, de 7 de febrero, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Palencia (JUR 2017\86233).

Sentencia núm.138/2012, de 7 de mayo, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª (AC 2012\1296).

Sentencia núm.187/2018, de 5 de abril, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (VLEX-714224061).

Sentencia núm.376/2017, de 15 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Baleares, Sección 5ª (JUR 2018\32272).

Sentencia núm.192/2009, de 4 de junio, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª (JUR 2009\420668).

Sentencia núm.200/2016, de 28 de noviembre, del Tribunal Constitucional, publicada en el BOE de 9 de enero de 2017 (recurso de amparo núm.4960/2015).

Sentencia núm.231/2014, de 23 de octubre, de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 6ª (JUR 2015\54799).

Sentencia núm.241/2013, de 9 de mayo, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección Pleno (RJ 2013\3088).

Sentencia núm.251/2017, de 25 de abril, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (28079110012017100250).

Sentencia núm.295/2013, de 11 de julio, de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1ª (JUR 2013\301136).

Sentencia núm.297/2016, de 22 de septiembre, del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid (JUR 2016\273451).

Sentencia núm.302/2016, de 31 de marzo, del Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias, Sala de lo Social, Sección 1ª (JUR 2016\207090).

Sentencia núm.358/2012, de 10 de septiembre, de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4º (JUR 2012\323746).

Sentencia núm.389/2013, de 22 de octubre, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª (JUR 2013\1960).

Sentencia núm.402/1998, de 4 de mayo, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (RJ 1998\3464).

Sentencia núm.432/2018, de 11 de julio, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (CENDOJ 28079119912018100024).

Sentencia núm.483/2016, de 14 de julio, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2016\339).

Sentencia núm.705/2015, de 23 de diciembre, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2015\5714).

Sentencia núm.75/2016, de 29 de febrero, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 12ª (JUR 2016\115862).

Sentencia núm.791/2004, de 2 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 1ª (AC 2005\38).

Sentencia núm.799/2011, de 6 de febrero, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2012\3773).

Prensa.

“¿De verdad los jóvenes quieren ser emprendedores?”, (18 de mayo de 2016). Expansión. Recuperado de: [http://www.expansion.com/emprendedores-
empleo/emprendedores/2016/05/18/573cb01e22601de0048b46bc.html](http://www.expansion.com/emprendedores-empleo/emprendedores/2016/05/18/573cb01e22601de0048b46bc.html)

LA INSOLVENCIA DE LA PERSONA FÍSICA:
SU TRATAMIENTO DESDE UNA PERSPECTIVA JURISDICCIONAL

“¿Empresario o emprendedor?”, (6 de mayo de 2016). El Mundo. Recuperado de: <http://www.elmundo.es/economia/2016/05/06/572c7ead468aeb96418b462d.html>

“¿Hay riesgo de burbuja en la vivienda de alquiler?”, (21 de febrero de 2018). Expansión. Recuperado de: <http://www.expansion.com/economia/2018/02/21/5a8c8c78e5fdea061c8b4688.html>

“20D: Comparativa de propuestas electorales para los autónomos”, (17 de diciembre de 2015). Infoautónomos. Recuperado de: <http://infoautonomos.eleconomista.es/blog/20d-propuestas-electorales-autonomos/>

“El 95% de las empresas españolas que entran en concurso acaban en liquidación”, (22 de marzo de 2013). ABC. Recuperado de: <http://www.abc.es/economia/20130322/abci-concurso-acreedores-quebra-201303211837.html>

“El Gobierno amplía hasta 2020 la protección a los deudores hipotecarios afectados por la crisis”, (20 de marzo de 2017). Legal Today. Recuperado de: http://www.legaltoday.com/actualidad/noticias/el-gobierno-amplia-hasta-2020-la-proteccion-a-los-deudores-hipotecarios-afectados-por-la-crisis?utm_source=newsletter&utm_medium=email&utm_campaign=GZCM121

“El paro impulsa la desigualdad: tres millones de personas abandonan la clase media en España”, (6 de mayo de 2016). Expansión. Recuperado de: <http://www.expansion.com/economia/2016/05/06/572c6fa0ca474172528b4607.html>

“El suicidio de Amaia, la gota que ha colmado el vaso”, (9 de noviembre de 2012). El Mundo. Recuperado de: <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/11/09/espana/1352480020.html>

“Estadística de condenados 2011”. Instituto Nacional de Estadística”. Recuperado de: <http://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?path=/t18/p466/a2011/10/&file=01001.px>

“Estadística de condenados: Adultos”. Recuperado de: <http://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=25997&L=0>

“Estadística del Procedimiento Concursal. Datos trimestrales”. Recuperado de: <http://www.ine.es/dynt3/inebase/index.htm?padre=971&capsel=971>

“Estadística sobre Ejecuciones Hipotecarias”. Recuperado de: <http://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=7712>

“La administración concursal. Evolución de las designaciones”, (15 de julio de 2016). Expansión, p.29.

“La autopista en quiebra Ocaña-La Roda propone aplazar 43 años el pago de su deuda de 522 millones”, (13 de julio de 2015). Europa Press. Recuperado de: <http://www.europapress.es/economia/noticia-economia-empresas-autopista-quebra-ocana-roda-propone-aplazar-43-anos-pago-deuda-522-millones-20140713121434.html>

“Las Audiencias de Castellón y Madrid suspenden las ejecuciones hipotecarias hasta que la Justicia europea resuelva las dudas del TS”, (3 de marzo de 2017). Noticias Jurídicas. Recuperado de:

FUENTES DE LA INVESTIGACIÓN.

<http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/11715-las-audiencias-de-castellon-y-madrid-suspenden-las-ejecuciones-hipotecarias-hasta-que-la-justicia-europea-resuelva-las-dudas-del-ts/>

“Las ejecuciones hipotecarias descendieron en un 29,8% (de 20.201 a 14.175) en comparación del primer trimestre del año 2016 con el primer trimestre del año 2015”, (20 de junio de 2016). Expansión. Recuperado de: <http://www.expansion.com/juridico/actualidad-tendencias/2016/06/20/5767b28a46163fc3348b4581.html>.

“Las fechas decisivas en la crisis económica española”, (9 de agosto de 2012). El Mundo. Recuperado de: <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/06/09/economia/1339243054.html>

“Los hogares vuelven a endeudarse hasta las cejas: el crédito nuevo crece un 22%”, (22 de marzo de 2017). El Confidencial. Recuperado de: https://www-elconfidencial-com.cdn.ampproject.org/c/www.elconfidencial.com/amp/economia/2017-03-22/credito-hogares-vivienda-prestamos-banco-de-espana-tarjetas-de-credito-bbva-research-deuda-notarios_1352228/

“Rajoy promete *alfombra roja* a los emprendedores”, (12 de noviembre de 2011). Partido Popular. Recuperado de: <http://www.pp.es/actualidad-noticia/rajoy-promete-alfombra-roja-emprendedores>

“Retrato de las PYME 2015”. Subdirección General de Apoyo a la PYME. Recuperado de: http://www.ipyme.org/publicaciones/retrato_pyme_2015.pdf

“Sí a facilitar el trabajo de autónomos, emprendedores y pymes”. Programa del PSOE para las elecciones españolas del 20 de noviembre de 2011. Recuperado de: <http://www.psoe.es/media-content/2016/06/Documento.-S%C3%8D-a-facilitar-el-trabajo-de-AUT%C3%93NOMOS-EMPRENEDORES-Y-PYMES1.pdf>