



TESIS DOCTORAL

2015

**EL INCIDENTE CONCURSAL:
NECESIDAD E IDONEIDAD,
SOLUCIÓN O PROBLEMA**

AUTOR:

EDUARDO GÓMEZ SOLER

LICENCIADO EN DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL

FACULTAD DE DERECHO.

UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA

DIRECTOR:

D. MANUEL DÍAZ MARTÍNEZ

DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL

FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA

TÍTULO:

“EL incidente concursal: necesidad e idoneidad, solución o problema”

AUTOR:

EDUARDO GÓMEZ SOLER

LICENCIADO EN DERECHO

DIRECTOR:

DON MANUEL DÍAZ MARTÍNEZ

A mis padres, a Inma y a nuestras hijas, que lo son todo

ÍNDICE

ÍNDICE	I
ABREVIATURAS	VII
INTRODUCCIÓN	1
1. Presentación y objetivos	1
2. Estructura y metodología	3
CAPÍTULO I. EL MARCO DEL INCIDENTE CONCURSAL. EL DERECHO DE INSOLVENCIAS	7
1. Aproximación al Derecho concursal	7
2. El nuevo Derecho español sobre insolvencias. La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal	12
A) Planteamiento	12
B) Notas características	15
C) Principios generales informadores de la Ley	20
a) Principio de unidad	20
a') Unidad legal	20
b') Unidad de disciplina	21
c') Unidad de sistema (procedimiento)	22
b) Principio de comunidad de pérdidas	22
c) Principio de simplificación de la estructura orgánica del concurso	23
a') El Juez del concurso	24
b') La Administración concursal	29
d) Principio de atenuación de los efectos del concurso	35
3. El procedimiento concursal	37
A) Principios generales del procedimiento concursal	40
a) Impulso procesal de oficio	40
b) Comparecencia y representación	41
c) Extensión de las facultades del Juez del concurso	42
d) Carácter no suspensivo de determinadas instituciones procesales	43
e) El procedimiento abreviado	44
CAPÍTULO II. EL INCIDENTE CONCURSAL. UN PROCESO EN CONSTANTE EVOLUCIÓN	
1. Nacimiento del nuevo «incidente concursal»	47
A) El incidente concursal en la Ley 22/2003, de 9 de julio	49
B) Antecedentes	49
C) Debate doctrinal acerca del modelo legal finalmente escogido	54
D) Juicio crítico	58
2. 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	61
A) La vista como trámite ineludible del originario incidente concursal	66
B) El cambio de planteamiento	69
C) Problemas derivados de la defectuosa redacción del art. 194.4 LC	70
a) Las dos modalidades de procedimiento establecido para el incidente concursal	71
b) La solicitud de celebración de vista	74
c) El requisito cumulativo de la solicitud de vista y la declaración de pertinencia de los medios de prueba propuestos	77
d) El régimen transitorio	80
e) Juicio crítico	81
3. La Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial	83

A) Incidencia de la reforma en el esquema procesal preexistente	84
B) Juicio crítico	87
4. La Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal	87
A) Problemas derivados de la nueva redacción del art. 194.4 LC	91
B) Juicio crítico	93
5. La Ley 14/2013, de 27 septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.	94
6. La Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial	96
7. 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.....	97
8. La Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil	99

CAPÍTULO III. CONCEPTO. NATURALEZA JURÍDICA. CARACTERES. PRINCIPIOS INFORMADORES

1. Concepto.....	101
2. Naturaleza jurídica	106
3. Caracteres	110
A) La jurisdiccionalidad.....	111
B) Es un procedimiento de declaración típico del Juez del concurso	111
C) Es un procedimiento especial.....	112
D) Es un procedimiento plenario	113
E) Es un procedimiento integrador	114
F) El incidente concursal está dotado de una regulación propia	114
G) No tiene carácter suspensivo	115
H) El incidente concursal es un procedimiento de doble instancia	121
4. Principios informadores.....	122
A) Principio de flexibilidad	122
B) Principio de celeridad.....	123

CAPÍTULO IV. ÁMBITO DE APLICACIÓN

1. Contenido del incidente concursal	125
2. Delimitación positiva	129
A) Cuestiones incidentales	129
a) Cuestiones en las que existe una remisión expresa en la Ley al incidente concursal	130
a') La recusación de los administradores concursales, una vez nombrados	131
b') La anulación de los actos del deudor que infrinjan las limitaciones de administración y disposición establecidas en el auto de declaración de concurso	136
c') Incidente sobre procedencia de la compensación de créditos y deudas del concursado (art. 58 LC)	143
d') Incidente sobre discrepancia en materia de resolución de contratos en interés del concurso (art. 61.2 LC).....	144
e') La resolución de contratos por incumplimiento (art. 62.2 LC)	146
f') El incidente de la rescisoria concursal y demás acciones de impugnación de actos del deudor (art. 72.4 LC)	149
a'') Legitimación activa.....	160
b'') La legitimación subsidiaria de los acreedores	167
c'') Legitimación pasiva	177
d'') Los coadyuvantes	187
e'') Procedimiento	197
f'') Recurso	201
g') Cuentas indistintas	202
h') Derecho de separación	203

i') Las acciones relativas a la calificación o pago de créditos contra la masa (art. 84.4 LC)	205
j') Las cuestiones que se susciten en materia de reconocimiento de créditos (art. 86.1 II LC)	208
k') Las impugnaciones del inventario y de la lista de acreedores (art. 96.4 LC), en principio de tramitación separada pero acumulables de oficio	209
l') Las modificaciones posteriores	212
m') La oposición a la aprobación judicial del convenio	214
n') La acción de declaración judicial de incumplimiento del convenio (art. 140.2 LC)	217
ñ') La oposición a la calificación del concurso como culpable (art. 171 LC)	217
a'') La legitimación de los acreedores e interesados	218
b'') Plazo para la presentación del informe de calificación de la Administración concursal	225
c'') La iniciación del incidente de calificación	227
d'') La cuestión relativa a la aportación a la Sección sexta de los documentos obrantes en el procedimiento concursal	228
e'') La posibilidad de integrar la causa petendi del informe de culpabilidad y el tratamiento procesal de los efectos legales de la calificación culpable	230
o') La oposición a la conclusión del procedimiento (arts. 176.2 y 176.bis.3.III LC)	232
p') La impugnación de la actualización del inventario y de la lista de acreedores en supuestos de reapertura del concurso (art. 180.2 LC)	233
q') La oposición a la aprobación de las cuentas rendidas por la administración concursal (art. 181.3 LC)	233
r') La impugnación del acuerdo extrajudicial de pagos (art. 239.1 y 3 LC)	235
s') La impugnación del acuerdo de refinanciación homologado judicialmente (disposición adicional cuarta LC)	237
b) Cuestiones en las que nada se dice o bien resulta dudoso si existe o no un procedimiento especial	238
a') Incidentes de carácter procesal en los que es dudosa la aplicación de las normas del incidente concursal	239
b') Incidentes en los que no opera la remisión a las normas del incidente concursal	240
c') Incidentes en los que es decididamente dudosa la aplicación del incidente concursal	240
B) Cuestiones prejudiciales	243
C) El ejercicio de nuevas acciones individuales	246
a) Inadmisión de nuevas demandas	248
b) Nuevos juicios declarativos (art. 50.1 LC)	250
a') Acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado (art. 8.1º LC)	251
b') Acciones ejercitadas contra el concursado y otras personas extrañas al concurso	254
c') Acciones que los trabajadores ejerciten contra el auto resolutorio del expediente de modificación, suspensión o extinción colectiva de los contratos de trabajo en cuestiones que se refieran estrictamente a la relación jurídica individual (art. 8.2º y 64.8 II LC)	257
3. Delimitación negativa del contenido del incidente concursal	258
A) Acciones para las que la Ley establezca una tramitación diferente	258
B) Cuestiones que no tienen señalada en la Ley otra tramitación	260
C) Acciones que la Ley Concursal prohíbe expresamente que sean resueltas por el incidente concursal	260
D) Cuestiones que, aun no teniendo señalada otra tramitación especial, considere el Juez que no son pertinentes o no tienen entidad necesaria para ello	261
E) Juicios declarativos pendientes	262

CAPÍTULO V. LAS PARTES EN EL INCIDENTE CONCURSAL	265
1. Las partes procesales	265
A) Concepto y clases	265
B) Pluralidad de partes	268
2. La postulación en la Ley Concursal	270
3. La regulación de las partes procesales del incidente concursal	273
A) Demandante, o parte actora, como parte principal	277
B) La demandada como parte principal	279
C) La intervención de terceros	283
D) La acumulación de demandas con pluralidad de partes	287
CAPÍTULO VI. TRAMITACIÓN DEL INCIDENTE CONCURSAL	
1. Planteamiento	291
2. Demanda	293
A) Contenido de la demanda incidental	295
B) Documentos y copias	297
C) Tutela cautelar	299
D) Proposición de prueba	300
3. Admisión a trámite	301
A) Forma de la resolución	301
B) Trámite de inadmisión	303
a) Impertinencia de la cuestión	305
b) Falta de entidad necesaria de la cuestión planteada	307
C) Emplazamiento	309
4. Contestación a la demanda	310
5. El trámite de la vista	315
A) Planteamiento y resolución de cuestiones procesales	315
B) Requisitos necesarios para la válida celebración de la vista	318
a) Que exista contestación a la demanda	320
b) Que exista discusión sobre los hechos, que han de ser relevantes a juicio del juez	322
c) Que se proponga prueba en los escritos de alegaciones, que no sea documental (no impugnada), ni pericial sin ratificación, previa la declaración de su pertinencia y utilidad, y sean admitidas	323
C) La celebración de la vista	335
a) Inasistencia de las partes a la vista	336
b) Desarrollo de la vista	338
a') El problema del doble trámite de proposición y admisión de prueba	339
b') La práctica de la prueba	340
c') El trámite de conclusiones	340
d') Las diligencias finales en el incidente concursal	350
CAPÍTULO VII. LA SENTENCIA	355
1. Cosa juzgada	356
2. Costas	358
A) Imposición	358
B) Exacción	360
CAPÍTULO VIII. SISTEMA DE RECURSOS	
1. Consideraciones generales	365
2. El sistema de recursos en la Ley Concursal	366
3. La impugnación de la sentencia incidental. La apelación diferida.....	370
A) La apelación diferida en la redacción originaria de la LC	370
B) El Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo	374
C) La Ley 13/2009, de 3 de noviembre	376
D) La Ley 4/2010, de 10 de marzo	377
E) La Ley 38/2011, de 10 de octubre	378
F) El recurso de apelación diferida frente a sentencias incidentales	382
a) La controvertida exigencia de gravamen	382

b) Liquidación concursal durante la fase común y apelación más próxima	383
c) La salvaguarda del derecho al recurso y el régimen de notificaciones en el concurso	384
G) La sustanciación del recurso de apelación diferida	386
4. La impugnación de la sentencia incidental. La apelación directa	387
A) Resoluciones susceptibles del recurso de apelación directo	388
B) Sustanciación del recurso	389
C) Normas propias de sustanciación	390
a) Carácter preferente de la tramitación	391
b) La suspensión de las actuaciones afectadas por el recurso	392
5. Los recursos extraordinarios	394
A) Resoluciones recurribles	395
B) Requisitos de admisibilidad del recurso de casación	397
C) Requisitos de admisibilidad del recurso extraordinario por infracción procesal	398
D) Sustanciación del recurso	399
CAPÍTULO IX. INCIDENTE CONCURSAL EN MATERIA LABORAL	
1. Introducción	401
2. Ámbito de aplicación	403
3. La tramitación. Especialidades en relación con el incidente concursal común	404
A) Plazo de interposición de la demanda	405
B) La demanda	406
C) La vista o juicio	407
D) La sentencia	408
4. Los recursos	409
A) El recurso de suplicación	409
B) Tramitación del recurso de suplicación	410
C) El recurso de casación	411
CONCLUSIONES	413
BIBLIOGRAFÍA	423

ABREVIATURAS

Ad.	Adicional
AC	Administración concursal
AAP/AAAP	Auto/Autos Audiencia Provincial
AAVV	Autores varios
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
CE	Constitución Española de 1978
Cc	Código civil
CCom	Código de comercio
Coord.	Coordinador/Coordinadores
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
Dir.	Director
Dirs.	Directores
Disp.	Disposición
EOMF	Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal
LC	Ley Concursal
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LH	Ley Hipotecaria
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LORC	Ley Orgánica para la Reforma Concursal
LRJS	Ley Reguladora de la Jurisdicción Social
Op. cit.	Obra anteriormente citada
Pg.	Página
Pgs.	Páginas
RCE	Reglamento de la Comunidad Europea
RDL	Real Decreto-Ley
REFor	Registro de Economistas Forenses
SAP/SSAP	Sentencia/Sentencias Audiencia Provincial
STC/SSTC	Sentencia/Sentencias Tribunal Constitucional
STS/SSTS	Sentencia/Sentencias Tribunal Supremo
Ss	Siguientes
TJCE	Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
Trans.	Transitoria

INTRODUCCIÓN

1. Presentación y objetivos

Hablar de un proceso obliga a dar respuesta a las preguntas que, según se advierte por la doctrina más autorizada, resultan imprescindibles para abordar su estudio, relativas a cuál es su naturaleza jurídica, qué estructura tiene y para qué sirve¹. Como nueva modalidad procesal, el incidente concursal ofrece gran variedad de temas de estudio.

Nos enfrentamos al proceso que ha escogido el legislador concursal para la sustanciación de cuestiones de toda índole (no sólo específicamente concursales) que se plantean durante el procedimiento de concurso de acreedores, así como durante la sustanciación del acuerdo extrajudicial de pagos y la homologación del acuerdo de refinanciación, y que no tienen señalada otra tramitación especial.

El estudio del incidente concursal nos obliga a examinar con detenimiento el Capítulo III del Título VIII de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que se titula, precisamente, “Del incidente concursal”. Además, el incidente aparece, de modo recurrente, a lo largo del articulado de la Ley, lo que exigirá revisar el conjunto de la misma y las relaciones con otras normas del ordenamiento jurídico.

La Tesis que se presenta trata de poner de manifiesto y demostrar que el incidente concursal no es sólo un nuevo procedimiento configurado para dirimir y solucionar controversias en vía jurisdiccional, sino un verdadero proceso, dotado de sustantividad propia aunque enmarcado dentro de un cauce procesal más amplio, el proceso concursal, diseñado para el tratamiento jurídico de la insolvencia del deudor común.

La investigación pretendía, inicialmente, determinar si esta nueva herramienta legal es medio, necesario e idóneo, para dar respuesta procesal a toda la variedad de conflictos que pueden sustanciarse durante la tramitación del procedimiento concursal, o, por el contrario, es poco operativo, innecesario, inadecuado y fuente de problemas en

¹ GIMENO, V. *Fundamentos del Derecho Procesal*, Madrid (Civitas, S.A.), 1981 (pg. 153). Cita a otros autores que siguen la misma metodología: ALCALÁ-ZAMORA, *Proceso, autocomposición y autodefensa* (pgs. 104-105); COUTURE, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* (pg. 58); FAIREN, “Ideas para una teoría general del Derecho Procesal”, en *Temas de Derecho Actual* (pg. 289); MONTERO, *Introducción al Derecho Procesal* (pgs. 177-178).

relación con el fin expresado, a causa de una regulación susceptible de depuración y mejora.

El hecho de que pudiera considerarse el incidente concursal como un proceso necesario, dotado de sustantividad propia y, por tanto, diferenciado del resto de los procesos civiles, conocidos y regulados en la LEC, idóneo para la solución de los conflictos planteados en su propio ámbito (el proceso concursal, el acuerdo extrajudicial de pagos y la homologación del acuerdo de refinanciación), permitiría calificarlo como un auténtico proceso.

La entrada en vigor de las sucesivas reformas legislativas llevadas a cabo sobre el texto de la Ley Concursal, aunque no específicamente orientadas a modificar totalmente la regulación relativa al incidente concursal, sí que han introducido cambios, más o menos puntuales, en el texto de los preceptos que se ocupan del mismo, lo que nos obliga a ampliar el planteamiento inicial comprendiendo dentro del análisis, también, el estudio de la influencia que las reformas operadas en la Ley han proyectado sobre el incidente concursal, a fin de poder determinar si la nueva regulación mejora o empeora el diseño inicial, si ha sabido, o no, adaptar la norma a las exigencias y necesidades puestas de manifiesto por los operadores jurídicos durante los años en que aquélla se viene aplicando. En este sentido, el momento histórico en el que nos encontramos nos permite abordar el estudio de la materia tras la primera gran reforma operada en la Ley Concursal 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 (B.O.E. número 78, de 31 de marzo), así como la más importante llevada a cabo por la ya citada Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, sin olvidar las modificaciones introducidas por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial que se hacen patentes en la redacción de los preceptos específicamente reguladores del incidente concursal.

Y todo ello, a los efectos planteados en esta tesis. Razón por la cual se acomete el estudio del incidente concursal tal y como ha quedado configurado tras las últimas reformas de la LC, sin olvidar en ningún momento su diseño inicial.

2. Estructura y metodología

El presente trabajo arranca con la exposición de una breve sinopsis del Derecho de insolvencias español tras la profunda reforma operada en el mismo por la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Se completa esta primera parte de la exposición con la referencia a los principios generales del sistema y al derecho transitorio de aplicación.

Se ha considerado la oportunidad de ofrecer, al menos, una somera pincelada acerca del Derecho concursal, en cuanto que integrador del Derecho regulador de las situaciones de insolvencia que pueden aquejar a las personas naturales y jurídicas, empresarios y no empresarios, en el desarrollo de las actividades profesionales o empresariales a las que se dedican, y, fundamentalmente, por ser el marco en el que se desarrolla el concurso de acreedores, dentro del cual ha aparecido el incidente concursal como mecanismo específicamente diseñado para la solución de los conflictos que pueden manifestarse en el desarrollo de aquél. Se ha estimado que un breve estudio del Derecho concursal, así como del procedimiento concursal por el que aquél se desenvuelve, con una breve exposición de su nueva configuración legal, sus notas características y principios informadores, podría contribuir a una mejor comprensión del incidente que es el verdadero objeto de análisis en el presente trabajo.

Del mismo modo, para alcanzar las conclusiones que habrían de culminar el presente trabajo, resulta necesario llevar a cabo un estudio pormenorizado de la propia institución del incidente concursal, no sólo mediante el análisis de los preceptos que, específicamente, se ocupan del mismo en el Capítulo III del Título VIII de la Ley Concursal, sino, también, revisando todos y cada uno de los artículos que, dispersos por el texto de la Ley, regulan aspectos concretos de la variada colección de supuestos en los que se prevé la aplicación del incidente concursal. Su regulación se ha revelado en algunas materias, profusa y amplia, rica en matices, mientras que en otras, demasiado escasa y manifiestamente imprecisa. Este contraste ha provocado no pocos problemas interpretativos y de aplicación, cuya apreciación ha sido posible al abordar un examen en profundidad de la materia.

La entrada en vigor de la Ley Concursal exigió la puesta en funcionamiento de los Juzgados de lo Mercantil, encargados de interpretar la norma y, en consecuencia, tramitar y resolver el *incidente concursal*. Su creación fue posible gracias a la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la reforma concursal, por la que se modificó la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Se dedicará un epígrafe al estudio de estos nuevos órganos jurisdiccionales, la necesidad de su

creación (acierto o desacierto), régimen jurídico, su especialización y el ámbito de sus competencias (objetiva, territorial y funcional).

El estudio de la naturaleza jurídica del *incidente concursal*, sus caracteres y principios informadores nos adentrará en el desarrollo de la materia propia de este trabajo, y habría de permitirnos ofrecer (sin mayores pretensiones) nuestra propia noción del *incidente*, un intento de aproximación dogmática al mismo.

Por su decisiva trascendencia, se llevará a cabo un exhaustivo análisis del ámbito de aplicación del *incidente*, mediante la exposición de una doble delimitación positiva y negativa, en la que se prestará atención a todas aquellas cuestiones cuya resolución pasa por los trámites del incidente y, en especial, a algunas de ellas como la reintegración concursal, la calificación o los supuestos de ejercicio de nuevas acciones individuales en su seno.

Destacamos el estudio de las partes en el *incidente concursal*, materia procesal de carácter novedoso, especialmente en relación con la diferenciación propuesta en la Ley entre las partes iniciales y otras sobrevenidas, así como los supuestos de pluralidad de partes.

El análisis de la estructura del *incidente* exigirá el seguimiento de su tramitación, de inicio a fin, lo que nos descubrirá una suerte de nuevo proceso, formado por combinación de los dos procesos declarativos ordinarios existentes en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, de los que toma elementos para integrarlos en su tramitación y desarrollo.

Tras el estudio del novedoso sistema de recursos implantado, con especial atención al problema de la "apelación diferida", aparentemente resuelta tras la entrada en vigor de la reforma operada en la LC por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, y su incardinación en el desarrollo de las distintas fases del procedimiento concursal propiamente dicho, la exposición culminará con un breve análisis del incidente concursal en materia laboral.

Sistemáticamente, se realizará un estudio de las propuestas doctrinales que se han formulado sobre los distintos problemas analizados, tratando de ofrecer una visión amplia de cada uno de ellos. El poco tiempo de aplicación de algunos aspectos novedosos de la Ley, introducidos por las sucesivas reformas operadas en la misma (en especial, por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal, así como la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal) tiene su reflejo en la diversidad que caracteriza las resoluciones de nuestros Tribunales (las Audiencias Provinciales van

pronunciándose sobre los recursos interpuestos en el nuevo proceso concursal, aunque todavía sin la frecuencia necesaria para formar criterios estables en todos los foros; el Tribunal Supremo va asentando doctrina al ritmo de sus resoluciones sobre la materia, marcado por el reparto de los recursos que superan los criterios de acceso). Ello no obstante, se completará la investigación con la exposición de una selección de las resoluciones judiciales dictadas por los Juzgados de lo Mercantil y las Secciones especializadas de las Audiencias Provinciales, sin perder de vista la doctrina del Alto Tribunal cuando el ámbito de las cuestiones planteadas así lo permita.

La formulación de las conclusiones pasa por la expresión de opinión acerca de las dos grandes cuestiones planteadas a lo largo de toda la exposición: por una parte, la necesidad de la creación de este nuevo procedimiento en el ámbito en que se desarrolla; por otra parte, la idoneidad del modelo escogido por la Ley. Sólo entonces podrá dilucidarse si esta nueva herramienta procesal es solución o problema.

CAPÍTULO I. EL MARCO DEL INCIDENTE CONCURSAL. EL DERECHO DE INSOLVENCIAS

1. Aproximación al Derecho Concursal

El estudio del incidente concursal exige una inevitable referencia al marco jurídico en el que se desenvuelve. Eludiremos la cuestión relativa a la consideración del Derecho Concursal como una disciplina jurídica autónoma por ser obvio que el ámbito de esa materia excede con creces los límites del presente trabajo. En cualquier caso, baste señalar que la aprobación y posterior entrada en vigor de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, parece superar los planteamientos que sustentaban dicha polémica, tal y como sostiene algún autor². La referencia ha de ser breve, pues la tesis se circunscribe al estudio del incidente concursal.

En el desarrollo de la actividad mercantil, así como en su actividad diaria, el empresario y la persona natural, pueden verse enfrentados, por muy diversas razones, a situaciones de *crisis* que producen como efecto el incumplimiento de las obligaciones adquiridas en su tráfico. Cuando la obligación desatendida afecta a un único agente, o se manifiesta de forma puntual en el ejercicio continuado de la actividad, es el Derecho común el que da solución al problema a través de la ejecución individual del patrimonio del deudor, sujeta a *principios de prioridad temporal en la traba*.

Sin embargo, las medidas aisladas o individuales orientadas al cumplimiento forzoso, emprendidas a un tiempo por una pluralidad de acreedores, a menudo desorganizan el patrimonio del deudor, afectando sensiblemente a su capacidad productiva, por lo que se revelan inútiles en supuestos de crisis generalizada del deudor, cuando éste no puede atender sus obligaciones de modo global.

En aquellos casos en que la crisis del deudor no se limita a influir sobre los intereses de éste y los de sus acreedores, sino que puede repercutir sobre un sector de la Economía, o sobre ámbitos más extensos, habida cuenta de las estrechas relaciones que se entretienen en el conjunto de la actividad económica, el Derecho común únicamente

² APARICIO GONZÁLEZ, M^a. L. "De la quiebra al concurso". *Revista ICADE*. Número 61 "El nuevo Derecho Concursal", enero-abril 2004, pgs. 13 y ss. *In extenso*, OLIVENCIA, M. "Los principios de la reforma concursal". *Revista Jurídica de Cataluña*. Número 4, 2004, pgs. 975-988. El autor analiza el sentido de la reforma concursal operada por Ley 22/2003 y expresa la posibilidad de que se construya un específico *sistema concursal* basado en principios propios.

será instrumento hábil para el acreedor que sea más rápido, que esté mejor informado y mejor preparado para acometer el quebranto provocado por su deudor. Pero en la medida que el éxito de este diligente acreedor individual puede suponer el fracaso en la satisfacción del resto del colectivo agraviado, el Derecho común y la ejecución individual se revelan inútiles al fin mayor de dar solución a la insolvencia del deudor.

Tales situaciones exigen acudir a procedimientos *colectivos*, que tutelen los intereses de todos los afectados. Dentro del Derecho patrimonial se desarrolla el Derecho concursal para regular los mecanismos de aseguramiento en las relaciones económicas, tratar de redistribuir el coste social de las insolvencias y proteger los intereses públicos y privados del crédito³. El Derecho concursal regula esos procedimientos colectivos con sujeción a los *principios de comunidad de pérdidas y tratamiento igualitario (par conditio creditorum)*, pudiendo afirmarse que lleva a cabo la tutela del crédito superando la posición de ventaja de aquellos acreedores mejor preparados e informados (profesionales, familiares, amigos y socios del propio deudor), encontrando su razón última en exigencias de *justicia*.

Aunque su origen se remonta al Derecho romano y se encuentra en instituciones jurídicas (acciones de la Ley o *legis actiones*, de carácter ejecutivo) claramente enmarcadas en el ámbito jurídico-privado (evolucionando desde la ejecución sobre la persona del deudor a la ejecución sobre su patrimonio) con rasgos propios de la venganza privada⁴, el actual Derecho concursal presenta un aspecto jurídico-

³ PRENDES, P.; ALVARGONZÁLEZ, A; GÓMEZ MARTÍN, F. (PRENDES, P., dir). *Guía Práctica Concursal*. Cizur Menor (Aranzadi, S.A.), Segunda edición, 2008. Pg. 52.

⁴ Las primeras formas jurídicas ordenadoras de la defensa privada frente a la insolvencia del deudor se localizan en el Derecho romano, en la Ley de las XII Tablas (*lex duodecim tabularum* o *ley decemviral*), conteniéndose las normas procesales en las tres primeras. Se trataba de fórmulas sacramentales, rígidas en la forma a la que las partes debían acomodarse pues la más mínima infracción de las formalidades prescritas conllevaba la pérdida del litigio y la caducidad de los derechos. No obstante, en los detalles, se puede ver que el legislador llevó a cabo una labor de modernización, ya que, en el derecho de ejecución, a pesar de toda su dureza, propia de una época primitiva, se observa el deseo, torpemente llevado a la práctica, de encerrar dentro de límites definidos la arbitrariedad del acreedor. La *legis actio per manus iniectioem* (también conocida como *manus iniectio*, introducida por la Ley Poetilia Papiria, 326 a.C.) representaba un procedimiento de ejecución personal que permitía al acreedor la aprehensión material de su deudor, para hacerlo su esclavo o, incluso, darle muerte. La *legis actio per pignoris capionem* (o *pignoris capio*) era una forma de aprehensión sobre los bienes del deudor (no sobre su persona), el cual no podía recobrar la cosa dada en prenda si no satisfacía plenamente a su acreedor; éste podía retenerlos o destruirlos, como medio de constreñir al deudor al pago de la deuda, pero no tenía facultad para vender esos bienes y satisfacer el crédito con su producto. El derecho pretorio introdujo (aún sin abandonar la ejecución personal) la *bonorum venditio*, (también *missio in bona*) modo de ejecución sobre la totalidad del patrimonio del deudor que ya guardaba evidentes semejanzas con las más recientes leyes sobre concursos y quiebras; los bienes se adjudicaban en masa al mejor postor (*bonorum emptor*), el cual subrogándose en los derechos y obligaciones del deudor pagaba proporcionalmente a los acreedores que habían tomado parte en el concurso, cuando no había

bienes suficientes para satisfacer todas las deudas íntegramente. El beneficio de la cesión de bienes (*cessio bonorum*) fue introducido por una Ley Julia y permitía al deudor que no hubiese incurrido en culpa evitar la infamia aparejada a la *bonorum venditio* y conservar lo estrictamente necesario para su subsistencia. La venta en bloque del patrimonio corría a cargo de un *magister*, en pública subasta, el cual repartía entre los acreedores el precio obtenido, a prorrata de sus créditos (para lograr la venta de esos bienes siempre era necesaria la *missio in bona*). El deudor seguía respondiendo por la parte no satisfecha de las deudas, pero se le permitía retener un mínimo indispensable para su sustento y pactar con sus acreedores una limitación de su crédito hasta donde alcanzasen sus créditos [MENÉNDEZ, A. y ROJO, A. (directores). *Lecciones de Derecho Mercantil*, volumen II, décima edición. Cizur Menor, Navarra (Aranzadi, S.A.), 2012 (pg. 405); PRENDES CARRIL, P. (dir.); ALVARGONZÁLEZ TREMOLS, A.; GÓMEZ MARTÍN, F. *Guía Práctica Concursal*, segunda edición. Cizur Menor (Aranzadi, S.A.), 2008 (pg. 32)]. Posteriormente, en tiempos de Diocleciano, la *bonorum distractio* hizo posible la venta al detalle de los bienes del deudor para distribuir el precio recibido entre los acreedores. [SERAFINI, F. *Instituciones de Derecho romano*. Novena edición. Madrid (Espasa Calpe, S.A.), 1927 (pgs. 286 a 290 y 321 a 323); KUNKEL, W. y JÖRS, P. *Derecho privado romano*. Editorial Labor, S.A. Barcelona, 1937 (pg. 6); MACKENZIE. *Estudios de Derecho Romano*. Tercera Edición. Madrid (Francisco Góngora), 1876 (pgs. 362 y 363); RUBEN DE COUDER, M. *Compendio de lecciones escritas de Derecho romano*. Quinta edición. Madrid (Imprenta de la Revista de Legislación), 1883 (pgs. 604 y ss). URÍA, R.; MENÉNDEZ, A. *Curso de Derecho mercantil. Tomo II*. Madrid (Civitas Ediciones, S.L.), 2001 (pg. 898); AVILÉS CUCURELLA, G. y POU DE AVILÉS, J. M^a. *Derecho Mercantil*. Segunda edición. Barcelona (José María Bosch), 1953 (pgs. 577 y 578); ROMERO SANZ DE MADRID, C. *Derecho Concursal*. Cizur Menor, Navarra (Aranzadi, S.A.), 2005, (pgs. 32 y ss); BONFANTE, P. *Instituciones de Derecho Romano*. VIII Edición. Madrid (Reus, S.A.), 1929 (pgs. 122 y ss)].

La quita se inicia como un beneficio concedido al heredero antes de aceptar la herencia para llegar a un acuerdo con los acreedores mediante una remisión parcial que aquéllos hacían de sus créditos. Más tarde, un rescripto de Marco Aurelio establece que los acreedores puedan reunirse, y si la mayor parte acuerda la quita, el Pretor debe decidir que la quita se cumpla por todos (AVILÉS CUCURELLA, G. *Derecho Mercantil*. Segunda edición. Op. cit., pg. 578).

El Derecho Justiniano permite la reunión de los acreedores, pero limitando el acuerdo a la concesión de un plazo para el total cumplimiento de las obligaciones, surgiendo la figura jurídica de las «moratorias», que es una «espera» concedida en ciertas circunstancias al deudor común de buena fe para, con una pequeña dilación, poder hacer frente a las obligaciones contraídas [MENÉNDEZ, A. y ROJO, A. (directores). *Lecciones de Derecho Mercantil*, volumen II, décima edición. Op. cit. Pg. 405].

Frente a los procedimientos romanos de ejecución, eminentemente privados, dirigidos por los propios acreedores, en la Edad Media predomina el carácter público de la ejecución colectiva contra bienes del deudor insolvente. Puede afirmarse que el origen inmediato del derecho concursal tradicional se localiza en el derecho estatutario italiano de la Baja Edad Media, cuando surge un procedimiento judicial aplicable exclusivamente a los mercaderes insolventes que ya se basaba en el principio de comunidad de pérdidas de los acreedores (URÍA, R.; MENÉNDEZ, A. *Curso de Derecho mercantil. Tomo II*. Op. cit., pg. 899). En él predomina el carácter público, que se manifiesta por la intervención de los Tribunales en la administración de los bienes y en la dirección de la ejecución (AVILÉS CUCURELLA, G. *Derecho Mercantil*. Segunda edición. Op. cit., pgs. 578 y 579).

En la legislación de Partidas se contiene un régimen general de la quiebra del que arrancan las instituciones fundamentales características de nuestro Derecho (en el Título XV de la Partida V, bajo el título “*Como han los deudores a desamparar sus bienes, quando non se atreuen a pagar, lo que deuen: e como deue ser reuocado el enagenamiento que los deudores fazen maliciosamente de sus bienes*” se regulan a través de XII Leyes la cesión de bienes, el abandono liberatorio, el concordato preventivo extrajudicial, la graduación de créditos, el régimen de mayorías, la retroacción, la formación de la masa, la quita y espera, el alzamiento y otros aspectos). (MARTÍNEZ ALCUBILLA, M. *Códigos Antiguos de España*. Madrid (Administración), 1885, pgs. 571 a 573. [MENÉNDEZ, A. y ROJO, A. (directores). *Lecciones de Derecho Mercantil*, volumen II, décima edición. Op. cit., pg. 405; AVILÉS CUCURELLA, G. *Derecho Mercantil*. Segunda edición. Op. cit., pg. 579].

Posteriormente (siglo XVII) se produce la implantación de ambos sistemas: el privatista, fundamentalmente en derecho francés, y el publicista, por influjo de Salgado de Somoza

procesal muy acentuado⁵, habiendo sido definido como “conjunto de normas sustantivas y procesales que tienen por objeto la regulación del concurso de acreedores”⁶.

En el Derecho concursal el carácter procesal y el carácter sustantivo confluyen. Pero importa destacar la importancia que adquiere la realidad procesal, en tanto que de ésta y de su más acertado tratamiento depende en buena medida el éxito de aquél. Afirmación que no interfiere la calidad de la norma sustantiva en la medida en que al conjugarse y complementarse en su idoneidad, lo jurídico alcanza su mayor y mejor entidad y resonancia. En pocos casos se manifiesta con más claridad que en el Derecho concursal la diferencia entre proceso y procedimiento, porque sus singularidades sustantivas se reflejan con

(*Labyrinthus creditorum, concurrentiam ad litem per communem debitorum inter illos causatam*, Valladolid, 1646), precursor de la unidad de sistema actual, en Alemania [APARICIO, M^a. L. “De la quiebra al concurso”. *Revista ICADE*. Número 61 “El nuevo Derecho Concursal”, enero-abril 2004, pgs. 13 y ss.]. En la obra de Salgado de Somoza se contiene una perfecta sistematización de la doctrina del derecho concursal. La insuficiencia normativa tuvo, en esta época, que ser completada con la doctrina de los autores y la práctica forense, destacando, junto con la obra del anteriormente citado, la de Juan De Hevia Bolaños, *Curia Philipica, laberintho de comercio terrestre y naval* de 1603, que en el Capítulo XI del Libro 2^o, se ocupa de la quiebra. (ROMERO SANZ DE MADRID, C. *Derecho Concursal*. Op. cit., pg. 34).

Las dos instituciones reguladoras de la insolvencia (quiebra y suspensión de pagos) ya aparecen en las Ordenanzas de Bilbao de 1737. Junto a supuestos típicos de quiebra, regulaban la llamada “quiebra de los atrasados” en referencia a los deudores con bienes suficientes pero que no podían pagar puntualmente, al vencimiento, sus deudas (URÍA, R. *Derecho Mercantil*. Madrid (Marcial Pons), Decimocuarta edición, 1987. Pgs. 835 y ss).

En la época de la codificación, la eliminación de la empresa quebrada va a ser la consecuencia de las leyes naturales de la competencia: el empresario insolvente tiene que ser eliminado del mercado porque ha demostrado su incapacidad. Le eliminación de la empresa devuelve al mercado recursos productivos que serán mejor utilizados. Por ello, se acude sólo a medidas procesales de ejecución, mientras que el Derecho concursal sustantivo no es más que un conjunto de normas que sirven a los intereses de la liquidación para permitir la disolución de las relaciones jurídicas existentes, nuevas relaciones de la masa con terceros, etc. (URÍA, R.; MENÉNDEZ, A. *Curso de Derecho mercantil. Tomo II*. Op. cit., pg. 900). El Código de Comercio antiguo se ocupa de los aspectos sustantivos de la quiebra de los comerciantes: estado de quiebra, clases, declaración de quiebra y sus efectos, operaciones de reintegración, órganos de la quiebra y rehabilitación del quebrado. Los aspectos procesales se recogen en el Título V de la Ley de Enjuiciamiento sobre los Negocios y las Causas de Comercio de 1830. El Código de Comercio de 1885 dedica 72 artículos del Título I, Libro IV, a la suspensión de pagos y a la quiebra, con ocho secciones: la primera se dedica a la suspensión de pagos; las seis siguientes a la quiebra; la última sección se refiere a la suspensión de pagos y quiebra de las compañías de ferrocarriles y demás obras públicas. La regulación adjetiva de la quiebra aparece en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (Título XIII del Libro II «orden de proceder en las quiebras»). La Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922 recoge la denostada dicotomía insolvencia provisional/insolvencia definitiva. Junto a los dos procedimientos concursales basados en el carácter mercantil del deudor –quiebra y suspensión de pagos– tenemos, en función del carácter civil, otros dos procedimientos: quita y espera y concurso de acreedores, contemplados en el Código Civil (arts. 1912, y 1913 a 1929) y su desarrollo procedimental en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (Título XII «Del concurso de acreedores»). ROMERO SANZ DE MADRID, C. *Derecho Concursal*. Op. cit., (pgs. 35 y ss).

⁵ URÍA, R. *Derecho Mercantil*. Madrid (Marcial Pons), Decimocuarta edición. Op. cit., pgs. 835 y ss.

⁶ ROJO, A. “El Derecho Concursal (capítulo 91)”, en URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; APARICIO GONZÁLEZ, M^a.L. (coord.), *Curso de Derecho Mercantil*. Op. cit., pgs. 896 y ss.

particular cadencia en la regulación del enjuiciamiento procesal, de modo que, en gran parte, de la acertada expresión del procedimiento dependerá el éxito del concurso⁷.

Nos referimos, en consecuencia al “concurso de acreedores” para denominar el procedimiento que en el derecho vigente es el legalmente previsto para hacer frente a las situaciones de insolvencia del deudor común. Está regulado en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que ha sido posible gracias a las reformas introducidas por la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modificó la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. La nueva normativa acabó con la casi inagotable vigencia de la dispersa legislación decimonónica, anteriormente aplicable, y abordó la esperada reforma sobre la base de un doble rango normativo, incidiendo no solo en el ámbito de los derechos fundamentales del concurso sino que, además, introdujo importantes modificaciones en la LOPJ con la creación de los nuevos Juzgados de lo Mercantil en el marco del Pacto de Estado por la Justicia⁸.

La LC adopta el nombre de “concurso”, vocablo tradicional en la terminología jurídica española según declara la Exposición de Motivos (expresión clásica del siglo XVII), empleado unánimemente por nuestros autores, por todos los Anteproyectos legislativos y por el propio Proyecto de Ley Concursal, que expresa adecuadamente la naturaleza del procedimiento que se declara cuando existe un deudor, una pluralidad de acreedores y se plantea la necesidad de colectivizar un déficit patrimonial⁹.

⁷ VÁZQUEZ SANZ, J.M. “Derecho concursal. Acotaciones procesales”, en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*. Tomo III. *Efectos del concurso sobre acreedores, créditos y contratos. La tramitación del concurso: aspectos procesales*. Madrid (Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales). 2004. Pgs. 3.520-3.521 y 3.526.

⁸ PULGAR EZQUERRA, J. “El presupuesto objetivo de apertura del concurso de acreedores” en AAVV *Derecho Concursal. Estudio Sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la Reforma Concursal*. GARCÍA VILLAVÉRDE, R., ALONSO UREBA, A. y PULGAR EZQUERRA, J. (dirs.). Paracuellos del Jarama (Dilex, S.L.), 2003. Pg. 56.

⁹ PULGAR EZQUERRA, J. “El presupuesto objetivo de apertura del concurso de acreedores” en *Derecho Concursal. Estudio Sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la Reforma Concursal*. Op. cit. Pg. 58.

2. El nuevo Derecho español sobre insolvencias. La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal

A) Planteamiento

Al tenor del apartado I de la Exposición de Motivos de la Ley 22/2003, *“Esta Ley persigue satisfacer una aspiración profunda y largamente sentida en el Derecho patrimonial español: la reforma de la legislación concursal”*, fruto de una tendencia proyectada a lo largo del tiempo que se tradujo en una reforma global, no en un cambio abrupto y ocasional¹⁰, que supuso la innovación y mejora de nuestro anterior sistema que se remontaba al lejano siglo XIX.

La Ley aparece como resultado de un largo y complejo proceso de reforma, cuyos hitos principales fueron los siguientes:

- i) El Anteproyecto de Ley Concursal de 1959, redactado por el Instituto de Estudios Políticos, frustrado por el conflicto de concepciones básicas planteado por la quiebra de la “Barcelona Traction”.
- ii) El Anteproyecto de Ley Concursal de 1983, redactado por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación.
- iii) La Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995, redactada por el Profesor Rojo por encargo de dicha Sección.
- iv) Y el Anteproyecto de Ley Concursal del año 2000, redactado por una heterogénea Sección especial de dicha Comisión, bajo la presidencia del Profesor Olivencia¹¹.

¹⁰ OLIVENCIA RUIZ, M. “Los principios de la reforma concursal”. Revista Jurídica de Cataluña, número 4 (2004). Pg. 10.

¹¹ ROJO, A. y BELTRÁN, E. “Lección 42. Regulación jurídica de la insolvencia: La legislación concursal”, en AAVV *Lecciones de Derecho Mercantil*, volumen II, décima edición. MENÉNDEZ, A. y ROJO, A. (dirs.). Op. cit., pág. 407. A título de mera curiosidad, cabe señalar que la Sección especial estaba constituida por 12 miembros, entre los que se contaban mercantilistas (los Catedráticos D. Manuel Olivencia Ruiz, D. Guillermo Jiménez Sánchez, D. Juan Luis Iglesias Prada y D. Ángel Rojo Fernández-Río, y el Abogado D. Juan-Eugenio Palao Menor), civilistas (el Notario D. Roberto Blanquer Uberos y los Registradores de la Propiedad D. José María Chico Ortiz, D. José María Poveda Díaz y D. Juan Sarmiento Ramos) y procesalistas (los Catedráticos D. Jorge Carreras Llansana y D. Miguel Ángel Fernández López y el profesor titular de Derecho procesal D. Javier Cons García), actuando de Presidente D. Manuel Olivencia Ruiz. En meses sucesivos se añadieron otros Vocales (D. Alberto Alonso Ureba, D^a. Carmen Balsa Pascual, D. Fernando González-Moya Rodríguez de Mondelo, D. Enrique Piñel López y D. Miguel Virgos Soriano).

Los principales defectos achacados al viejo derecho concursal, cuya erradicación constituye objetivo expreso de la LC, se resumen en los siguientes¹²:

- i) Dispersión, en numerosos textos legales no sistematizados.
- ii) Anacronismo, por falta de actualización de sus normas.
- iii) Confusión generalizada sobre la vigencia de las normas y fines que persiguen.
- iv) Separación entre derecho privado mercantil y civil, según el deudor fuera o no comerciante.
- v) Separación de procedimientos estancos, según la finalidad perseguida (preliminar y liquidatoria).
- vi) Desconexión entre Derecho concursal y Derecho de sociedades.
- vii) Ignorancia de la realidad previa extrajudicial (pactos y convenios).
- viii) Falta de conexión entre el Derecho material y el Derecho procesal.
- ix) Fragmentación normativa y doctrinal por disciplinas académicas.
- x) Excesiva rigurosidad con el deudor.
- xi) Divorcio interdisciplinario entre expertos jurídicos y contables.
- xii) Errónea anticipación de los efectos liquidatorios al momento de la declaración de quiebra, aunque ésta no terminara en liquidación.
- xiii) Anacrónica composición de intereses de los acreedores.
- xiv) Incumplimiento de los fines legales típicos asignados a los procedimientos concursales. La estadística demostraba que la suspensión de pagos, procedimiento configurado legalmente con fines preventivos de la liquidación, se utilizaba generalmente con fines liquidatorios, especialmente para empresas de cierta dimensión; mientras las pequeñas y medianas empresas eran generalmente declaradas en quiebra.

¹² VICENT CHULIA, F. *Introducción al Derecho Mercantil*. Valencia (Tirant Lo Blanch), 2008. 21ª Edición. Pgs. 1.223 a 1.280. En el mismo sentido, VÁZQUEZ SANZ, J.M. "Derecho concursal. Acotaciones procesales", en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia. Tomo III. Efectos del concurso sobre acreedores, créditos y contratos. La tramitación del concurso: aspectos procesales*. Op. cit. Pg. 3.520.

Con aspiraciones de modernización del Ordenamiento jurídico, la Exposición de Motivos de la LC (apartado I) enuncia que la reforma operada no supone ruptura con la larga tradición concursal española, pero sí una profunda modificación del derecho hasta entonces vigente y señala que el texto legal se propone corregir las deficiencias del anterior derecho¹³.

La Ley Concursal concentra en un procedimiento unitario, el *concurso de acreedores*, los cuatro procedimientos de insolvencia que contemplaba la legislación anterior –quiebra y suspensión de pagos, de carácter mercantil, y la quita y espera, junto con el anterior “concurso de acreedores”, de carácter civil-. Estos diferentes tipos de procedimiento, por su heterogeneidad complicaban enormemente la solución de las crisis de insolvencia¹⁴. Procesalmente, la LC expresa su voluntad de simplificación en la nueva herramienta procesal que representa el incidente concursal, pues como señala la doctrina¹⁵, uno de los aspectos sobresalientes de la nueva regulación es la huida de la diversidad procedimental por el que sustanciar los innumerables incidentes que son posibles en el procedimiento concursal, así como todas las acciones que deben ventilarse ante el Juez del concurso y los procedimientos que se acumulen al mismo.

La LC regula todos los aspectos materiales y procesales de la situación de insolvencia del deudor, bien sea una persona natural o jurídica (art. 1), con independencia de la solución que vaya a adoptarse ante la situación de insolvencia (liquidativa o convencional)¹⁶. Se opta por una reforma institucional, a fondo, de todo el sistema concursal, en lugar de una mera reforma técnica de alcance formal centrada en la actualización de las instituciones, habida cuenta de las arraigadas deficiencias de que adolecía nuestro Derecho histórico concursal, y a las que se viene haciendo referencia¹⁷.

¹³ Exposición de Motivos de la Ley Concursal, apartado I, párrafo primero. Se denuncian los defectos de la legislación anterior: “*arcaísmo, inadecuación a la realidad social y económica de nuestro tiempo, dispersión, carencia de un sistema armónico, predominio de determinados intereses particulares en detrimento de otros generales y del principio de igualdad de tratamiento de los acreedores, con la consecuencia de soluciones injustas, frecuentemente propiciadas en la práctica por maniobras de mala fe, abusos y simulaciones, que las normas reguladoras de las instituciones concursales no alcanzan a reprimir eficazmente*”.

¹⁴ TRIGO SIERRA, E. y CAMBRONERO GINÉS, A. “Aspectos procesales e internacionales de la Ley Concursal”. Diario La Ley, nº 5.996, Sección Doctrina, año XXV. Editorial La Ley. 2004.

¹⁵ GARNICA MARTÍN, J. F. “La Nueva Ley Concursal”. Cuadernos de Derecho Judicial. Edita Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2004. Pg. 256.

¹⁶ APARICIO GONZÁLEZ, M^a. L. “De la quiebra al concurso”. Revista ICADE. Número 61. Enero-abril de 2004. Pgs. 13 y ss.

¹⁷ PULGAR EZQUERRA, J. “El presupuesto objetivo de apertura del concurso de acreedores” en AAVV *Derecho Concursal. Estudio Sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la Reforma Concursal*. Op. cit. Pg. 57. VILATA MENADAS, S. *Manual breve de Derecho concursal*. Moncada (Consejo Valenciano de Colegios de Abogados), 2008. Pg. 17.

B) Notas características

La LC se caracteriza, en primer lugar, por su *flexibilidad* para acoger distintas situaciones de insolvencia. Ello se traduce en que debe hacer frente a la nueva realidad social y económica que viene impuesta por la globalización y que exige adoptar soluciones no sólo respecto del comerciante que desarrolla su actividad limitada al ámbito nacional, sino también a aquellos comerciantes y empresas que proyectan sus operaciones en el ámbito internacional, con acreedores y bienes situados en distintos países.

La LC aborda los aspectos internacionales del concurso en sus arts. 10 y 11 y en el Título IX, dedicado íntegramente a esta cuestión (arts. 199 a 230).

Pero es necesario dejar constancia de que no se pueden comprender las reglas de la LC sin ponerlas en relación con las normas comunitarias en la materia, materializadas en el Reglamento (CE) 1346/2000, del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre Procedimientos de Insolvencia (RI), en vigor desde el 31 de mayo de 2002¹⁸.

¹⁸ Por mandato del art. 65 del Tratado de la Comunidad Económica, la cooperación judicial transfronteriza en el ámbito civil y mercantil ha pasado a ser una competencia comunitaria, fruto de la cual es el Reglamento (CE) 1346/2000, del Consejo, de 29/05/2000, sobre Procedimientos de Insolvencia (RI), que contiene normas sobre competencia de los tribunales nacionales de los Estados miembros para declarar y tramitar procedimientos de insolvencia y también normas sobre el Derecho aplicable en estos procedimientos. El Reglamento se dirige fundamentalmente a las relaciones *ad intra* de la Comunidad Europea y deja a la competencia de los Estados miembros el régimen jurídico aplicable en relación con terceros Estados (*ad extra* de la Comunidad). Las normas de la LC vienen a llenar este espacio de las relaciones con Estados no comunitarios, pues en el ámbito intracomunitario el Reglamento es la norma de directa aplicación y que prima sobre el Derecho nacional.

El legislador español podía haber optado, para la regulación de las relaciones *ad extra*, por las soluciones de la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional sobre la Insolvencia Transfronteriza (UNCITRAL), aprobada en 1997, que constituye el antecedente inmediato del vigente Reglamento Comunitario, que prácticamente reproduce sus normas, pero aunque sus soluciones sean compatibles, la estructura y el sistema interno de la Ley Modelo y del Reglamento son muy distintos. La Ley Modelo (UNCITRAL) representa un estándar internacional en la materia en la medida en que sus reglas han sido tenidas en cuenta por otros legisladores nacionales, incluido el español, a la hora de diseñar las reformas de sus sistemas concursales. Pero su adopción hubiera implicado poner a los jueces y tribunales españoles ante la complicación de tener que aplicar dos juegos de reglas distintas en un mismo procedimiento concursal, según la situación jurídica afectada se vinculase a un Estado comunitario o no comunitario. Por esta razón, el legislador español, sin dejar de “mirar” a la Ley Modelo (para asegurar su compatibilidad), optó por una solución más sencilla, consistente en desdoblarse las reglas comunitarias hacia el exterior y hacerlas aplicables en relación con Estados no comunitarios, de tal modo que, con determinadas salvedades, el legislador español aborda los problemas internacionales del concurso con reglas que, aunque se contengan en textos distintos (el Reglamento y la LC) siguen una misma filosofía y estructura. [VIRGÓS SORIANO, M. “Normas de Derecho internacional privado”. Estudios de Derecho Judicial, nº 59. Madrid (Consejo General del Poder Judicial), 2004. Pgs. 504 a 508].

El alcance de la regulación contenida en la LC se extiende a múltiples sectores de nuestro ordenamiento jurídico, afectando a numerosas normas legales que se ven modificadas en unos casos y derogadas en otros¹⁹.

La finalidad prioritaria del concurso de acreedores, pacíficamente reconocida por todos los operadores jurídicos en la actualidad, es la satisfacción de los acreedores de forma equilibrada y ordenada (*función solutoria*), lo que excluye, siempre que sea posible, la liquidación del patrimonio del deudor. Ello ha llevado a algún autor²⁰ a considerar bastante forzado calificar como de naturaleza ejecutiva un proceso donde sólo eventualmente, puede acontecer la ejecución del patrimonio del deudor, entendiéndose más ajustado hablar del proceso universal del concurso. La naturaleza universal se adapta mucho mejor a una realidad que implica la concurrencia de acreedores frente a todo el patrimonio del deudor.

Sin cuestionar el acierto dogmático de tales apreciaciones, la práctica forense parece empeñada en imponer una clara preponderancia de la solución liquidativa para la mayoría de los procesos concursales que transitan por nuestros órganos jurisdiccionales, lo que pone de manifiesto un claro error de planteamiento por parte del legislador, al diseñar una Ley que se ha revelado incapaz de dar cumplimiento a su método solutorio preferido.

Se señalan como *postulados de política legislativa* inspiradores de la regulación contenida en la LC la especialización de los órganos concursales (Juez del concurso y Administración concursal) y la celeridad del procedimiento (que se materializa en el impulso de oficio del procedimiento tras la declaración, el carácter no suspensivo del incidente concursal, el carácter no suspensivo de los procedimientos criminales que discurran en relación con el concurso, así como la no sujeción a plazo de la resolución del proceso concursal)²¹.

En materia de *régimen transitorio*, la LC sigue en términos generales un criterio de irretroactividad del nuevo régimen procesal-concursal a los procedimientos de quiebra, suspensión de pagos, concurso de acreedores o quita y espera pendientes a su entrada en

¹⁹ PULGAR EZQUERRA, J. "Algunas consideraciones en torno a la entrada en vigor de la nueva legislación concursal (Ley 22/2003 y LORC 8/2003, de 9 de julio)". Diario La Ley. Sección doctrina. Número 6094 (2004).

²⁰ GONZÁLEZ MONTES, J.L. "Acumulación en el concurso: Acciones declarativas y ejecutivas", en QUINTANA CARLO, I., BONET NAVARRO, A. y GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A. (dirs.) *Las claves de la Ley Concursal*. Cizur Menor (Aranzadi, S.A.). 2005. Pgs. 259 a 288.

²¹ ROJO, A. "El Derecho Concursal (capítulo 91)", en URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; APARICIO GONZÁLEZ, M^a.L. (coord.), *Curso de Derecho Mercantil. Tomo II*. Op. cit. Pg. 901.

vigor, el 1 de septiembre de 2004, lo que constituye un criterio interpretativo eficaz (Exposición de Motivos, apartado XII, párrafo 4). Como excepción al criterio general expuesto, los cinco apartados de la disposición transitoria primera de la LC permiten la aplicación de determinados aspectos del concurso a los viejos procedimientos tramitados conforme a lo establecido en la LEC (1881). Se trata de las normas relativas a la conclusión del concurso (disp. trans. 1ª.1); a las consecuencias del incumplimiento del convenio que se alcance en cualquiera de los procesos tramitados conforme al Derecho anterior (disp. trans. 1ª.2); a las propuestas de convenio en los procedimientos anteriores subsistentes (disp. trans. 1ª.3 y 4); y al régimen de recursos aplicable a dichos procedimientos (disp. trans. 1ª.5)²².

La Disposición final quinta de la LC proclama la *aplicación supletoria de la LEC en materia concursal*²³, ya anunciada en el apartado X de la Exposición de Motivos, en aquellos casos en que la LC no contemple normas procesales especiales. La LEC aparece como el cuerpo normativo al que se debe acudir para suplir las lagunas y resolver las dudas que puedan plantear las normas procesales en el procedimiento concursal, decantándose el legislador por una técnica de economía normativa orientada a evitar la repetición innecesaria de preceptos, lo que, sin embargo, no siempre se consigue²⁴:

i) En unos casos existe una remisión expresa a la LEC, por lo que, más que de supletoriedad hay que hablar de preceptos en blanco de la Ley específica que se integran acudiendo a la Ley procesal civil. Por ejemplo, la remisión al art. 399 LEC en lo que se refiere a la forma de articular la demanda iniciadora del incidente concursal (art. 194.1 LC), o a la forma de desarrollarse la vista del juicio verbal, en los casos en los que haya lugar a celebrarla (art. 194.4 LC).

ii) En otros, se opera una remisión implícita, cuando la LC guarda silencio sobre determinadas materias relativas al proceso, que deben ser cubiertas acudiendo supletoriamente a la LEC.

iii) Finalmente, existen casos en los que la LC, olvidando la técnica de economía normativa en que se basa el principio de supletoriedad, se

²² GONZÁLEZ GARCÍA, J.Mª. "Concurso y Derecho transitorio: "Normas procesales aplicables a los procesos concursales pendientes a la entrada en vigor de la Ley Concursal". Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Número 2 (2005). Pgs. 351 y ss.

²³ Disposición final 5ª: "Derecho procesal supletorio: «En lo no previsto en esta Ley será de aplicación lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, y específicamente en lo que se refiere al cómputo de plazos determinados en la misma, así como en relación con la documentación de las actuaciones mediante sistemas de grabación y reproducción de la imagen y el sonido.

En el ámbito de los procesos concursales, resultarán de aplicación los principios de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto a la ordenación formal y material del proceso.»

²⁴ CORDÓN MORENO, F. *Proceso concursal*. Editorial Aranzadi, S.A. Cizur Menor (Navarra), 2003. Pgs. 32 y 33.

limita a repetir preceptos de la Ley común, lo que se antoja innecesario. Por ejemplo, el art. 186.1 LC prevé el impulso procesal de oficio, adoptando el sistema general del proceso civil ya proclamado en el art. 179.1 LEC. El art. 187.1 LC reproduce la norma del art. 131.1 LEC, que faculta al Juez para habilitar los días y horas necesarios para practicar las diligencias que considere urgentes, aun cuando condicione dicha urgencia al indeterminado concepto del “*beneficio del concurso*”.

El párrafo segundo de la Disposición adicional 5ª previene que en el ámbito de los procesos concursales resultarán de aplicación los principios de la LEC relativos a la ordenación material y formal del proceso. La remisión, en este caso, es en bloque y sin excepción alguna: los poderes del Juez y de las partes en la iniciación, instrucción (alegaciones y prueba) y ordenación formal (control de presupuestos e impulso) del proceso concursal se articularán según el modelo del proceso civil, optando el legislador por el predominio del carácter privado de los intereses tutelados en el concurso. Se mantiene, por tanto, la vigencia del principio dispositivo, aunque con las derogaciones previstas en la propia LEC al principio de aportación de parte²⁵.

Pese a que la LC, ya en su redacción original, constituyó un innegable avance en la regulación de la materia concursal, no estuvo exenta de críticas²⁶.

²⁵ Art. 218.1, párrafo segundo LEC: “El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes”. Art. 429.1, párrafo segundo LEC: “Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente”.

²⁶ ASENSIO MELLADO, J.Mª. “La nueva Ley concursal desde la óptica procesal” (Editorial). *Práctica de Tribunales*. Número 5. Mayo (2004). Pgs. 3 y 4. ASENSIO MELLADO, J.Mª. “Deficiencias procesales de la Ley Concursal” (Editorial). *Práctica de Tribunales*. Número 6. Junio (2004). Pgs. 3 y 4. En el primero de estos editoriales se critica la opción por la implantación en la LC de normas especiales que se juzgan, en muchos casos, innecesarias, habida cuenta la reforma que ha supuesto la LEC 1/2000, que parece desconocerse. Ello se constituye, a juicio del autor, en causa de que la concreta regulación de los diversos actos procesales responda a interpretaciones o decisiones tal vez no suficientemente justificadas y que, por su individualidad en el marco del ordenamiento procesal, pueden ser motivo de disfunciones. Anticipa la insuficiencia del número de Juzgados de lo Mercantil de nueva creación para hacer frente a la entrada en vigor de la LC, lo que se ha constituido, con el paso del tiempo, en un vaticinio preclaramente certero. El segundo editorial incide sobre la falta de determinación de mecanismos para la solución del derecho aplicable a las medidas cautelares adoptadas sobre el patrimonio del deudor antes de la declaración de concurso con arreglo a la LC; sobre la falta de previsión de alguna excepción a la regla general de la “apelación diferida”; sobre la falta de idoneidad del incidente concursal como procedimiento para la resolución de todas las materias que no tengan asignada una tramitación especial; sobre las deficiencias en la regulación de la competencia territorial, nacional e internacional; y sobre la deficiente regulación de los supuestos de acumulación. Como ya se apuntaba en el primero de los

El tratamiento de las situaciones de insolvencia de las empresas debe completarse con reformas orientadas a la prevención, en sectores conexos al concursal pertenecientes al ámbito financiero, así como a una mejor regulación en materia de concurrencia y prelación de créditos en caso de ejecuciones singulares²⁷, y, significativamente, en relación con la persona física, respecto de la que el procedimiento de concurso de acreedores no ofrece adecuada respuesta frente a situaciones de sobreendeudamiento. En este sentido, la disposición adicional única de la Ley 38/2011 encarga al Gobierno la redacción de un informe sobre las medidas adoptadas para mejorar la situación de las personas físicas y de las familias²⁸.

editoriales, en todos estos defectos subyace, a juicio del autor, la falta de comprensión del carácter del proceso concursal como proceso de ejecución por parte del legislador, cuyo desarrollo exigía la intervención más amplia de los procesalistas.

ROJO, A. "La reforma del Derecho concursal español", en AAVV *La Reforma de la Legislación Concursal. Jornadas sobre la Reforma de la Legislación Concursal. Madrid, 6 a 10 de mayo de 2002*. Madrid (Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.), 2003. Pgs. 94 y ss. El autor defiende que tras la entrada en vigor de la nueva LEC resulta innecesario la creación del incidente concursal, que podría haber sido sustituido por el juicio verbal, con ligeras adaptaciones. Critica, además, el excesivo *procesalismo* del concurso, la excesiva duración del procedimiento y su excesivo judicialismo.

CORDÓN MORENO, F. *Las normas procesales en el Proyecto de Ley Concursal y, en especial, el incidente concursal. Apuntes críticos*. Texto multcopiado. Citado por TRIGO SIERRA, E. y CAMBRONERO GINÉS, A. en "Aspectos procesales e internacionales de la Ley Concursal". Op. cit. Señala el autor citado que «*el proyecto no ha sabido extraer las consecuencias del carácter supletorio de la Ley de Enjuiciamiento Civil [...]. Conforme a este principio, hay que entender que, en cuanto ley procesal común por regular el proceso del que han nacido todos los demás, es el cuerpo normativo al que se debe acudir para suplir las lagunas y resolver las dudas que puedan plantear las normas procesales en el procedimiento concursal*».

CONS GARCÍA, F. J. "El juez y el procedimiento de concurso". Estudios de Derecho Judicial. Número 54. Madrid (Consejo General del Poder Judicial). 2005. Pgs. 73 a 108. "La LC tiene por vocación regular todos los aspectos del proceso, tanto materiales como procesales, aunque en relación con estos últimos use la técnica de remisión a la LEC, opción exigible para no crear especialidades normativas que ninguna falta hacen y que solamente llevan a la confusión, técnica que debería haberse utilizado más y mejor para evitar normas innecesarias, injustificadas y redundantes, que las hay." CONS GARCÍA, F.J. "Novedades procesales en la reforma concursal", en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia. Tomo III. Efectos del concurso sobre acreedores, créditos y contratos. La tramitación del concurso: aspectos procesales*. Madrid (Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales). 2004. Pgs. 3.469 a 3.498. En idéntico sentido.

El Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Concursal del año 2000 también reflejó una crítica referida a la complejidad y excesiva duración del procedimiento (punto IV. 7).

La excesiva judicialización del procedimiento fue objeto de crítica en el Dictamen del Consejo de Estado al referido Anteproyecto (apartado "A" de la Consideración Sexta).

²⁷ PULGAR EZQUERRA, J. "Algunas consideraciones en torno a la entrada en vigor de la nueva legislación concursal (Ley 22/2003 y LORC 8/2003, de 9 de julio)". Diario La Ley. Sección doctrina. Número 6.094. Madrid, 27 septiembre 2004.

²⁸ Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE de 11 de octubre). Vigencia 1/01/2012. Disposición adicional única: «*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*.

En definitiva, cabe señalar, siguiendo al profesor Olivencia, que la verdadera reforma está por hacer y es a los juristas, a la doctrina y a la práctica, a los Jueces de lo mercantil, a los Administradores concursales, Economistas y Abogados, y a la conducta de deudores y acreedores, sobre todo a los profesionales en este mercado, a las entidades de crédito, a sus representantes y asesores, a quienes compete la esencial labor de hacer viva en la realidad económica esa reforma.

C) *Principios generales informadores de la Ley*

Sin perjuicio de dejar constancia del carácter intercambiable y fungible de la mayor parte de las cuestiones que se plantean en la norma y de la excepcionalidad de enfoques no mudables²⁹, cabe afirmar que la Ley Concursal se sujeta a los siguientes principios:

a) *Principio de unidad.*

Se constituye el principio de unidad en el eje central sobre el que pivotó la reforma del Derecho concursal español, que se articula en una triple vertiente:

a') *Unidad legal.*

El principio de unidad legal significa que una sola Ley regula los aspectos sustantivos y procesales del concurso.

Este principio admite una única excepción, impuesta por exigencias de rango, siendo preciso que aquellos aspectos que, por afectar a derechos fundamentales, requieren ser ordenados por Ley Orgánica, están regulados por la LORC, que modifica, entre otras muchas normas, la Ley Orgánica del Poder Judicial (creando los nuevos Juzgados de lo Mercantil).

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».

²⁹ CONS GARCÍA, F.J. "Novedades procesales en la reforma concursal", en Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia. Tomo III. Efectos del concurso sobre acreedores, créditos y contratos. La tramitación del concurso: aspectos procesales. Op. cit. Pgs. 3.469 a 3.498. Señala el autor «*la excepcionalidad de enfoques no mudables. La rareza de orientaciones esenciales que deben ser defendidas contra todo evento. No son más de media docena*».

Se trata de una opción de política legislativa que venía ya determinada por la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, que excluyó de su ámbito la materia concursal, remitiéndola expresamente a su futura regulación en la LC³⁰.

Mediante la aplicación de este principio se resuelve el problema de las fuentes del Derecho concursal, reduciéndolas a una única norma, con lo que se gana en claridad y simplificación, superándose los viejos debates sobre cuestiones fronterizas o interdisciplinarias favorecidos por la dispersa regulación anterior³¹.

La unidad legal se extiende a las normas de Derecho Internacional Privado, al prever cuándo y cómo debe tramitarse el concurso ante los tribunales españoles, y la extensión de sus efectos fuera de nuestras fronteras³².

b') *Unidad de disciplina.*

La LC confiere un mismo tratamiento concursal a todos los deudores, independientemente de su carácter civil o mercantil, ya se trate de persona física o jurídica. Ello no obstante, la LC no ignora determinadas especialidades del concurso de los empresarios, sometidos a un estatuto propio, y de la existencia en la masa activa de unidades productivas de bienes o de servicios, especialidades que son tenidas en cuenta a lo largo de la regulación del concurso, desde su solicitud hasta su resolución³³.

La práctica forense ha puesto de manifiesto, sin embargo, que el concurso de acreedores no es en la mayoría de las ocasiones un procedimiento adecuado para tramitar las situaciones de insolvencia o sobreendeudamiento de las personas físicas que no ejercitan actividad profesional ni empresarial, lo que se ha traducido en el mandato del Legislador al Gobierno contenido en la Disposición Adicional única de la Ley 38/2011, para la adopción de medidas orientadas a mejorar la situación concursal de familias y consumidores³⁴. No puede

³⁰ Disposición Final Decimonovena LEC: «Proyecto de Ley Concursal. En el plazo de seis meses a contar desde la fecha de entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un proyecto de Ley Concursal». Exposición de Motivos LC, apartado II.

³¹ CONS GARCÍA, J. "El juez y el procedimiento de concurso". Op. cit. VÁZQUEZ SOTELO, J.L. "La situación caótica y laberíntica de la legislación concursal española. IV. Principios inspiradores de la Ley Concursal". AAVV: DAMIÁN MORENO, J.; LORCA NAVARRETE, A. M.; LOZANO-HIGUERO PINTO, M.; PÉREZ DEL BLANCO, G.; RUIZ JIMÉNEZ, J. Á.; SILGUERO ESTAGNAN, J. Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje. San Sebastián (Instituto Vasco de Derecho Procesal). 2004. Pgs. 16 a 18.

³² APARICIO GONZÁLEZ, M^a. L. "De la quiebra al concurso". ICADE. Número 61. Enero-abril, 2004. Pgs. 13 y ss.

³³ Exposición de Motivos LC, apartado II, párrafo tercero.

³⁴ Ver nota al pie 28.

desatenderse, al respecto, la fundada opinión de destacados profesionales³⁵ que, a su vez, se hacen eco del generalizado consenso en pro de la necesidad de reforma de esta materia.

c') *Unidad de sistema (procedimiento).*

La LC consagra la existencia de un solo procedimiento concursal para todos los supuestos de insolvencia del deudor común, dotado de la necesaria flexibilidad para poder adaptarse a diversas situaciones y soluciones, que se refleja en su propia estructura, articulada, en principio, en una fase común que puede desembocar en otra de convenio o de liquidación³⁶. Se acentúa de esta forma la dimensión procesal del concurso, aunque también incluye el tratamiento de situaciones preconcursales que encuentran su solución fuera del proceso.

Se pone fin, de esta forma, a la distinción de procedimientos atendiendo al grado de insolvencia del deudor, propio de la legislación derogada.

El principio de unidad de sistema impone, a su vez, la de su presupuesto objetivo, identificado con la insolvencia del deudor común, definida por la LC³⁷ como el estado del deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles.

Al tiempo, la insolvencia se constituye en la piedra angular sobre la que se construye el edificio procesal del concurso³⁸.

b) *Principio de la comunidad de pérdidas.*

La Exposición de Motivos de la LC (apartado V) considera que el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores o *par conditio creditorum* ha de constituir la regla general del concurso y sus excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas.

³⁵ FUENTES DEVESA, R. "Especialidades del concurso de las personas físicas", en AAVV *Tratado práctico del Derecho concursal y su reforma*, MARTÍNEZ SANZ, F. (dir). Madrid (Tecnos), 2012. Pgs. 222 y 223. Señala el autor que «la experiencia desde la entrada en vigor de la LC ha puesto de manifiesto que la homogeneización de la respuesta legal para las personas físicas, y en especial para los consumidores, en caso de insolvencia patrimonial no ha sido satisfactoria. Ello obedece tanto a que el cauce procedimental es inadecuado y caro, como también a que los efectos que conlleva la declaración de concurso no son, por regla general, los suficientes o los adecuados para intentar solventar esa problemática, generándose frustración de las personas físicas que acuden al proceso concursal.» Se posiciona a favor de la necesidad de reforma «para conseguir que el concurso de persona física no conduzca a la ruina civil o un continuo círculo de concursos y reapertura de los mismos».

³⁶ CORDÓN MORENO, F. *Proceso concursal*. Op. cit. Pg. 25.

³⁷ Art. 2.2 LC.

³⁸ TRIGO SIERRA, E. y CAMBRONERO GINÉS, A. "Aspectos procesales e internacionales de la Ley Concursal". Op. cit.

La Ley acometió, inicialmente, una reducción drástica de privilegios y preferencias a efectos del concurso, sin perjuicio de que puedan subsistir en ejecuciones singulares, por virtud de las tercerías de mejor derecho. No se consideró suficiente la naturaleza de interés público o social en que se ampara el privilegio, porque el resultado al que dio lugar en el sistema derogado fue el de impedir la continuación de la empresa y vaciar la masa activa, sacrificando el derecho de los acreedores comunes. Se reduce el número de créditos privilegiados, se limita la cuantía de algunos de los créditos con privilegio general hasta el 50% de su importe (tributarios y de Seguridad Social –ex art. 91.4 LC-), se limita el ejercicio del derecho de ejecución separada respecto del privilegio especial (garantías reales) y se introduce, como nueva categoría, la de los créditos subordinados, que habrán de ser postergados (art. 92 LC).

Las sucesivas reformas de la LC han venido a mitigar considerablemente el *desideratum* inicialmente reflejado en la Exposición de Motivos. El refuerzo del crédito público, de las entidades financieras y de los trabajadores operado significativamente por medio de las modificaciones introducidas en el régimen de las ejecuciones por la Ley 38/2011 constituye una clara marcha atrás respecto del planteamiento inicial, dejando reducida la figura ideal del deudor común, que inspiraba una pretendida redefinición de todos los conceptos normativos del Derecho concursal, a la del menos común de los deudores³⁹.

c) *Principio de simplificación de la estructura orgánica del concurso.*

La LC simplifica la estructura orgánica del concurso mediante lo que constituye otro de sus principios rectores, estableciendo como únicos órganos imprescindibles en el procedimiento concursal el Juez del concurso y la Administración concursal. La Junta de acreedores sólo se constituirá cuando se tramite la fase de convenio como solución al concurso, salvo en los supuestos de tramitación escrita (arts. 108 y 109 LC para la propuesta anticipada, y art. 115 bis LC⁴⁰ para la tramitación ordinaria). La intervención del Ministerio Fiscal como parte se limita a la sección de calificación, cuando proceda su apertura⁴¹. El Fondo de

³⁹ Arts. 55.1 y 3 de la Ley Concursal. En otros aspectos, al margen de la ejecución, cabe citar en la misma línea los artículos 84.2.1º, 84.2.5º, 97.3.3º y 4º y 176.bis.2 del mismo texto legal.

⁴⁰ Añadido conforme al art. 10.ocho de 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 (BOE nº 78, de 31 de marzo), cuyo original párrafo 1º introductorio ha sido suprimido conforme a art. único.setenta y seis de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE nº 245, de 11 de octubre).

⁴¹ SANJUÁN Y MUÑOZ, E. "El Ministerio Fiscal en el proceso concursal", en *La reforma concursal*, Estudios de Derecho Judicial. Madrid (CGPJ). 2006. Pgs. 325 y 326. Asumiendo que el MF no es parte en el concurso, excepto en la sección de calificación, cabe enumerar los apartados de la norma que contienen previsión legal de actuación del MF:

Garantía Salarial deberá ser citado como parte cuando del proceso pudiera derivarse su responsabilidad para el abono de salarios e indemnizaciones de los trabajadores.

a') *El Juez del concurso.*

El legislador opta por la concentración en el Juez del concurso como órgano rector del procedimiento, atribuyéndole jurisdicción exclusiva y excluyente en todas aquellas materias que se consideran de especial trascendencia para el patrimonio del deudor, incluidas las de naturaleza social, así como de ejecución y las cautelares, cualquiera que fuera el órgano del que dimanaren (arts. 8.3º y 4º, así como art. 55.1 LC; art. 86.ter.3º y 4º LOPJ)⁴².

Se trata de un Juez especializado, no de una jurisdicción especial. Esta especialización no rompe con ningún principio ni garantía constitucional⁴³. La especialización del órgano de segunda instancia se

-
1. El MF ha de ser oído en los supuestos de adopción de cualesquiera de las medidas que prevé el apartado 1 del artículo 1º de la LORC –intervención de las comunicaciones del deudor, deber de residencia del deudor, entrada y registro domiciliario- (art. 1º.3 LORC).
 2. El MF tiene el deber de instar del juez penal la comunicación al juez de lo mercantil que resulte competente respecto de los indicios de insolvencia de que tenga conocimiento por su intervención en actuaciones seguidas por delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Igualmente tendrá el deber de interesar la comunicación a los acreedores que consten en las actuaciones penales de dicha situación de insolvencia (art. 4 LC).
 3. Deberá ser oído en los supuestos de declinatoria que se planteen ante el juez del concurso (art. 12.2 LC).
 4. Deberá presentar dictamen (art. 169.2 LC) y será parte en la sección de calificación (art. 184.1 LC).
 5. Podrá solicitar la formación de la sección de calificación en los supuestos de intervención administrativa (art. 174.2 LC).
 6. Instar medidas, ante el juez del concurso, de retención de pagos a los acreedores inculpados u otras análogas en los supuestos de su intervención en querellas o denuncias criminales sobre hechos que tengan relación o influencia en el concurso, que permitan continuar la tramitación del procedimiento concursal, siempre que no hagan imposible la ejecución de los pronunciamientos patrimoniales de la eventual condena penal (art. 189.2 LC).
 7. Participar en los procedimientos de exequátur en los supuestos previstos en la Ley (art. 220 LC).

⁴² Art. 55.1 LC redactado conforme al art. único.cuarenta y dos de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE nº 245, de 11 de octubre). Desde su redacción original las adiciones del apartado 1 del art. 55 LC rompen la unidad de jurisdicción que se pretende en materia de ejecución y que se considera la clave de bóveda del texto legal, pues la jurisdicción exclusiva y excluyente del juez del concurso se proclama legalmente sin limitación temporal y sin distinguir fases del concurso, por lo que mientras éste no termine aquélla debería mantenerse. Materia objeto de crítica por CONS GARCÍA, J. “El juez y el procedimiento de concurso”. Op. cit. En materia de ejecución administrativa se introducen significativas novedades a favor del crédito público por medio de la Ley 38/2011, que profundizan en las adiciones inicialmente diseñadas.

⁴³ Sobre la valoración de esta especialización, HERRERA CUEVAS, E.J. “De la competencia objetiva de los Juzgados de lo Mercantil”. Diario La Ley. 17 de febrero de 2005. Número 6.192, año XXVI. Pg.1.809. «Esta especialización lleva valoración positiva que concita unanimidad – acaso única- por la posibilidad de capacitación de los jueces para conocer de determinados temas, muy complejos, bien por las implicaciones en único procedimiento universal de las más variadas ramas del ordenamiento (generalismo de lo concursal), bien por la creciente

logra mediante la atribución a una Sección de los asuntos mercantiles⁴⁴. Dicha especialización no alcanza al Tribunal Supremo, pues no se ha contemplado (tampoco tras las dos principales reformas que ya se han operado en el texto legal) la modificación de su Sala Primera.

Curiosamente, el legislador parece pretender que la especialización se vaya logrando a través de la práctica judicial lo que plasma en el párrafo cuarto del apartado II de la Exposición de Motivos de la LO 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, cuando se refiere a la previsión competencial contenida en la Ley como unas “*bases iniciales prudentes*” de las que partir, “*que habrán de desarrollarse progresivamente en los años venideros, de acuerdo con la experiencia que se vaya acumulando*”⁴⁵. No obstante, desde un primer momento, la propia LOPJ diseña el mecanismo para la selección de los jueces especializados que habrán de servir en primera instancia al frente de los nuevos procedimientos concursales (art. 329.4 LOPJ). En precepto aparte la LOPJ diseña el modo de proveer las plazas de las Secciones de las Audiencias Provinciales que conocerán en segunda instancia de los recursos que se interpongan contra las resoluciones dictadas en primera instancia por los órganos especializados en la materia concursal (art. 330.5 LOPJ). Todo ello está sujeto a la superación de las pruebas selectivas y de las actividades específicas de formación a las que se refieren los preceptos de la Ley Orgánica, conforme quede determinado reglamentariamente por el Consejo General del Poder Judicial⁴⁶.

El órgano jurisdiccional especializado es, por tanto, el Juez de lo Mercantil (creado en la Ley Orgánica para la Reforma Concursal mediante la modificación de la LOPJ), al cual la LC dota de *amplias facultades* y una *amplia discrecionalidad* en el ejercicio de sus competencias, lo que contribuye a facilitar la *flexibilidad* del procedimiento y su adecuación a las circunstancias del caso. El carácter universal del concurso justifica la concentración en un solo órgano jurisdiccional del conocimiento de todas estas materias, cuya dispersión quebranta la necesaria unidad procedimental y de decisión⁴⁷.

tecnificación y transnacionalidad (un sector del mercantilismo, trufado de otras disciplinas civiles “modernas”), y cuyo rasgo común radica en un relevante requerimiento adicional de conocimientos económicos y contables».

⁴⁴ VÁZQUEZ SOTELO, J.L. “La situación caótica y laberíntica de la legislación concursal española. IV. Principios inspiradores de la Ley Concursal”. Op. cit. Pgs. 16 a 18.

⁴⁵ Apartado II, párrafo cuarto, *in fine*, Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal (BOE nº 164, de 10 de julio).

⁴⁶ Art. 329.4 LOPJ, tras la modificación introducida por el art. único sesenta y siete de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre (BOE nº 309, de 26 de diciembre).

Art. 330.5 LOPJ, tras las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre (BOE nº 309, de 26 de diciembre), y por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre (BOE nº 266, de 4 de noviembre).

⁴⁷ La denominación ha sido objeto de críticas señalándose que no todas las materias de las que conocerá el Juez serán mercantiles, ni todas las materias mercantiles existentes en

Uno de los principales problemas que la práctica ha evidenciado, tras la puesta en funcionamiento de los Juzgados de lo Mercantil, ha sido la insuficiencia de su número para hacer frente a la entrada en vigor de la LC, por su incidencia directa sobre la calidad del servicio prestado. Cuestión que, anticipada por algún autor⁴⁸ desde los inicios de estos órganos jurisdiccionales, es motivo de preocupación entre los profesionales que sirven los mismos, tal y como se puso de manifiesto en el IV Encuentro de Jueces de lo Mercantil⁴⁹.

Sin embargo lo anterior, tras las últimas reformas operadas por el Legislador en el mes de julio de 2015, asistimos a un fenómeno de extracción de competencias en materia concursal al Juez de lo Mercantil a favor de los, «no especializados» (según los mecanismos diseñados *ad hoc*), Jueces de Primera Instancia.

El apartado Veintidós del artículo Único de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, añade un nuevo apartado 6 al artículo 85 de la citada norma que se dedica a la determinación del ámbito de conocimiento de los Juzgados de Primera Instancia en el orden civil.

nuestro ordenamiento serán de su exclusivo conocimiento (se excluye, por ejemplo, el derecho bancario, el derecho del mercado de valores, etc.). RODRÍGUEZ SAN VICENTE, M.M^a. “Los Juzgados de lo Mercantil” en AAVV *Derecho Concursal. Estudio Sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la Reforma Concursal*. Op. cit. Pg. 165. ARROYO GONZÁLEZ, M. (Coord.). *Cuestiones prácticas de la nueva Ley Concursal*. Madrid (Editorial Tecnos. Grupo Anaya, S.A.). 2004. Pgs. 20 y 21.

⁴⁸ ASENCIO MELLADO, J.M^a. “La nueva Ley concursal desde la óptica procesal” (Editorial). Op. cit. Pgs. 3 y 4.

⁴⁹ UGENA, S. “Cuarto Encuentro de Jueces de lo Mercantil (crónica)”. Anuario de Derecho Concursal. 2008-3. Número 15. Editorial Aranzadi, S.A. Pg. 319. De las 8 propuestas surgidas del Encuentro, la primera de ellas hacía referencia directa a la cuestión numérica: «1.- *La precisa, inevitable y urgente multiplicación de la planta de los Juzgados de lo Mercantil pues el excesivo volumen de entrada de asuntos que, desde su creación, están padeciendo la mayoría de ellos impide dar una respuesta adecuada, tempestiva y eficaz a las exigencias sociales actuales. No cabe olvidar que la situación de crisis económica que se anuncia y la atribución de nuevas competencias (Ley Orgánica 13/2007) redundará inevitablemente en un sensible aumento de los asuntos registrados en tal clase de Juzgados, incrementando un volumen ya de por sí insoportable*». La preocupación por la calidad del servicio se puso de manifiesto en otras 6 propuestas: «2.- *La supresión de los Juzgados de competencia compartida (civil-mercantil) y su sustitución por Juzgados con competencia exclusiva en materia de lo mercantil, aunque sea de ámbito supraprovincial...* 4.- *La realización de un Informe –en cuya confección deberían participar magistrados especialistas en lo mercantil- del Consejo General del Poder Judicial sobre módulos de entrada y de salida asimilables por cada órgano judicial especializado, así como para el establecimiento de las necesidades de planta derivadas de lo anterior.* 5.- *La asignación a los Juzgados de lo Mercantil de funcionarios con formación específica en la materia propia de los Juzgados de lo Mercantil, así como el mantenimiento de la formación continuada sobre la materia cuya tramitación les viene atribuida.* 6.- *Que se garantice a los Magistrados especialistas en materias propias de los Juzgados de lo Mercantil la promoción en la carrera y el acceso a la segunda instancia.* 7.- *La inmediata convocatoria de pruebas por parte del Consejo General del Poder Judicial para la tercera promoción de la especialización, así como la reglamentación de las convocatorias para que las mismas tengan necesariamente un carácter anual o, como máximo, bienal, proponiéndose que al menos una de las pruebas consista en la realización de un dictamen.* 8.- *La creación de una “bolsa de especialistas” que se encuentren disponibles para cubrir de manera inmediata las vacantes que se produzcan en órganos judiciales especializados en lo mercantil*».

Dicho apartado 6 atribuye competencia a dichos órganos jurisdiccionales para conocer, entre otras, de las siguientes materias:

«6. De los concursos de persona natural que no sea empresario en los términos previstos en su Ley reguladora.»

Por su parte, el número Veintitrés del mencionado artículo Único modifica, entre otros, el apartado 1 del art. 86.ter LOPJ, acomodando la redacción original a la modificación introducida por el número Veintidós, con el siguiente resultado:

«1. Los Juzgados de lo mercantil conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, en los términos previstos en su Ley reguladora y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 85.6. ...»

Con esta modificación competencial parece que se tambalean los cimientos de la estructura concursal diseñada por el Legislador de 2003. Desaparece, de repente, el principio de concentración del conocimiento de la materia concursal en un solo órgano jurisdiccional, y habrá que acostumbrarse a diferenciar, después de más de once años de vigencia de la Ley Concursal, entre el Juez del concurso de persona natural no empresario y el del resto de personas, físicas y jurídicas, que acudan al procedimiento concursal para remediar su situación de insolvencia.

El Preámbulo de la Ley Orgánica de modificación guarda un incomprensible silencio acerca de las razones que han motivado el cambio en la distribución competencial y que mueven a la reflexión en torno al correcto entendimiento de la *mens legislatoris*. Puede cuestionarse, ahora más que nunca, la necesidad de la especialización de los Jueces de lo mercantil, en la medida en que el conocimiento de las cuestiones concursales, que han integrado un alto porcentaje de sus competencias, se atribuyen, más de diez años después de la entrada en vigor de la Ley Concursal, a Jueces de Primera Instancia «no especializados».

En el párrafo tercero del apartado I podría adivinarse que la modificación se encuadra dentro de «*un paquete de medidas estructurales y organizativas encaminadas al logro de una mejor respuesta a los ciudadanos que acuden a la jurisdicción en defensa de sus derechos e intereses.*» Pero esta interpretación conllevaría el velado reconocimiento del fracaso de los Jueces de lo Mercantil en relación con la encomienda inicial de sus funciones. Dicho fracaso no se advierte por quien suscribe, mientras que forma parte ya de las máximas de experiencia comúnmente arraigadas en el Foro la inutilidad de la Ley Concursal para dar adecuada respuesta al concurso de la persona física no empresaria. Es prueba de ello la

concatenación de reformas (como, por ejemplo, la operada por la *Ley 25/2015, de 28 de julio*⁵⁰) que desde el pasado año se han llevado a cabo en la materia, mayoritariamente orientadas a tratar de dar solución al problema de la segunda oportunidad de los deudores cuya insolvencia no aparece motivada por la mala fe, modulando el rigor que conlleva la aplicación del art. 1.911 del Cc.

En el apartado III del Preámbulo se incluyen un conjunto de medidas para lograr una mayor agilización y especialización en las respuestas judiciales, cuyo objetivo, según se dice, es doble: de un lado, acabar con los problemas de retraso que existen en algunos órganos jurisdiccionales y, de otro lado, incrementar la calidad de la respuesta ofrecida al ciudadano. La especialización y la agilización fueron objetivos primordiales en la creación de los Juzgados de lo Mercantil y la propia Ley reguladora del concurso, por lo que no parece que esta aspiración pueda llenarse con la atribución del conocimiento de la materia concursal a órganos no especializados que, por lo demás, y tras más de once años de aplicación, se han mantenido ajenos a la interpretación y aplicación de Ley Concursal.

Se añade por el Legislador que con estas medidas se posibilita ahora buscar un mayor equilibrio de las cargas de trabajo en el caso de aquellos órganos de ámbito provincial (como lo son los Juzgados de lo Mercantil). Pero como para cubrir dicho equilibrio se prevé que las Salas de Gobierno puedan acordar modificaciones precisas en las normas de reparto de dichos Juzgados, a fin de equilibrar la distribución de asuntos, no parece que sea ésta, tampoco, la razón última que ha provocado el cambio en la distribución competencial de la que venimos hablando. A mayor abundamiento, el Preámbulo nos aclara, posteriormente, que *«la norma excluye que por esta vía se pueda atribuir a los órganos que se especialicen asuntos que versen sobre materias que por disposición legal estuviesen atribuidos a otros de diferente clase, aún dentro del mismo orden jurisdiccional»*, aunque lo que ha tenido lugar con la atribución competencial a los Juzgados de Primera Instancia es, precisamente, la asignación a órganos no especializados de materias que, hasta la presente modificación competencial, venían atribuidas a órganos especializados de diferente clase, dentro del mismo orden jurisdiccional.

La falta de claves de interpretación adecuadas no debe hacernos caer en la tentación de especular acerca de los motivos que la reforma encierra. Confiamos en que el, hasta ahora, errático proceso de búsqueda de soluciones legales, reales y efectivas, al problema de la insolvencia del consumidor en cuanto que deudor común, no sea lo que justifique semejante cambio en el organigrama competencial de nuestros

⁵⁰ Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social (BOE del 29/07/2015).

órganos jurisdiccionales, ya que esta disimulada reforma a buen seguro causará importantes efectos en la aplicación del proceso concursal, derivados de la encomienda de su conocimiento a unos órganos jurisdiccionales que no han asistido al proceso de formación de criterio que han venido protagonizando los órganos especializados desde la entrada en vigor de la Ley Concursal, en los que se incluyen un cuerpo de funcionarios de la Administración de Justicia que han de asimilar su tramitación con la urgencia que impone la inminente entrada en vigor de la reforma⁵¹.

b') *La Administración concursal.*

La complejidad del concurso de acreedores y la pluralidad de intereses en juego determinan que no sean suficientes los órganos ordinarios de la Administración de justicia para perseguir las finalidades del procedimiento, siendo preciso que exista un órgano específico, la Administración concursal, que constituye la figura central del concurso⁵². Esta posición orgánica define su naturaleza jurídica, de intervención pública en una actividad económica privada, la desarrollada por el deudor concursado, sin que pueda ser empañada esa naturaleza por la forma de integración efectiva de dicho órgano por profesionales privados, especialmente cualificados⁵³.

Se regula en la actualidad conforme a un modelo totalmente nuevo⁵⁴, que se aleja del inicialmente diseñado por el legislador, en cuya composición se busca la profesionalidad en aquellas materias de relevancia para todo concurso: la jurídica (Abogado) y la económica (Auditor, Titulado mercantil o Economista), mediante la exigencia de un mínimo de cinco años de experiencia profesional efectiva y especialización demostrable (art. 27.1 LC). Se pretende potenciar sus funciones y cualificar los requisitos para ser nombrado Administrador, permitiendo y, al mismo tiempo, exigiendo, una mejor valoración por el

⁵¹ La Disposición final décima de la Ley Orgánica 7/2015 prevé la entrada en vigor de la misma para el día 1 de octubre de 2015.

⁵² ROJO, A. y BELTRÁN, E. "Lección 43. El concurso de acreedores" en AAVV MENÉNDEZ, A. y ROJO, A. (dirs). *Lecciones de Derecho Mercantil*, volumen II, décima edición. Op. cit., pgs. 434 y 435.

⁵³ VILLENA CORTÉS, B. Comentarios al art. 27 en AAVV MACÍAS CASTILLO, A. y JUEGA CUESTA, R. (Coord.) *Ley Concursal Comentada*. Lefebvre-EI Derecho. Madrid, 2014. Pg. 137.

⁵⁴ Art. 27.1 LC redactado conforme al art. único diecinueve de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE nº 245, de 11 de octubre). El modelo inicial contemplaba, como regla general, un órgano colegiado que ha mutado a favor de la composición unipersonal, con claro propósito de rebajar el coste del procedimiento, si bien en el apartado VII del Preámbulo de la Ley de Reforma se incide en que con la modificación se «busca una mayor profesionalización, al tiempo que realza sus funciones y su responsabilidad». Opción de política legislativa que carga el abaratamiento del procedimiento sobre el bolsillo y las espaldas de los profesionales que integran uno de los dos únicos órganos que prevé la Ley como imprescindibles para el desarrollo del procedimiento.

Juez del concurso de la experiencia y formación específica para el desempeño del cargo⁵⁵.

La reforma de la LC, operada por la *Ley 17/2014, de 30 de septiembre*⁵⁶, confirma, como gran novedad proveniente de la Ley 38/2011, la apuesta por una Administración configurada como órgano unipersonal⁵⁷, de tal modo que la regla general será que esté integrada por un único miembro. La supresión del art. 27.bis LC modifica el régimen de excepciones a dicha regla general, al desaparecer la previsión relativa a los concursos ordinarios de especial trascendencia y en los que exista una causa de interés público. El nuevo criterio circunscribe su aplicación, únicamente, al segundo de aquellos iniciales requisitos: la apreciación de la existencia de causa de interés público (sujeta a la decisión del Juez, apreciable de oficio o a instancia de parte, si bien que sólo podrá ser un acreedor público quien la haga valer). En este caso, el nombramiento del segundo administrador concursal se limita a favor, exclusivamente, de una administración pública que tenga la condición de acreedora, o de una entidad de Derecho Público dependiente de ella (art. 27.7 LC). Sin embargo, esta nueva redacción del precepto no entrará en vigor hasta que lo haga el desarrollo reglamentario de la Ley 17/2014, que deberá aprobarse, a iniciativa de los Ministerios de Justicia y de Economía y Competitividad, en un plazo máximo de seis meses a contar desde el día 2/10/2014, fecha de su entrada en vigor (disposición transitoria segunda y disposición final undécima, ambas de la Ley 17/2014).

Se reconoce a la *persona jurídica* como Administrador concursal, en base a que, en algunas de sus formas, como las multidisciplinares sociedades profesionales, favorecen la integración de profesionales del ámbito económico y jurídico⁵⁸.

⁵⁵ VILLENNA CORTÉS, B. Comentarios al art. 27 en AAVV MACÍAS CASTILLO, A. y JUEGA CUESTA, R. (Coord.) *Ley Concursal Comentada*. Op. cit. Pg. 138. Señala el autor que se ha producido un cambio en la estructura en aras de la responsabilidad más precisa del administrador, y como opción más económica que no funcional de esta figura.

⁵⁶ Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial (BOE 1/10/2014). Vigencia, 2/10/2014.

⁵⁷ Se muestra crítico con esta opción del legislador OLIVENCIA RUIZ, M., en "La reforma de la Ley Concursal" (Texto de la conferencia inaugural del curso 2011-2012, pronunciada el 28 de octubre de 2011 en la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, al que se han añadido algunas notas de puesta al día). *Revista de Derecho Mercantil*. Número 285. Editorial Aranzadi, S.A. Julio-Septiembre de 2012. Pg. 22. Señala el autor que «*la triada del órgano de administración implantada por la LC fue acertada y dio buenos resultados... La doble profesionalización, jurídica y económica, y la presencia de un acreedor, impusieron un colegio funcional y competente, con resultados favorables, normalmente, en su aplicación práctica*». Añade el autor, con respecto a la cuestión del abaratamiento del concurso, que «*El costo excesivo que frecuentemente se le imputa –a la Administración concursal trimembre– no es culpa de la LC sino de un arancel aprobado por reglamento, es decir, del Gobierno*».

⁵⁸ La persona jurídica habrá de integrar, al menos, un Abogado en ejercicio y un economista, titulado mercantil o auditor de cuentas, y tendrá que garantizar la debida independencia y dedicación en el desarrollo de las funciones de administración concursal (art. 27.1.2º, párrafo

En los casos de órgano colegiado, el primer administrador concursal designado será el que ostente la representación del órgano frente a terceros en los términos previstos en la Ley para los supuestos de Administración única (art. 27.2, penúltimo párrafo, LC).

La composición de la Administración concursal resultante de la reforma ya no prevé diferencias, por tanto, en su nombramiento, para un procedimiento concursal ordinario o abreviado. La designación o nombramiento es materia que ha sido considerablemente afectada por la reforma, cambiándose la propia mecánica del proceso de designación, especialmente en lo referente a la combinación de criterios que han de ser tenidos en cuenta y que busca, en definitiva, un reparto equilibrado de las designaciones⁵⁹.

Se hace preciso que el designado acredite, al tiempo de su aceptación, tener suscrito un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente (art. 29.1 LC); debe comunicar al Juzgado una dirección electrónica además de la postal (art. 29.4 LC) y, asimismo, señalar un despacho u oficina para el ejercicio de su cargo en alguna localidad del ámbito de competencia territorial del juzgado (art. 31 LC).

El sistema de listas de profesionales disponibles es objeto de modificaciones (art. 27.3 LC), a la vez que se incorporan determinados criterios para la elección de los Administradores concursales por el Juez (art. 27.4 y 27.5 LC).

Las normas sobre retribución (art. 34 LC), ejercicio del cargo (art. 35 LC) y responsabilidad (art. 36 LC) se adaptan al nuevo modelo de Administración concursal unipersonal, pero olvidando en ocasiones que el órgano también podrá ser bimembre, lo que origina problemas interpretativos que antes no existían⁶⁰.

segundo, LC). Cuando el nombramiento de administrador concursal recaiga en una persona jurídica, ésta, al aceptar el cargo, deberá comunicar la identidad de la persona natural que haya de representarla en el ejercicio de su cargo, que tendrá que reunir alguna de las condiciones profesionales de los números 1º y 2º del art. 27.1 LC –Abogado, economista, titulado mercantil o auditor de cuentas con cinco años de experiencia profesional- (art. 30.1 LC).

OLIVENCIA RUIZ, M., en “La reforma de la Ley Concursal”. Op. cit. Pg. 22. Considera el autor que, en relación con la persona jurídica administradora, como es la sociedad profesional, la reforma «introduce un factor de conflicto corporativo, razón por la que, tras el frustrado Anteproyecto de 1983, fue desechada en el movimiento de reforma. Se trata de una solución arriesgada y no la consideraré una mejora hasta que la práctica así lo demuestre».

⁵⁹ QUIJANO GONZÁLEZ, J. “La Administración concursal”, en *El concurso de acreedores*, AAVV, PULGAR EZQUERRA, J. (dir.). Las Rozas (La Ley). 2012. Pgs. 213 a 215.

⁶⁰ JUAN Y MATEU, F. “La Administración Concursal” en *Tratado práctico del Derecho concursal y su reforma*, MARTÍNEZ SANZ, F. (dir.) y PUETZ, A. (coord.). Madrid (Tecnos). 2012. Pg. 172.

La LC prevé el nombramiento de *Auxiliares delegados*, sujetos a las limitaciones fijadas para el Administrador concursal y a su régimen de separación y recusación (art. 32 LC), como mecanismo de ayuda al Administrador unipersonal cuando la complejidad del concurso lo haga preciso, introduciéndose como novedad, por la Ley 38/2011, la posibilidad de que el Juez los nombre de oficio, previéndose su nombramiento obligatoriamente en determinados casos (art. 32.1, párrafo tercero, LC). Otro supuesto de colaboración lo forman los *Expertos independientes* (a quienes les será de aplicación el régimen de incapacidades, incompatibilidades, prohibiciones, recusación y responsabilidad establecido para los Administradores concursales), encargados de estimar los valores de bienes y derechos de la masa activa y la viabilidad de las acciones de reintegración de la masa (art. 83 LC).

En materia relativa al ejercicio del cargo, la Ley fija el patrón de conducta al que habrán de sujetarse los Administradores concursales y Auxiliares delegados en su desempeño, exigiendo la observancia de “*la diligencia de un ordenado administrador y de un representante leal*”. Para el caso de Administración colegiada, las funciones se ejercerán de forma conjunta y en caso de disconformidad en la toma de decisiones resolverá el Juez, quien fiscalizará el correcto desempeño del cargo en interés del concurso mediante su constante supervisión. Las resoluciones judiciales que se dicten para resolver todas estas cuestiones revestirán la forma de auto, contra el que no cabrá recurso alguno, ni podrá plantearse tampoco incidente concursal sobre la materia resuelta (art. 35 LC).

Pero la reforma operada por la Ley 38/2011, como ya se ha dicho, no es la última que ha afectado al régimen de la Administración concursal. El texto de la norma ha experimentado una posterior reforma por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, que tampoco será la última, ya que, por una parte, su disposición transitoria 2ª encomienda al Gobierno el desarrollo reglamentario de algunas cuestiones y, por otra parte, determinados preceptos introducidos ya en el texto de la Ley no entrarán en vigor hasta que lo haga el desarrollo reglamentario previsto. Se difiere hasta dicho momento, por tanto, la puesta en funcionamiento de este nuevo sistema de Administración concursal, pero se estima conveniente hacer una referencia, siquiera sea somera, al nuevo texto, ya que es el que figura plasmado en la Ley.

El apartado IV del Preámbulo de la Ley 17/2014 trata de explicar, en el ámbito programático, la finalidad y el alcance de las modificaciones que se introducen, distinguiendo para ello tres partes:

- Se establecen las directrices que deberán guiar el nuevo sistema de requisitos para ejercer como Administrador concursal, pretendiendo

asegurar que las personas que desempeñen sus funciones cuenten con las aptitudes y conocimientos suficientes (art. 27 LC). Destacan dos grandes novedades:

- La posibilidad de exigir la superación de pruebas o cursos específicos. El método del proceso de selección cualificado se deja para el desarrollo reglamentario venidero, limitándose el legislador a orientar dicho desarrollo previendo la opción entre dos posibilidades: bien la realización de cursos específicos, bien la superación de pruebas de acceso selectivas⁶¹.
 - La creación de una sección cuarta de Administradores concursales y Auxiliares delegados en el Registro Público Concursal, donde deberán inscribirse todas las personas (físicas y jurídicas) que cumplan con los requisitos que se exijan, especificando el ámbito territorial en el que estén dispuestas a ejercer sus labores de Administración concursal. Esta sección cuarta sustituirá a las actuales listas en los decanatos de los juzgados.
- Se reforma el sistema de designación de la Administración concursal, cuyo funcionamiento será desarrollado mediante reglamento. Se tomará en cuenta, por una parte, la relación de profesionales inscritos en la nueva sección cuarta de Administradores concursales y Auxiliares delegados del Registro Público Concursal. Por otra parte, se atenderá a la clasificación de los concursos en función de su tamaño –pequeño, mediano y grande-, si bien la norma no establece en absoluto la delimitación entre ellos, ni tampoco los criterios que el futuro desarrollo reglamentario debe observar para fijar los límites de cada clase.

En materia de selección de profesionales decae en gran medida la potestad discrecional del Juez del concurso y se sustituye por la designación mediante el sistema de nombramiento secuencial por lista corrida (art. 27.5 LC)⁶².

Añade el texto preambular que se recopilan en el nuevo artículo (33 LC) las funciones que los Administradores ya tenían atribuidas en la Ley, indicando que deberán ejercerse atendiendo a las singularidades propias de cada tipo de procedimiento y en función de la concreta fase concursal

⁶¹ VILLENA CORTÉS, B. Comentarios al art. 27 en AAVV MACÍAS CASTILLO, A. y JUEGA CUESTA, R. (Coord.) *Ley Concursal Comentada*. Op. cit. Pgs. 142 y 143.

⁶² VILLENA CORTÉS, B. Comentarios al art. 27 en AAVV MACÍAS CASTILLO, A. y JUEGA CUESTA, R. (Coord.) *Ley Concursal Comentada*. Op. cit. Pg. 142.

a las que resulten de aplicación. Olvida el neófito Legislador⁶³ que las tareas de Administración concursal ya se venían desempeñando de esta forma desde la puesta en funcionamiento del órgano, allá por el mes de septiembre de 2004, sin necesidad de esta esta impropia y conminativa enumeración.

- Se introducen modificaciones en los principios rectores de la remuneración de la Administración concursal, incorporando el principio de eficiencia, a fin de asegurar, pretendidamente, que la remuneración del órgano tenga en cuenta la calidad y los resultados de su trabajo [art. 34.2.d) LC]. Con ello, se persigue que el arancel no solo sea un mecanismo de retribución, sino también de incentivos, en aras a fomentar la calidad, diligencia y agilidad de la Administración concursal, elevando de esta forma las tres cualidades retributivas a la categoría de principios rectores del funcionamiento de la Administración concursal.

Sistemáticamente, a la ya mencionada supresión del art. 27.bis se añade la del antiguo art. 31 (relativo a las especialidades de la aceptación del cargo). Los antiguos artículos 32 y 33 quedan reenumerados como artículos 31 y 32 (artículo único, apartado 7). Se añade un nuevo Capítulo II, denominado “Funciones de los administradores concursales”, integrado por el nuevo artículo 33 (art. único, apartado 8). Todas estas modificaciones están en vigor desde el pasado 2/10/2014. El Capítulo III, dedicado a la regulación del estatuto de la Administración concursal, ha recibido su nueva numeración por el artículo único, apartado 9, de la Ley 17/2014. Mientras que la modificación del art. 34, en materia de retribución, no entrará en vigor hasta que lo haga su desarrollo reglamentario (artículo único, apartado 10), las referidas al art. 35, sobre la separación, están en vigor desde el pasado día 2/10/2014 (art. único, apartado 11).

A la espera del desarrollo reglamentario previsto, quedaba la regulación de la Administración concursal diseñada en los términos anteriormente expuestos. Pero la Ley 40/2015, de 1 de octubre⁶⁴, en su Disposición final quinta, ha vuelto a modificar determinados preceptos de la LC, entre los que se incluyen el art. 34.ter y el 34.quater.2, relativos a la cuenta de garantía arancelaria, que habrá de gestionar el Ministerio de Justicia (ya sea directamente o a través de terceros) y se nutrirá «*de las*

⁶³ En referencia al Ministerio de Economía, incorporado a las tareas de la reforma de la LC, cuyo inconfundible trazo queda de manifiesto en la redacción conminativa de la norma. Conminativa, en el sentido de su tercera acepción del Diccionario de la Real Academia Española, relativa al Derecho: «*Dicho de la autoridad: Requerir a alguien el cumplimiento de un mandato, bajo pena o sanción determinada.*»

⁶⁴ Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (BOE de 2/10/2015). Vigencia, 2/10/2016.

aportaciones que corresponden a los administradores concursales»⁶⁵, previéndose un nuevo sistema sancionador que castigará los incumplimientos relativos a la obligación de aportar de los Administradores concursales con la baja en la sección cuarta del Registro Público Concursal, a efectos del nombramiento (art. 34.ter.4 LC). El apartado 2 de la Disposición final decimoctava de la Ley 40/2015 prevé la entrada en vigor de estas modificaciones de la LC «*el día siguiente al de su publicación*» en el BOE, es decir, el 3/10/2015. Pero la falta de creación material de la cuenta de garantía arancelaria atenúa el rigor de dicha previsión legal.

d) *Principio de atenuación de los efectos del concurso.*

La declaración de concurso no comporta, por sí misma, el desapoderamiento o inhabilitación del deudor, ni la ocupación de los bienes que integran su patrimonio. En el caso del deudor persona jurídica, tampoco produce su extinción, ni obliga a su disolución o liquidación. Se atenúan los efectos que tradicionalmente producía el procedimiento, limitándolos a aquéllos que resultan funcionales para la marcha del mismo, razón por la cual las limitaciones a las facultades patrimoniales del deudor no tienen carácter represivo sino que se orientan a la protección de los intereses de los acreedores, beneficiando la normal tramitación del procedimiento. La Ley opta por una configuración flexible de la materia, de modo que la declaración de concurso no producirá siempre los mismos efectos patrimoniales ni personales, permitiendo al Juez optar por uno u otro sistema (intervención o suspensión) atendiendo a las circunstancias del caso concreto, al declarar el concurso⁶⁶. Esta flexibilidad no alcanza al concurso de la herencia, en la que se acordará el régimen de suspensión y sustitución, en todo caso (art. 40.5 LC).

La LC dedica todo el Título III (arts. 40 a 73, ambos inclusive) a los efectos de la declaración de concurso, que se producen por virtud del auto (que convierte un estado económico en estado jurídico) y de inmediato, pues será ejecutivo aunque no sea firme⁶⁷.

i) La declaración del concurso de acreedores limita (interviene o suspende) el ejercicio de las facultades patrimoniales del concursado

⁶⁵ La redacción parece dar a entender que las aportaciones que «*corresponden a los administradores concursales*» podrían coexistir con otras aportaciones procedentes de otra fuente.

⁶⁶ COLINO MEDIAVILLA, J.L. “Los efectos de la declaración del concurso”, en *El concurso de acreedores*, AAVV, PULGAR EZQUERRA, J. (dir.). Op. cit. Pg. 243.

⁶⁷ MAIRATA LAVIÑA, J. “Los efectos del concurso en la Ley Concursal”, en AAVV Derecho Concursal. Estudio Sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la Reforma Concursal. Op. cit. Pg. 280.

(art. 40 LC) y le impone específicos deberes de colaboración con los órganos concursales que pueden desembocar en la limitación de alguno de sus derechos fundamentales (arts. 41 y 42 LC)⁶⁸.

ii) Se atenúan los efectos del incumplimiento por el deudor de las limitaciones que le fueran impuestas, pasando de la sanción de nulidad a la de anulabilidad, de modo que podrán quedar sin efecto o ser confirmados si resultaran favorables. Los actos del deudor podrán ser anulados a instancia de la Administración concursal; los acreedores y la contraparte del concursado en la relación contractual afectada por la infracción podrá requerir a la Administración concursal que se pronuncie acerca del ejercicio de la correspondiente acción o de la convalidación o confirmación del acto. La acción de anulación se tramitará, en su caso, por los cauces del incidente concursal y caducará por el transcurso de un mes desde la fecha del requerimiento hecho a la Administración concursal, sin que ésta hubiera contestado y, en cualquier caso, con la conclusión del concurso (art. 40.7 LC). La inhabilitación (general en el anterior sistema de la quiebra) se reserva ahora para los supuestos de concurso calificado como culpable (art. 172.2.2º LC).

iii) Se atenúan igualmente las limitaciones a la libertad del deudor. La regulación de los efectos de la declaración de concurso sobre los derechos fundamentales del deudor ha eliminado la tradicional función represiva, limitándose a lo necesario para el mejor desarrollo del procedimiento y la mejor defensa del interés del concurso, estableciendo un alto grado de garantías para el deudor, mediante la exigencia de requisitos y motivación especiales para la adopción de medidas restrictivas y confiriéndose al Juez la facultad de graduarlas, en función de lo que reclame el caso concreto⁶⁹.

La LC establece la obligación del deudor de colaborar activamente en todo lo necesario o conveniente para el interés del concurso (art. 42.1 LC), y para asegurar su cumplimiento puede el Juez acordar la limitación de alguno de sus derechos fundamentales (intervención de las comunicaciones, la imposición del deber de residencia y la entrada en su domicilio). Por afectar a los derechos y libertades fundamentales del concursado, la materia se regula en la Ley Orgánica para la Reforma Concursal y persigue facilitar el desarrollo del concurso como procedimiento dirigido a la satisfacción de los acreedores, por lo que las mencionadas limitaciones sólo podrán acordarse cuando sean imprescindibles para la consecución del mencionado objetivo y con los

⁶⁸ ROJO, A. y BELTRÁN, E. "Lección 44. Los efectos del concurso de acreedores", en AAVV, MENÉNDEZ, A. y ROJO, A. (dirs). *Lecciones de Derecho Mercantil*, volumen II, décima edición. Op. cit., pg. 441.

⁶⁹ COLINO MEDIAVILLA, J.L. "Los efectos de la declaración del concurso", en *El concurso de acreedores*, AAVV, PULGAR EZQUERRA, J. (dir.). Op. cit. Pgs. 245 y 246.

requisitos marcados por la doctrina del Tribunal Constitucional⁷⁰ y por la Ley.

Su adopción por el Juez del concurso exige audiencia previa del Ministerio Fiscal, a quien le corresponde velar por el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas (art. 3.3 EOMF), pero no la del deudor concursado.

iv) Se elimina el sistema de retroacción absoluta, sustituyéndolo por un sistema de reintegración destinado a rescindir los actos perjudiciales para la masa activa, reintegrando los bienes que salieron de ella indebidamente (arts. 71 a 73 LC).

v) Se atenúan, finalmente, los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos, pues, como regla general, la declaración de concurso no afecta a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas, ni a la facultad de resolución. Esta materia toma como referente la conveniencia o el interés de la masa, lo que permitirá, en ocasiones, la rehabilitación de contratos en vías de extinción o, incluso, ya extinguidos (arts. 68 a 70 LC).

3. El procedimiento concursal

El procedimiento de concurso de acreedores es un procedimiento civil, complejo, cuyo conocimiento está atribuido a Jueces especializados que integran los juzgados de lo mercantil, y a Jueces no especializados que conforman los Juzgados de Primera Instancia.

La *complejidad* obedece tanto a que comprende las tres manifestaciones de la función jurisdiccional (declarativa, ejecutiva y cautelar) como a que se proyecta sobre la totalidad del patrimonio del deudor y de los acreedores (procedimiento universal)⁷¹.

El carácter *universal* del proceso supone que abierto el concurso ninguna otra autoridad judicial o administrativa puede tomar decisiones

⁷⁰ Entre otras, STC de 22/01/1997 (ponente Excmo. Sr. D. Vicente Gimeno Sendra). El art. 1 LORC dispone que las medidas limitativas sólo deberán ser adoptadas conforme a los siguientes criterios: a) Que sea idónea su adopción en relación con el estado del procedimiento en el que se encuentre el concurso. b) Que se exponga de forma motivada el resultado u objetivo perseguido con la adopción de la medida. c) Que exista proporcionalidad entre la medida y el resultado u objetivo perseguido. d) Que se fije el tiempo máximo de duración de la medida, el cual no podrá exceder del estrictamente necesario para alcanzar su objetivo.

⁷¹ ROJO, A. y BELTRÁN E. "Lección 42. Regulación jurídica de la insolvencia. La legislación concursal", en AAVV MENÉNDEZ, A. y ROJO, A. (directores). *Lecciones de Derecho Mercantil*, volumen II, décima edición. Op. cit., pg. 418.

ejecutivas o proseguirlas contra el patrimonio del deudor, y todas las acciones con contenido patrimonial deben resolverse, y, desde, luego, ejecutarse, en sede concursal. La Ley Concursal dibuja un efecto preponderante del concurso sobre todos los demás litigios que tengan que ver con el patrimonio del deudor concursado, de una amplitud y rigor nunca conocido en nuestra legislación⁷². Es esta universalidad en el círculo de los interesados la causa eficiente –una de ellas- de que las resoluciones que recaigan en el concurso hayan de tener carácter constitutivo⁷³.

La LC dedica el Título VIII⁷⁴ a la regulación general de la materia procesal que opera en el procedimiento concursal, inspirada, según reza la Exposición de Motivos⁷⁵, por la flexibilidad, que se combina con las características de rapidez y simplicidad, así como la supletoriedad de la LEC. La finalidad que se persigue es la de reconducir la complejidad del concurso a un procedimiento que permita su más pronta, eficaz y económica tramitación, sin merma de las garantías que exige la tutela judicial efectiva de todos los interesados, para dar cumplimiento a la finalidad prioritaria del concurso que es la satisfacción de los acreedores. El Título VIII se divide en cinco capítulos relativos a las siguientes materias: tramitación del procedimiento, el procedimiento abreviado, el incidente concursal, el sistema de recursos y el Registro de Resoluciones Concursales.

Los preceptos que lo integran tienen un contenido estrictamente procesal. Pero con ellos no se agota la dimensión procesal del concurso, que es mucho más amplia⁷⁶, pudiendo localizarse a lo largo del texto de la LC, dispersos, múltiples preceptos de carácter procesal, no debiendo olvidarse que el procedimiento concursal es, en esencia, una institución procesal en todo su conjunto. Ni la Ley 38/2011, ni el RD Ley 3/2009 afrontaron una revisión unitaria de los temas procesales de la LC sino que se limitaron a introducir un conjunto de medidas que han afectado a aspectos concretos cuyo tratamiento normativo se había revelado más inconveniente⁷⁷ *«a la vista de la corta pero intensa experiencia y*

⁷² CONS GARCÍA, F. J. “El juez y el procedimiento de concurso”. Estudios de Derecho Judicial. Op. cit. Pg. 94. La rotundidad de las afirmaciones encuentra poderosos matices en la regulación contenida en el art. 55.1 LC, potenciados por la reforma llevada a cabo por la Ley 38/2011.

⁷³ FAIRÉN GUILLÉN, V. “Recuerdo de «sumariedad» y «plenariedad» en la Ley Concursal de 2003”. Revista de Derecho Procesal. Edita R.I.D.P., S.L. 2006. Pg. 251.

⁷⁴ Título VIII “De las normas procesales generales, del procedimiento abreviado y del sistema de recursos. Arts. 183 a 198 LC.”

⁷⁵ Exposición de Motivos, apartado X, párrafo primero.

⁷⁶ CORDÓN MORENO, F. “Aspectos procesales de la reforma concursal” en AAVV *El concurso de acreedores*, AAVV, PULGAR EZQUERRA, J. (dir.). Op. cit. Pg. 643.

⁷⁷ CORDÓN MORENO, F. “Aspectos procesales de la reforma concursal” en AAVV *El concurso de acreedores*, AAVV, PULGAR EZQUERRA, J. (dir.). Op. cit. Pg. 644.

aplicación de la Ley 22/2003, del Derecho Comparado y de su evolución» (Preámbulo Ley 38/2011, apartado II).

El procedimiento concursal se compone de *dos fases sucesivas*: la primera, denominada *fase común*, destinada básicamente a la determinación de las masas activa y pasiva; la segunda, de contenido alternativo, se integra bien con la *fase de convenio*, bien con la *liquidación*, constituyéndose ambas en las soluciones legalmente previstas para el concurso de acreedores. La fase común se extiende desde el auto de declaración de concurso hasta la consolidación del texto definitivo del informe concursal (que comprende inventario y lista de acreedores), aunque no existe una resolución judicial que formalmente declare su finalización. La apertura de la fase de convenio o liquidación tiene lugar, sin embargo, mediante resolución judicial en forma de auto (arts. 111.1 y 142 LC)⁷⁸. No obstante lo anterior, el concurso puede quedar integrado por una única fase (común) en los supuestos de admisión a trámite y posterior aprobación, por sentencia, de una propuesta anticipada de convenio (arts. 104.1, 106.1 y 109.2 LC). Es posible, igualmente, que quede integrado por tres fases (común, convenio y liquidación) cuando, abierta la fase de convenio, bien no se presente propuesta, bien la propuesta presentada no reúna adhesiones suficientes, bien la propuesta aceptada por los acreedores no sea aprobada por el Juez o bien se declare la nulidad o incumplimiento del convenio aprobado⁷⁹. En todos estos casos el Juez del concurso dictará auto declarando de oficio la apertura de la fase de liquidación (art. 143 LC).

En contraposición al resto de procedimientos, ya sean declarativos o ejecutivos, en los que las actuaciones siguen un curso rectilíneo, el concurso presenta varias líneas de avance, ordenándose en las distintas «*secciones*» del procedimiento, cada una con el contenido que determina la Ley, y estas «*secciones*» se estructuran, a su vez, en las «*piezas separadas*» que sean necesarias o convenientes (art. 183 LC)⁸⁰. En las distintas secciones se dispondrán también las actuaciones

⁷⁸ ROJO, A. y BELTRÁN E. “Lección 42. Regulación jurídica de la insolvencia. La legislación concursal”, en AAVV MENÉNDEZ, A. y ROJO, A. (directores). *Lecciones de Derecho Mercantil*, volumen II, décima edición. Op. cit., pg. 418.

⁷⁹ ROJO, A. “El Derecho Concursal (capítulo 91)”, en URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; APARICIO GONZÁLEZ, M^a.L. (coord.), *Curso de Derecho Mercantil. Tomo II*. Op. cit. Pg. 905.

⁸⁰ Como señala MALDONADO RAMOS, J., “Panorama de la Ley Concursal”, *Revista de Derecho Procesal*, número 1-3, 2003, pg. 442 (con cita de GUASP, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1956, pg. 1004), en el caso del concurso *no estamos ante un procedimiento de desenvolvimiento único, sino de desenvolvimiento simultáneo, «en hilos distintos de tramitación que incluso se documentan por separado», por lo que la división en piezas se extiende a todo el desarrollo del procedimiento.*

correspondientes a los posibles incidentes concursales que se promuevan durante la sustanciación del procedimiento (art. 192.1 LC)⁸¹.

Firme el auto que declare el cumplimiento del convenio, o una vez finalizada la liquidación, el procedimiento concursal terminará con el auto de conclusión del concurso que dictará el Juez (art. 176.1.2º LC).

A) Principios generales del procedimiento concursal

a) Impulso procesal de oficio.

La Ley Concursal (art. 186.1) extiende al concurso de acreedores el impulso de oficio, que es la regla general de nuestro sistema procesal (arts. 237 LOPJ y 179.1 LEC; en ambos casos se recurre al enunciado “salvo que la ley disponga otra cosa” como expresión de generalidad), función que se atribuye al Letrado de la Administración de Justicia⁸². El precepto no aporta nada nuevo, constituyendo una innecesaria repetición de lo ya previsto con carácter general tanto por la LOPJ como por la LEC.

El tenor literal del precepto señala que la observancia del principio se producirá una vez “*declarado el concurso*”, ya que lo que no cabe es que recaiga dicha declaración de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, por lo que cabe inferir que el legislador tiene interés en este punto en distinguir la incoación del procedimiento a instancia de parte y el impulso de oficio del procedimiento ya declarado.

La Ley no contiene previsión alguna al respecto de la suspensión convencional del procedimiento pero habida cuenta de las implicaciones que la declaración de concurso tiene en el interés general, en cuanto la crisis económica del deudor compromete la seguridad del crédito, no parece que aquélla sea viable en el sistema concursal⁸³.

Tampoco la LC se pronuncia sobre la caducidad de la instancia en las actuaciones concursales pero, bajo el prisma del impulso procesal de

⁸¹ ROJO, A. y BELTRÁN E. “Lección 42. Regulación jurídica de la insolvencia. La legislación concursal”, en AAVV MENÉNDEZ, A. y ROJO, A. (directores). *Lecciones de Derecho Mercantil*, volumen II, décima edición. Op. cit., pg. 420.

⁸² La Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE 22/07/2015), vigencia: 1/10/2015, introduce modificaciones en el Libro V de la Ley por virtud de las cuales el Cuerpo de Secretarios Judiciales pasa a denominarse Cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia (arts. 440 y ss).

⁸³ SENÉS MOTILLA, C. “La Ley Concursal. XVIII. Número especial 2004”. *Revista del Poder Judicial*. Dir. ROJO, Á. Consejo General del Poder Judicial. Centro de Documentación Judicial. Pg. 580.

oficio, la inactividad de deudor concursado y acreedores no parece que haya de llevar aparejada la caducidad⁸⁴.

La renuncia y el desistimiento no guardan relación con la “*sustanciación de oficio*”; mientras que aquéllas se estudian en el marco del principio dispositivo, la segunda se refiere a las facultades de dirección procesal⁸⁵.

Se incluye también el carácter no suspensivo de los incidentes concursales salvo que el Juez acuerde excepcionalmente lo contrario. Se denuncia la incorrecta ubicación sistemática del precepto (art. 186.2 LC), pues unos pocos artículos después (arts. 192 a 196 LC) se encuentra la regulación del incidente concursal y parece éste el lugar más adecuado para disciplinar la materia⁸⁶.

Finalmente, prescribe la Ley que cuando no se establezca plazo para dictar las resoluciones judiciales, éstas deberán dictarse sin dilación (lo que constituye mera repetición de la norma contenida en el art. 132.2 LEC).

b) *Comparecencia y representación.*

En todas las secciones del concurso serán reconocidos como parte, sin necesidad de comparecencia en forma, el deudor y la Administración concursal. El Fondo de Garantía Salarial deberá ser citado como parte cuando del proceso pudiera derivarse su responsabilidad para el abono de salarios e indemnizaciones de los trabajadores. En la sección sexta será parte, además, el Ministerio Fiscal (art. 184.1 LC). Se les deberá notificar, por tanto, todas las resoluciones que se dicten y escritos que presente cualquier parte.

El *deudor* actuará siempre representado por Procurador y asistido de Letrado. Cuando se trate de actuaciones de carácter laboral, el deudor podrá confiar su representación a graduado social. La Administración concursal, sin embargo, será oída siempre sin necesidad de comparecencia en forma, pero cuando intervenga en recursos o incidentes deberá hacerlo asistida de Letrado, entendiéndose que la dirección técnica para tales actuaciones está incluida entre las funciones del Letrado miembro de la Administración concursal (art. 184.5 LC). Cuando el designado como Administrador concursal no tenga la

⁸⁴ SENÉS MOTILLA, C. “La Ley Concursal. XVIII. Número especial 2004”. Op. cit. Pg. 580.

⁸⁵ HOLGADO ESTEBAN, J. Comentarios al artículo 186 LC, en *Proceso concursal*, AAVV. Op. cit. Pg. 971.

⁸⁶ HOLGADO ESTEBAN, J. Comentarios al artículo 186 LC, en *Proceso concursal*, AAVV. Op. cit. Pg. 972.

condición de Letrado, será necesario designar Abogado que asuma con carácter general la defensa de la Administración concursal en todo tipo de incidentes y recursos. De acuerdo con la literalidad del precepto, se deroga la norma general de los arts. 23 y siguientes LEC, pudiendo concluirse que el alcance de la exoneración de comparecencia mediante Procurador alcanza todas las instancias del procedimiento y no únicamente a las actuaciones ante el Juzgado de lo Mercantil.

Los acreedores y demás legitimados habrán de comparecer en forma (Procurador y Abogado) para intervenir en el proceso, sin perjuicio de que podrán comunicar créditos, formular alegaciones y asistir e intervenir en la Junta de acreedores sin necesidad de representación y defensa técnica (art. 184.3 LC). Constituye una importante novedad en la LC la posibilidad de que los acreedores puedan examinar los autos en lo que afecte a sus créditos, sin necesidad de personarse en el procedimiento.

c) Extensión de las facultades del Juez del concurso.

Reiterando lo dispuesto en la LEC y LOPJ (arts. 131.1 LEC y 275 LOPJ), el Juez podrá habilitar días y horas inhábiles para la práctica de diligencias urgentes en beneficio del concurso, así como realizar actuaciones de prueba fuera de su ámbito de competencia territorial, cuando no perjudique la competencia del Juez natural y venga justificado por razones de economía procesal (art. 187 LC)⁸⁷. La previsión legal resulta redundante e innecesaria, pues el carácter supletorio de la LEC en el proceso concursal no admite discusión.

La habilitación no es automática, pues exige la concurrencia de dos requisitos: urgencia y beneficio para el concurso. La competencia para acordar la habilitación corresponde tanto al Juez como al Letrado de la Administración de Justicia, si bien este último solo podrá acordarla cuando la actuación procesal fuera ordenada por el Juez, o se tratara de dar cumplimiento a las resoluciones dictadas por éste. Y podrá acordarse de oficio o a instancia de parte⁸⁸.

⁸⁷ ROMERO SANZ DE MADRID, C. *Derecho Concursal*. Op. cit., (pgs. 302 y 303).

⁸⁸ Sentencia Juzgado Mercantil nº 1 A Coruña, de fecha 24/07/2008. Fundamento de Derecho Sexto: «A los solos efectos de posibilitar la aceptación inmediata de los administradores concursales – al menos del abogado y acreedor, puesto que el designado por la CNMV conforme al artículo 27 2 1º. LC no precisa aceptación en el Juzgado si recae en personal técnico del mencionado organismo regulador, artículo 27.4 LC- se habilitará el mes de agosto, en consideración a la **urgencia** que impone la intervención de los actos de administración y disposición patrimonial de la entidad de la concursada, para facilitar así la continuidad de la empresa conforme lo previsto en el artículo 44 de la Ley». (Negritas propias).

La posibilidad de que el Juez del concurso pueda realizar actuaciones de prueba fuera del ámbito de su competencia territorial encuentra su fundamento en motivos de necesidad o conveniencia para la buena administración de justicia⁸⁹.

d) *Carácter no suspensivo de determinadas instituciones procesales.*

La LC procura la más pronta, eficaz y económica tramitación del procedimiento, sin merma de garantías, para lo que se establece la privación del efecto suspensivo de las siguientes instituciones procesales:

i) La prejudicialidad penal.

La LC prohíbe la suspensión del procedimiento concursal por prejudicialidad penal (art. 189.1 LC), lo que constituye excepción al principio de suspensión del proceso civil por prejudicialidad penal (arts. 40.2 y 569.1 LEC, respecto de los procesos declarativo y de ejecución, y art. 10.2 LOPJ, en general⁹⁰). En todo caso, la independencia funcional del procedimiento concursal y el proceso penal no obsta la interconexión que pueda existir entre ambos (arts. 189.2 y 4 LC, así como el 40.1 LEC)⁹¹.

ii) Los incidentes concursales.

La LC excluye el efecto suspensivo de los incidentes que se planteen durante la sustanciación del procedimiento concursal (arts. 186.2 y 192.2 LC).

Como excepción, la LC admite la posibilidad de que el Juez acuerde la suspensión del procedimiento hasta la resolución del incidente. Esta facultad judicial tiene carácter excepcional. La

⁸⁹ SANTOS MARTÍNEZ, A.M. Comentarios al artículo 187 LC, en *Proceso concursal*, AAVV. Op. cit. Pg. 974 Y 975.

⁹⁰ Auto Audiencia Provincial de Madrid, sección 28ª, de fecha 4/07/2008: «*Como ha puesto de manifiesto la doctrina más autorizada, la previsión del art. 189.1 de la Ley Concursal constituye una de las excepciones genéricamente previstas en el último inciso del art. 10.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial al principio general de que «la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta determinará la suspensión del procedimiento mientras aquella no sea resuelta por los órganos penales a quienes corresponda», sin perjuicio de la competencia exclusiva del juez penal para declarar la existencia del delito y la responsabilidad criminal. La privación del efecto suspensivo de la prejudicialidad penal se fundamenta en los principios informadores del nuevo sistema concursal, en particular en el principio de celeridad, esto es, en la fluida tramitación del concurso en aras de la pronta satisfacción de los acreedores».*

⁹¹ SENÉS MOTILLA, C. "La Ley Concursal. XVIII. Número especial 2004". Revista del Poder Judicial. Op. cit. Pgs. 582 y 583.

excepcionalidad como criterio para acordar la suspensión conlleva la interpretación restrictiva de aquella facultad⁹².

La suspensión del procedimiento concursal que prevé la Ley (art. 186.2 LC) difiere de la suspensión de actuaciones concretas que se contempla en la regulación del incidente concursal (art. 192.2 LC). En este caso, la suspensión podrá ser acordada de oficio o a instancia de parte y deberá ser acorde con la tutela jurisdiccional que se solicite en la demanda.

iii) El régimen de recursos.

La ágil tramitación del procedimiento concursal pretendida por el legislador tiene también reflejo en el régimen de recursos con el objeto de que el uso de aquéllos no pueda interrumpir y dilatar la sustanciación del concurso. En general, la admisión del recurso de apelación *carece de efectos suspensivos*. Únicamente, cuando exista motivo para ello y así se razone por el Juez del concurso, se podrá acordar la suspensión de las actuaciones afectadas⁹³, lo que exige también concreción de las actuaciones influidas por el efecto suspensivo acordado⁹⁴.

Tras las últimas reformas legales, como consecuencia de haberse unificado –con la Ley de Medidas de Agilización Procesal– los trámites de preparación e interposición del recurso de apelación, su decisión podrá ser revisada por la Audiencia Provincial a solicitud de parte formulada mediante escrito presentado ante aquélla en los cinco días siguientes a la notificación de la decisión del Juez del concurso. En tal caso, la cuestión habría de ser resuelta con carácter previo del fondo del asunto⁹⁵.

e) El procedimiento abreviado.

Como ya se expuso anteriormente, el procedimiento concursal es único. Ahora bien, la unidad del procedimiento no impide la existencia de algunas especialidades, que son aglutinadas por la Ley bajo la denominación de «*procedimiento abreviado*» y las contrapone al

⁹² CORDÓN MORENO, F. “Los aspectos procesales del concurso” en AAVV Derecho Concursal. Estudio Sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la Reforma Concursal. Op. cit. Pg. 600.

⁹³ Art. 197.6 LC: «*El juez del concurso, de oficio o a instancia de parte, podrá acordar motivadamente al admitir el recurso de apelación la suspensión de aquellas actuaciones que puedan verse afectadas por su resolución.*»

⁹⁴ SANTOS MARTÍNEZ, A.M. Comentarios al artículo 197 LC, en *Proceso concursal*, AAVV. Op. cit. Pgs. 1.011 y 1.012.

⁹⁵ CORDÓN MORENO, F. “Aspectos procesales de la reforma concursal” en AAVV *El concurso de acreedores*, AAVV, PULGAR EZQUERRA, J. (dir.). Op. cit. Pg. 668.

«*procedimiento ordinario*». En realidad, no dejan de ser meras especialidades en el marco del único procedimiento concursal existente.

La mayoría de las especialidades del procedimiento abreviado consisten en la simplificación de plazos y trámites, y son aplicables a todos los casos que integran su ámbito de aplicación (art. 190 LC). Otras especialidades son específicas para los casos de solicitud de concurso con presentación de propuesta de convenio (art. 191.bis LC) o con propuesta de liquidación (art. 191.ter LC). En defecto de especialidad prevista por la Ley, serán de aplicación las normas del procedimiento ordinario (art. 191.quáter LC)⁹⁶.

El Juez, de oficio, a requerimiento del deudor, de la Administración concursal o de cualquier acreedor, podrá, en cualquier momento, transformar un procedimiento abreviado en ordinario o viceversa (art. 190.4 LC), a la vista de la modificación de las circunstancias tomadas en consideración en el auto de declaración de concurso para decidir sobre el procedimiento a seguir, y atendiendo a la mayor o menor complejidad del concurso.

⁹⁶ ROJO, A. y BELTRÁN E. "Lección 42. Regulación jurídica de la insolvencia. La legislación concursal", en AAVV MENÉNDEZ, A. y ROJO, A. (directores). *Lecciones de Derecho Mercantil*, volumen II, décima edición. Op. cit. Pgs. 420 y 421.

CAPÍTULO II. EL INCIDENTE CONCURSAL. UN PROCESO EN CONSTANTE EVOLUCIÓN

1. Nacimiento del «incidente concursal»

Como ya quedó dicho, con anterioridad a la Ley Concursal no había norma alguna que, de forma sistemática, recogiera todas las disposiciones procesales de carácter general que regulaban la materia concursal. Estas normas procesales se encontraban, por tanto, dispersas en distintas leyes.

La LC regula los principios procesales generales, un sistema de recursos totalmente nuevo y diferente del régimen aplicable al proceso civil y un cauce especial, el «incidente concursal», que carece igualmente de precedentes en nuestro Derecho. De esta forma, la LC agota la totalidad de la normativa procesal relativa al concurso de acreedores, agrupando las disposiciones de este carácter en el Título VIII de la Ley, dedicado a la regulación *de las normas procesales generales*, que, en realidad, son especialidades, más o menos justificadas, del régimen procesal contenido en la LOPJ y en la LEC, la cual tiene carácter supletorio⁹⁷ (Disposición final 5ª de la LC). Pero ello no excluye la presencia de otras normas de carácter adjetivo que quedan dispersas por el resto del articulado de la Ley, especialmente en su Título I, que contiene reglas procesales generales sobre competencia judicial y legitimación para ser parte en el proceso concursal⁹⁸.

El diseño inicial del incidente concursal, tal y como quedó configurado en la Ley 22/2003, de 9 de julio, ha evolucionado como consecuencia de las reformas operadas en el texto de esta última tanto por el Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo (BOE nº 78, de 31/03/2009), de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, como por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de Reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE nº 245, de 11 de octubre) y también por efecto de las modificaciones introducidas por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial (BOE nº 266, de 4 de noviembre). Como veremos, la,

⁹⁷ GUASP, J. y ARAGONESES, P. *Derecho procesal civil. Tomo II. Parte especial. Procesos declarativos y de ejecución. Requisitos*. Sexta edición. Editorial Aranzadi, S.A. Cizur Menor (Navarra), 2005. Pg. 765.

⁹⁸ VILLORIA RIVERA, I. (Coord.). *Aspectos procesales de carácter general*. Ediciones Francis Lefebvre, S.A. Santiago de Compostela. Pág. 122.

hasta la fecha, última reforma del incidente concursal se ha producido sin necesidad de retocar el texto de la LC, como consecuencia de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil llevada a cabo por la Ley 42/2015⁹⁹ que ha modificado, en parte, la regulación de la vista del juicio verbal y, por ende, el propio desarrollo de la vista del incidente concursal. Dichas reformas afectan, fundamentalmente, al objeto del incidente y a su tramitación, alterando el modelo inicial con los resultados que tratarán de exponerse a lo largo del presente trabajo.

Sin embargo lo anterior, los cambios referidos no necesariamente han tenido directo reflejo en los preceptos de la LC que se ocupan de modo específico de la regulación del incidente concursal, es decir, los artículos 192 a 196, que conforman el Capítulo III (“Del incidente concursal”) del Título VIII de la Ley. Las sucesivas reformas han incidido significativamente sobre el texto de otros preceptos de la LC, cuya nueva redacción entra en franca contradicción con el texto de alguno de los artículos del mencionado Título VIII, que mantienen la redacción original pese a las novedades introducidas en otras disposiciones de la Ley.

Antes de continuar se hace preciso señalar que el incidente concursal se configura con dos modalidades procesales distintas por razón de la materia sobre la que versa. Ello permite distinguir, de una parte, el incidente concursal «común», que ha de versar sobre cuestiones declarativas, de carácter civil o estrictamente concursal, que se sustancien durante el concurso de acreedores y sean competencia del Juez que conoce del mismo; y, por otra parte, el incidente concursal «laboral», en el que se tratarán de resolver aquellas cuestiones de esta índole que se planteen en el marco del procedimiento concursal y dentro del ámbito de competencia del Juez del concurso.

Esta dualidad de procedimientos, introducida en la tramitación parlamentaria en el Senado, tiene, en opinión de algún autor¹⁰⁰, muy poca justificación, particularmente si se considera que las especialidades entre uno y otro son mínimas, ya que en ambos la vista se sustancia por los trámites del juicio verbal, y las del incidente especial (laboral) es muy dudoso que puedan considerarse una mejora sobre el común, atendido que la novedad más significativa es la supresión de la contestación escrita.

Estructuralmente, el presente trabajo fija su atención en el incidente concursal «común». El denominado incidente «laboral» será

⁹⁹ Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE de 6/10/2015). Vigencia: 6/10/2015.

¹⁰⁰ GARNICA MARTÍN, J.F. “De las normas procesales generales y del sistema de recursos (Artículos 183-198 LC)”, en AAVV *Tratado judicial de la insolvencia*. Tomo II. Prendes Carril y Muñoz Paredes (dirs.). Editorial Aranzadi, S.A. Cizur Menor (Navarra), 2012. Pg. 843.

objeto de estudio en su correspondiente y específico apartado. La razón de tal proceder se encuentra en la menor atención que el legislador ha prestado a la regulación del incidente «laboral», así como a su escasa incidencia en la práctica procesal diaria de nuestros órganos jurisdiccionales, dado lo limitado de su ámbito de aplicación, siendo que el número de incidentes laborales que se han tramitado en los Juzgados mercantiles ha sido significativamente menor al de los incidentes «comunes». Ambas razones han provocado que doctrina y jurisprudencia fijen su atención, mayoritariamente, en el incidente «común», a cuyo estudio se dedicará la mayor parte de este trabajo.

A) *El incidente concursal en la Ley 22/2003, de 9 de julio*

Posiblemente la figura estrella de todo el Título VIII de la LC sea el *incidente concursal* (al que se dedica el capítulo III), que fue concebido por el legislador como pieza básica del sistema procesal con el fin de obtener una mayor eficacia del proceso concursal¹⁰¹.

Se trata de «*un procedimiento especial a través del cual se ventilarán todas las cuestiones que se susciten durante el concurso y que no tengan señalada en la ley otra tramitación distinta*»¹⁰², y ello con independencia de su naturaleza o complejidad.

El procedimiento del incidente concursal que diseña la LC se acomoda al modelo de juicio verbal con contestación escrita, aunque con notables diferencias frente al previsto en la Ley procesal civil, singularmente en lo que respecta al régimen de admisión de la demanda y reducción del plazo para la contestación (arts. 194.2 y 3)¹⁰³.

B) *Antecedentes*

Inicialmente, en el “Anteproyecto de Ley Concursal”¹⁰⁴ (presentado junto con el *Anteproyecto de Ley orgánica para la reforma Concursal*), se dedicaban dos artículos (194 y 195) a la tramitación del incidente y se

¹⁰¹ Ya desde la Exposición de Motivos, Apartado X, se configura el incidente concursal como «*pieza básica*».

¹⁰² Exposición de Motivos Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Apartado X.

¹⁰³ SENÉS MOTILLA, C. *Comentarios de la Ley Concursal. Tomo II*. ROJO, A. y BELTRÁN, E. Civitas Ediciones, S.L. Madrid, 2004. Pg. 2791.

¹⁰⁴ El *Anteproyecto de Ley Concursal*, redactado por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, fue entregado al Ministerio de Justicia el 17 de noviembre de 2000, junto con el *Anteproyecto de Ley orgánica para la reforma Concursal*.

configuró sobre la base del juicio ordinario de la LEC, pero prescindiendo del trámite de la audiencia previa.

Estos Anteproyectos fueron modificados, primero, por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia y, después, por distintos Ministerios. Con estas correcciones, los dos Anteproyectos fueron sometidos al preceptivo Informe del Consejo General del Poder Judicial (en adelante, CGPJ), y a los Dictámenes, igualmente preceptivos, del Consejo Económico y Social y del Consejo de Estado¹⁰⁵. Algunas de las observaciones formuladas por estos organismos fueron tenidas en cuenta, lo que se tradujo en nuevas modificaciones en su texto antes de ser aprobado como Proyecto de Ley Concursal por el Consejo de Ministros el día 5 de julio de 2002.

El diseño inicial del Anteproyecto de Ley Concursal ya despertó recelos y críticas en el CGPJ¹⁰⁶. En el mismo sentido, el apartado B de la Consideración Decimotercera del Dictamen del Consejo de Estado al

¹⁰⁵ El Informe del Consejo General del Poder Judicial fue aprobado por el Pleno de dicho organismo en reunión celebrada el 6/11/2001; el Dictamen del Consejo Económico y Social fue aprobado por el Pleno de este organismo en sesión celebrada el día 7/11/2001 (con el voto particular que formularon los Consejeros de UGT, CCOO Y CIG, pertenecientes al Grupo Primero, así como los Consejeros D. Miguel Rodríguez-Piñero Royo y D. Pere Margalef i Masiá, pertenecientes al Grupo Tercero); finalmente, el Dictamen del Consejo de Estado fue aprobado por la Comisión Permanente, en sesión celebrada el día 21/03/2002, por unanimidad.

¹⁰⁶ Informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley Concursal de 2000 (punto IV.7, párrafo segundo): *«De hecho la remisión al proceso ordinario que hace el Anteproyecto ... no puede entenderse sino perturbadora. La propia Ley de Enjuiciamiento Civil, en las normas sobre procesos especiales relativos a la división judicial de patrimonios (art. 787.5 y 809.2 LEC) se remite en situación análoga al juicio verbal (arts. 437 y ss.)...»*.

...
“La previsión del incidente concursal, contenida en los arts. 191 y ss¹⁰⁶ del Anteproyecto ..., mereciendo un juicio positivo en cuanto a la idea que lo inspira (evitar continuas paralizaciones del procedimiento principal), parece más acertado que se encauzara procedimentalmente por la vía del juicio verbal de la L.E.Cv., en lugar del juicio ordinario”.

“Especial atención ha de merecer las dificultades que plantea la tramitación por el incidente concursal, habida cuenta de que no tiene señalada en el Anteproyecto una tramitación diferente para lo relativo a los procedimientos declarativos laborales en los que sea parte el concursado. Las acciones laborales están sujetas a plazos de caducidad o de prescripción sumamente reducidos respecto de los civiles. Los procedimientos laborales se caracterizan por su sumariedad y perentoriedad, con modalidades procesales que atienden específicas necesidades... El régimen de recursos comprende unas modalidades también peculiares... En estas condiciones, resulta imposible pensar en que el Juez del concurso abandone durante el tiempo necesario, que puede ser más del razonable, su especializada función jurisdiccional sobre el concurso, en aplicación de la normativa mercantil, para pasar a resolver las más dispares cuestiones de interpretación de normas convencionales, estatales o autonómicas en materia laboral, en otros tantos conflictos individuales o colectivos de la empresa con sus trabajadores. El Juez del concurso, en efecto, aplicaría el procedimiento del llamado «incidente concursal»... que debe suponerse excluyente de las disposiciones de la Ley de Procedimiento Laboral, o bien cabría entender supletoriamente aplicables aquellas prevenciones de esta última que resulten imprescindibles para una adecuada tramitación del incidente... extremos sobre los que guarda silencio el Anteproyecto».

Anteproyecto de LC hacía suyas las propuestas recogidas en el Informe del CGPJ a dicho texto¹⁰⁷.

Considera algún autor¹⁰⁸ que la redacción de los arts. 194 y 195 del Anteproyecto, excepto en lo que se refería a la inadmisión a trámite del incidente, era totalmente innecesaria, bastando con la referencia al juicio ordinario de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por el Congreso de los Diputados¹⁰⁹ se mantuvo la división en dos artículos, pero efectuando en los mismos las siguientes modificaciones:

- a) Se conservó el texto del art. 194, añadiéndole un nuevo apartado 4, relativo al incidente concursal laboral en los mismos términos que el art. 195.1¹¹⁰, sin efectuar ninguna referencia en él al procedimiento a seguir en dicho incidente.
- b) Se sustituía el recurso de reposición contra el auto de inadmisión por el recurso de apelación.
- c) Se reducía a diez días el plazo de contestación a la demanda.
- d) Se modificaba el art. 195 LC, en el sentido de introducir la audiencia previa, remitiéndose para la práctica de la prueba y las conclusiones al juicio ordinario. Curiosamente, sólo se abriría el trámite de audiencia previa si se habían solicitado medidas cautelares.

Fue en el Senado donde se modificó sustancialmente dicho texto, unificando ambos artículos, con la única finalidad de dar entrada a un nuevo precepto sobre el incidente concursal en materia laboral, remitiendo a la tramitación del juicio verbal.

¹⁰⁷ Dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto de LC. Consideración Decimotercera, apartado B:

«La supletoriedad específica del incidente concursal. La regulación de ese nuevo incidente... se remite supletoriamente al juicio ordinario de la Ley de Enjuiciamiento Civil, habiendo advertido el Consejo General del Poder Judicial que, en trance de procesos especiales de división judicial, nuestra Ley Procesal Civil se remite supletoriamente al juicio verbal (artículos 787, número 5 y 809, número 2º), lo que le lleva a propugnar que esa misma regla se extienda al concurso de acreedores.

Inspirada en esa homogeneización del régimen supletorio de actuaciones de división patrimonial, estima este Consejo que tal propuesta parece digna de ser detenidamente considerada».

¹⁰⁸ SERRA DOMÍNGUEZ, M. *Comentarios a la Ley Concursal*. Tomo 3. (SAGRERA TIZÓN, J.M.; SALA REIXACS, A. y FERRER BARRIENDOS, A., Coordinadores). Editorial Bosch, S.A. Barcelona, 2004. Pg. 1920.

¹⁰⁹ Boletín Oficial de las Cortes de 11 de abril 2003, p. 582.

¹¹⁰ Se refería el autor a la redacción del art. 195.1 LC, original (que regulaba el incidente "laboral"), vigente hasta el 3/05/2010, fecha de entrada en vigor de la modificación operada en su texto por la Ley 13/2009, de 3 noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial (BOE nº 266, de 4 de noviembre).

La modificación se produjo prescindiendo del debate parlamentario que, siguiendo a SERRA DOMÍNGUEZ¹¹¹, puede resumirse en los siguientes términos:

a) Por el Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progres se formuló la enmienda 108 al art. 195.2 LC, proponiendo que la remisión se efectuara al juicio verbal lo que «simplificaría y daría mayor agilidad a los trámites»¹¹².

b) Por el Grupo Socialista se formularon las enmiendas 179, 180 y 181, proponiendo la supresión del apartado 4 del art. 194, que pasaría a ser el 194 bis para regular con carácter independiente el incidente en materia laboral; la supresión de la contestación escrita en el proceso laboral; y la remisión a la prueba y conclusiones del juicio verbal¹¹³.

c) Por el Grupo Parlamentario Convergencia i Unió se formularon las enmiendas 327 y 328, limitadas a suprimir el apartado 4 del art. 194, y formar con el mismo un nuevo apartado dedicado íntegramente al incidente concursal en materia laboral¹¹⁴.

En el debate mantenido por la Ponencia fueron rechazadas por mayoría las enmiendas 108, 179, 180 y 181, así como la enmienda 328¹¹⁵, por lo que, en principio, hubiera debido mantenerse el texto aprobado por el Congreso de los Diputados.

Pese a dicho rechazo, en el informe de la Comisión del Senado, formulada a los siete días del informe de la Ponencia¹¹⁶ se recogía, sin la menor justificación, el texto de las enmiendas rechazado por la Ponencia.

Los cambios experimentados en la regulación de este incidente a lo largo del *iter* parlamentario del Proyecto de Ley ponen de manifiesto la falta de un criterio del prelegislador a la hora de establecer el modelo procesal del mismo. Por su parte, el singular trámite parlamentario ofrece como resultado el modelo de proceso plasmado inicialmente en la Ley.

Así pues, en su diseño original, el incidente concursal estaba dotado de una regulación propia, que tomaba elementos del juicio ordinario (demanda y contestación) y del verbal (vista), adoptando la

¹¹¹ SERRA DOMÍNGUEZ, M. *Comentarios a la Ley Concursal*. Tomo 3. (SAGRERA TIZÓN, J.M.; SALA REIXACS, A. y FERRER BARRIENDOS, A., Coordinadores). Op. cit. Pgs. 1920 y 1921.

¹¹² Boletín Oficial de las Cortes de 9 de mayo de 2003, pág. 134.

¹¹³ Boletín Oficial de las Cortes de 9 de mayo de 2003, págs. 166 y 167.

¹¹⁴ Boletín Oficial de las Cortes de 9 de mayo de 2003, págs. 221 y 222.

¹¹⁵ Boletín Oficial de las Cortes de 27 de mayo de 2003, pág. 266.

¹¹⁶ Boletín Oficial de las Cortes de 4 de junio de 2003, págs. 427 y 428.

misma estructura prevista en la LEC (art. 753) para la tramitación de los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores (juicio verbal con contestación escrita a la demanda)¹¹⁷.

Acerca del carácter preceptivo de la celebración de la vista conforme a la originaria previsión del art. 194.4 LC, cabe citar la SAP Barcelona, Sección 15^a, de fecha 29/04/2009, recurso 664/2008, ponente Ilmo. Sr. Don Luis Garrido Espa, Fundamento de Derecho Segundo¹¹⁸, así como la SAP Lleida, Sección 2^a, de fecha 6/05/2010, recurso 332/2009, ponente Ilmo. Sr. D. Alberto Guilanya i Foix, Fundamento de Derecho Segundo¹¹⁹.

¹¹⁷ DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El incidente concursal*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2012. Pgs. 114-115.

¹¹⁸ SAP Barcelona, Sección 15^a, de fecha 29/04/2009, Fundamento de Derecho Segundo: «*La demanda que instaura el incidente concursal, de acuerdo con el art. 194.1 LC, ha de presentarse en la forma prevista en el art. 399 LEC, esto es, con las exigencias propias de la demanda del juicio ordinario, y a las mismas formalidades, establecidas por el art. 405 LEC, debe sujetarse la contestación a la demanda. A partir de aquí el apartado 4 del art. 194 LC remite a los trámites del juicio verbal, lo que nos sitúa en el acto de la vista regulada por el art. 443 LEC, cuyo apartado 1 dice que "la vista comenzará con exposición por el demandante de los fundamentos de lo que pida o ratificación de los expuestos en la demanda si ésta se hubiera formulado conforme a lo previsto para el juicio ordinario". El Sr. Magistrado mercantil interpretó este precepto de forma literal y aislada, permitiendo al demandante, únicamente, una intervención limitada a ratificar su demanda, sin mayor posibilidad de alegación, pese a que obviamente era de su interés comentar o replicar las justificaciones de la Administración Concursal y la documentación por ésta aportada, cuya oportunidad de impugnación debió ser, en todo caso, reconocida. El Juzgador obvió ciertos matices legales en relación con la intervención de la parte demandante en la vista, ya que, sin salir del apartado 1 del art. 443 LEC, olvidó el apartado 4 del mismo precepto, que ordena dar la palabra a las partes "para fijar con claridad los hechos relevantes en que fundamenten sus pretensiones" y fijar los hechos controvertidos o incontrovertidos, como resulta del siguiente inciso: "si no hubiere conformidad sobre ellos, se propondrán las pruebas ...". Este trámite, propiamente integrado en la vista del juicio verbal, cobra mayor relevancia si los actos alegatorios precedentes se apartan de la regulación propia del juicio verbal, como es el caso, en que a la demanda, formalmente deducida como si se tratara de un juicio ordinario, sigue la contestación en la misma forma, de modo que al acudir a la vista no sólo es el demandado quien conoce la pretensión y fundamentos del demandante, sino que éste ya ha adquirido previo conocimiento de las defensas, objeciones y justificaciones del demandado, de modo que cobra sentido en la vista un trámite contradictorio como el que tiene lugar en la audiencia previa del juicio ordinario, de conformidad con los arts. 426 y 427 LEC, debiéndose permitir a las partes, sin alterar sustancialmente sus pretensiones ni los fundamentos de éstas expuestos en sus escritos, efectuar alegaciones complementarias en relación a lo expuesto de contrario, aclarar sus alegaciones, rectificar extremos secundarios (siempre sin alterar sus pretensiones ni sus fundamentos, dice el art. 426.2 LEC), alegar hechos nuevos conforme al art. 426.4 y 286 LEC, y adoptar una posición concreta sobre los documentos aportados de contrario (art. 427 LEC).*»

¹¹⁹ SAP Lleida, Sección 2^a, de fecha 6/05/2010, Fundamento de Derecho Segundo: «*Siendo esto así, habrá de concluirse que en sede de incidente concursal se mantiene (como no podía ser de otro modo) el carácter indisponible e imperativo de la normativa procesal, incurriendo en causa de nulidad de pleno derecho de los actos judiciales cuando se prescinde de las normas esenciales del procedimiento (art. 225-3 de la LEC) causando indefensión a las partes, como sucede cuando se ven privadas tanto de la celebración de vista en la que poder alegar lo que a su derecho convenga como de la posibilidad de proponer y practicar prueba, o en otro caso, de conocer (y en su caso impugnar) las razones por las que se inadmiten los medios de prueba propuestos.*

[...]

Huelga decir que al tiempo en que se dictó la sentencia que es objeto del presente recurso el tenor del art. 194-4 de la L.C. no era éste sino el que ya expusimos en el Fundamento Segundo, (según establece la regla 7^a de la Disposición Transitoria octava esta nueva normativa será de aplicación a los incidentes

A modo de conclusión de este apartado, se ha escogido un fragmento del apartado X de la Exposición de Motivos de la Ley Concursal, en el que se refleja, en síntesis, el juicio del legislador sobre el texto finalmente aprobado. Reza del siguiente tenor:

“La flexibilidad que inspira todo el procedimiento concursal se combina con las características de rapidez y simplicidad. La Ley de Enjuiciamiento Civil actúa como supletoria de la Ley Concursal, en cuanto ésta no contempla normas procesales especiales. La finalidad que se persigue es la de reconducir la complejidad del concurso a un procedimiento que permita su más pronta, eficaz y económica tramitación, sin merma de las garantías que exige la tutela judicial efectiva de todos los interesados.

Pieza básica en este sistema procesal de la nueva ley es el incidente concursal, un procedimiento especial a través del cual se ventilarán todas las cuestiones que se susciten durante el concurso y que no tengan señalada en la ley otra tramitación distinta”.

Sin embargo, la elección del legislador por el modelo de juicio verbal con contestación escrita, en lugar del juicio ordinario (severamente criticado por los órganos consultivos anteriormente referidos), fue contestada por la doctrina procesalista, desarrollándose un rico debate en torno al diseño legal del incidente concursal, que será objeto de un breve estudio en el siguiente apartado del presente trabajo.

C) Debate doctrinal acerca del modelo legal finalmente escogido

Se perfila, por tanto, un modelo de procedimiento híbrido, mezcla del juicio ordinario (demanda y contestación escritas) y del verbal (vista oral), recogiendo, aunque sin mencionarlo, el modelo del juicio verbal con contestación a la demanda del art. 753 LEC (procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores), que se sigue también para la tramitación de los incidentes en los procedimientos de aquella Ley

que se encuentren en tramitación en los que no se haya celebrado vista a la entrada en vigor de este Real Decreto-ley, el 1-4-2009 , según la Disposición Final tercera), pero lo que resulta incuestionable es que ni con la nueva normativa, ni con la anterior, podrá prescindirse de un expreso pronunciamiento sobre la admisión o inadmisión de la prueba propuesta y, en su caso, celebración de vista, que en el presente caso no quedaba subordinada a la previa petición de parte al tiempo de formular la demanda y contestación, sino que por expresa e imperativa previsión de los arts. 194-4 de la LC y 443 de la LEC debía haberse celebrado, desarrollándose en la forma que éste último precepto establece.»

(arts. 392 y 393 LEC), aunque con una regulación propia en materia de plazos¹²⁰.

Esta solución intermedia no ha sido del agrado de la mayoría de la doctrina. Se considera que el diverso grado de complejidad que pueden presentar los asuntos sometidos al juez del concurso durante la tramitación del procedimiento concursal en sus distintas secciones no justifica la creación de un único, uniforme y nuevo cauce procesal, aplicable a todas ellas. La creación del incidente concursal se presenta como una solución que pone en evidencia la *defectuosa técnica legislativa*¹²¹ empleada, cuando por el simple mecanismo de la *remisión* el legislador podría haber proporcionado mayor seguridad a los operadores jurídicos¹²², dando respuestas más ajustadas o acordes con el propósito de «*reconducir la complejidad del concurso a un procedimiento que permita su más pronta, eficaz y económica tramitación*»¹²³.

Para este sector de la doctrina, la creación del incidente concursal resulta *innecesaria*. Tras la reforma operada en la LEC, los juicios ordinario y verbal ofrecían un diseño adecuado para dar respuesta a las cuestiones que se plantearan en el concurso, en función de su mayor o menor grado de complejidad¹²⁴.

Se aboga por distintas soluciones. La supresión de los arts. 192 a 196 LC es una de ellas, en la medida en que no sólo se consideran innecesarios, sino además gravemente perturbadores¹²⁵. Con menor

¹²⁰ El art. 194 LC, en su redacción original, disponía que la demanda incidental se habría de presentar en la forma prevista en el art. 399 LEC. A continuación preveía unas causas específicas de inadmisión, con su propio régimen de recurso. Caso de admisión a trámite, se contemplaba el emplazamiento a las demás partes personadas, por 10 días, para contestar en la forma prevenida en el art. 405 LEC. Finalmente, el apartado art. 194.4 disponía: «*Contestada la demanda o transcurrido el plazo para ello, el proceso continuará conforme a los trámites del juicio verbal de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*»

¹²¹ CORDÓN MORENO, F. *Proceso Concursal*. Op. cit. Pg. 222.

¹²² SERRA DOMÍNGUEZ, M. *Comentarios a la Ley Concursal*. Tomo 3. Op. cit. Pg. 1907. También, HERRERA CUEVAS, E. J. *Manual de la Reforma Concursal*. Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal y Ley Orgánica 8/2003, de 9 de Julio, para la reforma concursal. *Comentarios, Textos legales y esquemas*. Editorial Europea de Derecho, S.A. Madrid, 2003. Pg. 669;

¹²³ Apartado X de la Exposición de Motivos de la Ley.

¹²⁴ ROCA MARTÍNEZ, J., en *Estudios de Derecho Concursal*. (AAVV., Director PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J.). Tórculo Ediciones, S.L. Santiago de Compostela, 2005. Pg. 691. En el mismo sentido, SENÉS MOTILLA, C. *Comentarios de la Ley Concursal*. Tomo II. Op. cit. Pg. 2.814. LÓPEZ YAGÜES, V., en *Ley Concursal. Comentarios, jurisprudencia y formularios*. Tomo II. (AAVV, GALLEGO SÁNCHEZ, E., Coord.). Editorial La Ley-Actualidad, S.A. Las Rozas, 2002. Pgs. 868 y 869. CORDÓN MORENO, F. *Proceso Concursal*. Op. cit. Pg. 222. DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El Proceso Concursal*. Primera edición. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Madrid, 2006. Pg. 262. ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. "El incidente concursal" en *Revista Jurídica de Cataluña. Llei Concursal*, Número 4, monográfico. Año CIII. Editan Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona y Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña. Barcelona, 2004. Pg. 272.

¹²⁵ SERRA DOMÍNGUEZ, M. *Comentarios a la Ley Concursal*. Tomo 3. Op. cit. Pg. 1907.

contundencia, se propugna la solución de la remisión directa antes comentada, sin perjuicio de la creación de un procedimiento sencillo, que pudiera ser igual o similar al previsto en el art. 188 LC, en sede de autorizaciones judiciales, para la tramitación de asuntos de escasa importancia, que no tuvieran entidad suficiente para provocar la incoación de todo un proceso declarativo¹²⁶. Otros autores consideran que la remisión a los juicios, ordinario y verbal, de la LEC podría contemplar, también, el cauce de los incidentes de previo pronunciamiento o el verbal con contestación escrita a la demanda, previsto para la tramitación de los procesos especiales de familia y estado civil (art. 753 LEC)¹²⁷.

Se cierra esta primera referencia crítica al nuevo trámite incidental con la propuesta de sustituir el incidente concursal por un trámite más sencillo (escrito del peticionario, traslado a la parte contraria y resolución judicial) respecto de todas aquellas cuestiones cuya entidad menor no justifique el completo seguimiento de un incidente concursal; pero cuando el cauce del incidente concursal resulte demasiado simplificado para ventilar cuestiones de gran complejidad, se plantea seguir otro cauce procesal más apropiado a la cuestión litigiosa (v.gr. el juicio ordinario), o bien ampliar los plazos legalmente previstos; y a la espera de la consiguiente rectificación legal, concluye el autor confiando en que nuestros tribunales articulen los pertinentes mecanismos correctores¹²⁸.

Sin embargo lo anterior, poner el foco de la cuestión en la mayor o menor complejidad de las cuestiones sometidas a resolución a través del incidente concursal ha servido de argumento para que otro sector de la doctrina exprese la bonanza del cauce procesal de nueva implantación en la Ley.

Se afirma que la complejidad técnica del procedimiento de concurso, y por ende, de todas sus incidencias, así como la pluralidad de partes que pueden concurrir, justifica la opción del legislador por introducir un trámite escrito en el que las partes fijen sus posiciones a través de hechos, fundamentos jurídicos y peticiones o motivos de oposición claros y explícitos¹²⁹.

¹²⁶ DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El Proceso Concursal*. Primera edición. Op. cit. Pg. 262.

¹²⁷ HERRERA CUEVAS, E. J. *Manual de la Reforma Concursal. Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal y Ley Orgánica 8/2003, de 9 de Julio, para la reforma concursal*. Comentarios, Textos legales y esquemas. Op. cit. Pg. 669

¹²⁸ ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., en *Nueva Ley Concursal. Ley 22/2003, de 9 de julio. Comentarios, jurisprudencia aplicable y formularios*. (AAVV. Coordinadores SALA, A.; MERCADAL, F.; ALONSO-CUEVILLAS, J.). Editorial Bosch, S.A. Barcelona, 2004. Pg. 810.

¹²⁹ LÓPEZ DEL MORAL ECHEVERRÍA, J. L., en *Comentarios a la legislación concursal*. Tomo III. (Directores SÁNCHEZ-CALERO, J.; GUILARTE GUTIÉRREZ, V.). Editorial Lex Nova, S.A. Valladolid, 2004. Pg. 3.135.

Sin perjuicio de considerar que la técnica de remisión a la LEC merece favorable acogida, se destaca cómo las enmiendas que se admitieron durante la tramitación parlamentaria del Proyecto mejoraron sensiblemente la regulación del procedimiento incidental¹³⁰. Se considera la elección por el *incidente concursal* más acertada que la que se proponía en el Proyecto (con un trámite de proposición y admisión de prueba, así como de recursos contra la resolución admitiendo o inadmitiendo medios de prueba), e incluso mejor que la que proponía el esquema del juicio ordinario. Respecto de la primera, porque desaprovechaba la ventaja de la oralidad y hubiera introducido un factor de retraso considerable. El trámite del juicio ordinario era más afortunado que el anterior, pero quizás excesivamente largo e inadecuado para la mayor parte de los supuestos en los que será preciso acudir al incidente concursal, salvo para los procedimientos complejos desde la perspectiva de la prueba a practicar¹³¹.

Se apunta que la justificación para el cambio del trámite al juicio verbal es el intento de simplificar y dar mayor agilidad al procedimiento, en consonancia con lo que se dice en la propia Exposición de Motivos de la Ley, que al referirse al procedimiento indica que la flexibilidad que inspira todo el procedimiento concursal se combina con las características de rapidez y simplicidad, configurando al incidente concursal como una pieza básica de este sistema procesal. Con esta fórmula se evita la diversidad de procedimientos y remisiones a otros cauces procedimentales, tan perjudiciales para la consecución de los fines de celeridad y eficacia, respondiendo al fin primordial de evitación de paralizaciones en el procedimiento principal de Concurso. Aunque mayor simplicidad se podría haber logrado de remitirse la Ley a toda la regulación del juicio verbal en vez de crear un sistema mixto que combina la escritura y formalidad de los escritos de demanda y contestación, que indudablemente resta agilidad, con la oralidad del resto del procedimiento, previniendo una complejidad en las pretensiones de las partes a través de estos incidentes que no siempre será cierta¹³².

En relación con la tramitación escrita del incidente, se considera acertada la decisión de que la forma exigida para la demanda incidental sea la del juicio ordinario (art. 399 LEC) y no la de la demanda sucinta del juicio verbal (art. 437 LEC), ni la del escrito a que se refiere el art. 392 LEC para el planteamiento de las cuestiones incidentales, debido a la complejidad que pueden revestir algunas demandas por la naturaleza de

¹³⁰ GARNICA MARTÍN, J. F., en *Derecho Concursal Práctico. Comentarios a la Nueva Ley Concursal*. (AAVV. Coordinador FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. Á.). Editorial IRGIUM. Madrid, 2004. Pg. 863.

¹³¹ GARNICA MARTÍN, J. F. "La nueva Ley Concursal". Op. cit. Pg. 260.

¹³² ASTRAY CHACÓN, M. P., en *Comentarios a la Legislación Concursal* (AAVV. Coordinador, PALOMAR OLMEDA, A.). Editorial Dykinson, S.L. Madrid, 2003. Pgs. 1.233 y 1.223.

la acción ejercitada, a la mayor facilidad de defensa de los demandados y a la agilización del procedimiento. La complejidad del objeto procesal sometido a la decisión judicial (caso de las acciones rescisorias, por ejemplo) se acomodaría con dificultad a una forma que prescindiera de la narración de hechos y de la exposición de fundamentos de derecho, añadiendo que esta concepción conviene también al ejercicio del derecho de defensa del demandado. De una demanda formulada en los términos del art. 399 LEC y de su correlativa contestación escrita se beneficia también el curso del procedimiento, evitándose la producción de circunstancias determinantes de la interrupción o suspensión de la vista y, con ello, el entorpecimiento tanto del incidente concursal como, en su caso, del concurso¹³³.

D) *Juicio crítico*

El enriquecedor debate doctrinal en torno al modelo finalmente escogido por el legislador de 2003 para dar forma al incidente concursal, inserto en el nuevo proceso de concurso de acreedores, proporciona herramientas que nos permiten trazar las primeras líneas sobre el juicio de necesidad e idoneidad alrededor del que se pretende construir esta tesis.

Los autores se agrupan en dos grandes bloques. Por un lado, los que critican la construcción de un nuevo proceso, con regulación propia, cuando la Ley de Enjuiciamiento Civil, proporcionaba modelos de proceso declarativo, de reciente creación, a los que poder haber acudido mediante la técnica de la remisión legislativa. Por otro lado, los que defienden la opción del legislador, considerando que la forma escogida responde a la diversidad de cuestiones, y al distinto nivel de complejidad que pueden presentar las mismas, cumpliendo las exigencias de celeridad y flexibilidad expresadas, como *ideas fuerza*, por el legislador de la reforma.

El sector doctrinal que reniega de la opción por un nuevo procedimiento, dotado de regulación propia, critica la poca capacidad de adaptación del mismo a las cuestiones que han de ventilarse por sus trámites. El carácter radicalmente heterogéneo de la materia que ha de ser objeto del mismo, integrada por cuestiones muy complejas en unos casos, y la extremada sencillez en otros, no parece que vaya a encontrar su justo acomodo en el diseño escogido por el legislador. Se muestran

¹³³ HERRERO PEREZAGUA, J. F. *Comentarios a la Ley Concursal. Volumen II.* (AAVV., Director BERCOWITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.). Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.). Madrid, 2004. Pg. 1.952.

partidarios de ofrecer soluciones distintas en función de la distinta complejidad de las materias a tramitar por el cauce del incidente concursal. Los autores que se agrupan en este primer bloque consideran, mayoritariamente, que la Ley de Enjuiciamiento Civil ofrecía soluciones procedimentales mejor adaptadas. El recurso a la remisión legislativa, con ligeros *retoques* procedimentales, era preferible al empleo de una técnica que se considera defectuosa, y que no puede llenar las exigencias de garantía y seguridad jurídica que demanda el tratamiento de la diversidad de cuestiones que han de ventilarse por los trámites del incidente concursal. Se considera que el principio de legalidad procesal debería impedir el recurso a los trámites que, aunque convenientes u oportunos para solventar aspectos procesales no previstos por el legislador, se apartaran del modelo trazado entrando de lleno en el peligroso ámbito de la inseguridad jurídica.

Enfrente, los autores que consideran que el trámite escrito del procedimiento ofrece garantías suficientes de defensa para ventilar las cuestiones de mayor complejidad, al tiempo que el paso a los trámites del juicio verbal para la vista se justifica por la finalidad de simplificar y dotar de mayor agilidad al procedimiento. Consideran que se trata de evitar el recurso a diversos procedimientos (principio de unidad de sistema) y el abuso de las remisiones a otros cauces. El empleo de un modelo híbrido ofrece una mayor capacidad de adaptación, pudiendo cubrirse las eventuales lagunas que pudieran aparecer mediante un moderado uso de la técnica de remisión, al amparo de lo prescrito en la disposición final quinta de la LC.

La desconfianza de los primeros autores encuentra apoyo en el principio de legalidad procesal (art. 1 LEC), considerando que el cumplimiento de los requisitos procesales es de preceptiva observancia para el Juzgador y los litigantes, como medida de garantía y a fin de evitar situaciones de indefensión.

En el otro fiel de la balanza, la justificación que puede ofrecer el tratamiento de supuestos excepcionales, en los que, de la propia Ley o del sentido y finalidad de las normas, se colija que las partes o el órgano judicial quedan autorizados para alterar convenientemente un acto procesal concreto, práctica sobre la que se ha pronunciado nuestro Tribunal Constitucional, dándole su amparo al señalar que «... *para la ordenación adecuada del proceso existen presupuestos, formas y requisitos procesales que, por afectar al orden público, son de necesaria observancia por su racionalidad y eficacia ...*» (STC 95/1983, de 14 de noviembre).

El análisis de la cuestión no puede olvidar que, en cualquier caso, la LEC actúa como supletoria de la LC en cuanto ésta no contemple

normas procesales especiales. Por otra parte, la finalidad que inspira la regulación del incidente concursal es la de reconducir la complejidad del concurso a un procedimiento que permita su más pronta, eficaz y económica tramitación. Si todo ello pudiera llevarse a cabo sin merma de las garantías que exige la tutela judicial efectiva de todos los interesados, como consecuencia de una regulación que evitase tales riesgos, es de prever que la doctrina no habría de poner reparos.

La constatación de que el legislador ha sido incapaz de cumplir tales propósitos parece la razón que provocó las primeras reacciones doctrinales frente al diseño inicialmente acogido en la LC.

La ventaja de efectuar el análisis en el momento presente es que puede integrarse en el mismo el acervo que ha proporcionado la experiencia práctica. Ello nos permite afirmar que, frente a la desconfianza inicial, no se conocen pronunciamientos del Tribunal Constitucional en materia de vulneración de garantías constitucionales cometidas como consecuencia del funcionamiento del incidente concursal, ni de inconstitucionalidad de las normas procesales contenidas en la nueva legislación concursal. Parece que el modelo inicialmente diseñado ha podido ser adaptado por los órganos judiciales a las diversas materias que se han sustanciado por sus trámites, durante los años de aplicación de la Ley. Tampoco se conoce que la jurisdicción ordinaria haya tenido grandes dificultades para salvaguardar derechos y garantías durante la tramitación del procedimiento, haciendo uso de las herramientas que les proporcionó la LC, y completando las mismas, mediante la técnica de la remisión a la Ley procesal civil.

Es más, el acervo proporcionado por la práctica judicial ha inspirado las dos reformas más importantes que el legislador ha acometido sobre su modelo inicial de procedimiento, con la finalidad de plasmar en la norma la interpretación ofrecida por los tribunales, tal y como se verá en posteriores apartados de este trabajo. Y ambas fueron inspiradas, precisamente, por la necesidad de acortar trámites, tras constatarse que la mayoría de las cuestiones que se sustanciaban por los cauces del incidente exigían una tramitación más sencilla que la que proporcionaba la redacción legal (innecesariedad de la vista en todos los casos).

Por cuanto se lleva expuesto, cabe señalar que el incidente concursal diseñado en la Ley 22/2003, pudo ser un procedimiento innecesario a la luz de los modelos de proceso declarativo ordinario que ofrecía la LEC, pero se ha revelado como un modelo idóneo para ventilar las heterogéneas cuestiones sometidas a su tramitación durante los primeros años de vigencia de la LC.

Todo ello se entiende, sin perjuicio de los problemas que se han planteado con el paso del tiempo y el efecto de la crisis económica y financiera nacional e internacional. Al estudio de dichos problemas, y de las respuestas que ha ofrecido el legislador y la práctica del foro para tratar de solucionarlos dedicaremos todos nuestros esfuerzos, a lo largo del presente trabajo.

2. 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

Considerando que la LC databa del año 2003 y fue dictada en un entorno económico completamente distinto del que se vivía a principios del año 2009, caracterizado por una profunda crisis económica, nacional e internacional, que se proyectó sobre el ámbito concursal en forma de multiplicación (hasta el desbordamiento) de los procedimientos concursales¹³⁴, el Gobierno español acometió, mediante la fórmula del Real Decreto-ley, una reforma del proceso concursal que afectó considerablemente a la regulación del incidente concursal.

Esta primera reforma de calado de la LC se llevó a cabo por medio del 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, que fue publicado en el BOE número 78 del martes, 31/03/2009, entrando en vigor el 1 de abril siguiente¹³⁵ con los concretos matices especificados, para cada caso, en sus ocho Disposiciones transitorias.

¹³⁴ En el año 2009 (a fecha 6 de mayo), el número trimestral de concursos superó, por primera vez, los 1.500, según información publicada por el Registro de Economistas Forenses (REFor) en el número 11 de 2009 de la Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal editada por La Ley-Wolters Kluwer España, S.A., sección Noticias comentadas, pg. 473 y ss. Según la misma información, cuando entró en vigor la LC la media trimestral era de 222 concursos, siendo dicha media de 1.000 concursos a la fecha de publicación de la noticia. El nº total de concursos desde la entrada en vigor de la LC (período comprendido entre el 1/09/04 y el 6/05/09) fue contabilizado por el INE en un total de 7.463.

El periódico digital "Información.es El periódico de la provincia de Alicante", publicó el martes, 5/08/2010, en la sección "Noticias Economía", a partir de un informe de Pricewaterhouse Coopers elaborado con datos del Boletín Oficial del Estado, que la Comunidad Valenciana registró un total de 795 concursos de acreedores durante el año 2009, lo que supuso un aumento del 106% respecto al año anterior. A nivel nacional el número de concursos batió un nuevo récord al ascender a 5.860, el doble que los contabilizados en el ejercicio anterior (2.875).

¹³⁵ Disposición final tercera. Entrada en vigor. Este Real Decreto-ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Dejando al margen el *iter* de la reforma¹³⁶ de la Ley, ésta se acomete, al decir de sus promotores¹³⁷, con un alcance limitado y con el propósito de no alterar sustancialmente sus concepciones básicas. Las exiguas referencias del preámbulo permiten concluir que nos encontramos ante una reforma que tenía como finalidad declarada agilizar los trámites procesales, reducir los costes de tramitación del concurso y establecer medidas de protección de los sistemas extrajudiciales de saneamiento de las empresas. En la coyuntura económica definida anteriormente, el preámbulo del RDL 3/2009 anunciaba que resultaba imprescindible conjugar la necesaria seguridad jurídica que precisan los agentes económicos para la adopción de decisiones económicas tan relevantes como las concernidas en los procesos concursales, con la necesidad de que se pudieran beneficiar de inmediato de las posibilidades que les brindaba la entrada en vigor de la norma. En dichas razones justificó el Ejecutivo, no sólo la utilización de la figura del Real Decreto-ley, sino también el juego de las disposiciones transitorias en él recogidas. Fueron la urgencia y la extraordinaria necesidad las razones que limitaron la reforma¹³⁸, por lo que desde el propio Gobierno no se descartaba, ya en aquel momento, que *«en el futuro sea necesario revisar en profundidad la legislación concursal a la luz de la intensa experiencia vivida en los tribunales como consecuencia de la crisis.»*

Las razones que ofrece el texto preambular del Real Decreto-ley 3/2009 para justificar la reforma procesal introducida en la LC son escuetas. De su lectura no se desprenden suficientes elementos de juicio que permitan concluir que la reforma del art. 194 LC ha resultado verdaderamente adecuada para conseguir la agilización del proceso concursal en general y, del trámite del incidente concursal, en particular. Los pocos fundamentos del preámbulo tampoco desvelan si la nueva modalidad del procedimiento era la adecuada para dar utilidad al incidente concursal¹³⁹.

No parece justificado pensar que los males derivados de la larga tramitación del proceso concursal sean debidos, en todo o en parte, a la tramitación del incidente concursal, cuando se advierte que ésta, tal

¹³⁶ La génesis y los pasos dados por el Gobierno hasta alumbrar el RDL pueden seguirse en YANES YANES, P. "La pequeña reforma del concurso: 50 modificaciones normativas y un laberinto transitorio". Diario La Ley, nº 7.161, Sección Doctrina, 24 de abril de 2009. Editorial La Ley.

¹³⁷ YANES YANES, P. "La pequeña reforma del concurso: 50 modificaciones normativas y un laberinto transitorio". Op. cit. El citado autor es Ex-Director del Gabinete del Secretario de Estado de Justicia, que elaboró la Propuesta de reforma parcial de la Ley Concursal del Ministerio de Justicia (primer borrador: 2 de febrero de 2009), origen del RDL 3/2009, de 27 de marzo.

¹³⁸ YANES YANES, P. "La pequeña reforma del concurso: 50 modificaciones normativas y un laberinto transitorio". Op. cit.

¹³⁹ BONET NAVARRO, A. "La reforma del incidente concursal". Anuario de Derecho Concursal. Número 19. Editorial Aranzadi, S.A. Cizur Menor (Navarra), 2010. Pg.10.

como estaba inicialmente prevista en el art. 194 LC, era lo más sucinto que podía idearse sin perjudicar los derechos de audiencia, contradicción y prueba de las partes, a fin de poder ajustarse al principio del proceso debido (art. 24.2 CE). Tampoco parece razonable entender que la inevitable multiplicación de los incidentes concursales fuera a quedar resuelta por la reforma que se introduce en el art. 194.4 LC, pues la decisión del legislador de prodigar el procedimiento del incidente a lo largo de todo el proceso concursal no puede quedar contrarrestada con una reforma consistente en abreviar un procedimiento que en ocasiones sirve para dar cauce a pretensiones de gran importancia económica o cierta complejidad jurídica¹⁴⁰.

Es sobradamente conocido que el RDL, como fuente formal del Derecho positivo, es una disposición con rango legal pero emanada del Gobierno, en circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad y que se caracteriza por su provisionalidad, ya que ha de someterse inmediatamente a convalidación, derogación o tramitación como Proyecto de Ley por el procedimiento de urgencia en las Cortes (art. 86 CE)¹⁴¹.

La urgencia del RDL impidió al Ejecutivo contar con la opinión de los sectores implicados, así como de la Comisión General de Codificación y, en definitiva, eludió las aportaciones que la tramitación de una norma como proyecto de Ley permite hacer a todas las sensibilidades que pueden expresar los grupos parlamentarios¹⁴². El resultado fue la escasa calidad de la reforma, su deficiente técnica legislativa al regular por Real Decreto y con disposiciones transitorias cuestiones puramente procesales, sin duda reflejo de la rapidez y falta de reflexión que la caracteriza, incurriendo en antiguos vicios del Derecho concursal, plasmados en el objetivo de mejorar la posición en el concurso del crédito público, de los acreedores profesionales y de los trabajadores, en detrimento de la protección del resto de integrantes de la masa pasiva, dando la espalda a la clásica finalidad del Derecho de insolvencias: la maximización de la satisfacción de los acreedores. Todo ello con el agravante de tratarse de una norma destinada a su aplicación inmediata, incluso al día siguiente de su publicación en el BOE¹⁴³.

¹⁴⁰ BONET NAVARRO, A. "La reforma del incidente concursal". Op. cit. Pgs. 10 y 11.

¹⁴¹ La convalidación del Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, por parte del Congreso de los Diputados, tuvo lugar el día 23/04/2009.

¹⁴² FRIGOLA, A. "La reforma concursal ya produce conflictos". El Derecho, 26/05/2009. Entrevistas.

¹⁴³ ARGENTE ÁLVAREZ, J.; CASTILLA MARTÍNEZ, J.M.; FERRÉ FALCÓN, J.; MELLADO BENAVENTE, F.; RUIZ DE ALEGRÍA CARRERO, I.; VIÑALS GABAÑACH, G. *Comentarios a la reforma de la Ley Concursal*. Edita Edición Fiscal CISS, grupo Wolters Kluwer España, S.A. Madrid, 2010. Pgs. 13 a 15 y 113.

Este legislador de urgencia no respondió a la crisis con «disposiciones *provisionales*», de derecho excepcional, limitadas en el tiempo, como el supuesto de hecho que las motivaba, sino con reformas «ortopédicas» de la LC, concretas, pero con vocación de permanencia. Las dificultades sufridas en la tramitación de los concursos se deben, muy significativamente, a la escasez de Juzgados de lo Mercantil, al exceso de asuntos en los existentes y a la carencia de recursos humanos y materiales adecuados a dicha situación de sobrecarga. Se trata de un mal endémico de nuestra Administración de Justicia, respecto al cual nada dice el RDL, ni ninguna otra disposición adoptada durante la crisis¹⁴⁴.

La reforma del Real Decreto-ley 3/2009 supuso la rebaja de algunos costes directos del proceso concursal, pero debería haber incidido más en fomentar los incentivos de los operadores en el éxito del procedimiento (tanto de Administración concursal como de acreedores). En cuanto a los costes indirectos, si bien algunas modificaciones legales, tales como la supresión de vistas judiciales, la tramitación escrita de la propuesta de convenio, la liquidación anticipada y los acuerdos de refinanciación, han redundado en su limitación, el procedimiento sigue siendo excesivamente largo y no consigue la liquidación rápida de empresas inviables, ni la recuperación rápida de las viables¹⁴⁵, antes de que el transcurso del tiempo las convierta en totalmente ruinosas desde el punto de vista concursal.

La práctica forense de los meses posteriores a la reforma, no ha demostrado que la misma haya contribuido a la configuración de un procedimiento concursal menos costoso, ni más ágil y eficiente en sus resultados.

En este sentido, ni se remedió el colapso de los Juzgados de lo Mercantil, ni se logró acortar la fase común de los concursos; pues, aunque se suprimiera la vista en la mayoría de los incidentes, la resolución de los mismos seguía dilatándose, al quedar paralizados los asuntos, para dictar sentencia, en la sobrecargada mesa del Juez del concurso¹⁴⁶.

¹⁴⁴ OLIVENCIA RUIZ, M. "El Real Decreto-ley 3/2009; las nuevas normas y su aplicación". Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Parte Estudios. Número 13. Editorial La Ley, Wolters Kluwer España, S.A. Madrid, 2010. Pgs. 20 y 22.

¹⁴⁵ CASANELLAS BASSOLS, R. "La eficiencia económica del procedimiento y su duración". Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Parte Comunicaciones. Número 15. Editorial La Ley, Wolters Kluwer España, S.A. Madrid, 2011. Pg. 391.

¹⁴⁶ MARINA COLL, R. y CADENAS DE GEA, C. *El incidente concursal*. Editorial Ley 57. Málaga, 2012. Pg. 13.

La Exposición de Motivos del RDL ya reconocía que la reforma era insuficiente¹⁴⁷. Pese a que la experiencia práctica había aflorado algunos errores del legislador, la precipitación legislativa con la que se concibió el Real Decreto no ha permitido subsanarlos¹⁴⁸.

Bajo la rúbrica “normas procesales”, el art. 12 del RDL contenía doce modificaciones normativas que, pretendidamente, habrían de servir a la mejora del procedimiento mediante acortamiento de plazos. Son de destacar:

- La ampliación del ámbito del procedimiento abreviado (art. 190 LC).
- La clarificación de las reglas de impugnación (arts. 95, 96 y 98 LC).
- La eliminación del incidente concursal sobre el auto que concede o deniega la autorización judicial cuando ésta sea necesaria (art. 188.3 LC).
- La supresión de la vista como norma general en el incidente concursal (art. 194.4 LC)¹⁴⁹.
- Reconocimiento expreso de la condición de parte de los interesados personados en la sección de calificación (art. 168 LC).

La determinación del *dies a quo* en relación con el cómputo del plazo de diez días para la interposición del incidente de impugnación de la lista de acreedores (arts. 95 y 96 LC) y la eliminación del incidente a interponer contra el auto que concede o deniega la necesaria autorización judicial (art. 188.3 LC), serán objeto de estudio al tratar del ámbito de aplicación del incidente concursal. La identificación de la apelación más próxima, en relación con la cuestión del recurso diferido (art. 98 LC), será tratada en el capítulo correspondiente a los recursos.

¹⁴⁷ Exposición de Motivos RDL 3/2009: «Sin perjuicio de que en el futuro sea necesario revisar en profundidad la legislación concursal a la luz de la intensa experiencia vivida en los tribunales como consecuencia de la crisis, en este momento es preciso acometer ya una serie de reformas en aquellos aspectos concretos cuyo tratamiento normativo se ha revelado más inconveniente.»

¹⁴⁸ VIÑALS GABAÑACH, G. Capítulo VII Normas procesales, en *Comentarios a la reforma de la Ley Concursal*. ARGENTE ÁLVAREZ, J.; CASTILLA MARTÍNEZ, J.M.; FERRÉ FALCÓN, J.; MELLADO BENAVENTE, F.; RUIZ DE ALEGRÍA CARRERO, I.; VIÑALS GABAÑACH, G. Op. cit. Pg. 113.

¹⁴⁹ MUERZA ESPARZA, J.J. “Cuestiones procesales del Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo”. *Actualidad Jurídica Aranzadi*. Número 778, 25/06/2009. Editorial Aranzadi, S.A. Pg. 19. Continúa el autor señalando que fuera del art. 12 del RDL también existen normas con contenido procesal cuya finalidad es, igualmente, agilizar el procedimiento: El nuevo régimen de publicidad de las resoluciones concursales (art. 6 RDL); la importancia y repercusión que, sobre el derecho de postulación, tiene la regulación que se hace de la publicidad de la declaración del concurso, del régimen de notificaciones y de los trámites procedimentales a través de medios electrónicos, así como en relación con la Administración concursal (art. 7 RDL); la atribución en todos los casos al Letrado miembro de aquélla de la dirección técnica de los recursos e incidentes en que la misma intervenga; la regulación de la tramitación escrita del convenio y nuevas normas en materia de oposición y tramitación (art. 10 RDL); la introducción de la posibilidad de la liquidación anticipada (art. 11 RDL).

Se estudiará el problema del reconocimiento de la condición de parte a los interesados personados en la sección de calificación al tratar de las partes en el incidente concursal.

Resulta claro que es la cuestión relativa al trámite de vista en el incidente concursal la que presenta interés a los fines del presente apartado del trabajo, por lo que a su estudio se van a dedicar las siguientes páginas del mismo.

A) *La vista como trámite ineludible del originario incidente concursal*

El art. 194 LC, bajo la rúbrica «*Demanda incidental y admisión a trámite*», disponía originariamente lo siguiente en sus tres primeros apartados:

«1. La demanda se presentará en la forma prevista en el artículo 399 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2. 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 dando a la cuestión planteada la tramitación que corresponda. Contra este auto cabrá recurso de apelación en los términos establecidos en el apartado 1 del artículo 197.

3. En otro caso, dictará providencia admitiendo a trámite el incidente y emplazando a las demás partes personadas, con entrega de copia de la demanda o demandas, para que en el plazo común de 10 días contesten en la forma prevenida en el artículo 405 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

El precepto regulaba un esquema procedimental conforme al cual, el trámite del incidente concursal se iniciaba mediante demanda que debía ajustarse a los requisitos previstos en el art. 399 LEC para la demanda del juicio ordinario; admitida a trámite, se daba traslado de la misma a la parte demandada emplazándola para que la contestara en el plazo de 10 días en la forma prevenida en el art. 405 LEC (juicio ordinario); a continuación entraba en juego la previsión contenida en el apartado 4 del mencionado artículo, del siguiente tenor:

«Contestada la demanda o transcurrido el plazo para ello, el proceso continuará conforme a los trámites del juicio verbal de la Ley de Enjuiciamiento Civil»

Ello suponía la citación de las partes a la celebración del acto de la vista para proposición, admisión y práctica de la prueba admitida, así como para resolver las cuestiones procesales que hubieran podido plantearse en la contestación.

La celebración de la vista venía determinada como un efecto necesario de la tramitación del incidente concursal. Sin embargo, como quedó más arriba expuesto, el objeto del procedimiento incidental viene integrado por toda suerte de cuestiones, más o menos complejas.

En aquellos casos en que hubieran de ventilarse cuestiones poco complejas, que pueden resolverse a partir de la valoración de la prueba documental propuesta en los escritos de alegaciones, o que encierran cuestiones estrictamente jurídicas, el preceptivo cumplimiento del trámite de la vista (con los requisitos propios de la inmediación –presencia de partes, testigos y peritos, con inclusión de las consiguientes citaciones–), combinado con los habituales problemas de medios materiales (agenda judicial, en relación con la disponibilidad de salas, fe pública, grabaciones, etc.), provocaba ciertos retrasos en la tramitación del procedimiento. Piénsese en el incidente de impugnación de la lista de acreedores o del inventario de la masa activa (art. 96 LC), incluidos como anexos al Informe concursal elaborado por la Administración concursal conforme al art. 75 LC.

El retraso en la tramitación del concurso derivaba del elevado número de incidentes de este tipo que se tramitan durante la fase común del procedimiento, siendo que la práctica ha demostrado que muchos de ellos eran (y son) repetitivos, sin mérito de probanza y respecto de los cuales el juzgador ya había reiterado su criterio en numerosos casos. La tramitación de estos incidentes formaba un «cuello de botella» en los Juzgados que lastraba la posibilidad de pasar ágilmente de la fase común a la siguiente, cualquiera que ésta fuera (convenio o liquidación)¹⁵⁰.

De la resolución de estos incidentes concursales, que podían representar, en algunos casos, un volumen importante de la carga de trabajo de los tribunales, dependía que el procedimiento avanzara en su tramitación, por cuanto la presentación de los textos definitivos (a configurar mediante la depuración incidental de las listas de acreedores e inventarios concursales) habría de determinar el fin de la fase común¹⁵¹

¹⁵⁰ ETXARANDIO HERRERA, E.J. *Manual de Derecho Concursal*. Segunda Edición. Editorial La Ley. Madrid. Mayo de 2009. Capítulo sobre el incidente concursal reproducido como doctrina por la revista *laleydigital.es*, con referencia 8292/2010, dentro del apartado “Normativa comentada”.

¹⁵¹ GONZÁLEZ LÓPEZ, E. “El incidente concursal tras la reforma por RDL 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la

(art. 98 LC). La práctica jurídica de nuestros tribunales puso de manifiesto que el acto de la vista no siempre resultaba necesario para resolver este tipo de cuestiones poco complejas, que habían de ventilarse por los cauces del incidente concursal. En estos supuestos, parecía aconsejable celebrar un trámite previo, seguido a instancia de parte, en el que se oía a todas las personadas en el incidente sobre si consideraban necesaria para la resolución del conflicto la celebración de vista. Si ninguna de ellas la solicitaba, los autos quedaban conclusos para dictar sentencia prescindiendo de aquélla. De esta forma, se simplificaba, en la práctica, la tramitación del incidente concursal, al tiempo que se agilizaba el desarrollo del procedimiento concursal.

Es tributaria de esta praxis, vgr., la Sentencia de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Asturias, de fecha 12/11/2007, recurso 260/2007, ponente Ilmo. Sr. D. Javier Antón Guijarro, en cuyo Fundamento de Derecho Segundo se establecía lo siguiente:

«Expuesta en tales términos la cuestión planteada por la recurrente, cabe recordar que el legislador ha diseñado el incidente concursal como un auténtico instrumento autónomo de tutela cuyo desarrollo procesal no es sino un híbrido entre el modelo del juicio ordinario y el del juicio verbal ya contemplados en la LEC, comenzando el incidente por una primera fase de alegaciones por escrito que es seguida por una segunda regida por los principios de oralidad e inmediatez como es el acto de la vista (art. 443 LEC y concordantes por remisión del art. 194-4 L.C.). La vista se erige así en una fase primordial del trámite incidental al posibilitar tanto el debate y decisión acerca de los posibles obstáculos procesales para la continuación del juicio como la proposición y práctica de la prueba que deseen proponer las partes. Ciertamente cuando la cuestión debatida en el incidente concursal sea de naturaleza estrictamente jurídica y no se hayan planteado óbices procesales podrá el Juez prescindir de la celebración de la vista y sustituir su desarrollo por unas alegaciones escritas. De modo análogo el art. 428-3 LEC en sede de juicio ordinario permite que tras la audiencia previa el tribunal dicte directamente sentencia siempre y cuando "las partes estuvieren conformes en todos los hechos y la discrepancia quedase reducida a cuestión o cuestiones jurídicas", lo que supone la exigencia para el juzgador de asegurarse previamente de que todas las partes se muestran conformes con tal proceder y ninguna de ellas desea proponer la prueba que estime conveniente para la defensa de su

derecho, pues en tal caso resultará preceptiva la celebración de la vista.»

B) El cambio de planteamiento

Art. 194.4 LC pasó a tener la siguiente redacción con arreglo a la reforma operada en el mismo por el RDL 3/2009:

«Contestada la demanda o transcurrido el plazo para ello, el proceso continuará conforme a los trámites del juicio verbal de la Ley de Enjuiciamiento Civil, salvo en lo relativo a la celebración de la vista. El juez únicamente citará para la vista cuando las partes la hayan solicitado en sus escritos de demanda y contestación, y previa declaración de la pertinencia de los medios de prueba anunciados. En otro caso, procederá a dictar sentencia sin más trámite.»

El Real Decreto-ley 3/2009 pretendió acoger la práctica judicial dando una nueva redacción al art. 194.4 LC, eliminando del mismo la obligatoriedad de la vista, si bien la redacción que empleó para ello ha suscitado cuantiosas dudas.

Contestada la demanda, el legislador remite para la continuación del proceso a los trámites del juicio verbal de la LEC, *salvo en lo relativo a la celebración de la vista*. Esta proposición adversativa permite concluir a algún autor que del juicio verbal sólo quedaría como norma aplicable al incidente concursal la previsión contenida en el art. 447 LEC, conforme a la cual *«[...] el Tribunal dictará sentencia dentro de los 10 días siguientes»*. Por ello entiende que el legislador ha optado por un proceso de tramitación preferentemente escrita¹⁵².

No parece una solución afortunada reenviar el procedimiento al cauce del juicio verbal después de una contestación escrita, para seguidamente decir que no rige el trámite de la LEC para los verbales en lo que hace a la celebración de la vista¹⁵³. En ese sentido, cabe significar que lo que tenía de juicio verbal el incidente concursal (la vista) es cabalmente lo que sólo se producirá por excepción, y además, sin sus exactos perfiles de referencia porque, aparentemente, su celebración se

¹⁵² GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A. y LÓPEZ SÁNCHEZ, J. *La Reforma de la Ley Concursal. Una primera lectura del Real Decreto-ley 3/2009*. Editorial Aranzadi, S.A. Cizur Menor (Navarra), 2009. Pg. 211.

¹⁵³ Conclusiones VII Congreso de Derecho Mercantil. Mesa de trabajo sobre el RDL 3/2009. Bilbao, octubre de 2010.

condiciona a que se anuncien medios de prueba y se declare su pertinencia¹⁵⁴.

Si la modificación legal trata de acoger la solución que los tribunales venían aplicando en la práctica tras la constatación de que el modelo legal, originariamente instaurado, no era suficientemente ágil, no se entiende por qué el legislador no acudió a un cambio claro de modelo optando, al contrario, por introducir modificaciones en el original que pervierten por completo el cauce elegido, manteniendo la llamada a un juicio verbal que, en realidad, y como se ha denunciado anteriormente, ya no existe.

Como ejemplo de aplicación judicial del reformado art. 194.4 LC, puede citarse la SAP Alicante, Sección 8ª, de fecha 8/02/2011, recurso 591/2010, ponente Ilmo. Sr. Don Enrique García-Chamón Cervera, Fundamento de Derecho Primero:

«En primer lugar, se ha producido la infracción de una norma esencial del procedimiento, como es el artículo 194.4 de la Ley Concursal al no haberse pronunciado sobre la solicitud de celebración de vista ni tampoco sobre la proposición de prueba contenidas en el escrito de oposición presentado por la concursada y que se unió a la Sección Sexta mediante Providencia de fecha 2 de julio de 2010.

En segundo lugar, se ha producido una manifiesta situación de indefensión en la concursada porque ésta se ha visto privada de alegar y probar los hechos que contradicen los de las partes que han calificado el concurso como culpable.

La consecuencia de la declaración de nulidad, de conformidad con lo previsto en el artículo 465.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es la de retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la Sentencia para que se pronuncie el Juzgado de instancia sobre la solicitud de celebración de vista y sobre la pertinencia y utilidad de los medios de prueba propuestos por la concursada.»

C) Problemas derivados de la defectuosa redacción del art. 194.4 LC

La modificación operada en la redacción del art. 194.4 LC logró desfigurar la estructura y trámites del incidente concursal común,

¹⁵⁴ ETXARANDIO HERRERA, E.J. *Manual de Derecho Concursal*. Segunda Edición. Op. cit.

derivando hacia una exposición incongruente que no revela con claridad cuál fue el propósito del legislador al acometer la reforma¹⁵⁵.

La defectuosa técnica legislativa obliga a interpretar el precepto a fin de determinar su sentido, lo que pone de manifiesto una serie de problemas a cuyo análisis dedicaremos los siguientes párrafos.

a) *Las dos modalidades de procedimiento establecido para el incidente concursal.*

Con la nueva redacción del art. 194.4 LC se podían distinguir dos modelos¹⁵⁶. Se aprecia, por una parte, un incidente concursal sin vista, que se integra con un trámite esencialmente escrito consistente en una fase de alegaciones y proposición de prueba documental (y pericial sin solicitud de ratificación ni aclaraciones), por escrito, que comprende la demanda y la contestación, y una fase de resolución que se plasma en la sentencia. Nos dice al respecto la Ley que, contestada la demanda, *el proceso continuará conforme a los trámites del juicio verbal de la Ley de Enjuiciamiento Civil, salvo en lo relativo a la celebración de la vista*. Si en un proceso estructurado conforme al procedimiento de juicio verbal (que es esencialmente oral tras la presentación de la demanda escrita) se suprime la vista, lo único que queda es dictar la sentencia.

Por otra parte, distinguimos un incidente concursal con vista, que se inicia con un trámite escrito de alegaciones y proposición de prueba, y continúa con un trámite oral de vista para finalizar por sentencia.

La cuestión que se plantea en este caso es si puede afirmarse que la vista instaurada en este nuevo incidente concursal, surgido de la reforma operada por el RDL, es distinta a la regulada en la LEC para el juicio verbal, habida cuenta de los taxativos términos de la proposición adversativa incluida en el precepto: «... *el proceso continuará conforme a los trámites del juicio verbal de la Ley de Enjuiciamiento Civil, salvo en lo relativo a la celebración de la vista*» (el subrayado es propio).

La respuesta negativa cuenta con el sólido apoyo de la interpretación literal de la norma, de la que resulta el rechazo de la forma prevista para el juicio verbal.

¹⁵⁵ En este sentido, BONET NAVARRO, A. "La reforma del incidente concursal". Op. cit. Pg. 11; MARINA COLL, R. y CADENAS DE GEA, C. *El incidente concursal*. Op. cit. Pg. 13. También, ETXARANDIO HERRERA, E.J. *Manual de Derecho Concursal*. Segunda Edición. Op. cit.

¹⁵⁶ BONET NAVARRO, A. "La reforma del incidente concursal". Op. cit. Pgs. 11 a 17.

Por otra parte, la vista regulada en el art. 443 LEC no responde al modelo ideado por el Legislador concursal, con una tramitación antecedente peculiar y distinta, propia del incidente concursal. A mayor abundamiento, se advierte que la prueba se propone en los correspondientes escritos de alegaciones de actor y demandado, a diferencia de lo que sucede en la vista del juicio verbal en la que se concentra la fase probatoria. Finalmente, puede repararse en que el juicio sobre pertinencia de las pruebas se lleva a cabo en el juicio verbal en el acto de la vista, mientras que en el incidente concursal tiene lugar antes de su celebración: *«El juez únicamente citará para la vista [...] previa declaración de la pertinencia de los medios de prueba anunciados.»*

Se puede decir que la estructura procedimental del incidente concursal, que se había perfilado por nuestros tribunales en interpretación del precepto originario de la Ley, expresada en la anteriormente citada Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, de fecha 12/11/2007 (*«... cabe recordar que el legislador ha diseñado el incidente concursal como un auténtico instrumento autónomo de tutela cuyo desarrollo procesal no es sino un híbrido entre el modelo de juicio ordinario y el del juicio verbal ya contemplados en la LEC, comenzando [...] por una primera fase de alegaciones por escrito que es seguida por una segunda regida por los principios de oralidad e inmediación como es el acto de la vista (art. 443 LEC y concordantes por remisión del art. 194-4 L.C.»*) ya no resulta aplicable en lo que se refiere al modelo híbrido formado con elementos de los dos procedimientos no especiales diseñados en la LEC.

Tampoco parece que el art. 194.4 LC, redactado conforme a la reforma operada por el RDL, responda a los parámetros del juicio ordinario. Así lo vienen entendiendo nuestros tribunales, pudiendo citar como ejemplo las SSAP de Valencia, Sección 9ª, de fechas 11/05/2011 (recurso nº 759/2010), 28/06/2012 (recurso nº 278/2012) y 18/12/2013 (recurso nº 605/2013), siendo ponente en todas ellas D. Gonzalo María Caruana Font de Mora. En las dos de fecha más reciente en el tiempo se remite la resolución del correspondiente recurso a la doctrina fijada en la primera de ellas, por considerarla plenamente aplicable al caso concreto contemplado. Reproducimos el Fundamento de Derecho Tercero de la de fecha 11/05/2011 en lo que interesa al presente apartado:

«[...] En segundo lugar, se justifica la no celebración de vista con mención al artículo 428-3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil referente al juicio ordinario, norma inaplicable al caso, pues tal precepto está reglado y pensado dentro de una comparecencia ante el Juez, la audiencia previa en el juicio ordinario y tras la fijación de hechos controvertidos y petición de las partes de solución inmediata del litigio, por lo que no puede ser de

aplicación a una Ley especial que no remite a esa clase de juicio y que además presenta unas especialidades impropias con las del juicio ordinario.»

Encontrándonos ante un trámite de vista que no es el del juicio verbal, ni tampoco es el propio del juicio ordinario, resulta preferible afirmar, por el momento, que el incidente se manifiesta procedimentalmente como *un instrumento autónomo de tutela en el concurso*.

Sin embargo, no cabe sostener que dicha interpretación se haya trasladado a nuestros tribunales, pudiendo afirmarse que la defectuosa redacción del precepto, por efecto de la reforma, generó la, tan temida como previsible, confusión. Sirva de ejemplo la SAP de Bizkaia, Sección 4ª, de fecha 16/06/2011, ponente Ilma. Sra. Doña María de los Reyes Castresana García, Fundamento de Derecho Segundo:

«Apuntar que no es de aplicación al caso las normas sobre los incidentes a que se refieren los arts. 387 a 393 LEC, sino que el incidente concursal tiene su regulación propia en los arts. 192 y ss LC. Así, el art. 194 LC establece que el procedimiento se iniciará mediante la presentación de demanda en la forma prevista en el art. 399 LEC. Y a este respecto es prácticamente unánime la doctrina y la jurisprudencia menor en orden a considerar que, junto con la demanda, se acompañarán los documentos a que se refieren los arts. 264 y 265 LEC incluidos obviamente aquellos en los que la parte intente fundar su derecho. Se trata de un juicio verbal de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con contestación escrita, un procedimiento que debe principiar por demanda que reúna los requisitos del art. 399 LEC y que una vez contestada, seguirá conforme a los trámites del juicio verbal salvo en lo relativo a la celebración de vistas. Así, salvo algunas especialidades como la contestación a la demanda por escrito o en lo relativo a la celebración de la vista y los medios de prueba según la última reforma llevada a cabo por el Real Decreto Ley 3/2009, en lo demás el proceso es el que impone la normativa procesal general, disposiciones que se aplican en todo lo referente a la prueba por cuanto así lo determina la disposición final quinta y el apartado X de la Exposición de Motivos de la nueva Ley Concursal.»

La categórica afirmación de la Sentencia, señalando, en relación con el incidente concursal, que *«se trata de un juicio verbal de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con contestación escrita»*, resulta matizada unas líneas después por otra en la que, salvando especialidades como la

contestación a la demanda por escrito o la celebración de vista y los medios de prueba, concluye que *«en lo demás, el proceso es el que impone la normativa procesal general»*. Dejando de lado la evidente confusión que trasladan las palabras transcritas, y tomando en consideración que se está tratando de la estructura procedimental del incidente concursal, la remisión a la normativa procesal general contenida en la resolución judicial de referencia nos permite concluir que, en esta primera aproximación, cabría encajar el modelo de vista resultado de la reforma del art. 194.4 LC en la regulada, para las vistas en general, en el artículo 185 LEC¹⁵⁷. La mayor amplitud de su objeto contribuiría a salvar algunos de los obstáculos que se expondrán a continuación.

b) *La solicitud de celebración de vista.*

El art. 194.4 LC¹⁵⁸ exigía, literalmente, que la vista fuera solicitada por ambas partes en sus escritos de demanda y contestación. La dicción del precepto plantea la duda acerca de cuántas partes procesales han de solicitar la vista para que la misma pueda, efectivamente, celebrarse.

Por una parte, se señala que si el legislador hubiera querido permitir que la vista se celebrase a instancia de una de las partes habría optado por disponer que procedería de solicitarlo las partes en sus escritos de demanda «o» contestación (el precepto dispone que ha de solicitarse en los escritos de demanda «y» contestación).

A pesar de la dicción literal del precepto, la doctrina y la jurisprudencia sostiene, de forma unánime, que la vista habrá de celebrarse aunque lo solicite una sola de las partes.

Como primer argumento a favor de esta segunda opción se considera que, en la práctica, la conjunción copulativa («y») se vino

¹⁵⁷ DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El Proceso Concursal*. Quinta edición. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Madrid, 2012. Pg. 267. BONET NAVARRO, A. "La reforma del incidente concursal". Op. cit. Pg. 19.

¹⁵⁸ Art. 194.4 redactado por el número doce del artículo 12 del RDL 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica («B.O.E.» 31 marzo). Téngase en cuenta que la regla 7ª de la disposición transitoria octava establece que la presente modificación será de aplicación a los incidentes que se encuentren en tramitación en los que no se haya celebrado la vista a la entrada en vigor del Real Decreto-ley: *«Contestada la demanda o transcurrido el plazo para ello, el proceso continuará conforme a los trámites del juicio verbal de la Ley de Enjuiciamiento Civil, salvo en lo relativo a la celebración de la vista. El juez únicamente citará para la vista cuando las partes la hayan solicitado en sus escritos de demanda y contestación, y previa declaración de la pertinencia de los medios de prueba anunciados. En otro caso, procederá a dictar sentencia sin más trámite.»*

entendiendo como disyuntiva y se admitía la celebración de vista sólo con que una de las partes la hubiera solicitado¹⁵⁹.

BONET NAVARRO¹⁶⁰ indica que la referencia a que las partes deben solicitar la celebración de vista en sus escritos de demanda y contestación no comporta tanto un *modus*, cuanto un *tempus*, de modo que para que la petición surta efecto se hace preciso que se formule en esos escritos, pero no después de ellos. Si, como afirma la doctrina del Tribunal Constitucional, el derecho a la tutela judicial comporta el derecho a usar todos los trámites procesales¹⁶¹, cuando una parte tiene interés en usar, en su exclusivo provecho, uno de estos trámites, dicha facultad no puede quedar sometida a la pareja petición de ambas partes, o a la conformidad de la otra. Lo contrario supondría dejar en manos de uno de los litigantes el ejercicio de los derechos a la tutela judicial efectiva y defensa de la parte contraria¹⁶².

En el mismo sentido se pronuncian no pocos autores¹⁶³, así como los Jueces de lo Mercantil reunidos en Congreso¹⁶⁴.

Esta posición se sostiene de modo generalizado por nuestros órganos jurisdiccionales. Cabe citar la SAP Pontevedra, Sección 1ª, de fecha 23/06/2011, ponente Ilmo. Sr. D. Jacinto José Pérez Benítez, Fundamento de Derecho Segundo:

«El precepto resulta confuso en su literalidad, pues, en primera aproximación, parece condicionar la celebración de vista a la solicitud de todas las partes procesales y siempre que se haya solicitado la práctica de pruebas. De esta manera, bastaría con que uno de los demandados rechazara o no pidiera expresamente la celebración de vista para que el juez se viera obligado a dictar sentencia sin más trámites. A criterio de la Sala esta interpretación resulta absurda, en la medida en que

¹⁵⁹ MARINA COLL, R. y CADENAS DE GEA, C. *El incidente concursal*. Op. cit. Pg. 74. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A. y LÓPEZ SÁNCHEZ, J. *La Reforma de la Ley Concursal. Una primera lectura del Real Decreto-ley 3/2009*. Op. cit. Pg. 212.

¹⁶⁰ BONET NAVARRO, A. "La reforma del incidente concursal". Op. cit. Pg. 22.

¹⁶¹ SSTC 29/1988, de 29 de febrero y 34/1994, de 31 de enero.

¹⁶² STC 32/1982, de 7 de junio.

¹⁶³ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A. y LÓPEZ SÁNCHEZ, J. *La Reforma de la Ley Concursal. Una primera lectura del Real Decreto-ley 3/2009*. Op. cit. Pgs. 212 y 213. DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El Proceso Concursal*. Quinta edición. Op. cit. Pg. 266. GONZÁLEZ LÓPEZ, E. "El incidente concursal tras la reforma por RDL 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica". Op. cit. Pg. 420.

¹⁶⁴ Conclusiones VII Congreso de Derecho Mercantil. Mesa de trabajo sobre el RDL 3/2009. Bilbao, octubre de 2010. Si ninguna de las partes pide vista, se pasa el incidente directamente a sentencia; si una parte pide vista y la otra no, debe convocarse vista; si las dos partes piden vista pero una propone prueba y la otra no, debe darse traslado a esta última para proposición, con el objeto de evitar indefensión.

sitúa al solicitante de la prueba en una posición de indefensión procesal, pues condiciona su práctica a la unanimidad de todos los litigantes, lo que carece de parangón en ninguna norma procesal.

Por tal motivo, se impone una interpretación sistemática del precepto, en línea con el mandato de la disposición final primera, que establece el carácter supletorio general de la ley procesal común. Ello así, si alguna de las partes solicita la celebración de vista y propone prueba para su práctica en dicho acto procesal, el juez deberá proveer sobre su pertinencia y, caso de que se considere pertinentes los medios de prueba propuestos, -diferentes de la mera aportación documental-, deberá convocar para la celebración de vista, con independencia de que la petición provenga de una o de todas las partes del proceso. De otra forma, -se insiste-, se corre el riesgo de vulnerar el derecho de defensa y el derecho fundamental a la práctica de las pruebas pertinentes al proponente de la prueba por el sólo hecho de que las demás partes no mantengan la misma petición.»

En el mismo sentido, SAP Mérida, Unidad procesal de apoyo directo, de fecha 1/12/2011 (recurso nº 306/2011), ponente Ilma. Sra. D^a. María Isabel Bueno Trenado, Fundamento de Derecho Segundo¹⁶⁵, así como las SSAP Valencia, Sección 9^a, de fechas 11/05/2011 (recurso nº 759/2010), 30/05/2012 (recurso nº 194/2012), 28/06/2012 (recurso nº 278/2012) y 18/12/2013 (recurso nº 605/2013), siendo ponente en todas ellas el Ilmo. Sr. D. Gonzalo María Caruana Font de Mora¹⁶⁶.

¹⁶⁵ SAP Mérida, de fecha 1/12/2011, Fundamento de Derecho Segundo: «Por tanto, a la vista de la dicción gramatical del precepto, ha de entenderse que no es viable la celebración de vista cuando parte alguna lo ha interesado o cuando interesada para la práctica de la prueba, ésta es denegada por impertinente, y si bien no puede interpretarse, que para su celebración es indispensable que sea peticionada por todas las partes, (pues si bien los términos del precepto se redactan en plural, tampoco dice que deba ser de consenso y entenderlo de esta manera, implicaría dejar el control de ese acto judicial a una de las partes litigantes, pues bastaría la negativa u omisión de una de ellas para no ser viable que el Juez acordase la nulidad y por tanto dejar a la parte indefensa al ni siquiera permitirle el recibimiento a prueba, con clara vulneración del derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva e implicaría un fraude procesal proscrito por el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial...»

¹⁶⁶ Por todas ellas, reproducimos parte del Fundamento de Derecho Segundo de la de fecha 30/05/2012: «El artículo 194-4 de la Ley Concursal que referente al incidente concursal, establece tras la reforma legal operada por el RDL 3/09 de 27 de Marzo de Medidas urgentes en materia tributaria y financiera aplicable al caso dada su vigencia, que, "...". No obstante, la confusión que puede generar la dicción gramatical del precepto, ha de entenderse que no es viable la celebración de vista cuando parte alguna lo ha interesado o cuando interesada para la práctica de la prueba, ésta es denegada por impertinente. No puede interpretarse, en cambio, que para su celebración es indispensable que sea peticionada por todas las partes, pues si bien los términos del precepto se redactan en plural, tampoco dice que deba ser de consenso y entenderlo de esta manera, implicaría dejar el control de ese acto judicial a una de las partes litigantes, pues bastaría la negativa u omisión de una de ellas para no ser viable que el Juez acordase la vista y por tanto dejar a la parte indefensa al ni siquiera permitirle el recibimiento a

Cuestión distinta es la que se plantea si se toma en consideración que la proposición de prueba ha de residenciarse en los escritos de demanda y contestación, según el texto de la reforma operada por el RDL. La parte demandada, que introduce la controversia, conocerá siempre los medios de prueba de que la actora se intente valer, alcanzando un conocimiento cabal acerca de si le interesa solicitar o no la celebración de vista. No ocurre lo mismo con la parte actora, la cual, al tiempo de interponer la demanda únicamente podrá intuir, aunque no necesariamente, los motivos de oposición que se le van a articular de contrario. Todo lo cual permite concluir que la actora siempre deberá solicitar la celebración de vista en su escrito de demanda, para no asumir el riesgo de que le precluya dicha posibilidad, lo que determinará el efecto contrario al pretendido con la reforma, cual es evitar el acto de la vista, en la medida de lo posible¹⁶⁷.

c) El requisito cumulativo de la solicitud de vista y la declaración de pertinencia de los medios de prueba propuestos

Otro de los problemas interpretativos que plantea la redacción del art. 194.4 LC, tras la reforma introducida en el mismo por el RDL 3/2009, se centra en determinar si el legislador exige la concurrencia necesaria de los dos presupuestos legales de celebración de la vista: Por un lado, la solicitud de vista formulada por las partes; por otro lado, la declaración de pertinencia sobre los medios de prueba propuestos en los escritos de demanda y contestación, acordada por el Juez¹⁶⁸.

Antes de continuar, conviene aclarar que los medios de prueba que han de ser propuestos y admitidos han de pertenecer al grupo de los considerados como de carácter personal (interrogatorio de partes, testifical y, en determinados supuestos, pericial), por ser aquéllos que exigen que su práctica transcurra ante la presencia directa del Juez en el acto de la vista (concentración, intermediación, oralidad). Es de rechazar, además, el empleo que se hace en el precepto de la expresión «*anunciados*» en relación con los medios de prueba «*propuestos*». La mala elección del verbo induce a confusión, trasladando la equivocada posibilidad de que se distingan dos momentos distintos para materializar

prueba, con clara vulneración del derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) e implicaría un fraude procesal proscrito por el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.»

¹⁶⁷ GONZÁLEZ LÓPEZ, E. “El incidente concursal tras la reforma por RDL 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica”. Op. cit. Pg. 420.

¹⁶⁸ Dice el art. 194.4, inciso segundo, LC: «El juez únicamente citará para la vista cuando las partes la hayan solicitado en sus escritos de demanda y contestación, y previa declaración de pertinencia de los medios de prueba anunciados.»

la proposición de prueba, residenciada, *ministerio legis*, en los escritos de alegaciones de las partes.

Volviendo a la cuestión que ahora nos ocupa, de admitirse que es precisa la concurrencia de ambos presupuestos, la vista aparece convertida en un acto habilitado exclusivamente para la práctica de la prueba declarada pertinente por el Juez. En consecuencia, cuando no se propusiera prueba, o no fuera declarada pertinente la propuesta, no podría celebrarse la vista¹⁶⁹.

Los Jueces de la especialidad Mercantil, reunidos en Congreso¹⁷⁰, concluyeron que si las dos partes pidieran la celebración de vista pero no propusieran prueba alguna, no cabría celebrarla: el precepto inserta una suerte de audiencia previa escrita de estrictos fines probatorios, que ilustra sobre el fin de la vista, que no es otro que practicar aquella prueba que se haya considerado pertinente. De modo que, si no es precisa prueba alguna, los términos de la reforma conducen a que los autos queden sobre la mesa para resolver. Ello supone que las excepciones y defensas de índole procesal, que deberían ser conocidas al dictar sentencia, por no haber tenido oportunidad de ser examinadas con anterioridad, conforme se prevé en el trámite incidental, pudieran provocar la finalización del procedimiento con una absolución en la instancia, lo que choca con los propósitos de la reforma de «*agilizar los trámites procesales.*»

En sentido opuesto, la doctrina¹⁷¹ señala que la forma de expresión y coordinación de los dos elementos determinantes de la celebración de la vista permite advertir que ambos están separados por una coma antepuesta a la conjunción «y». Lo cual indica que ambos elementos están coordinados, pero no como equivalentes, sino como distintos. De esta forma, la coma evita la posible ambigüedad, ya que su función es la de separar en una enumeración los casos en que el legislador admite la celebración de la vista. Entiende de esta forma el autor citado que si el legislador hubiera querido exigir la doble concurrencia de solicitud de vista por los litigantes y juicio favorable de pertinencia de la prueba por parte del Juez para habilitar la vista, no hubiera sido necesario insertar la coma ante la «y». Por ello concluye que se trata de dos circunstancias ocurrentes por separado (no necesariamente concurrentes) sin relación entre sí (la evita la coma); sin otro nexo que el que establece una enumeración de causas habilitantes de la celebración de vista.

¹⁶⁹ BONET NAVARRO, A. "La reforma del incidente concursal". Op. cit. Pg. 24.

¹⁷⁰ Conclusiones VII Congreso de Derecho Mercantil. Mesa de trabajo sobre el RDL 3/2009. Bilbao, octubre de 2010.

¹⁷¹ BONET NAVARRO, A. "La reforma del incidente concursal". Op. cit. Pgs. 25 y 26.

Conforme a esta interpretación, la celebración de la vista no quedaba reservada únicamente para la práctica de prueba, sino que tendría también una función sanadora, consistente en limpiar el proceso de obstáculos procesales, con el fin de evitar que el Juez se viera obligado a dictar una sentencia absolutoria en la instancia que dejase imprejuzgada la relación jurídica material y obligase al actor a volver a iniciar el proceso mediante la pertinente demanda¹⁷².

Recuérdese, a este respecto, que la Exposición de Motivos de la LEC 1/2000 afirma, expresamente, que constituye una exigencia racional y constitucional de la efectividad de la tutela judicial que se resuelvan, cuanto antes, las eventuales cuestiones sobre presupuestos y óbices procesales.

Propone algún sector de la doctrina¹⁷³ que lo más deseable hubiera sido conceder también al órgano judicial, de oficio, la posibilidad de acordar la celebración de la vista en atención a la complejidad de alguna de las cuestiones que han de resolverse por los cauces del incidente concursal, pudiendo obtener de esta forma una mayor ilustración sobre la cuestión controvertida, permitiendo así al Juez del concurso suplir la falta de petición de las partes para que la celebración de la vista tuviera lugar.

La vigencia del principio dispositivo en el proceso civil y, por tanto, también en el concurso, parece vedar tal posibilidad al constituir una excepción a dicho principio que no encontraría suficiente justificación en razones de oportunidad, con riesgo evidente de provocar situaciones de inseguridad jurídica. En este sentido, SSAP Valencia, Sección 9ª, de fechas 11/05/2011 (recurso nº 759/2010), 30/05/2012 (recurso nº 194/2012), 28/06/2012 (recurso nº 278/2012) y 18/12/2013 (recurso nº 605/2013), siendo ponente en todas ellas D. Gonzalo María Caruana Font de Mora, señalan sobre el particular lo siguiente:

«... siendo indiscutible que los demandantes pidieron celebrar juicio y prueba en su escrito rector, la Providencia de 23-4-2010, infringe tal precepto por cuanto, en primer lugar, es de contenido confuso y ambiguo al señalar que no se celebra vista pero también se deja en manos del Proveyente la posibilidad afirmativa de celebrarla, creando con tal dicción inseguridad, pues no se dice definitivamente que no, pero tampoco que sí, lo que entraña indefensión en la solicitante y contradice el sentido categórico que deben tener las resoluciones judiciales...»

¹⁷² DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El incidente concursal*. Op. cit. Pgs. 115 y 116.

¹⁷³ DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El incidente concursal*. Op. cit. Pg. 116. DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El Proceso Concursal*. Quinta edición. Op. cit. Pg. 267.

d) *El régimen transitorio*

La regla 7ª de la Disposición transitoria octava del Real Decreto-ley 3/2009, bajo la rúbrica «*Normas procesales*», fija el criterio de aplicación de la reforma operada en el art. 194.4 por la indicada norma con rango de Ley¹⁷⁴. La misma previene su aplicación, exclusivamente, a los procedimientos en trámite en los que no se haya celebrado la vista.

La norma ha sido criticada por haber fijado la frontera temporal determinante de su aplicación a todos aquellos incidentes en los que todavía no se hubiera celebrado la vista, considerándose más adecuado establecer la aplicación del nuevo régimen a los incidentes en los que no se hubiese dictado aún la resolución que *citase* a las partes para la vista, habida cuenta que la reforma incide, precisamente, en la supresión del carácter necesario de dicho trámite. Se niega así la aplicación retroactiva de la reforma a todos aquellos incidentes concursales en tramitación en los que se encontrara pendiente la convocatoria a la vista, aspecto que suscitaba, sin duda, todo el interés doctrinal y jurisprudencial tras la entrada en vigor de la reforma¹⁷⁵.

Considerando que en los incidentes en trámite a la entrada en vigor de la reforma, las partes no venían obligadas a proponer los medios de prueba de que intentarían valerse en los escritos de demanda y contestación, así como tampoco venían obligados legalmente a solicitar en ellos la celebración de la vista, algún autor¹⁷⁶ sostuvo que la disposición transitoria podría causar indefensión a dichas partes, ya que, con una aplicación rigurosa de la misma, no cabría la celebración de vista en ningún incidente concursal en trámite. A fin de evitar esas situaciones de indefensión en los casos descritos, se considera correcto que el Juez, tras la entrada en vigor, diera traslado a las partes para que manifestaran si les interesaba o no la celebración de la vista.

No falta algún autor¹⁷⁷ que considera, no obstante, que la medida de supresión obligatoria de la vista en el incidente concursal se habría de

¹⁷⁴ Disposición transitoria octava, regla 7ª del RDL 3/2009: «La nueva redacción del apartado cuarto del artículo 194 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, será de aplicación a los incidentes que se encuentren en tramitación en los que no se haya celebrado la vista a la entrada en vigor de este Real Decreto-ley.»

¹⁷⁵ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A. y LÓPEZ SÁNCHEZ, J. *La Reforma de la Ley Concursal. Una primera lectura del Real Decreto-ley 3/2009*. Op. cit. Pg. 215. ETXARANDIO HERRERA, E.J. *Manual de Derecho Concursal*. Segunda Edición. Op. cit.

¹⁷⁶ ORELLANA CANO, N.A. "Aspectos procesales de la reforma concursal en el marco del Real Decreto-ley 3/2009". *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*. Parte La reforma de la Ley Concursal por el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo. Número 11. Editorial La Ley, Wolters Kluwer España, S.A. Madrid, 2009. Pg. 154.

¹⁷⁷ MUÑOZ DE BENAVIDES, C. "Cinco meses tras la reforma concursal". *Diario La Ley*. Sección Tribuna. Año XXX. Número 7245. La Ley, 21 de septiembre de 2009.

aplicar, con carácter retroactivo, a todos los incidentes concursales en tramitación a la fecha de entrada en vigor del RDL.

e) *Juicio crítico*

Como ha quedado expuesto a lo largo del presente capítulo, la reforma operada en el texto de la LC por el, tantas veces repetido, Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, se vincula a la estructura procedimental del incidente concursal a través de la modificación operada en el art. 194.4 LC y afecta a la supresión del carácter de regla general que se había otorgado al trámite de la vista.

El legislador llevó a cabo dicha reforma puntual acogiendo, pretendidamente, la práctica judicial instaurada en nuestros Juzgados y sancionada por las Audiencias Provinciales, a fin de dar mayor agilidad a la tramitación de todos aquellos incidentes concursales cuyo objeto bien revestía escasa complejidad, bien planteaba la resolución de cuestiones estrictamente jurídicas, o bien había de resolverse sobre la base de la prueba documental (no impugnada) propuesta por las partes y acompañada con los respectivos escritos de alegaciones. Esta práctica discurría por los cauces del precepto del art. 194.4 LC, tal y como quedó plasmado en la LC original, promulgada el día 9 de julio de 2003.

Con arreglo al texto del art. 194.4 LC, los juzgados y tribunales seguían sujetándose al esquema procedimental híbrido, integrado por una fase escrita de alegaciones, seguida de una vista oral conforme a los trámites del juicio verbal regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil, concebido por el legislador concursal de 2003. Dentro de dicho procedimiento, las cuestiones procesales que pudieran plantear las partes del incidente en sus escritos de alegaciones eran ventiladas en el trámite de la vista, con arreglo a las previsiones de la LEC (artículo 443), aplicables por efecto de la remisión directa contenida en la redacción originaria del art. 194.4 LC. Este modelo de vista oral albergaba no sólo las cuestiones relativas a la proposición y práctica de la prueba que resultara admitida en dicho acto, sino también las atinentes a las cuestiones procesales (excepto la impugnación de la falta de jurisdicción o competencia del tribunal) que pudieran obstar a la válida prosecución y término del proceso mediante una sentencia sobre el fondo del asunto.

Por el contrario, el modelo procedimental alumbrado por la reforma operada en el art. 194.4 por el RDL plantea dudas acerca de los trámites que han de seguirse para la celebración de la vista, dudas que fueron objeto de estudio en los apartados anteriores de este trabajo.

El reproche de mayor alcance se centra en el hecho de que la redacción del precepto excluye del trámite de la vista la resolución de las cuestiones procesales anteriormente referidas. Las mismas, de acuerdo con la dicción del precepto, habrán de ser resueltas en sentencia sin que las partes puedan pronunciarse sobre ellas en el acto de la vista, restándoles oportunidades de contradecirse y ejercitar su derecho de defensa, o lo que es lo mismo, con merma de garantías procesales. Pero parece claro, que el tratamiento de dichas cuestiones procesales queda fuera del ámbito de vista oral, tal y como ha entendido el intérprete. Así, los Jueces de la especialidad Mercantil concluyeron en su VII Congreso (mesa sobre el RDL 3/2009), que el trámite previo de solicitud de vista, proposición de prueba y declaración acerca de su pertinencia quedaba configurado como una suerte de audiencia previa escrita de estrictos fines probatorios, en la medida en que el fin de la vista oral subsiguiente (caso de que resultara procedente su celebración) no era otro que practicar la prueba que se hubiera considerado pertinente.

Puede concluirse, por tanto, que el art. 194.4 LC, tal y como quedó redactado tras la reforma, no resuelve un problema, sino que lo crea, al desfigurar los perfiles del trámite de vista en el incidente concursal. Si antes de la reforma estaba claro que dicho procedimiento seguía en su primera fase un trámite escrito de alegaciones para todas las partes personadas en el mismo, y una segunda fase de vista oral que se sujetaba a las normas reguladoras del juicio verbal en la LEC, tras la entrada en vigor de las modificaciones operadas por el RDL queda igualmente claro que se suscitan dudas acerca del trámite de la vista, en relación con la determinación de las normas a las que debe sujetarse en todos aquellos casos en que resulte procedente su celebración, afectando directamente al tratamiento de las cuestiones procesales que pudieran suscitar las partes y cuya resolución pudiera obstar la *«válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo»*.

No queda claro que se haya logrado el fin de dotar al incidente concursal de mayor agilidad y rapidez. Al contrario, la prisa del legislador de la reforma se ha traducido en una defectuosa redacción que conlleva merma de oportunidades y garantías procesales para las partes.

Teniendo en cuenta que la reforma reconocidamente trató de acoger en la redacción del nuevo art. 194.4 LC una práctica judicial que no planteaba los inconvenientes que el legislador ha introducido en la regulación de la vista, únicamente cabe concluir que dicha reforma no fue oportuna ni idónea, no solucionó problema alguno que no estuviera ya resuelto antes por la práctica judicial, pero sí introdujo nuevas complicaciones para los operadores jurídicos. Por tanto, a la vista de los

cuatro patrones de análisis sobre los que pivota el presente trabajo, el juicio arroja un resultado negativo.

3. La Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial

Elevada la «*reforma de la Justicia*» a la categoría de objetivo crucial e inaplazable del legislador, se entendió por éste que uno de los medios esenciales para conseguirlo sería «*la implantación en España de la nueva Oficina Judicial, cuyo objetivo es la racionalización y optimización de los recursos que se destinan al funcionamiento de la Administración de Justicia*»¹⁷⁸.

Tomada conciencia el legislador del manifiestamente *mejorable* funcionamiento de la Administración de Justicia, se acometió la tarea mediante la promulgación de la *Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial* (BOE de 4 de noviembre de 2009).

Son fines confesos de la Ley 13/2009, expresados de forma sintética en el apartado I de su Preámbulo, los siguientes:

i) Que los Jueces y Magistrados dediquen todos sus esfuerzos a las funciones que constitucionalmente tienen encomendadas de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

ii) Atribuir a otros funcionarios aquellas responsabilidades y funciones de los Jueces y Magistrados que no tienen carácter jurisdiccional, mediante la correlativa distribución de competencias entre Jueces y Secretarios Judiciales, lo que exige la adaptación de nuestra legislación procesal (en todos los órdenes) a las previsiones ya contenidas en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativas a las Oficinas judiciales y a los Secretarios Judiciales.

iii) Establecer sistemas de organización del trabajo de todo el personal al servicio de la Administración de Justicia, de forma que su actividad profesional se desempeñe con la máxima eficacia y responsabilidad.

El cumplimiento de dichos fines exige, como quedó expuesto, la reforma de todas las leyes procesales, fijándose en el apartado III del Preámbulo como «*objetivo primordial compartido*» de esta reforma en

¹⁷⁸ Apartado I del Preámbulo de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre.

bloque de las normas adjetivas *«regular la distribución de competencias entre Jueces y Tribunales, por un lado, y Secretarios Judiciales, por otro»*.

Además, la idea inspiradora de la reforma fue, según se recoge en el mencionado apartado III del Preámbulo, *«concretar las competencias procesales del Cuerpo de Secretarios judiciales, configurado como un cuerpo superior jurídico, de modo que salvo los supuestos en que una toma de decisión procesal pudiera afectar a la función estrictamente jurisdiccional, se ha optado por atribuir la competencia del trámite de que se trate al Letrado de la Administración de Justicia»*.

Resta únicamente dejar constancia de que, conforme se dispone en la Disposición final tercera de la Ley, *«Entrada en vigor»*:

«La presente Ley entrará en vigor a los seis meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», excepto el apartado diez del artículo decimoquinto, por el que se adiciona un nuevo apartado 3 al artículo 23 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado»».

El cómputo de los plazos previstos se tradujo en que la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, entró en vigor el día 4 de mayo de 2010.

A) Incidencia de la reforma en el esquema procesal preexistente

La Ley 13/2009 dedica su artículo decimoséptimo a la modificación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

En línea con lo establecido con carácter general en el art. 179.1 LEC, tras la redacción dada por la Ley 13/2009, se atribuye al Letrado de la Administración de Justicia el impulso de oficio del proceso (art. 186.1 LC)¹⁷⁹. Sin embargo, la dirección sigue en manos del Juez del concurso, resultando más que dudoso que, en el marco del expediente concursal, las competencias del Letrado de la Administración de Justicia tengan otro recorrido que el puro impulso formal del trámite. La clara diferenciación entre la función de dirección del proceso y la de impulsión del trámite, así como la reafirmación del papel directivo del Juez resulta patente, por

¹⁷⁹ Art. 186.1 LC, redactado conforme al art. 17.cuarenta y cuatro de la Ley 13/2009: *«Declarado el concurso, el Letrado de la Administración de Justicia impulsará de oficio el proceso.»*

Art. 179.1 LEC, redactado por el apartado noventa y nueve del artículo decimoquinto de la Ley 13/2009: *«Salvo que la ley disponga otra cosa, el Letrado de la Administración de Justicia dará de oficio al proceso el curso que corresponda, dictando al efecto las resoluciones necesarias.»*

ejemplo, en la redacción dada a los arts. 51.2, 106.2 y 194.2 y 3, todos ellos de la LC¹⁸⁰.

El último de los preceptos citados se refiere a la admisión a trámite de la demanda en el incidente concursal. En él se plasma la reafirmación de la función directiva del proceso encomendada al Juez del concurso en los siguientes términos:

i) Donde antes se leía «[...] el juez [...] resolverá, mediante auto, su inadmisión, dando a la cuestión planteada la tramitación que corresponda [...] en otro caso, dictará providencia admitiendo a trámite el incidente y emplazando a las demás partes [...]»

ii) Tras la reforma se dice «[...] el juez [...] resolverá, mediante auto, su inadmisión y acordará que se dé a la cuestión planteada la tramitación que corresponda.

3. En otro caso, dictará providencia admitiendo a trámite el incidente y acordando se emplace a las demás partes [...]»

Aunque una de las modificaciones más significativas de la reforma en el ámbito de la distribución de competencias Juez-Letrado de la Administración de Justicia fue la de la atribución a este último del señalamiento de vistas, comparecencias y Juntas de acreedores, cabe destacar que, en el marco del incidente concursal, la citación para vista, en los casos en que ésta proceda, sigue siendo competencia del Juez (art. 194.4 LC, no afectado por la reforma)¹⁸¹.

Considerando escasa la incidencia real de la reforma en el esquema procedimental preexistente, se ha de aludir a la falta de reflejo en la modificación operada en la LC de dos de las principales manifestaciones del nuevo rol asignado al Letrado de la Administración de Justicia en el marco del proceso civil y que se plasma, por un lado, en la atribución al Secretario de competencias en relación con la admisión de la demanda y, por otro lado, con respecto a la terminación anticipada del proceso como consecuencia del acuerdo de las partes.

En lo que se refiere a las funciones de comprobación de la concurrencia de los requisitos precisos para la admisión del escrito iniciador del expediente, que con la reforma se asignan al Letrado de la Administración de Justicia en sede general (arts. 404 y 440 de la LEC),

¹⁸⁰ GALGO PECO, A. "Implicaciones en el ámbito concursal del reparto de competencias procesales establecido en el nuevo modelo de oficina judicial". Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Parte Noticias comentadas. Número 13. Editorial La Ley, Wolters Kluwer España, S.A. Madrid, 2010. Pg. 520.

¹⁸¹ GALGO PECO, A. "Implicaciones en el ámbito concursal del reparto de competencias procesales establecido en el nuevo modelo de oficina judicial". Op. cit. Pg. 521.

en el procedimiento concursal tales funciones siguen atribuidas al Juez, sin que hayan sufrido modificación alguna los artículos correspondientes atinentes a la solicitud de concurso y a las demandas de incidente concursal. Con relación a la conclusión del expediente por desistimiento, mientras que en el régimen común es al Letrado de la Administración de Justicia a quien incumbe acordar el sobreseimiento del proceso si todas las partes se muestran conformes con el desistimiento, en el régimen del procedimiento concursal es el Juez quien debe acordar en todo caso el desistimiento (art. 186.2), así como (en resolución separada) la conclusión del expediente que trae causa del mismo (art. 176.2)¹⁸².

Por último, el apartado cuarenta y nueve del artículo decimoséptimo de la Ley 13/2009 da una nueva redacción a la Disposición final quinta de la LC, que quedó plasmada en los siguientes términos:

«En lo no previsto en esta Ley será de aplicación lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, y específicamente en lo que se refiere al cómputo de plazos determinados en la misma, así como en relación con la documentación de las actuaciones mediante sistemas de grabación y reproducción de la imagen y el sonido.

En el ámbito de los procesos concursales, resultarán de aplicación los principios de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto a la ordenación formal y material del proceso.»

Se advierte la adición de un segundo inciso en el párrafo primero relativo a la documentación de las actuaciones mediante sistemas de grabación y reproducción de imagen y sonido, que el apartado IV del Preámbulo de la Ley 13/2009 califica como «*objetivos complementarios*» de la reforma de las leyes procesales. En este sentido, se concluye que el documento electrónico que contenga la grabación, siempre que incorpore la firma electrónica reconocida del Letrado de la Administración de Justicia, constituirá el acta a todos los efectos. Esta previsión se hace extensiva a todos los órdenes jurisdiccionales e igualmente a las Juntas de acreedores previstas en la Ley Concursal. Proyectada la norma al ámbito de las vistas de los incidentes concursales, cuando proceda su celebración, las mismas se desarrollarán sin la presencia del Letrado de la Administración de Justicia (lo mismo que en el proceso civil general), lo cual no ha de impedir que la constancia de la firma electrónica reconocida del Letrado de la Administración de Justicia en las grabaciones que las documentan haga que éstas se constituyan en el

¹⁸² GALGO PECO, A. "Implicaciones en el ámbito concursal del reparto de competencias procesales establecido en el nuevo modelo de oficina judicial". Op. cit. Pg. 521.

documento que soporte el acta de las vistas, a todos los efectos legales procedentes.

B) *Juicio crítico*

Siendo numerosos los preceptos de la LC afectados por la reforma operada en su texto mediante la Ley 13/2009, de 3 noviembre, se ha de reconocer que la incidencia de la reforma en el esquema procedimental concursal existente, en general, y en el incidente concursal, en particular, fue escasa, limitada en lo que al trámite incidental se refiere, a los retoques reseñados en los apartados 2 y 3, del art. 194 LC.

Por cuanto se lleva expuesto, no se encuentra procedente emitir juicio sobre el impacto de la reforma en el incidente concursal. Puede decirse que se cede el testigo del análisis al siguiente apartado, que encuentra cumplida justificación en la trascendencia de su alcance.

4. La Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, Concursal

El Pleno del Congreso de los Diputados aprobó el jueves, 22 de septiembre de 2011, el texto definitivo de la Ley de Reforma de la Ley 22/2003, de 9 julio, Concursal. Se trata de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, (BOE nº 245, de 11 de octubre), aprobada en el último pleno de la IX Legislatura, lo que mantuvo hasta el último momento la incertidumbre respecto a la entrada en vigor de la anunciada y laboriosa modificación del texto¹⁸³.

Esta nueva reforma «global» tuvo su origen dos años antes, en concreto en los trabajos de la Sección especial de la Comisión General de Codificación¹⁸⁴. En este sentido, bien puede decirse que esta reforma

¹⁸³ COUSO PASCUAL, J.R. “La reforma concursal y los acreedores financieros”. El Notario, Revista del Colegio Notarial de Madrid. Número 40. Edita Colegio Notarial de Madrid. Noviembre-diciembre de 2011. Pg. 17.

¹⁸⁴ La Sección Especial de la Comisión para la reforma de la Ley Concursal quedó constituida el jueves, 16 de julio de 2009, compuesta por 19 expertos procedentes de la doctrina científica, la carrera judicial, la Administración y los operadores privados. Encabezada por el secretario general técnico del Ministerio de Justicia, D. Santiago Hurtado Iglesias, quedó compuesta como sigue: Presidente: Sr. Hurtado Iglesias; Vicepresidente: D. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano; Vocales: D^a. Carmen Alonso Ledesma; D. Alberto Arribas Hernández; D. Emilio Beltrán Sánchez; D. Alberto Díaz Moreno; D. José María Fernández Seijo; D^a. Esperanza Gallego Sánchez; D. Antonio Moreno Rodríguez; D. Manuel Olivencia Ruiz; D^a. María de la Concepción Ordiz Fuertes; D^a. Nuria Orellana Cano; D. Francisco Pérez-Crespo Payá; D. Enrique Piñel López; D^a. Juana Pulgar Ezquerria; D. Ángel Rojo Fernández-Río; D. Ignacio Sancho Gargallo;

de la LC entronca con la previamente acometida mediante RDL 3/2009, de 27 de marzo, puesto que como quedó dicho, al tratar de la reforma operada por el citado RDL, éste ya anunció en su parte expositiva una «revisión en profundidad» de la legislación concursal «a la luz» de la experiencia de la crisis. Y con ocasión de su convalidación parlamentaria, el 23 de abril de 2009, el Ministro de Justicia anunció una nueva reforma de mayor calado y alcance de la legislación concursal, finalmente llevada a cabo por la Ley 38/2011¹⁸⁵. Siguiendo con la cronología, el 9 de julio de 2009 el Ministro de Justicia dispuso por Orden Ministerial la creación en el seno de la Comisión General de Codificación de una Sección Especial para la Reforma de la LC, con respeto a su «estructura y diseño»; una reforma serena a la que fijó un plazo de once meses¹⁸⁶.

A la Sección especial se le encargó el análisis de una serie de cuestiones con expreso mandato, en algunas de ellas, de ofrecer textos concretos, y, en otras, ofrecer una foto del estado de la situación que permitiera al Ministerio tomar las decisiones de política legislativa con la mayor información y criterio posible¹⁸⁷.

Al tenor del texto preambular de la norma, la Ley supone una actualización integral de nuestro Derecho concursal a la vista de la corta pero intensa experiencia y aplicación de la Ley del 2003, del Derecho Comparado y de su evolución. El punto X del Preámbulo señala que *la ley aporta al instituto del concurso una mayor seguridad jurídica, la apertura de nuevas vías alternativas que buscan el equilibrio entre la viabilidad de la empresa y la necesaria garantía judicial, el impulso de los medios electrónicos, así como la simplificación y la agilización procesal. Y concluye que «con ello se trata de normalizar el papel del concurso con el que cumple en los países de nuestro entorno, poniendo fin al estigma que hasta ahora lo ha lastrado, y se constituya como un instrumento al servicio de la viabilidad y dinamización de nuestro tejido empresarial.»*

En sus escasos seis años de vida la LC había recibido varias modificaciones de mayor o menor entidad¹⁸⁸. Por otra parte, las

D. Luis Gonzaga Serrano de Toledo. Secretario: D. Julio Carlos Fuentes Gómez. Nota de Prensa de los Servicios de Prensa. La Moncloa.

¹⁸⁵ OLAIZOLA, F. “Los acuerdos de refinanciación tras la Ley 38/2011, de reforma de la Ley Concursal”. *El Notario*, Revista del Colegio Notarial de Madrid. Número 40. Edita Colegio Notarial de Madrid. Noviembre-diciembre de 2011. Pg. 22.

¹⁸⁶ OLIVENCIA RUIZ, M. “La reforma de la Ley Concursal”. *Op. Cit.* Pgs. 15 y 16.

¹⁸⁷ HURTADO IGLESIAS, S. “La reforma concursal. Anteproyecto de 17 de diciembre de 2010”. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*. Parte El Anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley Concursal de 17 de diciembre de 2010. Número 14. Editorial La Ley, Wolters Kluwer España, S.A. Madrid, 2011. Pg. 19.

¹⁸⁸ OLIVENCIA RUIZ, M. “Las reformas de la Ley Concursal”. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*. Parte La reforma de la Ley Concursal por la Ley 38/2011. Número 16. Editorial La Ley, Wolters Kluwer España, S.A. Madrid, 2012. Pg. 23. Enumera las siguientes: i) la reforma introducida por RDL 3/2009; ii) la reforma procesal para la implantación de la oficina

soluciones e interpretaciones al texto normativo dadas por los órganos jurisdiccionales de la especialidad mercantil habían sido ejemplo de solución al caso concreto, dando a cada uno lo que le corresponde, como guía ante la insuficiencia de respuesta concreta de la norma.

La reforma, aunque parte del reconocimiento de los principios esenciales de la Ley (unidad legal, de disciplina y de procedimiento), puede considerarse «global», ya que introduce importantes modificaciones que pretenden tanto corregir errores de enfoque detectados en la práctica como colmar las lagunas de la Ley. Simplifica y agiliza el procedimiento concursal sobre la base de favorecer la anticipación de la liquidación (mientras que la fase de convenio continuará abriéndose, por regla general, cuando finalice la fase común, la fase de liquidación se abrirá tan pronto como el deudor solicite su apertura, cualquiera que sea el momento procesal en que se encuentre; además, de poder solicitar también la Administración concursal su apertura en caso de cese de la actividad de la concursada), impulsar y regular un verdadero procedimiento abreviado y ofrecer soluciones específicas en fase común y en convenio.

Puede destacarse, en tal sentido, una profundización en los institutos preconcursales, así como un tratamiento privilegiado al denominado «dinero fresco», se regula de forma más detallada la insuficiencia de masa activa, se reconoce expresamente en la Ley la calificación de crédito contra la masa a los devengados tras la aprobación del convenio en los casos de apertura posterior de liquidación, se aumentan las obligaciones y responsabilidades de la Administración concursal, se potencian sus funciones y se refuerzan los requisitos para su nombramiento. Finalmente, se apuesta por una mejora notable de la protección de los trabajadores afectados, se lleva a cabo una regulación más armónica de la responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles durante el concurso y se trata de completar el régimen de los concursos conexos, en relación, sobre todo, con los grupos de sociedades¹⁸⁹.

judicial, introducida por la Ley 13/2009; iii) sucesivas modificaciones introducidas en la disposición adicional segunda de la LC, por Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de Medidas de Reforma Económica; Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público; el propio RDL 3/2009; el RDL 9/2009, de 28 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito; iv) la introducida en el art. 98, párrafo segundo, sobre resolución judicial de finalización de la fase común del concurso, modificado por el RDL 3/2009, y posteriormente por la disposición adicional segunda de la Ley 4/2010, de 10 de mayo, para la Ejecución en la UE de Resoluciones Judiciales de Decomiso por Infracción Penal en otro Estado Miembro, para coordinar la remisión al artículo 197.3 con la modificación introducida en éste por la Ley 13/2009, de la Oficina Judicial.

¹⁸⁹ HURTADO IGLESIAS, S. "La reforma concursal. Anteproyecto de 17 de diciembre de 2010". Op. cit. Pgs. 19 a 23. PRENDES CARRIL, P. "A propósito de la reforma concursal". Revista Actualidad Jurídica Aranzadi. Comentario de legislación. Número 808. Editorial Aranzadi, S.A. Cizur Menor (Navarra), 11 de noviembre de 2010. Pg. 5.

Frente a las reflexiones programáticas antes expuestas, cabe oponer que el modesto período de vigencia de la LC, al tiempo en que se aprobó esta nueva reforma de la misma, no ha permitido constatar si, al menos, alguno de esos «errores» y «lagunas» podrían haberse corregido por la vía de la interpretación judicial, cuando el transcurso de un mayor período de vigencia hubiese permitido asistir a la unificación de los criterios jurisprudenciales aplicados para su resolución. Se señala que las modificaciones introducidas en el cuerpo de la LC, cuyos principios y estructura se conservan, no pasan de ser reformas concretas, «quirúrgicas», en la medida en que se trata de injertos o de amputaciones, que alteran el cuerpo legal al dar nueva redacción a determinados artículos, suprimir algunas normas o añadir otras, visibles en el articulado por las cicatrices de los bis, ter, quáter y quinquies¹⁹⁰.

En opinión de algunos autores, la reforma de la LC, llevada a cabo por la Ley 38/2011, trata de remediar algunos de los problemas creados por las reformas anteriores de dicha norma, si bien no logra totalmente su objetivo¹⁹¹.

El desbordamiento de procedimientos concursales consecuencia de la drástica caída de empresas y particulares provocada por las crisis económica y financiera, nacional e internacional, han sido determinantes de las reformas de la moderna legislación concursal española, y exponente de una opción de acometer el problema. Queda la duda de cómo hubiera respondido la «justicia concursal» al problema planteado por la crisis con un decidido reforzamiento de medios, humanos y materiales. En cualquier caso, en plena vorágine de lucha contra la insolvencia de personas físicas y jurídicas, resulta preferible una revisión de las soluciones consagradas en el año 2003 que acometer una reforma generalizada de la legislación concursal, sin orientaciones definidas.

En relación con el incidente concursal el apartado IV del Preámbulo de la Ley 38/2011 concreta que las modificaciones procesales también le alcanzan, restringiéndose aún más la posibilidad de celebración de vista, como reflejo de la opción preferente por una tramitación escrita más rápida.

La reforma introducida en la tramitación de la vista del incidente concursal se vuelve a enmarcar (como ya se hiciera con la llevada a cabo por el RDL 3/2009) dentro de la finalidad general de dotar de una mayor agilidad al procedimiento. Como ocurrió con las introducidas en la mencionada ocasión anterior, no se afronta una revisión unitaria de los temas procesales sino que, como ya se dijo en la Exposición de Motivos

¹⁹⁰ OLIVENCIA RUIZ, M. "Las reformas de la Ley Concursal". Op. cit. Pgs. 21 y 22.

¹⁹¹ MARINA COLL, R. y CADENAS DE GEA, C. *El incidente concursal*. Op. cit. Pgs. 13 y 14.

del RDL, afecta a uno de aquellos «*aspectos concretos cuyo tratamiento normativo se ha revelado más inconveniente*» en la práctica¹⁹². Se trata de un ejemplo del carácter «quirúrgico» de la reforma, que incide sobre aspectos concretos de la tramitación del incidente (vista), sin alterar en lo esencial su estructura procedimental.

El hecho de tener que volver a actuar sobre la misma norma (art. 194.4 LC) que ya fue objeto de la anterior modificación operada por el RDL, apenas dos años después de que tuviera lugar, nos permite constatar el fracaso de aquélla.

Cabe avanzar que, aunque la nueva regulación del precepto, tantas veces repetido, ha supuesto un avance con respecto al RDL, tampoco las modificaciones que introduce la Ley 38/2011 contribuyen a solucionar los diferentes problemas que pueden plantearse en la práctica¹⁹³.

Nos ocuparemos, a continuación, de identificar estos problemas, que serán objeto de un estudio más detallado en el capítulo dedicado a la regulación de la tramitación del incidente concursal (vista), actualmente en vigor.

A) Problemas derivados de la nueva redacción del art. 194.4 LC

La redacción actualmente vigente del precepto queda como sigue:

«Sólo se citará a las partes para la vista cuando se haya presentado escrito de contestación a la demanda, exista discusión sobre los hechos y éstos sean relevantes a juicio del juez, y se hayan propuesto en los escritos de alegaciones medios de prueba, previa a la declaración de su pertinencia y utilidad. Esta vista se desarrollará en la forma prevista en el artículo 443 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para los juicios verbales. En otro caso, el juez dictará sentencia sin más trámites. Lo mismo hará cuando la única prueba que resulte admitida sea la de documentos, y éstos ya se hubieran aportado al proceso sin resultar impugnados, o cuando sólo se hayan aportado informes periciales, y ni las partes ni el juez soliciten la presencia de los peritos en el juicio para la ratificación de su informe.

¹⁹² CORDÓN MORENO, F. "Aspectos procesales de la reforma concursal", en *El concurso de acreedores* (AAVV) Op. cit. Pg. 664.

¹⁹³ CORDÓN MORENO, F. "Aspectos procesales de la reforma concursal", en *El concurso de acreedores* (AAVV) Op. cit. Pg. 665.

En cualquiera de los supuestos previstos en el párrafo anterior, si en el escrito de contestación se plantearan cuestiones procesales o se suscitaran por el demandante a la vista de este escrito en el plazo de cinco días desde que se le dio traslado del mismo, el juez las resolverá dictando la resolución que proceda conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil para la resolución escrita de este tipo de cuestiones conforme a lo previsto en la audiencia previa del juicio ordinario. Si la decisión fuera la de continuar el proceso, dictará sentencia en el plazo de diez días.»

Es claro que el legislador de la reforma aborda los problemas que quedaron sin resolver cuando se llevó a cabo la modificación del precepto en el año 2009, y que quedaron expuestos en el apartado 2.C) de este capítulo, en relación con el trámite de vista en el incidente concursal. El acierto con el que se acometen dichos problemas ha sido desigual.

Conforme a la nueva redacción del precepto, para que se celebre la vista han de concurrir los siguientes requisitos:

- 1º) Que exista contestación a la demanda.
- 2º) Que exista discusión sobre los hechos, que han de ser relevantes a juicio del Juez.
- 3º) Que los escritos de alegaciones contengan proposición de prueba distinta de la documental y pericial de parte, siempre que los documentos ya figuren aportados, no habiendo sido impugnados, y que ni las partes ni el Juez soliciten la presencia de los peritos en la vista para ratificación de su informe.
- 4º) Que los medios de prueba propuestos sean declarados pertinentes y útiles.

La lectura de dichos requisitos permite concluir que los mismos han de ser cumulativos¹⁹⁴. Es la exigencia de que concurren todos y cada uno de los requisitos el mecanismo que el legislador emplea para lograr el objetivo de la agilización del procedimiento restringiendo la celebración de la vista en todos aquellos casos en que la cuestión controvertida no

¹⁹⁴ GARNICA MARTÍN, J.F. “De las normas procesales generales y del sistema de recursos (Artículos 183-198 LC)”, en AAVV *Tratado judicial de la insolvencia*. Tomo II. Op. cit. Pg. 860. MARINA COLL, R. y CADENAS DE GEA, C. *El incidente concursal*. Op. cit. Pg. 76. RUIZ DE LA FUENTE, M. C. “Comentarios sobre la prueba en el incidente concursal”, en *Problemas procesales del concurso de acreedores*. Cachón Cadenas, M.; Picó i Junoy, J.; Riba Trepas, C.; Ruiz de la Fuente, M.C. (Coords.). Editorial Atelier. Barcelona, 2013. Pg. 228.

sea compleja (vgr., cuando para su resolución no se exige la práctica de medios de prueba distintos de los documentos –incluyendo en dicha categoría los informes periciales que no precisen del trámite de ratificación-, recíprocamente admitidos por las partes), o sea de carácter estrictamente jurídico.

El legislador utiliza términos que reproducen las dudas que ya se suscitaron con motivo de la redacción aprobada por el RDL, acerca del carácter superfluo de algunos de estos requisitos (la existencia de hechos controvertidos), si es o no preciso que los medios de prueba sean propuestos por una de las partes o por ambas, la posición de desventaja en que queda la parte actora frente a la demandada a efectos del trámite de proposición y de impugnación de los medios de prueba propuestos, si en el acto de la vista cabe proponer nuevos medios de prueba distintos de los contenidos en los previos escritos de alegaciones, si hubiera sido deseable prever la posibilidad de que el Juez pudiera acordar la celebración de la vista aunque no fuese solicitada por las partes y acerca de la propia estructura procesal de la vista, en relación con las dudas que suscita la remisión a las normas del juicio verbal del art. 443 de la LEC cuyo *iter* procedimental es radicalmente distinto al del incidente concursal.

Por otra parte, alguna de las cuestiones que planteó la defectuosa redacción del precepto conforme a las modificaciones introducidas por el RDL ha quedado resuelta. Nos referimos a la inclusión del trámite para ventilar las cuestiones procesales que pudieran plantear las partes en sus escritos de alegaciones.

Finalmente, la vigente redacción del precepto parece plantear dudas sobre cuestiones que antes no llegaron a suscitarse, como la relativa a las consecuencias que puede tener la inasistencia de las partes al acto de la vista, a solventar por las normas del art. 432 LEC previstas para el juicio ordinario, o las del art. 442 LEC, propias del juicio verbal, cuando éste no encuentra exacto acomodo en el trámite del incidente concursal.

B) *Juicio crítico*

Analizada la reforma del precepto bajo el patrón por el que se rige el presente trabajo, cabe afirmar que la reforma era *necesaria*, pues la aplicación del precepto ha suscitado problemas de interpretación y aplicación en la práctica judicial. Sin embargo, el trámite resultante de la

reforma operada por la Ley 38/2011 no ha resultado *idóneo*, pues muchos de los primitivos problemas no han quedado solventados.

La intención del legislador fue la de dar *solución* a los problemas que se habían planteado con ocasión de la modificación introducida por el RDL 3/2009, pero se ha visto que muchos de esos *problemas* permanecen anudados al precepto contenido en el vigente art. 194.4 LC. Podríamos concluir que, de *lege ferenda*, la reforma trata de ser solución al trámite de celebración de vista en el procedimiento del incidente concursal, pero de *lege data*, los problemas siguen residenciados en la redacción vigente del precepto citado.

Por tanto, la reforma, siendo necesaria, no ha sido la idónea ya que sólo se ha alcanzado la solución de alguno de los problemas planteados, permaneciendo otros presentes, pese a la nueva dicción del precepto. Ello se predica respecto del trámite de la vista, proyectándose, inevitablemente, sobre el procedimiento incidental. El juicio crítico sigue arrojando un resultado negativo, a juicio de quien suscribe.

5. La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización

En el marco de la grave y larga crisis económica padecida en España, poniendo el acento en el favorecimiento de la actividad emprendedora y la asunción de riesgos, con mejora de la eficacia de las políticas de apoyo institucional al emprendimiento y atenuación de posibles dificultades para el acceso a la financiación que afecta estructuralmente a las empresas españolas, con ánimo de mejorar el entorno de la investigación, el desarrollo y la innovación, y prestando la debida atención a la importancia de la internacionalización como factor de crecimiento y diversificación del riesgo empresarial, se publicó la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

Después de esta pomposa exposición de los principales motivos que parecen inspirar la referida norma, extraída del apartado I de su Preámbulo, cabe preguntarse en qué medida, o de qué forma, una norma de este tipo puede afectar al estudio del incidente concursal, objeto exclusivo del presente trabajo. La respuesta ha de buscarse en el Capítulo V del Título I de la referida Ley 14/2013, en el que, bajo el título «Acuerdo Extrajudicial de Pagos», está integrado su artículo 21 dedicado a la «Modificación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal». El apartado 7

del mencionado artículo añade nada menos que todo un Título X a la Ley Concursal, dedicado al *acuerdo extrajudicial de pagos*.

Este nuevo Título X de la LC está, a su vez, integrado por doce artículos, numerados correlativamente desde el 231 hasta el 242.

El artículo 239 LC lleva por título «*Impugnación del acuerdo*», y se refiere al mecanismo del que la ley dota a los acreedores no convocados a decidir sobre la aprobación del acuerdo extrajudicial de pagos del deudor, así como a los que no estuvieran conformes con el acuerdo alcanzado. El medio de impugnación de tales acuerdos no es otro, según la redacción del art. 239.3 LC, que «*el procedimiento del incidente concursal*».

De esta forma tan singular, por decirlo eufemísticamente, nos encontramos con que se ha ampliado el ámbito de aplicación del incidente, que, además de servir para ventilar todas las cuestiones que se susciten durante el concurso de acreedores y no tengan señalada en la Ley otra tramitación, ha pasado a abarcar, como objeto de su conocimiento, las impugnaciones que se formulen contra los «*acuerdos extrajudiciales de pago*» alcanzados al amparo de las previsiones contenidas en el nuevo Título X de la LC.

Resulta desalentador constatar cómo el legislador nos obliga a efectuar un continuo peregrinaje a través de las áridas páginas del Boletín Oficial del Estado para que no se escape la publicación de cualquier tipo de norma, en cuyo articulado pueda camuflarse la «*penúltima*» reforma de la Ley Concursal, con proyección sobre el contenido de este trabajo.

Analizaremos el alcance de este nuevo objeto de conocimiento del incidente concursal en el capítulo dedicado al ámbito de aplicación del incidente. Baste, por el momento, con anticipar lo llamativo del supuesto, ya que nos encontramos ante el único incidente concursal que habrá de sustanciarse fuera del procedimiento concursal, en la medida en que todo el expediente se tramita, como su propio nombre indica, en sede *extrajudicial*. Este pequeño detalle proporciona al específico incidente concursal de impugnación del acuerdo extrajudicial de pagos una singularidad característica, y afectará a muchos aspectos de su configuración (órgano competente para su conocimiento, partes del incidente, efectos de su incoación y de la sentencia que le ponga fin, así como al régimen de recursos que caben contra aquélla). Desde un punto de vista de estricta técnica jurídica, cabe afirmar que el incidente concursal de impugnación del acuerdo extrajudicial de pagos ni es *incidente* (no se ajusta a los parámetros previstos en el Capítulo VII, del

Título I, del Libro II de la LEC –arts. 387 a 393-, pues no puede afirmarse que el expediente del acuerdo extrajudicial de pagos integre un procedimiento judicial de los regulados en la LEC), ni es *concursal* (en tanto que no se desarrolla en el marco de ningún concurso de acreedores).

Los seis apartados del art. 239 LC no ofrecen una regulación suficiente de este singular tipo de incidente concursal. Aunque confiamos en que su aplicación será muy limitada dentro del volumen de asuntos que conforman la tarea de nuestros órganos jurisdiccionales, puede aventurarse que (salvo nueva reforma que lo complementa) la tramitación de la impugnación del acuerdo extrajudicial de pagos, como incidente concursal, se convertirá en una inevitable fuente de problemas.

Además, la referida particularidad del incidente de impugnación del acuerdo extrajudicial de pagos alcanza al estudio de los caracteres del incidente concursal, entre los que se señalará, en el siguiente capítulo, aquél conforme al cual consideraremos el incidente concursal como un procedimiento declarativo especial, típico del Juez del concurso. *O no*, cabría añadir, a la vista de este nuevo supuesto a ventilar por los cauces del incidente. Parece excesivo eliminar el referido carácter de la lista, ya que, cuantitativamente, la repercusión de estas cuestiones en lo que se conoce como el «ámbito de aplicación» del incidente concursal resulta, por el momento, anecdótica, por lo que estimamos que, pese a la reforma referida, puede seguir hablándose del incidente concursal como un procedimiento típico del Juez del concurso.

También se predica del incidente concursal común el carácter de procedimiento *especial*, el cual viene definido, entre otros aspectos, por la limitación funcional que representa integrar un procedimiento que es operativo, únicamente, en el seno del concurso de acreedores. Este carácter cede ante el incidente de impugnación del acuerdo extrajudicial de pagos, puesto que éste se ventila extramuros del procedimiento concursal, al cual únicamente se llegará tras el fracaso de aquél.

6. La Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial

Esta norma incidió en la regulación de la Disposición adicional cuarta de la LC introduciendo, en su apartado 7, la posibilidad de que los acreedores de pasivos financieros afectados por acuerdos de

refinanciación homologados judicialmente que no lo hubieran suscrito, o que hubiesen mostrado su disconformidad, podrán impugnarlo¹⁹⁵.

Los motivos de impugnación versarán, exclusivamente, sobre la concurrencia de los porcentajes exigidos en esta disposición y a la valoración del carácter desproporcionado del sacrificio exigido a los acreedores.

Todas las impugnaciones se tramitarán conjuntamente por el procedimiento del incidente concursal. La sentencia que resuelva sobre la impugnación del acuerdo homologado no será susceptible de recurso, produciendo sus efectos en todo caso, y sin posibilidad de suspensión, desde el día siguiente al de la publicación de la sentencia en el BOE.

7. 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

Con motivo de la apreciación, por parte del Ejecutivo central, de signos esperanzadores de recuperación de la economía española, y reconociendo como la misión propia de los poderes públicos la de no cejar nunca en el empeño de ofrecer las mejores soluciones posibles a los ciudadanos, a través de las oportunas reformas encaminadas al bien común, a la seguridad jurídica y, en definitiva, a la Justicia, se ha dictado el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, comprensivo de lo que se ha venido en llamar la *legislación de la segunda oportunidad*. Como señala el apartado I de su Exposición de Motivos, su objetivo no es otro que permitir que una persona física, a pesar de un fracaso económico empresarial o personal, tenga la posibilidad de encarrilar nuevamente su vida e incluso de arriesgarse a nuevas iniciativas, sin tener que arrastrar indefinidamente una losa de deuda que nunca podrá satisfacer¹⁹⁶.

¹⁹⁵ Disposición adicional cuarta redactada por el apartado veintitrés del artículo único de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial (BOE de 1 de octubre), con vigencia desde el 2/10/2014.

¹⁹⁶ Apartado I. Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social. BOE de 28/02/2015. Con entrada en vigor al día siguiente de su publicación, contempla, sin embargo un régimen transitorio en materia concursal en su Disposición transitoria primera. Según el tenor de su Exposición de Motivos, la apreciación de la concurrencia de circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad que justifican el dictado del Real Decreto-ley se basa, en relación con las medidas del Título I, relativas a la reducción de la carga financiera entre las que figura la modificación de la normativa concursal, en la necesidad de aliviar la precaria situación financiera que soportan algunos deudores que, a pesar de su buena fe y su esfuerzo, no alcanzan a satisfacer sus deudas pendientes aún después de la liquidación

En el marco del concurso de acreedores, la modificación se orienta a la instauración de un régimen de exoneración de deudas para la persona natural que obre de buena fe y haya liquidado previamente su patrimonio (o se declare la conclusión de su concurso por insuficiencia de masa). Cumplidos estos requisitos, la exoneración de sus deudas exigirá haber satisfecho en su integridad los créditos contra la masa, los créditos concursales privilegiados y, si no ha intentado un acuerdo extrajudicial de pagos, el 25% de los créditos concursales ordinarios.

Alternativamente, si no ha podido satisfacer dichos créditos y acepta someterse a un plan de pagos durante los 5 años siguientes, el deudor podrá quedar exonerado provisionalmente de todos sus créditos, excepto los públicos, por alimentos, contra la masa y los que gocen de privilegio general. Para ello deberá satisfacer en ese período las deudas no exoneradas o realizar un esfuerzo sustancial para ello¹⁹⁷.

Por lo que se refiere al objeto del presente estudio, la reforma introduce un nuevo artículo 178.bis de la LC, dedicado a la regulación del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho durante la tramitación del procedimiento concursal. El beneficio se supedita a la previa solicitud por parte del deudor. De dicha solicitud se dará traslado por el Letrado de la Administración de Justicia a la Administración concursal y a los acreedores personados. Si aquélla o éstos muestran su conformidad a la solicitud del deudor o no se oponen a ella, el Juez del concurso concederá provisionalmente el beneficio de la exoneración en la resolución declarando la conclusión del concurso por fin de la fase de liquidación.

En el caso de que Administración concursal o cualquiera de los acreedores personados mostrasen su oposición a la concesión del beneficio, se tramitará la misma por el cauce del incidente concursal y no podrá dictarse auto de conclusión del concurso hasta que gane firmeza la resolución que recaiga en el incidente reconociendo o denegando el beneficio.

Se trata de un incidente concursal que aparece con ocasión de la introducción del precepto en la LC como consecuencia de la reforma operada por el Real Decreto-ley 1/2015. Se amplía, de esta forma, el ámbito de aplicación del incidente concursal. Su estudio será abordado, precisamente, al tratar del objeto del incidente concursal en el apartado correspondiente del presente trabajo.

de su patrimonio, ya que se considera que una mayor demora de la puesta en marcha de las medidas no haría más que agravar la situación de estas personas. Además, se afirma que conviene que los efectos económicos beneficiosos de la reestructuración de la deuda y de la segunda oportunidad se desplieguen tan rápido como sea posible.

¹⁹⁷ Apartado III de la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 1/2015.

8. La Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

Conforme se plasma en el apartado I del Preámbulo, la Ley de reforma responde a la imperiosa necesidad de acometer una reforma en profundidad de las diferentes actuaciones procesales para generalizar y dar mayor relevancia al uso de los medios telemáticos o electrónicos, otorgando carácter subsidiario al soporte papel. Con ello se vaticina que se conseguirá una mayor eficacia y eficiencia en la tramitación de los procedimientos, así como también un ahorro de costes al Estado y a los ciudadanos y se reforzarán las garantías procesales. Concluye el Legislador que, con estas medidas, estaremos ante un nuevo concepto de Administración de Justicia y será un paso más para mejorar el servicio público que constituye la misma.

Por lo que al presente trabajo interesa, el apartado IV del Preámbulo de la Ley 42/2015¹⁹⁸ refiere que se aprovecha la reforma operada por la referida Ley para introducir modificaciones en la regulación del juicio verbal con la finalidad de reforzar las garantías derivadas del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, que son fruto de la aplicación práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil y que venían siendo demandadas por los diferentes operadores jurídicos.

Entre las modificaciones operadas en la tramitación del juicio verbal deben destacarse las siguientes:

- La introducción de la contestación escrita, que deberá presentarse en el plazo de diez días, la mitad del establecido para el procedimiento ordinario, generalizando con ello la previsión que ya se recogía para determinados procedimientos especiales, lo que ha comportado la adecuación de todos los preceptos relacionados con el trámite del juicio verbal y de los procesos cuya regulación se remite al mismo.
- La regulación, en aquellos supuestos en que resulte procedente, del trámite de conclusiones.
- La regulación del régimen de recursos de las resoluciones sobre prueba.
- Se otorga a las partes la posibilidad de renunciar a la celebración del trámite de vista, siempre que el Tribunal lo considere pertinente.

¹⁹⁸ Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. BOE número 239 de 6/10/2015. Vigencia: 7/10/2015.

- Se exige que se anuncie con antelación la proposición de la prueba del interrogatorio de parte.

Se trata de una reforma que se opera en la LEC y se proyecta en la regulación del trámite del juicio verbal, alcanzando a los arts. 442, 443, 446 y 447.1. El art. 443 regula con más detalle la posibilidad de que las partes alcancen un acuerdo, que podrá ser homologado judicialmente, así como la deriva del conflicto a una solución mediada. Se ocupa también de la resolución de cuestiones procesales que puedan impedir la prosecución del procedimiento, así como de la proposición y práctica de prueba, la cual, aunque deberá continuar formulándose oralmente, incorpora la obligación de las partes de aportar en el acto escrito detallando la misma y las previsiones relativas a la insuficiencia de la prueba, con posibilidad de que las partes completen o modifiquen sus proposiciones a la vista de lo manifestado por el Tribunal.

El art. 446 introduce la posibilidad de recurrir en reposición, de forma oral, las resoluciones sobre admisión o inadmisión de pruebas, que se sustanciará y resolverá en el acto. Contra la desestimación cabe formular protesta a efectos de hacer valer sus derechos, en su caso, en la segunda instancia.

Finalmente, el art. 447.1 prevé la facultad del Tribunal de conceder a las partes un turno de palabra para formular oralmente conclusiones.

Puede concluirse que la remisión contenida en el art. 194.4 LC a la forma de desarrollo de la vista del incidente concursal conforme a lo previsto en el art. 443 LEC queda integrada, actualmente, con las novedades introducidas por la Ley 42/2015 en la regulación de la tramitación de la vista del juicio verbal.

III. CONCEPTO. NATURALEZA JURÍDICA. CARACTERES. PRINCIPIOS INFORMADORES

1. Concepto

De conformidad con lo dispuesto en el art. 192.1 LC y desde el punto de vista del Derecho positivo, puede definirse el incidente concursal como aquel cauce procesal por el que se ventilan todas las cuestiones que se susciten durante el concurso y no tengan señalada en la Ley Concursal otra tramitación, añadiendo las acciones relativas a los nuevos juicios declarativos. El precepto citado no hace más que reproducir la noción ya anticipada en el apartado X de la Exposición de Motivos de la propia Ley, en el que se considera el incidente concursal como *pieza básica en este sistema procesal de la nueva ley*, y se le define como un *procedimiento especial a través del cual se ventilarán todas las cuestiones que se susciten durante el concurso y que no tengan señalada en la ley otra tramitación distinta*.

Siendo la disquisición del concepto terreno abonado para el estudio doctrinal, se expondrán las propuestas que ofrecen los autores. A partir de su estudio se tratará de alcanzar una proposición propia que complete el contenido del presente apartado.

Destacando las notas de novedad y celeridad del incidente, ya se ideaba la implantación de este *novedoso cauce procesal* en las propuestas de reforma concursal, desde hace dos décadas, *para la resolución de las cuestiones que se suscitasen en el procedimiento de ejecución general que supone el concurso y de forma incidental, con la finalidad primordial de procurar la celeridad y pronta resolución de las mismas*¹⁹⁹.

Atendiendo a la redacción legal, se propone un esquemático concepto del incidente concursal como *el cauce normal de resolución de cualquier tipo de conflictos que puedan surgir en la tramitación del procedimiento concursal*²⁰⁰.

¹⁹⁹ ASTRAY CHACÓN, M. P. *Comentarios a la Legislación Concursal* (AAVV. Coordinador, PALOMAR OLMEDA, A.). Op. cit. Pág. 1.223.

²⁰⁰ DE CASTRO ARAGONÉS, J.M. y RAMOS IBÓS, T. *Aspectos procesales del concurso*. Editorial Bosch, S.A. Biblioteca básica de práctica procesal. Serie Mercantil. Número 400. Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2012. Pg. 55.

En la misma línea, otros autores consideran que el incidente concursal es *pieza procesal supletoria* en el concurso, pues aunque la Ley ya suele referirse al mismo cuando es preciso, se establece que toda cuestión suscitada a lo largo del procedimiento seguirá la del incidente si no tiene señalado otro tipo de tramitación²⁰¹.

Cerrando este grupo de propuestas ajustadas a la dicción legal²⁰², se señala que según el artículo 192.1, este incidente es el cauce procesal previsto para la tramitación de cualesquiera cuestiones que se susciten en el curso del procedimiento y no tengan señalada por la Ley otra tramitación; y, habría que añadir, no estén excluidas expresamente del mismo²⁰³.

Poniendo el acento en su ámbito de aplicación, se considera que el incidente concursal puede conceptuarse como *el trámite procedimental que ha de encauzar la resolución de toda cuestión, incidencia o discrepancia suscitada en el curso del proceso y no excluida del mismo, así como la articulación de nuevos procesos declarativos o la sustanciación de aquellos pendientes frente al deudor, acumulados al concurso conforme a lo dispuesto por los arts. 50 y 51 LC, respectivamente*²⁰⁴.

Desde el mismo prisma, se afirma que *el incidente concursal es ante todo una actuación procesal que se desarrolla en gran medida en presencia del órgano judicial, y que permite solventar las cuestiones que se susciten por las partes intervinientes durante el concurso, cuando no tengan señalada por la ley otra tramitación específica (art. 192 LC)*²⁰⁵.

Por la amplitud de su ámbito de aplicación, el incidente concursal se describe como *el cauce procedimental para la sustanciación de la*

²⁰¹ YÁÑEZ VELASCO, R. *Nueva Ley Concursal: Comentarios y formularios a la Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal. Volumen II.* (AAVV.) Editorial Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. Barcelona, 2003. Pg. 226.

²⁰² CORDÓN MORENO, F. *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la Reforma Concursal.* Op. cit. Pg. 600. Y CORDÓN MORENO, F. *Proceso concursal.* Op. cit. Pg. 223.

²⁰³ En el mismo sentido, SENÉS MOTILLA, C. *Comentarios de la Ley Concursal.* Tomo II. (Rojo, A.; Beltrán, E.). Op. cit. Pg. 2.795. HERRERO PEREZAGUA, J. F. *Comentarios a la Ley Concursal. Volumen II.* Op. cit. Pg. 1938. ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. "El incidente concursal" en *Revista Jurídica de Cataluña. Llei Concursal*, Número 4, monográfico. Año CIII. Op. cit. Pg. 271.

²⁰⁴ LÓPEZ YAGÜES, V., en *Ley Concursal. Comentarios, jurisprudencia y formularios.* Tomo II. Op. cit. Pg. 863.

²⁰⁵ ARROYO GONZÁLEZ, M. *Cuestiones prácticas de la nueva Ley Concursal.* Op. cit. Pág. 105. En los mismos términos, FERRER VICENTE, J. M., en *El nuevo Derecho Concursal. Un progreso y avance en el derecho español. Aspectos prácticos, análisis y desarrollo.* Ediciones Revista General de Derecho. Valencia, 2005. Pág. 73. Añadiendo la nota de generalidad, ROCA MARTÍNEZ, J., en *Estudios de Derecho Concursal.* (AAVV., Director PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J.). Op. cit. Pág. 684

generalidad de cuestiones y materias de índole declarativo que engrosan la competencia del Juez del concurso. En este sentido, considera la autora que la denominación legal es equívoca, pues sólo desde un punto de vista formal -por referencia al procedimiento concursal- puede calificarse de incidental un procedimiento por el que habrán de sustanciarse acciones que tienen entidad y fisonomía propias al margen del concurso²⁰⁶.

Completan este enfoque quienes se refieren al incidente concursal como el procedimiento común o general por el que sustanciar las cuestiones litigiosas que surjan a lo largo del concurso cuando no se haya previsto para ellas tramitación distinta²⁰⁷.

Poniendo el acento en aspectos estrictamente procesales, se sostiene que el juicio descrito tan someramente en la LC para sus incidentes concursales –menos para el laboral- es, *simplemente, un plenario rápido que puede ser incidental o rebasar de tales límites; de eficacia constitutiva y dotado de fuerza de cosa juzgada provisional, hasta que la situación jurídica material a que obedece, ceda el lugar a otra más evolucionada y próxima a la resolución final del concurso²⁰⁸.*

Dentro del capítulo de las proposiciones que integran auténticas definiciones doctrinales, el incidente concursal es definido como *un proceso declarativo especial de la competencia del Juez del concurso, dotado de sustantividad propia e inspirado en los procesos ordinarios contemplados en la LEC 1/2000, caracterizado por la plenitud de su cognición y cuya tramitación no produce, como regla general, la suspensión del proceso concursal²⁰⁹.*

También se considera que el incidente concursal es *un proceso plenario rápido, especial entre los regulados en las leyes procesales, aunque común del concurso, que puede tener un objeto del orden civil o social, y que se significa por su carácter abierto a todos los interesados*

²⁰⁶ SENÉS MOTILLA, C. Comentarios de la Ley Concursal. Tomo II. (Rojo, A.; Beltrán, E.). Op. cit. Pg. 2.795.

²⁰⁷ MASCARELL NAVARRO, M. J. “El incidente concursal”. Práctica de Tribunales. Año I, número 6, monográfico sobre “La Ley Concursal”. Editorial La Ley, junio 2004. Pg. 14.

²⁰⁸ FAIRÉN GUILLÉN, V. “Recuerdo de «sumariedad» y «plenariedad» en la Ley Concursal de 2003”. Revista de Derecho Procesal. Edita R.I.D.P., S.L. 2006.

²⁰⁹ DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El Proceso Concursal*. Primera Edición. Op. cit. Pág. 254. DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El Proceso Concursal*. Quinta edición. Op. cit. Pg. 247. DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El incidente concursal*. Op. cit. Pg. 13. GIMENO SENDRA, V. *Derecho procesal civil II. Los procesos especiales*. 4ª Edición. Constitución y Leyes, S.A. Madrid, 2012. Pg. 692. GIMENO SENDRA, V. (dir.). DÍAZ MARTÍNEZ, M. (coord.) *Diccionario de Derecho procesal civil*. Editorial Iustel. Primera Edición. Madrid, 2007. Pg. 311.

*legítimos, y por su vocación de concentración y celeridad, por lo que recoge en esencia el esquema del juicio verbal*²¹⁰.

Cualquiera que sea la concepción que se adopte, se ha de tener bien presente, antes de seguir avanzando, que el incidente concursal se configura con dos modalidades procesales distintas, según la materia sobre la que verse: una que tiene por objeto resolver determinadas cuestiones de índole laboral que se planteen en el transcurso del procedimiento concursal; otra por la que se sustanciarán materias civiles o propiamente concursales.

Alguna de las definiciones presididas por el alcance del objeto de conocimiento o ámbito de aplicación del incidente concursal han de ser matizadas tras las modificaciones operadas en el articulado de la LC por sucesivas normas de reforma, en concreto por los cambios operados en el art. 51.1²¹¹ LC por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de Reforma de la Ley Concursal, y que se refiere a la sustanciación de los procesos acumulados al concurso de acreedores.

Por una parte, se ha de considerar que, conforme a la redacción originaria del art. 51.1 LC, por virtud de la remisión contenida, aun hoy, en el art. 192.1, párrafo segundo, último inciso, del mismo cuerpo legal, constituía objeto o materia propia del incidente concursal la sustanciación de los juicios declarativos, competencia del Juez del concurso, que se encontraran tramitándose en primera instancia y respecto de los que, por estimar el órgano judicial que su resolución tuviera trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores, resultaran acumulados al proceso concursal. Por otra parte, el mencionado art. 51.1 LC²¹² ha sido sustancialmente modificado por la Ley 38/2011, que le ha dado nueva redacción, estableciendo que los procesos acumulados continuarán su tramitación ante el Juez del concurso, pero por los trámites del procedimiento por el que viniera sustanciándose la reclamación, incluidos los recursos que procedan contra la sentencia que le pusiese fin.

²¹⁰ HERRERA CUEVAS, E. J. Manual de la Reforma Concursal. Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal y Ley Orgánica 8/2003, de 9 de Julio, para la reforma concursal. Comentarios, Textos legales y esquemas. Op. cit. Pág. 665.

²¹¹ Texto del art. 51.1 LC anterior a la reforma operada por la Ley 38/2011: «*Los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza de la sentencia. No obstante, se acumularán aquellos que, siendo competencia del juez del concurso según lo previsto en el artículo 8, se estén tramitando en primera instancia y respecto de los que el juez del concurso estime que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores.*

La acumulación podrá solicitarse por la administración concursal, antes de emitir su informe, o por cualquier parte personada, antes de la finalización del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores.»

²¹² Redacción del nuevo art. 51.1 LC conforme al art. Único.Cuarenta de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal.

Por efecto de la modificación operada, se ha sustraído del ámbito de conocimiento del incidente concursal la sustanciación de todos aquellos procedimientos civiles que resultaran acumulados al proceso concursal. La reforma es considerada acertada por DÍAZ MARTÍNEZ²¹³ pues resuelve los problemas derivados de los cambios de procedimiento, cuando el de origen era más complejo (juicio ordinario) que el de destino (incidente concursal), eliminándose de esta forma riesgos innecesarios para la seguridad jurídica de las partes de dichos procesos acumulados.

El problema es que la Ley 38/2011 ha dejado sin reformar el art. 192.1 LC, cuyo párrafo segundo sigue disponiendo que los procesos acumulados se tramitarán por el cauce del incidente concursal. La contradicción del legislador (una más) ha de resolverse a favor de la especialidad introducida en la redacción del art. 51.1 LC por la reforma llevada a cabo por la Ley 38/2011, conclusión que viene reforzada por ser dicha norma más reciente²¹⁴.

Superadas las diferencias expuestas, tomando de los conceptos antes referidos aquellas notas que se consideran características propias y específicas del incidente concursal, podemos concluir que nos encontramos ante *un procedimiento declarativo, plenario y especial, de la competencia del juez del concurso, o de aquél que, en su caso, debiera conocer del concurso, para la resolución de todas las cuestiones surgidas en el procedimiento concursal, acuerdo extrajudicial de pagos o expediente de homologación de acuerdos de refinanciación, que no tienen señalada por la Ley otra tramitación y que no estén excluidas de los mismos, con fuerza de cosa juzgada, abierto a todos los interesados, dotado de sustantividad propia aunque inspirado en los procesos declarativos de la LEC, con vocación de rapidez y concentración de actuaciones, que no suspende el procedimiento concursal.*

Descartada, de antemano, toda vocación dogmática que excede al modesto ámbito del presente trabajo, el anterior concepto habrá de ser matizado en el apartado relativo al Juez competente para conocer del incidente concursal, tras la reforma operada por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

Si en un principio el incidente concursal aparecía configurado como un procedimiento de la competencia exclusiva y excluyente del Juez del concurso, ahora puede conocer del mismo el Juez «*que fuera competente para conocer del concurso del deudor*», es decir, aquel al que le correspondería conocer del procedimiento en el caso de que se declare

²¹³ DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El incidente concursal*. Op. cit. Pg. 14.

²¹⁴ DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El incidente concursal*. Op. cit. Pg. 14.

el concurso de acreedores del deudor, pudiéndose dar el caso de que se trate de un Juez mercantil o de un Juez de Primera Instancia.

2. Naturaleza jurídica

Estrechamente vinculada a la propia denominación del procedimiento, “incidente concursal”, se plantea la interesante cuestión de su naturaleza jurídica, que obliga a reflexionar acerca de si nos encontramos ante una auténtica cuestión incidental o ante un procedimiento independiente.

El concepto legal de cuestión incidental se encuentra, como es sobradamente conocido, en el artículo 387 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, conforme al cual, *“Son cuestiones incidentales las que, siendo distintas de las que constituyan el objeto principal del pleito, guarden con éste relación inmediata, así como las que se susciten respecto de presupuestos y requisitos procesales de influencia en el proceso”*.

La naturaleza incidental del procedimiento no ofrece duda pues responde a la definición contenida en el art. 387 de la LEC, en la medida en que mediante el incidente concursal se resolverán cuestiones que, siendo distintas de aquellas que constituyen el objeto principal del pleito –el concurso–, guarden con éste una relación inmediata. Pero la tramitación de este procedimiento se aparta de la regla supletoria contenida en el art. 388 LEC, al existir normas propias de ordenación procesal en la LC²¹⁵. Por dichas razones, puede calificarse el incidente concursal como una *cuestión incidental de fondo* por afectar a cuestiones siempre sustantivas distintas del objeto principal del proceso concursal, pero relacionadas con éste. También como una *cuestión incidental especial* en cuanto que tiene fijada en la LC una tramitación especial distinta de la común de los arts. 392 y ss de la LEC²¹⁶.

Abundando en esta idea, pero transponiéndola al ámbito propio de la Ley concursal, se observa²¹⁷ que es cuestión incidental la que nace de un objeto litigioso distinto del principal que guía el concurso, pero que se coloca en conexión al mismo, necesitando una solución concreta y separada, después de haberse tramitado de modo autónomo.

²¹⁵ LÓPEZ DEL MORAL ECHEVERRÍA, J. L., en *Comentarios a la legislación concursal*. Tomo III. Op. cit. Pg. 3.126.

²¹⁶ LÓPEZ DEL MORAL ECHEVERRÍA, J. L., en *Comentarios a la legislación concursal*. Tomo III. Op. cit. Pg. 3.128.

²¹⁷ YÁÑEZ VELASCO, R. Nueva Ley Concursal: Comentarios y formularios a la Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal. Volumen II. Op. cit. Pg. 226.

Pese a la amplitud del concepto legal de cuestión incidental, el estudio específico del ámbito de aplicación del incidente concursal (que se abordará más adelante) revela que la naturaleza jurídica de este *incidente* excede de la que es propia de aquellas *cuestiones incidentales* a las que se refiere el art. 387 LEC. Aunque pretendía ser un verdadero procedimiento incidental, condicionado por el proceso concursal²¹⁸, el objeto del incidente concursal lo constituye no sólo cuestiones incidentales propiamente dichas, sino también los nuevos juicios declarativos que se dirijan contra el patrimonio del concursado, sirviendo, asimismo, para el encauzamiento de medios de impugnación frente a decisiones de los órganos concursales (Juez o administración concursal).

Siendo el concepto de cuestiones incidentales de la LEC extraordinariamente complejo y siendo múltiple el objeto del proceso concursal, la inclusión de las cuestiones meramente procesales dentro de los incidentes concursales debe hacerse con sumo cuidado, sin olvidar que suelen tener un trámite particular dentro del proceso, por lo que puede afirmarse que su consideración como incidentes tiene un carácter subsidiario y pretende únicamente establecer un cauce adicional para resolverlas, admisible sólo cuando ya no sea posible seguir el ordinario²¹⁹. El procedimiento propio de estas cuestiones incidentales está previsto en los artículos 392 y 393 LEC, y se reduce a los siguientes trámites:

- su formulación por escrito, al que deben acompañarse los documentos pertinentes y en el que se proponen los medios de prueba;
- su traslado a las partes comparecidas para contestación por plazo de cinco días;
- la citación a una comparecencia con la forma prevista para las vistas del juicio verbal;
- y resolución mediante auto o en la propia sentencia final del proceso.

²¹⁸ Así se explica que en el art. 198 del Proyecto no se estableciera recurso separado contra las sentencias que le ponían fin, frente a las que se debía recurrir a la vez que contra la resolución poniendo fin al proceso concursal. En la regulación que, finalmente, ha quedado se ha roto, en parte, ese principio respecto a las sentencias que resuelvan incidentes relativos a acciones laborales, frente a las que se puede interponer suplicación y los demás recursos establecidos en la Ley de Procedimiento Laboral (art. 197.7). GARNICA MARTÍN, J. F. “La nueva Ley Concursal”. Op. cit. Pg. 254; así como también respecto de las sentencias que pongan fin al incidente concursal común, al diseñar la LC su propio régimen de recursos, independiente o desvinculado del régimen de recursos del proceso concursal.

²¹⁹ GARNICA MARTÍN, J. F. “La nueva Ley Concursal”. Op. cit. Pg. 254.

En este sentido, algunos autores propugnan que no toda cuestión paralela (*incidental*) merece la catalogación de incidente en la LC, por lo que proponen que, fuera de los casos expresamente previstos para el propio “incidente concursal”, más vale el simple escrito o un planteamiento oral, con traslado y resolución, pero sin activar el incidente propiamente dicho²²⁰.

Quedan expuestos los perfiles de la cuestión relativa a la naturaleza jurídica del “*incidente concursal*”, la cual, abordada por la doctrina, nos ofrece las siguientes propuestas.

Como ya se dijo al tratar el tema conceptual del “*incidente concursal*”, algunos autores consideran que hubiera sido conveniente que la Ley Concursal hubiera distinguido entre dos términos: Por una parte, las cuestiones incidentales sin tramitación especial, para las que no sería necesaria disposición alguna, al estar ya reguladas en la LEC (quizás podría decirse que sí existe una referencia normativa específica a aquellas cuestiones incidentales en el art. 186.2 LC, al hablar genéricamente de los “*incidentes*” que pueden suscitarse durante la tramitación del concurso y de su carácter no suspensivo salvo excepciones); por otra parte, los diversos procedimientos declarativos que se promovieran en el seno del concurso (con su propio objeto), los cuales se hubieran tramitado por el procedimiento del juicio ordinario, sin necesidad de especial declaración al respecto²²¹.

Pero no se olvide que, conforme se dispone expresamente en el art. 192.2 LC, *los incidentes concursales no suspenderán el procedimiento de concurso* como regla general, sin perjuicio de que el Juez, de oficio o a instancia de parte, acuerde la suspensión de aquellas actuaciones que estime puedan verse afectadas por la resolución que se dicte. Por ello se predica también del incidente concursal su naturaleza de cuestión mixta, en cuanto a sus efectos suspensivos y no suspensivos del procedimiento principal²²².

²²⁰ Así se pronuncia RAMOS MÉNDEZ sobre los incidentes en la LEC, entendiéndolo que “la fórmula solemne debe quedar reservada para cuestiones de verdadera entidad, que justifiquen el consumo de tan ingente cantidad de actividad procesal paralela o injertada en el juicio principal”. Nota al pie nº 158, en YÁÑEZ VELASCO, R. Nueva Ley Concursal: Comentarios y formularios a la Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal. Volumen II. Op. cit. Pg. 226.

²²¹ SERRA DOMÍNGUEZ, M. *Comentarios a la Ley Concursal*. Tomo 3. Op. cit. Pg. 1.907. El autor no esconde su negativa valoración de la solución legislativa cuando afirma que “*consideramos por tanto un claro error del legislador toda la regulación del incidente concursal, siendo conveniente la supresión de los arts. 192 a 196 LC que no sólo son innecesarios, sino además gravemente perturbadores [...]*”.

²²² LÓPEZ DEL MORAL ECHEVERRÍA, J. L., en *Comentarios a la legislación concursal*. Tomo III. Op. cit. Pg. 3.128.

Con un enfoque distinto a los anteriores, se considera que la Ley Concursal utiliza el concepto de incidente valiéndose de una metonimia para identificar no la cuestión incidental en su acepción estrictamente procesal sino el procedimiento por el que ha de sustanciarse aquélla, de tal manera que la Ley opera una extensión del concepto procesal (art. 387 LEC) y alude a todas aquellas cuestiones suscitadas durante el concurso, siendo lo relevante proporcionar un *cauce* que permita enjuiciarlas. El incidente concursal es el cauce. Ahí radica la metonimia, pues si el cauce es, ordinariamente, el procedimiento por el que se ventilan las cuestiones incidentales, denominándose procedimiento incidental, la Ley Concursal bautiza el trámite establecido como *incidente*, aun cuando a través de él se sustancien tanto cuestiones incidentales propiamente dichas como otras más complejas a las que no conviene el adjetivo. El incidente es un proceso dentro de otro proceso²²³.

Con clara vocación simplificadora se dice²²⁴ que el incidente concursal no es, a pesar del nombre, un incidente, sino un procedimiento especial regulado en la Ley Concursal, con trámites propios. Consecuencia directa de lo anterior es que, para el caso de lagunas no son de aplicación las normas establecidas en los artículos 387 y ss. LEC que regulan los incidentes, siendo de aplicación, en cambio, aquellas normas propias del trámite o juicio de la LEC (ordinario o verbal, según el caso) al que se remite la Ley Concursal.

Avanzando más, con respecto a la posición anterior, otros autores concluyen que no cabe duda de que el incidente concursal es un proceso declarativo, plenario, como demuestra el hecho de que se resuelve siempre por sentencia que goza, además, de plena eficacia de cosa juzgada, y especial, habida cuenta de su tramitación específica, diferente de la prevista en la LEC para los distintos procesos declarativos, ordinario y verbal (la especialidad se reconoce en la propia Ley, en el apartado X de su Exposición de Motivos)²²⁵.

Podemos concluir, por tanto, que el incidente concursal participa de la naturaleza incidental, al quedar comprendidas dentro de su ámbito

²²³ HERRERO PEREZAGUA, J. F. *Comentarios a la Ley Concursal. Volumen II*. Op. cit. Pgs. 1.938 y 1.939. En el mismo sentido, ²²³ LÓPEZ SÁNCHEZ, J. "Incidente concursal" en *Enciclopedia de Derecho concursal. Tomo II*. Beltrán, E.; García-Cruces, J.A. (Dirs.). Editorial Aranzadi, S.A. Cizur Menor (Navarra), 2012. Pgs. 1.702-1.703.

²²⁴ MAGRO SERVET, V. (Coordinador, AAVV). *Guía práctica de aplicación de la Ley Concursal*. 1338 preguntas y respuestas que resuelven los problemas que plantea la nueva Ley. Editorial La Ley-Actualidad. Madrid, 2004. Pgs. 587 y 588. En el mismo sentido, LÓPEZ YAGÜES, V., en *Ley Concursal. Comentarios, jurisprudencia y formularios*. Tomo II. Op. cit. Pg. 863.

²²⁵ ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. "El incidente concursal" en *Revista Jurídica de Cataluña. Llei Concursal*, Número 4, monográfico. Año CIII. Op. cit. Pg. 271.

de aplicación cuestiones que, sustanciadas durante la tramitación del procedimiento concursal, tienen encaje en el concepto previsto en el art. 387 LEC. Pero su amplio objeto, la entidad de las cuestiones que se someten a su trámite y los propios caracteres de su tramitación, permiten atribuirle, a mi juicio con carácter preponderante, la consideración de verdadero cauce procedimental, dotado de sustantividad propia, tanto para el enjuiciamiento de cuestiones incidentales, propiamente dichas, como para el conocimiento de aquellas otras materias cuyo ámbito excede del concepto legal de *cuestión incidental*, integrándose como un proceso autónomo dentro de otro proceso, el concurso de acreedores.

Por último, teniendo en cuenta su naturaleza incidental y a fin de evitar paralizaciones o dilaciones debidas a su tramitación (o, en su caso, a la del recurso de apelación contra la Sentencia recaída, en los supuestos en que proceda conforme al art. 197 LC), resulta conveniente y necesario la formación de pieza separada para su sustanciación²²⁶.

3. Caracteres

El estudio del incidente concursal permite extraer las siguientes *notas características*:

- La jurisdiccionalidad.
- Es un procedimiento de declaración típico del Juez del concurso.
- Especial.
- Plenario.
- Integrador.
- Posee sustantividad propia.
- No tiene carácter suspensivo.
- Es un procedimiento de doble instancia.

²²⁶ ASTRAY CHACÓN, M. P. *Comentarios a la Legislación Concursal* (AAVV. Coordinador, PALOMAR OLMEDA, A.). Op. cit. Pg. 1.225. Aunque LÓPEZ DEL MORAL ECHEVERRÍA, J. L., en *Comentarios a la legislación concursal*. Tomo III. Op. cit. Pg. 3.128, considera lo contrario, puesto que así no se dispone por la Ley.

Dedicaremos las próximas páginas a efectuar un análisis de cada una de ellas.

A) La jurisdiccionalidad

El art. 192.3 LC prevé un proceso en que se ejerce la potestad jurisdiccional, resolviendo el Juez de lo Mercantil o de Primera Instancia por sentencia, que no es de equidad, sino sujeta al imperio de la Ley, razón por la cual no se admitirán (como se verá más adelante) incidentes que tengan por objeto solicitar actos de administración o impugnarlos por razones de oportunidad (art. 192.3 LC)²²⁷.

B) Es un procedimiento de declaración típico del Juez del concurso

El incidente concursal es un procedimiento aplicable a la generalidad de las cuestiones que se susciten durante la sustanciación del concurso de acreedores cualquiera que sea la fase de su tramitación (fase común, de convenio o de liquidación).

El art. 86.ter.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, tras la reforma introducida por el art. 2º.7 de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, atribuyó a los Juzgados de lo mercantil el conocimiento de cuantas cuestiones se suscitaren en materia concursal, en los términos previstos en su Ley reguladora. Sentado que el incidente concursal es un procedimiento que se desarrolla, mayoritaria y fundamentalmente, en el seno del concurso de acreedores, del que conoce, de forma exclusiva y excluyente, el Juez del concurso, se ha de concluir que el incidente concursal es un declarativo típico del Juez del concurso²²⁸.

²²⁷ HERRERA CUEVAS, E. J. Manual de la Reforma Concursal. Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal y Ley Orgánica 8/2003, de 9 de Julio, para la reforma concursal. Comentarios, Textos legales y esquemas. Op. cit. Pg 666. HERRERA CUEVAS, E.J. Manual de Derecho Concursal. Segunda Edición. Op. cit.

²²⁸ Con las únicas excepciones (por el momento) del incidente concursal de impugnación del acuerdo extrajudicial de pagos, previsto en el artículo 239.3 LC, introducido por el artículo 21.7 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (BOE de 28 de septiembre de 2013), y la impugnación del acuerdo de refinanciación homologado judicialmente, regulada en el apartado 7 de la Disposición adicional cuarta LC, redactada por el apartado veintitrés del artículo único de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial (BOE de 1 de octubre), con vigencia desde el 2/10/2014.

No debe establecerse paralelismo alguno entre las especialidades abreviadas del concurso y el incidente concursal, que merece una consideración autónoma en el marco del procedimiento de concurso. Por ello, no le es aplicable la reducción generalizada de los plazos que conlleva el procedimiento abreviado (art. 191.1 LC)²²⁹.

C) *Es un procedimiento especial*

A pesar de la generalidad de cuestiones y materias que se sustancian por este cauce procedimental, el incidente concursal es operativo, fundamentalmente, en el marco del concurso de acreedores. A través de sus cauces han de tramitarse no sólo las cuestiones que, siendo distintas de las que constituyen el objeto principal del proceso, guarden con éste una relación inmediata (característica propia del juicio incidental de los artículos 387 y ss de la LEC), sino también los juicios declarativos de los que debe conocer el Juez del concurso (art. 50.1 LC), que comprenden supuestos ajenos al proceso concursal y que sólo razones de política legislativa justifican que su resolución sea atribuida a aquél por los trámites del incidente concursal²³⁰.

A esta limitación funcional le sigue una configuración propia de sus trámites procedimentales, con remisión a los juicios declarativos ordinario y verbal de la LEC (arts. 194 y 195 LC), pero de los que se diferencia gracias a su cauce singular.

La especialidad viene corroborada por el legislador, que alude a la existencia de dos modalidades del incidente en la Exposición de Motivos de la LC: “[...] según la materia sobre la que verse: una tiene por objeto resolver aquellas materias de índole laboral que se planteen en el marco del procedimiento concursal, y otra modalidad para tratar las materias estrictamente concursales”²³¹.

El incidente concursal merece una consideración unitaria en el seno del concurso de acreedores, confirmada por la existencia de normas de eficacia general aplicables a ambas modalidades procedimentales (común y en materia laboral), pudiendo citarse, por ejemplo:

²²⁹ SENÉS MOTILLA, C. “La Ley Concursal. XVIII Número especial 2004”. Revista del Poder Judicial. Op. cit. Pg. 590.

²³⁰ DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El Proceso Concursal*. Primera Edición. Op. cit. Pg. 255. DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El Proceso Concursal*. Quinta edición. Op. cit. Pg. 249. DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El incidente concursal*. Op. cit. Pgs. 13 y 14. GIMENO SENDRA, V. (dir.). DÍAZ MARTÍNEZ, M. (coord.) *Diccionario de Derecho procesal civil*. Op. cit. Pg. 311.

²³¹ Exposición de Motivos de la Ley Concursal, apartado X, párrafo segundo.

-
- i) Las que sancionan la privación del efecto suspensivo (art. 192.2 LC).
 - ii) El efecto de cosa juzgada material (art. 196.4 LC).

Un último argumento a favor de la especialidad del procedimiento viene constituido por el hecho de que la regulación del incidente concursal excede el poder de disposición de las partes procesales, pues la Ley Concursal sanciona categóricamente su aplicación en defecto de «*otra tramitación*» señalada en la propia Ley (art. 192.1 LC). Debido a este carácter imperativo, serán nulas de pleno derecho las cláusulas que tengan por objeto alterar el procedimiento predeterminado por la Ley (art. 238.3 Ley Orgánica del Poder Judicial)²³². Es el procedimiento especialmente designado por la LC para ventilar las cuestiones que se susciten durante el concurso de acreedores y no tengan señalada en la propia Ley otro trámite.

D) *Es un procedimiento plenario*

La regulación contenida en el Capítulo III del Título VIII LC no alberga limitación alguna acerca de las alegaciones y medios de prueba de que pueden valerse las partes para hacer valer sus derechos. Cosa distinta es la necesaria adecuación de las pretensiones ejercitadas al objeto de cada sección o pieza del concurso (*ex art. 183 LC*), de lo que son manifestaciones la reapertura de la sección de calificación del concurso por razón del incumplimiento del convenio (arts. 168.2 y 169.3 LC) y la impugnación de los textos actualizados del inventario y de la lista de acreedores en el supuesto de reapertura del concurso (art. 180.2 LC).

En consonancia con la plenitud del conocimiento judicial la sentencia firme tiene efectos de cosa juzgada material (art. 194 LC)²³³.

²³² SENÉS MOTILLA, C. “La Ley Concursal. XVIII Número especial 2004”. Revista del Poder Judicial. Op. cit. Pgs. 590 y 591. En el mismo sentido, DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El Proceso Concursal*. Primera Edición. Op. cit. Pág. 255. DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El Proceso Concursal*. Quinta edición. Op. cit. Pg. 249. DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El incidente concursal*. Op. cit. Pgs. 13 y 14.

²³³ SENÉS MOTILLA, C. “La Ley Concursal. XVIII Número especial 2004”. Revista del Poder Judicial. Op. cit. Pg. 591. En el mismo sentido, DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El Proceso Concursal*. Primera Edición. Op. cit. Pág. 255. DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El Proceso Concursal*. Quinta edición. Op. cit. Pg. 250. DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El incidente concursal*. Op. cit. Pg. 17. GIMENO SENDRA, V. (dir.). DÍAZ MARTÍNEZ, M. (coord.) *Diccionario de Derecho procesal civil*. Op. cit. Pg. 311.

E) *Es un procedimiento integrador*

Sirve de cauce a la sustanciación de las controversias surgidas durante la tramitación del concurso, siendo aplicable en todas y cada una de las fases del procedimiento (común, convenio o liquidación), sin necesidad de previsión legal expresa. Este carácter del incidente concursal se ha de poner en íntima relación con la amplitud de su ámbito de aplicación, ya que se configura como el instrumento idóneo y prácticamente único para dirimir toda controversia que mane del procedimiento concursal, salvo que haya otros cauces previstos²³⁴.

F) *El incidente concursal está dotado de una regulación propia*

A través de sus cauces han de tramitarse tanto las cuestiones que, siendo distintas de las que constituyen el objeto principal del proceso, guardan con éste una relación inmediata, como los juicios declarativos de los que deba conocer el Juez del concurso (art. 50.1 LC), supuestos ajenos al proceso concursal y que sólo razones de política legislativa justifican que su resolución sea atribuida al Juez del concurso por los trámites del incidente concursal²³⁵.

Esta regulación propia, al menos en parte, parece que se justifica por la limitación funcional con la que se aplica y de la que se habló al tratar el carácter «especial» del incidente. La aplicación de las normas que lo regulan se circunscribe, con la amplitud de objeto que también se trató, al marco que proporciona la tramitación del procedimiento concursal.

La regulación propia del incidente se inspira en los dos procedimientos declarativos ordinarios contemplados en la LEC (juicio ordinario y verbal), pudiéndose afirmar que el legislador ha optado por una solución híbrida en la que aparecen dos fases claramente diferenciadas: por una parte, la fase de alegaciones (los escritos rectores han de redactarse en la forma prevista en los arts. 399 y 405 de la LEC); por otra parte, la eventual celebración de vista, propiamente

²³⁴ SENÉS MOTILLA, C. "La Ley Concursal. XVIII Número especial 2004". Revista del Poder Judicial. Op. cit. Pg. 591. VEIGA COPO, A.B. "La impugnación de la lista de acreedores en el concurso. Los legitimados". Diario La Ley, Sección Doctrina. Número 7.161. Editorial La Ley, 24/04/2009.

²³⁵ DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El Proceso Concursal*. Primera Edición. Op. cit. Pág. 255. DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El Proceso Concursal*. Quinta edición. Op. cit. Pg. 249. DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El incidente concursal*. Op. cit. Pg. 18. GIMENO SENDRA, V. (dir.). DÍAZ MARTÍNEZ, M. (coord.) *Diccionario de Derecho procesal civil*. Op. cit. Pg. 311.

dicha, de conformidad con los trámites del juicio verbal²³⁶. El cumplimiento de dichos trámites exige la inserción, entre uno y otro, de una especie de fase intermedia, a modo de *audiencia previa*, que no se encuentra expresamente regulada en la Ley, pero que ha de desarrollarse entre partes y culminarse con una resolución interlocutoria del juzgador, a fin de determinar si las cuestiones procesales planteadas han de resolverse por escrito, antes de la vista, o, en otro caso, habrán de resolverse al principio del acto de la vista porque se haya acordado la procedencia de su celebración tras la admisión de medios de prueba propuestos que exijan su práctica ante la inmediación del Juez.

G) *No tiene carácter suspensivo*

Como regla general, el incidente no suspende el trámite del concurso de acreedores (art. 192.2 LC). Con ello se pretende agilizar las actuaciones y garantizar el normal desarrollo del proceso, evitando que el planteamiento arbitrario de incidentes retrase las soluciones concursales (singularmente la conclusión de un convenio) y provoque el incremento de los costes y de los inconvenientes que ha de producir la paralización del concurso. En definitiva, se trata de impedir la utilización fraudulenta del incidente con el único objetivo de dilatar o entorpecer el avance del procedimiento²³⁷.

Ello no obstante, se prevé que el Juez, mediante auto, pueda suspender aquellas actuaciones que hayan de verse afectadas por la resolución que pudiera recaer, tanto a instancia de parte como de oficio. La suspensión alcanzará, en su caso, a las actuaciones concretas que pudieran verse afectadas, no al procedimiento concursal en su conjunto. Esta afectación no ha de ser intrascendente, sino que debe ser de tal naturaleza que la continuación de las mismas sea incompatible con la ejecución, en caso de éxito, de la pretensión que se ejercite. Por tanto, lo que realmente puede cuestionarse y plantearse es la posibilidad de continuación del procedimiento en un momento procesal concreto²³⁸.

²³⁶ GIMENO SENDRA, V. *Derecho procesal civil II. Los procesos especiales*. 4ª Edición. Op. cit. Pgs. 693 y 694.

²³⁷ DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El Proceso Concursal*. Primera Edición. Op. cit. Pág. 256. DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El Proceso Concursal*. Quinta edición. Op. cit. Pg. 250. DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El incidente concursal*. Op. cit. Pg. 18. GIMENO SENDRA, V. (dir.). DÍAZ MARTÍNEZ, M. (coord.) *Diccionario de Derecho procesal civil*. Op. cit. Pgs. 311 y 312. HERRERO PEREZAGUA, J. F. *Comentarios a la Ley Concursal. Volumen II*. Op. cit. Pg. 1.944. SENÉS MOTILLA, C. "La Ley Concursal. XVIII Número especial 2004". *Revista del Poder Judicial*. Op. cit. Pg. 581.

²³⁸ ASTRAY CHACÓN, M. P. *Comentarios a la Legislación Concursal* (AAVV. Coordinador, PALOMAR OLMEDA, Alberto). Op. cit. Pgs. 1.225 y 1.226.

La suspensión, normalmente, no tendrá duración indefinida, sino que se prolongará mientras no se dicte una resolución firme en el incidente, o no se modifique la situación del concurso determinante de dicha suspensión²³⁹.

Por su carácter excepcional -así calificado expresamente por el art. 186.2-, esta facultad del Juez habrá de ser objeto de interpretación y aplicación restrictivas, y acordarse en resolución motivada (exigencia ésta que se encuentra prevista en el art. 186.2 y que, por su proyección general, debe entenderse de observancia en el caso del incidente)²⁴⁰.

Desde el punto de vista de la técnica legislativa, el precepto del art. 192.2 LC no es más que una repetición del art. 186.2 del mismo texto legal, dedicado a regular la sustanciación de oficio del procedimiento de concurso. Al tiempo, está previsto dicho principio en la LEC, respecto de los incidentes de previo pronunciamiento (art. 393.2, en relación con el art. 391, ambos de la LEC), y dicho cuerpo normativo es de aplicación supletoria al procedimiento concursal (Disposición final quinta LC)²⁴¹. El carácter no suspensivo del incidente concursal participa de un designio común que se observa en toda la Ley Concursal y del que son manifestaciones las previsiones contenidas en los artículos 12.2, 189.1 y 197.5-6 y 8 que establecen, como regla general, la privación del efecto suspensivo, respectivamente, cuando se haya interpuesto la declinatoria, se hayan incoado procesos penales relacionados con el concurso o se haya formulado recurso de apelación o suplicación en los casos en que sea procedente²⁴².

El momento procesal oportuno para acordar la suspensión parece ser el de admisión de la demanda incidental, puesto que es la cuestión suscitada la que motiva la suspensión, y el desarrollo del procedimiento incidental el que, por tener que esperar a su resolución, determina la paralización de la actuación de que se trate en el concurso de acreedores hasta alcanzar la decisión correspondiente. Dado que el

²³⁹ SERRA DOMÍNGUEZ, M. *Comentarios a la Ley Concursal*. Tomo 3. Op. cit. Pg. 1.912.

²⁴⁰ HERRERO PEREZAGUA, J. F. *Comentarios a la Ley Concursal*. Volumen II. Op. cit. Pg. 1.944.

²⁴¹ GARNICA MARTÍN, J. F., en *Derecho Concursal Práctico*. Comentarios a la Nueva Ley Concursal. Op. cit. Pg. 858. HERRERA CUEVAS, E. J. *Manual de la Reforma Concursal*. Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal y Ley Orgánica 8/2003, de 9 de Julio, para la reforma concursal. Comentarios, Textos legales y esquemas. Op. cit. Pg. 666. ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. "El incidente concursal" en *Revista Jurídica de Cataluña*. *Llei Concursal*, Número 4, monográfico. Año CIII. Op. cit. Pg. 276. Se refieren también al carácter no suspensivo del incidente VILLORIA RIVERA, I. (coordinador). *Aspectos procesales de carácter general*. Ediciones Francis Lefebvre, S.A. Santiago de Compostela. Pg. 130; YÁÑEZ VELASCO, R., "Título VIII: Normas procesales y Sistema de Recursos". *Revista Economist & Jurist*, Concursal. Octubre de 2005. Pg. 105.

²⁴² HERRERO PEREZAGUA, J. F. *Comentarios a la Ley Concursal*. Volumen II. Op. cit. Pg. 1.944.

acuerdo de suspensión, tal y como se expuso, tiene que ser motivado, y el art. 194.3 LC prevé que la resolución a dictar para admitir el incidente ha de revestir la forma de providencia, puede concluirse que, sin necesidad de provocar una doble resolución, se ordene por auto la admisión cuando hubiere mediado solicitud de suspensión o cuando el Juez de oficio así lo acuerde²⁴³.

La posibilidad de excepcionar la regla general (efecto no suspensivo del incidente concursal) merece juicio favorable por la doctrina, siendo considerada como un acierto de la regulación²⁴⁴. Se concluye que la norma constituye una buena expresión de la flexibilidad con la que se ha regulado el proceso concursal, acentuando los poderes de oficio del Juez.

La cuestión relativa al alcance de la suspensión ha suscitado, sin embargo, cierto debate entre los autores. Un sector de la doctrina considera que la suspensión puede decretarse, al amparo de lo prescrito en el art. 192.2 LC, respecto del procedimiento concursal en conjunto (también de alguna de sus secciones o piezas, o de parte de las mismas)²⁴⁵. Otros autores sostienen que la misma conclusión encuentra refrendo en el precepto del art. 186.2 LC²⁴⁶.

Otro sector doctrinal entiende, sin embargo, que en el propio texto del art. 192.2 LC se halla un índice limitativo del alcance que tendrá la suspensión acordada “... *aquellas actuaciones que estime puedan verse afectadas por la resolución que se dicte*”, en clara referencia a actuaciones concretas, sin que se contenga previsión legal que alcance a todo el procedimiento concursal²⁴⁷.

En contra de la posibilidad de que la tramitación del incidente concursal pueda suspender el desarrollo del concurso de acreedores, con apoyo en lo dispuesto por el art. 186.2 LC, cabe apreciar que dicho precepto se sitúa sistemáticamente por la Ley dentro del Capítulo I “De

²⁴³ HERRERO PEREZAGUA, J. F. *Comentarios a la Ley Concursal. Volumen II*. Op. cit. Pg. 1.945.

²⁴⁴ GARNICA MARTÍN, J. F., en *Derecho Concursal Práctico. Comentarios a la Nueva Ley Concursal*. Op. cit. Pg. 858.

²⁴⁵ ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. “El incidente concursal” en *Revista Jurídica de Cataluña. Ley Concursal*, Número 4, monográfico. Año CIII. Op. cit. Pg. 276 y ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., en *Nueva Ley Concursal. Ley 22/2003, de 9 de julio. Comentarios, jurisprudencia aplicable y formularios*. Op. cit. Pgs. 812 y 813.

²⁴⁶ DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El Proceso Concursal*. Primera Edición. Op. cit. Pág. 256. DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El Proceso Concursal*. Quinta edición. Op. cit. Pg. 250. DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El incidente concursal*. Op. cit. Pg. 19.

²⁴⁷ En este sentido, HERRERO PEREZAGUA, J. F. *Comentarios a la Ley Concursal. Volumen II*. Op. cit. Pg. 1.944.; SERRA DOMÍNGUEZ, M. *Comentarios a la Ley Concursal*. Tomo 3. Op. cit. Pg. 1.912; ASTRAY CHACÓN, M. P. *Comentarios a la Legislación Concursal (AAVV. Coordinador, PALOMAR OLMEDA, A.)*. Op. cit. Pg. 1.226.

la tramitación del procedimiento”, del Título VIII “De las normas procesales generales y del sistema de recursos”, y se refiere, expresamente a que, como regla general, “..., *los incidentes no tendrán carácter suspensivo salvo que el juez, de forma excepcional, así lo acuerde motivadamente*”. Por su parte, el art. 192.2 se sitúa dentro del Capítulo III del mismo Título VIII, especialmente dedicado a la regulación “[D]el incidente concursal”. Puede concluirse, por tanto, que la norma prevista en el art. 192.2 es especial en relación con la del art. 186.2 LC; este criterio de especialidad entendemos que resulta determinante a favor de la aplicación preferente de la norma del art. 192.2 LC, y es en dicho precepto en el que se contiene aquel índice limitativo de la eficacia suspensiva, ciñéndola, exclusivamente, a “... *aquellas actuaciones que estime -el Juez- puedan verse afectadas por la resolución que se dicte*”.

Tercian en la cuestión otros autores²⁴⁸ distinguiendo entre lo que se denomina “*incidentes*” y el “*incidente concursal*” propiamente dicho; a los primeros se refiere el art. 186.2 LC, mientras que a los segundos el precepto especial del art. 192.2 del mismo cuerpo legal. Resulta de interés recordar, en este punto, las disquisiciones efectuadas al abordar el estudio de la naturaleza jurídica del “*incidente concursal*” y su diferenciación respecto de las cuestiones incidentales de carácter estrictamente procesal a las que se refieren los arts. 387 y ss. de la LEC. Para uno y otro caso se preveía una diferente tramitación y, podría añadirse ahora, unos distintos efectos, ya que la resolución de aquellas cuestiones meramente procesales, a las que se refiere la LEC, no participan de los efectos propios de la sentencia que pone fin al incidente concursal, siendo resueltas en aquella otra Sentencia que decide acerca del procedimiento concursal, antes de resolver sobre lo que sea objeto principal del mismo o en resolución aparte (auto) disponiendo lo necesario respecto a la continuación del proceso. Se indican, a este respecto, como cuestiones que parecen abonadas a fundar la suspensión a la que se refiere el art. 186.2 LC, las cuestiones relativas a la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales (arts. 390 y 391 LEC) y la muerte del deudor, en tanto se promueve la sucesión procesal del mismo (arts. 180 y 184.7 LC).

Frente a ello cabe afirmar que en ninguno de esos dos casos se encuentra en la Ley Concursal una previsión legal expresa para la aplicación del incidente concursal, y tampoco parece que pudiera aplicarse este trámite por efecto de la cláusula residual contenida en el art. 192.1 LC -“[T]odas las cuestiones que se susciten durante el concurso y no tengan señalada en esta Ley otra tramitación se

²⁴⁸ SENÉS MOTILLA, C. “La Ley Concursal. XVIII Número especial 2004”. Revista del Poder Judicial. Op. cit. Pg. 581.

ventilarán por el cauce del incidente concursal'- pues en la Disposición final Quinta de la LC se contiene la conocida remisión genérica a la LEC, que abarcaría en este caso la tramitación prevista en los arts. 390 y 391 de dicho cuerpo legal, o aquellos otros trámites que resultaran de aplicación respecto de la sucesión procesal (art. 16.1, párrafo segundo, de la LEC).

En relación con los supuestos en los que procedería la suspensión, se han señalado las siguientes reglas orientadoras²⁴⁹:

i) Se ha de aplicar por analogía lo dispuesto en el art. 391 LEC respecto de las cuestiones incidentales de previo pronunciamiento cuya admisión debe determinar la suspensión de las actuaciones afectadas. En este sentido, tanto la pérdida de capacidad y representación de las partes, como el defecto del algún presupuesto procesal, sobrevenidos después de la declaración de concurso, deberían provocar la suspensión de los actos que pudieran resultar afectados.

Tratándose de los efectos suspensivos que, sobre la tramitación del procedimiento concursal, habría de desplegar la tramitación incidental, los supuestos citados parece que habrían de provocar la suspensión del trámite incidental (pieza separada), no la del concurso de acreedores.

ii) El incidente de oposición a la aprobación del convenio, que determinará la suspensión de sus efectos mientras no sea resuelta (art. 129.4 LC), a salvo las medidas cautelares que pudieran acordarse para garantizar el futuro cumplimiento de aquél.

Pero no parece que la suspensión, en este caso, pudiera alcanzar a otras secciones del concurso (como la sexta) en aquellos casos en que procediera su apertura o se mantuvieran abiertas.

iii) El incidente de oposición a la calificación del concurso como culpable, al tratarse del acto final e indispensable para la terminación de la sección sexta, impedirá que se finalice la tramitación del procedimiento concursal hasta tanto no se decida aquel incidente.

Sin embargo, este trámite, en los casos en que procede, ha de considerarse como propio del desarrollo del procedimiento concursal, formando parte del mismo. En este sentido, en la redacción originaria de la Ley (considerada por el autor de la propuesta de reglas orientadoras) no podía concluirse el concurso de acreedores –cualquiera que fuera el estado en que se encontrase el procedimiento- mientras existiesen,

²⁴⁹ SERRA DOMÍNGUEZ, M. *Comentarios a la Ley Concursal*. Tomo 3. Op. cit. Pgs. 1.912 y 1.913.

pendientes de realización, bienes y derechos de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores (vgr. en la sección sexta del concurso)²⁵⁰. Por ello, considerar la oposición a la calificación culpable del concurso como un supuesto de suspensión del procedimiento provocada por el trámite incidental parece una propuesta muy comprometida con la posición sostenida.

iv) Los incidentes en torno al incumplimiento del convenio, la oposición a la conclusión del convenio y la oposición a la rendición de cuentas, por su propia naturaleza, impedirán la producción del efecto jurídico pretendido.

Cabe reproducir lo señalado anteriormente, por cuanto que no pueden considerarse estos trámites, en el supuesto en que haya lugar a ellos, como ajenos a la tramitación del procedimiento concursal, sino como propios del mismo. Es decir, la proposición sería la inversa: Para poder concluir el concurso se hace preciso tramitar, cuando se planteen, los incidentes sobre declaración de incumplimiento del convenio, oposición a la declaración de su cumplimiento y de oposición a la aprobación de la rendición de cuentas.

v) En orden a la determinación de la producción de efectos suspensivos del resto de incidentes concursales, será preciso valorar las circunstancias concurrentes en el caso concreto, pero no parece que la norma ofrezca la imprescindible cobertura legal para tomar este tipo de decisión.

La práctica judicial va proporcionando supuestos en los que se plantea la suspensión del procedimiento concursal con motivo de la petición de suspensión de incidentes, o a pretexto de ello²⁵¹. Los

²⁵⁰ Art. 176.4 LC, en su redacción originaria. Refrendado por el vigente art. 176.bis.

²⁵¹ El Auto del Juzgado de lo Mercantil nº Uno de Cádiz, de fecha 11/10/2005, Ponente Ilma. Sra. D^a. Nuria Orellana Cano, plantea un supuesto de prejudicialidad penal no sólo del incidente concursal, sino, incluso, del propio procedimiento concursal: «*PRIMERO.- La entidad concursada solicita la suspensión del procedimiento concursal alegando que ha presentado querrela por los delitos de falsedad en documento privado y estafa procesal, y que el objeto de la falsedad lo constituye la firma de un contrato de arrendamiento... y que dicho contrato ha sido tenido en cuenta por la administración concursal para la elaboración del informe y por la concursada para su impugnación. Por ello solicita la suspensión del incidente concursal y del procedimiento concursal hasta que se resuelva la querrela, que ha sido admitida a trámite...*

SEGUNDO.- Con carácter previo conviene precisar que, de acordarse la suspensión de este incidente concursal, habría de producirse inexorablemente la suspensión del procedimiento concursal, ya que la suspensión de aquél provoca que la administración concursal no pueda formular el informe definitivo lo que determina la paralización de todo el procedimiento...

... debe convenirse con la administración concursal en la influencia que el documento cuya falsedad ha sido objeto de querrela, ha tenido en la elaboración de su informe y ello sin perjuicio de que hayan sido tomados en consideración por la administración concursal otros elementos y documentos para la elaboración de su informe, y sin prejuzgar por tanto, la resolución de este incidente. Ahora bien, sentada la existencia de prejudicialidad penal, se difiere del solicitante en la eficacia que haya de darse a la misma y en los preceptos aplicables al caso. En este sentido, la concursada alega el artículo 9 LC, que

resultados evidencian la resistencia de los órganos judiciales a la suspensión de trámites por efecto de las vicisitudes planteadas en el seno del incidente concursal.

Sin perjuicio de todo lo anterior, el trámite de apelación de la Sentencia que resuelva el incidente, cuando proceda de acuerdo con lo previsto en el art. 197 LC, permite al Juez del concurso, al admitir el recurso, acordar motivadamente (art. 197.6 LC), de oficio o a instancia de parte, la suspensión de las actuaciones que pudieran verse afectadas por su resolución²⁵².

H) *El incidente concursal es un procedimiento de doble instancia*

La Ley Concursal garantiza la revisión por un tribunal superior del enjuiciamiento de la cuestión de fondo efectuado por el Juez del concurso en el correspondiente incidente concursal. Esta regla debe entenderse sin perjuicio de sendas especialidades que singularizan el régimen de impugnación de las sentencias concursales:

- i) En primer lugar, la impugnación mediata de las sentencias resolutorias de los incidentes promovidos en la fase común o en la de convenio (art. 197.3 LC).
- ii) En segundo lugar, la impugnación a través del recurso de suplicación de las sentencias dictadas en materia laboral, cuya decisión se residencia en la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia

extiende la jurisdicción del juez del concurso a todas las cuestiones prejudiciales administrativas o sociales directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para el buen desarrollo del procedimiento concursal. Alega que dado que dicho precepto omite la referencia a las cuestiones prejudiciales penales, resulta aplicable la LEC, y en concreto el art. 40 de la misma, que en su apartado 4º establece que en caso de posible delito de falsedad de documento se acordará la suspensión sin esperar a la conclusión del procedimiento, cuando a juicio del tribunal el documento pudiera ser decisivo para resolver sobre el fondo del asunto.

Sin embargo, ... no se estima aplicable el art. 40 LEC por cuanto la LC contiene una norma específica de prejudicialidad penal en su art. 189, que en el apartado 1º preceptúa que “la incoación de procedimientos criminales relacionados con el concurso no provocará la suspensión de la tramitación de éste”, pudiendo únicamente el juez del concurso, según su apartado 2º, “adoptar las medidas de retención de pagos a los acreedores inculcados u otras análogas que permitan continuar la tramitación del procedimiento concursal, siempre que no hagan imposible la ejecución de los pronunciamientos patrimoniales de la eventual condena penal”.»

Es decir la LC excluye la suspensión del procedimiento concursal por prejudicialidad penal, sin duda por el principio de celeridad que informa toda la regulación concursal. Tampoco puede admitirse la suspensión del incidente concursal por cuanto, como se ha expuesto, la misma supondría la suspensión del procedimiento, contrariando la voluntad del legislador plasmada en el art. 189 LC.

²⁵² ASTRAY CHACÓN, M. P. *Comentarios a la Legislación Concursal* (AAVV. Coordinador, PALOMAR OLMEDA, A.). Op. cit. Pg. 1.226.

correspondiente a la demarcación del Juzgado de lo mercantil (arts. 197.7 LC; 75-2º LOPJ; 190.1 y 191.4 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social)²⁵³.

4. Principios informadores

La regulación del incidente concursal aspira a combinar las exigencias de rapidez y simplicidad en la tramitación, con la salvaguarda de las garantías procesales que exige la tutela judicial efectiva de todos los interesados (apartado X de la Exposición de Motivos de la LC). En este sentido, son principios informadores del procedimiento los de flexibilidad y celeridad.

A) Principio de flexibilidad

La flexibilidad procedimental se impone hasta el límite que consiente la seguridad jurídica.

La Ley Concursal huye deliberadamente del rigor formalista en atención a la singularidad del concurso, en tanto que proceso universal, con proyección sobre el íntegro patrimonio del deudor y afectación de los intereses de una pluralidad de sujetos.

Expresiva de la flexibilidad es la atribución al Juez del concurso de poderes de actuación que exceden de los típicos de impulso procesal y dirección de los debates (arts. 179 y 186 LEC, arts. 192.3 y 194.2 LC). Son manifestaciones de esta flexibilidad la configuración de la estructura procedimental del incidente concursal común, de un modo que no tiene fácil encaje en ninguno de los modelos concebidos en la LEC; y la acomodación del incidente concursal en materia laboral a los principios informadores del proceso laboral (art. 8-2º LC), lo que supone tomar en consideración el carácter tuitivo de la jurisdicción social y justifica las especialidades relativas a la subsanación e integración de la demanda defectuosa (art. 195.1 LC)²⁵⁴.

²⁵³ SENÉS MOTILLA, C. “La Ley Concursal. XVIII Número especial 2004”. Revista del Poder Judicial. Op. cit. Pg. 593. SENÉS MOTILLA, C. Comentarios de la Ley Concursal. Tomo II. (Rojo, A.; Beltrán, E.). Op. cit. Pgs. 2.796 y 2.797.

²⁵⁴ SENÉS MOTILLA, C. “La Ley Concursal. XVIII Número especial 2004”. Revista del Poder Judicial. Op. cit. Pg. 593.

B) Principio de celeridad

A este principio responden las siguientes manifestaciones legales:

- i) La acomodación de la vista a las formas del juicio verbal civil (arts. 194.4 y 195.2 LC).
- ii) La reducción del plazo para la contestación (art. 194.3 LC).
- iii) La inadmisión de apelaciones independientes contra resoluciones interlocutorias (art. 197.3 LC)²⁵⁵.
- iv) La privación del efecto suspensivo de la apelación, seguida de la tramitación preferente del recurso (art. 197.4 y 5 LC).
- v) La sustanciación conjunta de las demandas sobre una misma cuestión en los supuestos previstos en la Ley (arts. 96.5 y 171.1 LC)²⁵⁶.

²⁵⁵ Auto de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, sección 5ª, de fecha 18/05/2011 (recurso número 205/2011), ponente Ilma. Sra. Dª. María Covadonga Sola Ruiz, Fundamento de Derecho Tercero: «1.- Principio de celeridad. La finalidad de la apelación diferida estriba en conseguir la agilización de los procesos concursales, tratando de evitar, en la medida de lo posible, el planteamiento de recursos con las dilaciones que en el tiempo ocasiona la tramitación de una segunda instancia. En este sentido la propia Exposición de Motivos de la Ley Concursal, en su apartado X ya se encarga de subrayar que "la flexibilidad que inspira todo el procedimiento se combina con las características de rapidez y simplicidad" y "se complementa con un adecuado sistema de recursos [...] De este modo, en línea con la orientación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, se elimina la multiplicidad de recursos de apelación interlocutorios, de naturaleza parcial o relativos a resoluciones no definitivas, que actualmente dificultan y dilatan la tramitación de los procedimientos concursales, y se ordena, sin merma de las garantías procesales, un sistema de recursos que obliga a la partes a concentrar y racionalizar sus motivos de disconformidad y facilita su resolución con la necesaria visión de conjunto". Con base a tal principio se considera innecesario volver a plantear mediante el escrito de preparación del recurso, los motivos impugnatorios contenidos en la protesta, que al igual que aquél ha de formularse dentro del plazo de cinco días a contar desde la desde el día siguiente a la notificación que se pretende recurrir, evitando de este modo duplicidad de actuaciones, que retrasan su tramitación.»

²⁵⁶ SENÉS MOTILLA, C. "La Ley Concursal. XVIII Número especial 2004". Revista del Poder Judicial. Op. cit. Pgs. 593 y 594. SENÉS MOTILLA, C. *Comentarios de la Ley Concursal*. Tomo II. (Rojo, A.; Beltrán, E.). Op. cit. Pg. 2.797.

IV. ÁMBITO DE APLICACIÓN

1. Contenido del incidente concursal

La finalidad de simplificar el concurso, en términos procedimentales, para su pronta, eficaz y económica tramitación se pretende conseguir impidiendo la intromisión de competencia jurisdiccional alguna en materia concursal, distinta a la del Juez del concurso, bajo sanción de nulidad²⁵⁷.

Son múltiples y muy variadas las cuestiones que pueden suscitarse durante la tramitación del concurso, y que precisan de un enjuiciamiento por el Juez que está conociendo del mismo. Unas constituyen auténticas cuestiones incidentales (v.gr., la recusación de administradores); otras traen causa de las actuaciones que la propia dinámica del proceso concursal puede originar (algunas impugnaciones —como la del inventario y lista de acreedores ex art. 96.5 LC—, y oposiciones —a la aprobación del convenio, del art. 129.1 LC; a la calificación del concurso como culpable, del art. 171.1 LC; a la conclusión del concurso, art. 176.2 LC y art. 176.bis.3 LC; o a la aprobación de la rendición de cuentas, del art. 181.3 LC—); otras se deciden en el seno del proceso concursal por el carácter universal de éste, que despliega su *vis atractiva* abocando al conocimiento del Juez del concurso las pretensiones que, aun teniendo un objeto autónomo, tienen trascendencia para el patrimonio del deudor y los fines del concurso (auténticos procesos declarativos —art. 50 LC—). Que tales cuestiones deban ser enjuiciadas por el Juez del concurso es algo que atañe a las normas de competencia (objetiva o funcional, según el caso). Pero esa atribución requiere, como complemento necesario, la determinación del cauce a través del cual se ha de enjuiciar el correspondiente objeto. A esta exigencia responde el Capítulo III del Título VIII de la LC, y lo hace mediante la creación de un procedimiento común (el incidente concursal) y uno especial (el incidente concursal en materia laboral²⁵⁸).

La amplitud con la que se contempla el incidente concursal lo configura como el procedimiento de referencia, por el que se sustanciarán la mayor parte de cuestiones incidentales que se susciten en el proceso concursal, así como la totalidad de los procesos conexos al

²⁵⁷ HERRERA CUEVAS, E. J. Manual de la Reforma Concursal. Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal y Ley Orgánica 8/2003, de 9 de Julio, para la reforma concursal. Comentarios, Textos legales y esquemas. Op. cit. Pg. 663.

²⁵⁸ HERRERO PEREZAGUA, J. F. *Comentarios a la Ley Concursal. Volumen II.* (AAVV., Director BERCOWITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.). Op. cit. Pg. 1.938.

mismo. Para ello se ha querido proceder a la unificación de procedimientos (que constituye una de las principales características de la LC), que se vio mermada durante su tramitación parlamentaria —como ya quedó expuesto—, al haberse introducido un cauce especial para los incidentes en materia laboral en el art. 195²⁵⁹.

En relación con los procesos en los que se ventilen acciones autónomas pero que se sustancien de forma acumulada al concurso, se ha de señalar que, en el texto originario de la LC, todas ellas se tramitaban por los cauces del incidente concursal (tanto las correspondientes a procesos iniciados antes del concurso y acumulados a él de acuerdo con las reglas del art. 51 LC, como las iniciadas con posterioridad a la declaración del concurso de las que debiera conocer el Juez del concurso de acuerdo con lo dispuesto en el art. 50 LC). Sin embargo, la reforma operada por la Ley 38/2011 ha modificado el art. 51.1 LC²⁶⁰ en el sentido de establecer que los procesos iniciados con anterioridad a la declaración y que se acumulen al concurso continuarán su tramitación por el cauce del procedimiento por el que se hubieren iniciado²⁶¹. La unificación de procedimientos se diluye como característica propia de la LC, ya que puede asistirse a la tramitación de juicios ordinarios y verbales ante el Juez del concurso, junto con los incidentes concursales, lo que no era posible hasta la mencionada reforma²⁶².

²⁵⁹ GARNICA MARTÍN, J. F, en *Derecho Concursal Práctico. Comentarios a la Nueva Ley Concursal*. (AAVV. Coordinador FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. Á.). Op. cit. Pg. 853.

²⁶⁰ Art. 51.1 LC. Redacción dada por el art. único, apartado 40, de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, con vigencia desde el día 1/01/2012: «*Continuación y acumulación de juicios declarativos pendientes.1. Los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso continuarán sustanciándose ante el mismo tribunal que estuviere conociendo de ellos hasta la firmeza de la sentencia.*

Por excepción 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.

Los juicios acumulados continuarán su tramitación ante el juez del concurso, por los trámites del procedimiento por el que viniera sustanciándose la reclamación, incluidos los recursos que procedan contra la sentencia.»

²⁶¹ GARNICA MARTÍN, J.F. “De las normas procesales generales y del sistema de recursos (Artículos 183-198 LC)”, en AAVV *Tratado judicial de la insolvencia*. Tomo II. Prendes Carril y Muñoz Paredes (dirs.). Op. cit. Pg. 845.

²⁶² Art. 51.1 LC. Redacción vigente hasta la reforma del mismo operada por el art. único, apartado 40, de la Ley 38/2011, de 10 de octubre: «*Los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza de la sentencia. No obstante, se acumularán aquellos que, siendo competencia del juez del concurso según lo previsto en el artículo 8, se estén tramitando en primera instancia y respecto de los que el juez del concurso estime que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores.*

La acumulación podrá solicitarse por la administración concursal, antes de emitir su informe, o por cualquier parte personada, antes de la finalización del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores.» Por su parte, el art. 192.1.II LC, dispone: «*También se tramitarán por este cauce las*

acciones que deban ser ejercitadas ante el juez del concurso conforme a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 50 y los juicios que se acumulen en virtud de lo previsto en el apartado 1 del artículo 51.»

Con carácter previo al desarrollo de la exposición sobre la materia, resulta de interés la lectura del Auto del Juzgado de lo Mercantil nº Uno de Bilbao, de fecha 23/01/2006, Magistrado Ilmo. Sr. D. Edmundo Rodríguez Achutegui, por la claridad expositiva en la resolución de las cuestiones que se le plantean y que, relacionadas con el estudio de la competencia del Juzgado de lo mercantil, resolvió sobre una cuestión de competencia por inhibitoria que se le formuló desde un Juzgado de Primera Instancia (en parecidos términos, puede citarse el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº Dos de Bilbao, de fecha 17/03/2006, Magistrado Ilmo. Sr. D. Edorta J. Etxarandio Herrera; en relación con un supuesto de interposición de demanda con anterioridad a la declaración del concurso, en la que se ejercita acción civil contra el patrimonio del concursado, Auto del Juzgado de lo Mercantil nº Cinco de Madrid, de fecha 5/02/2007, Magistrado Ilmo. Sr. D. Alberto Arribas Hernández; y en relación con acciones declarativas civiles con trascendencia patrimonial promovidas después de la declaración de concurso, el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº Dos de Bilbao, de fecha 28/06/2006, Magistrado Ilmo. Sr. D. Edorta J. Etxarandio Herrera): “... con la actual regulación legal, salvo en el caso de los Juzgados de 1ª Instancia con competencia en Familia a los que el artículo 46 de la Ley de Enjuiciamiento Civil autoriza expresamente, no es posible que un Juzgado de 1ª Instancia pueda “inhibirse” a favor de otro, ya que la Ley de Enjuiciamiento Civil le autoriza a declarar su incompetencia objetiva, indicando al demandante qué órgano considera competente para resolver (art. 48.4 LECiv), apreciar de oficio su falta de competencia territorial (art. 58 LECiv) o estimar una declinatoria cuando la Ley lo autoriza (arts. 63 y ss.), pero en ningún caso declarar al tiempo su incompetencia objetiva y ordenar la remisión de los autos al que considera competente.

...

En este caso, debe rechazarse la inhibición pretendida. El Juzgado que considera que tiene falta de competencia objetiva, como es el caso, puede inadmitir la pretensión, señalar el órgano competente y reservar a la parte demandante la posibilidad de presentar la demanda ante el mismo, como expresamente dispone el artículo 48.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil...

SEGUNDO.- ...

En cambio si el procedimiento declarativo se inicia después de declarado el concurso, el art. 50 de la Ley Concursal dispone que los jueces del orden civil y del orden social ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta ley se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso. Es decir, declarado el concurso, el Juzgado de 1ª Instancia carece de competencia para conocer de una pretensión declarativa, incluida la monitoria, y el solicitante debe ver repelida su pretensión en aplicación de este precepto.

...

El acreedor no precisa un título judicial que ya no puede obtener fuera del concurso, sino que tiene procedimientos reglados, determinados por la norma concursal, para obtener el reconocimiento de su pretensión.

Si el conocimiento del Juzgado de 1ª Instancia es posterior a la declaración de concurso, ... se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado. Eso sucedió en este caso, en el que al parecer la comunicación de la declaración de concurso no llegó al Juzgado de 1ª Instancia, o no se tuvo en cuenta, y por eso la concursada, cuando es requerida de pago, se opone y solicita en su escrito de veintiocho de junio, precisamente, el archivo del procedimiento monitorio.

Ante tal petición, ... el Juzgado de 1ª Instancia no ordenó lo que dice la norma, el archivo de las actuaciones que se hayan practicado, sino que inventa en la providencia de treinta de junio una audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal que carece de previsión legal, y que determina la opinión del fiscal favorable a una competencia que desoye lo dispuesto en la Ley, la del solicitante que reclama la remisión y acumulación de los autos al concurso...

TERCERO.- *El complicado trámite ideado por el Juzgado de 1ª Instancia ha provocado una singular situación. Se ha planteado una inexistente cuestión de competencia por inhibitoria frente a la que no hay cauce procesal previsto, pues el señalado por el artículo 60.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere a los casos en que la cuestión se refiere a la competencia territorial.*

... La única solución razonable, pese a que las partes, incluida la concursada, pasaron por la resolución judicial del Juzgado de 1ª Instancia número 12, sería devolver los autos a tal órgano jurisdiccional, con el fin de que en aplicación de la previsión de nulidad que dispone el artículo 50.1 de la Ley Concursal, se archive si se estima procedente el procedimiento monitorio seguido contra (...) por haberse presentado

Más allá de la previsión legal contenida en el artículo 192.1 LC y relativa a que se ventilarán por este cauce *todas las cuestiones que se susciten durante el concurso y no tengan señalada en esta Ley otra tramitación*, carece la norma de un criterio explícito para determinar la aplicación del incidente a los supuestos comprendidos dentro de su ámbito, y tampoco se deduce dicho criterio de las disposiciones que, de modo disperso a lo largo del texto de la Ley, remiten a su tramitación²⁶³.

Dentro de las materias que han de ventilarse por los cauces del incidente concursal, cabe distinguir tres órdenes, que resultarán de aplicación ya sea por expresa disposición legal, ya sea por ausencia de otra tramitación específica, dentro de lo que podríamos denominar una delimitación positiva de su objeto:

- a) Las cuestiones incidentales y prejudiciales.
- b) Las demandas posteriores a la declaración del concurso, de carácter civil o social, de que deba conocer el Juez de lo Mercantil que entienda del concurso (arts. 50.1 y 192.1, párrafo segundo, LC).
- c) Supuestos en los que todavía no existe procedimiento concursal propiamente dicho (art. 239.3 LC).

Al propio tiempo, se ha de hacer referencia a una serie de asuntos que quedan fuera del ámbito del incidente concursal, bien por prever la Ley para ellos una tramitación diferente, bien por remitir a institutos procesales de carácter general. Lo que vendría a integrar una delimitación negativa²⁶⁴ de su objeto.

Parece claro, en cualquier caso, que el incidente concursal ofrece, al menos en su estructura interna, caracteres de un verdadero proceso declarativo contradictorio, razón por la que su objeto debe estar

con posterioridad a la declaración de concurso, reservando al promotor del monitorio su derecho a presentar ante el Juzgado del concurso la reclamación de su crédito, mediante la correspondiente comunicación o por el procedimiento que estime pertinente.

..., de manera que o se inicia una dinámica bien insegura como el traslado recíproco de los autos entre juzgados, o no queda otro remedio que optar por la aplicación analógica del artículo 60.2 de la Ley de Enjuiciamiento civil, en absoluto prevista para cuestiones de competencia objetiva, ... y remitir los autos a la Ilma. Audiencia Provincial, señalando su carácter urgente, a la vista de que puede estar en cuestión un crédito concursal, para que resuelva sobre el conflicto negativo planteado”.

²⁶³ ROCA MARTÍNEZ, J., en *Estudios de Derecho Concursal*. (AAVV., Director PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J.). Op. cit. Pg. 686.

²⁶⁴ En este sentido, SENÉS MOTILLA, C. *Comentarios de la Ley Concursal*. Tomo II. (Rojo, A.; Beltrán, E.). Op. cit. Pgs. 2.797 y 2.803; y SENÉS MOTILLA, C. “La Ley Concursal. XVIII. Número especial 2004”. Pgs. 594 y 600. DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El Proceso Concursal*. Sexta Edición. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Madrid, 2014. Pg. 295. DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El incidente concursal*. Op. cit. Pg. 38.

constituido por una cuestión de carácter contenciosa, siquiera sea de forma potencial²⁶⁵.

Trataremos de desarrollar, brevemente, cada uno de estos ámbitos de delimitación del objeto del incidente concursal.

2. Delimitación positiva

Se comprenden en este apartado todas aquellas cuestiones que se susciten durante el concurso de acreedores y no tengan señalada en la Ley otra tramitación (y, habría que añadir, no estén excluidas expresamente del mismo).

Son las cuestiones que engrosan la competencia funcional del juez del concurso en sus dos modalidades:

- incidentales propiamente dichas, y
- prejudiciales (art. 61 LEC).

A) *Cuestiones incidentales*

A partir de la noción de cuestión incidental que facilita el artículo 387 de la LEC, puede afirmarse que son cuestiones incidentales, en sentido concursal, aquellas que, siendo distintas de las que constituyen el objeto principal del concurso, guardan relación inmediata con éste en la medida en que su resolución condiciona la formación de las masas activa y pasiva y las soluciones concursales (convenio o liquidación).

Siendo amplio el concepto de cuestiones incidentales, y múltiple y complejo el objeto del proceso concursal, pueden plantearse incidentes en relación con cualquiera de los objetos que el mismo persigue, razón por la que algún autor²⁶⁶ considera que la inclusión de las cuestiones procesales dentro de los incidentes debe hacerse con sumo cuidado, sin olvidar que suelen tener un trámite particular dentro del proceso, de forma que su consideración como incidentes tiene un carácter subsidiario y pretende únicamente establecer un cauce adicional para resolverlas, admisible sólo cuando ya no sea posible seguir el ordinario.

²⁶⁵ GARNICA MARTÍN, J. F. *Derecho concursal práctico. Comentarios a la Nueva Ley Concursal*. Fernández Ballesteros, M. A. (Coord.) Op. cit. Pg. 853.

²⁶⁶ GARNICA MARTÍN, J. F. *Derecho concursal práctico. Comentarios a la Nueva Ley Concursal*. Fernández Ballesteros, M. A. (Coord.) Op. cit. Pg. 854.

Como podrá observarse, el cauce del incidente concursal sirve, por expresa indicación legal, para articular bien una impugnación, bien el trámite de audiencia o contradicción que debe observarse para ser respetuoso con los principios jurídico-naturales del proceso. Ejemplo de lo primero lo constituyen las impugnaciones del inventario y de la lista de acreedores (art. 96.5 LC) y las planteadas frente a las actualizaciones de las mismas (art. 180.2 LC). Manifestaciones de lo segundo son la oposición a la calificación del concurso (art. 171.1 LC), la oposición a la conclusión del concurso (art. 176.2.II y 176.bis.3.III LC) y la oposición a la aprobación de las cuentas rendidas por los administradores concursales (art. 181.3 LC)²⁶⁷.

Para determinar el ámbito del incidente concursal en relación con cuestiones propiamente incidentales pueden distinguirse los siguientes apartados:

a) *Cuestiones en las que existe una remisión expresa en la Ley al incidente concursal*

Antes de comenzar con la exposición relacionada de los distintos supuestos previstos en la Ley, conviene advertir que, en algunos casos, la remisión al incidente concursal se realiza desde un momento concreto de la tramitación de la cuestión controvertida, por lo que no existirá, como tal, demanda y contestación, como sucede con el incidente de calificación, condicionándose la incoación a la oposición que pudieran formular los correspondientes legitimados frente a una determinada actuación, cual ocurre, también, con la oposición a la conclusión del concurso (art. 176 LC) o frente a la oposición a la aprobación de la rendición de cuentas de la administración concursal (art. 181.3 LC).

En el incidente de calificación, la oposición del concursado o de las personas afectadas por la calificación, o consideradas cómplices, determina, sin más, la continuación del procedimiento por los cauces del incidente concursal.

En estos incidentes de oposición, el presupuesto para la aplicación del cauce incidental se integra con la formulación de la oposición a la resolución de que se trate, por lo que si, y sólo si, se plantea dicha oposición la misma se sustanciará por los trámites del incidente concursal. La demanda se sustituye, por tanto, por la presentación de la oposición, sin que se contenga una previsión expresa que exija que la misma se articule con la forma de demanda del art. 399 LEC.

²⁶⁷ HERRERO PEREZAGUA, J. F. *Comentarios a la Ley Concursal. Volumen II.* (AAVV., Director BERCOWITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.). Op. cit. Pg. 1.939.

Son muchos los preceptos de la Ley que se remiten al incidente concursal para la resolución de las cuestiones controvertidas²⁶⁸. Frente a ello, es muy escasa la remisión al declarativo que corresponda, como posteriormente veremos. Sin ánimo de exhaustividad nos referiremos a los siguientes:

a') *La recusación de los Administradores concursales, una vez nombrados (art. 32.4 LC)*²⁶⁹

SERRA DOMÍNGUEZ²⁷⁰ cuestionaba la idoneidad del incidente concursal para tramitar esta cuestión, al remitirse expresamente el precepto de la LC a las causas de recusación “*establecidas en la legislación procesal civil para la recusación de peritos*”. Por esta razón, considera preferible «*de iure condendo*» una remisión a los arts. 126 a 128 LEC, reguladores de la recusación de peritos. Abunda en su conclusión señalando que, si el Administrador concursal reconociera la causa de recusación, resultaría innecesario acudir a un incidente concursal con intervención de todas las partes, contestación escrita, vista y sentencia. Sobre el particular, podría decirse que el administrador concursal que reconociera la causa de recusación hecha valer contra él podría allanarse, evitando, normalmente, la celebración de la vista (a

²⁶⁸ Hasta la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, las acciones autónomas al concurso de acreedores (pero relacionadas con el patrimonio de la concursada) se sustanciaban por el trámite de los incidentes concursales, tanto las correspondientes a procesos iniciados antes del concurso y acumulados a él de acuerdo con las reglas del art. 51 LC, como las iniciadas con posterioridad a la declaración del concurso de las que debiera conocer el juez del concurso de acuerdo con el art. 50 LC. Tras la modificación introducida por la Ley referida en el art. 51.1 LC (dada nueva redacción a este apartado por el art. único, apartado 40, de la Ley 38/2011), los procesos iniciados con anterioridad a la declaración y que se acumulen al concurso continuarán su tramitación por el cauce del procedimiento por el que se hubieren iniciado. Como señala GARNICA MARTÍN, con ello se ha resuelto el grave problema que podía comportar el cambio de procedimiento, particularmente cuando ese cambio debía hacerse de un procedimiento ordinario a un incidente concursal; no obstante lo anterior, subsiste un grave problema de coordinación legal, puesto que se ha dejado sin reformar el art. 192.1 LC, cuyo párrafo 2º, último inciso, establece que los procesos acumulados se tramitarán por el cauce del incidente concursal. El grave anacronismo obedece, sin duda, a un error del legislador que habrá de ser salvado interpretando sistemáticamente la norma, otorgando preferencia a la especialidad del precepto contenido en el art. 51.1, actualmente vigente, interpretación corroborada por la prioridad aplicativa que siempre merece la norma más reciente. GARNICA MARTÍN, J.F. “De las normas procesales generales y del sistema de recursos (Artículos 183-198 LC)”, en AAVV *Tratado judicial de la insolvencia*. Tomo II. Prendes Carril y Muñoz Paredes (dirs.). Op. cit. Pg. 845.

²⁶⁹ Artículo reenumerado por el art. único, apartado 7 de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre de 2014 (por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial), como art. 32, con vigencia desde el día 2/10/2014. A título de mera curiosidad, se plantea que, igual que en la LEC, se prescinde del Fiscal como sujeto de recusación, no advirtiendo razón para excluirlo cuando se abra la pieza sexta y quede personalmente determinado. YÁÑEZ VELASCO, R. *Nueva Ley Concursal: Comentarios y formularios a la Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal. Volumen II.* (AAVV.) Op. cit. Pg. 228.

²⁷⁰ SERRA DOMÍNGUEZ, M. *Comentarios a la Ley Concursal*. Tomo 3. (SAGRERA TIZÓN, J.M.; SALA REIXACS, A. y FERRER BARRIENDOS, A., Coordinadores). Op. cit. Pg. 1.910.

semejanza del efecto de la comparecencia del perito, prevista en el art. 126 LEC). Por otra parte, el cauce del incidente concursal es compatible con la aplicación en él de las causas de recusación de peritos previstas en la LEC y, en cuanto a la tramitación de la LEC, presenta semejanzas con la del incidente concursal, salvo la falta de previsión de contestación por escrito de las demás partes, lo que constituye un derecho de éstas, no una obligación.

Desde un punto de vista estrictamente procesal, el incidente concursal de recusación ha planteado en los tribunales, hasta la fecha (y que se conozca), tres interesantes cuestiones.

La primera se refiere a la legitimación activa.

Señala el art. 32.1 LC que la recusación de los administradores concursales podrá ser promovida por cualquiera de las personas legitimadas para solicitar la declaración de concurso, lo que exige estar a lo previsto en el art. 3 del mismo texto legal²⁷¹.

No existiendo dudas acerca de la legitimación del deudor y del mediador concursal, se ha planteado la cuestión relativa a la legitimidad de una asociación de consumidores y usuarios para plantear el presente incidente concursal. La cuestión ha quedado resuelta en sentido afirmativo por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, mediante los Autos de fechas 17/05/2007 (recurso 124/2007) 5/07/2007 (recurso 125/2007) y 20/02/2009 (recurso 131/2008)²⁷².

²⁷¹ Conforme a las previsiones del art. 3 LC (en relación con lo prescrito en el art. 32.1 LC), podrán recusar a la Administración concursal el deudor, cualquiera de sus acreedores y el mediador concursal cuando se trate del procedimiento regulado en el Título X de esta Ley. Por excepción, no podrá el acreedor que, dentro de los seis meses anteriores a la presentación de la solicitud hubiera adquirido el crédito por actos inter vivos y a título singular, después de su vencimiento.

Tratándose de deudor persona jurídica, también habría que entender legitimados a tal fin a los socios, miembros o integrantes que sean personalmente responsables, conforme a la legislación vigente, de las deudas de aquélla.

En el caso del deudor fallecido cuya herencia no hubiera sido aceptada pura y simplemente, los herederos de éste y el administrador de la herencia.

²⁷² Auto de 20/02/2009 (ponente Ilmo. Sr. D. Enrique García García):

«CUARTO.- Como ya señalamos en los autos de esta sección 28ª de la AP de Madrid de 17 de mayo y 5 de julio de 2007, a propósito de supuestos análogos, si la ley ha querido conceder a cualquiera de los acreedores la posibilidad de recusar, no se advierte razón suficiente para interpretar el nº 1 del artículo 33 en el sentido tan restrictivo de que sólo pueda ponerse en marcha tal mecanismo mediante una actuación individualizada de alguno de ellos. Por el contrario, también debería tener cabida para promover la recusación tanto la iniciativa legalmente organizada y coordinada de un grupo de ellos, como la de una asociación de consumidores y usuarios legalmente constituida que intervenga en el proceso en defensa de los derechos e intereses de determinados acreedores por ella representados, a fin de velar por la legalidad en la designación y por la garantía de independencia de la administración concursal. Es, desde luego, materia susceptible de común interés a dichos acreedores suscitar a través de su representante la existencia de una posible causa de incapacidad, incompatibilidad o prohibición para el desempeño de su función por parte de un administrador concursal o poner de manifiesto una

Se ha de incluir entre los legitimados para promover la recusación al Ministerio Fiscal, cuando tuviera conocimiento de una causa impeditiva del Administrador concursal en el concurso en el que actúe, al estar obligados a promover la acción de la Justicia en defensa de la legalidad y del interés público (art. 124 CE y 435 LOPJ)²⁷³.

La segunda de las cuestiones procesales que suscita el breve estudio que nos ocupa sobre el incidente de recusación se refiere al plazo de interposición.

La recusación, dice la Ley, habrá de promoverse tan pronto como el recusante tenga conocimiento de la causa en que se funde (art. 32.3 LC). La falta de indicación alguna del plazo plantea el problema de la extemporaneidad de la interposición ya que la Ley emplea una expresión que invita a la presentación rápida, en un breve espacio de tiempo, sin demora. Del texto del precepto cabe considerar como *dies a quo* para la presentación del incidente la aceptación del cargo por parte del Administrador, mientras que coexisten diversas interpretaciones jurisprudenciales en torno a la determinación del *dies ad quem*.

El Juzgado de lo Mercantil número 7 de Madrid, en Sentencia de 15/12/2006 (proceso 427/2006) considera extemporáneas las demandas presentadas un mes y cinco días después del conocimiento de los nombramientos por parte del recusante, así como las presentadas 14 y 27 días después²⁷⁴. El Juez recurre al precepto del art. 125.2 LEC,

circunstancia que afecte a la imparcialidad de éste, todo lo cual tiene cabida precisamente en el incidente de recusación. Y que tales asociaciones actúen en defensa de los intereses de sus asociados es una actuación especialmente justificada en concursos de tanta dimensión como el de FORUM FILATÉLICO.»

²⁷³ ASENSI MERÁS, A. “La recusación de los administradores concursales”, comunicación presentada en el VII CONGRESO ESPAÑOL DE DERECHO DE LA INSOLVENCIA (CEDIN VII), celebrado en Alicante del 21 al 23 de mayo de 2015. La autora recoge una cita de TIRADO MARTÍ, I. “Artículo 33. Recusación”, en ROJO, A. y BELTRÁN, E., *Comentario a la Ley Concursal*, Tomo I. Civitas. Madrid, 2004. Pg. 675.

²⁷⁴ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid, de fecha 15/12/2006, ponente D. Santiago Senent Martínez, Fundamento de Derecho Tercero: «*Se alega por la recusada el carácter extemporáneo de la recusación, pues se infringe el artículo 33 de la Ley concursal en relación con el artículo 125.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que establece, que en caso de que la causa de recusación sea anterior al nombramiento la recusación deberá formularse dentro de los dos días siguientes al nombramiento. A este respecto debe indicarse, tal y como se hacía en la sentencia de este Juzgado de fecha 23 de noviembre de 2.006, que resolvía la demanda de recusación del administrador concursal letrado que: el momento de conocimiento del hecho puede no deducirse de la demanda y precisar de prueba para su determinación, como ha ocurrido en el presente caso, pero el hecho de que ya se haya admitido a trámite la demanda no es óbice para que se analice la concurrencia de tal requisito, que afecta al interés del recusante. En efecto, la norma lo que pretende es impedir que quien conoce la causa de recusación actúe tarde, despreocupadamente, o lo haga de modo interesado, retrasando el momento de la recusación a aquel que más convenga a sus intereses. En el presente caso, todas y cada una de las circunstancias que los demandantes alegan para fundamentar su solicitud de recusación son anteriores al nombramiento de Agencia Estatal de la Administración Tributaria como administradora concursal, nombramiento que se produjo por medio del auto de declaración de concurso de fecha 22 de junio de 2.006. Desde la fecha de la intervención judicial de la concursada el 9 de mayo de 2.006 ha*

analiza las concretas circunstancias del caso constatando la amplia cobertura informativa del mismo (su publicidad) y considera que la norma lo que pretende es impedir que quien conoce la causa de recusación actúe tarde, despreocupadamente, o lo haga de modo interesado, retrasando el momento de la recusación a aquel que más convenga a sus intereses. Todo ello para terminar rechazando los plazos anteriormente indicados.

La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Las Palmas de Gran Canaria, de fecha 14/04/2010, rechaza una demanda de recusación por extemporánea al haberse interpuesto transcurridos más de tres meses desde el conocimiento de la aceptación, pese a que se tuvo conocimiento de la causa de recusación con anterioridad a la fecha en que el Administrador recusado había aceptado su nombramiento. En este caso, junto al plazo de 2 días del art. 125.2 LEC también se tomó en consideración el de diez días previsto en el art. 223.1.1º LOPJ, de mejor acomodo en una interpretación respetuosa con el principio *pro actione*²⁷⁵.

El Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, de fecha 5/07/2007²⁷⁶ opta implícitamente por el plazo de diez días²⁷⁷. En la

existido una amplia cobertura informativa a través de todos los medios de comunicación, de lo que cabe concluir que todos los recusantes conocían las circunstancias que aquí alegan con anterioridad a la fecha del nombramiento.

Queda por determinar en qué momento conocieron los recusantes el nombramiento. Así, resulta que Forum Filatélico, S.A. fue notificada del auto de declaración de concurso en fecha 22 de junio de 2.006, Dª. Maite reconoce que la aceptación del cargo se le notificó el día 7 de julio de 2.006 y D. Bernardo tuvo conocimiento en fecha 4 de julio de 2.006, pues en esa fecha se le tuvo por personado en los autos. Si se examinan las fechas de interposición de las demandas de recusación 27 de julio de 2.006 en el caso de Forum Filatélico, S.A. , 21 de julio de 2.006 en el caso de Dª. Maite y 1 de septiembre de 2.006 en el caso de D. Bernardo resulta que se ha sobrepasado con creces, no solo el plazo de dos días previsto en el artículo 125.2 de la Ley procesal, sino la previsión del artículo 33 de la Ley concursal que habla de la interposición tan pronto como el recusante tenga conocimiento de la causa de recusación. Solo por este motivo ya debe rechazarse la recusación formulada por los demandantes.»

²⁷⁵ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Las Palmas de Gran Canarias, de fecha 14/04/2010, Fundamento de Derecho Segundo: «[...] en el caso enjuiciado, considerando los Hechos Probados Uno y Tres, la extemporaneidad está probada. La demandante tuvo conocimiento de la causa de recusación con anterioridad a la aceptación del administrador recusado y, no obstante, desde que tuvo conocimiento de la aceptación, transcurren más de tres meses hasta interponer la demanda. El lapso entre el conocimiento de la aceptación del nombramiento y la demanda de recusación excede en mucho la valoración del Legislador sobre la exigencia de prontitud, incluso siguiendo el criterio *pro actione* del plazo supletorio de diez días.»

²⁷⁶ Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, de fecha 5/07/2007 (recurso 125/2007), ponente Ilmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena, Fundamento de Derecho Segundo: «Dada la disparidad de plazos prevista en la normativa procesal civil para formular la recusación cuando la causa de recusación es conocida con anterioridad a conocerse la identidad de la persona a recusar, según se trate de peritos o jueces, y a la vista de que la remisión a la regulación procesal de los peritos que se contiene en el art. 33.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil lo es solamente en cuanto a las causas de recusación, entiende la Sala que la aplicación del plazo de 2 días para formular la recusación supone una restricción de la posibilidad de accionar en lo relativo a la recusación del administrador concursal que no conjuga bien con el principio «*pro actione*», por cuanto que es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional la de que en el cómputo de los plazos procesales no han de utilizarse criterios interpretativos desfavorables a la efectividad del derecho a la tutela judicial, como sería en este caso la

misma línea cabe citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 3ª, de fecha 14/11/2011²⁷⁸.

Debido a que la Ley no establece un límite temporal para la interposición de la demanda de recusación, la facultad de recusar concluye, por tanto, con el procedimiento²⁷⁹.

La última de las cuestiones procesales que han llamado nuestra atención en este incidente hace referencia a los recursos.

Hasta la entrada en vigor del art. 39 LC, redacción otorgada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que tuvo lugar el día 1/01/2012, el citado precepto disponía que contra las resoluciones sobre nombramiento, recusación y cese de los Administradores concursales y Auxiliares delegados no cabía recurso alguno. Ello no obstante, para todos aquellos casos en que el incidente concursal de recusación de Administradores concursales no fuera admitido a trámite por alguna de las causas legalmente previstas al efecto (como la relativa al plazo de interposición, anteriormente examinada), la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, se había mostrado partidaria de admitir el recurso de apelación (con una interpretación marcada por la observancia del principio *pro actione*), si bien que contra la decisión de inadmisión, ya que el precepto legal a observar en materia de impugnación sería el que se prevé en el art. 194.2 in fine de la LC, aplicable por su carácter de ley especial, a todo

aplicación supletoria del plazo más breve para recusar de los varios previstos en la normativa de aplicación supletoria al caso de autos.

Es por ello que ha de considerarse que la recusación fue formulada en plazo.»

²⁷⁷ PAVÓN NEIRA, C. *El incidente concursal*. Editorial Bosch, Wolters Kluwer, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2014. Pg. 15.

²⁷⁸ Auto de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 3ª, de fecha 14/11/2011 (recurso 252/2011), ponente Ilmo. Sr. D. Juan Francisco Sancho Fraile, Fundamento de Derecho Tercero: «El art. 125 LEC, para la recusación del perito señala dos días desde el nombramiento, si la causa fuere anterior, y antes de la vista o juicio, si la causa es anterior a la emisión del dictamen. No serían asimilables al supuesto procesal, como otros momentos que señala, para la puesta de manifiesto, no para la recusación. Pero también se pretende prontitud en su planteamiento, y hay un momento preclusivo.

El art. 107 LEC, para la recusación de Jueces y Magistrados, emplea una expresión similar. Al inicio del proceso, si el conocimiento de la causa es anterior; mientras que el art. 223-1-1º LOPJ, amplía el plazo a 10 días desde la notificación de la primera resolución por la que se conoce la identidad del juez o magistrado a recusar.

Aun tomando este último plazo, o incluso ponderando un plazo mayor para la promoción de la recusación, a fecha de diciembre de 2009, ya se tenía conocimiento de hechos suficientes para fundar la recusación que se formula, y todo lo más, el 24 de febrero de 2010, ya se habían completado todos los hechos en los que se funda la pretensión de recusación, es decir, más de dos meses hasta la presentación de la demanda, por lo que no ofrece duda que tal pretensión fue ejercitada extemporáneamente.»

²⁷⁹ ASENSI MERÁS, A. “La recusación de los administradores concursales”, comunicación presentada en el VII CONGRESO ESPAÑOL DE DERECHO DE LA INSOLVENCIA (CEDIN VII) Op. cit. La autora recoge una cita de DE CASTRO ARAGONÉS, J.M. “La Administración concursal”, en NIETO DELGADO (Coord), *Derecho concursal*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2012. Pg. 155.

supuesto de inadmisión a trámite de un incidente concursal. En el caso de que se hubiese tramitado el incidente hasta sentencia la Ley vedaba el acceso al recurso de forma clara y terminante²⁸⁰.

La cuestión ha quedado zanjada tras la reforma operada en la redacción del precepto (art. 39 LC) por el art. único, apartado 29, de la mencionada Ley 38/2011, precepto conforme al cual «*Contra las resoluciones sobre nombramiento, recusación y cese de los administradores concursales y auxiliares delegados cabrá recurso de reposición y, contra el auto que lo resuelva, el de apelación que no tendrá efecto suspensivo.*»

Esta nueva redacción, sin embargo, plantea un problema procesal difícilmente resoluble, si se observa la literalidad del precepto, por cuanto que el art. 32.4 LC²⁸¹ dispone que «*La recusación [...] se sustanciará por los cauces del incidente concursal*». A estas alturas de la exposición no se desconoce que dicho cauce procesal se regula en el Capítulo III del Título VIII de la LC, arts. 192 a 196, y este último precepto prevé que el incidente termina por sentencia. Así pues, por obra y gracia del Legislador concursal (que ha convalidado la reforma acometida inicialmente por el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo), contra la sentencia que pone fin al incidente de recusación del Administrador concursal cabe interponer recurso de reposición.

b') *La anulación de los actos del deudor que infrinjan las limitaciones de administración y disposición establecidas en el auto de declaración del concurso (art. 40.7 LC)*

SERRA DOMÍNGUEZ²⁸² se muestra partidario de la aplicación de los trámites del juicio ordinario para sustanciar estas cuestiones, dada la importancia de la acción que se ejercita y el posible litisconsorcio pasivo necesario que obligará al emplazamiento de la persona beneficiada por el acto nulo. Frente a esta opinión cabe oponer que el incidente concursal permite el emplazamiento del beneficiado, y su configuración procesal ofrece suficientes garantías para tramitar este tipo de cuestiones complejas sin merma de derechos.

²⁸⁰ Autos de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, de fecha 19/07/2007 (recurso 249/2007), ponente Ilmo. Sr. D. Enrique García García, Fundamento de Derecho Segundo, y de fecha 20/02/2009 (recurso 131/2008), mismo ponente, Fundamento de Derecho Primero.

²⁸¹ Antiguo art. 33 reenumerado, como art. 32, por el art. único apartado 7 de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial.

²⁸² SERRA DOMÍNGUEZ, M. *Comentarios a la Ley Concursal*. Tomo 3. (SAGRERA TIZÓN, J.M.; SALA REIXACS, A. y FERRER BARRIENDOS, A., Coordinadores). Op. cit. Pg. 1.910.

Quedan sujetos a esta acción los actos meramente anulables²⁸³, susceptibles de quedar sanados por la convalidación o confirmación de la administración concursal²⁸⁴.

Las particularidades procesales del incidente concursal de anulación de actos del deudor se refieren, en primer lugar, a la legitimación.

Para el ejercicio de la acción de anulación está legitimada exclusivamente la Administración concursal siempre que no haya confirmado o convalidado ya el acto²⁸⁵. Es la Administración concursal la que hace valer el llamado «interés del concurso».

Los acreedores y quienes hubieran sido parte en el acto de administración o disposición del concursado no quedan privados de tutela, ya que se les atribuye la facultad de excitar un pronunciamiento expreso de la Administración concursal sobre el ejercicio de la acción de nulidad, o sobre la confirmación o convalidación del acto en cuestión. En ningún caso están autorizados para exigirle el ejercicio de la acción o la confirmación o convalidación del acto. El requerimiento es recepticio, por lo que se exige que deje constancia de la recepción.

Esta legitimación de la Administración concursal no es equiparable en su funcionamiento y exigibilidad a aquellos otros en los que se reconoce legitimación subsidiaria a los acreedores para el caso de

²⁸³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, de fecha 10/12/2010 (recurso 631/2010), ponente Ilma. Sra. Dª. María Begoña Rodríguez González, Fundamento de Derecho Segundo: «[...] Pues bien, si ello es así prescindiendo de la exposición de las distintas concepciones doctrinales en torno a la determinación de qué es un negocio jurídico anulable, será suficiente con decir que la Jurisprudencia lo ha concebido como aquel inicialmente eficaz si bien 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".»

²⁸⁴ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Granada, de fecha 2/03/2015 (proceso 4661/2008), ponente D. Enrique Sanjuán Muñoz, Fundamento de Derecho Segundo: «El régimen del artículo 70.7 LC utiliza indistintamente la referencia a convalidación propia de los actos nulos y de confirmación de los actos anulables. La infracción de las limitaciones establecidas al concursado (y en el proceso concursal en general) nos permite distinguir aquellos que van contra normas imperativas (43, 155 o 146.bis LC) de aquellos que suponen una mera transgresión de los actos limitativos de disposición y administración en los términos de intervención o suspensión que se hubiere decretado (art. 40 LC). Por lo tanto la referencia dichos actos en el artículo 40.7 LC debe partir de considerarlos como actos anulables (confirmables en sentido contrario).»

²⁸⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13ª, de fecha 25/01/2013 (recurso 409/2012), ponente Ilmo. Sr. D. Modesto de Bustos Gómez-Rico, Fundamento de Derecho Tercero: «[...] d) que los actos realizados sin la intervención de la administración concursal (autorización o conformidad) no son nulos sino meramente anulables, siendo susceptibles de ser confirmados o convalidados, ostentando, con carácter exclusivo, legitimación para anularlos la administración concursal, no el deudor, en el plazo y por el trámite del incidente concursal de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40.7 de la Ley Concursal, de modo que la pasividad de la administración concursal confirma la plena eficacia del acto, de no haber otorgado antes su conformidad; ...»

omisión de la legitimación directa (de la propia Administración concursal o del deudor –ex arts. 72.1 y 54.4, párrafo primero, ambos de la LC–), pese a que comparten una misma finalidad o razón de ser, que no es otra que la defensa de la masa activa²⁸⁶. Esta conclusión es predicable, a nuestro entender, respecto del supuesto previsto en el art. 54.4 LC, no así en relación con el previsto en el art. 72.1 LC, ya que en la acción de anulación nunca se examinarán actos anteriores a la declaración de concurso²⁸⁷, ni puede considerarse el perjuicio para la masa como presupuesto de su ejercicio²⁸⁸.

La decisión acerca de la oportunidad o conveniencia de la actuación de la Administración concursal a este respecto se resuelve en sede de responsabilidad de los Administradores concursales, para el caso de que la omisión se juzgue negligente (art. 36.1 LC), pues no se debe olvidar que la omisión circunstanciada de la acción de impugnación provoca la caducidad de la acción, como posteriormente veremos, y la plenitud de efectos del acto infractor, a resultas del cual pueden verse mermadas las expectativas de cobro de los acreedores²⁸⁹. Esta conclusión no puede desconectarse del hecho, de carácter sustantivo, relativo a que el ejercicio de la acción sólo puede plantearse en supuestos en los que el deudor conserva su capacidad de actuar en juicio, aunque necesite la autorización de la Administración concursal

²⁸⁶ GARCÍA VICENTE, J.R. “La anulación de los actos del concursado que infringe las limitaciones patrimoniales que pesan sobre él: en particular, el artículo 40.7 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal”, en *Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez* (AAVV). Editorial La Ley, Madrid, 2006.

²⁸⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4ª, de fecha 13/12/2010 (recurso 223/2010), ponente Ilmo. Sr. D. Antonio Miguel Fernández-Montells Fernández, Fundamento de Derecho Segundo: «Así que para que prospere la acción de anulación del art. 40.7 de la Ley Concursa, que se establece en beneficio de la masa activa, basta para su estimación la acreditación de la actuación de la concursada disponiendo de su patrimonio, esto es, de bienes o derechos de la masa activa, una vez declarado el concurso, sin contar con la autorización de la administración concursal, [...]».

²⁸⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, de fecha 10/12/2010 (recurso 631/2010), ponente Ilma. Sra. Dª. María Begoña Rodríguez González, Fundamento de Derecho Tercero: «En suma, entendemos que el Recurso debe ser acogido porque sea cual sea la calificación que en su momento haya de darse al crédito de la Caja España, de momento se ha procedido a su pago sin la intervención de la administradora concursal y es nulo. Cabe señalar que el remedio de ineficacia diseñado por el legislador mediante la acción de anulación en defensa de los intereses de la masa aparece desconectado de cualquier resultado de perjuicio efectivo para la masa activa, estando por lo tanto exonerada la acción de anulación de la carga de alegación y prueba en tal sentido, bastando para su ejercicio la simple realidad del quebranto por la concursada de los límites legales establecidos a propósito de las facultades de disponer o administrar su patrimonio, pues lo realmente relevante vendrá dado por la salida de bienes o derechos de la masa activa mediante una operación incontestada por la Administración concursal en cuanto que único órgano con capacidad discrecional y soberana para decidir en cada momento los actos de administración y disposición que convienen a la mejor tutela de la masa activa del concurso (art. 192-3 L.C.), [...]»

²⁸⁹ GARCÍA VICENTE, J.R. “La anulación de los actos del concursado que infringe las limitaciones patrimoniales que pesan sobre él: en particular, el artículo 40.7 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal”, en *Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez* (AAVV). Op. cit.

para interponer demandas y recursos, razón por la cual el defecto de autorización se considera subsanable²⁹⁰.

La legitimación pasiva corresponde al deudor, a quien hubiera sido parte en el acto y, en su caso, a los subadquirentes de éstos²⁹¹. El deudor podrá sostener la validez del acto por encontrarse dentro del ámbito de su conducta permitida y, más en general, por escapar a las previsiones del régimen común de la anulación de los contratos (art. 1.300 Cc)²⁹².

²⁹⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5ª, de fecha 26/12/2013 (recurso 485/2013), ponente Ilma. Sra. Dª. María José Pueyo Mateo, que cita, y reproduce parcialmente, el Auto de la Audiencia Provincial de Asturias de fecha 9/03/2007: «En relación con la alegada falta de legitimación activa, sólo en la medida en que la alegación efectuada pudiera afectar a la legitimación "ad processum" (capacidad de obrar procesal), debe ser examinada de oficio por el Tribunal, si bien debe ser desestimada, toda vez que con la demanda presentó la parte actora un documento (el número 4) del que se deduce que a la fecha de presentación de la demanda, se encontraba declarada en Concurso de Acreedores, y que dicho Concurso había sido considerado como voluntario en el Auto de Declaración, sin que se haya acreditado que la Concursada hubiese sido suspendida en sus facultades de administración y disposición, por lo que ha de presumirse que sólo tenía intervenidas tales facultades, de donde se deduce que estaba el administrador de la sociedad plenamente capacitado para el ejercicio de la acción, en virtud de lo dispuesto en el artículo 40-1 de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, pues en tal caso conserva el deudor la capacidad para actuar en juicio (artículo 54-2), y, si bien es cierto que precisa la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio, no lo es menos que no se exige que acredite haberla obtenido, y que, incluso su falta no le privaría de capacidad para interponer la demanda, pues sólo los administradores concursales pueden instar la nulidad de los actos del deudor que infrinjan las limitaciones impuestas a sus facultades de administración y disposición, y cabría, en todo caso, la convalidación o confirmación posterior (artículo 40-7 de la Ley Concursal)". Por todo lo cual, se concluye que la ausencia de autorización del administrador concursal para interponer la presente solicitud de juicio monitorio constituye un vicio sanable.»

²⁹¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, de fecha 10/12/2010 (recurso 631/2010), ponente Ilma. Sra. Dª. María Begoña Rodríguez González, Fundamento de Derecho Segundo: «[...] Sostiene el juzgador a quo que "es apreciable de oficio la falta de legitimación pasiva de cualquier codemandado que no sea el propio deudor, a diferencia de las acciones rescisorias que exigen demandar no sólo al deudor sino también a quien fue parte en el propio acto impugnado, la legitimación pasiva se restringe al propio concursado, por lo que no resulta válido el allanamiento realizado por la Caja de Ahorros del Mediterráneo, en tanto que la legitimación pasiva es norma apreciable de oficio y se contravendrá el interés general...sin perjuicio del derecho que le asiste a restituir voluntariamente las cantidades que tenga por convenientes". El Tribunal no comparte tal erróneo pronunciamiento, y así lo veremos.

!...!

Es claro, pues, que tanto desde un punto de vista procesal como sustantivo, inevitablemente para que el negocio se anule -se queden sin efecto los cargos en la cuenta que la concursada tenía con la Caja España de Inversiones, en los términos que hemos descrito más arriba- la meritada contraparte en el contrato ha de ser demandada pues ni el art. 40.7 limita su legitimación (como no podía ser de otra manera), ni podría tener virtualidad alguna la Sentencia incidental que se dictase si es que no había sido demandada, ni por tanto condenada, salvo que se incurriese en una flagrante indefensión proscrita en el art. 24 de la CE e innumerables resoluciones jurisprudenciales y del T.C.»

²⁹² GARCÍA VICENTE, J.R. "La anulación de los actos del concursado que infringe las limitaciones patrimoniales que pesan sobre él: en particular, el artículo 40.7 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal", en *Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez (AAVV)*. Op. cit.

Abordaremos ahora la cuestión relativa al plazo de ejercicio de la acción de anulación, que plantea la cuestión de la caducidad de esta acción²⁹³.

El art. 40.7 LC regula sucesivamente los tres asuntos recurrentes en todo plazo: su duración, el *dies a quo* para su cómputo y la naturaleza del plazo que, en este caso se califica expresamente como plazo de caducidad²⁹⁴.

La duración del plazo varía según los casos²⁹⁵, pues como se desprende del precepto mencionado, la caducidad se producirá:

²⁹³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5ª, de fecha 26/12/2007 (recurso 185/2007), ponente Ilmo. Sr. D. Pedro Antonio Pérez García, Fundamento de Derecho Quinto: *«Ya en el motivo siguiente propuesto por la otra parte recurrente, el que se corresponde a la alegada caducidad de la acción, resulta de obligada cita sobre el particular lo que se dispone en el Artículo 40,7 de la Ley en su parte final: "...La acción de anulación se tramitará, en su caso, por los cauces del incidente concursal y caducará, de haberse formulado el requerimiento, al cumplirse un mes desde la fecha de éste. En otro caso, caducará con el cumplimiento del convenio por el deudor o, en el supuesto de liquidación, con la finalización de ésta", que es precepto del mismo modo de absoluta inaplicabilidad a la especificidad del supuesto. La administración concursal, conociendo la existencia del contrato por la demanda presentada por quienes ahora son recurrentes, interpone demanda reconventional, instando su nulidad, comportamiento que ha de clasificarse como claro e inequívoco, de una intencionalidad que no deja margen alguno a la duda, manifestando así que el contrato ha sido celebrado en tiempo prohibido por la Ley y faltando a sus requisitos, por lo que la acción no puede entenderse caducada, y tampoco ha de aceptarse la pretendida equiparación entre requerimiento y juicio, absolutamente inaceptable, aparte de lo ya expuesto sobre las dudas que se presentaron con motivo de las acciones inicialmente ejercitadas, después rectamente reconducidas, ni tampoco lo que pretende sostenerse sobre que la administración conoció la existencia del contrato, cuando este fue formalmente celebrado en la fecha que se ha indicado, y en su tiempo se instó su nulidad, aparte que el posible conocimiento, o la posibilidad de conocimiento, en modo alguno ha de suponer consentimiento y aceptación del contrato y sus efectos, que sólo ha de manifestarse con actos efectivos y concluyentes, como tantas veces ha tenido ocasión de exponer la Jurisprudencia en diferentes esferas de aplicación del Derecho.»*

²⁹⁴ GARCÍA VICENTE, J.R. "La anulación de los actos del concursado que infringe las limitaciones patrimoniales que pesan sobre él: en particular, el artículo 40.7 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal", en *Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez (AAVV)*. Op. cit.

El art. 40.7 LC dispone: *«Los actos del deudor que infrinjan las limitaciones establecidas en este artículo sólo podrán ser anulados a instancia de la administración concursal y cuando ésta no los hubiese convalidado o confirmado. Cualquier acreedor y quien haya sido parte en la relación contractual afectada por la infracción podrá requerir de la administración concursal que se pronuncie acerca del ejercicio de la correspondiente acción o de la convalidación o confirmación del acto. La acción de anulación se tramitará, en su caso, por los cauces del incidente concursal y caducará, de haberse formulado el requerimiento, al cumplirse un mes desde la fecha de éste. En otro caso, caducará con el cumplimiento del convenio por el deudor o, en el supuesto de liquidación, con la finalización de ésta.»*

²⁹⁵ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Granada, de fecha 2/03/2015 (proceso 4661/2008), ponente D. Enrique Sanjuán Muñoz, Fundamento de Derecho Segundo: *«Dicho régimen parte también de considerar dos posibilidades en tanto a impugnación:*

Que la administración concursal ejercite dichas acciones. En tal caso no está sujeta a plazo.

Que la administración concursal sea requerida para su ejercicio en cuyo caso caducará al cumplirse un mes desde la fecha de éste. En otro caso, caducará con el cumplimiento del convenio por el deudor o, en el supuesto de liquidación, con la finalización de ésta.»

- En caso de que se haya formulado el requerimiento a la Administración concursal para su ejercicio, o para la confirmación o convalidación del acto, transcurrido un mes desde el requerimiento.

Si la Administración concursal manifiesta que ejercitará la acción de anulación carece de sentido considerar que ha caducado, y si expresa su deseo de confirmar el acto del concursado, la acción no podrá ejercitarse, pero no por caducidad, sino porque se ha optado por la confirmación²⁹⁶. Al sancionar la inactividad de la Administración concursal con la caducidad de la acción se persigue que la situación de incertidumbre sobre la eficacia o ineficacia del acto no sea indefinida, en evitación de una situación prolongada de inseguridad jurídica para los intervinientes en el acto.

- En caso de aprobación de convenio, con la resolución que declare su cumplimiento por parte del deudor (firmeza del auto previsto en el art. 139 LC).

- Si el concurso deriva a liquidación, con la finalización de la misma que habrá que referir a la conclusión del concurso (art. 176.1.2º y 3º LC).

Tras la conclusión del concurso por medio de cualquiera de las dos soluciones legalmente previstas (convenio o liquidación) la acción no podrá ejercitarse, ya que con la finalización del procedimiento desaparece el interés de los acreedores, en cuyo beneficio se había establecido la anulabilidad, y desaparece, también, el sujeto legitimado para ejercitar la acción²⁹⁷.

En relación con el ejercicio judicial o extrajudicial de la acción, lo que se plantea si es posible o no el ejercicio extrajudicial de la acción de anulación, puesto que el propio art. 40.7 señala que «*La acción de anulación se tramitará, en su caso, por los cauces del incidente concursal [...]*».

Si se entiende, como así parece, que la locución «*en su caso*» se refiere al supuesto de que la Administración concursal, una vez requerida, opte por la anulación, puede concluirse que no hay cuestión, en realidad, porque en el caso de falta de controversia no concurre razón legal alguna para imponer el ejercicio judicial²⁹⁸.

²⁹⁶ MARTÍNEZ FLÓREZ, A. "Ineficacia de los actos del concursado" en BELTRÁN, Emilio y GARCÍA-CRUCES, José Antonio (Dir.). *Enciclopedia de Derecho concursal*. Editorial Aranzadi, S.A. Cizur Menor (Navarra), 2012. Pg. 1.751.

²⁹⁷ MARTÍNEZ FLÓREZ, A. "Ineficacia de los actos del concursado" en BELTRÁN, Emilio y GARCÍA-CRUCES, José Antonio (Dir.). *Enciclopedia de Derecho concursal*. Op. cit. Pg. 1.751.

²⁹⁸ GARCÍA VICENTE, J.R. "La anulación de los actos del concursado que infringe las limitaciones patrimoniales que pesan sobre él: en particular, el artículo 40.7 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal", en *Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez (AAVV)*. Op. cit.

Es cierto que, técnicamente, no podría hablarse de ejercicio de la acción, pero nada habría de impedir a las partes intervinientes en el negocio celebrado sin la conformidad de la Administración concursal alcanzar un acuerdo extrajudicial para dejarlo sin efecto. De dicho acuerdo, y de sus efectos, informaría la Administración concursal en los documentos correspondientes (inventario y lista de acreedores del Informe concursal –art. 75 LC-, Texto definitivo del mismo –art. 96.5 LC- o informes trimestrales de liquidación –art. 152 LC-).

Cabe preguntarse si podría hacerse valer, en su caso, por parte de la Administración concursal, la excepción de anulabilidad de actos del deudor²⁹⁹, es decir, la posibilidad de hacer valer la anulabilidad por vía de excepción. En principio, puede entenderse que si la ineficacia de los actos del concursado existe desde la realización de los mismos no habría inconveniente para que el sujeto legitimado pudiera hacerla valer por vía de acción o de excepción. Siempre y cuando la Administración concursal tuviera cargo vigente, lo que reduce el ámbito de la cuestión al supuesto del requerimiento para el ejercicio de la acción, excluyéndose del mismo todos aquellos casos en los que desaparece el sujeto legitimado por conclusión del concurso (cumplimiento de convenio o finalización de la liquidación).

Constreñido el planteamiento al ámbito del requerimiento, el problema sería, más bien, el relativo al tiempo en que podría oponerse dicha excepción o, más concretamente, si podría hacerse valer la anulabilidad por medio de excepción tras la caducidad de la acción. Permitir a la Administración concursal oponer la excepción de anulabilidad cuando no ha atendido el requerimiento hecho por la contraparte del concursado serviría para burlar el fin perseguido por la norma y, especialmente, para defraudar el interés del sujeto que entró en relación con dicho concursado, interés que queda tutelado por la norma al limitar el tiempo de duración de la situación de incertidumbre, es decir, transcurrido un mes desde la fecha del requerimiento. La caducidad se produce automáticamente por el paso del tiempo, no siendo susceptible de interrupción ni de suspensión³⁰⁰.

²⁹⁹ MARTÍNEZ FLÓREZ, A. “Ineficacia de los actos del concursado” en BELTRÁN, Emilio y GARCÍA-CRUCES, José Antonio (Dirs.). *Enciclopedia de Derecho concursal*. Op. cit. Pgs. 1.753-1.754.

³⁰⁰ Los plazos de caducidad no son procesales, sino materiales. No se rigen, pues, por las disposiciones de la LOPJ (arts. 182-185), ni de la LEC (arts. 132 y ss), sino por el art. 5 del Código Civil: por tanto, no se descuentan los días inhábiles en su cómputo. GIMENO SENDRA, Vicente (dir.); DÍAZ MARTÍNEZ, M. (coord.). *Diccionario de Derecho procesal civil*. Op. cit. Pg. 78.

c') *Incidente sobre procedencia de la compensación de créditos y deudas del concursado (art. 58 LC)*

La controversia sobre la procedencia de la compensación de créditos y deudas del concursado se resolverá a través de los cauces del incidente concursal (art. 58.II LC).

Parece obvio que la previsión de la norma en torno a las controversias sobre la materia indica que deben ser resueltas a través del incidente concursal, pues dicho proceso (art. 192 LC) es, en todo caso, el cauce previsto para dirimir estas controversias. En coherencia con ello, la posición mayoritaria de la Jurisprudencia ha sido la de señalar como competente para el conocimiento de las controversias suscitadas por la compensación (cuando una de las partes se encuentra en concurso de acreedores), al Juez del concurso de forma exclusiva y excluyente (art. 8.1 LC), a través del cauce del incidente concursal³⁰¹.

Nuestros Tribunales se inclinan por considerar que procederá la competencia del Juez del concurso cuando exista “*controversia*” y para la eficacia de la compensación sea preciso un pronunciamiento judicial³⁰².

³⁰¹ VILA FLORENSA, J. “Comentarios al art. 58 LC”, en *Proceso concursal* (AAVV). Sala Reixachs, A.; Alonso-Cuevillas Sayrol, J.; Machado Plazas, J.; Vila Florensa, P. (Coords.). Op. cit. Pg. 411.

³⁰² Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 21ª, de fecha 4/03/2014 (recurso 855/2012), ponente Ilmo. Sr. D. Ramón Belo González, Fundamento de Derecho Cuarto: «*En el párrafo segundo del artículo 58 de la Ley Concursal se dice que: "En caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal". No se consagra, en absoluto, una regla de competencia objetiva a favor de la Juzgadora de lo Mercantil que impidiese, a los Juzgados de Primera Instancia que estuvieran conociendo de procesos iniciados con anterioridad a la declaración del concurso, pronunciarse sobre la compensación, si, respecto de la misma, hubiera controversia y el pronunciamiento judicial recayera una vez ya declarado el concurso. Nada de eso. Se trata de un párrafo que, en opinión unánime de la doctrina, es innecesario, pues se refiere a la controversia surgida dentro del concurso (no en un proceso distinto seguido ante un Juzgado de Primera Instancia por el concursado contra un deudor que le opondría la compensación), y, como regla general consagrada en el artículo 192 de la Ley del Concurso, toda cuestión que se suscita durante el concurso se ventilará por el cauce del incidente concursal, de ahí la innecesariedad de ese párrafo segundo del artículo 58.*»

Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia, de fecha 1/02/2010 (recurso 23/2010), ponente Ilmo. Sr. D. Ignacio Pando Echevarría, Fundamento de Derecho Quinto: «*En caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal". Este precepto pone de relieve en su primer párrafo esa prohibición general, pero más trascendente que su contenido a efectos materiales es lo que dispone el párrafo segundo a efectos formales o competenciales. En esta disposición se establece que en caso de controversia sobre los requisitos de la compensación y el momento de su existencia, la competencia corresponde al juez del concurso pues deben resolverse por los trámites de los incidentes concursales. Por lo tanto se pone de relieve que el tratamiento de la compensación debe ser objeto de examen en el procedimiento concursal y por parte del juez de lo mercantil.*»

Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5ª, de fecha 9/02/2012 (recurso 63/2012), ponente Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado, Fundamento de Derecho Segundo: «*Se trata, pues de la posibilidad de compensación de créditos tras la declaración del concurso, que se halla sometida al régimen establecido en el art. 58 LC.*»

d') *Incidente sobre discrepancia en materia de resolución de contratos en interés del concurso (art. 61.2 LC)*

La Ley dispone que la Administración concursal, en caso de suspensión, o el concursado, en caso de intervención, podrá solicitar la resolución del contrato si lo estiman conveniente al interés del concurso. Caso de existir acuerdo entre el deudor concursado, la Administración concursal y la otra parte en el contrato, el Juez dictará auto declarándolo resuelto de conformidad a lo pactado. En otro caso, añade el texto legal, las diferencias se sustanciarán por los trámites del *incidente concursal*.

La primera cuestión procesal que nos plantea el estudio de este incidente se refiere a su objeto.

El ámbito de este incidente en caso de desacuerdo no se limita a la fijación de los efectos de la resolución, sino también «*decidirá acerca de la resolución*» que puede denegar (parece que hay que diferenciar la legitimación para instar esta especial resolución, reservada directa o indirectamente a la Administración concursal, como se ha visto, con la competencia para declarar la concurrencia de este interés para el concurso).

En cuanto a los efectos derivados de la resolución, suelen calificarse unos de carácter necesario (la eficacia liberatoria) y otros contingentes (eficacia restitutoria e indemnizatoria)³⁰³. El estudio de estos efectos excede los límites de este trabajo, circunscrito al análisis de los aspectos procesales del propio incidente.

Como dijimos en nuestra SAP nº 314/2011, la decisión sobre tal clase de compensaciones corresponde a los juzgados de lo mercantil conforme al art. 86 ter de la LOPJ y 8 LC, por lo que los juzgados ordinarios carecen de competencia objetiva del órgano judicial para conocer del reconocimiento y, en su caso extinción, del crédito compensable.

Por consecuencia, no habiendo sido acreditada la admisión de la compensación opuesta en el concurso, no cabe sino coincidir con la juzgadora de primera instancia que en efecto no consta la compensación opuesta, por lo que el recurso ha de ser desestimado.»

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 11ª, de fecha 24/01/2014 (recurso 418/2013), ponente Ilmo. Sr. D. Manuel José López Orellana, Fundamento de Derecho Segundo: «[...] Y también, en lo que ahora resulta más relevante, que en caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resuelva necesariamente a través de los cauces del incidente concursal. Lo que determina, a su vez, que sea el Juez del concurso al que le corresponda resolver por ser el que dispone por Ley de la competencia objetiva para ello /.../ Y coherente con ello, el artículo 50-1 de la Ley Concursal, determina que los Jueces del orden civil ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el Juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta ley se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el Juez del concurso; y, finalmente, que de admitirse por el Juez del orden civil una demanda contra un concursado, ordenará el archivo de lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado /.../»

³⁰³ FUENTES DEVESA, R. "Cuestiones procesales de la resolución de los contratos en el concurso". Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Parte Varia. Número 10. Editorial La Ley, Wolters Kluwer España, S.A. Madrid, 2009. Pgs. 204 y 205.

¿Quiénes pueden ser partes en este incidente?

Alcanzando su objeto a la resolución de un contrato no podrá negarse la condición de parte en el incidente concursal a quienes lo hayan sido en el negocio sujeto a resolución. Junto a ellos, la Administración concursal (arts. 184.5 y 193.2 LC).

Cabe preguntarse si cabe, además, la intervención en este incidente de terceros distintos de los contratantes, partes en el contrato a resolver. Se viene a admitir no solo la intervención de los acreedores por la vía del art. 193 LC, sino también la de terceros fiadores del contrato a resolver, por aplicación supletoria de la LEC (Disposición final 5ª LC) a través de las previsiones de los arts. 13 y 14 de dicho cuerpo legal, según se trate de una intervención voluntaria o provocada, respectivamente, conforme a los presupuestos previstos en esas normas.

La resolución que recaiga en el incidente tendrá plena eficacia entre las partes del litigio, y respecto del fiador del concursado en el contrato resuelto, que no haya intervenido, le afectará en la medida prevista en el propio contrato³⁰⁴.

Analizaremos, a continuación, los aspectos más relevantes de su tramitación³⁰⁵.

La contestación a la demanda no parece que deba limitarse a la oposición a los efectos pretendidos de contrario en caso de resolución, sino que la discrepancia alcanzará a la delimitación de los efectos indemnizatorios y restitutorios pretendidos por su parte.

Ello plantea si debe considerarse como una reconvención, con traslado a la actora, o no. En línea de principio puede apuntarse que las meras discrepancias en el alcance del efecto indemnizatorio y restitutorio derivado de la resolución no justifican el tratamiento de reconvención al no incrementar el objeto procesal, por economía procesal, cuando ya deberían venir anticipados (en términos generales) por la previa postura mantenida en la comparecencia inicial, y, sobre todo, porque pueden ser objeto de discusión en el acto de la vista, en trámite de alegaciones finales, que aquí se tornan necesarias para salvaguarda de los principios de audiencia y defensa.

Se discute si cabe la transacción, a lo que se debe responder en sentido afirmativo, dado que la materia es disponible. Para ello se exigirá

³⁰⁴ FUENTES DEVESA, R. "Cuestiones procesales de la resolución de los contratos en el concurso". Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Op. cit. Pgs. 206 y 207.

³⁰⁵ FUENTES DEVESA, R. "Cuestiones procesales de la resolución de los contratos en el concurso". Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Op. cit. Pgs. 206 y 207.

la voluntad de las partes contractuales, sin que sea precisa la aquiescencia de otros posibles intervinientes, a pesar de los amplios términos de los arts. 193 LC y 13-14 de la LEC. Lo contrario sería tanto como privar a las partes contractuales de facultades dispositivas sobre el objeto del litigio a favor de terceros ajenos al contrato que no se deriva necesariamente de la intervención procesal en este caso particular.

La resolución que recaiga se someterá al régimen general de recursos previsto en el art. 197 LC. Si la resolución se hubiera promovido en la fase común o en la de convenio, no cabrá recurso alguno ni contra el auto declarando resuelto el contrato, ni contra la sentencia que resuelva el incidente concursal, pudiendo las partes reproducir la cuestión en la apelación más próxima siempre que hagan protesta en el plazo de cinco días (art. 197.3 LC). Pero si la resolución contractual se hubiera planteado durante la fase de liquidación concursal, se podrá interponer contra aquélla recurso de apelación directo (art. 197.4 LC).

e') *La resolución de contratos por incumplimiento (art. 62.2 LC)*

Dispone la LC que la declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos a que se refiere el apartado 2 del art. 61 LC por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes, ni tampoco cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso si se tratare de contratos de tracto sucesivo. La acción resolutoria se ejercitará en tales casos ante el Juez del concurso y se sustanciará por los trámites del *incidente concursal*.

La atribución competencial al Juez del concurso tiene un alcance más amplio que el de la norma genérica contenida en el art. 8.1 LC que establece la competencia exclusiva y excluyente del Juez del concurso en las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado. El art. 62.3 LC atribuye competencia al Juez del concurso no sólo cuando es la otra parte quien promueve la resolución del contrato por incumplimiento del concursado, sino también cuando es éste quien ejercita la acción resolutoria por incumplimiento de la otra parte, y no sólo alcanzará a acciones resolutorias con contenido patrimonial sino a cualesquiera que se ejerciten contra el concursado o que éste ejercite contra terceros³⁰⁶.

Pero en orden a reclamar la fianza prestada por el deudor concursado arrendatario, al tratarse de una acción dirigida contra un tercero, el arrendador, no sería competente el Juez del concurso (art.

³⁰⁶ VILA FLORENSA, P. "Comentarios al art. 62 LC", en *Proceso concursal* (AAVV). Sala Reixachs, A.; Alonso-Cuevillas Sayrol, J.; Machado Plazas, J.; Vila Florensa, P. (Coords.). Op. cit. Pg. 439.

8.1º LC), teniendo el mismo tratamiento que cualquier otra reclamación judicial para exigir un crédito a favor de la concursada³⁰⁷.

La legitimación activa corresponde al contratante cumplidor (in bonis). La legitimación pasiva al contratante incumplidor.

Con tales premisas, la aplicación de estas reglas generales al concursado se sujetan a las previsiones de los arts. 40 y 54 LC, de forma que, en caso de suspensión corresponderá a la Administración concursal la legitimación; y en caso de intervención, el deudor necesitará la conformidad de la Administración concursal para interponer demandas.

Si la Administración concursal estimara conveniente a los intereses del concurso la interposición de una demanda de resolución y el concursado se negare a formularla, podrá aquélla pedir al Juez del concurso autorización para interponerla, con la legitimación subsidiaria de los acreedores prevista en el art. 54.4 LC³⁰⁸. En realidad la Ley contempla la legitimación sucesiva de los acreedores para interponer acciones de trascendencia patrimonial cuya legitimación originaria corresponde, según los casos, al deudor o a la Administración concursal³⁰⁹.

El ejercicio de la legitimación subsidiaria se sujeta al cumplimiento de los siguientes requisitos³¹⁰:

i) Que se inste por escrito a la Administración concursal el ejercicio de una acción, señalando las pretensiones concretas en que consista y el fundamento jurídico de las mismas.

El requerimiento debe formularse en todo caso, incluso cuando la legitimación corresponda al concursado –en caso de intervención- o a la Administración concursal.

Sujeto activo del requerimiento puede serlo cualquier acreedor, ya que el art. 54 LC no establece límite alguno (ni en cuanto al número, ni en relación con la condición de los acreedores).

³⁰⁷ FUENTES DEVESA, R. "Cuestiones procesales de la resolución de los contratos en el concurso". Op. cit. Pg. 212.

³⁰⁸ FUENTES DEVESA, R. "Comentarios al art. 62 LC", en *Ley Concursal Comentada* (AAVV). Macías Castillo, A. y Juega Cuesta, R. (Coord.). Op. cit. Pg. 238.

³⁰⁹ RIBELLES ARELLANO, J. M., en *Derecho Concursal Práctico. Comentarios a la Nueva Ley Concursal*. (AAVV. Coordinador FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. Á.). Op. cit. Pg. 294.

³¹⁰ RIBELLES ARELLANO, J. M., en *Derecho Concursal Práctico. Comentarios a la Nueva Ley Concursal*. (AAVV. Coordinador FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. Á.). Op. cit. Pg. 295.

ii) Transcurso del plazo de dos meses desde el requerimiento sin que el concursado o, en su caso, la Administración concursal, hayan instado la acción resolutoria.

Si la legitimación originaria la tiene el concursado, ante la negativa de éste a promover la acción, corresponderá a la Administración concursal, en primer término, actuar en lugar de aquél, para lo que tendrá que solicitar la previa autorización del Juez, dentro del plazo de dos meses, en los términos establecidos en el art. 54.2 LC. Sólo si la Administración concursal deja transcurrir el referido plazo, los acreedores estarán legitimados para el ejercicio de la acción.

iii) Notificación de las acciones ejercitadas a la Administración concursal.

En relación con la cuestión relativa a los intervinientes, la ausencia de previsión normativa al respecto y la remisión al incidente concursal permite reproducir en esencia lo expuesto anteriormente respecto de la resolución en interés del concurso: se considera posible la intervención de terceros distintos a los contratantes partes en el contrato a resolver, ya sean acreedores (art. 193 LC), ya terceros fiadores del contrato a resolver por aplicación supletoria de la LEC (ex Disposición final 5ª LC) acudiendo a los arts. 13 y 14 LEC, según se trate de una intervención voluntaria o provocada³¹¹.

La última de las cuestiones procesales que nos plantea este incidente se refiere a la articulación de la acción por la vía de excepción.

La sustanciación por los trámites del incidente concursal implica, como en los casos anteriores, la aplicación en bloque de la regulación contenida en los arts. 192 a 194 y 196 LC.

Se plantea si cabe, o es procedente, que en un incidente de impugnación de la lista de acreedores del art. 96.5 LC (a los que posteriormente nos referiremos), en el que se pretende la inclusión de un crédito, la parte demandada pueda excepcionar el incumplimiento del contrato o su cumplimiento defectuoso, por constituir ésta el objeto del incidente concursal de resolución de contratos por incumplimiento.

La cuestión ha quedado resuelta por nuestro Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, en Sentencia de 18/12/2012 (recurso 1315/2010), ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo, Fundamento de Derecho 9, en los siguientes términos:

³¹¹ FUENTES DEVESA, R. "Cuestiones procesales de la resolución de los contratos en el concurso". Op. cit. Pg. 211.

«Pero lo anterior no obsta a que, frente a la reclamación de inclusión en la lista de acreedores de un crédito contractual, el deudor concursado o la administración concursal puedan oponer la inexistencia del crédito o la aminoración de su importe porque la prestación debida fue realizada inadecuadamente o parcialmente. No existe inconveniente en que, con ocasión de la impugnación de la exclusión de un crédito contractual, el juez del concurso, por medio de un incidente concursal equivalente, en cuanto a garantías procesales, al previsto en el art. 62.2 LC, pueda conocer, por vía de excepción, sobre el cumplimiento o incumplimiento de la prestación contractual que generó en un contrato sinalagmático el crédito reclamado, pues de ello depende el reconocimiento de su existencia y su cuantificación, así como su consideración como crédito concursal o contra la masa.»

f) El incidente de la rescisoria concursal y demás acciones de impugnación de actos del deudor (art. 72.4 LC)

Integran el objeto del presente incidente concursal las acciones rescisorias de los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor (art. 72.3 LC) y demás de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a Derecho (art. 71.6 LC), incluyendo las de impugnación de los acuerdos de refinanciación del art. 71.bis LC.

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 empresarial³¹² ha llevado, entre otras modificaciones, a desgajar

³¹² El apartado IV del preámbulo del Real Decreto-ley 4/2014 se ocupa de su parte dispositiva, que consta de un único artículo en cuya virtud se modifican varios preceptos de la LC. En relación con la modificación del art. 71 la LC señala que vuelve a la sistemática original, regulando íntegramente las denominadas acciones de reintegración (rescisión concursal). El texto preambular anuncia que lo que hasta ahora había sido recogido en el apartado 6 de dicho artículo como supuesto de no rescindibilidad se recogerá separadamente en el artículo 71.bis junto con un nuevo supuesto.

Así, en el apartado 1, se mantiene en lo esencial la regulación de los supuestos hasta ahora previstos en el apartado 6 del art. 71, si bien se clarifica su extensión, que comprenderá los negocios, actos y pagos, cualquiera que sea su naturaleza, que permitan la ampliación significativa del crédito o la modificación o extinción de obligaciones.

En el apartado 2 del art. 71.bis se introduce un nuevo supuesto en el cual los acuerdos alcanzados se declaran no rescindibles, sin necesidad de lograr determinadas mayorías de pasivo. Al no ser rescindibles, los acuerdos que reúnan las condiciones del art. 71.bis no estarán sometidos a las presunciones de los apartados 2 y 3 del art. 71, aun cuando impliquen actos de disposición de activo. Además, la legitimación para el ejercicio de la acción rescisoria (que sólo podrá basarse en el incumplimiento material de los requisitos del art. 71.bis por los acuerdos acogidos aparentemente al mismo) sigue estando restringida al Administrador concursal y limitada a la ausencia de las condiciones reguladas, respectivamente, en los dos primeros apartados del art. 71.bis. También se limita al Administrador concursal la legitimación para el ejercicio de las demás acciones de impugnación.

del antiguo art. 71.6 de la LC los supuestos específicos de los acuerdos de refinanciación y su vinculación con el incidente de reintegración concursal³¹³. En virtud de lo expuesto, parece conveniente diferenciar en el estudio del incidente concursal relativo a las acciones de reintegración de la masa activa, entre los actos encuadrables en el art. 71 LC y los supuestos contemplados en el nuevo art. 71.bis LC, siquiera sea en materia de legitimación³¹⁴.

³¹³ PAVÓN NEIRA, C. *El incidente concursal*. Op. cit. Pg. 51.

³¹⁴ Art. 71 LC: «1. Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta.

2. El perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso, excepto si contasen con garantía real, en cuyo caso se aplicará lo previsto en el apartado siguiente.

3. Salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos:

1.º Los dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado.

2.º La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas.

3.º Los pagos u otros actos de extinción de obligaciones que contasen con garantía real y cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso.

4. Cuando se trate de actos no comprendidos en los tres supuestos previstos en el apartado anterior, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria.

5. En ningún caso podrán ser objeto de rescisión:

1.º Los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales.

2.º Los actos comprendidos en el ámbito de leyes especiales reguladoras de los sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados.

3.º Las garantías constituidas a favor de los créditos de Derecho Público y a favor del FOGASA en los acuerdos o convenios de recuperación previstos en su normativa específica.

6. El ejercicio de las acciones rescisorias no impedirá el de otras acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a Derecho, las cuales podrán ejercitarse ante el juez del concurso, conforme a las normas de legitimación y procedimiento que para aquéllas contiene el artículo siguiente.»

Art. 71.bis LC: «1. No serán rescindibles los acuerdos de refinanciación alcanzados por el deudor, así como los negocios, actos y pagos, cualquiera que sea la naturaleza y la forma en que se hubieren realizado, y las garantías constituidas en ejecución de los mismos, cuando:

a) En virtud de éstos se proceda, al menos, a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación o extinción de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas, siempre que respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo; y

b) Con anterioridad a la declaración del concurso:

1.º El acuerdo haya sido suscrito por acreedores cuyos créditos representen al menos tres quintos del pasivo del deudor en la fecha de adopción del acuerdo de refinanciación. En el caso de acuerdos de grupo, el porcentaje señalado se calculará tanto en base individual, en relación con todas y cada una de las sociedades afectadas, como en base consolidada, en relación con los créditos de cada grupo o subgrupo afectados y excluyendo en ambos casos del cómputo del pasivo los préstamos y créditos concedidos por sociedades del grupo.

2.º Se emita certificación del auditor de cuentas del deudor sobre la suficiencia del pasivo que se exige para adoptar el acuerdo. De no existir, será auditor el nombrado al efecto por el registrador mercantil del domicilio del deudor y, si éste fuera un grupo o subgrupo de sociedades, el de la sociedad dominante.

3.º El acuerdo haya sido formalizado en instrumento público al que se habrán unido todos los documentos que justifiquen su contenido y el cumplimiento de los requisitos anteriores.

2. Tampoco serán rescindibles aquellos actos que, realizados con anterioridad a la declaración de concurso, no puedan acogerse al apartado anterior pero cumplan todas las condiciones siguientes, ya

La particular significación de este incidente concursal en la práctica judicial, tanto por lo que se refiere a su alcance material, en relación con la masa activa del concurso, como por todo lo relativo a los aspectos procesales que lo integran, exigen un alto en el estudio del ámbito de aplicación del proceso incidental. La marcada inclinación procesal de este trabajo impone que se deba focalizar la atención sobre las instituciones propias del Derecho adjetivo, sin profundizar en los aspectos sustantivos que caracterizan la noción de perjuicio, el período sospechoso durante el que han de materializarse los actos rescindibles y la propia naturaleza de las acciones de rescisión.

Es la concepción de reintegración, no como acción individual, sino como sistema, la que permite que cada una de las acciones que lo integran mantenga su propio ámbito de aplicación, requisitos y efectos, complementándose entre sí³¹⁵.

sea de forma individual o conjuntamente con otros que se hayan realizado en ejecución del mismo acuerdo de refinanciación:

- a) Que incrementen la proporción de activo sobre pasivo previa.*
- b) Que el activo corriente resultante sea superior o igual al pasivo corriente.*
- c) Que el valor de las garantías resultantes a favor de los acreedores intervinientes no exceda de los nueve décimos del valor de la deuda pendiente a favor de los mismos, ni de la proporción de garantías sobre deuda pendiente que tuviesen con anterioridad al acuerdo. Se entiende por valor de las garantías el definido en el apartado 2 de la Disposición adicional cuarta.*
- d) Que el tipo de interés aplicable a la deuda subsistente o resultante del acuerdo de refinanciación a favor del o de los acreedores intervinientes no exceda en más de un tercio al aplicable a la deuda previa.*
- e) Que el acuerdo haya sido formalizado en instrumento público otorgado por todas las partes intervinientes en el mismo, y con constancia expresa de las razones que justifican, desde el punto de vista económico, los diversos actos y negocios realizados entre el deudor y los acreedores intervinientes, con especial mención de las condiciones previstas en las letras anteriores.*

Para verificar el cumplimiento de las condiciones a) y b) anteriores se tendrán en cuenta todas las consecuencias de índole patrimonial o financiera, incluidas las fiscales, las cláusulas de vencimiento anticipado, u otras similares, derivadas de los actos que se lleven a cabo, aun cuando se produzcan con respecto a acreedores no intervinientes.

El cumplimiento de todas las condiciones anteriores deberá darse en el momento de la suscripción del instrumento público en el que se recojan los acuerdos.

3. Los acuerdos regulados en este artículo únicamente serán susceptibles de impugnación de conformidad con lo dispuesto en el apartado segundo del artículo siguiente.

4. Tanto el deudor como los acreedores podrán solicitar el nombramiento de un experto independiente para que informe sobre el carácter razonable y realizable del plan de viabilidad, sobre la proporcionalidad de las garantías conforme a condiciones normales de mercado en el momento de la firma del acuerdo, así como las demás menciones que, en su caso, prevea la normativa aplicable. Cuando el informe contuviera reservas o limitaciones de cualquier clase, su importancia deberá ser expresamente evaluada por los firmantes del acuerdo.

El nombramiento de un experto independiente corresponderá al registrador mercantil del domicilio del deudor. Si el acuerdo de refinanciación afectara a varias sociedades del mismo grupo, el informe podrá ser único y elaborado por un solo experto, designado por el registrador del domicilio de la sociedad dominante, si estuviera afectada por el acuerdo o, en su defecto, por el del domicilio de cualquiera de las sociedades del grupo.

El nombramiento se hará entre profesionales que resulten idóneos para la función. Dichos expertos quedarán sometidos a las condiciones del artículo 28 y a las causas de incompatibilidad establecidas para los auditores en la legislación de auditoría de cuentas.»

³¹⁵ HUELMO REGUEIRO, J. "Aspectos procesales de la acción rescisoria concursal" en *Problemas procesales del concurso de acreedores* (Cachón Cadenas, M., Picó i Junoy, J., Riba Trepal, C. y Ruiz de la Fuente, M.C., Coords). Op. cit. Pg. 156.

El fundamento del sistema de reintegración de la masa activa proviene de la distinción entre la situación de insolvencia en que se encuentra el patrimonio del empresario («*concurso de hecho*») y la declaración judicial de hallarse en tal estado («*concurso de derecho*»), a partir de la cual el procedimiento concursal comienza a desplegar sus efectos jurídicos. En el período que media entre la situación de insolvencia del empresario y su declaración judicial el deudor suele realizar actos dispositivos perjudiciales para los acreedores en orden a frustrar la realización de sus derechos de crédito³¹⁶.

Se aprecia en el sistema de la Ley (y en todos los sistemas de reintegración) una tensión subyacente entre dos valores en profunda contradicción: Por una parte, la correcta formación del patrimonio del concursado afecto a la satisfacción de sus acreedores exige revisar los actos del deudor anteriores a la declaración de concurso, restituyendo a la masa activa cuantos bienes y derechos hubieran salido indebidamente de la misma, privando de eficacia (de una u otra forma) actos del deudor que, en el momento de su realización no estaban sujetos a limitación alguna. Por otra parte, el respeto a exigencias básicas de seguridad jurídica imponen que los terceros que confiaron en la capacidad y corrección del proceder del deudor en el momento de la realización del acto posteriormente impugnado no se vean afectados sorpresivamente por una declaración ulterior al acto que se impugna.

Con la reintegración de la masa activa se pretende conseguir que se incorporen bienes que no figuran en ella como consecuencia de negocios celebrados por el deudor con anterioridad a la declaración de concurso, dentro del período sospechoso de los dos años, válidos en principio, pero que, afectados por causas de ineficacia sobrevenida, se declaren anulados, provocando que los bienes y derechos que constituyen su objeto vuelvan al patrimonio concursal.

La finalidad del sistema de reintegración es la de preservar la integridad, tanto cuantitativa como cualitativa, del patrimonio del concursado³¹⁷. Por ello, cabe decir que la reintegración de la masa (además de un sistema) es un concepto que se refiere a los mecanismos

³¹⁶ DÍAZ MARTÍNEZ, M. e IGLESIAS ESCUDERO, S. “Las acciones de reintegración y la constitución de garantías hipotecarias a favor de entidades de crédito: Una excepción al régimen general”. Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Parte Varia. Número 16. Editorial La Ley, Wolters Kluwer España, S.A. Madrid, 2012. Pgs. 216 y 217.

³¹⁷ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A. “Presupuestos y finalidad de la acción de reintegración en el concurso de acreedores” en *La Reintegración en el Concurso de Acreedores* (GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A. Dir.). Editorial Aranzadi, S.A. Cizur Menor (Navarra), 2009. Pg. 31.

legales dispuestos para traer al patrimonio que se empleará para pagar a los acreedores lo que salió indebidamente del mismo³¹⁸.

La acción de reintegración despliega efectos propios de una acción de naturaleza rescisoria, pero se trata de una rescisoria especial debido a su carácter específicamente concursal, a que (a diferencia de la civil) no es una acción subsidiaria, y a que parte de la existencia de un perjuicio a la masa activa, configurado como concepto objetivo y desligado de aspectos subjetivos como el ánimo defraudatorio³¹⁹.

La reforma operada por la Ley 38/2011 ha incluido en el precepto del art. 71.bis LC las normas relativas a la posible rescindibilidad de las operaciones de refinanciación, inicialmente introducido en la LC por virtud del RD-ley 3/2009, a través de la Disposición Adicional 4ª LC, que ahora tiene un tenor bien distinto, referido a los mecanismos de homologación de estos acuerdos³²⁰.

Al tenor de los arts. 11 y 199 LC, la jurisdicción del Juez del concurso se extiende al conocimiento de las acciones que tengan su fundamento jurídico en la legislación concursal y guarden una relación inmediata con el concurso, considerando que las normas de derecho internacional privado contenidas en el Título IX de la LC se aplicarán sin perjuicio de lo establecido en el Reglamento (CE) 1346/2000 sobre Procedimientos de Insolvencia y demás Normas Comunitarias o Convencionales que regulen la materia.

Teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de la acción de reintegración, concebida como una acción concursal especial, así como la doctrina que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) ha dictado en relación con esta materia, el texto del Reglamento de Insolvencia y de la propia LC, en los concursos en los que sea de

³¹⁸ ARIAS VARONA, F. J. “La delimitación de la masa activa en el concurso” en PULGAR EZQUERRA, J. (dir.). *El concurso de acreedores* (AAVV). Editorial La Ley. Madrid, 2012. Pgs. 370 y 371.

³¹⁹ HUELMO REGUEIRO, J. “Aspectos procesales de la acción rescisoria concursal” en *Problemas procesales del concurso de acreedores* (Cachón Cadenas, M., Picó i Junoy, J., Riba Trepal, C. y Ruiz de la Fuente, M.C., Coords). Op. cit. Pg. 156.

En relación con la naturaleza concursal de la acción de reintegración, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de fecha 2/05/2006 (recurso 47/2006), ponente Ilmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo, Fundamento de Derecho Segundo: «*La acción rescisoria concursal nace, pues, con el concurso, como uno de los efectos de su declaración, sólo puede ejercitarse durante su vigencia y tiene su justificación en la necesidad de garantizar los derechos de los acreedores afectados por el concurso. [...]*»

El carácter concursal se manifiesta también en que estas acciones deben ejercitarse ante el Juez del concurso, por un órgano concursal -la administración concursal-, y por un procedimiento propio -el incidente concursal- que se tramita como pieza separada dentro del concurso (art. 72 LC).»

³²⁰ ARIAS VARONA, F. J. “La delimitación de la masa activa en el concurso” en PULGAR EZQUERRA, J. (dir.). *El concurso de acreedores* (AAVV). Op. cit. Pg. 373.

aplicación el Reglamento de Insolvencia, el Juez mercantil que haya declarado un concurso será competente para tramitar las acciones de reintegración concursal que se insten en ese concurso, aún cuando ésta se dirija contra un demandado cuyo domicilio social se encuentre en otro Estado miembro³²¹.

La competencia para conocer del ejercicio de la acción de reintegración (como acción rescisoria específicamente concursal prevista en el art. 71.1 LC), así como de cualesquiera otras acciones de impugnación de actos del deudor concursado que procedieran conforme a Derecho (art. 71.7 LC, que a estos efectos integra el art. 8 LC), corresponde al Juez del concurso³²².

Esta atribución de competencia al Juez del concurso en el caso de las acciones impugnatorias extraconcursoales, deja sin efecto otras reglas legales de atribución y de competencia objetiva y territorial que pudieran existir, y opera no sólo a nivel nacional sino también cuando exista algún elemento de internacionalidad comunitaria, que justificara, fuera del concurso, la atribución de la competencia judicial internacional a los tribunales de otro estado miembro de la Unión Europea en virtud del Reglamento de la Comunidad Europea (RCE) 44/2001³²³.

La doctrina del TJCE³²⁴ ha dejado claro que las acciones rescisorias concursales se integran en el procedimiento de insolvencia, y

³²¹ HUELMO REGUEIRO, J. "Aspectos procesales de la acción rescisoria concursal" en *Problemas procesales del concurso de acreedores* (Cachón Cadenas, M., Picó i Junoy, J., Riba Trepal, C. y Ruiz de la Fuente, M.C., Coords). Op. cit. Pg. 163.

³²² GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A. "Acción rescisoria concursal (reintegración concursal)", en *Enciclopedia de Derecho concursal. Tomo II*. Beltrán, E.; García-Cruces, J.A. (Dirs.). Editorial Aranzadi, S.A. Cizur Menor (Navarra), 2012. Pg. 141.

En relación con la competencia exclusiva y excluyente del Juez del concurso para conocer de las acciones de reintegración, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de fecha 2/05/2006 (recurso 47/2006), ponente Ilmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo, Fundamento de Derecho Segundo: «*La transacción en la medida que supuso en este caso el reconocimiento de un crédito a favor de la otra parte (la Sra. Lorena) constituye un acto de disposición patrimonial, y como tal es susceptible de ser impugnada por vía de la rescisión concursal, para lo que sólo goza de competencia el Juez del concurso, de conformidad con los arts. 71.6 LC y 86ter, sin que la misma pueda corresponder a los tribunales de otra jurisdicción, aunque para su resolución el Juez del concurso extienda su jurisdicción a cuestiones prejudiciales sociales directamente relacionadas con la rescisoria ejercitada (art. 9 LC), como es en este caso la apreciación de que se simulaba una situación de despido improcedente.*»

³²³ SANCHO GARGALLO, I. "Las acciones de reintegración" en PRENDES CARRIL, Pedro y MUÑOZ PAREDES, Alfonso (dirs.). *Tratado judicial de la insolvencia*. Tomo II. (AAVV). Editorial Aranzadi, S.A. Cizur Menor (Navarra), 2012. Pg. 1.241.

³²⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, de fecha 12/02/2009, asunto C-339/2007, Christopher Seagon –administrador concursal de Frick Teppichboden Supermärkte GmbH- vs Deko Marty Belgium NV, apartados 1, 6, 7, 21, 22, 26 y 28:

«1. La petición ... tiene por objeto la interpretación del artículo 3, apartado 1, del Reglamento (CE) nº 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia (DO L 160, p. 1), y del artículo 1, apartado 2, letra b), del Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de

por tanto, les es de aplicación el Reglamento de Insolvencia comunitario que determina la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio se ha abierto el procedimiento de insolvencia para conocer de las mismas³²⁵.

Si cualquiera de estas acciones (reintegración y demás de impugnación) se hiciera valer ante un Juez que no sea el del concurso, debería éste abstenerse de conocer (por falta de competencia funcional). De no hacerlo así, cualquiera de los demandados podrá interponer declinatoria denunciando la concurrencia de este defecto (art. 63.1, párrafo segundo, LEC). El auto mediante el cual decline el Juez su competencia indicará que el actor ha de usar su derecho ante el Juez del concurso³²⁶.

2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO 2001, L 12, p. 1).

6. Según el octavo considerando del Reglamento nº 1346/2000:

«Para alcanzar el objetivo de alcanzar una mayor eficacia y efectividad en los procedimientos de insolvencia con repercusiones transfronterizas es necesario y oportuno que las disposiciones sobre competencia judicial, reconocimiento y derecho aplicable en este ámbito se recojan en un instrumento legal comunitario vinculante y directamente aplicable en los Estados miembros.»

7. El artículo 3, apartado 1, de este Reglamento dispone:

«Tendrán competencia para abrir el procedimiento de insolvencia los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se sitúe el centro de los intereses principales del deudor. Respecto de las sociedades y personas jurídicas, se presumirá que el centro de los intereses principales es, salvo prueba en contrario, el lugar de su domicilio social.»

21. Habida cuenta de esta voluntad del legislador y del efecto útil de dicho Reglamento, el artículo 3, apartado 1, de éste debe interpretarse en el sentido de que también atribuye competencia internacional al Estado miembro en cuyo territorio se ha abierto el procedimiento de insolvencia para conocer de las acciones que emanen directamente de este procedimiento y que guarden estrecha relación con él.

22. Esta concentración de todas las acciones directamente asociadas a la insolvencia de una empresa ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro competente para abrir el procedimiento de insolvencia también resulta conforme con el objeto de mejorar la eficacia y la rapidez de los procedimientos de insolvencia con repercusiones transfronterizas, objetivo contemplado en los considerandos segundo y octavo del Reglamento nº 1346/2000.

26. De conformidad con el párrafo segundo del artículo 25, apartado 1, del Reglamento nº 1346/2000, el párrafo primero de dicho apartado 1 se aplica asimismo a las resoluciones que se deriven directamente del procedimiento de insolvencia y que guarden inmediata relación con éste. Dicho de otro modo, esta disposición acoge la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro en cuyo territorio se ha abierto un procedimiento de insolvencia al amparo del artículo 3, apartado 1, de dicha Reglamento también conozcan de una acción del tipo de que se trata en el litigio principal.

28. Habida cuenta de las consideraciones que anteceden, procede responder a la primera cuestión que el artículo 3, apartado 1, del Reglamento nº 1346/2000 debe interpretarse en el sentido de que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio se ha abierto el procedimiento de insolvencia tienen competencia para conocer de una acción revocatoria por insolvencia dirigida contra un demandado cuyo domicilio social se encuentra en otro Estado miembro.»

³²⁵ HUELMO REGUEIRO, J. “Aspectos procesales de la acción rescisoria concursal” en *Problemas procesales del concurso de acreedores* (Cachón Cadenas, M., Picó i Junoy, J., Riba Trepal, C. y Ruiz de la Fuente, M.C., Coords). Op. cit. Pg. 163.

³²⁶ HERRERO PEREZAGUA, J. F. “Legitimación y procedimiento en las acciones de reintegración”, en *La Reintegración en el Concurso de Acreedores* (GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A. Dir.). Editorial Aranzadi, S.A. Cizur Menor (Navarra), 2009. Pg. 181. Señala el autor que si de una falta de competencia objetiva se tratara, el auto que estima la declinatoria indicaría el tipo de tribunal al que ha de dirigirse el demandante [...]; es la

La LC omite toda referencia al plazo para el ejercicio de las acciones rescisorias (tanto respecto de la acción de reintegración como de las demás de impugnación). Pero la posibilidad del ejercicio de esta acción no puede quedar indeterminada temporalmente, lo que obliga a atender a las consecuencias que sobre la acción ha de tener el transcurso del tiempo³²⁷.

Por otra parte, reconocido que son dos los tipos de acciones cuyo ejercicio puede vehicularse a través del incidente concursal de rescisión de actos del deudor, la específica de reintegración concursal (art. 71.1 LC) y el resto de acciones de impugnación que procedan conforme a Derecho (art. 71.7 LC), se hace preciso distinguir las particularidades que presentan una y otras en relación con la cuestión relativa al plazo para su ejercicio.

Comenzando por exponer el análisis de la cuestión en relación con la acción de reintegración, se ha de señalar que la fijación de un plazo singular de tiempo para el ejercicio de las acciones de ineficacia tiene su razón de ser en la necesidad de proporcionar fijeza y seguridad jurídica a las transacciones, que aconseja limitar el plazo de ejercicio de estas acciones³²⁸.

El período de tiempo durante el que puede ejercitarse la acción de reintegración, su inicio y su fin, no se regula en los arts. 71 a 73 LC. Pero como ya se apuntaba anteriormente, la posibilidad del ejercicio de esta acción no puede quedar indeterminada temporalmente.

Dado que esta acción tiende a tutelar el interés de la masa³²⁹ y no está concebida como una acción subsidiaria, puede ejercitarse desde el mismo momento en que queda configurada la masa activa; es decir, desde el mismo momento en que es declarado el concurso, sin necesidad de esperar al resultado del informe de la Administración concursal, ni de investigar si los activos del concurso son suficientes para cubrir todos los créditos de los acreedores. Por razones obvias habrá que esperar a que la Administración concursal tome posesión del cargo. En la práctica, lo más razonable será esperar a la elaboración del Informe, al

existencia del proceso concursal la que determina que, funcionalmente, ha de conocer de toda una relación de acciones, entre ellas, las de reintegración.

³²⁷ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A. "Acción rescisoria concursal (reintegración concursal)", en *Enciclopedia de Derecho concursal. Tomo II*. Beltrán, E.; García-Cruces, J.A. (Dirs.). Op. cit. Pg. 127.

³²⁸ Sentencia Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4ª, de fecha 14/03/2012 (recurso 789/2011), ponente Ilma. Sra. Doña Ana Belén Iracheta Undagoitia, Fundamento de Derecho Tercero.

³²⁹ HERRERO PEREZAGUA, J. F. "Legitimación y procedimiento en las acciones de reintegración", en *La Reintegración en el Concurso de Acreedores* (GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A. Dir.). Op. cit. Pg. 184.

que deberá unirse el inventario de la masa activa en el que deberán relacionarse las acciones que debieran promoverse (art. 82.4 LC)³³⁰.

Cabe afirmar, por tanto, que la acción de reintegración nace con el concurso y se extingue ordinariamente con su terminación, si no lo ha hecho antes, con la aprobación del convenio y la cesación de todos los efectos de la declaración de concurso (art. 133.2 LC)³³¹, siempre que los actos o negocios se hayan realizado durante el período sospechoso³³².

³³⁰ GARRIDO ESPA, L. y GIMENO-BAYÓN COBOS, R. “Los efectos de la declaración de concurso sobre los actos perjudiciales para la masa”, en *Proceso concursal: crisis de las empresas promotoras y constructoras* (GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., Coord). Editorial Lex Nova, S.A. Valladolid, 2009. Pg. 430.

³³¹ SANCHO GARGALLO, I. “Las acciones de reintegración” en PRENDES CARRIL, Pedro y MUÑOZ PAREDES, Alfonso (dirs.). *Tratado judicial de la insolvencia*. Tomo II. (AAVV). Op. cit. Pg. 1.238. HERRERO PEREZAGUA, J. F. “Legitimación y procedimiento en las acciones de reintegración”, en *La Reintegración en el Concurso de Acreedores* (GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A. Dir.). Op. cit. Pg. 184. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A. “Acción rescisoria concursal (reintegración concursal”, en *Enciclopedia de Derecho concursal. Tomo II*. Beltrán, E.; García-Cruces, J.A. (Dirs.). Op. cit. Pg. 127. GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C. “Las acciones de reintegración”, en *Tratado Práctico del Derecho concursal y su reforma* (MARTÍNEZ SANZ, F. Dir., PUETZ, A., Coord.). Editorial Tecnos. Madrid, 2012. Pg. 638.

³³² En este sentido cabe citarse la paradigmática Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de fecha 2/05/2006 (recurso 47/2006), ponente Ilmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo, Fundamento de Derecho Tercero, que reza del siguiente tenor:

«*TERCERO: Caducidad de la acción.*

En atención a que la acción rescisoria concursal nace con el concurso y se extingue ordinariamente con su terminación, si no lo ha hecho antes con la aprobación del convenio y la cesación de todos los efectos de la declaración de concurso (art. 133.2 LC), podrá ejercitarse mientras tanto sin estar sujeta a otro plazo específico, como pueden estarlo las acciones de reintegración extraconcursales.

[...]

De este modo, debido a su naturaleza concursal, la acción rescisoria prevista en el art. 71 LC no está sujeta a plazo específico de caducidad o prescripción, ya que la seguridad jurídica queda garantizada por el período sospechoso de dos años fijado por la Ley, y porque sólo podrá hacerse valer dentro del concurso. No cabe por lo tanto aplicarle otros plazos de caducidad o prescripción previstos a lo largo del ordenamiento jurídico para otras acciones impugnatorias extraconcursales, sin perjuicio de que cuando sean estas acciones las que se ejerciten dentro del concurso, sí queden afectadas por aquellos plazos de caducidad.»

En el mismo sentido, SAP Pontevedra, Sección 1ª, de fecha 22/07/2009 (recurso 406/2009), ponente Ilmo. Sr. D. Jacinto José Pérez Benítez, Fundamento de Derecho Tercero:

«*La acción rescisoria concursal nace con la declaración de concurso y finaliza con su conclusión, por lo que, cabalmente, ni siquiera habría de quedar sujeta al plazo de caducidad cuatrienal de las acciones rescisorias comunes. Es cierto que la ley dicta normas tendentes a asegurar que los administradores concursales, -legitimados primarios para el ejercicio de la acción rescisoria-, cumplan fielmente con su obligación de rescindir los actos perjudiciales para la masa realizados en los dos años anteriores a la declaración de concurso, estableciendo, entre otras cosas, la obligación de incluir en el inventario, -art. 82.4-, una previsión de las posibles acciones de reintegración de la masa, pero en ningún lugar establece que tales acciones deban ser ejercitadas en el plazo de diez días señalado para las pretensiones de impugnación del inventario y de la lista.»*

También la SAP Asturias, Sección 1ª, de fecha 2/07/2010 (recurso 172/2010), ponente Ilmo. Sr. D. Javier Antón Guijarro, Fundamento de Derecho Tercero:

«*[...] Hemos de tener presente asimismo que el ejercicio de las acciones de reintegración resulta viable cualquiera que sea la fase en que el proceso concursal se encuentre, desde el momento de la declaración judicial del concurso hasta el de su conclusión, y en este sentido el art. 82-4 L.C. señala que el inventario de la masa activa elaborado por la Administración concursal con ocasión de la presentación de su informe deberá venir acompañado de una relación comprensiva de cuantas acciones debieran promoverse para la reintegración de la masa activa, previsión que encuentra su explicación simplemente*

Dentro del concurso, la acción de reintegración puede ejercitarse en cualquier fase, antes de su conclusión, no necesariamente durante la fase común. De hecho, el propio art. 82.4 LC advierte que el inventario del informe de la Administración concursal (art. 75 LC) debe reseñar una relación de las acciones que debieran promoverse para la reintegración de la masa activa (no sólo las rescisorias concursales, sino cualesquiera otras impugnatorias). Con todo, no puede considerarse esta relación de acciones como un presupuesto necesario de procedibilidad, que permita denegar la posibilidad de ejercitar otras distintas. Su inclusión en el inventario es orientativa y no impide que, con posterioridad, se conozcan otros actos anteriores susceptibles de impugnación³³³.

La regla general relativa a que la acción de reintegración nace y muere con el concurso presenta, como única excepción, la aprobación judicial del convenio, que impide la interposición de la acción. Si el convenio no contempla la encomienda de funciones concretas a la Administración concursal para el período comprendido entre su aprobación y su íntegro cumplimiento (entre las que podría incluirse la posibilidad de ejercitar acciones rescisorias), su aprobación lleva consigo el cese de todos los efectos del concurso (art. 133.2 LC), por lo que a partir de ese momento no podrían ejercitarse nuevas acciones, sin perjuicio de que continuasen las ya iniciadas. En este sentido, la LC (art. 133.3) señala que los Administradores concursales conservarán plena legitimación para continuar los incidentes en curso.

Con la apertura de la fase de liquidación a consecuencia del incumplimiento del convenio (art. 143.1.5º LC) o de la imposibilidad de su cumplimiento (art. 142.2 LC), renacerá la posibilidad de ejercitar la rescisoria concursal por los Administradores concursales, a quienes se repondrá en su cargo o se nombrará otros (art. 145.1, párrafo segundo, LC)³³⁴.

en que de ordinario será éste el momento en que la Administración concursal disponga de una mayor información a la hora de evaluar la procedencia y viabilidad del ejercicio de tales acciones. En cualquier caso, lo relevante a los fines que aquí se debaten es que no existe ningún condicionante de orden temporal ni supeditación a ninguna fase procesal para su planteamiento.»

La SAP Valencia, Sección 9ª, de fecha 10/04/2012 (recurso 941/2011), ponente Ilma. Sra. Doña Purificación Martorell Zulueta, se hace eco, en su Fundamento de Derecho 5.3, de la doctrina anteriormente sentada por las Audiencias Provinciales de Barcelona y Oviedo.

La STS, Sala 1ª, de fecha 12/12/2013 (recurso 2241/2011), ponente Ilmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo, señaló en su Fundamento de Derecho 9 que la acción nace y se extingue con el concurso.

³³³ SANCHO GARGALLO, I. "Las acciones de reintegración" en PRENDES CARRIL, Pedro y MUÑOZ PAREDES, Alfonso (dirs.). *Tratado judicial de la insolvencia*. Tomo II. (AAVV). Op. cit. Pg. 1.239.

³³⁴ SANCHO GARGALLO, I. "Las acciones de reintegración" en PRENDES CARRIL, Pedro y MUÑOZ PAREDES, Alfonso (dirs.). *Tratado judicial de la insolvencia*. Tomo II. (AAVV). Op. cit. Pgs. 1.239 y 1.240.

Con la conclusión del concurso se extingue la posibilidad de ejercitar la acción de reintegración. Pero para que pueda concluirse el concurso por inexistencia de bienes y derechos, la LC exige (art. 176.bis) que no estén pendientes demandas de reintegración de la masa activa y que, en su informe, la Administración concursal afirme y razone que no existen acciones viables de reintegración de la masa activa, ya que el legislador quiere que si existe alguna posibilidad viable de ejercer una acción de reintegración no se cierre el procedimiento hasta que la misma se haya ejercitado y obtenido la correspondiente sentencia firme³³⁵.

El análisis de la cuestión relativa al plazo de ejercicio del resto de acciones impugnatorias exige atender a la naturaleza de las acciones de impugnación para determinar si están o no sujetas a algún plazo para su ejercicio:

i) Acciones de nulidad.

Por su propia naturaleza son imprescriptibles y pueden ejercitarse en cualquier momento.

ii) Acciones de anulabilidad.

De conformidad con lo dispuesto en el CC (art. 1.301), esta acción ha de ejercitarse en el plazo de cuatro años.

iii) Resto de acciones rescisorias.

También habrá de ejercitarse en el plazo de cuatro años (arts. 1.299 y 1.076 CC, y 37.4º LH).

Tanto en el caso de las acciones de anulabilidad como de las rescisorias, el plazo de ejercicio es de caducidad.

En la medida en que se trata de acciones extraconcursoales, y su ejercicio no se supedita a la declaración de concurso, el plazo comienza a computarse desde que nazca la acción. La apertura del concurso no interrumpe los plazos, provocando únicamente un efecto respecto de la legitimación que queda reservada a los Administradores concursales (art. 72.1 LC). Pero si las acciones ya estaban caducadas antes de abrirse el concurso, la apertura de éste no las hace renacer.

³³⁵ . GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C. "Las acciones de reintegración", en *Tratado Práctico del Derecho concursal y su reforma* (MARTÍNEZ SANZ, F. Dir., PUETZ, A., Coord.). Op. cit. Pg. 638.

Aquel carácter extraconcursal de las acciones hace que las mismas no se extingan con la conclusión del concurso³³⁶.

El art. 72 LC contiene previsiones concretas en materia de legitimación y en relación con el ejercicio de las acciones de reintegración. Distinguiendo la Ley entre legitimación activa y pasiva, se seguirá en el presente trabajo la misma sistemática.

a") Legitimación activa

Nuestro Alto Tribunal, a través de la recta interpretación del art. 10 de la LEC³³⁷, señala que la relación jurídica sobre la que la parte actora plantea el proceso, con independencia de su resultado, es la que determina quiénes son las partes legitimadas, activa y pasivamente, para intervenir en el mismo, lo que lleva a estimar que cuando se trata de determinar la existencia o no de la legitimación pasiva habrá de atenderse a la pretensión formulada en la demanda, teniendo en cuenta el "suplico" de la misma en relación con los hechos sustentadores de tal pretensión³³⁸.

No obstante, la excepción a la regla general expuesta se encuentra en el texto del párrafo segundo del mencionado precepto de la LEC, en aquellos casos en los que es la propia Ley la que atribuye legitimación a persona distinta del titular de la relación.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 72.1 LC, la legitimación activa para el ejercicio de las acciones rescisorias concursales, como para cualquier otra acción impugnatoria que pudiera ejercitarse frente a los actos realizados por el deudor con anterioridad a la declaración de concurso, corresponde a la Administración concursal y, con carácter subsidiario o de segundo grado, a los acreedores³³⁹.

Es claro que los principales interesados en el ejercicio de las acciones rescisorias contempladas son los acreedores y que al mismo tiempo, no es difícil pensar que son ellos quienes gozan de la información que justifica la conveniencia de su ejercicio. Por ese motivo,

³³⁶ SANCHO GARGALLO, I. "Las acciones de reintegración" en PRENDES CARRIL, Pedro y MUÑOZ PAREDES, Alfonso (dirs.). *Tratado judicial de la insolvencia*. Tomo II. (AAVV). Op. cit. Pg. 1.240.

³³⁷ Art. 10 LEC: «Condición de parte procesal legítima. Serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso. Se exceptúan los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular.»

³³⁸ STS, Sala Primera, de fecha 21/10/2009 (recurso 177/2005), ponente Ilmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller, Fundamento de Derecho Primero.

³³⁹ DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El Proceso Concursal*. Sexta Edición. Op. cit. Pg. 189.

la legitimación de los Administradores concursales no se contempla con carácter exclusivo y excluyente³⁴⁰.

La Ley Concursal atribuye preferencia absoluta para el ejercicio de las acciones rescisorias concursales y las demás de impugnación a la Administración concursal (art. 72.1), en tanto en cuanto que garante de la adecuada conservación del patrimonio (masa activa) del deudor concursado. Y ello con independencia del régimen de suspensión o intervención de las facultades del deudor.

Debe interpretarse que ello es así por aplicación de lo previsto en el art. 10 LEC que otorga legitimación no sólo a quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso, sino también a personas distintas del titular cuando así se prevea legalmente (legitimación indirecta). En la medida en que la titularidad de la relación jurídica u objeto litigioso que fundamenta el ejercicio de la acción corresponde a los acreedores en sentido estricto, la anteposición que en materia de legitimación activa lleva a cabo el legislador a favor de la Administración judicial y respecto de los acreedores del concurso, permite afirmar que la legitimación de aquélla lo es *por sustitución*³⁴¹.

³⁴⁰ ARIAS VARONA, F. J. “La delimitación de la masa activa en el concurso” en PULGAR EZQUERRA, J. (dir.). *El concurso de acreedores* (AAVV). Op. cit. Pg. 379.

³⁴¹ GIL RODRÍGUEZ, J. “De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R. *Comentarios a la Ley Concursal. Volumen I. Artículos 1 a 115*. Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.). Madrid, 2004. Pgs. 875 y 876. DÍAZ MARTÍNEZ, M. “Las acciones de reintegración en la nueva Ley Concursal 22/2003”. *Práctica de Tribunales. Estudios*. Número 7, Julio/Agosto 2004. Pgs. 9-10. CORDÓN MORENO, F. *Proceso concursal*. Op. cit. Pgs. 143-144.

En contra, HERRERO PEREZAGUA, J.F. Legitimación y procedimiento en las acciones de reintegración”, en *La Reintegración en el Concurso de Acreedores* (GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A. Dir.). Op. cit. Pgs. 167-168. También GARRIDO ESPA, L. y GIMENO-BAYÓN COBOS, R. “Los efectos de la declaración de concurso sobre los actos perjudiciales para la masa”, en *Proceso concursal: crisis de las empresas promotoras y constructoras* (GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., Coord). Op. cit. Pgs. 412-413. Recordando que las acciones de reintegración no existen fuera del concurso, y que el art. 72 atribuye su ejercicio a la Administración concursal en el desempeño de sus funciones, de modo que cuando interviene ésta, en cuanto órgano del concurso, interviene el concurso, concluyen los autores que hay base para sostener que se trata de un caso de legitimación directa al amparo del art. 10, párrafo primero, LEC: «Serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso». No aprecian inconveniente en reconocer personalidad jurídica limitada a la masa activa cuando menos a efectos del ejercicio de acciones impugnatorias y, desde luego, algún tipo de reconocimiento sustantivo desde el momento en que si accionan los acreedores deben accionar en su interés, por lo que en mayor o menor medida se reconoce a la masa activa como centro de imputación de intereses y, por qué no, de relaciones jurídicas. Y por ello, en opinión de los autores citados, la norma debe entenderse en el sentido de reconocer que la Administración concursal goza de legitimación directa para el ejercicio de la acción de reintegración concursal. También para el caso de ejercicio por la Administración concursal de las demás acciones impugnatorias (nulidad, anulación y revocatorias).

En contra de considerar la legitimación por sustitución de la Administración concursal, así como la legitimación directa, GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C. “Las acciones de reintegración”, en *Tratado Práctico del Derecho concursal y su reforma* (MARTÍNEZ SANZ, F. Dir., PUETZ, A., Coord.).

La acción de reintegración no supone de forma inmediata la defensa del patrimonio y del interés del concursado, sino del interés de la «masa activa», y no se ejercita frente a los deudores del concursado, sino frente al propio concursado y a terceros que con él se han relacionado pero que no son necesariamente sus deudores³⁴².

A título principal la legitimación activa para el ejercicio de la acción rescisoria concursal y demás de impugnación corresponde a la Administración concursal. De forma subsidiaria también pueden deducir la acción los acreedores que hayan instado por escrito de la Administración concursal el ejercicio de alguna acción, señalando el acto concreto que se trate de rescindir o impugnar y el fundamento de su pretensión, cuando la Administración concursal no interpusiera su demanda en el plazo de los dos meses siguientes al requerimiento (art. 72.1 LC).

El carácter de legitimado principal de la Administración concursal se ve reforzado con la exclusión de la legitimación subsidiaria de los acreedores para los casos de rescisión de acuerdos de refinanciación del art. 71.bis LC, en los que únicamente podrá la Administración concursal iniciar las acciones de rescisión e impugnación mediante la prueba del incumplimiento de alguna de las condiciones establecidas en aquel precepto³⁴³.

Se excluye al deudor de esta legitimación porque el objeto de impugnación es un acto suyo. Y se excluye a cualquier acreedor por motivos de orden y seguridad jurídica, para evitar la pluralidad de acciones, de modo que su legitimación se articula a través de un órgano de representación, la Administración concursal³⁴⁴.

Op. cit. Pg. 633. La Administración concursal actúa en representación de la masa con absoluta autonomía e independencia, por ser una facultad que ostentan como órgano del concurso y que ejercerán con la consiguiente libertad y responsabilidad.

³⁴² GARRIDO ESPA, L. y GIMENO-BAYÓN COBOS, R. “Los efectos de la declaración de concurso sobre los actos perjudiciales para la masa”, en *Proceso concursal: crisis de las empresas promotoras y constructoras* (GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., Coord). Op. cit. Pg. 411.

³⁴³ MARTÍNEZ MUÑOZ, M. “La administración concursal en el ejercicio de la acción de reintegración”, comunicación presentada en el VII CONGRESO ESPAÑOL DE DERECHO DE LA INSOLVENCIA (CEDIN VII), celebrado en Alicante del 21 al 23 de mayo de 2015.

³⁴⁴ AAP Barcelona, Sección 15ª, de fecha 24/10/2008 (recurso 301/2008), ponente Ilmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo, Fundamento de Derecho Tercero:

«El art. 72.1 LC atribuye a la administración concursal la legitimación activa originaria para instar la rescisión concursal y cualquier otra acción de impugnación de actos realizados por el deudor con anterioridad a la declaración de concurso. En el caso de la rescisión concursal, su justificación radica en que la administración concursal constituye un órgano que representa tanto los intereses patrimoniales de la masa del concurso, como los intereses de los acreedores concursales, y las acciones de reintegración se ejercitan principalmente en interés de la masa activa del concurso y, por ende, en interés de los acreedores, que verán reforzada la garantía patrimonial de sus créditos. Esta legitimación originaria se atribuye en todo caso, y con independencia del alcance de las limitaciones acordadas por el auto de concurso al ejercicio de las facultades de administración y disposición del deudor (arts. 40 y

La Administración concursal goza de plena autonomía para decidir si ejercita las acciones o no las ejercita, lo que pondrá de manifiesto en el inventario que, por imperativo legal, elaborará a la mayor brevedad y en el que incluirá a modo de cierre una relación comprensiva de *cuantas acciones debieran promoverse a juicio de la Administración concursal, para la reintegración de la masa activa* (art. 82.4 LC)³⁴⁵. Pero la no inclusión en la relación antes referida no impide que los Administradores concursales, a instancia de alguno de los acreedores o con motivo de una reconsideración de su postura inicial, ejerciten la acción que, en principio, habían estimado improcedente o inviable o sobre la que nada habían dicho en el momento de la confección del inventario³⁴⁶.

Se ha de señalar que la legitimación de la Administración concursal le confiere no sólo la facultad de ejercitar la acción y de realizar todos los trámites necesarios para su estimación judicial, sino también las facultades o derechos propios de las partes en un proceso civil, entre las que se encuentra el poder de disposición sobre la acción ejercitada, sin que para ello sea necesaria ni la intervención de los acreedores, ni mucho menos su consentimiento. La posibilidad de cesión de la acción de reintegración está recogida expresamente, tras la reforma del 2011, en el nuevo art. 176.bis.1º LC³⁴⁷. En caso de disconformidad, los

21.1.2º LC) y, por lo tanto, al grado de representación de la masa activa por parte de la administración concursal. Se excluye de esta legitimación a cualquier acreedor por motivos de orden y seguridad jurídica, para evitar la pluralidad de acciones, de modo que su legitimación se articula a través de un órgano de representación, la administración concursal, y sólo cuando dicho órgano de administración deje de actuar, habiendo sido requerido para ello, podrá ejercitar el acreedor requirente la acción revocatoria que había sido objeto de requerimiento.»

HUELMO REGUEIRO, J. "Aspectos procesales de la acción rescisoria concursal" en *Problemas procesales del concurso de acreedores* (Cachón Cadenas, M., Picó i Junoy, J., Riba Trepas, C. y Ruiz de la Fuente, M.C., Coords). Op. cit. Pgs. 164-165. Señala la autora que la necesidad de que el proceso concursal no se eternice debido a la interposición de multitud de incidentes hace necesario restringir o establecer algún filtro que evite el ejercicio indiscriminado de las acciones de reintegración. Partiendo de estas premisas, la atribución de la legitimación originaria sólo a la Administración concursal es un acierto ya que de esta forma se facilita la protección de los bienes de la masa sin tener que tramitar una multiplicidad de acciones, conjugándose los intereses patrimoniales de los acreedores con la necesaria agilidad procesal.

³⁴⁵ GIL RODRÍGUEZ, J. "De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R. Comentarios a la Ley Concursal. Volumen I. Artículos 1 a 115. Op. cit. Pg. 877.

³⁴⁶ SAP Lugo, Sección 1ª, de fecha 19/12/2006 (recurso 378/2006), ponente Ilmo. Sr. D. José Rafael Pedrosa López, Fundamento de Derecho Primero: «No cabe confundir supuestos señalando que al no mencionar en el inventario la posibilidad de iniciar una acción de reintegración falta la legitimidad ya que son cuestiones diferentes, no siendo tampoco de aplicación el artículo 97 de la citada Ley que no afecta a la administración sino a quien no impugnase en tiempo y forma el inventario. Tampoco lo dispuesto en el artículo 82.4 significa un impedimento de legitimación para el ejercicio de la acción.»

³⁴⁷ Art. 176.bis.1 LC: «Desde la declaración del concurso procederá la conclusión por insuficiencia de la masa activa cuando, no siendo previsible el ejercicio de acción de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros ni la calificación del concurso como culpable, el patrimonio del concursado no sea presumiblemente suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa, salvo que el juez considere que estas cantidades estén garantizadas por un tercero de manera suficiente.»

acreedores podrán interponer los recursos que legalmente correspondan, o incluso, exigir responsabilidad a la Administración concursal si con su actuación consideran que han perjudicado los intereses de la masa³⁴⁸.

Resta determinar qué efecto puede tener sobre la legitimación en el ejercicio de las acciones rescisorias el hecho de que se alcance un convenio en el procedimiento concursal, en la medida en que dicha aprobación supone el cese de los efectos de la declaración de concurso, incluyendo el relativo al nombramiento de los Administradores concursales, que cesarán en su cargo (art. 133.2 LC). La reforma operada en la LC por la Ley 38/2011 ha venido a aclarar que la aprobación del convenio no impide la terminación de los procedimientos de reintegración pendientes de resolución judicial, al contener una referencia expresa a su continuación por los Administradores concursales (a pesar de su cese), que podrán solicitar la ejecución de las sentencias y autos que se dicten en ellos (art. 133.3 LC)³⁴⁹.

El vigente art. 72.2 LC³⁵⁰ atribuye a la Administración concursal, en exclusiva, la legitimación para instar el control del acuerdo de refinanciación homologado judicialmente al que se refiere el art. 71.bis LC. Los acreedores del concurso posterior del deudor que hubiere alcanzado el acuerdo homologado no podrán instar incidente para atacar la concurrencia de requisitos de rescindibilidad. Es decir, para el ejercicio de estas acciones, no será de aplicación la legitimación subsidiaria concedida a los acreedores a la que se refiere el apartado primero del art. 72 LC³⁵¹.

El objeto de este incidente habrá de versar sobre el incumplimiento de las condiciones previstas en el art. 71.bis LC, si bien se considera que el mero incumplimiento de cualquiera de los requisitos del mencionado precepto no puede significar, sin más, el perjuicio para la masa activa de la refinanciación, que habrá de demostrarse por quien ejercite la acción (AC) cuando no concurren las presunciones del art. 71.2 y 3 LC³⁵².

³⁴⁸ HUELMO REGUEIRO, J. "Aspectos procesales de la acción rescisoria concursal" en *Problemas procesales del concurso de acreedores* (Cachón Cadenas, M., Picó i Junoy, J., Riba Trepal, C. y Ruiz de la Fuente, M.C., Coords). Op. cit. Pg. 165.

³⁴⁹ ARIAS VARONA, F. J. "La delimitación de la masa activa en el concurso" en PULGAR EZQUERRA, J. (dir.). *El concurso de acreedores* (AAVV). Op. cit. Pgs. 381 y 382.

³⁵⁰ Redacción dada por art. único, apartado 15, de la Ley 17/2014, de 30/09, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial.

³⁵¹ DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El Proceso Concursal*. Sexta Edición. Op. cit. Pg. 189.

³⁵² NIETO DELGADO, C. Comentarios al art. 72 LC, en AAVV MACÍAS CASTILLO, A. y JUEGA CUESTA, R. (Coord.) *Ley Concursal Comentada*. Op. cit. Pgs. 278 y 279.

La Disposición Adicional Cuarta LC³⁵³ ya circunscribió a la Administración concursal la legitimación para ejercitar las acciones de impugnación contra los acuerdos de refinanciación judicialmente homologados a los que se refería el, entonces, art. 71.6 LC. Naturalmente, los acuerdos que reunieran los requisitos previstos por la Disposición Adicional Cuarta no serían rescindibles, precisamente por cumplirlos. La legitimación exclusiva de la Administración concursal afectaba (como ahora) a las acciones impugnatorias no propiamente concursales³⁵⁴.

La nueva norma (art. 71.bis LC) suscita dos problemas de no fácil solución. El primero se refiere al ámbito de conocimiento de la acción rescisoria frente a los acuerdos de refinanciación. Ahora la acción *«sólo podrá fundarse en el incumplimiento de las condiciones previstas en dicho artículo, correspondiendo a quien ejercite la acción la prueba de tal incumplimiento.»* La duda radica en determinar si, además del incumplimiento de los requisitos del art. 71.bis LC, la Administración concursal habrá de probar el perjuicio de la refinanciación para el éxito o prosperabilidad de la acción, como así se propugna³⁵⁵.

El segundo concierne a la determinación de los supuestos de *«refinanciaciones blindadas»*, ya que el art. 71.bis.2 LC considera irrescindibles operaciones de refinanciación que cumplan determinados índices de contenido, de carácter material o sustantivo, al margen de aquellas a las que se refiere el art. 71.bis.1 LC caracterizadas por el elemento identificador de la certificación del auditor acerca de la concurrencia del pasivo necesario. Se amplía significativamente, de esta forma, el marco de operaciones de refinanciación que sólo podrían ser atacadas por la Administración concursal en el eventual concurso posterior de la deudora refinanciada, y únicamente previa certificación de la ausencia de cualquiera de las complejas exigencias que se enumeran en el art. 71.bis.2 LC³⁵⁶.

Se plantea si sería posible la intervención de los acreedores, como coadyuvantes de la parte actora, en los incidentes concursales de reintegración promovidos por la Administración concursal (bien a iniciativa propia, o previo requerimiento de algún acreedor). Sobre el

³⁵³ Redacción dada por el art. 8.Tres del 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.

³⁵⁴ CARRASCO PERERA, A. y DÍAZ MORENO, A. "Acerca del nuevo régimen legal de la rescisión concursal de los acuerdos de refinanciación". & Análisis (Gómez-Acebo & Pombo. Abogados). Abril 2009.

³⁵⁵ NIETO DELGADO, C. Comentarios al art. 72 LC, en AAVV MACÍAS CASTILLO, A. y JUEGA CUESTA, R. (Coord.) *Ley Concursal Comentada*. Op. cit. Pgs. 278 y 279.

³⁵⁶ NIETO DELGADO, C. Comentarios al art. 72 LC, en AAVV MACÍAS CASTILLO, A. y JUEGA CUESTA, R. (Coord.) *Ley Concursal Comentada*. Op. cit. Pgs. 278 y 279.

particular la única previsión legal se contiene, con carácter general, en el art. 193.2 LC («*Cualquier persona comparecida en forma en el concurso podrá intervenir con plena autonomía en el incidente concursal coadyuvando con la parte que lo hubiese promovido o con la contraria*»), cuya literalidad decanta la cuestión a favor de la respuesta positiva. Sin embargo, la especialidad de la legitimación de la Administración concursal para el ejercicio de este tipo de acciones supone una excepción a aquella regla general, tal y como lo entendió el AAP Barcelona, Sección 15ª, de fecha 24/10/2008 (recurso 301/2008), ponente Ilmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo, en su Fundamento de Derecho Tercero:

«Una vez ejercitada la acción por la administración concursal, en puridad, no cabría intervención procesal de un acreedor o tercero interesado para actuar como coadyuvante del actor, como consecuencia de la restricción de legitimación activa a la que nos referíamos antes. Para poder intervenir es preciso gozar de un interés en el asunto que pudiera legitimar el ejercicio de la acción. Es por ello que tanto el ejercicio de la acción de reintegración como la formulación de la calificación concursal quedan excluidas de la intervención procesal, en la medida en que corresponde la administración concursal en exclusiva en el primer caso, y de forma compartida con el ministerio fiscal en el segundo, el ejercicio de esas acciones. Esta legitimación conlleva también la disponibilidad procesal, de forma que a la administración concursal le corresponde, en exclusiva, prestar su consentimiento a un posible acuerdo transaccional con las demandadas en un incidente de reintegración, sin perjuicio de la homologación del acuerdo por parte del juez del concurso y de la posible responsabilidad civil de los miembros de la administración concursal.»

Posición que no es unánime en la doctrina pues algunos autores³⁵⁷ consideran que el ejercicio por la Administración concursal no impide que los acreedores que hayan comparecido intervengan «coadyuvando» en el incidente «con plena autonomía» al amparo de lo que dispone el art. 193.2 LC, regla que suele ponerse en relación con la contenida en el art. 13.1 de la LEC: «*Mientras se encuentre pendiente un proceso, podrá ser admitido como demandante o demandado, quien acredite tener interés directo y legítimo en el resultado del pleito*». Señalan estos autores que tratándose del ejercicio de las acciones impugnatorias, la Administración concursal

³⁵⁷ GARRIDO ESPA, L. y GIMENO-BAYÓN COBOS, R. “Los efectos de la declaración de concurso sobre los actos perjudiciales para la masa”, en *Proceso concursal: crisis de las empresas promotoras y constructoras* (GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., Coord). Op. cit. Pgs. 416-417. También, GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C. “Las acciones de reintegración”, en *Tratado Práctico del Derecho concursal y su reforma* (MARTÍNEZ SANZ, F. Dir., PUETZ, A., Coord.). Op. cit. Pg. 633.

defiende de forma inmediata los intereses de la masa, lo que se traduce en que los acreedores tienen un interés directo e inmediato susceptible de ser encuadrado en el número 1 del art. 12 LEC («Podrán comparecer en juicio varias personas, como demandantes o como demandados, cuando las acciones que se ejerciten provengan de un mismo título o causa de pedir»). Se trata de una intervención litisconsorcial en la que los litisconsortes son cotitulares de la relación jurídica controvertida en el proceso, pero no son litisconsortes necesarios, y de ahí que deba reconocérseles una posición autónoma, incluso si nada dijese el art. 193.2 LC.

b”) La legitimación subsidiaria de los acreedores.

En el supuesto de que los legitimados directos no hubieran ejercitado estas acciones rescisorias los acreedores podrán reclamar por escrito a la Administración concursal el ejercicio de alguna de ellas. La Ley exige que en ese escrito se identifique el acto concreto que se pretende rescindir o impugnar, y el fundamento de esa pretensión.

Si en el plazo de dos meses desde el escrito referido en el epígrafe anterior la Administración concursal no inicia la acción correspondiente la Ley reconoce una legitimación derivada, secundaria o subsidiaria a favor de los acreedores³⁵⁸. El carácter subsidiario de la legitimación de los acreedores es indudable: solo podrán ejercitar la acción rescisoria si no lo hace la Administración concursal, bien sea por falta de iniciativa, bien sea, directamente, por negarse a ello (vgr. por falta de fondos en la masa, porque el eventual reintegro de la masa perseguible con la demanda sea escaso o incierto, o por una disparidad de criterios con los acreedores sobre la viabilidad de la acción)³⁵⁹.

En el ejercicio de esta acción subsidiaria, los acreedores litigarán a su costa en interés de la masa. En caso de que la demanda fuese total o parcialmente estimada, tendrán derecho a reembolsarse con cargo a la masa activa de los gastos y costas en que hubieran incurrido, hasta el límite de lo obtenido como consecuencia de la sentencia, una vez que ésta sea firme (art. 72.1 *in fine*, en relación con el art. 54.4, ambos de la LC).

Este crédito por los gastos y costas será contra la masa y deberá pagarse hasta el límite de lo efectivamente recuperado, sin que sea necesaria la condena en costas. De existir ésta, el acreedor no vendrá

³⁵⁸ FERNÁNDEZ SEIJO, J. M. *Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos*. Editorial Bosch, S.A. Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2013. Pg. 372.

³⁵⁹ AZNAR GINER, E. “La acción rescisoria concursal”. *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, nº 23, 2007. Pgs 37 a 106.

obligado a reclamar al demandado su pago ya que, como se ha dicho, podrá reclamar a la masa lo que le corresponde³⁶⁰.

Se establece un sistema de legitimación activa en cascada, en el que la Administración concursal se erige en legitimada principal y directa para el ejercicio de la acción de reintegración y demás acciones de impugnación. En el caso de que aquélla no ejercite la acción a propuesta de los acreedores, podrán éstos ejercitarla. Pero no podrán ejercitarla Administración concursal y acreedores a la vez, es decir, no puede haber concurrencia en el ejercicio de la acción. En la medida en que la Administración concursal goza de una legitimación excluyente, los acreedores no podrán coadyuvar con aquélla cuando ejercite la acción haciendo valer su legitimación principal y directa³⁶¹.

La legitimación subsidiaria para el ejercicio de la acción de reintegración y demás de impugnación se reconoce sólo a los acreedores, no a cualquier interesado. Será preciso que tenga aquella condición. Por ello, puede concluirse que ha de tratarse de acreedores reconocidos como tales. De no ser así no se permitiría al Juez revisar de oficio esa legitimación³⁶².

La Ley no discrimina a los acreedores por razón de la clasificación que merezca su crédito, por lo que la legitimación activa corresponde tanto a los ordinarios, como a los privilegiados y a los subordinados. Todos ellos están interesados en la integración del patrimonio del deudor como garantía para el cobro de sus créditos. Por la misma razón, tampoco puede excluirse a los cesionarios de créditos que hubieren adquirido el suyo con posterioridad a la apertura del concurso, ni a los acreedores contra la masa³⁶³.

³⁶⁰ GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C. “Las acciones de reintegración”, en *Tratado Práctico del Derecho concursal y su reforma* (MARTÍNEZ SANZ, F. Dir., PUETZ, A., Coord.). Op. cit. Pg. 634.

³⁶¹ MARTÍNEZ MUÑOZ, M. “La administración concursal en el ejercicio de la acción de reintegración”, Op. cit.

³⁶² SANCHO GARGALLO, I. “Las acciones de reintegración” en PRENDES CARRIL, Pedro y MUÑOZ PAREDES, Alfonso (dirs.). *Tratado judicial de la insolvencia*. Tomo II. (AAVV). Op. cit. Pgs. 1.229-1.230. En el mismo sentido, GARRIDO ESPA, L. y GIMENO-BAYÓN COBOS, R. “Los efectos de la declaración de concurso sobre los actos perjudiciales para la masa”, en *Proceso concursal: crisis de las empresas promotoras y constructoras* (GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., Coord). Op. cit. Pg. 422. También, VILLANUEVA, B. “La legitimación y las costas de la acción de reintegración”. Anuario de Derecho concursal. Número 27, septiembre-diciembre 2012. Editorial Aranzadi, S.A. Cizur Menor (Navarra). Pg. 313. FERNÁNDEZ SEIJO, J. M. *Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos*. Op. cit. Pg. 372. GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C. “Las acciones de reintegración”, en *Tratado Práctico del Derecho concursal y su reforma* (MARTÍNEZ SANZ, F. Dir., PUETZ, A., Coord.). Op. cit. Pg. 634.

³⁶³ SANCHO GARGALLO, I. “Las acciones de reintegración” en PRENDES CARRIL, Pedro y MUÑOZ PAREDES, Alfonso (dirs.). *Tratado judicial de la insolvencia*. Tomo II. (AAVV). Op. cit. Pg. 1.230. En el mismo sentido, GARRIDO ESPA, L. y GIMENO-BAYÓN COBOS, R. “Los efectos de la declaración de concurso sobre los actos perjudiciales para la masa”, en *Proceso*

Sólo los acreedores que hubieran dirigido la comunicación a la Administración concursal, y no otros, podrán ejercitar la acción mediante la oportuna demanda, a la que deberán acompañar el escrito reseñado³⁶⁴.

Como la legitimación del acreedor es subsidiaria y tiene como premisa la inactividad de la Administración concursal, la LC (art. 72.1) ha querido cerciorarse del desinterés por parte de este órgano concursal en ejercitar la acción³⁶⁵, lo que se ha articulado mediante la constatación de del cumplimiento de determinados requisitos³⁶⁶.

Los requisitos que deben concurrir para que los acreedores se consideren legitimados para el ejercicio de la acción de forma subsidiaria son los siguientes (al tenor del texto de la LC):

- i) Que se formule la solicitud a la Administración concursal por escrito.
- ii) Que dicho escrito señale el acto concreto que se trae de rescindir o impugnar y el fundamento para ello.

concurral: crisis de las empresas promotoras y constructoras (GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., Coord). Op. cit. Pg. 422. También, VILLANUEVA, B. "La legitimación y las costas de la acción de reintegración". Anuario de Derecho concursal. Número 27, septiembre-diciembre 2012. Editorial Aranzadi, S.A. Cizur Menor (Navarra). Pg. 313. FERNÁNDEZ SEIJO, J. M. *Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos*. Op. cit. Pg. 372. GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C. "Las acciones de reintegración", en *Tratado Práctico del Derecho concursal y su reforma* (MARTÍNEZ SANZ, F. Dir., PUETZ, A., Coord.). Op. cit. Pg. 634.

En contra del reconocimiento de legitimación activa a los acreedores contra la masa, HERRERO PEREZAGUA, J.F. Legitimación y procedimiento en las acciones de reintegración", en *La Reintegración en el Concurso de Acreedores* (GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A. Dir.). Op. cit. Pg. 173.

³⁶⁴ AZNAR GINER, E. "La acción rescisoria concursal". Op. cit. En el mismo sentido, SANCHO GARGALLO, I. "Las acciones de reintegración" en PRENDES CARRIL, Pedro y MUÑOZ PAREDES, Alfonso (dirs.). *Tratado judicial de la insolvencia*. Tomo II. (AAVV). Op. cit. Pg. 1.229. GARRIDO ESPA, L. y GIMENO-BAYÓN COBOS, R. "Los efectos de la declaración de concurso sobre los actos perjudiciales para la masa", en *Proceso concursal: crisis de las empresas promotoras y constructoras* (GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., Coord). Op. cit. Pg. 421. VILLANUEVA, B. "La legitimación y las costas de la acción de reintegración". Op. cit. Pg. 317. HERRERO PEREZAGUA, J.F. Legitimación y procedimiento en las acciones de reintegración", en *La Reintegración en el Concurso de Acreedores* (GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A. Dir.). Op. cit. Pg. 173.

³⁶⁵ SANCHO GARGALLO, I. "Las acciones de reintegración" en PRENDES CARRIL, Pedro y MUÑOZ PAREDES, Alfonso (dirs.). *Tratado judicial de la insolvencia*. Tomo II. (AAVV). Op. cit. Pg. 1.230.

³⁶⁶ SAP Pontevedra, Sección 1ª, de fecha 10/07/2012 (recurso 205/2012), ponente Ilmo. Sr. D. Jacinto José Pérez Benítez, Fundamento de Derecho Tercero:

«Como puede apreciarse, la ley no avanza más en los requisitos de la legitimación subsidiaria; sólo se precisa que el acreedor comuniquen por escrito a la administración concursal la concreta operación que pretende atacar y su fundamento, esto es, petitum y causa petendi; puede añadirse también, como exigencia lógica, que si lo que se trata es de dar la oportunidad a la administración concursal de valorar el ejercicio de la acción, deba identificarse la acción en sus tres identidades, comprendiendo también la de los sujetos legitimados pasivos.»

- iii) Que transcurran dos meses desde la solicitud sin que la Administración concursal la haya ejercitado.

La concurrencia de tales requisitos es exigible no solo para el caso de ejercicio de la acción de reintegración, sino de cualquiera de las acciones rescisorias³⁶⁷.

i) En primer lugar, los acreedores deben dirigirse a la Administración concursal para que ejerza la acción rescisoria que le señalen. Esta instancia debe formularse necesariamente por escrito para que no exista duda de su contenido, en la medida en que los concretos términos del mismo integran el presupuesto de ejercicio de la acción subsidiaria por los acreedores.

Para presentar este escrito, que constituye una mera instancia y encierra meras alegaciones, no precisan los acreedores estar representados por Procurador y asistidos de Letrado. Es decir, este escrito no exige formalidad alguna, pero será conveniente utilizar un medio que permita probar la recepción por la Administración concursal y su fecha. Bastará, por tanto, un burofax con certificación de texto y acuse de recibo, aunque también podrá hacerse mediante conducto notarial o cualquier otra forma que permita acreditar fehacientemente su recepción por la Administración concursal³⁶⁸. Máxime cuando la fecha de su práctica inicia el cómputo del plazo de dos meses de que dispone la Administración concursal para ejercitar la acción³⁶⁹.

ii) En cuanto al contenido del requerimiento, señala la LC que los acreedores han de instar por escrito de la Administración concursal el

³⁶⁷ En este sentido SAP Tarragona, Sección 1ª, de fecha 20/06/2008 (recurso 73/2008), ponente Ilmo. Sr. D. Antonio Carril Pan, Fundamento de Derecho Primero:

«Por otro lado en los hechos de su demanda se invoca que habrá que dudar de todos los créditos y de los contraídos en periodo inferior a dos años, referencia que reitera en varias ocasiones, y a ello debemos agregar que en la apelación se pretende fundamentar la impugnación de los créditos en la simulación de los créditos y el fraude de acreedores, acción la del art. 1111 de CC también comprendida en el art. 71.6 de la LC al referirse a otras acciones de impugnación de actos del deudor, precepto que remite su ejercicio al mismo régimen que la de reintegración por remisión a las normas de legitimación y procedimiento que para aquéllas contiene el artículo siguiente, por lo que procede mantener la falta de legitimación de los apelantes, ya que también en este caso se ha dado la inobservancia de los requisitos exigidos para el ejercicio de la acción.» El art. 71.6 LC al que se refiere la Sentencia coincide con el actual, si bien este último procede de la reenumeración operada en el ordinal 7 por el art. único apartado 4 del Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, como apartado 6, reiterándose su reenumeración por art. único.13 Ley 17/2014, de 30 de septiembre, con vigencia desde el día 9/03/2014.

³⁶⁸ GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C. "Las acciones de reintegración", en *Tratado Práctico del Derecho concursal y su reforma* (MARTÍNEZ SANZ, F. Dir., PUETZ, A., Coord.). Op. cit. Pg. 634.

³⁶⁹ AZNAR GINER, E. "La acción rescisoria concursal". Op. cit. SANCHO GARGALLO, I. "Las acciones de reintegración" en PRENDES CARRIL, Pedro y MUÑOZ PAREDES, Alfonso (dirs.). *Tratado judicial de la insolvencia*. Tomo II. (AAVV). Op. cit. Pg. 1.231.

ejercicio de alguna acción señalando el acto concreto que se trate de rescindir o impugnar y el fundamento de esa pretensión, esto es, *petitum* y *causa petendi*.

La acción que, en su caso, iniciare la Administración concursal en virtud del requerimiento o la que los acreedores entablaren, parece guardar una identidad: sería el mismo *petitum* y la misma causa de pedir que hubieran quedado concretados en el requerimiento. No será posible que los acreedores posteriormente traten de ejercitar la acción de reintegración por otros actos distintos, pues su legitimación solo habría nacido para aquéllos que hubieran sido abandonados por la Administración concursal³⁷⁰. En ese sentido, la exactitud en la determinación del acto es muy importante, porque la legitimación subsidiaria alcanzará sólo a estos actos concretos³⁷¹.

No obstante la falta de exigencia de detalle a este respecto, el acreedor deberá cuidar los términos de su petición, porque de querer instar con posterioridad una acción dirigida a rescindir un acto distinto del identificado en la comunicación a la Administración concursal, o fundado en una causa de pedir distinta a la expresada en su escrito, podría objetarse la inobservancia de lo ordenado por la Ley, lo que habría de conducir al sobreseimiento del proceso en que la acción se hubiera ejercitado³⁷².

Por tanto, resulta exigible, para apreciar la corrección de la legitimación activa, comparar los términos del requerimiento y los términos de la demanda, pues ésta no podrá basarse en fundamentos diferentes ni pretender atacar hechos, actos o negocios distintos a los identificados en el requerimiento³⁷³.

La exigencia identitaria entre los términos del requerimiento y de la eventual demanda posterior alcanza también a los propios acreedores autores del escrito, que habrán de ser los mismos que ejerciten la acción. La Ley parece exigirla, al decir que estarán legitimados «*los acreedores que hayan instado por escrito*» (art. 72.1 LC).

³⁷⁰ VILLANUEVA, B. “La legitimación y las costas de la acción de reintegración”. Op. cit. Pg. 314.

³⁷¹ SANCHO GARGALLO, I. “Las acciones de reintegración” en PRENDES CARRIL, Pedro y MUÑOZ PAREDES, Alfonso (dirs.). *Tratado judicial de la insolvencia*. Tomo II. (AAVV). Op. cit. Pg. 1.230.

³⁷² HERRERO PEREZAGUA, J.F. Legitimación y procedimiento en las acciones de reintegración”, en *La Reintegración en el Concurso de Acreedores* (GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A. Dir.). Op. cit. Pg. 174.

³⁷³ SAP Tarragona, Sección 1ª, de fecha 20/06/2008 (recurso 73/2008), ponente Ilmo. Sr. D. Antonio Carril Pan, Fundamento de Derecho Primero.

iii) El tercero de los requisitos exige la inactividad de la Administración concursal, porque se integra, finalmente, el presupuesto habilitador de la legitimación subsidiaria de los acreedores si la Administración concursal no ejercitara la acción rescisoria dentro de los dos meses siguientes al requerimiento.

Hecho el requerimiento por los acreedores, la Ley sólo se ocupa de anudar la consecuencia debida al silencio y la pasividad observada por sus destinatarios³⁷⁴.

El presupuesto es la inactividad de la Administración concursal, esto es, la falta de interposición de la demanda, y el plazo de dos meses opera como tiempo que se concede al órgano concursal para deliberar y adoptar la decisión de instar la acción o no. El acreedor tendrá que justificar que requirió a la Administración concursal con dos meses de antelación para ejercitar esa específica acción, y que no se ha presentado hasta la fecha la demanda, siendo necesaria la concurrencia de ambos requisitos³⁷⁵.

La respuesta omisiva de la Administración concursal puede ser tácita o expresa, pues cabe que se deje transcurrir el plazo de los dos meses sin más, pero también es posible que el órgano concursal responda por escrito manifestando de forma expresa su voluntad de no interponer la demanda de rescisión objeto del requerimiento.

En el caso de que los Administradores concursales hubieran manifestado a los requirentes, antes del transcurso del plazo de dos meses, la falta de procedibilidad o la inviabilidad de la acción instada ya no se trataría de un supuesto de inactividad, sino de negativa (motivada). Puede entenderse que, en tal caso, quedaría abierta la posibilidad para que los acreedores sustitutos pudieran interponer la demanda al quedar satisfecho el requisito de la inactividad mediante la exteriorización de su voluntad³⁷⁶. En contra se considera que, en este caso, los acreedores

³⁷⁴ HERRERO PEREZAGUA, J.F. Legitimación y procedimiento en las acciones de reintegración”, en *La Reintegración en el Concurso de Acreedores* (GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A. Dir.). Op. cit. Pg. 175.

³⁷⁵ SANCHO GARGALLO, I. “Las acciones de reintegración” en PRENDES CARRIL, Pedro y MUÑOZ PAREDES, Alfonso (dirs.). *Tratado judicial de la insolvencia*. Tomo II. (AAVV). Op. cit. Pg. 1.231.

³⁷⁶ HERRERO PEREZAGUA, J.F. Legitimación y procedimiento en las acciones de reintegración”, en *La Reintegración en el Concurso de Acreedores* (GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A. Dir.). Op. cit. Pgs. 175-176. En el mismo sentido, GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C. “Las acciones de reintegración”, en *Tratado Práctico del Derecho concursal y su reforma* (MARTÍNEZ SANZ, F. Dir., PUETZ, A., Coord.). Op. cit. Pg. 635, que señala que el plazo de los dos meses sólo tiene el significado de establecer un momento cierto para estimar producida la denegación tácita. También, GARRIDO ESPA, L. y GIMENO-BAYÓN COBOS, R. “Los efectos de la declaración de concurso sobre los actos perjudiciales para la masa”, en *Proceso concursal: crisis de las empresas promotoras y constructoras* (GONZÁLEZ NAVARRO, B.A.,

deben esperar a que transcurra el plazo de dos meses, pues los administradores concursales podrían variar su decisión y decidir ejercitar la acción³⁷⁷. Sin embargo, además de que esta cortesía procesal parece excesiva, debe tenerse en cuenta, por un lado, que puede resultar de interés el inmediato ejercicio de la acción, y por otro que los Administradores siempre podrán intervenir en el proceso incoado por los acreedores³⁷⁸.

Para el cómputo del plazo de los dos meses dentro del proceso concursal se debe calificar el plazo como procesal y estar a lo que dispone la LEC³⁷⁹, a la que remite el primer párrafo de la Disposición final 5ª de la LC. En consecuencia, el *dies ad quem* será el correlativo a aquel en el que se efectuó el requerimiento salvo que no hubiere día equivalente al inicial del cómputo en cuyo caso el plazo expirará el último del mes³⁸⁰.

El transcurso de los dos meses no producirá efectos extintivos, ni tampoco preclusivos, para la Administración concursal, y pasado este período podrá seguir ejercitando la acción siempre que los acreedores no hayan interpuesto antes su demanda³⁸¹. Aunque éstos no tienen un plazo perentorio para interponer la acción (distinto del general³⁸²), resulta obvio que, una vez interpuesta por la Administración concursal, decaerá la facultad de interposición de aquéllos, dado su carácter subsidiario respecto a la legitimación de la Administración concursal³⁸³.

Coord). Op. cit. Pg. 423. Consideran que la opinión contraria, aunque se ajusta a la letra de la norma, no parece ajustarse a su espíritu, por lo que, en su opinión, la dilación no es necesaria si la Administración concursal decide formalmente no interponer la demanda.

³⁷⁷ AZNAR GINER, E. “La acción rescisoria concursal”. Op. cit. El autor cita en apoyo de su tesis a GARCÍA-CRUCES, que considera que «*de hecho, la letra de esta previsión (... no lo hiciera...) pudiera sugerir la necesidad de agotar el plazo predispuesto a fin de poder afirmar la legitimación activa, pero siempre subsidiaria, de los acreedores pues dentro de tal plazo siempre sería posible que los administradores concursales –revisando cualquier resolución anterior- acudir al ejercicio judicial de la acción*».

³⁷⁸ HERRERO PEREZAGUA, J.F. Legitimación y procedimiento en las acciones de reintegración”, en *La Reintegración en el Concurso de Acreedores* (GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A. Dir.). Op. cit. Pg. 176.

³⁷⁹ Art. 133.3 LEC: «*Los plazos señalados por meses o por años se computarán de fecha a fecha.*

Cuando en el mes del vencimiento no hubiera día equivalente al inicial del cómputo, se entenderá que el plazo expira el último del mes.»

³⁸⁰ GARRIDO ESPA, L. y GIMENO-BAYÓN COBOS, R. “Los efectos de la declaración de concurso sobre los actos perjudiciales para la masa”, en *Proceso concursal: crisis de las empresas promotoras y constructoras* (GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., Coord). Op. cit. Pg. 424.

³⁸¹ VILLANUEVA, B. “La legitimación y las costas de la acción de reintegración”. Op. cit. Pg. 315.

³⁸² Que la acción no haya prescrito o caducado y que se encuentre pendiente el proceso concursal.

³⁸³ GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C. “Las acciones de reintegración”, en *Tratado Práctico del Derecho concursal y su reforma* (MARTÍNEZ SANZ, F. Dir., PUETZ, A., Coord.). Op. cit. Pg. 635. En el mismo sentido, SANCHO GARGALLO, I. “Las acciones de reintegración” en PRENDES CARRIL, Pedro y MUÑOZ PAREDES, Alfonso (dirs.). *Tratado judicial de la insolvencia*. Tomo II. (AAVV). Op. cit. Pg. 1.231.

Si al tiempo de interponer la demanda los acreedores ya hubiera sido formulada otra con idéntico objeto por los Administradores concursales, procede su rechazo de plano por apreciarse litispendencia³⁸⁴.

Una vez producido el supuesto de hecho habilitante, los acreedores podrán ejercer las acciones de reintegración sin urgencias temporales, con tal que la acción no haya prescrito o caducado³⁸⁵ y mientras se encuentre pendiente el proceso³⁸⁶. A este respecto, se plantea algún autor³⁸⁷ qué ocurriría en el caso de que durante los dos meses de plazo que tiene la Administración concursal para pronunciarse acerca del requerimiento de ejercicio de acción de reintegración formulada por acreedores del concurso se produjera la prescripción de la acción rescisoria por el transcurso del plazo de cuatro años establecidos para su ejercicio. Se propone como solución que, en todo caso, la acción no deberá entenderse prescrita puesto que el requerimiento formulado por los acreedores a la Administración concursal deberá entenderse como acto válido de interrupción de la prescripción.

En el caso de que se aprobase el convenio en el procedimiento concursal correspondiente, se suscitan algunas cuestiones en materia de legitimación.

El art. 133.2, párrafo segundo, de la LC, en su redacción anterior a la entrada en vigor de la reforma operada en el texto legal por la Ley

³⁸⁴ HERRERO PEREZAGUA, J.F. Legitimación y procedimiento en las acciones de reintegración”, en *La Reintegración en el Concurso de Acreedores* (GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A. Dir.). Op. cit. Pg. 176. Señala el autor que es éste uno de esos casos en que la apreciación de oficio cobra especial sentido, pues ambas demandas se dirigen al mismo tribunal –al juez del concurso- y se formulan dentro de un mismo proceso –el concurso de acreedores-. En el mismo sentido, VILLANUEVA, B. “La legitimación y las costas de la acción de reintegración”. Op. cit. Pg. 316.

En contra, NIETO DELGADO, C. Comentarios al art. 72 LC, en AAVV MACÍAS CASTILLO, A. y JUEGA CUESTA, R. (Coord.) *Ley Concursal Comentada*. Op. cit. Pg. 278, que descarta que pueda aplicarse la litispendencia en este caso por faltar la triple identidad de partes, objeto y causa de pedir que dicha excepción procesal exige. Sin embargo, aunque la Administración concursal no es equiparable a los acreedores, ya se dijo que aquella actúa por sustitución de éstos, titulares directos del interés de reintegrar la masa activa, por lo que tratándose de dos procesos con idéntico objeto, planteados en el seno del mismo proceso concursal y de los que ha de conocer el mismo órgano jurisdiccional (el juez del concurso), pueden considerarse cumplida la exigencia de la triple identidad.

³⁸⁵ GIL RODRÍGUEZ, J. “De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa”, en *Comentarios a la Ley Concursal. Volumen I. Artículos 1 a 115*. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R. Op. cit. Pg. 879.

³⁸⁶ LEÓN SANZ, F.J. “El sistema de reintegración concursal”, en “Ley Concursal”, ROJO, A. Revista del Poder Judicial, nº XVIII, Especial de 2004, Madrid. Pg. 282.

³⁸⁷ VILA FLORENSA, M. “De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa”, en *Comentarios a la Ley Concursal* (SAGRERA TIZÓN/SALA REIXACHS/FERRER BARRIENDOS). Editorial Bosch, S.A. Barcelona, 2004. Pg. 883.

38/2011, de 10 de octubre³⁸⁸, preveía el cese de la Administración concursal tras la aprobación del convenio³⁸⁹.

El régimen de legitimación activa para el ejercicio de acciones de reintegración y demás de impugnación durante el procedimiento concursal se veía sometido a una importante modificación en caso de que se aprobara un convenio, ya que ello comportaba el cese de los Administradores concursales y, en lógica consecuencia, la imposibilidad de ejercitar acciones de reintegración en el tiempo de su cumplimiento, sin perjuicio de los efectos que pudieran establecerse sobre el particular en el texto del propio convenio.

La consiguiente pérdida de legitimación de la Administración concursal se proyectaba sobre una doble vertiente: Por una parte, en relación con las acciones rescisorias iniciadas durante la fase común del concurso y no finalizadas a la fecha de aprobación del convenio; por otra parte, respecto de aquellas acciones que pudieran iniciarse durante la vigencia del convenio. El texto legal no daba cobertura a ninguno de los dos supuestos. En el primero, la pérdida sobrevenida de legitimación de la Administración concursal provocaría el desistimiento de la acción. En el segundo, a salvo previsión expresa contenida en el texto del propio convenio al efecto (atendiendo al informe de los Administradores concursales que habrían podido advertir la posibilidad de ejercitar alguna acción, habilitando a la Administración concursal para ello, conforme dispone el art. 133.4 LC³⁹⁰), la aprobación del convenio impedía ejercitar con posterioridad la acción rescisoria concursal del art. 71 LC³⁹¹.

La reforma de la LC, operada por la mencionada Ley 38/2011, ha resuelto, en parte, el problema planteado mediante una referencia

³⁸⁸ Artículo 133 redactado por el número ochenta y dos del artículo único de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE 11 octubre).

³⁸⁹ Art. 133.2, párrafo segundo, LC, vigencia hasta el 31/12/2011: «Desde la eficacia del convenio cesarán todos los efectos de la declaración de concurso, quedando sustituidos por los que, en su caso, se establezcan en el propio convenio y sin perjuicio de los deberes generales que para el deudor establece el artículo 42.

Asimismo, cesarán en su cargo los administradores concursales, sin perjuicio de las funciones que el convenio pudiese encomendar a todos o alguno de ellos hasta su íntegro cumplimiento y de lo previsto en el capítulo II del título VI. Producido el cese, los administradores concursales rendirán cuentas de su actuación ante el juez del concurso, dentro del plazo que éste señale.»

³⁹⁰ Art. 133.4 LC: «Con el previo consentimiento de los interesados, en el convenio se podrá encomendar a todos o a alguno de los administradores concursales el ejercicio de cualesquiera funciones, fijando la remuneración que se considere oportuna.» Las referencias a «los administradores concursales» contenidas en la presente Ley, deben entenderse sustituidas por la fórmula «la administración concursal», conforme establece la disposición final primera de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE 11 octubre).

³⁹¹ SANCHO GARGALLO, I. “Las acciones de reintegración” en PRENDES CARRIL, Pedro y MUÑOZ PAREDES, Alfonso (dirs.). *Tratado judicial de la insolvencia*. Tomo II. (AAVV). Op. cit. Pgs. 1.232-1.233.

expresa a la continuación de los incidentes en curso (entre ellos los de reintegración), al disponer que los Administradores concursales podrán continuarlos a pesar de su cese, no sólo hasta sentencia sino también para instar su ejecución, y la de los autos que pudieran dictarse en su desarrollo³⁹².

Queda abierto el problema de la posibilidad de ejercicio de estas acciones si en el convenio no se ha dado respuesta específica al mismo³⁹³.

Los legitimados subsidiarios deberán litigar a su costa y en interés de la masa pasiva. Se plantea, de esta forma, la cuestión relativa a la legitimación subsidiaria y las costas.

Si en el incidente el interés de la masa hubiera sido actuado por acreedores en virtud de la legitimación subsidiaria (ex art. 54.4 LC), la condena en costas por desestimación de la acción ejercitada no recaerá sobre la masa activa, sino que recaerá sobre los acreedores que la ejercitaron, pues el art. 54.4 LC establece que en el ejercicio de la acción en virtud de aquella legitimación los acreedores deberán pechar con los gastos del incidente: también sobre ellos deberá recaer la condena en costas. Es cierto que el art. 84.2.3º LC considera créditos contra la masa los derivados de «costas y gastos judiciales ocasionados por la asistencia y representación [...] de acreedores legitimados en los juicios que, en interés de la masa, continúen o inicien conforme a lo dispuesto en esta Ley», pero se trata de una regla general que ha de ceder frente a la especial contenida en el art. 54.4 LC. En cambio, si se estimase total o parcialmente la acción interpuesta en interés de masa, con independencia del contenido del pronunciamiento sobre costas, los acreedores que hubiesen actuado con legitimación extraordinaria y subsidiaria tendrán derecho a reembolsarse con cargo a la masa los gastos y costas en que hubieran incurrido hasta el límite de lo obtenido como consecuencia de la sentencia, una vez que sea firme (art. 54.4 LC). Ahora bien, este crédito contra la masa no queda comprendido en el inciso final del art. 196.2 LC que tan solo hace referencia a los créditos originados por la condena en costas que recaiga sobre la masa activa del concurso³⁹⁴.

³⁹² Art. 133.3, párrafo segundo, redacción introducida por la Ley 38/2011: «No obstante su cese, los administradores concursales conservarán plena legitimación para continuar los incidentes en curso, pudiendo solicitar la ejecución de las sentencias y autos que se dicten en ellos, hasta que sean firmes, así como para actuar en la sección sexta hasta que recaiga sentencia firme.»

³⁹³ ARIAS VARONA, F. J. “La delimitación de la masa activa en el concurso” en PULGAR EZQUERRA, J. (dir.). *El concurso de acreedores* (AAVV). Editorial La Ley. Madrid, 2012. Pg. 382.

³⁹⁴ LÓPEZ SÁNCHEZ, J. “Incidente concursal” en *Enciclopedia de Derecho concursal. Tomo II*. Op. cit. Pg. 1.719.

c") Legitimación pasiva.

En tanto en cuanto la acción de rescisión pretende devaluar uno o varios actos singulares realizados por el deudor común, la demanda deberá dirigirse contra el propio deudor concursado y contra el que contrató con él o resultó beneficiado por la actuación no comercial de que se trate (el concepto es más amplio que el de parte de un contrato)³⁹⁵.

La propia naturaleza de la acción analizada, hace preciso la llamada al proceso del concursado, cuyo acto perjudicial para la masa se pretende declarar ineficaz, toda vez que puede tener interés en el mantenimiento de la validez y eficacia del mismo, oponiéndose a la demanda, o, al contrario, allanándose a la misma al considerar ineficaz el acto impugnado. O, simplemente, no haciendo nada (rebeldía)³⁹⁶.

El texto legal (art. 72.3 LC) delimita el ámbito de la legitimación pasiva de las acciones rescisorias. Si se quiere dejar sin efecto un acto jurídico, es obligado demandar a todos los que han sido parte en dicho acto o sean beneficiarios del mismo, ya que existe un evidente litisconsorcio pasivo necesario³⁹⁷, en el sentido al que se refiere la LEC (art. 12.2)³⁹⁸ y se viene interpretando por la Jurisprudencia³⁹⁹.

³⁹⁵ GARCÍA-CRUCES, J.A. "La reintegración de la masa activa en la Ley Concursal (y II)". Actualidad Jurídica Aranzadi. Editorial Aranzadi, S.A. Año XIII, nº 591, de 18/09/2003. Pg. 2. En el mismo sentido, DÍAZ MARTÍNEZ, M. "Las acciones de reintegración en la nueva Ley Concursal 22/2003". Práctica de Tribunales. Estudios. Número 7, Julio/Agosto 2004. Pg. 11.

³⁹⁶ AZNAR GINER, E. "La acción rescisoria concursal". Op. cit.

³⁹⁷ GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C. "Las acciones de reintegración", en *Tratado Práctico del Derecho concursal y su reforma* (MARTÍNEZ SANZ, F. Dir., PUETZ, A., Coord.). Op. cit. Pg. 636.

³⁹⁸ Art. 12.2 LEC: «Cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandados, como litisconsortes, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa.»

³⁹⁹ STS Sala Primera, de fecha 27/01/2006 (recurso 2119/1999), ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz, Fundamento de Derecho Tercero: «... Así la sentencia de 4 de Noviembre de 2002 expresa con claridad: "La doctrina del litisconsorcio pasivo requiere llamar al juicio a todas las personas que, en virtud de disposición legal o por razón de la inescindibilidad de la relación jurídica material, puedan estar interesadas directamente o puedan resultar afectadas en la misma medida por la solución que se dicte en el proceso, por lo que se trata de una exigencia de naturaleza procesal con fundamento en la necesidad de dar cumplimiento al principio de audiencia evitando la indefensión, al tiempo que se robustece la eficacia del proceso mediante la exclusión de resultados procesales prácticamente inútiles por no poder hacerse efectivos contra los que no fueron llamados a juicio y se impiden sentencias contradictorias no solo por diferentes sino además por incompatibles". Lo que reiteran las sentencias de 2 de Abril de 2003 y 18 de Junio de 2003.»

En el ámbito específicamente concursal, cabe citar la SAP Álava, Sección 1, de fecha 17/11/2011 (recurso 127/2011), ponente Ilmo. Sr. D. Edmundo Rodríguez Achutegui, Fundamento de Derecho Primero: «Nos encontramos ante un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario previsto en los arts. 416.3º y 420.1 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (LEC), aplicable supletoriamente conforme a la DF 5ª LC, pues no puede prosperar la rescisión de un acto en el que no sean demandados quienes intervinieron en el mismo (art. 12.2 LEC), ya que supondría ocasionarles indefensión, al dejarlo sin efecto vulnerando el derecho de defensa de quienes participaron en el mismo. Así lo dispone la jurisprudencia que recogen, por ejemplo, las STS de 1 de marzo de 2011 y 11 de mayo de 2011, que entienden concurre esta figura cuando se genera un nexo común derivado de la comunidad

Además, añade el precepto de la LC que si el bien que se pretende reintegrar hubiera sido transmitido a un tercero, la demanda también deberá dirigirse contra éste cuando el actor pretenda desvirtuar la presunción de buena fe del adquirente o atacar la irrevindicabilidad de que goce o la protección derivada de la publicidad registral. Cabe cuestionarse en este caso si se estará también ante un supuesto de litisconsorcio de carácter necesario, pero teniendo en cuenta los efectos previstos en el art. 73 LC para la acción rescisoria y en la medida que la ausencia de demanda frente al subadquirente, legitimado pasivamente frente al ejercicio de la acción de reintegración, tiene como efecto consolidar la posición jurídica de éste, pero no impide la continuación del procedimiento respecto del concursado y el tercero que se relacionara con aquel en el acto impugnado, puede afirmarse que no media litisconsorcio pasivo necesario respecto del subadquirente⁴⁰⁰.

Será necesario, por tanto, especificar el concreto contexto en el que se ejercita la acción rescisoria a fin de precisar las exigencias de la legitimación pasiva. Habrá que averiguar si los bienes concernidos permanecen en poder de quien los recibiera del concursado o si han pasado a manos de un tercero:

- En el primer caso, la demanda se dirigirá frente al deudor y al adquirente.
- En el segundo, es imprescindible que los demandantes definan el alcance de sus objetivos:
 - Si buscan únicamente recuperar el valor de los bienes transmitidos, podrán demandar al deudor y a quien hubiera sido parte en el acto rescindido⁴⁰¹.

de riesgo procesal, dicho nexo es inescindible, homogéneo y paritario y el ausente no ha mostrado su aquiescencia al demandante. Tal nexo se ha dispuesto en el art. 72 LC y no cabe escindirlo puesto que no solo la norma lo exige, sino que no podría rescindirse el acto sin que sus protagonistas tuvieran la oportunidad procesal de discutir en el incidente la procedencia de su pretensión.»

⁴⁰⁰ GARCÍA-CRUCES, J.A. “La reintegración de la masa activa en la Ley Concursal (y II)”. Actualidad Jurídica Aranzadi. Editorial Aranzadi, S.A. Año XIII, nº 591, de 18/09/2003. Pgs. 2-3.

⁴⁰¹ SAP Pontevedra, Sección 1, de fecha 23/06/2011 (Recurso 293/11), ponente Ilmo. Sr. D. Jacinto José Pérez Benítez, Fundamento de Derecho Tercero: «En efecto, antes de resolver sobre la falta de legitimación de los demandados para soportar el ejercicio de la acción deducida de contrario, deberá resolverse sobre si tal pronunciamiento puede alcanzarse con sólo las partes procesales llamadas al litigio. El fondo de la cuestión litigiosa pasa por determinar, como ha quedado dicho, la validez del contrato de compraventa celebrado por la concursada con un tercero; sobre si dicho contrato, efectivamente, produjo la transmisión del dominio y si puede producir el efecto, -a la postre obtenido con el pronunciamiento de instancia-, de absolver definitivamente a la concursada por falta de legitimación. Resulta patente que dicho pronunciamiento, que pasa por analizar la validez del contrato de compraventa con respecto a los compradores demandantes, terceros en el contrato concertado entre la concursada y la mercantil XXXXXXXX, no puede obtenerse sin que sea parte en el proceso esta entidad compradora. De lo contrario se vulneraría el principio de audiencia bilateral al dejarse sin efecto un

- Si los demandantes pretenden el reintegro de los bienes y derechos salidos del patrimonio del deudor, deberán demandar, además de a aquéllos, al subadquirente de dichos bienes⁴⁰².

En relación con el subadquirente hubiera sido conveniente mayor concreción por el Legislador, ante la gama de problemas que podrán plantearse en la práctica. Hay que entender que habrá mala fe del tercer adquirente (subadquirente) si éste sabía —o no podía desconocer— cuando contrató con la contraparte del deudor que el negocio realizado entre ésta y el deudor era perjudicial para la masa activa, y fue realizado cuando aquél estaba en una situación económicamente comprometida, por lo que el tercer adquirente se avino a realizar un acto que perjudicaba a los acreedores del deudor concursado⁴⁰³.

Todos los demandados tendrán la consideración de parte independiente, con todos los derechos, cargas y obligaciones procesales, sin que exista precepto alguno que les obligue a litigar unidos bajo una misma defensa y representación procesal, si bien todos ellos deben

contrato sin que haya sido parte en el litigio uno de los contratantes. Por tal motivo, la Sala estima que la Litis se encontraba deficientemente constituida.

La consecuencia de este pronunciamiento será la obligada retroacción de las actuaciones al momento del emplazamiento de los demandados, a fin de que se confiara traslado de la demanda incidental a la mencionada entidad.

...

FALLAMOS: [...], apreciamos la falta de litisconsorcio pasivo necesario por la falta de llamamiento al proceso de la entidad XXXXXXXX a la que habrá de conferirse traslado de la demanda con el efecto de la retroacción de las actuaciones a dicho momento procesal.»

También, SJM número Uno de Alicante, de fecha 15/10/2013, ponente Ilmo. Sr. D. Rafael Fuentes Devesa, Fundamento Jurídico Primero: «*Se formula demanda incidental por la administración concursal de la mercantil CCCCCC, SL acción reintegradora de la masa por actos perjudiciales para el activo del concurso, que precisó su concreción en los términos expuestos en los antecedentes, ya que inicialmente la demanda se dirigía no solo contra la concursada CCCCCC, S.L. y BANCO DDDDDDD, sino también frente a terceros –AAAAAAA, SA y BBBBBB- intervinientes en la operación de garantías contextuales impugnada, extremo que no se considera posible, por la limitación de los legitimados pasivos en el art. 72.3 LC y la delimitación competencial del art 71 LC en relación con el art 8 LC y 86ter LOPJ, como expone la SAP de Asturias de 15/3/2012 en un supuesto de garantías contextuales.*

...

En esos términos queda fijada la Litis ya que aunque se diga en ese escrito de 16/7/2013 que se interesa ..., ello solo puede entenderse como redundante de la impugnación por perjudicial del otorgamiento de aval/fianza solidaria, ya que el préstamo no se concierta por CCCCCC, SL, pues las partes contractuales son AAAAAA, SA y BANCO DDDDDDD, por lo que ni es susceptible de impugnación en este concurso (al no ser acto de la concursada, art. 71 LC) y en todo caso lo impone el art 24 CE, que impide declarar la ineficacia de un contrato –el de préstamo- sin oír a las partes del mismo».

⁴⁰² GIL RODRÍGUEZ, J. "De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa", en *Comentarios a la Ley Concursal. Volumen I. Artículos 1 a 115*. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R. Op. cit. Pgs. 880-881.

⁴⁰³ ALCOVER GARAU, G. "Aproximación al Régimen Jurídico de la Reintegración Concursal" en GARCÍA VILLAVARDE, Rafael; ALONSO UREBA, Alberto; PULGAR EZQUERRA, Juana. *Derecho Concursal. Estudio Sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la Reforma Concursal*. Editorial Dilex, S.L. Madrid, 2003. Pgs. 345-346.

intervenir en el incidente representados por Procurador y asistidos de Letrado⁴⁰⁴.

Con este diseño procesal, puede afirmarse que en la delimitación de la legitimación pasiva, el Legislador ha primado en todo caso el interés de los acreedores frente al de quienes contrataron con el deudor.

Cabe plantear la cuestión relativa a la duración en el tiempo de la legitimación pasiva de las acciones rescisorias concursales. Pensemos en el caso en que se hayan planteado acciones de reintegración que se encuentran pendientes al momento de aprobación de un convenio. El art. 133 LC establece que la legitimación activa se mantiene para continuar con los incidentes en trámite, pero nada previene la Ley en relación con la pervivencia de la legitimación pasiva.

La solución pasaría por entender (presumir) que si existe legitimación activa (por efecto de la extensión temporal operada por el art. 133.3 LC), podrá existir igualmente la pasiva. Sin embargo, esta solución carece de apoyo legal, resultando, en consecuencia, poco consistente. Si la acción de reintegración se fundamenta en un presupuesto de perjuicio que solo tiene sentido en el ámbito del concurso, una vez cesados los efectos del mismo (art. 133.2 LC), carece de sentido mantener la rescisión de actuaciones perjudiciales solo previstas para una situación concursal⁴⁰⁵, decayendo el fundamento de la legitimación pasiva directa de los intervinientes en el acto perjudicial para la masa activa del concurso, en tanto que el, hasta ese momento, demandado, deja de guardar (por el cese de los efectos del concurso) con el objeto del proceso la necesaria relación jurídico material que integraría la denominada «*legitimitatio ad causam*» o legitimación en un proceso determinado (STS 598/2009, de 18 de septiembre).

Y puesto que la legitimación viene establecida por una norma de Derecho material (art. 10.1 LEC) que otorga, a quien se opone a la pretensión, la titularidad del derecho subjetivo u obligación jurídica material, del bien jurídico o del interés legítimo que se discute en el proceso, y que le faculta para obtener la tutela jurisdiccional de dicho derecho, bien o interés legítimo, toda vez que en el proceso civil, regido por el principio dispositivo, sólo los titulares de tales derechos e intereses

⁴⁰⁴ HUELMO REGUEIRO, J. "Aspectos procesales de la acción rescisoria concursal" en *Problemas procesales del concurso de acreedores* (Cachón Cadenas, M., Picó i Junoy, J., Riba Trepal, C. y Ruiz de la Fuente, M.C., Coords). Op. cit. Pg. 166.

⁴⁰⁵ VIVERO DE PORRAS, C. "Las acciones de reintegración", en *El Derecho de la insolvencia*. CAMPUZANO, A.B. y SANJUÁN y MUÑOZ, E. (dirs.). Tirant Lo Blanch. Valencia, 2015. Pgs. 566 y 567.

pueden ejercitar su defensa ante los tribunales⁴⁰⁶, no hay razón para extender el efecto legal previsto en el art. 133.3 LC a quienes ostentarían la legitimación pasiva en este caso, con apoyo en un mero argumento presuntivo.

La legitimación pasiva del concursado en el incidente de rescisión concursal o reintegración de actos del deudor en perjuicio de la masa deriva de su necesaria condición de parte en el acto jurídico que se quiere dejar sin efecto.

El demandado concursado puede adoptar, frente a la demanda de rescisión, todas las posturas procesales de parte, lo que significa que puede contestar oponiéndose o allanándose, pero también puede no contestar⁴⁰⁷. Lo que no cabrá será la reconvencción, pues no se concibe que pueda tener una acción contra la Administración concursal, conexas con la acción revocatoria o impugnatoria, y que no deba ventilarse por otros cauces específicos dentro del concurso⁴⁰⁸. Tampoco cabe imaginar que el deudor concursado pueda oponer reconvencción frente a los acreedores legitimados subsidiarios en el ejercicio de la acción rescisoria, pues, al margen de la inadecuación de procedimiento, chocará inevitablemente con la falta de competencia objetiva del Juez del concurso para conocer de la misma, al tenor de lo dispuesto en los arts. 8 LC y 86.ter LOPJ.

El deudor concursado, aún en caso de haber quedado suspendido en el ejercicio de sus facultades de administración o disposición (concurso necesario, decisión a tal efecto adoptada en fase común o en caso de apertura de la fase de liquidación concursal), no pierde su capacidad procesal para actuar en cualquier sección del concurso (ex art. 184.2 LC).

A este respecto, puede surgir un problema por la aparente coincidencia de posición procesal entre la Administración concursal actora y la Administración concursal representante del deudor demandado cuando sus facultades hayan quedado en suspenso. Para evitar esta paradoja, el art. 54.3 LC prevé que el deudor podrá personarse y defenderse de forma separada en los juicios promovidos

⁴⁰⁶ GIMENO SENDRA, José Vicente. *Derecho procesal civil I. El proceso de declaración. Parte general*. 4ª Edición. Constitución y Leyes, S.A. Madrid, 2012. Pg. 139.

⁴⁰⁷ SHAW MORCILLO, L. "La legitimación pasiva en el ejercicio de la acción rescisoria", en BELTRÁN, E. y SANJUÁN, E. (Dirs.) *La reintegración de la masa*. Congreso de Antequera. IV Congreso español de Derecho de la insolvencia. VII Congreso de Derecho Mercantil y concursal de Andalucía 19-21 abril 2012. AAVV. Editorial Aranzadi, S.A. Cizur Menor (Navarra), 2012. Pg. 457.

⁴⁰⁸ SANCHO GARGALLO, I. "Las acciones de reintegración" en PRENDES CARRIL, Pedro y MUÑOZ PAREDES, Alfonso (dirs.). *Tratado judicial de la insolvencia*. Tomo II. (AAVV). Op. cit. Pg. 1.236.

por la Administración concursal. Es decir, en estos casos, el deudor conserva su capacidad procesal y podrá defenderse asistido por Letrado y representado por Procurador. Así lo prevé expresamente la LC para el caso de apertura de la fase de liquidación en procesos concursales de personas jurídicas, al disponer el art. 145.3, tras la reforma operada por Ley 38/2011, lo siguiente:

«Si el concursado fuera persona jurídica, la resolución judicial que abra la fase de liquidación contendrá la declaración de disolución si no estuviese acordada y, en todo caso, el cese de los administradores o liquidadores, que serán sustituidos por la administración concursal, sin perjuicio de continuar aquéllos en la representación de la concursada en el procedimiento y en los incidentes en los que sea parte.»

No cabe duda de que, entre los incidentes a los que se refiere la Ley, se encuentra el de reintegración. Con ello se resuelven los problemas interpretativos de la regulación anterior del art. 145.3 LC, que no distinguía y se limitaba a prever, como efecto de la apertura de la fase de liquidación, el cese de los administradores y liquidadores sociales y su sustitución por la Administración concursal. En la práctica venía manteniéndose a dichos administradores o liquidadores en la representación de la concursada tanto en los incidentes de reintegración como en la sección de calificación, pues de otro modo la Administración concursal pasaba a ser, al mismo tiempo, actora y representante de la demandada, pese a la concurrencia de intereses contradictorios entre una y otra posición procesal. Ésta es la solución adoptada por la reforma, que la extiende no sólo a los incidentes de reintegración y la sección de calificación, sino también al resto de los incidentes en los que sea parte la concursada, y al propio concurso de acreedores⁴⁰⁹. La liquidación no podrá concluir hasta que no hayan concluido las acciones de reintegración iniciadas, lo que determina que no pueda extinguirse la personalidad jurídica del concursado que no sea persona física hasta que no se haya puesto fin a estas acciones de reintegración⁴¹⁰.

La suspensión de facultades patrimoniales en el concursado no puede privarle de la posibilidad de defenderse dado que la suspensión afecta sólo a las facultades de disposición y administración del patrimonio, pero no del derecho de defensa. El concursado no puede ser

⁴⁰⁹ SANCHO GARGALLO, I. “Las acciones de reintegración” en PRENDES CARRIL, Pedro y MUÑOZ PAREDES, Alfonso (dirs.). *Tratado judicial de la insolvencia*. Tomo II. (AAVV). Op. cit. Pg. 1.236.

⁴¹⁰ FERNÁNDEZ SEIJO, J. M. Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos. Op. cit. Pg. 374.

rehén de la Administración concursal en la defensa de sus legítimos intereses⁴¹¹.

No obstante lo anterior, el allanamiento del deudor concursado, suspendido en sus facultades, exige la autorización de la Administración concursal (arts. 51.3 y 54.1 LC), lo cual pugna con las reglas de la lógica y de la razón, en línea con lo que se venía exponiendo.

En caso de fallecimiento del deudor corresponde su representación en el proceso a quien la ostente conforme a Derecho y, en su caso, a quien designen los herederos (art. 182.2 LC).

Cuando se impugne un negocio o contrato, deben ser demandados, también, aquellos que fueron parte en el mismo, para que puedan verse afectados por el pronunciamiento, sin que les cause indefensión.

Los pronunciamientos serán, básicamente, de dos tipos: unos meramente declarativos –declarar ineficaz el negocio- y otros de condena –ordenar la recíproca restitución de las prestaciones recibidas-.

Serán demandados quienes contrataron con el deudor, o quienes les hubieran sucedido, *mortis causae* o también por sucesión universal en caso de modificaciones estructurales traslativas (fusión, escisión o cesión total de activos y pasivos).

Si el negocio impugnado es un acto de disposición unilateral por parte del deudor, luego concursado, la demanda no sólo se dirigirá contra éste, sino también contra quien se hubiera beneficiado de la disposición por la misma razón antes apuntada, para que pueda verse afectado por la declaración de ineficacia y compelido a la restitución del bien o derecho, en ejecución de la sentencia⁴¹². La fórmula con que define la norma (art. 72.3 LC) al codemandado del concursado ("*quienes hayan sido parte en el acto impugnado*") permite comprender en ella no sólo al que contrató con aquél, sino también, en un sentido más amplio, al que resultó beneficiado por la actuación no negocial de que se trate⁴¹³.

⁴¹¹ FERNÁNDEZ SEIJO, J. M. Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos. Op. cit. Pg. 374.

⁴¹² SANCHO GARGALLO, I. "Las acciones de reintegración" en PRENDES CARRIL, Pedro y MUÑOZ PAREDES, Alfonso (dirs.). *Tratado judicial de la insolvencia*. Tomo II. (AAVV). Op. cit. Pgs. 1.236 y 1.237.

⁴¹³ HERRERO PEREZAGUA, J.F. Legitimación y procedimiento en las acciones de reintegración", en *La Reintegración en el Concurso de Acreedores* (GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A. Dir.). Op. cit. Pg. 179. Con cita de GIL RODRÍGUEZ, en *Comentarios a la Ley Concursal* (coord.: R. BERCOVITZ), vol. I, Madrid, Tecnos, 2004, pg. 880.

En este sentido, la SAP Lleida, Sección 2ª, de fecha 29/10/2008, ponente Ilmo. Sr. D. Alberto Guilanya Foix, Fundamento de Derecho Tercero: «*Ahora bien, no puede perderse de vista que lo*

Puesto que la Ley liga la rescindibilidad exclusivamente al perjuicio causado a la masa por los actos realizados por el deudor concursado, resulta irrelevante la calificación que merezca la conducta observada por el adquirente (a los efectos determinativos de la legitimación pasiva), esto es, si concurrió en él el ánimo defraudatorio que, con carácter general, se exige en el régimen de las acciones rescisorias del Código Civil. Por tanto, la demanda no sólo ha de dirigirse necesariamente frente a él, sino que puede prosperar aunque éste hubiera realizado el acto de buena fe⁴¹⁴.

La mala fe del adquirente, cuando transmita a favor de un tercero que consolide su adquisición, cobra importancia en la medida en que, de ser apreciada, provocará su condena a indemnizar los daños y perjuicios causados a la masa activa, conforme a lo preceptuado en el art. 73.2 LC⁴¹⁵.

Tal y como ha quedado expuesto en los apartados anteriores, en el ejercicio de las acciones rescisorias (especialmente, cuando se trata de la reintegración o rescisión concursal) es necesario demandar al deudor y a quienes hayan sido parte en el acto impugnado. Pero ello no excluye que deban traerse también al procedimiento a otros sujetos que podrían verse afectados por la sentencia que en su día se dicte sin haber tenido

que se impugna y de lo que se pide la rescisión, no es de la emisión misma del cheque o del negocio jurídico previo que había dado lugar a aquel libramiento o endoso (...), sino del acto del endoso realizado por la concursada a favor del demandado, que va a ingresar el cheque (barrado para su ingreso obligado en cuenta) en una cuenta de su titularidad, por lo que es claro que él es parte en el acto impugnado, razón por la que procede desestimar este motivo de recurso.

La misma suerte ha de correr la otra excepción procesal propuesta, esto es la de litisconsorcio pasivo necesario, entendido que lo que se ha señalado anteriormente vale también para esta excepción procesal. Es claro que ni el letrado Sr. Luis Serra ni Alejandro Pedros y asociados SL ni Ingeniería y peritaciones SL ni Donato el procurador señor José María Guarro Callizo habían participado en el acto del endoso que aquí se impugna, con independencia de que sea cierto o no que con aquel endoso se pretendía pagar a todos ellos, cuestión ésta a la que a continuación nos referiremos al tratar este extremo en el último motivo de recurso.»

⁴¹⁴ HERRERO PEREZAGUA, J.F. Legitimación y procedimiento en las acciones de reintegración”, en *La Reintegración en el Concurso de Acreedores* (GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A. Dir.). Op. cit. Pg. 179.

En contra, GORDILLO CAÑAS, “Protección del tráfico inmobiliario y par conditio creditorum. De la desmesurada retroacción de la quiebra a la malograda normalización registral del concurso”, en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*. Madrid, Tecnos, 2004. Pgs. 4.111 y ss. En su opinión, la solución legal por la que el adquirente ha de padecer en todo caso el efecto de la rescisión, no da satisfacción al tráfico de buena fe ni logra la normalización registral del concurso, amén de que desampara al adquirente inmediato del concursado en la etapa anterior al concurso. Estas apreciaciones le llevan a concluir que la Ley Concursal, por contraste con la solución del Derecho civil, ha introducido un espurio supuesto de acción rescisoria y que, al prescindir del presupuesto de la connivencia fraudulenta del adquirente, ha venido a restaurar una peligrosa forma de «cripto-retroacción».

⁴¹⁵ HERRERO PEREZAGUA, J.F. Legitimación y procedimiento en las acciones de reintegración”, en *La Reintegración en el Concurso de Acreedores* (GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A. Dir.). Op. cit. Pg. 180.

la posibilidad de defenderse⁴¹⁶. A estos terceros subadquirentes se refiere, también, la LC (art. 73.2).

Pero así como el litisconsorcio pasivo del deudor y quienes fueron parte del negocio o la persona a favor de quien dispuso el bien es de carácter necesario, con todas las consecuencias procesales que ello lleva consigo, esta consideración no alcanza a los terceros subadquirentes, y en su caso el litisconsorcio pasivo sería facultativo⁴¹⁷. La posibilidad de accionar contra los subadquirentes deberá ser valorada, en cada caso, por la Administración concursal a la hora de plantear su estrategia procesal⁴¹⁸.

La necesidad de ser demandados se aprecia en función de la pretensión de restitución efectiva del bien o derecho a la masa, pero no es imprescindible para que prospere la impugnación del acto dispositivo. De hecho, si no hubieran sido demandados, porque se desconocían las posteriores transmisiones o porque no se quiso, podría lograrse un pronunciamiento meramente declarativo de la ineficacia del acto y una condena a la restitución de los bienes o derechos, que –por no resultar posible al no estar a disposición del demandado que contrató con el deudor o recibió de él los bienes- se convertirá en una condena a devolver el valor de los bienes al tiempo de su adquisición, más los intereses legales, y siempre sin perjuicio de que de haber concurrido mala fe en el adquirente, pudiera ser también condenado a indemnizar los daños y perjuicios (art. 73.2 LC)⁴¹⁹.

El precepto legal diferencia tres situaciones en relación con el subadquirente que, a su vez, adquirió de quien contrató con el deudor concursado:

- Que actúe de buena fe.
- Que se encuentre en posición de irreivindicabilidad.
- Que goce de la protección derivada de la publicidad registral.

⁴¹⁶ SHAW MORCILLO, L. “La legitimación pasiva en el ejercicio de la acción rescisoria”, en *La reintegración de la masa*. (Beltrán, E. y Sanjuán, E., dirs.) Op. cit. Pg. 466.

⁴¹⁷ SANCHO GARGALLO, I. “Las acciones de reintegración” en PRENDES CARRIL, Pedro y MUÑOZ PAREDES, Alfonso (dirs.). *Tratado judicial de la insolvencia*. Tomo II. (AAVV). Op. cit. Pgs. 1.238.

⁴¹⁸ GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C. “Las acciones de reintegración”, en *Tratado Práctico del Derecho concursal y su reforma* (MARTÍNEZ SANZ, F. Dir., PUETZ, A., Coord.). Op. cit. Pg. 637.

⁴¹⁹ SANCHO GARGALLO, I. “Las acciones de reintegración” en PRENDES CARRIL, Pedro y MUÑOZ PAREDES, Alfonso (dirs.). *Tratado judicial de la insolvencia*. Tomo II. (AAVV). Op. cit. Pgs. 1.238.

En este sentido, tiene declarado la jurisprudencia que no es de apreciar la situación litisconsorcial cuando los posibles efectos hacia terceros se producen, con carácter reflejo, por una simple o mediata conexión, o porque la relación material sobre la que recae produce la declaración que sólo les afecta con carácter prejudicial o indirecto; en estos casos su posible intervención en el litigio no es de carácter necesario, sino voluntaria y adhesiva, ya que la extensión de los efectos de la cosa juzgada no les alcanza, ni se produce para ellos indefensión⁴²⁰.

Esta concepción de la posición procesal del subadquirente que adquirió de quien contrató con el deudor es, prácticamente, unánime en la doctrina. No obstante se considera por algún autor⁴²¹ que en los casos en los que se quiere atacar esa transmisión desvirtuando las condiciones que otorgan la protección a los terceros antes referida, deberá ejercitarse otra acción de rescisión dirigida frente a quien, a su vez, adquirió del concursado y frente a quien lo hizo de él (adquirente y subadquirente). La inescindibilidad de este pronunciamiento comporta también la exigencia de un litisconsorcio pasivo necesario. Esta acción se acumulará a la rescisoria seguida frente al deudor concursado y el primer adquirente. La decisión de la primera acción es prejudicial respecto de lo que se resuelva en la segunda: de no prosperar aquélla, se desestimaré ésta.

La falta de demanda frente al subadquirente tiene el efecto de consolidar su posición jurídica, sin impedir la continuación del procedimiento en relación con el concursado y con aquél con quien se relacionó en el acto objeto de impugnación⁴²².

La oposición de los subadquirentes podrá basarse no sólo en la eficacia del acto de disposición del deudor, sino también, y sobre todo, en la concurrencia de su condición de tercer adquirente de buena fe, de tercer hipotecario a los efectos de la protección dispensada por la Ley (art. 34 LH), o cualquier otra circunstancia que determine la irreivindicabilidad de los bienes subadquiridos. Con ello se refuerza la seguridad del tráfico, pues el concurso no quiebra la garantía que para los terceros adquirentes otorga en general el ordenamiento común (arts. 1.295, párrafo segundo, y 464 Cc, y art. 85 CCom) y, en particular, el

⁴²⁰ SHAW MORCILLO, L. "La legitimación pasiva en el ejercicio de la acción rescisoria", en *La reintegración de la masa* (Beltrán, E. y Sanjuán, E., dirs.) Op. cit. Pg. 466.

⁴²¹ HERRERO PEREZAGUA, J.F. Legitimación y procedimiento en las acciones de reintegración", en *La Reintegración en el Concurso de Acreedores* (GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A. Dir.). Op. cit. Pg. 180.

⁴²² DÍAZ MARTÍNEZ, M. e IGLESIAS ESCUDERO, S. "Las acciones de reintegración y la constitución de garantías hipotecarias a favor de entidades de crédito: Una excepción al régimen general". Op. cit. Pg. 220.

inmobiliario registral (arts. 34 y 37 LH)⁴²³. No puede olvidarse que la buena fe del tercero se presume, por lo que deberá ser desvirtuada, probando su mala fe.

A los efectos del presente apartado, la ausencia de buena fe en el subadquirente se entiende como conocimiento de la procedencia de los bienes del concursado, las circunstancias en que los enajenó o constituyó los derechos reales sobre los mismos. La mala fe no parece equiparable, en este caso, al fraude, al no exigirse la intención de dañar⁴²⁴. Todo ello referido al momento en que se produjo la segunda o posterior transmisión del bien o derecho, de la que proceda directamente el título del subadquirente⁴²⁵.

Junto al elemento subjetivo anteriormente mencionado, la apreciación de la mala fe exige, también, la concurrencia de un elemento objetivo, «*valorativo de la conducta del acreedor, consistente en que ésta sea merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico*» (STS 7/12/2012)⁴²⁶.

d”) Los coadyuvantes

Tal y como se viene exponiendo, en ocasiones la normativa propia de la Ley Concursal indica quienes pueden ocupar la posición de parte procesal (art. 72.2 LC).

Por otra parte, el art. 193.2 LC establece una variable de considerable trascendencia: «*Cualquier persona comparecida en forma en el concurso podrá intervenir con plena autonomía en el incidente concursal coadyuvando con la parte que lo hubiese promovido o con la contraria.*»

La norma, por tanto, permite la intervención de terceros en los incidentes ya entablados siempre que se trate de sujetos comparecidos formalmente en el concurso.

Normalmente, estas personas serán la propia Administración concursal y los acreedores, aun cuando se entiende que el subadquirente no demandado también podría intervenir.

⁴²³ SANCHO GARGALLO, I. “Las acciones de reintegración” en PRENDES CARRIL, Pedro y MUÑOZ PAREDES, Alfonso (dirs.). *Tratado judicial de la insolvencia*. Tomo II. (AAVV). Op. cit. Pgs. 1.238.

⁴²⁴ SHAW MORCILLO, L. “La legitimación pasiva en el ejercicio de la acción rescisoria”, en *La reintegración de la masa* (Beltrán, E. y Sanjuán, E., dirs.) Op. cit. Pg. 470.

⁴²⁵ SANCHO GARGALLO, I. “Las acciones de reintegración” en PRENDES CARRIL, Pedro y MUÑOZ PAREDES, Alfonso (dirs.). *Tratado judicial de la insolvencia*. Tomo II. (AAVV). Op. cit. Pgs. 1.238.

⁴²⁶ NIETO DELGADO, C. Comentarios al art. 73 LC, en AAVV MACÍAS CASTILLO, A. y JUEGA CUESTA, R. (Coord.) *Ley Concursal Comentada*. Op. cit. Pgs. 281-282.

Una vez más nos encontramos ante una redacción normativa no del todo clara, ya que tras proclamar la plena autonomía de estos intervinientes en su actuación dentro del proceso, indica que coadyuvarán a una de las partes⁴²⁷. Resulta preciso profundizar, siquiera sea brevemente, en la figura procesal de la intervención voluntaria a fin de aventurar una aproximación a la respuesta al mejorable planteamiento del Legislador. Y puesto que la LC no recoge nada respecto del tratamiento procesal de esta figura, será preciso recurrir a la LEC conforme previene la disposición adicional 5ª de la LC.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 13.1 LEC⁴²⁸, se entiende por intervención procesal la entrada de terceros con un interés directo y legítimo en un proceso ya iniciado, el cual se convierte en un proceso único con pluralidad de partes sobrevenida, ya que dicha intervención no ocasiona, a diferencia de la acumulación de procesos o de autos, la incorporación de nuevas pretensiones, sino tan sólo de partes en la posición actora y/o demandada⁴²⁹.

Son presupuestos de la intervención procesal:

- a) De un lado, la existencia de un proceso pendiente, en virtud de la interposición de una demanda, que, al haber sido admitida, haya generado los efectos propios de la litispendencia (art. 410 LEC).
- b) La intervención de un tercero en dicho proceso, entendiendo por tal concepto no quien, como es el caso del testigo, nada tiene que ver con el objeto litigioso, sino una parte material no formal, esto es, distinta al demandante y demandado, ya personados en el proceso, que ostente la titularidad de un derecho subjetivo o un interés “directo y legítimo” o, lo que es lo mismo, que goce de legitimación, ordinaria o extraordinaria.

Su fundamento radica en la necesidad de preservar el derecho a la tutela del art. 24.1 CE, pues no se puede privar del acceso a un proceso a quienes, ostentando dicho derecho o interés, desean acceder a un proceso ya incoado por otras partes materiales y por la sola razón de haberse éste ya incoado.

El tercero ha de ostentar, como se decía, una legitimación ordinaria o extraordinaria, que el art. 13.1 concreta en el «*interés directo y*

⁴²⁷ SENENT MARTÍNEZ, S. Comentarios al art. 193 LC, en AAVV MACÍAS CASTILLO, A. y JUEGA CUESTA, R. (Coord.) *Ley Concursal Comentada*. Op. cit. Pg. 648.

⁴²⁸ Art. 13 LEC: «*Intervención de sujetos originariamente no demandantes ni demandados. 1. Mientras se encuentre pendiente un proceso, podrá ser admitido como demandante o demandado, quien acredite tener interés directo y legítimo en el resultado del pleito.*»

⁴²⁹ GIMENO SENDRA, V. *Derecho procesal civil I. El proceso de declaración. Parte general*. Op. cit. Pg. 165. Se seguirá en esta parte de la exposición al autor y su obra, pgs. 165 y ss.

legítimo en el resultado del pleito», por lo que dicha legitimación puede, por consiguiente, consistir en la titularidad del derecho subjetivo que se discute en el proceso o en la existencia de un interés directo en el proceso, surgido de la circunstancia de poder experimentar, como consecuencia de los futuros efectos indirectos o reflejos de la sentencia, un perjuicio o beneficio patrimonial o moral.

La LEC contempla dos tipos de intervención: la voluntaria (art. 13) y la provocada (art. 14)⁴³⁰.

En la intervención voluntaria, como su nombre indica, el tercero decide voluntariamente intervenir en un proceso ya iniciado. Dicha intervención, a su vez, puede ser «litisconsorcial», si el tercero es titular del derecho o interés que en él se discute o «adhesiva», cuando su derecho depende del bien o derecho litigioso del que es titular la parte principal.

En la intervención provocada, el tercero interviene como consecuencia de una denuncia de la existencia del proceso efectuada por alguna de las partes. Puede ser, pues, provocada a instancia del demandante (art. 14.1 LEC) o del demandado (art. 14.2)⁴³¹.

Tratándose de la intervención voluntaria, el art. 13 LC continúa precisando que la solicitud de intervención no suspenderá el curso del procedimiento.

⁴³⁰ Art. 14 LEC: «Intervención provocada. 1. En caso de que la ley permita que el demandante llame a un tercero para que intervenga en el proceso sin la cualidad de demandado, la solicitud de intervención deberá realizarse en la demanda, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa. Admitida por el tribunal la entrada en el proceso del tercero, éste dispondrá de las mismas facultades de actuación que la ley concede a las partes.»

⁴³¹ Art. 14.2 LEC: «Cuando la ley permita al demandado llamar a un tercero para que intervenga en el proceso, se procederá conforme a las siguientes reglas:

1.ª El demandado solicitará del Tribunal que sea notificada al tercero la pendencia del juicio. La solicitud deberá presentarse dentro del plazo otorgado para contestar a la demanda o, cuando se trate de juicio verbal, al menos cinco días antes de la vista.

2.ª El Letrado de la Administración de Justicia ordenará la interrupción del plazo para contestar a la demanda o la suspensión del acto de juicio caso de que fuera verbal y acordará oír al demandante en el plazo de diez días, resolviendo el Tribunal mediante auto lo que proceda.

3.ª El plazo concedido al demandado para contestar a la demanda se reanudará con la notificación al demandado de la desestimación de su petición o, si es estimada, con el traslado del escrito de contestación presentado por el tercero y, en todo caso, al expirar el plazo concedido a este último para contestar a la demanda. Si se tratase de un juicio verbal y el Tribunal hubiera estimado la solicitud, el Letrado de la Administración de Justicia hará nuevo señalamiento para la vista, citando a las partes y al tercero llamado al proceso.

4.ª Si comparecido el tercero, el demandado considerase que su lugar en el proceso debe ser ocupado por aquél, se procederá conforme a lo dispuesto en el artículo 18.

5.ª Caso de que en la sentencia resultase absuelto el tercero, las costas se podrán imponer a quien solicitó su intervención con arreglo a los criterios generales del artículo 394 de esta ley.»

Admitida la intervención, no se retrotraerán las actuaciones, pero el interviniente será considerado parte en el proceso a todos los efectos y podrá defender las pretensiones formuladas por su litisconsorte o las que el propio interviniente formule, si tuviere oportunidad procesal para ello, aunque su litisconsorte renuncie, se allane, desista o se aparte del procedimiento por cualquier otra causa⁴³².

También se permitirán al interviniente las alegaciones necesarias para su defensa, que no hubiere efectuado por corresponder a momentos procesales anteriores a su admisión en el proceso. De estas alegaciones se dará traslado, en todo caso, a las demás partes, por plazo de cinco días.

Este interviniente voluntario podrá, asimismo, utilizar los recursos que procedan contra las resoluciones que estime perjudiciales a su interés, aunque las consienta su litisconsorte.

La buena praxis judicial debe determinar que la presentación de la demanda de rescisión sea notificada a todos los personados en el concurso; no emplazados. Es decir, no deben presentarse copias de la demanda para todos los personados en el procedimiento a fin de darles traslado de la interposición de la acción rescisoria sino que, emplazando únicamente a aquéllos que sean demandados, el juzgado además debería notificar a los personados la presentación de la misma por si tuvieran interés en participar como coadyuvantes.

Consecuencia de lo anterior es la imposibilidad por los coadyuvantes de utilizar (como táctica dilatoria o no) alegaciones posteriores al momento de la contestación a la demanda respecto de las que la Ley procesal concede para el caso de que, por el momento en que se produce la intervención, no hubieran podido realizar alegaciones. La LEC se basa en un litigio en el cual hay unos determinados sujetos como demandantes y demandados, el tercero no tiene conocimiento del procedimiento y por ello (al tener conocimiento) interviene en cualquier momento. Pero en la acción de reintegración, al haberse notificado la interposición, el conocimiento se tiene desde el inicio y las personaciones se pueden realizar en el plazo que para contestar a la demanda concede la Ley al demandado; por ello, no será admisible que en un momento posterior (vista o señalamiento para sentencia), se personase cualquier interesado como coadyuvante y realizase alegaciones necesarias para sus intereses con la concesión de plazo de cinco días a las demás partes⁴³³.

⁴³² SHAW MORCILLO, L. "La legitimación pasiva en el ejercicio de la acción rescisoria", en *La reintegración de la masa* (Beltrán, E. y Sanjuán, E., dirs.) Op. cit. Pg. 473.

⁴³³ SHAW MORCILLO, L. "La legitimación pasiva en el ejercicio de la acción rescisoria", en *La reintegración de la masa* (Beltrán, E. y Sanjuán, E., dirs.) Op. cit. Pgs. 473 y 474.

La clave para la resolución del problema radica en la determinación de la titularidad de la legitimación para intervenir en este proceso de reintegración. En este sentido, siguiendo la fundamentación de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5ª, de fecha 17/01/2014 (recurso 5568/2013), ponente Ilmo. Sr. D. José Herrera Tagua, Fundamento de Derecho Tercero, el art. 72.1 LC es taxativo al determinar quién está legitimado para ejercitar esta acción: «*La legitimación activa para el ejercicio de las acciones rescisorias y demás de impugnación corresponderá a la administración concursal*». Por tanto, quien actúe como coadyuvante, en los términos previstos en el artículo 193.2º LC, estará siempre subordinado a la parte principal y nunca podrá ejercitar las acciones en orden a conseguir la reintegración patrimonial, consecuentemente a realizar todos los actos tendentes a ese fin, como pudiera ser interponer un recurso frente a una resolución adversa. Es cierto que la citada norma establece un supuesto de legitimación subordinada para los acreedores, pero solo para iniciar el proceso cuando se trate de los acreedores que hayan instado por escrito de la Administración concursal el ejercicio de alguna acción, si aquella no lo hiciera dentro de los dos meses siguientes al requerimiento. En los casos en que sea la Administración concursal la que promueve el incidente concursal de reintegración aparecerá como única legitimada para sostener dicha pretensión. Podrá contar con el apoyo de quien sea acreedor, pero será en todo caso subordinado a la posición de dicha parte, y solo para fortalecer los actos de la misma, nunca para emprender una posición propia y autónoma. En definitiva, en estos incidentes en los que está restringida la legitimación para promoverlos, el hecho de que se persone como coadyuvante, al amparo del art. 193, no puede conllevar que se eluda esa restricción en cuanto a la legitimación activa en los supuestos de reintegración establecida en el art. 72.1º LC, cuando no estamos ante el supuesto subsidiario que establece dicha norma.

Así pues, respecto de todos aquellos que no ostentan legitimación para actuar en el proceso incidental, nos encontramos ante sujetos que ostentan un interés en la acción rescisoria y quieren intervenir para sostener la posición de alguna de las partes demandantes o demandadas. Y aunque generalmente la figura del coadyuvante aparecerá apoyando al actor (normalmente Administración concursal) dado que los acreedores personados pueden estar interesados en la rescisión del negocio jurídico con el fin de incrementar la masa activa, también puede suceder que un tercero tenga interés en el mantenimiento del negocio y apoye al demandado⁴³⁴. Se tratará de un interés reflejo

⁴³⁴ VIVERO DE PORRAS, C. “Las acciones de reintegración”, en *El Derecho de la insolvencia*. CAMPUZANO, A.B. y SANJUÁN y MUÑOZ, E. (dirs.). Op. cit. Pg. 567.

como pudiera ser el caso anteriormente visto de tercero subadquirente cuando no se haya solicitado la recuperación del bien objeto del contrato.

Por cuanto antecede, parece que nos encontramos ante un supuesto de intervención voluntaria, no obligatoria ni necesaria, sino adhesiva, de una de las partes del proceso, de manera que no puede formular pretensiones distintas de las ya formuladas por las partes, limitándose a apoyar las pretensiones y la posición de una de ellas⁴³⁵.

Pero la propia jurisprudencia menor pone de manifiesto las serias dudas que genera la regulación legal acerca de la intervención procesal de tercero dentro del incidente concursal. En este sentido se sostiene⁴³⁶ que una vez ejercitada la acción por la Administración concursal, en puridad, no cabría intervención procesal de un acreedor o tercero interesado para actuar como coadyuvante del actor, como consecuencia de la restricción de legitimación activa a la que nos referíamos antes. Para poder intervenir es preciso gozar de un interés en el asunto que pudiera legitimar el ejercicio de la acción. Es por ello que tanto el ejercicio de la acción de reintegración como la formulación de la calificación concursal quedan excluidas de la intervención procesal, en la medida en que corresponde a la Administración concursal en exclusiva en el primer caso, y de forma compartida con el Ministerio Fiscal en el segundo, el ejercicio de esas acciones.

Ya comentamos al principio del presente apartado que, normalmente, nos encontraremos con intervinientes como la propia Administración concursal y los acreedores. Las situaciones que puede propiciar la aplicación del art. 193 LC son muy diversas. Los Administradores, notificados del ejercicio de la acción por los acreedores, pueden comparecer apoyando la acción, u oponerse si consideran que el mantenimiento del acto impugnado es beneficioso. También puede suceder que acreedores que no hayan demandado se opongan o apoyen la demanda de la Administración concursal, o la formulada por otro acreedor al amparo de lo dispuesto en el art. 72.1 LC. Tal cúmulo de intervenciones pueden provocar un entorpecimiento en el desarrollo de la tramitación del proceso concursal y, especialmente, del incidente rescisorio, pudiendo servir, incluso, para dilatar actuaciones. Por ello se considera que el Juez habrá de estar muy atento, sugiriéndose la vía de las costas procesales, o la multa por temeridad, como remedios para evitar tentaciones a este respecto⁴³⁷.

⁴³⁵ HUELMO REGUEIRO, J. "Aspectos procesales de la acción rescisoria concursal" en *Problemas procesales del concurso de acreedores* (Cachón Cadenas, M., Picó i Junoy, J., Riba Trepal, C. y Ruiz de la Fuente, M.C., Coords). Op. cit. Pg. 166.

⁴³⁶ SAP Barcelona, Sección 15ª, de fecha 24/10/2008 (recurso 301/2008), ponente Ilmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo, Fundamento de Derecho Tercero.

⁴³⁷ AZNAR GINER, E. "La acción rescisoria concursal". Op. cit.

Precisamente una de las posibilidades a considerar puede tener interés si se trata de profundizar en esta modalidad especial de la intervención procesal. Nos referimos al supuesto en que la Administración concursal sea requerida por los acreedores para el ejercicio de una acción de reintegración dejando que transcurra el plazo de los dos meses sin interponer acción alguna, siendo los acreedores los que la ejerciten al amparo de su legitimación subsidiaria.

La particularidad del caso viene dada por el hecho de que la Administración concursal, cuando recibe la petición, ha de llevar a cabo un juicio de prosperabilidad de la acción antes de decidir si la ejercita o no. En este proceso de toma de decisión ha de ponderar, además de la propia idoneidad de la acción, la corrección formal y material de la solicitud, ya que ésta ha de formularse por escrito con sujeción a unos requisitos legalmente predeterminados (art. 72.1 LC), cuales son: señalar el acto concreto que se trate de rescindir o impugnar y el fundamento de la pretensión (*petitum y causa petendi*).

En tales circunstancias, es posible que la negativa de la Administración concursal al ejercicio de la acción rescisoria propuesta por los acreedores se deba, por una parte a la endeblez de la acción en sí misma considerada; por otra parte, al hecho de que la defectuosa solicitud obligue a su rechazo, por ejemplo, por falta de determinación del acto rescindible, al referirse el acreedor proponente al mismo de forma vaga o imprecisa, o que haga precisa una labor prospectiva por parte de la Administración concursal para su concreción. Se trataría de supuestos en los que el acreedor pretende rescindir pagos de créditos identificados de forma genérica como los producidos durante un período de tiempo, sin precisar los concretos beneficiarios, de entre todos los satisfechos, en el concreto lapso de tiempo propuesto. O, también, cuando se refiere a actos de extinción de obligaciones ejecutados por la deudora a favor de de los socios de la misma, siendo que éstos pueden ser distintas personas y referirse a pagos en general, algunos de los cuales pueden no ser perjudiciales para la masa activa. Igualmente, puede darse el supuesto en que la petición se formule antes de la conclusión y presentación del Informe concursal del art. 75 LC, en un período demasiado temprano del procedimiento, y le falten a la Administración concursal, elementos de conocimiento para adoptar una decisión correcta en el ejercicio de su juicio de ponderación.

En todos estos casos, como ya quedó dicho, la falta de ejercicio por parte de la Administración concursal, unida al transcurso del plazo de tiempo legalmente previsto, legitimaría a los acreedores con carácter subsidiario para interponer la acción rescisoria. Cuando así fuere, la Administración concursal puede tener motivos para apoyar la pretensión rescisoria, si ha podido verificar la corrección de todos o parte de los

hechos esgrimidos por los acreedores instantes en su demanda rescisoria, pero también puede tener motivos para rechazar los argumentos o los motivos aducidos en ese escrito de demanda, si considera que, bien no se formularon adecuadamente en su momento, por falta de rigor o de concreción, o por exigir una investigación prospectiva de la Administración concursal al tiempo de la formulación del capital documento del Informe del art. 75 LC (determinación de activos y pasivos de la concursada), para la que todavía no estaba preparado por carecer del conocimiento adecuado de la situación de la concursada en aquel momento, o bien por haberse formulado la demanda con una evidente falta de rigor, que no haya impedido su admisión (desgraciadamente, no se trata de una hipótesis desconocida o poco frecuente en la práctica del foro proceder a la admisión de la demanda, y a la incoación del incidente, sin haber realizado, previamente, el juicio de pertinencia o admisibilidad previsto en el art. 194.2 LC). Téngase en cuenta que las variables son múltiples, pudiéndose dar el caso de que la rescisoria interpuesta por los acreedores se estime por la Administración concursal prosperable sólo en una parte, al tiempo que resulte de la documentación en su poder que carece de fundamento en otra parte.

Parece claro que los textos legales ofrecen cobertura suficiente a la intervención de la Administración concursal en el proceso rescisorio instado por los acreedores en virtud de su legitimación subsidiaria. Se ha de citar el propio art. 13.1 LEC, en la medida en que la Administración concursal es titular de un interés directo y legítimo (la defensa de la masa pasiva en el proceso rescisorio). La LC también presta cobertura legal a esa intervención: i) el art. 184.5 dispone que la Administración concursal será oída siempre, sin necesidad de comparecencia en forma, con la única exigencia de actuar asistida de Letrado cuando intervenga en incidentes o recursos; ii) el art. 193.2 LC no excluye de forma alguna (ni expresa, ni tácita) a la Administración concursal; iii) finalmente, el art. 72.4 LC exige que las demandas interpuestas por los legitimados subsidiarios se notificarán a la Administración concursal, notificación que puede ser interpretada como una invitación expresa a participar en estos incidentes, pues para otros fines meramente informativos ya jugaría la regla del traslado de escritos, considerando que la Administración concursal es parte en todo el procedimiento y en sus incidentes (ex art. 184.5 LC), lo que convertiría en meramente superflua esta regla especial de la notificación, propia y específica del incidente de reintegración concursal.

Se hace preciso recordar que en los casos en que el requerimiento haya sido efectuado y la acción no haya sido deducida por la Administración concursal en el plazo de dos meses, la Ley no prohíbe a esta última el ejercicio posterior de la acción. Si ha de proseguir la

tramitación de la acción subsidiaria deducida por los acreedores, los demandantes tendrán la oportunidad de resarcirse de los gastos y costas conforme a los previstos en la LC (art. 51.4), por lo que es poco previsible que deseen desistir de su reclamación, independientemente de que sea anterior o posterior a la de otros acreedores o a la de la Administración concursal. De forma análoga, si esta última también interpone su demanda, su interés en que se sustancie trascenderá al propio y característico de la recomposición de la masa activa, pues el art. 11 del RD 1860/2004, de 6 de septiembre, que regulaba el arancel de la Administración concursal contemplaba, en todo caso, un aumento de su retribución en el 1% del incremento de la masa activa que se obtenga (0,5% para el no profesional)⁴³⁸.

Supuesto que en estos casos la Administración concursal puede intervenir voluntariamente en el incidente, se ha de reconocer que limitar la naturaleza de su intervención a la condición de coadyuvante puede privar al incidente de elementos de conocimiento que podrían ser determinantes para su resolución y que, en no pocas ocasiones, únicamente la Administración concursal estaría en condiciones de suministrar al Juzgador. En este sentido, se sostiene⁴³⁹ que la regla que exige la notificación de las demandas de rescisión interpuestas por los legitimados subsidiarios (art. 72.4 LC) es coincidente con la que recoge el art. 54.4, párrafo tercero, LC (otro supuesto de legitimación subsidiaria) y responde a idéntica razón: se trata de que la Administración concursal conozca la existencia del procedimiento y de que, en su caso, si así lo estima conveniente, pueda intervenir tras formular la correspondiente solicitud y una vez ésta sea atendida (art. 13 LEC); de hacerlo, se abren para ella todas las oportunidades de alegación, prueba y recurso que la citada norma establece: podrá defender las pretensiones deducidas por los acreedores, si hubiere ocasión para ello, con las mismas razones esgrimidas por éstos o con otras que tenga por conveniente, podrá continuar el procedimiento aunque quienes inicialmente lo promovieron desistan de él, podrá proponer prueba y podrá impugnar la sentencia que le sea desfavorable con independencia de que los acreedores la recurran o la consientan.

Sin embargo, en tales casos podría correrse el riesgo de configurar otro supuesto de intervención, la “principal”, en la que el tercero ejercita un derecho, tanto frente al demandante como frente al demandado, pero incompatible con la pretensión o, dicho en palabras de nuestro Tribunal

⁴³⁸ NIETO DELGADO, C. Comentarios al art. 72 LC, en AAVV MACÍAS CASTILLO, A. y JUEGA CUESTA, R. (Coord.) *Ley Concursal Comentada*. Op. cit. Pgs. 277 y 278.

⁴³⁹ HERRERO PEREZAGUA, J.F. Legitimación y procedimiento en las acciones de reintegración”, en *La Reintegración en el Concurso de Acreedores* (GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A. Dir.). Op. cit. Pgs. 185 y 186.

Supremo⁴⁴⁰, «cuando un tercero por medio de una demanda independiente se atribuye para sí, total o parcialmente, el objeto de un proceso pendiente, en virtud de un derecho contra ambas partes del mismo»⁴⁴¹. Este supuesto carece de cobertura en nuestra LEC, que no la permite en cuanto el tercero es titular de una pretensión distinta a la que se debate en el proceso e incompatible con la misma, de tal forma que ya no se estaría ante un supuesto de intervención de terceros sino ante una ampliación del objeto del proceso.

La solución pasaría por interponer la correspondiente demanda e instar la acumulación de procesos con amparo en los arts. 74 y siguientes de la LEC⁴⁴². Sin embargo, en materia del incidente de rescisión la LC no contempla la posibilidad de acumulación (al contrario de lo que se dispone en relación con los incidentes de impugnación de inventario y de la lista de acreedores). Tampoco se prevé genéricamente respecto del incidente concursal en el art. 192 LC. Otras soluciones procesales, como la suspensión de los procedimientos posteriores por prejudicialidad civil, puede chocar con la exigencia contenida en la LEC (art. 41). Parece que la opción técnicamente más correcta en estos casos sería inadmitir las rescisorias posteriores a la primera, que se deduzcan por distintos legitimados (ex art. 194.2 LC), remitiendo a los actores a la posibilidad de adoptar la posición procesal de interviniente voluntario en el primer procedimiento, con la facultad de defender las pretensiones formuladas por su litisconsorte o las que el propio interviniente formule, aunque su litisconsorte renuncie, se allane, desista o se aparte del procedimiento por cualquier otra causa (art. 13.1 LEC)⁴⁴³.

Circunscribiendo la respuesta a la posición estricta del coadyuvante se manifestaron los Magistrados y Secretarios Judiciales de Juzgados Mercantiles de Cataluña, en sus conclusiones sobre aspectos procesales en la tramitación de los concursos vertidas en su Seminario de 29/09/2014, punto 11 (Acción rescisoria), apartado 11.3⁴⁴⁴.

⁴⁴⁰ STS, Sala Primera, de fecha 8/04/1994, ponente Excmo. Sr. D. Alfonso Barcala Trillo-Figueroa, Fundamento de Derecho Cuarto.

⁴⁴¹ GIMENO SENDRA, V. Derecho procesal civil I. El proceso de declaración. Parte general. Op. cit. Pg. 167.

⁴⁴² GIMENO SENDRA, V. Derecho procesal civil I. El proceso de declaración. Parte general. Op. cit. Pg. 167.

⁴⁴³ NIETO DELGADO, C. Comentarios al art. 72 LC, en AAVV MACÍAS CASTILLO, A. y JUEGA CUESTA, R. (Coord.) *Ley Concursal Comentada*. Op. cit. Pg. 278.

⁴⁴⁴ «En caso de que la acción rescisoria la ejercite el acreedor, ésta se dirigirá única y exclusivamente contra el deudor y quien hubiera sido parte en el acto impugnado, no así contra el administrador concursal al no haber ninguna suerte de litisconsorcio pasivo necesario entre ellos, sin perjuicio de que, de conformidad con lo previsto en el Art. 74.2 LC, se le deba notificar la interposición de la demanda por si desea intervenir en el incidente como parte meramente coadyuvante.»

e") Procedimiento

El procedimiento previsto para la sustanciación de las acciones rescisorias y demás de impugnación que pudieran ejercitarse (art. 72.4 LC) es el incidente concursal.

La doctrina⁴⁴⁵ plantea en este caso la cuestión relativa a que siendo obligatoria la formulación de la demanda contra el deudor y quienes hayan sido parte en el acto impugnado e incluso contra el tercero que haya adquirido el bien, resulta totalmente inadecuado el juicio verbal para su decisión. Sin embargo, el incidente concursal no queda limitado a la celebración de la vista propia del juicio verbal (como se verá en un posterior apartado de este trabajo), pues contiene una fase previa de alegaciones que se acomoda a los trámites del juicio ordinario de la LEC, lo que encauza la articulación de las pretensiones del resto de partes en la acción rescisoria con las garantías propias del juicio ordinario, por el que aquel autor se muestra decididamente partidario, en este caso, en sustitución del incidente concursal.

La competencia para conocer del mismo corresponde al Juez del concurso (art. 71.6 LC) y es preceptiva la representación por Procurador y la asistencia de Letrado (art. 184.2 y 3 LC).

El incidente se tramitará como pieza separada dentro de la Sección 3ª del concurso (relativa a la masa activa) sin suspender el curso del procedimiento concursal (art. 183.3º LC).

No hay impedimento alguno para que la acción rescisoria se acumule a otras acciones distintas, siempre que exista el necesario nexo entre las que se ejerciten por razón de la causa de pedir⁴⁴⁶.

⁴⁴⁵ SERRA DOMÍNGUEZ, M. *Comentarios a la Ley Concursal*. Tomo 3. (SAGRERA TIZÓN, J.M.; SALA REIXACS, A. y FERRER BARRIENDOS, A., Coordinadores). Op. cit. Pg. 1910.

⁴⁴⁶ NIETO DELGADO, C. Comentarios al art. 72 LC, en AAVV MACÍAS CASTILLO, A. y JUEGA CUESTA, R. (Coord.) *Ley Concursal Comentada*. Op. cit. Pg. 280, con cita de la SAP Madrid, Sección 28ª, de fecha 7/03/2014 (recurso 523/2012), ponente Ilmo. Sr. D. Alberto Arribas Hernández, Fundamento de Derecho Segundo: «*En todo caso, tampoco se aprecia que se hayan acumulado indebidamente las dos acciones rescisorias...*

La acumulación subjetiva no exige ni la identidad de título o causa de pedir ni que las acciones se funden en los mismos hechos. Lo que requiere la acumulación es que exista un nexo por razón del título o causa de pedir, ahora bien, es la propia norma la que facilita la tarea interpretativa presumiendo la identidad o conexidad de título o causa de pedir cuando las acciones se funden en los mismos hechos, lo que no veta la acumulación en caso de que los hechos no sean idénticos pues basta que entre las acciones exista un nexo por razón del título o causa de pedir.

Por otra parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2007, siguiendo la de 3 de octubre de 2000, sintetiza la jurisprudencia sobre la acumulación de acciones en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, doctrina perfectamente aplicable a la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, mediante las siguientes notas:

Tampoco existe prohibición para que la acción se deduzca por vía reconvenicional e incluso ha sido admitida esa posibilidad en el marco del incidente del art. 96 LC⁴⁴⁷.

1ª.- Flexibilidad, en el sentido de ser admisible la acumulación aunque el supuesto no se halle literalmente comprendido en la dicción del art. 156 si tampoco le alcanzan las prohibiciones de los arts. 154 y 157 (SSTS 5-3-56, 12-6-85, 24-7-96, 7-2-97 y 3-10-00).

2ª.- Distinción entre título, como negocio jurídico, y causa de pedir, concepto más amplio, como hecho o conjunto de hechos que tienen idoneidad para producir efectos jurídicos, como acaecimiento de cuya existencia o inexistencia pretende el actor deducir las consecuencias jurídicas determinantes de su petición o, si se quiere, como relato histórico en que se funda la demanda (SSTS 24-7-96 y 3-10-00).

3ª.- Relevancia primordial de la conexión jurídica o conexión causal entre las acciones ejercitadas como criterio para medir la identidad de su causa de pedir, la pertinencia de su acumulación y la justificación de tratamiento procesal unitario y decisión por una sola sentencia (SSTS 5-3-56, 7-2-97, 3-10-00 y 10-7-01).

4ª.- Evitación de dilaciones indebidas siempre que no se mermen ni restrinjan los medios de defensa e impugnación de las partes (SSTS 14-10-93, 18-7-95, 19-10-96 y 10-7-01)".

La aplicación de la anterior doctrina al supuesto de autos conduce al rechazo de la infracción denunciada, en primer lugar, en aplicación del criterio de flexibilidad que fija la jurisprudencia en tanto que no se aprecia que concurra ninguno de los supuestos en que se excluye la posibilidad de acumulación de acciones y, además, porque se aprecia el necesario nexo entre las acciones ejercitadas por razón de la causa de pedir al tratar de rescindir dos contratos de arrendamiento suscritos en la misma fecha por la concursada en una época próxima a la declaración de concurso con el entorno familiar del administrador de la sociedad concretamente su esposa y la novia de su hijo fijando en ambos casos una renta que, a juicio de la administración concursal es claramente inferior a la de mercado y que nunca se ha abonado.»

⁴⁴⁷ NIETO DELGADO, C. Comentarios al art. 72 LC, en AAVV MACÍAS CASTILLO, A. y JUEGA CUESTA, R. (Coord.) Ley Concursal Comentada. Op. cit. Pg. 280, con cita de la SAP Asturias, Sección 1ª, de fecha 16/04/2014 (recurso 296/2013), ponente Ilmo. Sr. D. Javier Antón Guijarro, Fundamento de Derecho Tercero: *«Primeramente se trata del ejercicio de una acción de reintegración concursal cuyo conocimiento le compete al Juez del concurso, concurriendo además la conexión exigida por el art. 406 LEC, y si bien es cierto que tal requisito de la conexidad entre las pretensiones ha sido merecedor de interpretaciones diversas y discrepantes entre la doctrina, no podemos olvidar la referencia que supone la presencia de una serie de requisitos también exigidos por el legislador el art. 72 LEC) para la acumulación subjetiva de acciones -aún sin olvidar que en la reconvenición no estamos en presencia propiamente de tal acumulación subjetiva desde el momento en que no concurre la diversidad subjetiva propia de esta última - como es la exigencia referida a que entre las acciones a acumular "exista un nexo por razón del título o causa de pedir". Se trata por lo tanto de que los hechos en que se fundamenta una y otra acción, por más que sean diversos entre sí, traigan causa de una misma relación jurídica, lo que así puede apreciarse sin mayores dificultades en el caso presente pues mientras la concursada demandante pretende que se excluya del inventario del activo determinados derechos de crédito que aparecen reconocidos a su favor frente a otras sociedades vinculadas, alegando para ello que se trata de pagos realizados en virtud de las relaciones jurídicas contraídas con aquellas sociedades y que tales derechos de crédito no pueden haber nacido mientras la relación jurídica de que se trata no sea declarada ineficaz, la Administración concursal reacciona reclamando precisamente la rescisión de los negocios jurídicos llevados a cabo por "Asturpharma, S.A." de los que aquellos pagos traen causa.*

En segundo lugar, el hecho de la que la demanda reconvenicional aparezca dirigida frente a terceras personas tampoco puede resultar óbice desde el momento en que la situación litisconsorcial exigida para el ejercicio de la acción de reintegración concursal viene impuesta en cualquiera de los casos conforme los términos previstos en el art. 72-3 L.C., sin que por ello pierda el Juez del concurso su competencia objetiva.

El mayor inconveniente para unificar en un mismo incidente concursal ambas acciones, principal y reconvenicional, vendría dado por el diferente régimen del recurso de apelación previsto para la Sentencia que resuelva la impugnación del inventario (apelación diferida conforme la regla general del art. 197-4 L.C.) en relación con el de la Sentencia que resuelva la reintegración concursal (apelación directa según la excepción contenida en el art. 197-4 in fine L.C.). Esta diferencia de trato obedece a la necesidad de introducir restricciones a los recursos para evitar, en el primer caso, la dilación en la

Igualmente resulta posible la adopción de medidas cautelares para asegurar el eventual resultado positivo de la impugnación⁴⁴⁸, estimando la jurisprudencia menor que no resulta exigible caución a la Administración concursal, a pesar de la falta de apoyo legal a tal conclusión⁴⁴⁹. La razón fundamental estriba en una consideración de tipo

conclusión de la fase común del concurso, restricciones que por tanto no afectan a aquellos otros incidentes, como el de reintegración, de cuya tramitación no depende la terminación de esa fase común. Entendemos sin embargo que semejante discordancia no puede erigirse en un obstáculo decisivo toda vez que, debiendo primar el régimen de recurso aplicable a la acción principal, la Administración concursal que decida utilizar la vía reconvenzional para el ejercicio de la acción de reintegración debe asumir con ello el sometimiento al sistema general de apelación diferida que será aplicable a la Sentencia que resuelva el incidente concursal, permitiendo de esta manera preservar la celeridad del procedimiento, sin que de ello se derive merma alguna de garantías para la sustanciación de la acción de reintegración ni inconveniente práctico insalvable para la acumulación de ambas acciones.»

⁴⁴⁸ En contra, artículo de opinión "Las acciones de Reintegración; Aspectos Procesales", en Boletín de Mercantil El Derecho nº 5. Editorial El Derecho Editores. Julio de 2008. Pg. 5. «Creo que hay varios motivos para llegar a una respuesta negativa. El primero es definible como factual; me refiero a que el art. 71 y ss. LC omiten cualquier mención a las medidas cautelares y, sin embargo, las mismas sí están expresamente contempladas en otros supuestos también regulados por el trámite del incidente concursal, tales como el apdo. 3, art. 48 o el art. 17 de esta Ley; igualmente, véase el art. 129,4.

El segundo motivo es material, y consiste en la dificultad de poder cumplir con los requisitos generales de las medidas cautelares, conforme se regulan en la LEC, en el momento de presentar la demanda de reintegración, puesto que el hecho perjudicial que se pretende rescindir hace ya tiempo que se ha producido y no puede alegarse la existencia de peligro por las consecuencias de su prolongación o continuación en el tiempo, que se repararán por vía de los efectos de la sentencia que estime la ineficacia del acto impugnado. En el caso habitual, el de la transmisión de un bien que se encontraba en el patrimonio del luego concursado, esta operación ya se ha ejecutado plenamente y ha desplegado todos sus efectos, luego la protección cautelar pierde sentido, si a lo anterior añadimos que las transmisiones posteriores (concebidas como continuación de la situación susceptible de protección cautelar) se compensarán por vía dineraria, como alternativa a la devolución de prestaciones, volvemos a llegar a la misma conclusión. Residualmente, quizás cabría plantear como petición cautelar la anotación preventiva de la demanda en el Registro de la propiedad.»

⁴⁴⁹ GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C. "Las acciones de reintegración", en *Tratado Práctico del Derecho concursal y su reforma* (MARTÍNEZ SANZ, F. Dir., PUETZ, A., Coord.). Op. cit. Pg. 640, con cita del Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de fecha 16/01/2007 (recurso 359/2006), ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo, Fundamentos de Derecho Segundo y Quinto: «SEGUNDO: Apelación del auto que resuelve sobre la oposición a unas medidas cautelares adoptadas en el curso de un incidente concursal.

...
La ley concursal no prevé la posibilidad de que pudieran solicitarse y acordarse medidas cautelares con ocasión del ejercicio de una acción de reintegración, y sin embargo no existe inconveniente en admitirlo, aplicando lo previsto en los arts. 721 y ss. LEC, merced a la remisión general contenida en la disposición final 5ª de la Ley concursal: "(E)n lo no previsto en esta ley será de aplicación lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil...". A falta de previsión específica sobre las medidas cautelares en los incidentes concursales, debemos aplicar pues los arts. 721 y ss., y no sólo lo que se refiere a las medidas susceptibles de adopción (arts. 726 y 727 LEC), sino también a los requisitos exigibles (art. 728 LEC), el momento de su solicitud y trámite a seguir para su adopción (arts. 730 y ss. LEC), así como la oposición a las medidas adoptadas sin audiencia del demandado - como es el caso- (art. 739 LEC), la modificación y alzamiento de las medidas (arts. 743 y ss. LEC) y la caución sustitutoria (arts. 746 y 747 LEC).

...
QUINTO: Caución

Respecto de la caución, aun siendo en principio un requisito necesario de las medidas cautelares, su cuantificación queda afectada, entre otras razones, por la mayor o menor apariencia de buen derecho, y en el presente caso es tan clara esta apariencia y tan poco lesiva la medida (art. 728.2 LEC), que se aprecia justificada la decisión del juzgado de no exigirla.»

práctico: los perjuicios que en su caso se les causen a los demandados habrán de quedar sometidos, en cuanto a su exacción y pago, a la disciplina del concurso y de los créditos contra la masa. Con ser atendible este argumento, lo cierto es que no se halla recogido expresamente por la norma. Es cierto que la regla general de prestación de caución no es tanto un presupuesto de la adopción de la medida instada como una condición de su ejecución. Pero si se estima atendible que la Administración concursal quede exonerada de la prestación de caución, habrá de establecerse así por el Legislador, expresamente. En cualquier caso, en la resolución reflejada a pie de página se observa que, junto a la argumentación de apoyo que se brinda para sostener la exención de caución, adquiere un peso específico la intensidad de la apariencia de buen derecho, lo que viene a significar que el juicio de probabilidad que en este momento ha de llevar a cabo el Juzgador se erige en factor de decisión sobre la exigibilidad de la caución⁴⁵⁰. La falta de regulación legal específicamente concursal exige aplicar subsidiariamente las disposiciones de la LEC (arts. 721 a 729).

Estas acciones tienen una destacada entidad, como se viene apreciando, por lo que se debe considerar que la efectiva tutela de los intereses de las partes y, en especial, los del tercero que actuó con el deudor, justifica un conocimiento plenario de la cuestión⁴⁵¹ que invita a no eludir la celebración de vista en este trámite incidental para la mejor salvaguarda de aquéllos.

El incidente se sujeta a la regla general de la carga de la prueba, que incumbe al que alega los hechos perjudiciales (demandante). Las partes podrán hacer uso de todos los medios de prueba legalmente admitidos, si bien el legislador concursal ha optado por acoger unos casos en los que se presume sin posible prueba en contrario que el perjuicio para la masa activa concurre (art. 71.2 LC)⁴⁵². En otros casos se prevé una presunción de perjuicio iuris tantum que provoca un desplazamiento de la carga probatoria (art. 71.3 LC)⁴⁵³. Por la excepcionalidad que plantean los supuestos mencionados con respecto a la tramitación ordinaria de los procedimientos judiciales no conviene

⁴⁵⁰ HERRERO PEREZAGUA, J.F. Legitimación y procedimiento en las acciones de reintegración”, en *La Reintegración en el Concurso de Acreedores* (GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A. Dir.). Op. cit. Pgs. 193 y 194.

⁴⁵¹ VILLANUEVA, B. “La legitimación y las costas de la acción de reintegración”. Op. cit. Pg. 320.

⁴⁵² Actos de disposición a título gratuito (salvo las liberalidades de uso) y pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración de concurso (salvo que cuenten con garantía real).

⁴⁵³ Actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado, la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas y pagos u otros actos de extinción de obligaciones que contasen con garantía real y cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración de concurso.

realizar una interpretación extensiva de aquellas presunciones legales. En cualquier otro caso, corresponderá acreditar el perjuicio a quien ejercite la acción (art. 217 LEC)⁴⁵⁴.

Mientras esté tramitándose algún incidente rescisorio no cabrá dar por concluido el concurso, por la lógica expectativa de reintegración de bienes o derechos, sobre los que practicar después de su realización un pago a los acreedores a quienes por ley les corresponda (art. 176.bis.1 LC). La única excepción es que las acciones hubieran sido objeto de cesión⁴⁵⁵.

f') Recurso

La sentencia que pone fin al incidente concursal de reintegración produce efectos de cosa juzgada (art. 196.4 LC) y establecerá las consecuencias asociadas a la estimación/desestimación de la demanda.

Contra dicha sentencia cabe recurso de apelación directo (art. 197.4 LC), cualquiera que fuese la fase procedimental en que se hubieran ejercitado las acciones⁴⁵⁶. Dicho recurso se tramitará con carácter preferente.

Contra la sentencia de la Audiencia Provincial que resuelva el recurso de apelación podrán interponerse, en su caso, el recurso de casación y el extraordinario por infracción procesal, siguiendo los criterios de admisión de los mismos previstos en la LEC. Ahora bien, el recurso de casación sólo podrá interponerse por razón de la concurrencia de interés casacional y no por la cuantía⁴⁵⁷.

⁴⁵⁴ VILLANUEVA, B. "La legitimación y las costas de la acción de reintegración". Op. cit. Pg. 322.

⁴⁵⁵ SANCHO GARGALLO, I. "Las acciones de reintegración" en PRENDES CARRIL, Pedro y MUÑOZ PAREDES, Alfonso (dirs.). *Tratado judicial de la insolvencia*. Tomo II. (AAVV). Op. cit. Pgs. 1.242.

⁴⁵⁶ Antes de la entrada en vigor de la reforma operada por la Ley 38/2011 la respuesta era diferente en función de la fase del concurso en que se hubiese promovido la acción. Tras la reforma la respuesta es afirmativa en todo caso porque se excluye de la regla de rechazar el recurso de apelación a las sentencias dictadas en los incidentes de reintegración y demás de impugnación.

⁴⁵⁷ Apartado III, «Interés casacional», del Acuerdo de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de fecha 30/12/2011, sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, tras las modificaciones operadas en la regulación de dichos recursos en la LEC por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal. Anteriormente se alcanzaba la misma conclusión con apoyo en el Acuerdo del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de fecha 12/12/2000, relativo a criterios de recurribilidad, admisión y régimen transitorio en relación con los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal.

g') *Cuentas indistintas*

Nos referimos al incidente que se puede plantear en los supuestos en los que medie discrepancia con la decisión de la Administración concursal de integrar en la masa activa los saldos acreedores de cuentas en los que el deudor concursado figure como titular indistinto (art. 79.2 LC).

A diferencia de las previsiones contenidas en la LC para la resolución de los contratos, las cuales hacen requerir necesariamente un pronunciamiento judicial para acordar la resolución (bien por acuerdo previo entre partes, o bien tras la oportuna tramitación del procedimiento contradictorio), el incidente que dimana del art. 79 LC únicamente se plantea contra la decisión que se adopte por la Administración concursal, de manera que el tercero no precisa acudir a un procedimiento incidental si logra aportar prueba en contrario suficiente a la Administración concursal para destruir la presunción favorable a considerar bien integrante de la masa activa los saldos acreedores en cuenta⁴⁵⁸.

Se entiende que la decisión la adopta la Administración concursal al incluir en la masa activa todo o parte del saldo. La doctrina entiende que el incidente concursal se ha de interponer dentro del plazo para impugnar el inventario del art. 96 LC, pero cabe plantear si es posible que los otros titulares de los saldos de cuentas indistintas ejerzan el derecho de separación ex art. 80 LC, con la ventaja de que el plazo para impugnar ex art. 96 LC es de diez días, mientras que el ejercicio de la acción de separación ex art. 80 puede realizarse mientras esté vigente el concurso⁴⁵⁹.

En el incidente concursal que ahora nos ocupa, la carga de la prueba se invierte, pues quien alegue que no pertenece en exclusiva al deudor la totalidad del saldo de las cuentas deberá acreditarlo. La prueba se centrará en la existencia y alcance del derecho presunto, de forma que deberán verificarse aquellos actos o circunstancias por las que el derecho del concursado no alcanza a la totalidad del saldo acreedor. Sólo cuando los cotitulares del deudor prueben fehacientemente que éste no tiene derecho alguno a los fondos por pertenecer a otros titulares de la cuenta, no procederá la integración de los fondos en la masa activa. Si sólo se logra probar que no le pertenecen en parte, procederá tal

⁴⁵⁸ PAVÓN NEIRA, C. *El incidente concursal*. Op. cit. Pg. 65.

⁴⁵⁹ VILA FLORENSA, N. "Comentarios al art. 79 LC", en *Proceso concursal* (AAVV). Sala Reixachs, A.; Alonso-Cuevillas Sayrol, J.; Machado Plazas, J.; Vila Florensa, P. (Coords.). Op. cit. Pg. 533.

integración en la masa, pero únicamente en aquella proporción respecto de la cual no se haya logrado probar la titularidad ajena⁴⁶⁰.

h') *Derecho de separación*.

Se plantea en este caso, la discusión sobre la separación de bienes de la masa activa, de propiedad ajena, *ex iure domini*, pero que se encuentren en poder del concursado y sobre los que éste no tenga derecho de uso, garantía o retención. La discusión surge tras la decisión denegatoria de devolución de tales bienes tomada por la Administración concursal (art. 80.2 LC).

El derecho de separación es el medio de tutela del patrimonio ajeno ante el riesgo de su incorporación en el procedimiento concursal, lo que implícitamente limita su empleo a estos supuestos.

Se exige la constatación de tres requisitos:

- que el bien objeto del derecho de separación sea de titularidad ajena al concursado;
- que esté siendo poseído por el concursado o, en su caso, por la Administración concursal, o por utilizar una expresión más precisa, que hayan sido incluidos en la masa activa (de esta forma se evitan los problemas que pueden presentarse en los casos de posesión mediata)⁴⁶¹;
- que el concursado carezca de un derecho que ampare su continuidad posesoria;
- que recaiga sobre activos determinados e identificables.

Debe tenerse presente que mientras la masa pasiva queda determinada a la fecha de la declaración del concurso, la masa activa puede cambiar a lo largo de la tramitación de tal procedimiento bien por razón del ejercicio de acciones de separación (art. 80 LC), bien por razón del ejercicio de acciones de reintegración de la masa activa (art. 71 LC)⁴⁶².

⁴⁶⁰ MARTÍNEZ GALLEGO, E. Comentarios al art. 79 LC, en AAVV MACÍAS CASTILLO, A. y JUEGA CUESTA, R. (Coord.) *Ley Concursal Comentada*. Op. cit. Pg. 298.

⁴⁶¹ ARIAS VARONA, F. J. "La delimitación de la masa activa en el concurso" en PULGAR EZQUERRA, J. (dir.). *El concurso de acreedores (AAVV)*. Op. cit. Pg. 391.

⁴⁶² SAP Barcelona, Sección 15ª, de fecha 13/11/2012 (recurso 70/2012), ponente Ilma. Sra. Dª. Elena Boet Serra, Fundamento de Derecho Segundo: «En ese sentido, debe significarse (como afirmamos en nuestra Sentencia de 16 de julio de 2009, Rollo 93/2009) que la inclusión de un bien o de un derecho de crédito en el inventario no implica necesariamente, aunque luego ese inventario sea aprobado judicialmente, un pronunciamiento declarativo de la propiedad o del derecho real del

El ejercicio del derecho de separación se hará por el legítimo titular del bien. A tal efecto, son legítimos titulares los que ostentan un derecho de propiedad o titularidad, un derecho real limitado que no sea de garantía y los titulares de derechos de restitución⁴⁶³.

La aplicación del incidente de separación (art. 80 LC) requerirá la determinación e identidad del bien de propiedad ajena cuya separación se pretende, como exigencia propia de la naturaleza de dicha pretensión, por lo que quedarían excluidos de la misma los bienes fungibles⁴⁶⁴.

concurrido sobre aquellos bienes, o del derecho de crédito de la concursada frente a un tercero, que legitime dentro del concurso su reclamación contra dichos terceros. El inventario no cumple la finalidad de determinar con exactitud la masa activa -como sí ocurre con la lista de acreedores-, sino de informar sobre ella a los acreedores afectados por un posible convenio o de orientar la liquidación, en su caso. De ahí que sea compatible la inclusión de estos bienes y derechos dentro del inventario con el posible litigio sobre dichos bienes o derechos, a través de un incidente de separación (art. 80 LC) o de un juicio declarativo dentro del concurso o incluso fuera de él, de acuerdo con las reglas previstas en los arts. 50, 51 y 54 LC.»

⁴⁶³ MARTÍNEZ GALLEGO, E. Comentarios al art. 80 LC, en AAVV MACÍAS CASTILLO, A. y JUEGA CUESTA, R. (Coord.) Ley Concursal Comentada. Op. cit. Pg. 300.

⁴⁶⁴ SAP Madrid, Sección 28ª, de fecha 17/10/2012 (recurso 69/2012), Ponente Ilmo. Sr. D. Ángel Galgo Peco, Fundamento de derecho Tercero: *«En su recurso, los demandantes achacan a la resolución impugnada haber vulnerado el artículo 80 de la Ley Concursal. No apreciamos motivos para tal crítica. En efecto, la aplicación del precepto señalado, que es el que marca el régimen de la pretensión deducida, requeriría la determinación e identidad del bien de propiedad ajena cuya separación se pretende, como exigencia propia de la naturaleza de dicha pretensión, por lo que quedarían excluidos de la misma los bienes fungibles. Las cosas fungibles se caracterizan o son apreciadas por sus cualidades genéricas y su cantidad y son sustituibles unas por otras sin quebranto de su utilización para satisfacer necesidades humanas, siendo paradigmático ejemplo de ellas una suma de dinero. En cambio, las no fungibles son individualidades concretas, que se señalan por su nombre o datos precisos que las individualizan de modo inconfundible, por lo que no resulta indiferente para que alcancen su finalidad económica el sustituirlas por otras del mismo género.*

No cabría, por lo tanto, pretender la separación de la masa activa del concurso de una cantidad de dinero, en tanto que se trata, por regla general (y salvo concretas excepciones que aquí no se dan, como, por ejemplo, el dinero depositado en una caja fuerte o el ingreso en una cuenta separada en la que no hubiera mediado disposición alguna) de un bien fungible indiferenciado del resto de lo de la misma especie que pueda poseer el concursado (así lo señalamos ya en el asunto FORUM FILATÉLICO, mediante sentencia de esta sección 28ª de la AP de Madrid de fecha 12 de marzo de 2010 y, en relación con una pretensión similar planteada en el concurso de AFINSA, en sentencia de esta fecha recaída en el rollo de apelación 23/2012).

El tratamiento que correspondería conforme a la Ley Concursal a la restitución de cosas fungibles habría de ser, por lo tanto, el reconocimiento de un derecho de crédito en la masa pasiva del concurso. No procede por ello estimar la pretendida titularidad de la parte apelante sobre una determinada suma de dinero ni el derecho de separación ejercitado en virtud de un alegato de esa índole.»

En el mismo sentido, SJM número Uno de Alicante, de fecha 20/11/2009 (ponente Ilmo. Sr. D. Rafael Fuentes Devesa), Fundamento de Derecho Tercero: *«Son requisitos necesarios para el éxito de la separación los siguientes: ... b) objetivo: que la cosa cuya entrega se reclama i) esté perfectamente identificada... Lo primero viene determinado por la naturaleza de la pretensión, ya que esta facultad que asiste al acreedor ex iure domini para recuperar los bienes que se encuentren en poder del concursado guarda cierta analogía con la acción reivindicatoria, por lo que exige, al igual que ésta, la acreditación del dominio o la propiedad sobre el bien y la identificación de la cosa, de tal manera que quedan excluido del mismo los bienes fungibles, como dice la Sentencia del JM de Málaga de 4/10/2007, con cita de la Sentencia de 11 de mayo de 2006 del Juzgado de lo Mercantil de Oviedo que expone que el derecho de separación exige la más perfecta identificación de los bienes a separar.»*

También la más moderna SAP Madrid, Sección 28ª, de fecha 25/04/2014 (recurso 669/2012), ponente Ilmo. Sr. D. Ángel Galgo Peo, Fundamentos de Derecho 6 a 8, ambos inclusive.

Por lo que se refiere al modo de ejercer el derecho de separación el tenor del art. 80 LC marca con nitidez dos fases distintas. Una primera claramente informal y necesaria, ante la Administración concursal⁴⁶⁵; otra contingente, a través del procedimiento incidental, si es que la Administración concursal rechaza la solicitud de separación.

Sin embargo, la exigencia de la reclamación a la Administración concursal no debe considerarse necesaria si antes de haberse declarado el concurso ya se había interpuesto una acción tendente a la restitución de la cosa, puesto que el auto de declaración del concurso no paraliza esas acciones⁴⁶⁶.

Las dificultades principales han recaído en la conexión entre este derecho y la impugnación del inventario, pues la inclusión del bien o derecho en la masa activa suele derivar de su incorporación como activo del deudor en el inventario. Surge la duda acerca de si el derecho de separación debe hacerse valer por la vía de la impugnación del inventario, sometida a reglas específicas en esta materia, y, por tanto, si quedaría vetado ese derecho cuando el plazo de impugnación hubiera transcurrido. El carácter no sustantivo del inventario obliga responder negativamente este extremo: la separación puede plantearse incluso precluido el plazo de impugnación del inventario en que consta ese activo como del deudor. Las modificaciones introducidas en esta materia por la Ley 38/2011 no alteran esta conclusión puesto que, de hecho, los cambios no afectan al régimen de impugnación del inventario en lo que se referiría al derecho de separación. Puede que el legislador haya considerado que la duda ya ha quedado resuelta en la jurisprudencia, aunque hubiera sido preferible un pronunciamiento definitivo sobre el particular⁴⁶⁷.

i') *Las acciones relativas a la calificación o pago de créditos contra la masa (art. 84.4 LC)*

Las acciones relativas a la calificación o al pago de los créditos contra la masa se ejercitarán ante el Juez del concurso por los trámites del incidente concursal en los supuestos en los que la Administración concursal no reconozca oportunamente el crédito contra la masa o no proceda a su pago⁴⁶⁸.

⁴⁶⁵ RECALDE CASTELLS, A. "Separación concursal" en *Enciclopedia de Derecho concursal. Tomo II*. Beltrán, E.; García-Cruces, J.A. (Dir.). Op. cit. Pg. 2.721.

⁴⁶⁶ RECALDE CASTELLS, A. "Separación concursal" en *Enciclopedia de Derecho concursal. Tomo II*. Beltrán, E.; García-Cruces, J.A. (Dir.). Op. cit. Pg. 2.721.

⁴⁶⁷ ARIAS VARONA, F. J. "La delimitación de la masa activa en el concurso" en PULGAR EZQUERRA, J. (dir.). *El concurso de acreedores (AAVV)*. Op. cit. Pgs. 392 y 393.

⁴⁶⁸ CERVERA MARTÍNEZ, M. "Los créditos contra la masa", en *El Derecho de la insolvencia*. CAMPUZANO, A.B. y SANJUÁN y MUÑOZ, E. (dirs.). Op. cit. Pgs. 638 y 639.

En todo proceso concursal son habituales las reclamaciones de acreedores interesando el reconocimiento a su favor de un crédito contra la masa, evitando con ello que su crédito resulte incorporado a la lista de acreedores concursales quedando postergado su pago al resultado del convenio o, en otro caso, de la liquidación. Es, por ello, que existe una abundante jurisprudencia en torno a una amplia diversidad de relaciones jurídicas generadoras de créditos contra la masa, incardinándose en alguno de los concretos supuestos relacionados en el art. 84 de la LC.

En este sentido, los créditos contra la masa constituyen un listado cerrado de créditos, no exento, en algunos casos, de las correspondientes dudas de interpretación que constituyen el fundamento de los incidentes concursales⁴⁶⁹.

Al tratarse de un crédito extraconcursal, postconcursal o contra la masa, podría defenderse que la reclamación del mismo puede plantearse ante los Juzgados de Primera Instancia o de lo Social, pero la dicción del precepto (art. 84.4 LC) es manifestación de la competencia exclusiva y excluyente del Juez del concurso conforme a los arts. 86.ter LOPJ y 8 LC.

El objeto del presente incidente es doble, por cuanto puede reclamarse la calificación de un crédito contra la masa o el abono del mismo.

Para que pueda iniciarse el incidente tendría que dirigirse previa reclamación a la Administración concursal, no tanto como requisito previo, que la norma no exige, sino para evitar una demanda cuando puede atenderse la petición previamente sin necesidad de aquélla. Pero en materia de indemnizaciones derivadas de expediente colectivo de trabajo, ordenadas por el Juez del concurso, el párrafo segundo del art. 84.2.5º LC dispone que éstas se entienden comunicadas y reconocidas por la propia resolución que las apruebe, sea cual sea el momento⁴⁷⁰.

No se prevé un momento específico para plantear el incidente de reconocimiento y pago de créditos contra la masa (las limitaciones que contiene el precepto se refieren a la ejecución del crédito reconocido) por lo que podrá llevarse a cabo en cualquier momento, desde la declaración de concurso hasta su conclusión⁴⁷¹.

⁴⁶⁹ PAVÓN NEIRA, C. *El incidente concursal*. Op. cit. Pg. 69.

⁴⁷⁰ CERVERA MARTÍNEZ, M. "Los créditos contra la masa", en *El Derecho de la insolvencia*. CAMPUZANO, A.B. y SANJUÁN y MUÑOZ, E. (dirs.). Op. cit. Pg. 640.

⁴⁷¹ SAP Asturias, Sección 1ª, de fecha 8/10/2007 (recurso 239/2007), ponente Ilmo. Sr. D. Javier Antón Guijarro, Fundamento de Derecho Segundo: «Vistos los términos en que se articula la oposición al recurso por la Administración Concursal alegando extemporaneidad de la pretensión deducida por la TGSS, pues ni fue comunicado su crédito dentro del plazo previsto por el art. 85-1 en

La legitimación activa corresponde a los acreedores titulares de créditos contra la masa vencidos. Puede ser, al mismo tiempo, acreedor de otra clase de créditos, de naturaleza concursal o que sean contra la masa y concursales en distintas cuantías. Nada impide reconocer dicha legitimación, también, al deudor concursado, en la medida en que no precisa de autorización de la Administración concursal a la que va a demandar, en coherencia con las previsiones que disponen cierta autonomía procesal del mismo en materias que le afectan personalmente (art. 145.3 LC)⁴⁷². La legitimación pasiva corresponde, exclusivamente, a la Administración concursal (art. 154 LC). No es necesario demandar al concursado en la medida en que no puede reconocer ni pagar esta clase de créditos, pero podrá participar en el incidente concursal por su condición de interesado en el mismo⁴⁷³.

En materia de postulación no se prevén reglas especiales, por lo que habrá que estar a lo dispuesto en la LC, con carácter general (art. 184). Por tanto, la Administración concursal deberá valerse de Letrado, que puede ser el que forme parte de ese órgano (art. 184.5 LC). En cuanto a los trabajadores pueden acudir por sí, u otorgar su representación a un tercero, sea graduado social, letrado, procurador o sindicato, sin que esta posibilidad se limite a los incidentes concursales laborales ya que la norma habla de la representación de los trabajadores

relación art. 21-1-5º L.C. ni se procedió en su momento a impugnar el contenido del informe elaborado por la administración concursal que por ese motivo devino firme, conviene comenzar realizando algunas precisiones a este respecto. Hemos de tener presente que no nos hallamos en presencia de una genuina impugnación dirigida contra el inventario o la lista de acreedores que conforman primero el informe y después los textos definitivos confeccionados por la administración concursal, sino ante una cuestión atinente a un crédito contra la masa, créditos que no forman parte integrante del informe de la administración concursal sino que se han de enumerar en relación separada (art. 94-4 L.C.) de la misma manera que se han de acompañar separadamente y mediante relación actualizada a los textos definitivos (art. 96-4 L.C.), si bien y como es lógico en ambos casos sólo respecto de los devengados y pendientes de pago. Por esta razón y habida cuenta de la diversidad de principios a que responden uno y otro tipo de créditos -inmutabilidad de los créditos concursales que conforman la masa pasiva y que quedan inmovilizados a la fecha de declaración del concurso, frente al dinamismo de los créditos contra la masa los cuales, por su propia naturaleza, se irán devengando a lo largo de la vida del proceso concursal- es por lo que el art. 154-2 L.C. concede a quien se crea titular de un crédito de esta naturaleza, y que por lo tanto puede haber nacido tanto en un momento anterior como posterior a la fecha de presentación del informe o de los textos definitivos, la posibilidad de solicitar del Juez del concurso que en cualquier momento se le reconozca su derecho como crédito contra la masa y se le abone la suma correspondiente ...»

En el mismo sentido, SAP Vizcaya, Sección 4ª, de fecha 24/06/2008 (recurso 689/2007), ponente Ilma. Sra. Dª. María de los Reyes Castresana García, Fundamentos Jurídicos Segundo y Tercero.

⁴⁷² RODRÍGUEZ ACHUTEGUI, E. "Créditos contra la masa" en PRENDES CARRIL, Pedro y MUÑOZ PAREDES, Alfonso (dirs.). *Tratado judicial de la insolvencia*. Tomo II. (AAVV). Op. cit. Pgs. 1.364.

⁴⁷³ RODRÍGUEZ ACHUTEGUI, E. "Convenio anticipado, ordinario y por asunción. Contenido y eficacia. Créditos originados durante la vigencia del convenio e incumplimiento de éste. La liquidación de las promotoras y constructoras", en *Proceso concursal: crisis de las empresas promotoras y constructoras* (GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., Coord). Op. cit. Pg. 598.

en general, es decir, para cualquier pieza del concurso. Hay que recordar, a este respecto, que la disposición final cuarta de la LC modificó el art. 2.d de la Ley 1/1996, de Asistencia Jurídica Gratuita, para establecer como uno de los supuestos de reconocimiento de tal derecho: «*En el orden jurisdiccional social, además, los trabajadores y beneficiarios del sistema de Seguridad Social, tanto para la defensa en juicio como para el ejercicio de acciones para la efectividad de los derechos laborales en los procedimientos concursales.*»⁴⁷⁴

Resulta frecuente que los acreedores impugnen la lista anexa al Informe de la Administración concursal y, al mismo tiempo, pretendan que su crédito sea reconocido «*contra la masa*». Ello plantea el problema de determinar el cauce procesal adecuado para ello, esto es, si procede el incidente del art. 84.4 LC o bien el incidente concursal del art. 96 LC (al que posteriormente nos referiremos). La cuestión ya quedó solventada por la jurisprudencia menor mediante la admisión de la acumulación de ambas acciones en el mismo incidente, y dicho criterio se ha consolidado con el paso del tiempo⁴⁷⁵.

j') *Las cuestiones que se susciten en materia de reconocimiento de créditos (art. 86.1 II LC)*

Constituye el objeto del presente incidente la sustanciación de todos aquellos casos que han dado lugar a conflicto en materia de

⁴⁷⁴ CERVERA MARTÍNEZ, M. "Los créditos contra la masa", en *El Derecho de la insolvencia*. CAMPUZANO, A.B. y SANJUÁN y MUÑOZ, E. (dirs.). Op. cit. Pg. 641.

⁴⁷⁵ SAP Barcelona, Sección 15ª, de fecha 18/10/2006 (recurso 341/2006), ponente Ilmo. Sr. D. Blas Alberto González Navarro, Fundamento de Derecho Segundo: «*Siendo cierto lo anterior, no cabe extraer de ello el cierre procesal a la acción que se interponga en relación a los créditos contra la masa, aunque formalmente se haga referencia a una impugnación de la lista de acreedores. Tramitándose ambos casos por el incidente concursal, y por argumentos de mera oportunidad y economía, carecería de sentido admitir que un acreedor que entienda que su crédito lo es contra la masa pueda demandar su exclusión de la lista de acreedores, según autoriza el artículo 96.3 LC, y sin embargo obligarle a interponer una nueva demanda para solicitar la inclusión en la lista separada. La parte acumula en su demanda ambas peticiones, por lo que, siendo el mismo cauce procesal, tratándose de solicitudes no incompatibles, sino precisamente complementarias (excluir de una lista para incluir el crédito en la otra), y siendo competente el mismo Juez del concurso, los artículos 71 y 73 de la LEC (de aplicación supletoria, Disp. Final 5ª LC), tal acumulación es perfectamente viable.*

La LC no impide esta acumulación, pues si bien la cuestión es distinta en una acción y en otra, no existe norma que excluya que ambas se resuelvan en el mismo incidente. Es más, si se observa el artículo 96.4, referente precisamente a la acumulación de impugnaciones a la lista de acreedores concursales, podrá apreciarse cómo el legislador prevé los textos definitivos de la lista y el inventario (cinco días después de a notificación de la última sentencia incidental) y añade, lo que no era estrictamente necesario al tratarse de créditos diferentes, una nueva versión actualizada de los créditos contra la masa pendientes en ese momento. La oportunidad de contar también con esa lista separada actualizada junto a los textos definitivos es clara, pero podría verse entorpecida si, planteada una cuestión incidental relativa a la inclusión de un crédito dentro de los créditos contra la masa, se obliga a la interposición de otra demanda aparte y sin sujeción a plazo, posiblemente posterior a ese momento y que obligaría sin necesidad a una nueva actualización.

Por todo ello, no existen óbices procesales relevantes para la acción ejercitada por la ahora apelante.»

reconocimiento de créditos concursales y que, por su especialidad, quedarían al margen del régimen general de impugnación (art. 96 LC)⁴⁷⁶.

Tanto en esta materia como respecto de la prevista en el apartado siguiente, algún autor⁴⁷⁷ consideraba preferible acudir al juicio ordinario para resolverlas, habida cuenta de que, así como en la legislación anterior se seguían estas impugnaciones por los trámites de los incidentes (art. 1.263 LC), en la suspensión de pagos se reservaba al acreedor el derecho para acudir al juicio ordinario posterior (art. 12 LSP), lo que ahora no es posible, al producir la sentencia del incidente concursal efectos de cosa juzgada. Quizás por esa razón (entre otras), se refuerza el trámite del incidente concursal, introduciendo en la fase de alegaciones las previsiones del actual juicio ordinario de la LEC, que exceden considerablemente las posibilidades de ataque y defensa previstas en el anterior art. 1.263 LEC.

k') Las impugnaciones del inventario y de la lista de acreedores (art. 96.4 LC), en principio de tramitación separada pero acumulables de oficio

La LC (art. 96) prevé la impugnación incidental de la lista de acreedores y del inventario.

La legitimación activa no se concibe de un modo restrictivo en tanto en cuanto la Ley se refiere a los «*interesados*». En este sentido, legitimado será todo aquel que tenga y acredite un interés que entienda lesionado⁴⁷⁸.

Por lo que se refiere a la impugnación del inventario, el objeto del incidente queda limitado a la inclusión o exclusión de bienes o derechos o al aumento o disminución de la valoración de los incluidos, reconociéndose pacíficamente la naturaleza meramente informativa del documento, que carece, por tanto, de carácter declarativo de la titularidad de los bienes y derechos incluidos o excluidos en el mismo⁴⁷⁹.

⁴⁷⁶ Nos referimos los supuestos de reconocimiento necesario del art. 86.2 LC, así como a los relativos a los supuestos especiales de reconocimiento del art. 87 LC.

⁴⁷⁷ SERRA DOMÍNGUEZ, M. *Comentarios a la Ley Concursal*. Tomo 3. (SAGRERA TIZÓN, J.M.; SALA REIXACS, A. y FERRER BARRIENDOS, A., Coordinadores). Op. cit. Pág. 1910.

⁴⁷⁸ VEIGA COPO, A.B. "La impugnación de la lista de acreedores en el concurso. Los legitimados". Op. cit.

⁴⁷⁹ SAP Guadalajara, de fecha 17/02/2014 (recurso 185/2013), ponente Ilma. Sra. D^a. Isabel Serrano Frías, Fundamento de Derecho Único. En relación con la naturaleza meramente informativa del inventario ha precisado la Sala Primera del Tribunal Supremo, en Sentencia de fecha 28/09/2010 (recurso 612/2007), ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández, Fundamento de Derecho Segundo: «*No cabe extender el efecto preclusivo derivado de la falta de impugnación mediante el incidente concursal a las personas incluidas por la Administración concursal en la relación de deudores del concursado, ni cabe equiparar estos deudores con los acreedores a los efectos del art. 97.1 LC, ni siquiera en el caso de que los deudores conozcan la inclusión en la masa activa del concurso. La desigualdad de trato tiene sólido apoyo en las diferentes características y efectos*

En relación con la masa pasiva, la impugnación podrá referirse a la inclusión o exclusión de créditos, así como a la cuantía o la clasificación de los reconocidos.

La impugnación habrá de formularse en el plazo de 10 días a contar desde la notificación a los personados de la presentación del Informe de la Administración concursal del art. 75 LC, y desde la publicación en el Registro Público Concursal y en el tablón de anuncios del Juzgado respecto de los no personados.

En la medida en que este trámite de impugnación es uno de los «*cuellos de botella*» del procedimiento concursal, que puede comprometer el normal desarrollo del mismo, ya que la sustanciación de las impugnaciones demora la apertura de las fases de liquidación o convenio, deben extremarse las precauciones al objeto de evitar que en la impugnación puedan ventilarse cuestiones ajenas a la misma⁴⁸⁰.

Se ha de hacer referencia, en este sentido, a los esfuerzos del Legislador por reducir la litigiosidad incidental derivada de los actos de reconocimiento y clasificación de créditos. En este sentido, el art. 95.1 LC⁴⁸¹ recoge un procedimiento extrajudicial entre la Administración concursal y los acreedores, que se inicia con una «*comunicación electrónica*» a éstos «*con una antelación mínima de diez días previos a la presentación del informe al juez*» en la que se les informa del «*proyecto de inventario y de la lista de acreedores*». A continuación, también por medios electrónicos, los acreedores pueden solicitar a la Administración concursal que «*rectifique cualquier error o que complementen los datos comunicados*» hasta tres días antes de la presentación del informe al Juez. Con este sencillo expediente se evita el planteamiento de numerosos incidentes concursales, que forzosamente los acreedores se veían obligados a interponer, con el único objeto de modificar errores materiales u omisiones que presentaba la lista inicial⁴⁸².

No cabe reconvenir a efectos de pedir una modificación o exclusión de créditos, si la reconvención se formula fuera del plazo de

jurídicos, además de configuración -formación-, de las respectivas listas; a lo que cabe añadir las distintas peculiaridades de las condiciones de acreedor y de deudor, y su respectiva posición en el proceso concursal, y en el proceso civil en general, no resultando razonable en esta última perspectiva que un deudor tenga que plantear un proceso incidental -ejercicio de acción declarativa negativa- por el simple hecho de haber sido incluido en una relación por Administración concursal, generalmente sin más base que la documentación o manifestaciones unilaterales del concursado.»

⁴⁸⁰ SJM número Tres de Barcelona, de fecha 27/02/2006 (proceso 25/2006), ponente Ilmo. Sr. D. José María Fernández Seijo, Fundamento de Derecho Cuarto.

⁴⁸¹ Apartado introducido por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de Reforma de la Ley Concursal.

⁴⁸² PAÑEDA USUNÁRIZ, F. "Medios de tutela del acreedor «común»: Efectos sobre juicios declarativos y ejecuciones y la comunicación y reconocimiento de créditos" en PRENDES CARRIL, Pedro y MUÑOZ PAREDES, Alfonso (dirs.). *Tratado judicial de la insolvencia*. Tomo II. (AAVV). Op. cit. Pgs. 862 y 863.

impugnación del art. 96 LC. Tampoco es admisible que en la contestación a la demanda se introduzcan pretensiones de modificación del crédito no introducidas en el propio trámite de impugnación.

Modificando por enésima vez el art. 96 LC, la Ley 38/2011 ha suprimido el carácter obligatorio de la acumulación de los incidentes de impugnación y en su lugar recoge una facultad del Juez del concurso de acumular los incidentes al momento de dictar sentencia⁴⁸³. En el texto anterior, procedente de la reforma operada por RDL 3/2009, no se trataba de una simple posibilidad de acumulación sino de la necesidad de llevarla a acabo. Una norma tan poco razonable permaneció en vigor más de dos años prácticamente sin que fuera utilizada, convertida en papel mojado. La razón estriba en que se trataba de una norma que más que un criterio de economía podría haber comportado confusión a los procedimientos. Por ello es de alabar que la acumulación se haya dejado como una mera facultad⁴⁸⁴.

El art. 191.4 LC contempla una especialidad del incidente de impugnación del inventario y de la lista de acreedores⁴⁸⁵ en relación con el procedimiento abreviado.

En primer lugar, llama la atención que no se prevé resolución alguna en materia de admisión a trámite del incidente (al modo de la prevista en el art. 194.2 LC). El precepto se limita a señalar que el Secretario, «*sin incoar incidente*», dará traslado de las impugnaciones a la Administración concursal.

⁴⁸³ YÁÑEZ EVANGELISTA, J. Comentarios al art. 96 LC (por remisión al tratar el art. 96.bis), en AAVV MACÍAS CASTILLO, A. y JUEGA CUESTA, R. (Coord.) *Ley Concursal Comentada*. Op. cit. Pg. 381.

⁴⁸⁴ GARNICA MARTÍN, J.F. “De las normas procesales generales y del sistema de recursos (Artículos 183-198 LC)”, en AAVV *Tratado judicial de la insolvencia*. Tomo II. Op. cit. Pg. 847.

⁴⁸⁵ Art. 191.4 LC: «*El Letrado de la Administración de Justicia formará pieza separada en la que se tramitará lo relativo a las impugnaciones del inventario y de la lista de acreedores, y, al día siguiente, sin incoar incidente, dará traslado de las mismas al administrador concursal.*

En el plazo de 10 días, el administrador concursal comunicará al juzgado si acepta la pretensión, incorporándola a los textos definitivos, o si se opone formalmente a la misma, proponiendo a su vez la prueba que considere pertinente.

Contestada la demanda o transcurrido el plazo para ello, el proceso continuará conforme a los trámites del juicio verbal de la Ley de Enjuiciamiento Civil y será de aplicación el artículo 194.4 en todo aquello que no se oponga a lo previsto en este precepto.

Si hubiera más de una impugnación, se acumularán de modo que se tramiten y resuelvan en una sola vista.

El administrador concursal deberá informar de inmediato al juez de la incidencia de las impugnaciones sobre el quórum y las mayorías necesarias para aprobar el convenio.

Si las impugnaciones afectaran a menos del 20 por ciento del activo o del pasivo del concurso, el juez podrá ordenar la finalización de la fase común y la apertura de la fase de convenio o liquidación, sin perjuicio del reflejo que las impugnaciones puedan tener en los textos definitivos.

Se impondrán las costas conforme al criterio del vencimiento objetivo, salvo que el juez aprecie, y así lo razone, la existencia de serias dudas de hecho o de derecho.»

En segundo lugar, sólo prevé como legitimado pasivamente a la Administración concursal, al ser el único al que se da traslado de la demanda incidental, de manera que si, en el plazo de diez días, «*accepta*» la modificación pretendida (es decir, se allana a la misma), no habrá incidente y la modificación se llevará a los textos definitivos. Sólo si se opone formalmente a la misma, proponiendo a su vez la prueba que considere pertinente se entiende que hay incidente, oposición que parece que deberá reunir la forma de contestación a la demanda, según se deduce del párrafo tercero, sin que se comprenda entonces cómo se prevé un incidente sin contestación al decir «*o transcurrido el plazo para ello*». La norma sólo tiene el mérito de aclarar que el Administrador concursal es parte necesaria en estos incidentes, pero no puede ser parte pasiva única, sobre todo en el caso de la lista de acreedores en el que es parte pasiva necesaria la concursada (salvo que sea la demandante) o aquellos acreedores cuya exclusión –total o parcial- o degradación crediticia se pretende, sobre todo cuando tras la reforma la inclusión en la lista de acreedores definitiva (con sus modificaciones) se equipara a sentencia de condena firme en caso de conclusión de concurso por liquidación o insuficiencia de masa activa (art. 178 LC).

En tercer lugar, si sólo parece que se deba seguir incidente de impugnación en caso de oposición, no se explica la alternativa de contestación a la demanda o transcurso del plazo para ello, siendo superflua la mención al art. 194.4 LC y a las costas, pues es evidente que la regulación general es de aplicación en todo aquello que no se oponga a lo previsto en la norma especial.

Finalmente, prevé la continuación del proceso conforme a los trámites del juicio verbal de la LEC también en el caso de que no haya contestación a la demanda («*Contestada la demanda o transcurrido el plazo para ello, [...]*»), lo cual no es posible en el incidente general tras la reforma (art. 194.4 LC), como veremos, y choca con ese afán de celeridad que imprime el legislador a la depuración judicial de las masas en el procedimiento abreviado⁴⁸⁶.

l') *Las modificaciones posteriores*

En el ámbito del reconocimiento por la Administración concursal de los créditos comunicados tardíamente se ha de estar a lo dispuesto en el art. 96.bis LC, en virtud del cual tales créditos pueden ser incorporados por la Administración concursal en los textos definitivos (aún con la clasificación de subordinados, en su caso). La decisión que adopte al

⁴⁸⁶ FUENTES DEVESA, R. "El incidente concursal ante el informe de la administración concursal", en *Tratado práctico del Derecho concursal y su reforma*. (Martínez Sanz, F., director). Op. cit. Pgs. 690 y 691.

respecto la Administración concursal quedará de manifiesto en los textos definitivos que presente al Juzgado, de manera que si dentro de los diez días siguientes a la puesta de manifiesto de los textos definitivos se formula oposición a la decisión de aquélla sobre las comunicaciones posteriores presentadas, se le dará la tramitación del *incidente concursal*, sin que esta impugnación impida la continuación de la fase de convenio o liquidación, siendo de aplicación lo previsto en el art. 97.ter LC (art. 96.bis.3 LC).

Por otra parte, la regulación contenida en los arts. 97, 97.bis y 97.ter LC, introducida por la Ley 38/2011, permite la posibilidad de modificar el texto definitivo del Informe concursal del art. 75 LC mediante el reconocimiento de créditos con posterioridad a la primera determinación de la masa pasiva, llevada a cabo como consecuencia del trámite de impugnación del Informe concursal, al que nos venimos refiriendo, en el marco de la fase de liquidación/convenio y hasta la conclusión del concurso. Pero la introducción de esta posibilidad de modificar los textos definitivos exige una aplicación restrictiva, en defensa de la seguridad jurídica que preside el procedimiento, a los supuestos expresamente contemplados en el art. 97 LC⁴⁸⁷.

En este sentido, de la lectura de los arts. 97 Y 97.bis LC se colige que solo podrán presentarse solicitudes para la modificación de los textos definitivos cuando se trate de uno de los supuestos recogidos en los apartados 3 y 4 del art. 97⁴⁸⁸. Se trata de un expediente que se desarrolla al margen del incidente concursal, al que, sin embargo, remite para caso de que la solicitud de modificación dirigida por el interesado a la Administración concursal fuese rechazada por ésta, disponiendo de un plazo de 10 días (respecto del que no se precisa en la Ley el *dies a quo*) para promover dicho incidente que, a falta de tramitación específica, se sujetará a los cauces previstos en los arts. 192 y siguientes LC. Si bien se pueden adoptar medidas cautelares que garanticen la efectividad del derecho reclamado, a instancia de parte. La sentencia que en primera instancia reconociese modificación de los textos definitivos no producirá efectos, en un principio, ni en la votación del convenio, ni en las operaciones de liquidación, salvo que expresamente se ejecute provisionalmente la sentencia en los términos expuestos en el precepto, aunque las cantidades afectadas se conservarán depositadas en la masa

⁴⁸⁷ PAVÓN NEIRA, C. *El incidente concursal*. Op. cit. Pg. 89.

⁴⁸⁸ PAÑEDA USUNÁRIZ, F. "Medios de tutela del acreedor «común»: Efectos sobre juicios declarativos y ejecuciones y la comunicación y reconocimiento de créditos" en PRENDES CARRIL, Pedro y MUÑOZ PAREDES, Alfonso (dirs.). *Tratado judicial de la insolvencia*. Tomo I. (AAVV). Op. cit. Pg. 890.

activa hasta que sea firme la resolución que decida sobre la modificación pretendida (salvo que se garantice de forma suficiente su devolución)⁴⁸⁹.

m') *La oposición a la aprobación judicial del convenio.*

La LC prevé que determinados legitimados puedan oponerse a la aprobación judicial del convenio, una vez que la propuesta presentada ha obtenido los votos necesarios en Junta, o las adhesiones precisas tratándose de propuesta anticipada o tramitación escrita. Conforme dispone el art. 129.1 LC, «*La oposición se ventilará por los cauces del incidente concursal y se resolverá mediante sentencia que aprobará o rechazará el convenio aceptado, sin que en ningún caso pueda modificarlo, aunque sí fijar su correcta interpretación, cuando sea necesario para resolver sobre la oposición formulada. En todo caso, el juez podrá subsanar errores materiales o de cálculo*».

En materia de *legitimación* las reglas que fija la LC (art. 128) en sus diversos apartados determinan que no todos los acreedores del concursado pueden oponerse a la aprobación del convenio, sino únicamente: i) los que no asistieron a la junta; ii) los que habiendo asistido hubieran sido ilegítimamente privados del voto; iii) los que habiendo asistido y ejercitado su derecho a votar hubieran votado en contra de la propuesta de convenio aceptada por la mayoría. En el caso de que se presentase una propuesta anticipada de convenio o de seguirse la tramitación escrita para su aceptación, estarán legitimados para oponerse quienes no se hubiesen adherido a ella. Si la oposición se sustenta en la inviabilidad objetiva del cumplimiento, estarán legitimados los acreedores opuestos –individualmente o agrupados– que sean titulares, al menos, del cinco por ciento de los créditos ordinarios (art. 128.2 LC). Y, finalmente, si se funda en infracción legal en la constitución o en la celebración de la junta (art. 128.4 LC), salvo aquellos supuestos en que la adhesión o adhesiones decisivas para la aprobación de una propuesta anticipada de convenio o tramitación escrita, o, en su caso, el voto o votos decisivos para la aceptación del convenio por la junta hubieren sido emitidos por quien no fuere titular legítimo del crédito u obtenidos mediante maniobras que afecten a la paridad de trato entre los acreedores ordinarios, se exige que el acreedor asistente a la junta hubiese denunciado aquella infracción en el momento de su comisión, o, de ser anterior a la constitución de la junta, en el de declararse constituida [STS, Sala Primera, de fecha 28/03/2012 (recurso 572/2009),

⁴⁸⁹ YÁÑEZ EVANGELISTA, J. Comentarios al art. 97.ter LC (por remisión al tratar el art. 97.bis), en AAVV MACÍAS CASTILLO, A. y JUEGA CUESTA, R. (Coord.) *Ley Concursal Comentada*. Op. cit. Pg. 387.

ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos, Fundamento de Derecho Segundo]⁴⁹⁰.

La LC (art. 128) fija un plazo para que todos los legitimados puedan oponerse a la aprobación judicial del convenio. Dicho plazo es de diez días y comenzará a contarse, en caso de que la propuesta de convenio haya sido aceptada en junta de acreedores, desde el día siguiente de la conclusión de la junta y, en caso de propuesta anticipada o tramitación escrita, desde el día siguiente al en que el Letrado de la Administración de Justicia dicte el decreto en que se acuerda que las adhesiones presentadas alcanzan la mayoría legal para la aceptación del convenio. La cuestión que se suscita se refiere a la naturaleza del plazo. Al respecto, se considera que nos encontramos ante un plazo procesal, que no es de caducidad ni de prescripción, por lo que es precluíble y de su cómputo han de excluirse los días inhábiles⁴⁹¹.

⁴⁹⁰ GARCÍA OREJUDO, R. Comentarios al art. 128 LC, en AAVV MACÍAS CASTILLO, A. y JUEGA CUESTA, R. (Coord.) *Ley Concursal Comentada*. Op. cit. Pgs. 470 y 471.

⁴⁹¹ SAP Alicante, Sección 8ª, de fecha 22/01/2009 (recurso 101/2008), ponente Ilmo. Sr. D. Luis Antonio Soler Pascual, Fundamento de Derecho Segundo: «Y la decisión de este Tribunal se completa con la afirmación de la naturaleza procesal del plazo que previene el artículo 128-1º de la Ley Concursal y, por tanto, de que lo que produce su transcurso es la preclusión, es decir, y en términos del artículo 136 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la pérdida de la oportunidad de realizar el acto del que se trate.

No se trata por tanto de un plazo de caducidad sino de un plazo preclusivo. Y afirmamos que es un plazo procesal porque así se desprende del hecho de que la oposición a la aprobación del convenio constituya un trámite propio del cauce establecido en la Ley Concursal para la aprobación del convenio, correlativo al deber que se impone al Letrado de la Administración de Justicia -art 127- de elevar el acta al Juez, que se somete al cómputo procesal con expresa exclusión de los días inhábiles sin que por tanto, estemos contemplando un derecho autónomo del que derivara acción declarativa o constitutiva alguna de naturaleza prescribible y, por ende, interrumpible, instituto que carecería de sentido en este trámite. Ampliamos así nuestra afirmación sobre la naturaleza del plazo de oposición del artículo 128 de la Ley Concursal. No es plazo de caducidad, ni es plazo de prescripción, es plazo procesal y por ello, precluíble y en consecuencia, como resulta del artículo 133-2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil del que en su cómputo han de excluirse los días inhábiles por lo que, traído lo señalado al caso que nos ocupa, nos lleva a considerar que la oposición está formulada antes de que precluyera el plazo dado que entre el día a quo y el dies ad quem, no habían transcurrido los diez días que otorga el artículo 128 de la Ley Concursal para la formulación de la oposición a la aprobación del convenio.» El criterio seguido en esta Sentencia fue posteriormente confirmado por la Sala Primera del TS en Sentencia de fecha 28/03/2012 (recurso 572/2009), ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos, Fundamento de Derecho Tercero, apartados 38 a 40: «38. Aunque el precepto guarda silencio sobre la naturaleza procesal o sustantiva del plazo, no se ha cuestionado que regula un trámite procesal, y, de acuerdo con el primer párrafo de la disposición final quinta de la Ley Concursal, referida al Derecho procesal supletorio, "[e]n lo no previsto en esta Ley será de aplicación lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, y específicamente en lo que se refiere al cómputo de todos los plazos determinados en la misma".

2.2. Desestimación del motivo.

39. *Lo expuesto es determinante de la desestimación del motivo ya que, como indica el apartado XIV de la Exposición de Motivos LEC, "las infracciones de leyes procesales" quedan fuera de la casación que queda limitada a la "revisión de infracciones de Derecho sustantivo".*

40. *Además, en nuestro sistema procesal civil la apelación agota las instancias, por lo que no cabe transformar la casación en una tercera para reproducir en ella los alegatos ya rechazados, prescindiendo totalmente de lo argumentado por la sentencia recurrida que para la determinación del dies a quo se atuvo a la eficacia intraproceso de la cosa juzgada formal a tenor del art. 207.4 LEC, aunque por error cita el 222.4 de la propia Ley procesal.»*

Por otra parte, hay que tener presente que la tramitación del presente incidente puede conllevar una demora en la entrada en vigor del convenio y, en consecuencia, dificultar la capacidad del deudor para su cumplimiento. Así, dado que su entrada en vigor se supedita, conforme a lo dispuesto en el art. 133.1 LC, a la fecha de la sentencia que lo apruebe, cobra especial relevancia la previsión contenida en el art. 129.4 LC, en cuya virtud: *«El juez, al admitir a trámite la oposición y emplazar a las demás partes para que contesten, podrá tomar cuantas medidas cautelares procedan para evitar que la demora derivada de la tramitación de la oposición impida, por sí sola, el cumplimiento futuro del convenio aceptado, en caso de desestimarse la oposición. Entre tales medidas cautelares podrá acordar que se inicie el cumplimiento del convenio aceptado, bajo las condiciones provisionales que determine.»*⁴⁹² Se entiende, en este sentido, que el precepto transcrito permite anticipar la vigencia de los efectos del convenio frente al art. 133 LC, configurando una facultad del Juez del concurso más que una medida cautelar propiamente dicha⁴⁹³.

⁴⁹² Artículo 129 redactado por el número once del artículo 10 del R.D.-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica (B.O.E. de 31 marzo). Véase la disposición transitoria sexta del mencionado RDL sobre el Convenio. Vigencia: 1 abril 2009.

PAVÓN NEIRA, C. El incidente concursal. Op. cit. Pg. 92.

⁴⁹³ Auto del Juzgado de lo Mercantil número Ocho de Madrid, de fecha 14/03/2014 (recurso 548/2013), ponente Ilmo. Sr. D. Francisco de Borja Villena Cortés, Razonamiento Jurídico 3: *«La norma pergeña así una tutela especial, que puede configurarse bajo los siguientes rasgos esenciales: (i).- es una tutela instrumental al incidente concursal de oposición a la aprobación del convenio, por tanto, eventual y claudicante; (ii).- puede ser adoptada de oficio por el Juzgador, al no supeditarse a petición alguna de parte, sin perjuicio de que pueda ser estimada por éstas, lo que determinará que, como toda medida adoptable de oficio, no se someta a la exigencia de caución del art. 128.3 LEC; (iii).- se asienta exclusivamente en el riesgo de que la demora en la entrada en vigor del convenio, causada por la tramitación del incidente de oposición, pueda frustrar el buen fin de la ejecución del convenio; y (iv).- aunque se trata de una cláusula abierta que admite medidas de cualquier clase, la preferente en el texto de la norma es la de acordar el cumplimiento inmediato de dicho convenio, desde el auto de tutela cautelar.*

(4).- Cuestión especial es si debe o no valorarse la apariencia de buen derecho para la adopción de la medida, según las normas generales en material cautelar, del art. 728 LEC. La respuesta ha de ser negativa:

(i).- Aun cuando el art. 129.4 LC defina la misma como medida cautelar, su naturaleza es sui generis respecto del régimen general de los arts. 721 y ss. LEC, ya que puede ser adoptada de oficio, sin instancia alguna de parte, vs. art. 721 LEC, sin someterse a la necesidad de caución, vs. art. 728.3 LEC, y sin ser ejecutivamente instrumental de la pretensión de la parte actora incidental, vs. art. 726.1 LEC.

(ii).- Como se ve, no cautela esta previsión del art. 129.4 LC la efectividad de la pretensión de la parte actora incidental, sino que tiene por finalidad la protección provisional de los intereses del concurso, mediante una efectividad provisional del convenio. Esa y no otra es la verdadera naturaleza de esa medida, que el art. 129.4 LC trata impropriadamente de cautelar, a fin sólo de resaltar su provisionalidad.

(iii).- Ello evidencia que se está ante un supuesto especial de medida provisional, no tanto cautelar estricto sensu, por lo que los presupuestos procesales de éstas no pueden resultar acriticamente trasladables a aquella.

(iv).- En el peor de los casos, no se haría un juicio de apariencia de buen derecho de la pretensión incidental, sino de lo contrario, inviabilidad de la acción interpuesta, esto es, sobre la presumible desestimación de la oposición al convenio, lo que resulta diametralmente contrario a lo recogido en el art. 728.2 LEC.

(v).- Y lo que es peor, esa valoración de apariencia de mal derecho se haría de oficio por el juez, lo que supondría un claro riesgo de perjuicio, por contestación a argumentos de la actora incidental.»

Por último, no puede olvidarse la posibilidad que otorga el art. 197.5 y 6 LC de acordar la suspensión de un convenio con motivo del recurso de apelación interpuesto frente a la Sentencia que lo aprueba⁴⁹⁴.

n') *La acción de declaración judicial de incumplimiento del convenio (art. 140.2 LC)*

La LC (art. 140) regula la pretensión dirigida frente al deudor que se encuentra en fase de cumplimiento de convenio para que se declare, previa tramitación del correspondiente incidente concursal, el incumplimiento del convenio que habrá de dar lugar, caso de ser estimada, a la apertura de la fase de liquidación.

La legitimación para su ejercicio corresponde al acreedor que considere incumplido el convenio en lo que le afecte.

ñ') *La oposición a la calificación del concurso como culpable (art. 171 LC)*

Tras una primera fase en que cualquier acreedor puede personarse en la sección de calificación alegando cuanto estime relevante para la calificación del concurso como culpable, se emite informe por la Administración concursal y, sucesivamente, el dictamen del Ministerio Fiscal. A estos escritos iniciales sigue el emplazamiento de la concursada, personas afectadas por la calificación y, en su caso, de los cómplices, que pueden oponerse a las pretensiones formuladas contra ellos, de modo que si el deudor o alguno de los comparecidos formulase oposición ésta se sustanciará por los trámites del incidente concursal (art. 171.1 LC). Por ello, a esta fase inicial de alegaciones le sigue una vista, en la que se practican las pruebas que propuestas, sean admitidas previa su declaración de pertinencia. El incidente concursal termina por Sentencia que produce efectos de cosa juzgada.

A pesar de que la tramitación procesal de la sección de calificación (arts. 168 a 172.bis LC) no destaca aparentemente por su complejidad, se plantean cuestiones sumamente complejas derivadas de las interpretaciones divergentes que se han llevado a cabo sobre algunos de sus preceptos reguladores⁴⁹⁵. Dicha complejidad ha de vincularse necesariamente a lo que algún autor ha denominado la escasa técnica

⁴⁹⁴ Auto AP Islas Baleares, de fecha 22/02/2011 (recurso 516/2010), ponente Ilmo. Sr. D. Miguel Juan Cabrer Barbosa, Razonamientos Jurídicos Segundo a Cuarto.

⁴⁹⁵ MUÑOZ PAREDES, A. "La calificación del concurso. Sentencia de calificación y responsabilidad concursal", en PRENDES CARRIL, Pedro y MUÑOZ PAREDES, Alfonso (dirs.). *Tratado judicial de la insolvencia*. Tomo II. (AAVV). Op. cit. Pg. 644.

legal de la articulación procedimental de la Sección sexta del concurso⁴⁹⁶.

a”) La legitimación de los acreedores e interesados

La primera de ellas se refiere al alcance de la personación de los terceros en la sección de calificación, cuestionándose si su actuación procesal se ha de limitar a alegar lo que estimen relevante para la calificación, o pueden ejercitar pretensiones, ya declarativas, ya de condena, en materia de calificación culpable del concurso, con especial relevancia en aquellos supuestos en los que tanto la Administración concursal como el Ministerio Fiscal informen a favor de la calificación del concurso como fortuito. La problemática arrancó, como era previsible, de una incongruencia apreciable entre los preceptos de la LC.

La Ley contiene un principio general a este respecto en el art. 170.1 cuando dispone que si el informe de la Administración concursal y el dictamen que, en su caso, hubiera emitido el Ministerio Fiscal coincidieran en calificar el concurso como fortuito, el Juez, sin más trámites, ordenará el archivo de las actuaciones mediante auto, contra el que no cabrá recurso alguno. Sin embargo, el Real Decreto 3/2009, de 27 de marzo modificó la redacción del art. 168 LC introduciendo una cierta incongruencia respecto al 170 y 172.4 LC, acentuada en la reforma operada por la Ley 38/2011. La novedad introducida en el art. 168 implicaba reconocer al tercero personado la condición de parte, afectando tanto a la rúbrica del precepto, como a su texto, ya que a la mera posibilidad de «*personarse*», añade «*y ser parte*». Tras la Ley 38/2011 la cuestión se torna más compleja, si tenemos en cuenta que en fase de apelación y ejecución se vuelve a hacer hincapié en el papel de los terceros. Así, el artículo 172.bis.4º LC permite recurrir la sentencia de calificación a quienes hayan sido parte en la sección y el apartado 2º reconoce a cualquier acreedor, haya sido o no parte en la sección, legitimación para instar la ejecución de la sentencia en defecto de la Administración concursal, de modo similar a como acontece en sede de acciones de reintegración (art. 72.1 LC)⁴⁹⁷.

Nuestro Alto Tribunal ya se había pronunciado en relación con el acceso a los recursos por parte de los terceros, distintos de las dos partes legalmente legitimadas para el ejercicio de las pretensiones de

⁴⁹⁶ MACHADO PLAZAS, J. “Algunas consideraciones sobre aspectos procesales de la calificación del concurso. (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2010 sobre calificación del concurso. Recurso 76/2009, resolución 227/2010)”. Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Parte Comentarios y reseñas de jurisprudencia. Número 13. Editorial La Ley, Wolters Kluwer España, S.A. Madrid, 2010. Pg. 235.

⁴⁹⁷ ORTIZ GONZÁLEZ, M^a. A. “La calificación del concurso”, en *El Derecho de la insolvencia*. CAMPUZANO, A.B. y SANJUÁN y MUÑOZ, E. (dirs.). Op. cit. Pgs. 851 y 852.

calificación ex art. 169 LC (Administración concursal y Ministerio Fiscal), en sus Sentencias de Sala Primera, Pleno, de fecha 13/09/2012 y de la Sala Primera de fecha 30/10/2012. Y aunque en ambos casos se trataba de supuestos acaecidos cuando estaba en vigor el art. 168.1 LC, en su redacción originaria, el Tribunal Supremo sí reconoció la posibilidad de recurrir contra la sentencia de calificación a los terceros intervinientes en la sección de calificación, en cuanto que tienen la condición de parte⁴⁹⁸.

Las dudas se habían trasladado a la denominada jurisprudencia menor que ofrecía soluciones diversas frente al planteamiento, ya expuesto, de la cuestión. Son de citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de fecha 13/01/2014⁴⁹⁹, como exponente de

⁴⁹⁸ Sentencia de Sala Primera Pleno, de fecha 13/09/2012 (recurso 1197/2009), y Sentencia de la Sala Primera, de fecha 30/10/2012 (recurso 1756/2009), siendo ponente en ambas el Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel. Con cita, en la primera, de la Sentencia del Tribunal Constitucional 13/2012, de 13 de febrero (recurso 3313/2007), ponente Excmo. Sra. D^a. Adela Asúa Batarrita.

⁴⁹⁹ SAP Pontevedra, Sección 1^a, de fecha 13/01/2014 (recurso 509/2013), ponente Ilmo. Sr. D. Jacinto José Pérez Benítez, Fundamento de Derecho Segundo: *«En relación con la tramitación procesal de la sección de calificación, esta sección de la Audiencia Provincial de Pontevedra se ha pronunciado en ocasiones anteriores sobre las cuestiones que plantea el recurso de apelación en relación con la posición procesal de los acreedores e interesados, tanto con anterioridad como tras la vigencia de la reforma operada por el Real Decreto- ley 3/2009. En esencia, hemos recordado que, con antecedente en el art. 209 de la Propuesta de Anteproyecto, la Ley Concursal establece que dentro del plazo de los diez días siguientes al de la última publicación de la resolución de aprobación del convenio gravoso o de la apertura de la liquidación, podrán personarse en la sección de calificación cualquier acreedor o cualquier persona que acredite interés legítimo, alegando por escrito cuanto considere relevante para la calificación del concurso como culpable (art. 168.1). Que a los acreedores debe posibilitárseles la intervención en sede de calificación concursal parecería cosa lógica, si se piensa que son ellos, -y está, por tanto, en juego su interés-, los más interesados en que la eventual sentencia de calificación contenga los diversos pronunciamientos que pueden tutelar sus insatisfechos intereses, pues, como se ha dicho, la apertura de la sección viene condicionada a la constatación de que tales intereses han quedado lesionados con la aprobación de un convenio singularmente lesivo o con una liquidación más que probablemente infructuosa. El problema, quizás todavía no resuelto a la vista de la evolución de la jurisprudencia y de las posiciones de la doctrina, reside en cómo configurar técnicamente esta intervención.*

Entre las diversas opiniones sobre la cuestión (en contra de lo que aquí va a sostenerse puede mencionarse la sentencia de la secc. 8^a AP Alicante), hemos optado por interpretar que la configuración de las posibilidades procesales de actuación de los "acreedores e interesados" en la sección de calificación no los identifica como partes principales, en el estricto sentido del término, por las siguientes razones:

a) "parte procesal" es el sujeto que pretende o frente al que se pretende una tutela jurisdiccional concreta y que, afectados por el pronunciamiento correspondiente, asumen plenamente los derechos, cargas y responsabilidades inherentes al proceso. No nos parece que suceda esto con respecto a la intervención de los acreedores en la sección en un sentido pleno, pese a la utilización del término tras la mencionada reforma. Por de pronto, acreedores e interesados no deducen pretensión alguna, sino que simplemente alegan, por escrito, lo que "consideren relevante para la calificación del concurso como culpable", con un alcance bien diferente a lo que constituye el objeto del "informe de la administración concursal" a que se refiere el art. 169 o al dictamen del fiscal.

b) por tanto consideramos que su situación no es equiparable a la prevista para el resto de partes en el incidente concursal general, a que alude el art. 193, sobre la base de la consideración esencial de que si Ministerio Fiscal y administración concursal coinciden en el carácter fortuito del concurso, se archivarán las actuaciones sin recurso, aunque otras "partes" hayan deducido legítimamente su pretensión. Con ello, la ley evita en este lugar, -pensamos, otra vez, que en función de la peculiar naturaleza de este proceso, donde se compromete el "interés público" del concurso-, una intervención

indiscriminada de interesados, optando por restringir la condición de parte, en estricto sentido, a los representantes de los intereses generales.

c) la ley ha excluido en este lugar los efectos de la intervención que contempla, con carácter general, en el art. 193.2 para el incidente concursal. De este modo, en atención al peculiar objeto del proceso especial de calificación del concurso, se configura la intervención de los terceros evitando la acumulación de pretensiones particulares, exigiendo a éstos, primero, su personación en un concreto límite temporal (diez días desde la última publicación de la resolución aprobatoria del convenio lesivo o de la apertura de la liquidación, además, en un momento anterior, en puridad, al inicio del proceso contradictorio) y, segundo, limitándoles el alcance de su actuación a la alegación, por escrito, de cuanto consideraran relevante para la calificación del concurso como culpable, con el añadido de que, cuando tiene lugar su intervención, desconocen, incluso, la posición procesal de los legitimados, Ministerio Fiscal y administración concursal.

d) la ley no prevé su intervención posterior. No cabe que los terceros formulen otras pretensiones diversas a la alegación de lo relevante para la calificación. La reforma legal de 2009 ha garantizado su intervención posterior en el proceso, compareciendo a la vista, con la posibilidad de proponer prueba, así como la posibilidad de recurrir la sentencia. Pero todas estas actuaciones se encuentran subordinadas, -y esta es, nos parece, la clave del litigio-, a la conformación que del objeto del proceso hubieran realizado la administración concursal o el ministerio fiscal. La explicación del sistema ha de verse en que los acreedores y los terceros interesados no son titulares de un derecho subjetivo sobre la calificación del concurso. Este derecho sólo lo tiene la masa pasiva, que actúa a través de la administración concursal y, en la medida en que confluyen intereses públicos, el Ministerio Fiscal.

En nuestra sentencia de 22 de septiembre de 2010 (en línea con lo ya establecido en la de 4 de octubre del mismo año; en el mismo sentido puede verse la sentencia de la sección 28ª de la AP de Madrid de 6.2.2012, entre otras), abordando el mismo problema, hemos afirmado lo siguiente:

"SEGUNDO. El nuevo art. 168, en efecto, ha pasado a titularse "Personación y condición de parte", lanzando un mensaje inequívoco desde el comienzo, que luego concreta el texto legal al permitir que los acreedores puedan personarse "y ser parte" en la sección alegando por escrito cuanto considere relevante para la calificación del concurso como culpable. Sin embargo el legislador se ha limitado a explicitar que el acreedor que se persone en la pieza de calificación tiene la condición, puede ser parte, sin variar ni el objeto de su intervención ni la del resto de sujetos a que se refiere los arts. 169 y 170 LC. Es decir, la intervención del acreedor se limita a realizar alegaciones por escrito de cuanto considere relevante para la calificación del concurso como culpable, pero no ejercita pretensión concreta sobre el particular. Este ejercicio lo reserva la Ley Concursal especialmente para la administración concursal a través de su informe, especificando el art. 169 LC las cuestiones que expresamente debe contener el informe de calificarse el concurso como culpable (personas a las que debe afectar la calificación, cómplices, determinación de daños y perjuicios que, en su caso, hayan causado las personas anteriores), y en menor medida el Ministerio Fiscal, pues sólo aquella es indispensable que informe, pueden ejercitar pretensión alguna sobre la calificación del concurso, pudiendo incluso disponer del objeto del incidente si ambos coincidieran en calificar el concurso como fortuito, supuesto en que el juez debe ordenar, sin más trámites, el archivo de las actuaciones sin que quepa recurso contra dicha resolución.

En consecuencia, por aún cuando se haya expresado formalmente su carácter de parte en el incidente, al no poder pretender ni haberse reformado el archivo por coincidencia común de administración concursal y Ministerio Fiscal en el carácter fortuito del concurso, tiene que admitirse que se tratará de una posición parcial secundum quid, en que no cabe pedimentos o fijación de personas afectadas con independencia. Los acreedores y demás terceros no pueden sostener su propia calificación con independencia de la formulada por la administración concursal y el Ministerio Fiscal...

TERCERO. La condición de parte si bien permite a quien la ostente asumir las expectativas y cargas procesales inherentes a la misma, no siempre debe significar tal ejercicio de forma plena y sin limitaciones, pues respetándose los principios esenciales, su configuración puede variar en función de las concretas circunstancias procesales. Así, la parte demandada en determinados procesos judiciales encuentra limitados los medios de oposición (juicio cambiario, proceso de ejecución hipotecaria, juicio verbal para la defensa de derechos reales inscritos...), o se limita el régimen de recursos...El proceso concursal como proceso de ejecución colectiva tiene una configuración procesal específica difícilmente equiparable a otro proceso de nuestro ordenamiento jurídico, a fin de dar respuesta a los supuestos de insolvencia de las personas con pluralidad de acreedores.

A tal fin, y al margen de cualquier otro proceso judicial, se crea un órgano necesario del concurso como es la administración concursal con relevantes funciones sustantivas y procesales, pudiendo y debiendo realizar en el proceso concursal actuaciones que sólo a ella corresponden, y no a los acreedores, que

una posición que configura la posibilidad procesal de actuación de los «acreedores e interesados» en la sección de calificación no como partes principales, en el estricto sentido del término. En el otro fiel de la balanza se ha de mencionar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Octava, de fecha 21/11/2013⁵⁰⁰, que estima acomodado al texto

pueden personarse en dicho proceso, y en su caso en las piezas que se abran, pero con un alcance diferente a otros procesos civiles en que las partes contienen entre sí dando lugar a la dualidad de partes, es decir, que la propia dinámica y estructura de esos procesos condiciona la existencia de una doble postura de parte: la del demandante y la del demandado. Una parte es la que pide y otra frente a quien se pide, manifestando las posturas subjetivas identificables en el proceso.

En el proceso concursal el interés público que subyace al mismo y los intereses económicos y jurídicos a los que trata dar respuesta, provoca una configuración determinada de los diversos estadios procesales encaminados, previa fase común, a una fase de convenio o de liquidación, para satisfacción siempre y en todo caso, los intereses de los acreedores (ya mediante la obtención de un convenio con el concursado para el pago de sus créditos, ya mediante la liquidación y realización de su patrimonio para satisfacer aquellas en la medida de lo posible). Pero pudiendo ser estos intereses muy variados, el matiz público de la pieza sexta por su vocación sancionadora para el caso de que el concurso se declare culpable, llevó al legislador a otorgar una posición predominante a la administración concursal que será la que, sin excepción, ha de realizar de forma necesaria una propuesta de calificación (art. 169.2 LC), que puede ser compartida o no por el Ministerio Fiscal al emitir posteriormente su informe, sosteniendo este también, pero con carácter no necesario, una determinada calificación, de forma que si ambos lo califican de fortuito, así habrá de decidirse por el Juez sin otra posibilidad.

De ahí que la condición de parte que se otorga a los acreedores que se personen ha de producir sus efectos en la intervención en la pieza sexta en tal condición, pero no alterar el control del objeto del incidente, su pretensión fundamental que se atribuye, al igual que otras cuestiones del proceso concursal, esencialmente a la administración concursal.

Se considera que de esta manera se mantiene el equilibrio buscado por el legislador en la configuración de esta sección sexta de calificación entre la necesidad de evitar que la sección de calificación se complique innecesariamente con múltiples intereses privados que sustenten las posibles calificaciones de los acreedores, y normalmente ajenos al interés público que subyace a esta sección, con la necesidad o conveniencia de ser oídos los acreedores. Ahora, en atención a la expresa condición de parte, no cabe duda de su acceso a estrados, su intervención en la vista, en su caso, y la posibilidad de interponer recursos, pero siempre dentro de la delimitación del objeto del incidente realizado por quienes pueden ejercitar concreta pretensión de calificación: la administración concursal y el Ministerio Fiscal."

Por tanto, aunque tras la reforma legal expresamente se reconozca el carácter de parte y resulte fuera de duda la legitimación de los acreedores para recurrir en apelación pese a que no lo hagan Ministerio Fiscal o administración concursal (tal como han reconocido el TS y el TC), la intervención en el proceso de los acreedores se limita a la formulación de alegaciones de cuanto consideren relevante para la declaración de culpabilidad, que en la medida en que sean asumidas por el ministerio fiscal o la administración concursal integrarán válidamente el objeto del proceso.

No cabe, por tanto, 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. Si así se hiciera, la sentencia adolecería de incongruencia.

De la misma forma, y en coherencia con cuanto viene sosteniéndose, no pueden constituir el objeto del proceso en esta segunda instancia pretensiones diferentes a las contenidas en los escritos de fiscal y administración concursal.»

⁵⁰⁰ SAP Alicante, Sección 8ª, de fecha 21/11/2013 (recurso 666/2012), ponente Ilmo. Sr. D. Francisco José Soriano Guzmán, Fundamento de Derecho Segundo (con cita de otra previa, en la que se expone *in extenso* el razonamiento, de fecha 20/12/2012): «Este Tribunal tuvo ya ocasión de pronunciarse (Sentencia n.º 536/12, de veinte de diciembre del año dos mil doce, al conocer del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Alicante, de fecha 26 de septiembre del 2011) sobre la cuestión relativa a la legitimación de un acreedor para deducir pretensiones en la sección de calificación y, caso de admitirse esa posibilidad, la resolución que debe adoptarse cuando administración concursal y Ministerio Fiscal coinciden, en contra del criterio de aquél, en que el concurso se califique como fortuito. Confirmamos entonces (y ratificamos ahora) el criterio del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Alicante, de que el art. 170.1 LC puede ser reinterpretado a la luz del art. 168 LC ("Personación y condición de parte"), permitiendo que la persona personada y

de la norma (arts. 168.1 y 170.1 LC) que los acreedores personados, catalogados, expresamente, como parte en la Ley, puedan deducir pretensiones en la sección de calificación.

Finalmente, la Sala Primera del Tribunal Supremo ha venido a decidir la controversia, inclinando la balanza a favor de la posición que reconoce a los acreedores e interesados una legitimación limitada y condicionada, al tiempo que reconoce, expresamente, que únicamente la Administración concursal y el Ministerio Fiscal pueden formular propuestas de resolución en materia de calificación, así como las concretas consecuencias de la calificación culpable. Los acreedores y demás interesados, sostiene el Tribunal Supremo, pueden intervenir como coadyuvantes de la petición de calificación formulada por la Administración concursal y/o el Ministerio Fiscal, y también pueden apelar la sentencia que recaiga (art. 172.bis.4 LC). Una vez promovida la calificación del concurso como culpable por la Administración concursal o por el Ministerio Fiscal, los acreedores e interesados que se hubieran personado en la sección sexta formulando alegaciones de culpabilidad podrán comparecer en la vista, proponiendo prueba, pero todo ello supeditado al objeto de la Litis previamente determinado por los informes de los sujetos propiamente legitimados. Y a estos concretos efectos se les reconoce a los acreedores e interesados la condición de parte⁵⁰¹.

tenida por parte en la sección de calificación no se limite a alegar por escrito cuanto considere relevante para la calificación del concurso como culpable, sino que también pueda deducir pretensiones de condena en el seno de dicha sección. Con este razonamiento, el art. 170.1 LC se referiría al caso en que en la sección no hubiera acreedores personados y el Ministerio Fiscal y la administración concursal coincidieran en la calificación del concurso como fortuito, debiendo archivar en tal caso las actuaciones, auto contra el que no cabría recurso alguno.

Por tanto, estimamos plenamente acomodado al texto de la norma que los acreedores personados, catalogados expresamente como parte en la ley, puedan deducir pretensiones en la sección de calificación, que es lo que ha sucedido en el caso que nos ocupa.»

⁵⁰¹ STS, Sala Primera, de fecha 3/02/2015 (recurso 466/2013), ponente Excmo. Sr. D. Sebastián Sastre Papiol, Fundamentos de Derecho Primero, Segundo y Tercero: «PRIMERO.- Resumen de Antecedentes.

Para la resolución del presente recurso es necesaria la exposición de los siguientes antecedentes acreditados en la instancia:

1. En el concurso voluntario nº 389/10 de Residencial Movera, S.L. "en liquidación" que se sigue en el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Zaragoza se abrió la correspondiente sección de calificación del concurso.

En el trámite previsto en el art. 168 LC, la Agencia Española de Administración Tributaria (en adelante AEAT) se personó en la sección proponiendo la calificación culpable del concurso y la condena de los administradores al pago del déficit concursal.

La administración concursal y el ministerio Fiscal, en sus respectivos informe y dictamen, interesaron la calificación de culpable del concurso, señalaron como personas afectadas por la calificación a D. Tomás y D. Luis Miguel, pero no solicitaron su condena al pago del déficit concursal.

La sociedad concursada y las personas propuestas como afectadas se opusieron a la calificación del concurso como culpable solicitando fuera calificado de fortuito.

2. La sentencia del Juzgado de lo Mercantil, de 27 de abril de 2012, declaró el concurso como culpable y determinó como personas afectadas a Tomás y Luis Miguel. Les condenó a la pérdida de cualquier derecho que pudieran tener como acreedores concursales, y les inhabilitó durante dos años para administrar bienes ajenos y para representar a cualquier persona. No dio lugar a la condena del déficit

concurzal porque "ni el Ministerio Fiscal ni la Administración Concursal, únicos legitimados para su solicitud, instan condena alguna en tal sentido, por lo que ... no cabe establecer condena".

La sentencia fue recurrida en apelación por el Abogado del Estado en representación de la Agencia Tributaria e impugnada por los afectados por la declaración de culpabilidad.

3. La sentencia de segunda instancia desestimó el recurso de apelación y la impugnación, señalando, en lo que aquí interesa, que el interés general del concurso lo representa la administración concursal y el interés público el ministerio fiscal, siendo sus peticiones las que vinculan al Juez; las demás partes, incluida la Abogacía del Estado, "son terceros intervinientes cuya actuación se limita a hacer declaraciones sobre la culpabilidad del concurso; ... no existiendo previa petición de persona legitimada, no puede formularse condena" (Fundamento de Derecho Primero). Con ello, la Audiencia, le negaba a la AEAT legitimación para impugnar la sentencia por cuestiones que no habían sido incluidas por la administración concursal o el ministerio fiscal en sus respectivos escritos (informe y dictamen).

RECURSO DE CASACIÓN

SEGUNDO.-Formulación de los motivos del recurso de casación.

Se articulan en los siguientes términos:

El primero, por Infracción de los arts. 168.1 (en la redacción dada por el RDL 3/2009), 171 en relación con los arts. 184.3 y 4, 193 y 172.4 todos de la LC, en relación con los arts. 10 y 13 LEC y art. 24 CE.

Según la recurrente, la sentencia es contradictoria con la doctrina de esta Sala representada por las sentencias de 13 de septiembre y de 24 y 30 de octubre de 2012. Señala la recurrente que la redacción del art. 168.1 LC, tras la reforma operada por el RDL 3/2009 de 27 de marzo, atribuye a cualquier acreedor personado "la condición de parte procesal sin limitación alguna", entendiéndose que es esta una cuestión no sólo procesal sino que tiene un contenido sustantivo o material; también indica que las sentencias citadas reconocen la cualidad de parte a la TGSS aunque no estaba aún en vigor la reforma operada en el año 2009. La sentencia recurrida considera a los acreedores personados meros "terceros intervinientes", y sus pretensiones solo pueden ser acogidas si las hacen suyas el ministerio fiscal y la administración concursal.

El motivo segundo, subsidiariamente, interés casacional, interpretación de norma con vigencia inferior a cinco años sin que exista jurisprudencia que interprete la misma o precepto similar anterior, con contradicción entre los órganos jurisdiccionales, con infracción de los preceptos reseñados (art. 168.1 y 2 LC en la redacción que resulta del Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo).

En este motivo, se plantea la misma cuestión que en el motivo primero, pero desde la perspectiva de que la reforma operada en el año 2009 en el art. 168.1 y 2 LC es una norma que no lleva más de cinco años en vigor, y sobre la que no existe doctrina de esta Sala. Por ello solicita que se declare por esta Sala el derecho de los acreedores personados en la pieza de calificación como "parte procesal" para poder ejercitar cuantas pretensiones resulten procedentes y específicamente a instar la condena al pago de la cobertura del déficit concursal prevista en el art. 172.3 LC, vigente al momento de dictarse la sentencia apelada. En el desarrollo del motivo, invoca los arts. 10 y 13 LEC, y los arts. 168.1, 171.1, 172.4, 184.3 y 4, y 193.2 de la LC como fundamento para solicitar la estimación del mismo.

TERCERO.-Desestimación del recurso

El recurso debe desestimarse por las siguientes razones que exponemos a continuación:

1. En las SSTs 534/2012, de 13 de septiembre, 608/2012, de 24 de octubre y 627/2012, de 30 de octubre, que invoca la recurrente cuya doctrina denuncia como infringidas, el Tribunal de apelación, por razones de fondo, desestimó el recurso de apelación de la Tesorería General de la Seguridad Social, que se había personado en la Sección Sexta del concurso, basando su decisión en la redacción primitiva del art. 168 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, antes de la modificación operada por el RDL 3/2009, -a cuyo tenor "cualquier acreedor o persona que acredite interés legítimo podrá personarse en la sección alegando por escrito cuanto considere relevante para la calificación del concurso como culpable" y en la norma del apartado 1º del art. 170 LC, según la que "si el informe de la administración concursal y el dictamen que, en su caso, hubiera emitido el Ministerio Fiscal coincidieran en calificar el concurso como fortuito, el Juez, sin más trámites, ordenará el archivo de las actuaciones mediante auto, contra el que no cabrá recurso alguno".

Y decíamos entonces que la cuestión planteada tenía "un evidente fundamento procesal ... pero también un contenido sustantivo, al defender la legitimación del derecho material, que es el que otorga o deniega la titularidad del derecho, obligación o interés discutido en el proceso".

A pesar de que en los tres supuestos a que se refieren aquellas resoluciones no eran aplicables a los litigios la nueva redacción del art. 168 dada por el RDL 3/2009, ya se señalaba entonces que ello no significaba que la interpretación dada por los Tribunales de apelación a dicha norma, en su redacción

originaria, fuera la correcta, "teniendo en cuenta que estaba en cuestión un derecho fundamental - STC 15/2012 de 13 de febrero, y las que en ella se citan-".

Por ello en las sentencias invocadas, se estimó la legitimación bien de la TGSS, bien de la AEAT, para recurrir en apelación, por lo que se estimaron los recursos y se remitieron las actuaciones a las respectivas Audiencias Provinciales para que dieran respuesta a los recursos de apelación interpuestos por los citados organismos públicos.

2. En el caso aquí enjuiciado, las modificaciones introducidas por el RDL 3/2009 en el art. 168 LC se hallaban vigentes. En ellas, se atribuye al acreedor la condición de parte procesal -así se rotula el artículo: "Personación y Condición de parte"-, y en los apartados 1 y 2, se refieren a que, además de poder personarse, añaden "y ser parte de la Sección".

La sentencia ahora recurrida no ha negado la condición de parte a la AEAT como en los supuestos contemplados en las SSTs invocadas por la recurrente. No le ha negado la posibilidad de actuar en el procedimiento como parte coadyuvante, sosteniendo la calificación formulada por la administración concursal o el ministerio fiscal, ni tampoco la posibilidad de apelar la sentencia dictada en primera instancia. Lo que le ha negado es la posibilidad de impugnar la sentencia de calificación por no estimar una pretensión que no había sido introducida en el informe de la administración concursal ni en el dictamen del ministerio fiscal, y por ello no formaba parte del objeto litigioso.

La "ratio decidendi" que se infiere de la sentencia impugnada es que el ministerio fiscal, como tutor de los intereses públicos y la administración concursal, como defensor y representante de los intereses generales del concurso, son los únicos que pueden formular propuestas de resolución que puedan ser tenidas en cuenta por el Juez. En el fondo, aún sin citarlo, el fundamento se encuentra en el art. 170.1 LC, que ha permanecido invariable desde su redacción originaria. De acuerdo con este precepto, si ambos órganos coincidieran en sus respectivos escritos (informe de la administración concursal y dictamen del ministerio fiscal), en calificar el concurso como fortuito, "el juez, sin más trámites, ordenará el archivo de las actuaciones mediante auto, contra el que no cabrá recurso alguno". Por muchas y bien fundadas que fueran las alegaciones que pudieran haberse formulado por parte del acreedor en sentido contrario, -para postular la calificación de culpable del concurso-, de nada servirían si no son acogidas por la administración concursal o el ministerio fiscal en sus respectivos escritos de alegaciones.

3. El legislador ha querido establecer un régimen especial de intervención a la que ha anudado unas limitadas facultades:

1ª.- La personación de un acreedor y la condición de parte que le reconoce el actual art. 168 LC debe cohererarse con el resto de las normas sobre la calificación, y muy especialmente con la previsión contenida en el art. 170 LC, no modificado por la reforma, según las cuales sólo las proposiciones que formulen la administración concursal y el ministerio público serán tenidas en cuenta por el juez para conformar, en su caso, el objeto de incidente de calificación. De tal forma que si ambos califican el concurso de fortuito, la sección de calificación habrá concluido (art. 170.1 LC). Si alguno de ellos o los dos piden la calificación culpable, se dará traslado a la concursada y a las personas que se pide sean declaradas afectadas por la calificación o cómplices, para que puedan alegar lo que estimen conveniente respecto de las concretas peticiones contenidas en el informe de la administración concursal y el dictamen del ministerio fiscal, en atención a los hechos y las concretas causas o motivos de calificación aducidos en dichos escritos para fundamentar sus pretensiones.

2ª.- A pesar de que los intereses que se ejercitan en la sección de calificación no son estrictamente públicos, pues los hay generales del concurso y por ello de los acreedores en su conjunto, la legitimación para ejercitar estas acciones se restringe a la administración concursal y al fiscal. Expresamente se pretende evitar una acumulación de acciones particulares, encomendando a la administración concursal y al ministerio fiscal el ejercicio de esta acción, que muy bien puede calificarse, por lo que respecta a la reclamación del pago del déficit concursal frente a los administradores, de colectiva. La administración concursal representa los intereses generales del concurso, dentro de los cuales se encuentran los de los acreedores concursales de obtener la íntegra satisfacción de sus créditos, y el ministerio fiscal el interés público. Ambos tienen la llave de la calificación, pues a ellos les corresponde formular la petición concreta y las consecuencias de esta calificación.

3ª.- De ello resulta que la legitimación de los acreedores en la sección sexta es limitada y condicionada. De un lado, las alegaciones solo deben ir dirigidas en un determinado sentido (para la calificación del concurso como culpable); de otro, las alegaciones de los acreedores son las primeras en el tiempo, se formulan antes de conocer los escritos de la administración concursal y el ministerio fiscal, como efecto de lo dispuesto en el art. 169.1º LC, tampoco modificado por la reforma.

b") Plazo para la presentación del informe de calificación de la Administración concursal

La cuestión del cómputo del plazo para la presentación del informe de calificación de la Administración concursal quedó zanjada por nuestro

4ª.- Solo la administración concursal y, en su caso, el ministerio fiscal pueden formular "propuestas de resolución", mediante el informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso, la explicación de las causas con arreglo a las cuales procede calificar, en su caso, culpable el concurso y, también en su caso, las concretas consecuencias de la calificación culpable (art. 169.1 y 3 LC). En consecuencia, la sentencia que se dicte en la sección de calificación, no deberá tener en cuenta las alegaciones y pretensiones formuladas por estos terceros, sino que deberá ajustarse a los hechos y las concretas pretensiones interesadas por la administración concursal y el ministerio fiscal.

5ª.- Los acreedores y demás interesados en la calificación carecen de legitimación para pedir una determinada calificación, pero se les reconoce la posibilidad de intervenir como adyuvantes de la concreta petición de calificación formulada por la administración concursal y/o el ministerio fiscal, y para apelar (art. 172. bis. 4 LC). Y a estos concretos efectos se les reconoce la condición de parte.

De cuanto antecede se desprende que la intervención de los terceros en esta sección es más limitada que la prevista con carácter general en el art. 193.2 LC, y se acomoda mejor a la modalidad de "intervención adhesiva simple", que contempla el art. 13.1 LC, porque al intervenir como coadyuvantes de la concreta petición de calificación formulada por la administración concursal y/o el ministerio fiscal, no pueden sostener otras distintas.

Sus iniciales alegaciones tan sólo habrán servido para informar a la administración concursal, para sugerir un determinado sentido la calificación, a fin de que las tenga en cuenta, y, haciéndolas suyas, las incorpore en su informe "como hechos relevantes para la calificación del concurso" (art. 169.1º LC).

Luego, iniciado ya el incidente concursal, los terceros personados podrán proponer prueba, participar en la vista y realizar cualquier otra actuación procesal, pero dirigida a confirmar y ratificar los supuestos de hecho que dan soporte a las pretensiones de la administración concursal y el ministerio fiscal, únicas frente a las que habrán de defenderse los demandados y demás personas afectadas. A tenor del art. 170.4 LC, los terceros personados podrán recurrir también la sentencia de no ser estimadas todas o parte de las pretensiones interesadas por la administración concursal y el ministerio fiscal.

4. Como bien reconocen las partes, en la Ley Concursal existen otros casos en que se restringe la legitimación activa. En unos casos, corresponde en exclusiva a la administración concursal. Así ocurre con el ejercicio de las acciones sociales contra los administradores de la sociedad deudora (art. 48 quater LC, introducido por la Ley 38/2011), las acciones contra los socios personalmente responsables por las deudas sociales (art. 48.bis 1º LC), y las de exigir, en el momento y cuantía que estimen conveniente, el desembolso de las operaciones sociales diferidas (art. 48.2º bis LC).

En otros supuestos, la legitimación es de la administración concursal, pero se reconoce a los acreedores una legitimación subsidiaria, como ocurre con el ejercicio de acciones rescisorias a que se refiere el art. 72.1º LC o una acción del concursado de carácter patrimonial, frente a terceros, a que se refiere el art. 54.4º LC. En ambos supuestos, de no ejercitar la administración concursal las respectivas acciones, tras la denuncia fehaciente de los acreedores, estos podrán ejercitarla en interés de la masa.

En el caso enjuiciado, la legitimación del art. 168.1 LC presenta los caracteres que hemos dejado expuestos. De ello se infiere que el objeto del proceso está integrado por las pretensiones formuladas por la administración concursal y el ministerio fiscal. Si no hubo petición sobre la responsabilidad por déficit concursal a que se refiere el art. 172.3, en su originaria redacción y no hay, por tanto, un pronunciamiento en la sentencia de instancia, por la misma razón la sentencia del Tribunal de apelación no puede pronunciarse sobre tal condena, por razones de congruencia (art. 218.1º LEC).

5. Sin embargo, las alegaciones de la AEAT planteadas en su escrito de comparecencia en la sección sexta, para evitar su impunidad, pueden ser analizadas y tomadas en consideración para el ejercicio de una acción rescisoria de las previstas en el art. 71 LC, poniéndolas de manifiesto previamente a la administración concursal (art. 72.1º LC), para que, caso de no ejercitarla dentro del plazo de dos meses, podrá ejercitarla el propio recurrente.

También, de concurrir los presupuestos necesarios, el recurrente tiene a su alcance la posibilidad de exigir a la administración concursal la responsabilidad prevista en el art. 36.1º LC por "los daños y perjuicios causados a la masa por los actos y omisiones contrarios a la ley o realizados sin la debida diligencia.»

Tribunal Supremo, siendo de citar, a este respecto, la Sentencia de la Sala Primera, de fecha 5/02/2015, que se refiere a su anterior de fecha 1/04/2014, en el sentido de dejar determinado que el plazo será de 15 días a contar desde que el Juzgado provea el transcurso del plazo de 10 días que la Ley concede a las otras partes procesales⁵⁰².

⁵⁰² STS, Sala Primera, de fecha 5/02/2015 (recurso 1086/2013), ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena, Fundamento de Derecho Tercero: «*Decisión de la Sala. Posibilidad de fijar el inicio del plazo para emitir el informe de la Administración Concursal sobre la calificación del concurso con posterioridad a la expiración de los plazos para personación de los interesados*

1.- *El informe de la Administración Concursal fue presentado al Juzgado dentro del plazo que este le fijó. La cuestión es que el Juzgado pospuso el inicio de tal plazo a un momento posterior a la finalización del plazo de personación y alegaciones de los interesados previsto en el art. 168 de la Ley Concursal, pues suspendió (en realidad, dejó sin efecto) la apertura del trámite inicialmente acordada ante la petición de la Administración Concursal, que necesitaba conocer el resultado de la auditoría de cuentas para formular su informe.*

2.- *El art. 169 de la Ley Concursal prevé que el plazo de quince días para que la Administración Concursal presente el informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso, con propuesta de resolución, se iniciará tras la expiración del previo plazo de diez días que para la personación y alegaciones de los interesados establece el art. 168 de la Ley Concursal.*

En la sentencia de esta Sala núm. 122/2014, de 1 de abril, declaramos que el inicio del plazo del art. 169 de la Ley Concursal no se produce automáticamente cuando expira el plazo del trámite previo, previsto en el art. 168, sino que es necesario que el Juez del concurso dicte una resolución en que acuerde la apertura de tal plazo.

En el presente recurso se plantea una cuestión diferente pero complementaria de la resuelta en esa sentencia anterior. Mientras que en el anterior supuesto no existía ningún obstáculo para que el plazo de emisión del informe se iniciara una vez constatada la finalización del plazo de personación y alegaciones de los interesados en la sección de calificación, en el presente caso la Administración Concursal solicitó la posposición del inicio del plazo de emisión del informe porque no contaba con los elementos necesarios para elaborarlo. En concreto, se trataba de una sección de calificación que se había abierto como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación derivada del incumplimiento de un convenio, y no existía el informe de auditoría preceptivo porque la sociedad concursada no había procedido a nombrar el auditor de cuentas. El Juez del concurso accedió a la solicitud, y una vez que la Administración Concursal contó con el informe de auditoría, abrió el plazo de emisión del informe.

3.- *El informe de la Administración Concursal previsto en el art. 169.1 de la Ley Concursal tiene el carácter de necesario, ya proponga que el concurso se califique como culpable, ya como fortuito. No ocurre lo mismo con el dictamen del Ministerio Fiscal (último inciso del art. 162 de la Ley Concursal), ni con la oposición de la concursada o de las personas afectadas o cómplices en el caso de que la Administración Concursal o el Ministerio Fiscal postulen la calificación del concurso como culpable, pues si no comparecen se les declara en rebeldía (art. 170.3 de la Ley Concursal), y si ninguno se opusiera a las peticiones de la Administración Concursal y el Ministerio Fiscal, se dictará sin más sentencia (art. 171.2 de la Ley Concursal).*

4.- *Teniendo en cuenta lo anterior, está justificado que en determinadas circunstancias, el Juez del concurso pueda posponer el inicio del plazo para formular el informe de la Administración Concursal (bien desde el primer momento, bien dejando sin efecto el trámite iniciado). Para ello es necesario que concurren circunstancias que lo justifiquen y que la posposición del inicio del plazo sea razonable.*

Ambos requisitos concurren en este supuesto, puesto que la necesidad de contar con el informe de auditoría se considera una causa justificada, puesto que el art. 169.1 de la Ley Concursal exige a la Administración Concursal que el informe que presenten sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso, con propuesta de resolución sea «razonado y documentado», lo cual resulta exigido por el interés del concurso, y el plazo de demora que ello supuso, que el recurrente fija en diez meses y medio, es razonable y no supuso una dilación indebida, como pretende el recurrente, porque su duración no fue excesiva y estuvo justificado.

La consecuencia de lo expuesto es que la Administración Concursal presentó el informe en el plazo establecido en el art. 169.1 de la Ley Concursal.»

c”) La iniciación del incidente de calificación

A partir de la previsión contenida en el art. 169.1 LC, relativa a que los hechos relevantes para la calificación del concurso deben presentarse por medio de informe por la Administración concursal (dictamen, en el caso del Ministerio Fiscal), no existiendo previsión expresa alguna acerca de si dicho informe debe revestir la forma y caracteres de un escrito de demanda conforme a las exigencias del art. 399 LEC, se planteó por no pocos órganos jurisdiccionales un incidente concursal en el que la posición de parte actora no correspondía a la Administración concursal/Ministerio Fiscal, sino a la concursada y demás afectados por la calificación culpable, habida cuenta de la remisión que hace el art. 171 LC al trámite del incidente concursal una vez formulada la oposición a los informes de calificación culpable.

En el indicado sentido, parte de nuestra mejor doctrina sostenía que la remisión al trámite del incidente concursal no lo era a los solos efectos de convocar a las partes a vista, sino que ha de formarse una pieza separada con el escrito de oposición, que pasará a hacer las veces de demanda, de similar manera a como acontece en el juicio cambiario. Esa fue la senda seguida por diversos juzgados, en algún caso con el refrendo de la Audiencia Provincial⁵⁰³. Al estimar la oposición como demanda iniciadora del incidente, se hacía preciso conferir un traslado a la Administración concursal y al Ministerio Fiscal, en su caso, para que la contestaran en la forma prevenida en el art. 405 LEC, previo a la celebración de la vista, de resultar ésta procedente.

El Tribunal Supremo, en Sentencia del Pleno de la Sala Primera de fecha 22/04/2010⁵⁰⁴ ha venido a reconocer que la inversión de posiciones procesales, otorgando una segunda fase de alegaciones a la Administración concursal y al Ministerio Fiscal sobre la base de considerar los escritos de oposición de la concursada y personas afectadas como demandas rectoras del incidente concursal, constituye una irregularidad procesal (aunque en el caso enjuiciado no se casó la

⁵⁰³ MUÑOZ PAREDES, A. “La calificación del concurso. Sentencia de calificación y responsabilidad concursal”, en PRENDES CARRIL, Pedro y MUÑOZ PAREDES, Alfonso (dirs.). *Tratado judicial de la insolvencia*. Tomo II. (AAVV). Op. cit. Pgs. 644 y 645.

Cabe citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, de fecha 24/02/2009 (recurso 4/2009), ponente Ilmo. Sr. D. Antonio María González Floriano, Fundamento Jurídico Segundo. En el sentido contrario, rechazando la consideración de la oposición de la concursada y personas afectadas como demanda rectora del procedimiento, puede citarse la SAP de Jaén de fecha 15/11/2007 (recurso 314/2007), ponente Ilma. Sra. D^a. María Jesús Jurado Cabrera, Fundamento de Derecho Primero.

⁵⁰⁴ STS, Pleno de la Sala Primera, de fecha 22/04/2010 (recurso 76/2009), ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández, Fundamento de Derecho Segundo. Tras un primer señalamiento para la votación y fallo (providencia de fecha 2/03/2010), la Sala acordó dejarlo en suspenso y someter su deliberación al Pleno de los Magistrados de la Sala Primera (providencia de fecha 4/03/2010), para la que se señaló el día 24/03/2010, fecha en la que tuvo lugar.

sentencia de apelación al entenderse que el defecto no llegó a causar efectiva indefensión). Es de señalar que esta Sentencia fue la primera que dictó el Alto Tribunal sobre la calificación del concurso con arreglo a lo preceptuado en la Ley Concursal, y que el sometimiento de los recursos al Pleno de la Sala Primera no fue propiciado por posicionamientos jurisprudenciales encontrados sobre una misma cuestión, de suerte que la doctrina que en ella se sienta parece anticiparse a la proliferación de recursos que pudieran sobrevenir a causa de la dispar interpretación de las Audiencias Provinciales de los preceptos que regulan la tramitación de la oposición a la calificación de concurso culpable⁵⁰⁵.

Por tanto, se trata de una cuestión ya resuelta, siendo pacífica su aplicación por los tribunales. Sirva de ejemplo la consideración expresa del informe de calificación de la Administración concursal y del Ministerio Fiscal, como auténticas demandas, por parte de los Magistrados y Secretarios Judiciales de los Juzgados Mercantiles de Cataluña, entre las conclusiones adoptadas en el Seminario celebrado con fecha 29/09/2014, orientadas a unificar la práctica procesal en la tramitación de los concursos entre los distintos Juzgados Mercantiles de la indicada Comunidad Autónoma.

d”) La cuestión relativa a la aportación a la Sección sexta de los documentos obrantes en el procedimiento concursal

Dispone el primer inciso del art. 169.1 LC que *«Dentro de los quince días siguientes al de expiración de los plazos para personación de los interesados, la administración concursal presentará al juez un informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso, con propuesta de resolución.»*

La aportación documental que requiere la LC es una concreta aplicación, para la sección sexta del concurso, de la norma general que impone a las partes procesales la carga de aportar junto a los escritos iniciales de alegaciones los documentos en los que funden la tutela jurisdiccional que solicitan (art. 265.1.1º LEC), por más que, en el procedimiento concursal, el ejercicio por la Administración concursal de la pretensión de calificación obedezca al cumplimiento de un deber institucional y no al ejercicio de un derecho, propio o ajeno (de los acreedores integrados en la masa pasiva)⁵⁰⁶. Se plantea entonces si para cumplir con dicha carga probatoria sería suficiente la introducción de los

⁵⁰⁵ SENÉS MOTILLA, Carmen. “Tratamiento procesal de la oposición a la calificación de concurso culpable”. Anuario de Derecho Concursal, número 23/2011-2. Editorial Aranzadi, S.A. Cizur Menor (Navarra), 2011. Pgs. 299 y 300.

⁵⁰⁶ SENÉS MOTILLA, Carmen. “Tratamiento procesal de la oposición a la calificación de concurso culpable”. Op. cit. 2011. Pg. 310.

documentos por remisión realizada en los escritos de alegación a documentos que, aun no aportados físicamente junto con el informe de calificación culpable, hayan sido incorporados en el procedimiento concursal (en las restantes secciones) del que el incidente concursal de calificación dimana.

La misma Sentencia del Tribunal Supremo, Pleno de la Sala Primera, de fecha 22/04/2010, antes citada, se ha pronunciado también sobre esta cuestión, dejándola zanjada. En su Fundamento de Derecho Tercero se contiene su razonamiento⁵⁰⁷. La interpretación del Tribunal Supremo permite evitar la aportación documental innecesaria a través de la técnica de la remisión cuando se trata de documentos que obren incorporados en alguna de las restantes secciones del procedimiento concursal, siendo que la exigencia de su aportación física en tal caso no es razonable, ni se compadece con el principio de economía procesal por cuanto que supone un derroche de tiempo y coste económico innecesarios.

Esta interpretación se ha sostenido por resoluciones de las Audiencias Provinciales, pero ha de matizarse en el sentido de que, aun no habiendo óbice procesal para la admisión de los documentos que obran en las demás secciones del concurso, sin necesidad de aportación física, pues están a disposición del Juez del concurso, deben al menos designarse en el escrito o propuesta de calificación solicitándose que se tengan por reproducidos⁵⁰⁸. Se trata, en definitiva, de hacer ver a las partes en el incidente la necesidad de proponer la prueba en legal forma, a los efectos de su pertinente aprobación, en su caso, por el Juzgado y su posterior práctica de cara a su correcta valoración en la resolución que le haya de poner fin⁵⁰⁹.

⁵⁰⁷ STS, Pleno de la Sala Primera, de fecha 22/04/2010 (recurso 76/2009), ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández, Fundamento de Derecho Tercero: «La disposición legal debe entenderse en el sentido de que se habrán de aportar con el informe los documentos en que se funda la propuesta de resolución, pero ello no es necesario en cuanto a los documentos que obran en las restantes Secciones del Concurso, respecto de los que no se requiere la aportación física, bastando que en el informe se haga la oportuna remisión. Por lo demás, la prueba documental fue admitida, la parte recurrente no podía desconocerla dado que obraba en las actuaciones, y es de absoluta lógica que la Audiencia Provincial reclame las restantes actuaciones en que obran documentos para cumplir la función de valoración probatoria en segunda instancia. La exigencia de que se deban reproducir, para acompañar con el informe de los administradores, documentos que obran en otras secciones no es razonable, ni es conforme a la economía procesal al suponer un derroche de tiempo y coste económico absolutamente innecesario, sin que resulte afectado en modo alguno el derecho de defensa.»

⁵⁰⁸ MACHADO PLAZAS, J. "Algunas consideraciones sobre aspectos procesales de la calificación del concurso. (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2010 sobre calificación del concurso. Recurso 76/2009, resolución 227/2010)". Op. cit. Pg. 240.

⁵⁰⁹ PAVÓN NEIRA, C. *El incidente concursal*. Op. cit. Pg. 102.

e”) La posibilidad de integrar la causa petendi del informe de culpabilidad y el tratamiento procesal de los efectos legales de la calificación culpable

Los órganos jurisdiccionales encargados de la materia concursal vienen pronunciándose, desde la entrada en vigor de la LC, acerca de la necesaria observancia, entre otros, de los principios de defensa, dispositivo, de rogación y congruencia al conocer de las secciones de calificación concursal.

Puede resumirse dicha exigencia en distintos Fundamentos de Derecho extraídos de otras tantas sentencias del Juzgado de lo Mercantil número Uno de Alicante.

Las alegaciones fácticas de las partes delimitan el alcance del pronunciamiento judicial, sin que pueda el Juzgador apreciar ex officio supuestos de culpabilidad no invocados y cuyo sustrato fáctico no haya sido debatido, por exigencia del principio de defensa, precisando la sentencia de calificación un previa petición fundada de la Administración concursal o del Ministerio Fiscal⁵¹⁰.

Conviene tener presente que en la sección de calificación lo relevante es si la concursada y las personas afectadas por la calificación han llevado a cabo hechos que tienen encaje en alguna de las hipótesis legales de calificación de concurso culpable, bien en la general del art. 164.1, bien en las específicas de los arts. 164.2 o 165 LC, pero siempre que los hechos que constituyen el supuesto de la norma hayan sido invocados y probados por los legitimados para instar la calificación, sin que puedan ser de oficio apreciados si no se han planteado y en consecuencia discutidos, por exigencias del principio de congruencia (art. 218 LEC) y de defensa (art. 24 CE), siendo la subsunción de los hechos en la norma función judicial no vinculada a la que realicen las partes (iura novit curia)⁵¹¹. Aunque algunos mantienen la aplicación ex officio del art. 172, no hay que perder de vista que la Ley de Enjuiciamiento Civil es de aplicación supletoria en el proceso concursal, y por tanto el principio esencial de rogación y dispositivo, por lo que parece conveniente exigir a las partes que instan la calificación como culpable que concreten no solamente la persona afectada por la misma sino las consecuencias derivadas de tal calificación, y de manera específica qué efectos le pueden deparar al sujeto pasivo y a los que se refiere el art. 172. El que este precepto contenga la expresión «*contendrá*» al referirse al contenido de la sentencia de calificación no impide lo anterior sino que su función es delimitar qué pretensiones pueden ser objeto de este pleito y que

⁵¹⁰ SJM número Uno de Alicante, de fecha 15/05/2008, ponente Ilmo. Sr. D. Rafael Fuentes Devesa, Fundamento de Derecho Primero.

⁵¹¹ SJM número Uno de Alicante, de fecha 21/11/2007, ponente Ilmo. Sr. D. Rafael Fuentes Devesa, Fundamento de Derecho Tercero.

exigen la respuesta judicial, pero ello evidentemente si se solicita y limitada a los términos de la petición (art. 218 LEC), no de oficio. Además esta interpretación es más garantista, en tanto permite a la persona afectada conocer de antemano el alcance de los efectos de la calificación contra él pretendida, recordando que es principio general consagrado en el artículo 24 de la Constitución el que nadie puede ser condenado sin ser previamente oído, y por tanto, debe conocer no sólo de qué se le acusa sino también las consecuencias que se pueden derivar de esa calificación como culpable, para alegar y proponer pruebas acerca de la graduación de esas consecuencias⁵¹².

Si ni el Administrador concursal ni el Ministerio Fiscal fundamentan la pretensión de calificación en un determinado hecho, es discutible que el órgano judicial pueda ampararse en el mismo para apreciar la declaración de culpabilidad, ya que no se trata de un problema de subsunción o aplicación del derecho sino de falta de alegación (y de posibilidad de debate) del soporte fáctico de la norma a aplicar⁵¹³.

Nuestro Tribunal Supremo, en la repetida Sentencia de 22/04/2010, viene a validar la invocación implícita de la causa petendi, estimando que la concurrencia del supuesto genérico de culpabilidad del concurso no requiere de forma ineludible que la calificación del informe de la Administración concursal o del dictamen del Ministerio Fiscal contenga una mención explícita y formal del concreto precepto legal que cobija el supuesto normativo, siendo suficiente que en la fundamentación consten hechos relevantes para la adecuada calificación y que claramente resulten expresivos de la causa legal correspondiente (Fundamento de Derecho Cuarto). En definitiva, que son los hechos relevantes para una calificación determinada, y el fundamento jurídico de ésta, los que deben ser exteriorizados en el escrito de calificación en tanto que determinantes de la causa de pedir de aquello que se pretende⁵¹⁴.

Y en cuanto al tratamiento procesal que merece la adopción de oficio de los efectos legales que integran el contenido de la sentencia de calificación, nuestro Tribunal Supremo, en la archirepetida Sentencia de 22/04/2010⁵¹⁵ venía a sostener que no existen incoherencia entre la sentencia y el informe de calificación de la Administración concursal si la

⁵¹² SJM número Uno de Alicante, de fecha 21/11/2007, ponente Ilmo. Sr. D. Rafael Fuentes Devesa, Fundamento de Derecho Segundo. En el mismo sentido, SJM número Uno de Alicante, de fecha 1/09/2010, ponente Ilmo. Sr. D. Rafael Fuentes Devesa, Fundamento de Derecho Tercero.

⁵¹³ SJM número Uno de Alicante, de fecha 11/01/2008, ponente Ilmo. Sr. D. Rafael Fuentes Devesa, Fundamento de Derecho Segundo.

⁵¹⁴ SENÉS MOTILLA, Carmen. "Tratamiento procesal de la oposición a la calificación de concurso culpable". Op. cit. 2011. Pgs. 306 y 307.

⁵¹⁵ Fundamento de Derecho Cuarto.

resolución judicial admite la invocación tácita de la cláusula general de culpabilidad y distingue a la vez aquellos pronunciamientos que por ser consecuencia automática de la calificación culpable podían ser adoptados de oficio (inhabilitación, pérdida de derechos como acreedores concursales o contra la masa, devolución de los bienes o derechos obtenidos indebidamente del patrimonio del deudor o recibidos de la masa activa) y aquellos otros cuya adopción solo es posible a instancia de parte (indemnización de los daños y perjuicios causados y cobertura del déficit concursal). Con carácter obiter dicta, se manifiesta por el Alto Tribunal que la adopción de oficio de las medidas consustanciales al concurso culpable requiere, inexcusablemente, la previa audiencia de las personas afectadas por respeto al principio constitucional de contradicción procesal⁵¹⁶.

o') *La oposición a la conclusión del procedimiento (arts. 176.2 y 176.bis.3.III LC)*

En primer lugar debe matizarse que la posibilidad de formular oposición se circunscribe a los supuestos de conclusión contemplados en los números 3º, 4º y 5º del art. 176.1 LC. A su vez, el supuesto contemplado en el at. 176.bis.3 LC es desarrollo de la causa general de conclusión prevista en el número 3º del art. 176.1 LC.

Los preceptos señalados indican que el informe de conclusión de la Administración concursal, que afirmará y razonará inexcusablemente que el concurso no será calificado como culpable, así como la inexistencia de acciones viables de reintegración de la masa activa ni de responsabilidad de terceros pendientes de ser ejercitadas, o bien que lo que se pudiera obtener de las correspondientes acciones no sería suficiente para el pago de los créditos contra la masa, quedará de manifiesto en la oficina judicial por quince días a todas las partes personadas. Si en el plazo de audiencia concedido a las partes se formulase oposición a la conclusión del concurso, se le dará la tramitación del *incidente concursal*.

De nuevo nos encontramos con un supuesto en el que la principal problemática deriva de la falta de concreción en la LC al omitir previsión acerca de la necesidad de iniciar el trámite incidental por la vía de demanda y que la oposición revista la forma de contestación o, en otro caso, resulte directamente la oposición la que se configure como demanda incidental. No obstante, al exigir la norma que se confiera a la oposición a la conclusión el cauce del incidente concursal parece razonable concluir que el mencionado escrito de oposición deberá

⁵¹⁶ Fundamento de Derecho Cuarto.

revestir la forma de demanda incidental, que no es otra que la prevista en el art. 399 LEC para la demanda del juicio ordinario (art. 194.1 LC).

p') *La impugnación de la actualización del inventario y de la lista de acreedores en supuestos de reapertura del concurso (art. 180.2 LC)*

El proceso de actualización del inventario y de la lista de acreedores reproduce el trámite general del concurso de acreedores, de los arts. 85 a 97.ter LC, ambos inclusive. Es decir, una comunicación de créditos, con un reconocimiento de los que se incluyen en las listas provisionales para publicitarlo entre los acreedores a efectos de eventuales modificaciones, y que con posterioridad se dan a conocer a través de los textos presentados al Juzgado. Este documento, una vez puesto de manifiesto, puede ser objeto de impugnación por el cauce del *incidente concursal*, pasando después a textos definitivos con las modificaciones que resulten de los procedimientos tramitados. En cuanto a los bienes y derechos del activo, partiendo del texto de la Administración concursal, también se le confiere publicidad y se puede someter a juicio (incidente concursal) antes de incluirse en el documento final⁵¹⁷.

q') *La oposición a la aprobación de las cuentas rendidas por la administración concursal (art. 181.3 LC)*

Se considera la rendición de cuentas una especie de actuación final, que trae suerte del mero hecho de representar intereses ajenos y que, con arreglo al procedimiento legalmente establecido, en un momento determinado habrá de darse cuenta de las decisiones adoptadas y de los resultados obtenidos con las mismas⁵¹⁸.

La remisión legal a la sustanciación del incidente concursal únicamente para el caso de que hubiese oposición a la aprobación del informe de rendición de cuentas presentado por la Administración concursal, determina que dicha oposición revista la forma de demanda incidental ex art. 399 LEC, conforme dispone el art. 194.1 LC.

La cuestión que se considera más importante del supuesto examinado es el relativo a las reglas de legitimación activa para la interposición de la demanda incidental. Es cierto que la LC la limita al deudor y a los acreedores ex art. 181.2 LC, entendiendo comprendidos en esta última categoría tanto a los concursales como a los titulares de

⁵¹⁷ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, V. Comentarios al art. 180 en AAVV MACÍAS CASTILLO, A. y JUEGA CUESTA, R. (Coord.) *Ley Concursal Comentada*. Op. cit. Pg. 180.

⁵¹⁸ GARCÍA-TUÑÓN, A. M. "La rendición de cuentas de la administración concursal: contenido y alcance". *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*. Parte Estudios. Número 20. Editorial La Ley, Wolters Kluwer España, S.A. Madrid, 2014. Pg. 74.

créditos contra la masa, conclusión que se alcanza siguiendo el clásico principio que recomienda que no se debe distinguir allí donde la Ley no distingue, siendo incuestionable la concurrencia de las dos categorías de acreedores al tiempo de la presentación de la rendición de cuentas por parte de la Administración concursal, en la medida que, en dicha tesitura, nos encontraremos siempre en presencia de un procedimiento concursal abierto para pago de los créditos devengados hasta la fecha de presentación del señalado informe. Pero la LC parece estar pensando en supuestos en que la rendición de cuentas viene motivada por la conclusión del concurso, desdeñando aquellos otros en que viene impuesta por una decisión judicial de separación de los Administradores concursales (ex art. 37 ó 153 LC). En estos casos, los Administradores separados durante la tramitación del procedimiento concursal no concluido habrán de ser sustituidos por otros y se plantea, entonces, la cuestión relativa a si estos nuevos Administradores concursales gozan de legitimación activa para oponerse a la aprobación de la rendición de cuentas presentada por sus antecesores, al ser éstos cesados.

Como es sabido, la LC (art. 184.5) prescribe que la Administración concursal será oída siempre sin necesidad de comparecencia en forma, aunque cuando intervenga en incidentes deberá hacerlo asistida de Letrado. Pero este trámite de audiencia no implica atribución de legitimación para oponerse a la aprobación de la cuenta rendida por el predecesor. Por otra parte, en el extenso catálogo de funciones de la Administración concursal (ex art. 33 LC) no se contempla la que ahora nos ocupa, y de la regulación de la responsabilidad (ex art. 36 LC) no puede determinarse que la falta de oposición a la aprobación de la rendición de cuentas de la Administración concursal saliente haga nacer la responsabilidad de la entrante.

Por último, si se atiende al contenido del informe de rendición de cuentas, sujeto a fiscalización de los legitimados en el trámite de oposición a su aprobación, se observa que el mismo se concreta en: i) las actuaciones referidas a las facultades de administración conferidas en el concurso; ii) informes previos al auto de conclusión del concurso (o de separación de los Administradores concursales salientes) que haya realizado la Administración concursal presentante del informe; y iii) el saldo final de las operaciones realizadas e informe sobre el resultado de las mismas. El control sobre la corrección del contenido del informe de rendición de cuentas sólo podrá realizarse por quien, habiendo participado en el procedimiento concursal, desde su declaración, tenga cabal conocimiento de las actuaciones realizadas por la Administración concursal informante que tengan reflejo, o debieran tenerlo, en el informe de rendición de cuentas sujeto a fiscalización. Desde esta perspectiva, no parece que la Administración concursal entrante se encuentre en la mejor disposición para acometer dicha oposición, debido a su elemental

falta de conocimiento de los hechos llevados a cabo por su predecesora. Además, en tales circunstancias no es fácil apreciar un interés legítimo en la Administración concursal entrante para oponerse a la aprobación de la rendición de cuentas de la predecesora saliente.

Todo lo cual mueve a considerar que la legitimación para oponerse a la aprobación de la rendición de cuentas de la Administración concursal queda circunscrita al deudor concursado y a los acreedores personados, según la dicción del precepto que la regula (art. 181 LC).

r') *La impugnación del acuerdo extrajudicial de pagos (art. 239.1 y 3 LC)*

La LC fue reformada por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, que introdujo un nuevo Título X al cuerpo normativo de la LC dedicado a la regulación del *acuerdo extrajudicial de pagos*, lo que se vino a conocer comúnmente como la *mediación concursal*. Se trata de un procedimiento extrajudicial de negociación (no de mediación) entre el deudor y sus acreedores, con carácter previo a la declaración de concurso de aquél, con la participación de una figura, denominada «*mediador concursal*», orientado a la consecución de un acuerdo extrajudicial de pagos que evite la declaración de concurso del deudor poniendo fin a su situación de insolvencia mediante el acuerdo negociado de pagos, cuyos efectos se extienden, incluso, a acreedores que no hubieran sido convocados a la reunión en la que se decide sobre la aprobación del acuerdo propuesto, así como también a los acreedores que no hubieran votado a favor del acuerdo y a los que hubieran manifestado con anterioridad (a la reunión) su oposición en los términos establecidos en el art. 237.1 LC. En lógica consecuencia, estos acreedores pueden considerarse agraviados por los términos del acuerdo alcanzado, articulándose para poder impugnar el mismo una vía de impugnación que habrá de seguir los cauces del *incidente concursal* (art. 239.3 LC).

Esta impugnación supone vehiculizar la reacción de los acreedores afectados por el acuerdo extrajudicial de pago, cumpliendo elementales razones de salvaguarda del derecho de defensa y tutela judicial efectiva, a la vista de los trascendentes efectos que provoca el acuerdo de pago aprobado frente a dichos acreedores, configurándose la impugnación como un auténtico proceso civil especial, contradictorio, con partes enfrentadas, que se rige por los principios dispositivo y de aportación de parte⁵¹⁹.

Al tenor de lo dispuesto en el art. 239.1 LC será Juez competente para conocer de dicho incidente concursal el que lo fuera para conocer

⁵¹⁹ AZNAR GINER, E. Refinanciaciones de deuda, acuerdos extrajudiciales de pago y concurso de acreedores. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2013. Pg. 374.

del concurso del deudor, el cual, ha de recordarse, todavía no ha sido declarado. A este respecto el art. 238.1 LC dispone que la impugnación no suspenderá la ejecución del acuerdo extrajudicial de pagos, por lo que no habrá nacido, todavía, obligación legal de declarar el concurso del deudor.

La impugnación, que deberá revestir forma de demanda, se formulará por el acreedor afectado, el cual deberá comparecer representado por Procurador y asistido de Letrado. La pretensión de la oposición es que se anule y deje sin efecto el acuerdo extrajudicial de pago y, con ello, los efectos derivados del mismo, declarándose, como consecuencia de la anulación, el concurso consecutivo del deudor⁵²⁰.

El plazo para interponer la demanda de impugnación es de diez días naturales (plazo no procesal que debe computarse conforme dispone el art. 5 Cc), a contar desde la publicación del acuerdo extrajudicial (art. 238.2 LC). Se trata de un plazo preclusivo y por consiguiente, si no se formula impugnación en este plazo, se pierde la oportunidad de impugnar el acuerdo (art. 136 LEC)⁵²¹.

Caso de que se interponga oposición por varios acreedores, las mismas se tramitarán conjuntamente, debiendo ser objeto de acumulación (art. 239.3 LC).

La impugnación se resolverá por sentencia que producirá efectos de cosa juzgada material. Si fuera estimatoria, el acuerdo extrajudicial de pago quedará anulado y desaparecerán los efectos novatorios o remotorios de la quita o espera pactada, extendiendo sus efectos no sólo al deudor y a los litigantes, sino a todos los acreedores afectados por el acuerdo, incluso aunque no hubieran impugnado el mismo. Todos ellos, sin embargo, quedarán atrapados en el concurso de acreedores del deudor que se declarará por el Juez, con carácter consecutivo (art. 242.1 LC), en la propia resolución anulatoria, salvo que el deudor hubiera dejado de ser insolvente. La sentencia será susceptible de recurso de apelación de tramitación preferente (art. 239.5 LC)⁵²².

Entre las Conclusiones de la reunión de Magistrados de lo mercantil de Madrid sobre criterios de aplicación de la reforma de la Ley de apoyo a emprendedores (Ley 14/2013), sobre cuestiones concursales, celebrada el 11 de octubre de 2013, la conclusión 15ª planteó si en caso

⁵²⁰ AZNAR GINER, E. Refinanciaciones de deuda, acuerdos extrajudiciales de pago y concurso de acreedores. Op. cit. Pg. 374.

⁵²¹ NIÑO ESTEBANEZ, R. Comentarios al art. 239 en AAVV MACÍAS CASTILLO, A. y JUEGA CUESTA, R. (Coord.) *Ley Concursal Comentada*. Op. cit. Pg. 239.

⁵²² AZNAR GINER, E. Refinanciaciones de deuda, acuerdos extrajudiciales de pago y concurso de acreedores. Op. cit. Pg. 377.

de impugnación por motivos de forma (ausencia de convocatoria debida, o de cómputo de mayorías) el Juez, al estimar la impugnación, podía acordar la reposición de actuaciones en el expediente, para dar lugar a una nueva convocatoria de la reunión o de su celebración. Se consideró que no cabía reponer tales actuaciones, ya que no se está ante un proceso judicial formalizado, sino ante un intento de mediación privado, que se agota en su resultado.

Ninguno de estos términos ha sido modificado por las posteriores reformas acometidas en la regulación del *acuerdo extrajudicial de pagos*.

Como ya se dijo en un apartado anterior de este trabajo, contemplado desde un punto de vista de estricta técnica jurídica, cabe afirmar que el incidente concursal de impugnación del acuerdo extrajudicial de pagos ni es *incidente* (no se ajusta a los parámetros previstos en el Capítulo VII, del Título I, del Libro II de la LEC –arts. 387 a 393-, pues la impugnación tiene sustantividad propia y no puede afirmarse que guarde relación de accesoriedad frente a otro pleito, ni que se suscite en relación con presupuestos o requisitos procesales de influencia en otro proceso), ni es *concurzal* (en tanto que no se desarrolla en el marco de ningún concurso de acreedores, siendo que la competencia para conocer del mismo corresponde al *Juez Mercantil* o de *Primera Instancia*, pero no al *Juez del concurso*).

s') *La impugnación del acuerdo de refinanciación homologado judicialmente (disposición adicional cuarta LC)*

En el ámbito de la homologación de los acuerdos de refinanciación alcanzados entre el deudor y acreedores que representen, al menos, el 51% del pasivo financiero, de conformidad con la previsión contenida al efecto en la disposición adicional cuarta de la LC, cabe su impugnación ante el Juez que hubiera acordado su homologación⁵²³.

De conformidad con el texto del apartado 7 de la disposición adicional cuarta⁵²⁴, dentro de los quince días siguientes a la publicación del acuerdo, los acreedores de pasivos financieros afectados por la homologación judicial que no hubieran suscrito el acuerdo de homologación o que hubiesen mostrado su disconformidad al mismo podrán impugnarlo. Los motivos de la impugnación se limitarán exclusivamente a la concurrencia de los porcentajes exigidos en esta

⁵²³ PAVÓN NEIRA, C. *El incidente concursal*. Op. cit. Pg. 110.

⁵²⁴ Disposición adicional cuarta redactada por el apartado veintitrés del artículo único de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial (BOE de 1 de octubre), con vigencia desde el 2/10/2014.

disposición y a la valoración del carácter desproporcionado del sacrificio exigido.

Todas las impugnaciones se tramitarán conjuntamente por el procedimiento del incidente concursal, y se dará traslado de todas ellas al deudor y al resto de los acreedores que son parte en el acuerdo de refinanciación para que puedan oponerse a la impugnación. La sentencia que resuelva sobre la impugnación de la homologación, que deberá dictarse en un plazo de 30 días, no será susceptible de recurso de apelación y se le dará la misma publicidad prevista para la resolución de homologación.

A diferencia de lo señalado respecto de los acuerdos extrajudiciales de pago, los efectos de la homologación del acuerdo de refinanciación se producen en todo caso y sin posibilidad de suspensión desde el día siguiente al de la publicación de la sentencia en el Boletín Oficial del Estado.

b) Cuestiones en las que nada se dice o bien resulta dudoso si existe o no un procedimiento especial

A lo largo del articulado de la Ley se establecen verdaderos incidentes sin que se prevea un procedimiento especial para sustanciarlos, aunque sí se haga mención a alguna cuestión procedimental, como la audiencia que se debe prestar a los interesados, suscitándose una muy seria duda acerca de si debe considerarse que existe procedimiento especial a partir de las escuetas indicaciones que la Ley realiza. La cuestión es trascendente pues determina la aplicación o no a estos supuestos de los preceptos que regulan el incidente concursal, ya que el art. 192.1 LC establece una norma común de procedimiento⁵²⁵ al sujetar a los cauces del incidente *todas las cuestiones que se susciten durante el concurso y no tengan señalada en la Ley otra tramitación.*

Se observa que la adecuación entre el incidente concursal y la materia o cuestión controvertida sólo es tal cuando aquél tiene por objeto una controversia de carácter sustantivo, es decir, una concreta petición de tutela jurisdiccional fundada en el Derecho material. No resulta tal adecuación cuando la controversia tiene que ver con la observancia de presupuestos procesales que condicionan la tramitación del procedimiento, cuya resolución deberá acomodarse a las reglas

⁵²⁵ GARNICA MARTÍN, J. F., en *Derecho Concursal Práctico. Comentarios a la Nueva Ley Concursal.* (AAVV. Coordinador FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. Á.). Op. cit. Pg. 855.

generales (art. 390 y 391 LEC)⁵²⁶. Piénsese en supuestos de incidentes de tipo procesal, tales como la declinatoria o la acumulación de autos, en los que no se establece procedimiento especial en la LC. En todos ellos, lo establecido en el art. 192.1 LC entra en conflicto con la norma de remisión a la LEC prevista en la disposición final quinta de la LC.

Pueden distinguirse tres categorías distintas dentro de este apartado⁵²⁷:

a') Incidentes de carácter procesal en los que es dudosa la aplicación de las normas del incidente concursal

Cabe citar los siguientes supuestos:

- La declinatoria (art. 12 LC).
- La acumulación de concursos (art. 25 LC).
- La disolución y liquidación de la sociedad de gananciales o comunidad conyugal del concursado, cuando se inste por su cónyuge (art. 77.2 LC).
- Las medidas cautelares que se puedan adoptar durante el proceso concursal y que se encuentran previstas en una pluralidad de normas distintas: arts. 17, 48.3, 87.4 LC y art. 1 LO 8/2003).

En ninguno de estos casos se señala la tramitación que ha de seguirse, pero puede descartarse que ésta haya de ser el cauce del incidente concursal porque en todos los casos enunciados la resolución que ha de decidir la cuestión es un Auto a diferencia de la Sentencia prevista para el incidente (art. 196 LC).

En los tres primeros supuestos, además, debe estarse a la regulación establecida en la LEC, que es más específica (piénsese en las particularidades consustanciales a la naturaleza del procedimiento para la liquidación del régimen económico-matrimonial —formación de inventario, administración y disposición de los bienes, controversias que han de tramitarse por el juicio verbal, designación de contador y peritos,

⁵²⁶ SENÉS MOTILLA, C. *Comentarios de la Ley Concursal*. Tomo II. (Rojo, A.; Beltrán, E.). Op. cit. Pgs. 2.798 y 2.799.

⁵²⁷ GARNICA MARTÍN, J. F., en *Derecho Concursal Práctico. Comentarios a la Nueva Ley Concursal*. (AAVV. Coordinador FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. Á.). Op. cit. Pgs. 855 y 856. Se sigue en este punto la propuesta realizada por este autor en la obra mencionada, aunque el paso del tiempo parece evidenciar que tras los años de vigencia de la LC se pueden alcanzar conclusiones distintas a las que dicho autor proponía en aquellos comentarios.

operaciones divisorias— para las que el incidente concursal no prevé vías adecuadas de actuación)⁵²⁸.

Por cuanto se lleva expuesto puede concluirse que, respecto de los supuestos relacionados, la LC contempla una tramitación distinta a la del incidente concursal.

b') Incidentes en los que no opera la remisión a las normas del incidente concursal

Dentro de este apartado se incluyen dos supuestos:

— Para la fijación del precio de la mitad del valor de los bienes adquiridos con pacto de sobrevivencia que deba abonar el condómino para adquirir la mitad correspondiente al concursado (art. 78.3 II LC).

— Para la separación de los Administradores concursales por prolongación indebida de la liquidación (Art. 153.2 LC).

En ambos casos se establecen normas propias de procedimiento: La necesaria audiencia de los interesados, con posibilidad de práctica de prueba (en su caso, informe de experto), y la resolución por medio de auto (no se cita expresamente en el art. 78.3 LC, pero la ausencia igualmente de remisión expresa a la forma de sentencia para la resolución que decida la controversia inclina la solución a favor de la forma de auto, por aplicación supletoria de lo prescrito en el art. 206.1.2ª.II LEC). Opera en ambos casos una causa de exclusión, cual es la forma de auto que ha de revestir la resolución que le ponga fin en cuanto al fondo y que constituye un indicio significativo de que se ha querido establecer un procedimiento distinto al del incidente concursal, no sometido a trámites preestablecidos.

En cualquier caso, la escasa entidad de tales cuestiones permitiría al Juez del concurso inadmitir la demanda incidental al amparo de lo prescrito en el art. 194.2 LC.

c') Incidentes en los que es decididamente dudosa la aplicación del incidente concursal

Los supuestos que cabe incluir en esta categoría son numerosos. El legislador ha sido muy exhaustivo en la remisión expresa al incidente concursal y cuando no lo ha hecho de modo expreso se tiene la sensación de que ha sido porque ha querido establecer un procedimiento

⁵²⁸ HERRERO PEREZAGUA, J. F. *Comentarios a la Ley Concursal. Volumen II.* (AAVV., Director BERCOWITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.). Op. cit. Pg. 1.943.

especial, más informal. Las dudas se suscitan en aquellos casos en los que surge controversia fáctica y es preciso practicar prueba, ya que, en tales casos, las escuetas normas de procedimiento pueden obstaculizar la obtención de una respuesta adecuada, por lo que se podría remitir la resolución de tales cuestiones a los trámites del incidente concursal.

Se encuadran en este apartado las siguientes cuestiones:

- Para fijar la retribución a percibir por los administradores concursales o para modificar la ya fijada (art. 34.3, 34.4 y 34.5 LC).
- La separación del cargo de administrador (art. 37 LC).
- El cambio de las situaciones de intervención o suspensión de las facultades del deudor sobre su patrimonio (art. 40.4 LC).
- La fijación de alimentos al concursado en el supuesto de que se encuentre en situación de suspensión de sus facultades patrimoniales (art. 47.1 LC).

En la mayoría de estos casos, la LC prevé, expresamente, que se resolverán mediante auto, lo que constituye un indicio significativo de que se ha querido establecer un procedimiento distinto.

Se trata, sin embargo, de supuestos que revisten cierta complejidad, haciéndose precisa para su solución, además de la audiencia de las partes, la práctica de prueba, en la mayoría de ellos. En algunos, como el relativo a la separación del cargo de Administrador concursal, puede concurrir pluralidad de intervinientes, lo que proporciona a la sustanciación de la controversia la complejidad necesaria para justificar un reforzamiento de las garantías procesales de las partes. Aunque se ha de reconocer que los taxativos trámites del incidente, junto con la excesiva formalidad de algunos de ellos (demanda y contestación propias del juicio ordinario, aún con la reducción de plazos que conlleva) podría retrasar y encarecer la tramitación del procedimiento concursal, el rigor de dichos trámites puede contribuir a reforzar las garantías de las partes, el proceso de toma de decisión del juzgador y la seguridad jurídica de la decisión que les ponga fin. Dicho lo cual, se entiende que el incidente concursal no puede resultar de aplicación para el tratamiento procesal de las cuestiones anteriormente enunciadas, ante la falta de previsión legal que así lo ampare y en tanto en cuanto la propia Ley dispone para ellas un cauce específico, propio y diferenciado de aquél. El Derecho procesal es público e indisponible para las partes y para el propio órgano jurisdiccional, obligado a seguirlo *ministerio legis*.

En este sentido, los tribunales de alzada se vienen manifestando a favor de tramitar las peticiones de separación de los administradores concursales sin sujeción a los cauces del incidente concursal, al apreciar la inexistencia de previsión legal que ampare el seguimiento de dicho procedimiento⁵²⁹.

⁵²⁹ AAP Madrid, Sección 28ª, de fecha 5/03/2010 (recurso 25/2010), ponente Ilmo. Sr. D. José Zarzuelo Descalzo, Fundamento de Derecho Tercero: *«En cuanto al pronunciamiento relativo a la inadmisión a trámite de la solicitud de separación de los administradores concursales, debe ponerse de relieve que no existe previsión legal de que dicha solicitud deba tramitarse por el cauce del incidente concursal por lo que no puede atenderse la invocación de la recurrente al artículo 192.1 de la Ley Concursal, ya que en el propio artículo 37 de la Ley Concursal se está estipulando que cuando concurra justa causa podrá el Juez separar del cargo a los administradores concursales, de oficio o a instancia de cualquiera de las personas legitimadas para solicitar el concurso o de cualquiera de los demás miembros de la administración concursal, estableciéndose en el apartado 3 del propio precepto que la resolución judicial de cese revestirá la forma de auto en el que se consignaran los motivos en los que el juez funde su decisión, lo que de suyo descarta aquella tramitación incidental que debe terminar por Sentencia, tratándose por tanto de un tramitación específica en atención a las facultades discrecionales del Juez sobre el nombramiento y separación de los administradores concursales que ya vienen recogidas en la exposición de motivos de la Ley Concursal, sin que exista previsión de que deba darse un trámite contradictorio y siempre bien entendido que lógicamente habría de darse audiencia al afectado o afectados, ya se tome la medida a iniciativa del Juez del concurso o bien a solicitud de algún legitimado, siendo necesario en todo caso consignar los motivos en los que el Juez funde la decisión.»*

En el mismo sentido, SAP Girona, Sección 1ª, de fecha 16/12/2013 (recurso 378/2013), ponente, Ilma. Sra. Dª. María Isabel Soler Navarro, Fundamento de Derecho Tercero; también, la SAP Alicante, Sección 8ª, de fecha 3/11/2014 (recurso 168 M-71 14), ponente Ilmo. Sr. D. Luis Antonio Soler Pascual, Fundamento de Derecho Primero. En estas dos últimas sentencias, el caso concreto supuso el seguimiento de los trámites del incidente concursal para sustanciar cuestiones relativas a la separación de los Administradores y, en el particular decidido por la Audiencia Provincial de Alicante, una petición acumulada de modificación del régimen de administración y disposición de la concursada sobre su patrimonio (de intervención a suspensión), no obstante lo cual los tribunales de alzada no apreciaron que por seguirse la inadecuada tramitación del incidente concursal se causara nulidad de actuaciones, descartando la concurrencia de supuestos de indefensión en la instancia por seguirse un cauce incidental que, aunque impropio, es más rico en oportunidades de defensa de las partes. Por otra parte, la SAP Alicante ofrece un interés añadido al pronunciarse sobre la cuestión relativa a cómo la elección del procedimiento puede repercutir sobre el derecho de defensa en su vertiente de acceso a los recursos legalmente establecidos. Se señala en este sentido lo siguiente en el mencionado Fundamento de Derecho Primero de la misma: *«Sin embargo, desde la perspectiva del derecho al recurso, la cuestión sí es importante porque al variar el trámite y la forma de concluirlo, pudiera entenderse que se modifica el régimen de los recursos frente a la resolución dictada por el Órgano ad quem, lo que debemos desde luego negar.*

En efecto, de haberse seguido el trámite pertinente, la resolución habría adoptado la forma de Auto y en consecuencia, en caso alguno se plantearía la posibilidad de recurso de casación (y/o extraordinario por infracción procesal) frente a esta decisión –art. 477-2 en relación a la DF 16ª LEC-.

Cabe plantearse por tanto si, viéndose obligado este Tribunal a dictar Sentencia en un trámite procedimental que no procedía, debe cambiar la perspectiva de tal derecho en sentido positivo, reconociéndolo donde antes estaba procesalmente vedado.

A nuestro parecer, en absoluto cabe entender que se ha producido o se puede producir tal mutación, porque el derecho al recurso no es disponible para las partes, ni se puede variar por la circunstancia de un erróneo planteamiento procedimental del que nunca pueden resultar otros efectos procesales distintos a los que derivarían del trámite regular que, en los supuestos de modificación del efecto de la declaración concursal sobre el concursado y de separación de los administradores concursales, no es otro que el de la terminación de las cuestiones planteadas por Auto ante el Tribunal de Apelación.

Consecuentes con ello este Tribunal se hará constar en el fallo, de forma expresa, que esta resolución es firme en derecho y que contra la misma no cabe formular recurso alguno.»

El criterio sostenido por la Sala en la Sentencia antes citada fue confirmado por la misma Sección Octava de la AP de Alicante, en Auto de fecha 9/06/2015 (recurso 168 M-71 14),

B) Cuestiones prejudiciales

Se resolverán también por el cauce del incidente concursal las cuestiones prejudiciales al concurso, entendiendo como tales las incidentales que por la materia sobre la que versa la controversia exceden la jurisdicción del Juez del concurso pero que han de ser resueltas como antecedente lógico de una decisión que deba adoptarse en el procedimiento concursal⁵³⁰. La norma habilitante es el art. 192.1 II LC (*“también se tramitarán por este cauce —incidente concursal— las acciones que deban ser ejercitadas ante el Juez del concurso conforme a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 50...”*).

Atendiendo a la naturaleza jurídica de la controversia merecen la consideración de prejudiciales:

- Las cuestiones administrativas.
- Las cuestiones laborales.

Las cuestiones civiles entran en el marco de atribuciones genéricas del Juez del concurso, pues a pesar de su especialización, los Juzgados de lo Mercantil son órganos incardinados en el orden jurisdiccional civil (art. 82.4 II LOPJ). A ellas nos referiremos a continuación con más detalle. No obstante, como ya se ha anticipado, nos encontramos ante una materia que ha de abordarse acudiendo a la determinación de las cuestiones cuyo conocimiento se atribuye en la Ley, con carácter exclusivo y excluyente, al Juez del concurso⁵³¹.

reiterando los argumentos ya vertidos en aquélla relativos a la inadecuación de procedimiento, en concreto sobre la imposibilidad del uso de un procedimiento imprevisto para hacer posible lo que no sería procesalmente factible en el cauce ordinario, con cita, entre otras, de la STS de fecha 25/11/1996. Y la resolución de la sección Octava de la AP Alicante fue confirmada por la Sala Primera del TS al decidir contra el recurso de queja interpuesto contra la misma en Auto de número 178/2015, de fecha 30/09/2015, ponente Excmo. Sr. D. Javier Orduña Moreno.

⁵³⁰ SENÉS MOTILLA, C. *Comentarios de la Ley Concursal*. Tomo II. (Rojo, A.; Beltrán, E.). Op. cit. Pg. 2.799.

⁵³¹ El artículo 8.1º LC establece: «Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el Título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil. También conocerá de la acción a que se refiere el artículo 17.1 de esta Ley.»

El precepto anterior ha de ser completado con el contenido en el artículo 50 LC, a cuyo tenor: «Nuevos juicios declarativos. 1. Los jueces del orden civil y del orden social ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta Ley se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el Juez del concurso. De admitirse a trámite las demandas se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado.

2. Los jueces de lo mercantil no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejerciten acciones de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores de las sociedades de capital concursadas

El artículo distingue, en primer lugar, la prejudicialidad mercantil respecto a los órdenes civil y social en materia de la posible presentación de una demanda, aclarando que los jueces civiles y sociales deberán abstenerse de conocer de las demandas presentadas remitiendo a las partes ante el Juez del concurso, y sancionando con la nulidad de pleno derecho toda la hipotética tramitación de un procedimiento ante cualquiera de estas dos jurisdicciones (ha de aclararse que, respecto del orden social, la prejudicialidad mercantil operará únicamente respecto de las materias que el artículo 8 LC vimos que atribuye al conocimiento del Juez del concurso).

Obsérvese en el apartado cuarto del mismo artículo 50 LC, la diferencia de tratamiento respecto a los órdenes contencioso-administrativo, social y penal en el caso de ejercitarse acciones posteriores a la declaración de concurso, pues el criterio que se adopta es el de permitir las actuaciones administrativas, sociales o penales, teniendo como parte a la Administración concursal en uno y otro caso⁵³². Ello es debido a que las acciones con trascendencia patrimonial que puedan promoverse ante los Jueces o Tribunales de los citados órdenes jurisdiccionales con posterioridad a la declaración del concurso escapan a la jurisdicción del Juez del concurso, al tenor del art. 8 LC, por lo que ni se paralizan, ni se archivan ni, obviamente, se acumulan al procedimiento concursal. Seguirán su curso ordinario, si bien los Jueces y Tribunales que conozcan de ellas deberán “emplazar” a la Administración concursal, a la que se le tendrá por parte en defensa de la masa (si se personare) como órgano que actúa en sustitución del deudor en los procedimientos, o complementando su capacidad⁵³³.

Se produce aquí la intervención provocada de un tercero que puede tener interés en el proceso, pero a diferencia de la regulada en el art. 14 LEC en este caso la intervención no se produce a instancia de ninguna de las partes sino del propio Juez. Cuestión distinta es que sea

que hubieran incumplido los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución. De admitirse, será de aplicación lo dispuesto en el último inciso del apartado anterior.

3. Los jueces de primera instancia no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejercite la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1.597 del Código Civil. De admitirse, será de aplicación lo dispuesto en el último inciso del primer apartado de este artículo.

4. Los Jueces o Tribunales de los órdenes contencioso-administrativo, social o penal ante los que se ejerciten, con posterioridad a la declaración del concurso, acciones que pudieran tener trascendencia para el patrimonio del deudor emplazarán a la administración concursal y la tendrán como parte en defensa de la masa, si se personase.»

⁵³² GÓMEZ GIL, M.A. *Ley Concursal. Comentarios Jurisprudencia Concordancias Doctrina*. Editorial Colex, Constitución y Leyes, S.A. Madrid, 2003. Pg. 132.

⁵³³ RIBELLES, J.M. *Derecho Concursal Práctico. Comentarios a la Nueva Ley Concursal*. (AAVV. Coordinador FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A.). Op. cit. Pg. 281.

la parte interesada quien ponga en conocimiento del Juez la existencia del proceso concursal⁵³⁴.

Las eventuales sentencias de condena que afecten al patrimonio del concursado, que pudieran dictar los Jueces de los órdenes contencioso-administrativo, social o penal, vincularán al Juez del concurso, quien les dará el tratamiento procesal que corresponda (art. 53.1 LC)⁵³⁵.

En el ámbito de la interrelación entre los órdenes penal y concursal para el conocimiento de las acciones civiles *ex delicto* que se dirijan contra el concursado y con trascendencia para el patrimonio de éste, el legislador se ha inclinado por primar el mantenimiento del ejercicio acumulado de esta acción en el proceso penal frente a la posibilidad de haber otorgado dicha competencia al Juez del concurso, previendo como únicas excepciones, en primer lugar, que en el proceso penal sea llamada la Administración concursal para que, en caso de personarse, se la tenga como parte en defensa de la masa (art. 50.2 LC) y, en segundo lugar, que, en cualquier caso, una vez pronunciada en el proceso penal la eventual condena civil del concursado, la competencia para su ejecución corresponda al Juez del concurso (arts. 86 *ter*.1.3º LOPJ y 8.3º LC). A ello sólo habría que añadir que, en los casos en que el perjudicado decidiera hacer reserva expresa de la acción civil *ex delicto* contra el concursado en el proceso penal para ejercitarla ante el orden jurisdiccional civil, el Juez que resultaría competente para su enjuiciamiento sería el Juez del concurso, toda vez que éste es uno de los supuestos a los que se refieren los arts. 86 *ter*.1.1º LOPJ y 8.1º LC, al implicar el ejercicio de una acción que, por efecto de la reserva ante la jurisdicción penal, ya sí correspondería *ex lege* su ejercicio al orden jurisdiccional civil.

La competencia del Juez del concurso se extiende, por tanto, al conocimiento de la totalidad de las cuestiones prejudiciales administrativas o sociales. Desde el punto de vista del Derecho material, desde el que han de ser enjuiciadas, son heterogéneas porque han de decidirse con arreglo a normas distintas del Derecho Civil (con arreglo a normas de Derecho Administrativo y Laboral). Atendiendo a los efectos procesales que ha de producir en el concurso de acreedores el planteamiento de dichas cuestiones prejudiciales, pueden las mismas considerarse incidentales o no suspensivas, porque de ellas puede conocer «*incidenter tantum*» el Juez del concurso competente para el

⁵³⁴ GONZÁLEZ MONTES, J.L. *Las Claves de la Ley Concursal*. (AAVV. Directores QUINTANA CARLO, I.; BONET NAVARRO, A. y GARCÍA-CRUCES CONZÁLEZ, J.A.). Editorial Aranzadi, S.A. Navarra, 2005. Págs. 268 y 269. En el mismo sentido, DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El Proceso Concursal*. Primera Edición. Op. cit. Pg. 130.

⁵³⁵ DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El Proceso Concursal*. Primera Edición. Op. cit. Pg. 130.

enjuiciamiento de la pretensión principal, sin que haya de deferirse su conocimiento a otro Tribunal⁵³⁶.

La decisión sobre estas cuestiones prejudiciales no surtirán efecto fuera del proceso concursal en que se produzca⁵³⁷.

C) *El ejercicio de nuevas acciones individuales*

Como ya se dijo, integran también el ámbito de aplicación del incidente concursal “*las acciones que deban ser ejercitadas ante el Juez del concurso conforme a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 50...*” (art. 192.1 II LC).

Es cuestión que no ofrece dudas en materia de insolvencia, en el ámbito de los efectos de la declaración del concurso sobre las acciones individuales, que el principio básico de la igualdad de trato y de la comunidad de pérdidas no podría materializarse si los acreedores conservasen la iniciativa individual en la defensa de sus créditos.

La Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia⁵³⁸ recoge en el Objetivo Fundamental Sexto la medida de paralización sobre acciones de un acreedor individual para el cobro de sus créditos, estableciendo:

«6. Preservar la masa de la insolvencia para que pueda efectuarse una distribución equitativa entre los acreedores.

10. Todo régimen de la insolvencia debe preservar la masa de la insolvencia e impedir que los bienes del deudor queden desmembrados prematuramente por acciones individuales de acreedores encaminadas a cobrar sus respectivas deudas. Este proceder reduce a menudo el valor total del conjunto de bienes disponibles para liquidar todas las demandas contra el deudor y puede impedir la reorganización o la venta de la empresa como negocio en marcha. La paralización de una acción incoada por un acreedor brinda un margen de tranquilidad a los deudores,

⁵³⁶ DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El incidente concursal*. Op. cit. Pg. 25.

⁵³⁷ Art. 9.2 LC.

⁵³⁸ La Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia, fue aprobada por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL) en el 37º período de sesiones (Nueva York, junio 2004) y recomendó a los Estados su utilización para evaluar la eficacia económica de sus respectivos regímenes y para revisar o promulgar la legislación relativa a la insolvencia. La Asamblea General de las Naciones Unidas, en 2 de diciembre de 2004, aprobó la Resolución 59/40, en la que expresa a UNCITRAL el reconocimiento por haber aprobado la Guía y recomienda a los Estados su toma en consideración.

pues permite un examen adecuado de su situación financiera y facilita tanto la obtención del valor máximo de los bienes como un tratamiento equitativo de los acreedores.»

Este Objetivo Fundamental Sexto tiene su reflejo en la Recomendación 1, (f), párrafo 10, Capítulo I, Primera parte de la Guía:

«1. A fin de establecer y desarrollar un régimen eficiente de la insolvencia deberían tenerse en cuenta los siguientes objetivos fundamentales:

...

f) Preservar la masa de la insolvencia para que pueda efectuarse una distribución equitativa entre los acreedores;»

Dentro del apartado “B” del Capítulo II de la Segunda parte de la Guía, bajo la rúbrica “*Protección y conservación de la masa de la insolvencia*”, el párrafo 25 establece:

«25. Los objetivos esenciales de un régimen eficaz de la insolvencia son la protección del valor de la masa de la insolvencia para que no disminuya como consecuencia de cualquier acto o actuación judicial de las diversas partes en el procedimiento de la insolvencia...»

Por su parte, el párrafo 26, señala:

«26. Con respecto a los acreedores, uno de los principios fundamentales que se ha de observar en el régimen de la insolvencia es la índole colectiva del procedimiento, que exige el amparo de los intereses de todos los acreedores frente a toda actuación por separado de alguno de ellos. Muchos regímenes de la insolvencia han previsto un mecanismo que no sólo impide que los acreedores puedan interponer demandas para obtener la ejecución de sus derechos mediante recursos legales durante la totalidad o alguna fase del procedimiento de liquidación o reorganización, sino que también paraliza las acciones contra el deudor que ya estén en curso».

Volviendo al plano doméstico, la remisión legal contenida en el art. 192 LC determina, sólo de forma mediata, qué acciones deben canalizarse por los trámites del incidente concursal, ya que el artículo 50.1 LC da por supuesta la competencia del Juez del concurso. Así pues, es en sede competencial donde se infiere la idoneidad del incidente concursal para la sustanciación de las acciones a las que se refiere el

mencionado art. 50 LC⁵³⁹. En este sentido, la Exposición de Motivos de la LC⁵⁴⁰ señala que:

«El carácter universal del concurso justifica la concentración en un solo órgano jurisdiccional del conocimiento de todas estas materias, cuya dispersión quebranta la necesaria unidad procedimental y de decisión».

En consecuencia, será necesario detenerse en el estudio del contenido del artículo 50.1 LC para poder determinar con mayor precisión el ámbito de aplicación del incidente concursal.

a) *Inadmisión de nuevas demandas*

El art. 50.1 LC impone a los jueces del orden civil y del orden social ante quienes se interponga demanda atribuida a la competencia del Juez del concurso, que se abstengan de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el Juez del concurso. De admitirse a trámite, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que ya se hubieran practicado.

La Ley generaliza la prohibición de nuevas demandas con el fin de evitar la proliferación de reclamaciones contra bienes que puedan integrar la masa activa. De esta forma, se logra que el patrimonio del deudor no se disperse por efecto de las ejecuciones individuales en que podrían acabar aquellas demandas, impidiéndose que los acreedores puedan ejercitar sus acciones de forma separada y acogerse después a los efectos del principio de igualdad de trato.

El art. 8 LC delimita la competencia del Juez del concurso. Se trata de la denominada *vis atractiva* del proceso concursal, que despliega sus efectos no sólo en relación con las ejecuciones y/o apremios que pretendan iniciarse o seguirse contra el patrimonio del deudor (art. 55 LC), sino también en los procesos declarativos que se inicien contra el concursado una vez declarado el concurso (art.50 LC) e, incluso, en algunos casos, en los que se hallen ya en tramitación al declararse el concurso (art. 51 LC)⁵⁴¹.

Se trata de una cuestión relativa a la competencia objetiva, por lo que tal mandato ya está previsto en la misma LEC desde el momento en

⁵³⁹ SENÉS MOTILLA, C. *Comentarios de la Ley Concursal*. Tomo II. (Rojo, A.; Beltrán, E.). Op. cit. Pgs. 2.799 y 2.800.

⁵⁴⁰ Exposición de motivos de la LC, apartado IV, párrafo sexto, *in fine*.

⁵⁴¹ DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El incidente concursal*. Op. cit. Pg. 26.

el que se contempla la apreciación de oficio de la falta de competencia objetiva (art. 48.1 LEC), que puede hacerse en cualquier instancia (art. 48.2 LEC), de manera que hay un interés público en esta cuestión⁵⁴². Con ello se destierra el sistema de necesaria instancia de parte para que recabara el Juez del concurso el conocimiento de las acciones individuales atraídas por el juicio universal, según acontecía con el deudor en la suspensión de pagos o los síndicos de la quiebra⁵⁴³.

Corresponde al Juez civil y social valorar si la demanda presentada contra el deudor es competencia o no del Juez del concurso. De entender que este último es el competente, la inadmitirá a trámite, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el Juez del concurso. A diferencia de otros supuestos de inadmisión por falta de competencia (como la incompetencia territorial del art. 58 LEC), no se remitirán los autos al Juez del concurso, ni se emplazará a tal efecto al demandante. Así se infiere de la indicación que el tribunal debe hacer sobre el Juez ante el que las partes han de acudir para hacer uso de su derecho⁵⁴⁴. El Juez civil o social deberá abstenerse de conocer, declarándolo mediante Auto, en el que se haga constar esta circunstancia. La necesidad de auto, aun cuando se advierta *ab initio* la falta de competencia objetiva, resulta de la propia LEC⁵⁴⁵, de aplicación supletoria. La resolución de inadmisión, al poner término a la primera instancia, es recurrible directamente en apelación (art. 455.1º LEC, en relación con el art. 207)⁵⁴⁶.

Como se trata de acciones que, de no haber sido declarado el concurso, originarían la incoación del correspondiente proceso de declaración y que son atraídas por el proceso concursal en razón de su carácter universal, la fecha del auto de declaración del concurso determinará el momento a partir del cual no se podrán formular nuevas demandas⁵⁴⁷, ya que el auto por el que se declara el concurso produce efectos inmediatos (art. 21.2 LC). De esta forma, se establece como requisito temporal para la paralización, que la presentación de la demanda tenga lugar con posterioridad al auto de declaración del

⁵⁴² DURO VENTURA, Cesáreo. *Comentarios a la Legislación Concursal*. (AAVV) PALOMAR OLMEDA, A. (Coord.) Op. cit. Pg. 534.

⁵⁴³ HERRERA CUEVAS, E. J. *Manual de la Reforma Concursal*. Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal y Ley Orgánica 8/2003, de 9 de Julio, para la reforma concursal. *Comentarios, Textos legales y esquemas*. Op. cit. Pg. 311.

⁵⁴⁴ RIBELLES, J.M. en *Derecho Concursal Práctico. Comentarios a la Nueva Ley Concursal*. (AAVV. Coordinador FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A.). Op. cit. Pgs. 280 y 281.

⁵⁴⁵ DURO VENTURA, Cesáreo. *Comentarios a la Legislación Concursal*. (AAVV) PALOMAR OLMEDA, A. (Coord.) Op. cit. Pg. 535. Artículo 206.2.2ª LEC: "Se dictarán autos ... cuando se resuelva sobre admisión o inadmisión de demanda, ...".

⁵⁴⁶ RIBELLES, J.M. en *Derecho Concursal Práctico. Comentarios a la Nueva Ley Concursal*. (AAVV. Coordinador FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A.). Op. cit. Pg. 281.

⁵⁴⁷ RIBELLES, J.M. *Derecho Concursal Práctico. Comentarios a la Nueva Ley Concursal*. (AAVV. Coordinador FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A.). Op. cit. Pg. 280.

concurso, no con posterioridad a su admisión a trámite. Por ello, cuando la demanda se presenta con anterioridad a la declaración, pero su admisión a trámite se produce después de la declaración de concurso, nos encontraríamos ante un procedimiento en curso al que se le aplicarán las previsiones del art. 51 LC, conservando la validez las actuaciones ya practicadas, evitándose el efecto perjudicial que para el acreedor demandante supondrá siempre la nulidad de lo actuado⁵⁴⁸.

La infracción de la norma prevista en el apartado primero del artículo 50 LC, por admisión indebida de la demanda, es la nulidad de todo lo actuado, debiendo ordenar el Juez el archivo.

La invalidez que proclama el art. 50 es radical y absoluta. Afecta a todos los actos procesales y, a diferencia de otros supuestos de nulidad (arts. 240.1º y 242 LOPJ), no es posible la subsanación.

Resulta irrelevante la buena o mala fe de las partes, que éstas tuvieran o no conocimiento de la existencia del concurso y el estado en que se hallare el pleito. Incluso de haber recaído sentencia, si se constata que el procedimiento se inició con posterioridad al concurso habrá que declarar la nulidad de la propia sentencia y de las actuaciones posteriores.

La nulidad puede hacerse valer de oficio o a instancia de parte y para su declaración deberá valorarse, además de la fecha de inicio en relación con la declaración del concurso, si la acción emprendida es de las previstas en el artículo 8 LC⁵⁴⁹.

b) *Nuevos juicios declarativos (art. 50.1 LC)*

La competencia para el conocimiento de los procesos declarativos contra el concursado, acumulados al proceso concursal, se atribuye al Juez del concurso, y éstos se tramitarán por los cauces del incidente concursal (art. 192.1 LC).

Para determinar qué tipo de acciones han de sustanciarse ante el Juez del concurso por los trámites del incidente concursal ha de acudirse a los preceptos reguladores de su competencia, que se define exclusiva y excluyente (art. 86 *ter*.1 LOPJ y art. 8 LC). Pero al tenor de dichos preceptos, dos son los presupuestos que condicionan la atribución al Juez del concurso de la competencia para conocer de las acciones que

⁵⁴⁸ DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El Proceso Concursal*. Primera Edición. Op. cit. Pgs. 128 y 129.

⁵⁴⁹ RIBELLES, J.M. *Derecho Concursal Práctico. Comentarios a la Nueva Ley Concursal*. (AAVV. Coordinador FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A.). Op. cit. Pg. 281.

se dirijan contra la concursada: i) que se trate de acciones con trascendencia patrimonial, es decir, que el resultado del proceso afecte a la formación de las masas, activa o pasiva, del concurso; ii) que la demanda se dirija contra el patrimonio del concursado, lo que exige que el deudor ostente la parte pasiva del proceso⁵⁵⁰.

Quedan fuera las acciones que, aunque puedan afectar al patrimonio del concursado, no se dirijan contra éste, sino que el propio concursado o, en su caso, la Administración concursal, puedan dirigir contra el patrimonio de un tercero. Así se deduce del art. 54 LC, que se refiere a las acciones del concursado y silencia la competencia del Juez del concurso. Igualmente, se desprende del tenor de los mencionados arts. 8 LC y 86.ter LOPJ, que al regular las materias de conocimiento, exclusivo y excluyente, del Juez del concurso, se refieren a las ejercitadas contra el patrimonio del concursado, no a las ejercitadas por este último⁵⁵¹.

Es evidente que no se pueden confundir, en este ámbito, las acciones que son competencia del Juez de lo Mercantil con las que lo son del Juez del concurso, pues, aunque se trata del mismo órgano jurisdiccional, la Ley se está refiriendo, exclusivamente, a todas las que puedan afectar al patrimonio del deudor concursado, ya que sólo sobre éstas operará la prohibición de admisión impuesta al resto de jueces de primera instancia y sociales.

Sobre la base de la distinción entre acciones civiles y sociales, se propone el siguiente esquema:

a') Acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado (art. 8.1º LC)

Quedan excluidas expresamente por la Ley las relativas al estado civil y condición de las personas (Título I, Libro IV de la LEC).

No se entienden comprendidas en la previsión legal las pretensiones ejecutivas, ya que el incidente concursal no es el cauce adecuado para su ejercicio y, además, no pueden iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, contra el patrimonio del deudor una vez declarado el concurso (art. 55.1 LC), con los matices que se derivan de los apartados siguientes del mismo precepto.

⁵⁵⁰ DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El incidente concursal*. Op. cit. Pg. 28.

⁵⁵¹ DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El incidente concursal*. Op. cit. Pg. 29.

La competencia del Juez del concurso deberá prevalecer tanto si la acción con trascendencia patrimonial se ejercita a título principal como si es objeto de acumulación eventual (art. 71.4 LEC)⁵⁵².

Por razones obvias quedan excluidas del incidente concursal las reclamaciones de los créditos que se comunican a la Administración concursal y que pasan a integrar la masa pasiva del concurso (arts. 85 y 88 LC).

La doctrina⁵⁵³ denuncia que la imperatividad del cambio de procedimiento cierra el paso a la posibilidad de plantear reclamaciones frente al deudor por la vía de los procesos monitorio y cambiario, que son procesos especiales de declaración en el sistema de la LEC. Sobre este particular incidiremos más adelante en el presente trabajo.

Se entienden incluidas en la rúbrica legal:

- 1.- La generalidad de las acciones de condena, ya tengan por objeto una prestación pecuniaria, o de hacer, no hacer, o entregar cosa distinta de una cantidad de dinero.
- 2.- Las acciones meramente declarativas que puedan llevar aparejadas consecuencias patrimoniales para el deudor (v.gr., las acciones de impugnación a las que se refiere el art. 71.6 LC).
- 3.- La adopción de medidas cautelares.

El art. 50 LC contiene, respecto de su redacción original, dos nuevos apartados (2 y 3)⁵⁵⁴ introducidos por la reforma operada por la

⁵⁵² SENÉS MOTILLA, C. *Comentarios de la Ley Concursal*. Tomo II. (Rojo, A.; Beltrán, E.). Op. cit. Pg. 2.800.

⁵⁵³ CORDÓN MORENO, F. *Derecho Concursal*. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la Reforma Concursal. Op. cit. Pg. 592. Y CORDÓN MORENO, F. *Proceso concursal*. Op. cit. Pg. 223.

⁵⁵⁴ Art. 50.2 y 3 LC: «2. *Los jueces de lo mercantil no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejerciten acciones de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores de las sociedades de capital concursadas que hubieran incumplido los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución. De admitirse, será de aplicación lo dispuesto en el último inciso del apartado anterior.*
3. *Los jueces de primera instancia no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejercite la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1.597 del Código Civil. De admitirse, será de aplicación lo dispuesto en el último inciso del primer apartado de este artículo.*»

Número 2 del artículo 50 introducido, en su actual redacción, por el número treinta y nueve del artículo único de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE de 11 octubre). Vigencia: 1 enero 2012.

Ley 38/2011. Uno y otro han venido a zanjar sendos debates jurisprudenciales (y doctrinales) en torno a la competencia para conocer de las acciones de reclamación de obligaciones sociales dirigidas contra los administradores de las sociedades de capital concursadas, así como respecto de la acción directa prevista en el art. 1.597 Cc⁵⁵⁵. El incumplimiento de las previsiones contenidas en estos dos nuevos apartados de la Ley será sancionado con la nulidad de todas las actuaciones que hayan sido practicadas (art. 50.1 LC).

En cualquier caso, lo que se trata de estudiar en este apartado no es tanto las competencias del Juez del concurso en relación con el ejercicio de las acciones dirigidas contra el concursado, cuanto si el conocimiento de dichas acciones, que corresponde al Juez del concurso, se sujeta a los trámites del incidente concursal. En los dos supuestos que nos ocupan, el efecto legal se limita a paralizar el ejercicio de estas acciones tras la declaración del concurso, no conteniendo previsión alguna acerca del seguimiento de un proceso alternativo ante el Juez del concurso con el mismo objeto⁵⁵⁶, ni por los cauces del incidente concursal.

Número 3 del artículo 50 introducido por el número treinta y nueve del artículo único de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE de 11 octubre). Vigencia: 1 enero 2012.

⁵⁵⁵ Art. 1.597 Cc: «Los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzado por el contratista, no tienen acción contra el dueño de ella sino hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación.»

⁵⁵⁶ En relación con el supuesto del art. 50.2 LC (acciones dirigidas contra los administradores de la sociedad concursada por incumplimiento de obligaciones sociales relacionadas con el deber de solicitar la declaración de concurso de la concursada), cabe citar la SAP La Coruña, Sección 4ª, de fecha 23/03/2012 (recurso 31/2012), ponente Ilmo. Sr. D. Carlos Fuentes Candelas, Fundamento de Derecho Cuarto: «Está claro que a partir del 1/1/2012, fecha general de entrada en vigor de la reforma Ley Concursal operada por la Ley 38/2011 (D.F. 3ª-1), se termina la polémica al impedir a partir de entonces la nueva normativa este tipo de acciones de responsabilidad mientras dure el proceso concursal, tanto respecto de nuevos juicios como de los pendientes. Así resulta del artículo 50.2 LC, al ordenar la inadmisión a trámite de las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejerciten acciones de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores de las sociedades de capital concursadas que hubieran incumplido los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución, so pena de nulidad; al tiempo que el artículo 51 bis ordena, una vez declarado el concurso, la suspensión de los juicios declarativos iniciados con anterioridad en los que se hubieran ejercitado este tipo de acciones (no habla de las acciones individuales por culpa o indemnizatorias).»

Por otra parte, en relación con el ejercicio de la acción directa del art. 1.597 Cc (art. 50.3 LC), se ha de traer a colación la SAP Barcelona, Sección 15ª, de fecha 10/06/2013 (recurso 94/2013), ponente Ilma. Sra. Dª. Marta Rallo Ayezuren, Fundamento de Derecho 5: «Primer motivo de apelación. Alegación de infracción del artículo 1597 del Código civil.

El artículo 1597 CC establece, efectivamente: "Los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzado por el contratista, no tienen acción contra el dueño de ella sino hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación."

La sentencia del juzgado resume con fidelidad los criterios que, sobre los efectos de la acción del artículo 1597 en el concurso, habían mantenido los tribunales antes de la reforma de la LC por la Ley 38/2011. No profundizaremos en esa cuestión puesto que, sobre estar perfectamente tratada por la Sra. magistrada, ni es realmente discutida ni es relevante en el caso, al que resulta aplicable la LC, en su redacción por la Ley 38/2011, atendida la fecha de declaración del concurso (3 de mayo de 2012). La

b') Acciones ejercitadas contra el concursado y otras personas extrañas al concurso

Puede plantearse un problema de importancia práctica cuando quien ejercita la acción que es competencia del Juez del concurso demanda no sólo al concursado, sino a otras personas que nada tienen que ver con el concurso. Este problema se agrava en los supuestos de litisconsorcio pasivo necesario donde la tutela que se pretende sólo puede hacerse efectiva frente a varios sujetos y uno de ellos es el concursado (art. 12.2 LEC)⁵⁵⁷. ¿Sigue siendo competente el Juez del concurso para el conocimiento de estas demandas? La Ley guarda silencio en relación con estas situaciones litisconsorciales.

La doctrina se ocupó de esta cuestión desde un primer momento, mientras los Tribunales iban formando su criterio al respecto. Para ello distinguieron entre las distintas clases de litisconsorcio (el voluntario y el

disposición transitoria primera.1 de la Ley 38/2011 establece: "La presente ley se aplicará a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor."

Tras la reforma citada, el artículo 50.3 LC dice: "Los jueces de primera instancia no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejercite la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1.597 del Código Civil. De admitirse, será de aplicación lo dispuesto en el último inciso del primer apartado de este artículo." El inciso de referencia dice: "De admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado."

El artículo 51 bis 2 LC dispone: "Declarado el concurso y hasta su conclusión, quedarán en suspenso los procedimientos iniciados con anterioridad en los que se hubiera ejercitado la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1.597 del Código Civil."

Éste es el caso de autos, tal como ha apreciado la juez mercantil. El juicio ordinario -del que conoce el juzgado de primera instancia-, en que KINGSPAN ejercitó la acción directa contra LIDL, ha quedado en suspenso hasta la conclusión del concurso. No cabe, por tanto, que se actúe en el procedimiento concursal como pretende la parte actora apelante, es decir, haciendo entrega a ésta de la suma que reclamó en la acción directa suspendida, como si esa acción hubiera sido estimada y tuviera efectos en el concurso o como si la acción -ejercitada por persona distinta de la concursada contra persona distinta de la concursada- debiera ahora enjuiciarse y estimarse por la juez del concurso. Nada de eso puede extraerse del artículo 51.bis 2 LC, pese a las dudas interpretativas que haya podido suscitar el texto de los artículos 50.2 y 51.bis 2 LC.

Debemos compartir el razonamiento de la Sra. magistrada, conforme al cual, la Ley 38/2011 ha venido a vaciar de contenido o dejar sin efecto la acción directa del artículo 1597 CC, una vez que el contratista ha sido declarado en concurso, por más que el subcontratista haya reclamado judicial o extrajudicialmente al promotor de la obra antes de la declaración de concurso del contratista. No nos corresponde enjuiciar la bondad del nuevo tratamiento, que persigue, sin duda, como también expone la sentencia impugnada, evitar la salida de bienes de la masa activa del concurso para pagar a determinados acreedores concursales -los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista- con afectación del principio de igualdad entre los acreedores (par condicio creditorum).

Por ello, debe desestimarse el primer motivo de recurso sin que quepa examinar si concurren en el caso los requisitos de fondo de la acción directa. El juzgado ha aplicado, como debía, la LC, que establece las condiciones de ejercicio del artículo 1597 CC cuando el contratista se halla en concurso.»

⁵⁵⁷ GONZÁLEZ MONTES, J.L. Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la Reforma Concursal. Op. cit. Pg. 267.

necesario), atendiendo a la exigencia de la comparecencia de las partes y a la extensión de los efectos de la sentencia sobre ellas.

Una parte de la doctrina procesalista⁵⁵⁸ consideraba que la existencia de otros codemandados no elimina el deber legal de abstención que recae sobre el Juez del orden civil ante quien se interponga la demanda, ni, por tanto, el conocimiento de esa demanda por el Juez del concurso, ya que la alteración de las reglas generales de competencia por razón del concurso se ha establecido por la Ley tomando como único criterio la trascendencia patrimonial de las acciones para el concurso y, en definitiva, para la formación de la masa activa, con independencia de la clase de juicio declarativo de que se trate (ordinario o verbal) y de la unidad o pluralidad de partes⁵⁵⁹.

Otros autores⁵⁶⁰ se muestran más categóricos, al afirmar que los efectos del concurso, obviamente, sólo afectan al concursado. Por ello, el Juez del concurso no atrae para sí la competencia de aquellas acciones con trascendencia patrimonial que puedan dirigirse contra el deudor y contra terceras personas. Dichas acciones, por no ser competencia de aquél (art. 8), pueden plantearse después de declarado el concurso y en ningún caso se acumularán a éste. Sería discutible si la prohibición del art. 50 alcanza, cuando menos, a la acción dirigida contra el concursado, que podría no admitirse a trámite, en situaciones litisconsorciales no necesarias. Sin embargo, teniendo en cuenta que dicho precepto sólo prohíbe nuevas demandas de juicios declarativos que sean competencia del Juez del concurso y siendo, como es, indiscutible que las demandas con pluralidad de demandados no son de su jurisdicción, parece lógico que se admitan y se les dé el cauce correspondiente, sin perjuicio de que se suspenda la ejecución contra el concursado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55 LC.

Algún autor⁵⁶¹ considera que la norma impide con carácter general la acumulación subjetiva de acciones (art. 72 LEC) cuando uno de los demandados sea el concursado. La ausencia de una norma general sobre acumulación (que reconozca fuerza atractiva a la acción ejercitada por el concursado) puede plantear especial dificultad en los supuestos de litisconsorcio pasivo necesario cuando, por razón de lo que sea objeto del juicio, la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos (art. 12.2 LEC) y uno de ellos sea el concursado.

⁵⁵⁸ DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El Proceso Concursal*. Primera Edición. Op. cit. Pgs. 129 y 259.

⁵⁵⁹ BELLIDO, R. *Comentario de la Ley Concursal* (AAVV., Ángel Rojo-Emilio Beltrán). Tomo I, Op. cit. Pg. 998.

⁵⁶⁰ RIBELLES, J.M. *Derecho Concursal Práctico. Comentarios a la Nueva Ley Concursal*. (AAVV. Coordinador FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A.). Op. cit. Pg. 286.

⁵⁶¹ CORDÓN MORENO, F. *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la Reforma Concursal*. Op. cit. Pg. 592.

Tampoco podrá el actor utilizar el expediente de la acumulación objetiva (art. 71.2 LEC) cuando una de las acciones no entre dentro de la competencia del Juez del concurso.

En las “Conclusiones del primer encuentro de la especialidad mercantil” celebrado en Valencia, los días 9 y 10 de diciembre de 2004, dentro de las Conclusiones a la segunda sesión de trabajo dedicada a los efectos del concurso, en relación con los procesos declarativos, se planteaba si debía admitirse a trámite una demanda en la que apareciera como demandado el concursado en unión con otras terceras personas. El parecer mayoritario, que no unánime, del encuentro fue entender que nos hallaríamos ante una indebida acumulación de acciones, por carecer, el Juez de primer instancia o el Juez del concurso, de competencia objetiva para conocer de una de las dos acciones (art. 73 LEC), que debería resolverse en la forma establecida en el último apartado del precepto citado, esto es, requiriendo al actor por cinco días para que subsanara el defecto.

Con el transcurso de los años los Tribunales han dejado zanjada la cuestión, atendiendo para ello a la figura del litisconsorcio pasivo bien entendido que deben distinguirse los casos de litisconsorcio pasivo necesario, en los que sería preciso traer al litigio a todos los eventuales afectados, de los que son de litisconsorcio facultativo o voluntario, como es el que concurre cuando se ejercitan acciones frente a personas unidas por vínculo de solidaridad, (Auto AP Madrid, Sección 28, de fecha 25/05/2012), pudiendo concluirse que cuando nos encontramos ante un caso de litisconsorcio pasivo voluntario, no necesario, resulta imposible acumular subjetivamente las acciones ejercitadas contra los otros codemandados en un procedimiento seguido ante el Juzgado de Instancia a la acción que se ejercitara, en su caso, ante el Juez del concurso, contra la concursada, ya que tal y como se ha reconocido, entre otros, en el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28^a, de fecha 27/11/2009⁵⁶², en tales casos no existe ningún argumento válido

⁵⁶² AAP Madrid, Sección 28^a de fecha 27/11/2009 (recurso 262/2009), ponente Ilmo. Sr. D. José Zarzuelo Descalzo, Fundamento de Derecho Segundo: «En estos casos, al tratarse de una acumulación puramente voluntaria en base a la solidaridad, no existe ningún argumento válido para sostener la competencia del juez del concurso respecto de las acciones dirigidas contra sujetos distintos del concursado, por carecer el juez del concurso de competencia objetiva para ello y faltar, por tanto, uno de los presupuestos necesarios para la acumulación de acciones, porque no puede olvidarse que, para que pueda admitirse la acumulación de acciones es preciso, según el art. 73,1,1º LEC "que el tribunal que deba entender de la acción principal posea jurisdicción y competencia por razón de la materia o por razón de la cuantía para conocer de la acumulada o acumuladas" dándose lugar a que si el demandante pretende un litisconsorcio pasivo voluntario ante el Juez del concurso por medio de la acumulación subjetiva de acciones (ex art. 72 LEC) deba ser requerido para que desacomule las acciones frente a terceros distintos de la concursada (ex art. 73,4 LC). No existen por otra parte razones que impidan o desaconsejen el ejercicio separado de las acciones.» (También Auto de la Audiencia Provincial de Madrid –Sección 13- 3/12/2010; auto de la Sección 12 del 18/04/2007; Auto nº 89/2012 AP Madrid –Sección 28- 25/05/2012).

para sostener la competencia del juez del concurso respecto de las acciones dirigidas contra sujetos distintos del concursado.

En el mismo sentido, la mayoría de la jurisprudencia menor (el Tribunal Supremo no ha tenido ocasión de pronunciarse habida cuenta de que la legislación procesal en vigor no permite que los autos dictados por las Audiencias Provinciales sean recurridos en casación) ha concluido que si nos hallamos ante un supuesto de litisconsorcio pasivo voluntario, como sucede en el caso de la responsabilidad solidaria que establece el artículo 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación y el artículo 1.591 del Código Civil respecto de los vicios constructivos, la acción contra la sociedad concursada, entablada tras la declaración de concurso, no puede continuar ante el Juez de Primera Instancia, pero sí contra los demás codemandados debiendo el Juez que conoce del proceso archivar el procedimiento respecto de la concursada una vez conozca que ha sido declarada en concurso (entre otros, Auto de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Lleida de fecha 20/01/2012, auto de la Sección 19ª de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 20/05/2011, auto de la Sección 13ª de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 23/09/2011 y auto de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 30/12/2010).

c') Acciones que los trabajadores ejerciten contra el auto resolutorio del expediente de modificación, suspensión o extinción colectiva de los contratos de trabajo en cuestiones que se refieran estrictamente a la relación jurídica individual (art. 8.2º y 64.8 II LC)

Se trata de acciones de carácter individual, quedando excluidas del incidente concursal las acciones colectivas que tengan por objeto la modificación, suspensión o extinción de los contratos de trabajo en los que el concursado sea empleador, que se sustanciarán por los cauces establecidos al efecto por la Ley (arts. 64.1, 44.4 II, 148.4 y 149.1-2ª LC; 57 bis ET). No existe, por tanto, una correlación plena entre las materias laborales competencia del Juez del concurso y el incidente concursal. Ello se justifica en la necesidad de salvaguardar los principios informadores de la legislación laboral (art. 8.2º *in fine* LC) y, en particular, el trámite de audiencia a los representantes de los trabajadores y la intervención de la autoridad laboral⁵⁶³.

Sin embargo, son competencia del Juez del concurso y habrá de conocer de ellas por los cauces del incidente concursal laboral (art. 195 LC), las acciones que los trabajadores o el Fondo de Garantía Salarial

⁵⁶³ SENÉS MOTILLA, C. *Comentarios de la Ley Concursal*. Tomo II. (Rojo, A.; Beltrán, E.). Op. cit. Pgs. 2.800 y 2.801. En el mismo sentido, DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel. Ver nota 28. Págs. 258 y 259.

podrían ejercer contra el auto que acordase la suspensión o extinción colectiva de contratos de trabajo, o la modificación sustancial de tales condiciones, en las cuestiones que se refieran a la relación jurídica individual (art. 64.8.II LC).

Tras la reforma operada por la Ley 38/2011, también cabe impugnar por este procedimiento, la decisión de la Administración concursal de extinguir o suspender los contratos del concursado con el personal de alta dirección (art. 65.1 LC).

En capítulo aparte trataremos de desarrollar las particularidades de este incidente concursal laboral.

3. Delimitación negativa del contenido del incidente concursal

De acuerdo con esta forma de determinación del ámbito de aplicación del incidente concursal, quedan excluidas de su objeto una serie de cuestiones según que se prevea, legalmente para ellas, un cauce distinto para su sustanciación, o la prohibición de que se ventilen por los trámites del incidente concursal.

Quedan excluidas, por tanto, del ámbito de aplicación del incidente concursal las siguientes cuestiones:

A) Acciones para las que la Ley establezca una tramitación diferente

La Ley Concursal establece una tramitación diferente al incidente concursal para:

1.- La impugnación de la jurisdicción y la competencia del Juez del concurso (arts. 12 LC y 65 LEC), que habrá de plantearse mediante declinatoria.

2.- Para la oposición del deudor a la solicitud del concurso necesario, que se tendrá que ventilar por los trámites contemplados en los arts. 15.1 y 18 a 20, todos ellos de la LC.

3.- Las acciones de responsabilidad contra los Administradores concursales y los Auxiliares delegados (art. 36.4 LC), que se

sustanciarán por los trámites del juicio declarativo que corresponda y ante el Juez que conozca o haya conocido del concurso (art. 36.3 LC).

La posibilidad de su ejercicio una vez concluido el concurso permite afirmar que se trata de un proceso del que conoce el Juez del concurso, pero que no se sigue acumuladamente al proceso universal y, por lo tanto, no queda sometida al régimen de recursos que establece el art. 197 LC⁵⁶⁴.

4.- La determinación del derecho a percibir alimentos con cargo a la masa activa del deudor persona física, durante la sustanciación del procedimiento concursal, que habrá de ventilarse conforme dispone el art. 47.1.II LC.

5.- Para la modificación, suspensión o extinción colectiva de los contratos de trabajo en los que el concursado sea empleador (arts. 8.2º, 64.1, 44.4 II, 148.4 y 149.1.2ª).

6.- El ejercicio de las acciones derivadas de créditos con privilegio sobre buques o aeronaves, reconocidas en su legislación específica, para separar tales bienes de la masa activa, que habrán de sustanciarse por los trámites de los incidentes establecidos en la LEC (arts. 76.3 LC y 44 Ley de Hipoteca Naval).

7.- La liquidación o división del patrimonio conyugal (arts. 77.2 LC; 808 y ss. LEC).

8.- Para la impugnación de los convenios y procedimientos arbitrales fraudulentos, y de la existencia y validez de los créditos consignados en título ejecutivo o asegurados con garantía real, que habrá de ventilarse por los cauces del juicio ordinario (art. 86.2.II LC).

9.- Para dejar sin efecto la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio (art. 105.2 LC).

10.- La oposición del deudor a la liquidación solicitada por los acreedores durante la vigencia del convenio (art. 142.2.II LC).

11.- La tramitación de la fase inicial de la sección de calificación del concurso (arts. 167 a 170 LC), pues la oposición a la calificación del concurso como culpable se sustanciará por los trámites del incidente concursal (art. 171.1 LC).

⁵⁶⁴ LÓPEZ SÁNCHEZ, J. "Incidente concursal" en *Enciclopedia de Derecho concursal. Tomo II*. Beltrán, E.; García-Cruces, J.A. (Dirs.). Op. cit. Pg. 1.704.

12.- Para la impugnación de las decisiones adoptadas por la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita (arts. 8.5º LC y 20 Ley de Asistencia Jurídica Gratuita)⁵⁶⁵.

B) *Cuestiones que no tienen señalada en la Ley otra tramitación*

Se trata de todos aquellos supuestos en los que cobra virtualidad la norma prevista en el art. 192.1 LC, que remite para estos casos al incidente concursal.

Aunque en el art. 48.bis LC no se precisa el cauce que debe seguirse para el ejercicio de la acción contra el socio o socios personalmente responsables por las deudas de la sociedad anteriores a la declaración de concurso, ni la acción para reclamar el desembolso de las aportaciones sociales diferidas, por más que se trate de acciones dirigidas contra sujetos distintos al concursado, podría entenderse que el cauce para el ejercicio de estas acciones sería el del incidente concursal por aplicación de lo prescrito en el mencionado art. 192.1 LC. Pero la doctrina ha rechazado que se trate de cuestiones incidentales del concurso, por lo que remiten a seguir al procedimiento correspondiente por la cuantía de la reclamación⁵⁶⁶.

C) *Acciones que la Ley Concursal prohíbe expresamente que sean resueltas por el incidente concursal*

A ellas se refiere el art. 192.3 LC, según el cual:

«No se admitirán los incidentes que tengan por objeto solicitar actos de administración o impugnarlos por razones de oportunidad.»

Con estas exclusiones se pretende salvaguardar la fluida tramitación del concurso y el libre desempeño por los Administradores concursales de las funciones que les son propias, evitando el continuo planteamiento de incidentes concursales en materias propias de la administración del patrimonio del deudor, que contribuiría decididamente

⁵⁶⁵ SENÉS MOTILLA, C. *Comentarios de la Ley Concursal*. Tomo II. (Rojo, A.; Beltrán, E.). Op. cit. Pg. 2.803. SENÉS MOTILLA, C. "La Ley Concursal. XVIII. Número especial 2004". Op. cit. Pgs. 600 y 601. DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El Proceso Concursal*. Primera Edición. Op. cit. Pgs. 260 y 261. DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El incidente concursal*. Op. cit. Pgs. 38 y 39.

⁵⁶⁶ LÓPEZ SÁNCHEZ, J. "Incidente concursal" en *Enciclopedia de Derecho concursal*. Tomo II. Beltrán, E.; García-Cruces, J.A. (Dirs.). Op. cit. Pg. 1.704.

al entorpecimiento de la sustanciación del procedimiento. En definitiva, esta regla es concreción de la idea de que no es completamente libre para las partes la elección de las cuestiones que merecen ser objeto del incidente concursal⁵⁶⁷

Se ha de poner de manifiesto que la Ley, que nada dice al respecto, otorga un amplio margen de discrecionalidad para determinar cuándo la impugnación reviste tintes oportunistas. No obstante, la inadmisión del incidente concursal no excluye la impugnación independiente de los actos de administración por otros cauces (art. 184.3 LC)⁵⁶⁸.

D) Cuestiones que, aun no teniendo señalada otra tramitación especial, considere el Juez que no son pertinentes o no tienen entidad necesaria para ello

Se trata, en cualquier caso de un filtro inicial que puede permitir la evitación de procedimientos inútiles. En estos casos, el art. 194 LC dice que el Juez dará a la cuestión la tramitación que corresponda.

Las expresiones que utiliza la norma adolecen de una profunda indefinición, siendo previsible fuente de problemas, ya que no aclara ni qué debe entenderse por pertinencia o entidad necesaria ni, lo más importante, ofrece una respuesta que relacione estos criterios con la existencia o no de trámites establecidos en otra Ley para dilucidar la materia deducida⁵⁶⁹.

Al margen de estas críticas, la previsión puede estar justificada en la medida en que no parece razonable que la calificación de las cuestiones que merecen la consideración de incidentes concursales quede en manos de las partes. El órgano jurisdiccional debe tener algo que decir al respecto⁵⁷⁰.

⁵⁶⁷ GARNICA MARTÍN, J.F. “De las normas procesales generales y del sistema de recursos (Artículos 183-198 LC)”, en AAVV *Tratado judicial de la insolvencia*. Tomo II. Op. cit. Pg. 847.

⁵⁶⁸ SENÉS MOTILLA, C. *Comentarios de la Ley Concursal*. Tomo II. (Rojo, A.; Beltrán, E.). Op. cit. Pg. 2.803. SENÉS MOTILLA, C. “La Ley Concursal. XVIII. Número especial 2004”. Op. cit. Pg. 601. DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El Proceso Concursal*. Primera Edición. Op. cit. Pg. 261. DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El incidente concursal*. Op. cit. Pg. 39

⁵⁶⁹ DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El Proceso Concursal*. Primera Edición. Op. cit. Pg. 261. MAGRO SERVET, V. (Coordinador, AAVV). *Guía práctica de aplicación de la Ley Concursal*. 1338 preguntas y respuestas que resuelven los problemas que plantea la nueva Ley. Op. cit. Pg. 588.

⁵⁷⁰ GARNICA MARTÍN, J.F. “De las normas procesales generales y del sistema de recursos (Artículos 183-198 LC)”, en AAVV *Tratado judicial de la insolvencia*. Tomo II. Op. cit. Pg. 845.

E) Juicios declarativos pendientes

En el presente apartado haremos referencia, brevemente, a la tramitación en el procedimiento concursal de los juicios declarativos que, iniciados antes de la declaración del concurso, se acumulen al mismo para completar su tramitación.

El interés de la cuestión radica en que, con anterioridad a la reforma operada por la Ley 38/2011, la sustanciación acumulada de los juicios pendientes, que fueran competencia del Juez del concurso, debía seguirse por los trámites del incidente concursal ex art. 51.1 LC, en relación con lo previsto en el art. 192.1.II del mismo texto legal. Como se decía, la Ley 38/2011 ha modificado la redacción del art. 51.1 LC en el sentido de establecer que los procesos iniciados con anterioridad a la declaración y que se acumulen al concurso continuarán su tramitación por el cauce del procedimiento por el que se hubieren iniciado, excluyendo estas materias del ámbito de aplicación del incidente concursal. Con ello se ha resuelto el grave problema que podía comportar el cambio de procedimiento, particularmente cuando ese cambio debía hacerse de un procedimiento ordinario a un incidente concursal⁵⁷¹.

Sin embargo, la Ley de reforma ha dejado intacta la redacción del art. 192.1.II LC⁵⁷², que mantiene la tramitación propia del incidente concursal para sustanciar los procesos pendientes a la fecha de declaración del concurso que se acumulen al mismo. El claro anacronismo constituye, sin duda, un error del Legislador, por falta de adaptación de la normativa a la sustancial reforma operada en la materia especial (art. 51.1 LC). Por ello, será preciso subsanar dicho error aplicando la interpretación favorable a la norma más reciente y especial, que sí ha sido modificada.

En consecuencia, como regla general, los procesos declarativos en los que el deudor sea parte y se encuentren en tramitación en el momento de la declaración de concurso seguirán tramitándose ante el Juez o Tribunal que estuviere conociendo de ellos hasta la firmeza de la sentencia.

⁵⁷¹ GARNICA MARTÍN, J.F. “De las normas procesales generales y del sistema de recursos (Artículos 183-198 LC)”, en AAVV *Tratado judicial de la insolvencia*. Tomo II. Op. cit. Pg. 845.

⁵⁷² Art. 192.1.II LC: «También se tramitarán por este cauce... los juicios que se acumulen en virtud de lo previsto en el apartado 1 del artículo 51.

En este último caso, el juez del concurso, dispondrá lo necesario para que se continúe el juicio sin repetir actuaciones y permitiendo la intervención, desde ese momento, de las partes del concurso que no lo hubieran sido en el juicio acumulado.»

Excepcionalmente, 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. Los juicios acumulados continuarán su tramitación ante el Juez del concurso por los trámites del procedimiento por el que viniera sustanciándose la reclamación, incluidos los recursos que procedan contra la sentencia (art. 51.1 LC). En estos últimos casos, la acumulación pasa a ser imperativa.

No nos dice el Legislador a qué momento están referidos esos requisitos, si al momento en el que el Juez del concurso hace el requerimiento de inhibición o al momento en el que lo recibe el Juez que esté conociendo. Lo razonable es interpretar que se refiere a este último momento, atendido que la limitación temporal lo que pretende es evitar que la acumulación resulte antieconómica, lo que ocurriría cuando el juicio ya se ha celebrado, aun sin haberse dictado sentencia, pues ello impediría al Juez del concurso resolver con la prueba practicada ante un Juez distinto, pues lo impide el art. 137.4 LEC⁵⁷³.

Se excluye la aplicación a estos procesos acumulados del régimen de recursos previsto en el art. 197 LC, siendo de aplicación el sistema ordinario previsto en la LEC.

⁵⁷³ GARNICA MARTÍN, J.F. “La «vis atractiva» del Juez del concurso tras la reforma introducida por la Ley 38/2011”. Anuario de Derecho Concursal, número 26. Editorial Aranzadi, S.A. Cizur Menor (Navarra), 2012. Pg. 217.

V. LAS PARTES EN EL INCIDENTE CONCURSAL

Es objeto de estudio en el presente apartado el contenido del artículo 193 LC⁵⁷⁴, que debería dedicarse al tratamiento de las partes en el incidente concursal (si seguimos el tenor del título que lo preside) pero que se circunscribe a la delimitación de la parte pasiva del incidente concursal (apartado 1), el régimen de intervención de sujetos distintos del actor y demandado originarios (apartado 2) y la distribución de cargas procesales entre las partes intervinientes en los supuestos de acumulación de demandas con pretensiones diversas (apartado 3)⁵⁷⁵.

Como se verá en siguientes apartados de este capítulo, la redacción del artículo 193 LC, por superflua y ambigua, genera confusión. Por ello, se ha estimado adecuado comenzar el estudio de las partes en el incidente concursal haciendo una somera referencia a los conceptos generales de parte, de las posiciones que pueden ocupar en el proceso, de la pluralidad de partes y, en particular, de la intervención procesal, en la medida en que se estima que dichas nociones pueden ayudar a una mejor comprensión del precepto citado.

1. Las partes procesales

A) *Concepto y clases*

Partes procesales son quienes, en tal condición, figuran en el proceso, y únicamente por esa razón, con independencia de los sujetos que puedan integrar la relación jurídica material controvertida. Parte es el *dominus litis*, quien asume la titularidad de las relaciones procesales y

⁵⁷⁴ Art. 193 LC: «1.En el incidente concursal se considerarán partes demandadas aquellas contra las que se dirija la demanda y cualquiera otras que sostengan posiciones contrarias a lo pedido por la actora.

2. Cualquier persona comparecida en forma en el concurso podrá intervenir con plena autonomía en el incidente concursal coadyuvando con la parte que lo hubiese promovido o con la contraria.

3. Cuando en un incidente se acumulen demandas cuyos pedimentos no resulten coincidentes, todas las partes que intervengan tendrán que contestar a las demandas a cuyas pretensiones se opongan, si el momento de su intervención lo permitiese, y expresar con claridad y precisión la tutela concreta que soliciten. De no hacerlo así, el juez rechazará de plano su intervención, sin que contra su resolución quepa recurso alguno.»

⁵⁷⁵ SENÉS MOTILLA, C. *Comentarios de la Ley Concursal*. Tomo II. (Rojo, A.; Beltrán, E.). Op. cit. Pg. 2.807.

materiales, con las cargas y obligaciones, con las expectativas y responsabilidades inherentes a su posición.

En coherencia con lo anterior, quien no ocupa la posición de parte ostenta la condición de tercero, que no puede actuar como parte por muchos vínculos jurídicos que tenga con el objeto litigioso, y al propio tiempo tampoco puede verse afectado por las resultas del proceso.

La identificación de las partes en el proceso civil, quién sea el demandante y quién el demandado, debe quedar establecida de forma clara desde el primer momento. El proceso no puede desenvolverse entre entes abstractos o anónimos, sino entre sujetos de derecho, determinables y determinados, con mayor o menor precisión. La correcta identificación de las partes adquiere enorme importancia frente a simultáneos o sucesivos procesos, sobre todo para los efectos de litispendencia y de cosa juzgada, evitando reiteraciones o duplicidades⁵⁷⁶.

En el proceso existen siempre dos posiciones de parte: la activa, que ocupa aquel que pretende obtener la tutela judicial, y la pasiva, que ocupa aquél frente a quien esa tutela se solicita. Los sujetos que ocupan estas dos posiciones se denominan en el proceso civil demandante o actor, y demandado. La dualidad de posiciones ha de preservar los principios de contradicción o audiencia bilateral y de igualdad, principio éste que exige una equivalencia entre las obligaciones, cargas, expectativas y derechos de los litigantes, aunque no siempre con la misma intensidad.

⁵⁷⁶ AAP Vizcaya, Sección 4ª, de fecha 19/04/2007 (recurso 651/2006), ponente Ilmo. Sr. D. Fernando Valdés-Solís Cecchini, Razonamiento Jurídico Segundo: «*Debemos tener presente que el art. 399 LECivil exige unos requisitos concretos y determinados que debe reunir toda demanda: designación de los demandados y sus circunstancias personales y narración clara y ordenada de los hechos, junto con la petición que, “cuando sean varios los pronunciamientos judiciales que se pretendan, se expresarán con la debida separación”. Pues bien, la demanda no cumple ninguno de los requisitos señalados por la Ley, ni designa las partes ni expone con claridad y separación las pretensiones ejercitadas.*

Este defecto no se suple ni por dar traslado del escrito a todas las partes personadas (nos preguntamos a qué efectos, o son demandados o no lo son) ni con una larga narración de hechos de los que, al parecer, debe el Juez concluir por deducción las pretensiones de la parte demandante.»

AAP León, Sección 1ª, de fecha 20/09/2010 (recurso 349/2010), ponente Ilmo. Sr. D. Ricardo Rodríguez López, Fundamento de Derecho Segundo: «*Falta de idoneidad del escrito de fecha 21 de septiembre de 2009 para dar lugar a la incoación de un incidente concursal.*

...

Cuando se presenta escrito en un juzgado para solicitar algo, sin dirigirlo frente a personas concretas y determinadas, no pasa de ser una mera petición con la que se pretende una respuesta del tribunal conforme a las disposiciones legales. Pero para ejercitar una acción es preciso dirigirla formalmente frente a terceros para resolver sobre una cuestión controvertida: la mera petición persigue una respuesta del tribunal, no un pronunciamiento frente a otras partes, en tanto que la acción suscita una controversia contra otros y se canaliza a través de un procedimiento contradictorio.»

Las dos posiciones han de quedar fijadas desde el primer momento del proceso, es decir, desde el escrito de demanda⁵⁷⁷. El actor comparece en el proceso cuando presenta la demanda, de donde su presencia es, en todo caso, debida. Sin embargo, la presencia del demandado no es determinante para el válido desarrollo del proceso. Cuando el demandado no comparece se le declara en rebeldía, siguiendo el proceso su curso (art. 442.2 LEC). En este sentido, el legislador ha mostrado una extrema preocupación por el momento del emplazamiento, cuando el demandado puede articular su defensa en el proceso o puede perder oportunidades procesales⁵⁷⁸.

Así, pues, las partes son, quienes, por ostentar o la titularidad de los derechos y obligaciones o algún interés legítimo en una determinada relación jurídica discutida, interponen, a través de la demanda (actor o demandante), su pretensión o se oponen a ella, mediante el escrito de contestación (el demandado). Pero, junto a estas partes iniciales, pueden aparecer o intervenir otras en el curso del proceso que ostentan dicha titularidad de la relación jurídica o incluso, sin serlo, mantengan un interés con respecto al objeto procesal, que les permita comparecer, en calidad de parte principal o subordinada, dentro del proceso.

⁵⁷⁷ STS, Sala Primera, de fecha 21/10/2009 (recurso 177/2005), ponente Ilmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller, Fundamentos de Derecho Primero y Segundo: «El artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere a la "condición de parte procesal legítima" y dispone, en su párrafo primero, que «serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso». Así la relación jurídica sobre la que la parte actora plantea el proceso, con independencia de su resultado, es la que determina quiénes son las partes legitimadas, activa y pasivamente, para intervenir en el mismo, lo que lleva a estimar que cuando se trata de determinar la existencia o no de la legitimación pasiva habrá de atenderse a la pretensión formulada en la demanda, teniendo en cuenta el "suplico" de la misma en relación con los hechos sustentadores de tal pretensión.

SEGUNDO.-

[...]

Esta Sala ya declaró en sentencia de 3 junio 1988 que lo que ha de tenerse en cuenta en la legitimación «no es la relación jurídica en cuanto existente, sino en cuanto deducida en juicio, lo que significa que basta la mera afirmación de una relación jurídica como propia del actor o del demandado para fundar necesaria y suficientemente la legitimación para obrar, de tal manera que la parte, por el mero hecho de serlo, es siempre la justa parte en el proceso, dado que ésta sólo existe como tal en el proceso ejercitando su actividad jurídica por medio de la acción, con lo que el significado de la legitimación se circunscribe a determinar quiénes son las partes de un proceso concreto»; y, más recientemente, en sentencia de 23 diciembre 2005, que la legitimación «consiste en la adecuación normativa entre la posición jurídica que se atribuye el sujeto y el objeto que demanda, en términos que, al menos en abstracto, justifican preliminarmente el conocimiento de la petición de fondo que se formula, no porque ello conlleve que se le va a otorgar lo pedido, sino simplemente, porque el juez competente, cumplidos los requisitos procesales está obligado a examinar dicho fondo y resolver sobre el mismo por imperativo del ordenamiento jurídico material»; doctrina que comprende los conceptos de legitimación activa y pasiva, aunque específicamente se refiera a la primera, pues cuando se plantea el problema de la legitimación en relación con un proceso determinado lo que ha de resolverse es quién está habilitado para formular la pretensión y contra quién ha de dirigirse para que el juez pueda dictar una sentencia sobre el fondo, estimando o desestimando aquella pretensión.»

⁵⁷⁸ MORENO CATENA, V. *Derecho Procesal Civil. Parte general. Quinta Edición*. CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, GIMENO SENDRA, Vicente y MORENO CATENA, Víctor. Editorial Colex. Constitución y Leyes, S.A. Madrid, 2003. Pgs. 83 y ss.

Son partes principales, quienes, por ser titulares de la relación jurídico material debatida y por verse expuestos a los futuros efectos directos de la sentencia, están legitimadas para deducir la pretensión u oponerse a ella, delimitan el objeto del proceso y generan la obligación del Juez de congruencia en la sentencia, contra la que pueden recurrir con independencia; si dicha relación jurídica es además disponible, podrán provocar la finalización anormal del proceso a través de los actos de disposición de la pretensión (desistimiento, renuncia, allanamiento, etc).

Las partes subordinadas (los intervinientes adhesivos o coadyuvantes) se encuentran en una relación jurídica dependiente de otra principal, que es la que se debate en el proceso y de la que son titulares las partes principales, por lo que tan sólo han de sufrir los efectos reflejos o indirectos de la sentencia; por ello, ni delimitan el objeto del proceso, ni pueden transigir sobre el mismo, ni pueden impugnar la sentencia con independencia. Simplemente coadyuvan con sus actos de postulación al éxito de la pretensión o defensa de la parte principal⁵⁷⁹.

B) *Pluralidad de partes*

Puede ocurrir que tanto en la posición procesal de actor como en la de demandado concurren distintas personas, diciéndose en esos casos que existe una pluralidad de partes. En realidad no existe tal pluralidad de partes, sino pluralidad de personas en las dos posiciones procesales o en una de ellas.

La pluralidad de partes puede producirse:

- i) Bien desde el inicio del proceso, es decir con la demanda. La Ley llama al fenómeno *litisconsorcio*.
- ii) Bien a lo largo del proceso. La Ley habla de *intervención procesal* (arts. 13, 14 y 15 LEC) y de integración del *litisconsorcio necesario* (arts. 12 y 420 LEC).

La Ley entiende que en los supuestos de litisconsorcio se produce un fenómeno por el cual varias personas comparecen como demandantes o como demandados en el proceso de forma voluntaria o necesaria (art. 12).

⁵⁷⁹ GIMENO SENDRA, V. Derecho procesal civil I. El proceso de declaración parte general. 4ª Edición. Op. cit. Pg. 98.

Igualmente, la Ley entiende que en los casos de intervención lo que ocurre es que un tercero, bien de forma autónoma, bien de forma provocada, es admitido en un proceso ya entablado entre demandante y demandado, situándose en una de las dos posiciones procesales posibles, para defender derechos o intereses legítimos propios, que son coincidentes con el derecho ejercitado por el actor o con los intereses defendidos por el demandado.

A los efectos de este trabajo interesa prestar atención a la figura de la intervención procesal, que puede ser definida como la entrada de terceros, con un interés directo y legítimo en un proceso ya iniciado, el cual se convierte en un proceso único con pluralidad de partes sobrevenida, ya que dicha intervención no ocasiona, a diferencia de la acumulación de procesos o de autos, la incorporación de nuevas pretensiones, sino tan sólo de partes en la posición actora y/o demandada⁵⁸⁰.

La Ley regula dos supuestos de intervención: la voluntaria (art. 13) y la provocada (arts. 14 y 15).

i) La intervención voluntaria.

En ella, el tercero decide voluntariamente intervenir en un proceso ya iniciado. Puede ser litisconsorcial (si el tercero es titular del derecho o interés que en él se discute) o adhesiva (cuando su derecho depende del bien o derecho litigioso del que es titular la parte principal).

El tercero interviniente litisconsorcial resultará afectado por la sentencia que recaiga en el proceso de modo directo (no reflejo), con la consiguiente vinculación de éste a la cosa juzgada.

En la intervención adhesiva el tercero es titular de una relación jurídica subordinada a la relación jurídica material debatida en el proceso y está interesado en la defensa de aquélla pues de su reconocimiento depende su relación subordinada. Los efectos de la sentencia se extenderán a él de forma refleja (STS Sección 1ª, de fecha 22/06/2005)⁵⁸¹. En nuestro Derecho es conocida la figura del coadyuvante.

El interviniente debe presentar la solicitud de intervención ante el órgano que esté conociendo del proceso en cuestión. Dicha solicitud no suspende el curso del proceso, pero determina la resolución por medio de auto.

⁵⁸⁰ GIMENO SENDRA, V. Derecho procesal civil I. El proceso de declaración parte general. 4ª Edición. Op. cit. Pg. 165.

⁵⁸¹ GIMENO SENDRA, V. Derecho procesal civil I. El proceso de declaración parte general. 4ª Edición. Op. cit. Pg. 168.

La intervención no retrotrae actuaciones, aunque, en todo caso, podrá el interviniente efectuar las alegaciones necesarias para su defensa cuando no las hubiere efectuado en su momento procesal oportuno por haber iniciado su intervención con posterioridad a dicho hito (art. 13.3 II LEC).

Admitida por el Tribunal la intervención del tercero en el proceso, éste pierde la cualidad de tal y adquiere el status de parte. El interviniente entra en el proceso con todos los derechos, poderes y facultades que tiene la parte, adoptando una posición autónoma con respecto a la de aquella parte en cuya posición se sitúa. Pero la generosidad del régimen de intervención trazado por el art. 13.3 LEC, en el que se faculta incluso al interviniente a deducir pretensiones, exige distinguir a estos efectos entre el litisconsorte y el coadyuvante.

El interviniente litisconsorcial es una auténtica parte principal y, por consiguiente, está legitimado para conformar, junto con los demás litisconsortes, el objeto procesal, así como para ejercitar los medios de impugnación con independencia, debiendo satisfacer las costas procesales que su sola conducta origine dentro del proceso.

El interviniente adhesivo, por el contrario, no es una verdadera parte principal, sino subordinada, por lo tanto, ni delimita el objeto del proceso, ni el ámbito cognoscitivo de la obligación de congruencia que ha de circunscribirse a la pretensión y defensa deducidas por las partes principales. No puede disponer del objeto del proceso, ni recurrir, en contra de la voluntad de la parte coadyuvada⁵⁸².

ii) La intervención provocada (forzosa).

No presenta especial interés este tipo de intervención en el presente estudio, siendo suficiente señalar que la provocación para la intervención procede bien del demandante, bien del demandado (art. 14 LEC) o, incluso, del órgano judicial (art. 15 LEC)⁵⁸³.

2. La postulación en la Ley Concursal

La materia está regulada en el art. 184 LC que, bajo la rúbrica «*Representación y defensa procesales. Emplazamiento y averiguación de*

⁵⁸² GIMENO SENDRA, V. Derecho procesal civil I. El proceso de declaración parte general. 4ª Edición. Op. cit. Pgs. 169-170.

⁵⁸³ MORENO CATENA, V. *Derecho Procesal Civil. Parte general. Quinta Edición*. CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, GIMENO SENDRA, Vicente y MORENO CATENA, Víctor. Editorial Colex. Constitución y Leyes, S.A. Madrid, 2003. Pgs. 83 y ss.

domicilio del deudor» se ocupa de este presupuesto procesal en relación con los distintos intervinientes en el proceso concursal (deudor, Administración concursal, acreedores y titulares de interés legítimo).

i) El art. 184.2 LC dispone que *«El deudor actuará siempre representado por procurador y asistido de letrado sin perjuicio de lo establecido en el apartado 6 de este artículo.»* Es decir, se exige que el deudor comparezca en el proceso concursal (y en sus incidentes) representado por Procurador y asistido de Letrado en ejercicio.

ii) Por su parte, el art. 184.5 LC establece que la *«administración concursal será oída siempre sin necesidad de comparecencia en forma, pero cuando intervengan en incidentes o recursos deberán hacerlo asistidos de letrado.»* Como regla general, por tanto, la Administración concursal podrá intervenir en el procedimiento concursal sin necesidad de Procurador ni de Letrado. Sin embargo, dicho régimen general de comparecencia presenta una serie de excepciones:

- Cuando el deudor haya sido suspendido en el ejercicio de sus facultades de administración y disposición sobre su patrimonio corresponderá a la Administración concursal la legitimación para el ejercicio de las acciones de índole exclusivamente patrimonial, que habrán de ser ejercidas ante un Juez distinto del concurso y tramitadas por el proceso declarativo que corresponda, resultando de aplicación las reglas generales de postulación previstas en la LEC (representación por Procurador y defensa de Letrado, excepto para la tramitación de los juicios verbales cuya cuantía no exceda de 2.000 euros y para la petición inicial de los procedimientos monitorios, conforme a lo previsto en la LEC –arts. 23.2.1º y 31.2.1º LEC-⁵⁸⁴).

- Cuando se ejerciten acciones de responsabilidad contra administradores, auditores o liquidadores de la persona jurídica concursada, si el cauce procesal por el que hayan de ser tramitadas dichas acciones así lo requiere (art. 48. quáter LC).

- Cuando se impugnen los convenios o procedimientos arbitrales fraudulentos, si el cauce procesal por el que hayan de ser tramitadas dichas acciones así lo requiere (art. 86.2 LC).

- Cuando se impugne la existencia o validez de los créditos consignados en título ejecutivo o asegurados con garantía real, si el cauce procesal por el que hayan de ser tramitadas dichas acciones así lo requiere (art. 86.2 LC).

⁵⁸⁴ Redacción dada por el apartado cinco del artículo único de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE de 6 de octubre).

- Cuando se ejercite frente a los Administradores concursales y los Auxiliares delegados la acción de responsabilidad, que se sustanciará por los trámites del juicio declarativo que corresponda (art. 36.2 LC), con sujeción a las normas generales de postulación y defensa previstas en la LEC.

- La Administración concursal deberá actuar asistida de Letrado, preceptivamente, cuando intervenga en incidentes y recursos durante la sustanciación del procedimiento concursal. El término «*incidente*» debe entenderse en consonancia con el ámbito de aplicación del incidente concursal en los términos expuestos en capítulo anterior de este trabajo, concebido, con carácter general, como cauce procedimental por el que deben ventilarse las cuestiones que se susciten durante el concurso que no tengan señalada una tramitación específica, así como las acciones que imperativamente deben ejercitarse ante el Juez del concurso (arts. 192.1, 8.1º y 2º, 50.1 LC)⁵⁸⁵.

De conformidad con lo dispuesto en el último inciso del mencionado art. 184.5 LC, «*La dirección técnica de estos incidentes y recursos se entenderá incluida en las funciones del letrado miembro de la administración concursal.*»

iii) El art. 184.3 LC se ocupa de la capacidad de postulación de los acreedores y «*demás legitimados*», estableciendo un régimen mixto.

Se exige la representación por Procurador y la asistencia de Letrado para solicitar la declaración de concurso, comparecer en el procedimiento, interponer recursos, plantear incidentes o impugnar actos de administración. Sin embargo, la Ley no les exige valerse de estos profesionales para comunicar créditos, formular alegaciones, ni para asistir e intervenir en la junta de acreedores. Con la única excepción relativa a lo establecido para la representación y defensa de los trabajadores en la Ley de procedimiento Laboral (Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social), incluidas las facultades atribuidas a los graduados sociales y a los sindicatos para el ejercicio de cuantas acciones y recursos sean precisos en el proceso concursal para la efectividad de los créditos y derechos laborales (art. 184.6 LC)

iv) Por último, el art. 184.4 LC señala que cualesquiera otros que tengan «*interés legítimo*» podrán comparecer siempre que lo hagan representados por Procurador y asistidos de Letrado. Vale, en este apartado, reproducir la salvedad expresada en el párrafo anterior para la representación y defensa de los trabajadores.

⁵⁸⁵ DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El incidente concursal*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2012. Pg. 70.

3. La regulación de las partes procesales del incidente concursal

Desde su promulgación, el art. 193 LC ha sido objeto de duras críticas por gran parte de la doctrina⁵⁸⁶.

Se acusa al art. 193 de entremezclar confusamente la regulación de las partes en el incidente concursal con aspectos relativos al régimen de las partes en el supuesto de la eventual pluralidad de demandas en un mismo incidente concursal⁵⁸⁷.

A pesar de la aparente simplicidad del dictado de la norma, se pone de manifiesto que no es fácil extraer del precepto una idea clara de quiénes son y qué posición ocupan los posibles sujetos de este singular procedimiento. La fórmula legislativa empleada para su determinación es vaga y enormemente confusa, pero permite, cuando menos, establecer la distinción entre las que pueden considerarse «*partes principales*» y «*partes intervinientes*» del incidente concursal⁵⁸⁸.

Se denuncia⁵⁸⁹ que la regulación de las partes es defectuosa, por cuanto que el art. 193.1 LC no contribuye a delimitar la figura del codemandado de la del coadyuvante; en cuanto a la regulación de la

⁵⁸⁶ SERRA DOMÍNGUEZ, M. *Comentarios a la Ley Concursal*. Tomo 3. (SAGRERA TIZÓN, J.M.; SALA REIXACS, A. y FERRER BARRIENDOS, A., Coordinadores). Op. cit. Pgs. 1.914 y ss. ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. "El incidente concursal" en *Revista Jurídica de Cataluña. Llei Concursal*, Número 4, monográfico. Año CIII. Op. cit. Pgs. 276 y ss. y ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., en *Nueva Ley Concursal. Ley 22/2003, de 9 de julio. Comentarios, jurisprudencia aplicable y formularios*. (AAVV. Coordinadores SALA, A.; MERCADAL, F.; ALONSO-CUEVILLAS, J.). Op. cit. Pgs. 813 y ss. ROCA MARTÍNEZ, J., en *Estudios de Derecho Concursal*. (AAVV., Director PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J.). Op. cit. Pgs. 688 y ss. DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El Proceso Concursal*. Primera Edición. Op. cit. Pgs. 263 y ss. CORDÓN MORENO, F. *Proceso concursal*. Op. cit. Pgs. 224 y 225, y CORDÓN MORENO, F. *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la Reforma Concursal*. Op. cit. Pgs. 603 y 604. MAGRO SERVET, V. (Coordinador, AAVV). *Guía práctica de aplicación de la Ley Concursal. 1338 preguntas y respuestas que resuelven los problemas que plantea la nueva Ley*. Op. cit. Pgs. 592 y ss. y MAGRO SERVET, V. "El incidente concursal en materia civil en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal". Op. cit. Pgs. 13 y ss. GARNICA MARTÍN, J. F. *Derecho concursal práctico. Comentarios a la Nueva Ley Concursal*. Fernández Ballesteros, M. A. (Coord.) Op. cit. Pg. 861.

⁵⁸⁷ ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. "El incidente concursal" en *Revista Jurídica de Cataluña. Llei Concursal*, Número 4, monográfico. Año CIII. Op. cit. Pgs. 276 y 277, y ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., en *Nueva Ley Concursal. Ley 22/2003, de 9 de julio. Comentarios, jurisprudencia aplicable y formularios*. (AAVV. Coordinadores SALA, A.; MERCADAL, F.; ALONSO-CUEVILLAS, J.). Op. cit. Pgs. 813 y 814.

⁵⁸⁸ LÓPEZ YAGÜES, V., en *Ley Concursal. Comentarios, jurisprudencia y formularios*. Tomo II. (AAVV, GALLEGO SÁNCHEZ, E., Coord.). Op. cit. Pg. 874.

⁵⁸⁹ CORDÓN MORENO, F. *Proceso concursal*. Op. cit. Pgs. 224 y 225, y CORDÓN MORENO, F. *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la Reforma Concursal*. Op. cit. Pgs. 603 y 604.

intervención, la utilización del término “coadyuvar” sólo se presta a confusión; y en relación con el art. 193.3 LC, considera la norma imprecisa, porque no se entiende cómo se pueden oponer los intervinientes a las pretensiones ejercitadas en las demandas sin contestarlas, ni cuál puede ser la tutela jurídica que soliciten, distinta de la desestimación.

Igualmente se señala que la regulación de la intervención procesal contenida en el art. 193.2 LC es muy deficiente, al evidenciar que el legislador no tiene muy claro la diferencia existente entre el concepto de partes principales y el de partes subordinadas, reflejando una contradicción (el coadyuvante no puede actuar con plena autonomía en el proceso) para cuya solución ha de acudirse a lo dispuesto en el art. 13 LEC⁵⁹⁰.

En este mismo sentido, se considera que el apartado segundo del art. 193 es tan complejo que, procesalmente, cabe calificarlo de contradictorio, pues, por un lado, autoriza una intervención plenamente autónoma, mientras que, por otro lado, limita la misma a coadyuvar a la parte que hubiera promovido o se oponga a lo pedido en el incidente⁵⁹¹. Se hace patente lo poco afortunada que ha sido la terminología empleada en el art. 193.2 LC, pues al haber utilizado el término “coadyuvando” parece sugerirse que el interviniente pasa a tener una posición subordinada a la de parte principal, no pareciendo que sea ésta la idea que impulsa la regulación y así se deduce con bastante claridad de la expresión «*con plena autonomía*» que precede a la anterior y que es mucho menos equívoca⁵⁹². Además, se estima que el art. 193.3 se presenta como una disposición compleja que viene a difuminar el concepto mismo de contestación a la demanda y el de la alegación de la reconvencción, abriendo la puerta a la confusión⁵⁹³.

Otros autores dan un paso más en la crítica denunciando la “inutilidad del artículo”, afirmando que si todos los artículos sobre el incidente concursal deben considerarse no sólo innecesarios sino también contraproducentes, el contenido del art. 193 LC es singularmente inútil, ya que aunque se suprimiera no se modificaría en absoluto la regulación del incidente concursal al reiterar la normativa

⁵⁹⁰ DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El Proceso Concursal*. Primera Edición. Op. cit. Pg. 265. La misma obra, Sexta Edición. Op. cit. Pg. 299.

⁵⁹¹ MAGRO SERVET, V. (Coordinador, AAVV). *Guía práctica de aplicación de la Ley Concursal*. 1338 preguntas y respuestas que resuelven los problemas que plantea la nueva Ley. Op. cit. Pgs. 596 y 595.

⁵⁹² GARNICA MARTÍN, J. F. *Derecho concursal práctico. Comentarios a la Nueva Ley Concursal*. Fernández Ballesteros, M. A. (Coord.) Op. cit. Pg. 861.

⁵⁹³ MAGRO SERVET, V. (Coordinador, AAVV). *Guía práctica de aplicación de la Ley Concursal*. 1338 preguntas y respuestas que resuelven los problemas que plantea la nueva Ley. Op. cit. Pgs. 596 y 595.

general de la LEC, siendo además de difícil comprensión, sobre todo en lo que respecta al tercer apartado⁵⁹⁴. Las críticas al precepto, en síntesis, se reducen a tres:

- i) La regulación de las partes procesales ya se había efectuado en el art. 3 LC y reiterado en el art. 184 LC.
- ii) Lo mismo ocurre con la intervención de terceros regulada en el apartado 2, que nada añade al contenido del art. 13 LEC.
- iii) Por último, aun cuando la redacción aprobada por las Cortes haya corregido la ininteligible alusión del anteproyecto a la “*carga procesal*” de los intervinientes y al “*levantamiento de dichas cargas*”, sigue siendo incomprensible el alcance del precepto, que curiosamente omite pronunciarse sobre el trámite procesal para la acumulación de incidentes.

El hecho de que no se haya aprovechado el prolijo proceso de reformas legislativas para tratar de mejorar la redacción del precepto ha provocado que se sigan reproduciendo las críticas en publicaciones más recientes⁵⁹⁵.

⁵⁹⁴ SERRA DOMÍNGUEZ, M. *Comentarios a la Ley Concursal*. Tomo 3. (SAGRERA TIZÓN, J.M.; SALA REIXACS, A. y FERRER BARRIENDOS, A., Coordinadores). Op. cit. Pgs. 1.914 y ss.

⁵⁹⁵ REDONDO GARCÍA, F. “Comentarios al art. 193 LC”, en *Proceso concursal* (AAVV). Sala Reixachs, A.; Alonso-Cuevillas Sayrol, J.; Machado Plazas, J.; Vila Florensa, P. (Coords.). Op. cit. Pg. 996. El autor señala que la redacción del precepto no se ha modificado y sigue siendo confusa.

LÓPEZ SÁNCHEZ, J. “Incidente concursal” en *Enciclopedia de Derecho concursal*. Tomo II. Beltrán, E.; García-Cruces, J.A. (Dirs.). Op. cit. Pgs. 1.705-1.708. *El artículo 193 LC establece, con cierta falta de precisión, que en el incidente concursal se considerarán partes demandadas aquellas contra las que se dirija la demanda y cualesquiera otras que sostengan posiciones contrarias a lo pedido por la actora. El tenor del precepto resulta llamativo porque el cauce para sustentar posiciones contrarias es la contestación a la demanda y no podrán contestar demandas quienes no hayan sido demandados... Resulta extraño que el art. 193.3 LC señale que, en la acumulación de pedimentos no coincidentes, todas las partes tendrán que contestar a las demandas a cuyas pretensiones se opongan y expresar con claridad y precisión la tutela que solicitan. La redacción es notablemente defectuosa porque al exigir a todas las partes formular contestación se impide, por un lado, apoyar la postura del actor y, por otro, no tiene sentido que en la contestación se exija que se fije con claridad y precisión la tutela que se solicita. No parece, por otra parte, que se esté haciendo referencia aquí a la reconvenición. Además, resulta llamativo que se aluda a la intervención de las partes, en un supuesto de acumulación.*

El art. 193.3 LC está redactado de una forma llamativamente atécnica.

GARNICA MARTÍN, J.F. “De las normas procesales generales y del sistema de recursos (Artículos 183-198 LC)”, en *AAVV Tratado judicial de la insolvencia*. Tomo II. Prendes Carril y Muñoz Paredes (dirs.). Op. cit. Pgs. 847-848. *La regulación de quiénes son parte en los incidentes concursales, que se efectúa en el art. 193 LC, no es muy afortunada. Es incompleta y defectuosa. Lo primero porque si bien se ocupa de quien puede ser parte demandada, no hace lo propio respecto de la parte actora, a la vez que omite decir lo que parece evidente: que el concursado y la administración concursal son parte necesaria en todos los incidentes concursales. Es defectuosa porque se limita a considerar parte demandada a aquellos contra quienes se dirige la demanda, así como cualesquiera otras que sostengan posturas contrarias*

Frente a la concepción crítica de la regulación legal de las partes del incidente, otros autores⁵⁹⁶ consideran digno de elogio el precepto del art. 193 LC, considerando que el factor común a las instituciones que la norma contempla es *la pluralidad de partes* en el incidente concursal, lo que está en consonancia con la peculiar fisionomía del concurso, que se desenvuelve con una pluralidad de sujetos personados, ya en el procedimiento, ya en cualquiera de sus secciones o piezas; y aunque es cierto que la LEC ya contiene una regulación pormenorizada de los institutos ligados a la pluralidad de partes (litisconsorcio e intervención procesal, arts. 12 a 15 LEC), no por ello se elimina la oportunidad del precepto, pues los supuestos de pluralidad de partes en el proceso civil son cuantitativamente minoritarios y, por lo general, limitado es el número de sujetos interesados en la contienda. Frente a ello, la situación que presenta el procedimiento concursal no tiene parangón, pues la pluralidad de partes le es consustancial. De ahí que el Legislador se haya visto obligado a modular determinadas cargas procesales para evitar que la aplicación de las reglas generales pudiera constituir un obstáculo insalvable al planteamiento de determinadas controversias con sólo tomar en consideración la eventual condena en costas. Paralelamente, se hace necesario exigir a las partes intervinientes la clarificación de la posición que adopten en relación con la cuestión controvertida, habida cuenta de que las posiciones ambivalentes o poco definidas entorpecen la sustanciación del incidente concursal.

Por último, considera la autora que el precepto tiene un ámbito de aplicación general: En primer lugar, es aplicable a los incidentes que se susciten en cualquier fase del procedimiento (fase común, convenio y/o liquidación), sin perjuicio de las limitaciones legales impuestas a determinados sujetos en el art. 184.1 LC; en segundo lugar, es aplicable al incidente concursal común (art. 194) y a la modalidad del “incidente concursal en materia laboral” (art. 195), si bien el carácter individual de las acciones ejercitadas en este último es poco proclive a que se

a lo pedido por la actora. Esta forma de afrontar la condición de parte demandada es doblemente defectuosa: (i) por un lado, acoge un concepto formal de parte que era innecesario llevar a la LC, por evidente; (ii) por el otro, porque a renglón seguido parece contradecir ese criterio con otro netamente distinto, sin expresar si se refiere (como parece) a los intervinientes o a quienes se hayan significado previamente en el proceso con posturas contrarias a la petición que justifica el incidente.

En realidad, el problema es que no se sabe bien lo que es está queriendo regular en el art. 193 LC, si la legitimación para ser parte o meramente quiénes ostentan el status formal de parte. Parece que más bien sea esto segundo exclusivamente, lo que probablemente era innecesario, porque bastaban con las normas de la LECiv para ello. Por otra parte, en los diversos apartados de ese precepto se pueden encontrar atisbos de instituciones muy distintas entre sí, tales como las relativas al estatuto formal de parte, a la legitimación como parte o a la legitimación para intervenir y las consecuencias de la intervención. Todo ello contribuye a la impresión general de que el precepto deja mucho que desear, que no regula bien lo que debiera y regula lo innecesario.

⁵⁹⁶ SENÉS MOTILLA, C. *Comentarios de la Ley Concursal*. Tomo II. (Rojo, A.; Beltrán, E.). Op. cit. Pgs. 2.907 y 2.908.

planteen situaciones litisconsorciales. Finalmente, aunque la redacción del precepto está pensada para la sustanciación de la primera instancia del incidente, ello no obsta la aplicación del régimen general de la intervención respecto de la sustanciación de la segunda instancia y los recursos extraordinarios (por efecto de lo dispuesto en el art. 13 LEC).

A) *Demandante, o parte actora, como parte principal*

La condición de parte actora no plantea mayores problemas, pues la ostenta quien insta o promueve el incidente concursal suscribiendo la demanda, a través de la cual ejercita, ante el Juez del concurso, el derecho de acción e interpone la pretensión (ejercitando las acciones que le correspondan, impugnando las resoluciones que le afecten o bien instando la resolución de una determinada cuestión).

En los incidentes cuya competencia haya sido absorbida por el Juez del concurso (art. 50 LC), la legitimación para instarlas se acomoda a las reglas generales aplicables a los diversos procesos.

En las cuestiones propiamente incidentales, la legitimación no se limita a las partes comparecidas en el proceso concursal sino a todos aquellos que podrían estarlo, así como a los que son parte necesaria, de acuerdo con lo establecido en el art. 184 LC (deudor y Administración concursal, fundamentalmente)⁵⁹⁷.

Como la regulación contenida en el art. 193.1 LC nada prevé sobre la capacidad y la legitimación de la parte actora, la concurrencia de estos presupuestos procesales deberá establecerse en función de las normas generales de aplicación, así como de las especiales que se contienen a lo largo del articulado de la LC, de la que constituyen claros ejemplos las relativas a la recusación de los Administradores concursales (art. 32.1 LC), la anulación de los actos del deudor que contravengan las limitaciones impuestas en el auto de declaración de concurso (art. 40.7 I LC), la responsabilidad de los administradores, auditores o liquidadores del deudor persona jurídica (art. 48. quáter LC), el ejercicio de acciones rescisorias y demás de impugnación (art. 72.1 LC), la impugnación del inventario o de la lista de acreedores (art. 96.1 LC), la oposición a la aprobación judicial del convenio (art. 128.1 II, 2 y 3 LC) y la declaración de su incumplimiento (art. 140.1 LC).

⁵⁹⁷ GARNICA MARTÍN, J. F. *Derecho concursal práctico. Comentarios a la Nueva Ley Concursal*. Fernández Ballesteros, M. A. (Coord.) Op. cit. Pg. 860.

Cabe entender, por tanto, que la demanda determinará quiénes son originariamente la parte actora o partes actoras⁵⁹⁸.

Para poder instar un incidente concursal no se establece ninguna regla concreta alusiva a la legitimación. La cuestión estriba, por tanto, en determinar si hace falta tener un interés legítimo concreto en la tutela pretendida o basta con estar personado como parte en el procedimiento o personarse al demandar. GARNICA MARTÍN⁵⁹⁹ distingue en función de quién sea el instante del incidente en cuestión. En este sentido, si quien interpone el incidente es la Administración concursal no cabe duda de que basta con ese interés general abstracto, que se supone que tutela a través de todos sus actos. Cuestión distinta es cuando los incidentes los instan el concursado o bien terceros, sean acreedores o no. Para que exista legitimación en estos casos, la jurisprudencia está considerando que hace falta un interés legítimo en el instante del incidente, interés que ha debido expresarse en el propio escrito de demanda⁶⁰⁰.

⁵⁹⁸ REDONDO GARCÍA, F. "Comentarios al art. 193 LC", en *Proceso concursal* (AAVV). Sala Reixachs, A.; Alonso-Cuevillas Sayrol, J.; Machado Plazas, J.; Vila Florensa, P. (Coords.). Op. cit. Pg. 997. En el mismo sentido, MASCARELL NAVARRO, M. J. "El incidente concursal". *Práctica de Tribunales*. Op. cit. Pg. 17.

⁵⁹⁹ GARNICA MARTÍN, J.F. "De las normas procesales generales y del sistema de recursos (Artículos 183-198 LC)", en AAVV *Tratado judicial de la insolvencia*. Tomo II. Prendes Carril y Muñoz Paredes (dirs.). Op. cit. Pg. 850. En el mismo sentido, DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El incidente concursal*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2012. Pg. 78.

⁶⁰⁰ AAP Madrid, Sección 28ª, de fecha 4/12/2008 (recurso 85/2008), ponente Ilmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena, Razonamiento Jurídico Segundo: «Coincide la Sala con lo manifestado por la recurrente, en sintonía con lo declarado por la doctrina, sobre la amplitud con la que el art. 96.1 de la Ley Concursal reconoce la legitimación para impugnar el inventario y la lista de acreedores del informe de la administración concursal. Pero esa amplitud no puede llevar a un extremo tal que cualquiera pueda impugnarlos invocando la conveniencia de que el informe de la administración concursal "se muestre lo más fiel y exacto posible" o invocando el interés de otros intervinientes en el proceso concursal, pues ello llevaría al reconocimiento de una especie de acción pública o acción popular por la que cualquiera podría impugnar el inventario o la lista de acreedores.

En opinión de la Sala, la expresión "cualquier interesado" ha de considerarse una expresión más amplia que la de "titular de un derecho subjetivo" y que la de "titular de un interés directo". Pero ha de tratarse de un sujeto de derecho con un interés propio, que no puede identificarse con un interés en la defensa abstracta de la corrección del informe ni con la defensa de intereses ajenos.

La cita que se hace en el recurso de diversos trabajos doctrinales y resoluciones judiciales sólo justifica que haya de considerarse, en abstracto, al concursado como uno de los posibles legitimados para la impugnación del inventario y de la lista de acreedores. Pero esa aptitud potencial o abstracta para ser uno de los legitimados en la impugnación exige, para convertirse en una aptitud real y efectiva que le dote de la oportuna legitimación, un añadido: que los extremos objeto de impugnación supongan, para el impugnante, algún tipo de perjuicio o gravamen, aunque no sea necesariamente directo, real y actual, sino también, como consecuencia de la amplitud de la expresión utilizada, indirecto, potencial o futuro.»

En el mismo sentido, entre otras, SAP Barcelona, Sección 15ª, de fecha 28/04/2015 (recurso 569/2010), ponente Ilmo. Sr. D. Juan Francisco Garnica Martín, Fundamento Jurídico Tercero: «3. Para lo que no goza de legitimación activa la concursada es para la acción de separación del importe de estos créditos cobrados por la administración concursal después de la declaración de concurso e incluidos en el inventario, pues para ello se precisa de un interés legítimo que sólo corresponde a quien comparezca afirmándose cesionario de los créditos.»

En un esfuerzo de concreción se señala que parte demandante sólo podrá serlo quien ostente la condición tanto de parte necesaria, como de parte contingente, en el concurso con arreglo a lo establecido en el art. 184 LC, con independencia de que ya esté personada o de que realice en ese momento su personación a los efectos de deducir su pretensión incidental, como titular de un interés legítimo⁶⁰¹.

B) *La demandada como parte principal*

La Ley mantiene una concepción amplia del concepto de parte demandada, considerando como tal no sólo a los sujetos contra los que se dirija la demanda, sino también a cualesquiera otros que sostengan posiciones contrarias a la actora. Se opera, de esta forma, una extensión legal de la condición de demandado en el incidente concursal. En consonancia con dicha amplitud, el art. 194.3 LC previene expresamente tras la admisión de la demanda, el emplazamiento a las demás partes personadas⁶⁰².

De acuerdo con la dicción legal del art. 193.1 LC, demandado podrá ser:

i) El sujeto o sujetos frente a los que se dirija la demanda, sea o no parte en el proceso concursal. Aunque normalmente serán la Administración concursal y el deudor concursado, siendo igualmente frecuente que se trate de partes ya personadas en forma en el proceso concursal, en otros casos no sucederá así —piénsese en las nuevas demandas sustanciadas ante el Juez del concurso por efecto de lo dispuesto en el artículo 50 LC, que se dirijan contra el concursado y otras personas intervinientes en la relación jurídica de la que traigan causa-.

Todos los demandados quedan sujetos a la carga de contestar a la demanda. Pero los demandados no personados quedarán sujetos, además, a la previa carga de comparecer en forma en las actuaciones bajo pena de ser declarados en rebeldía. Sin embargo, los demandados ya personados en el proceso concursal, técnicamente no deberían ser declarados en rebeldía aunque no contestaran, pues su falta de contestación implicará únicamente la pérdida de tal expectativa procesal,

⁶⁰¹ SENENT MARTÍNEZ, S. Comentarios al art. 193 LC, en AAVV MACÍAS CASTILLO, A. y JUEGA CUESTA, R. (Coord.) *Ley Concursal Comentada*. Op. cit. Pg. 647.

⁶⁰² ASTRAY CHACÓN, M. P., en *Comentarios a la Legislación Concursal* (AAVV. Coordinador, PALOMAR OLMEDA, A.). Op. cit. Pgs. 1.228 y 1.229.

si bien podrán intervenir en un momento posterior del juicio, si a su derecho conviniere⁶⁰³.

ii) El art. 193.1 extiende la condición de parte demandada a cualesquiera otros (frente a los que no se ha dirigido inicial y expresamente la demanda incidental) que sostengan posiciones contrarias. Lo importante, en todo caso, no es que hayan sostenido sino que *sostengan* posiciones contrarias a lo pedido por la actora⁶⁰⁴. La precisión legal del art. 193.1 LC, en sí misma correcta en la medida en que parece aludir a la figura del codemandado, no contribuye, sin embargo, a delimitar la figura del codemandado de la del coadyuvante a que se refiere el apartado siguiente del precepto⁶⁰⁵, y cuyo estudio se abordará en el siguiente epígrafe de este trabajo.

Así pues, la delimitación de la parte pasiva en el incidente concursal no depende únicamente de la voluntad del actor explicitada en la demanda (art. 194.1 LC y 399.1 LEC). En la determinación de la parte pasiva será jurídicamente relevante el contenido material de la intervención de sujetos distintos de los formalmente demandados (resistencia). La razón de ser de la norma radica en clarificar el estatuto procesal de sujetos distintos del actor y demandado originarios. En este sentido, la Ley contiene previsiones concretas que suponen el interés en la intervención (por ejemplo, en relación con la calificación del concurso —art. 168 LC- o la conclusión del procedimiento -art. 176.2 y 5 LC-⁶⁰⁶; a ellos cabría añadir las demandas de rescisión y demás acciones de impugnación, que deberán dirigirse contra el deudor y contra quienes hayan sido parte en el acto impugnado —art. 72.3 LC-). En todos estos casos en los que, por tener que dirigirse la demanda no sólo frente al deudor, sino también frente a algún otro sujeto hasta entonces ajeno al concurso, el traslado de dicho acto procesal de postulación al demandado y a las demás partes personadas en el concurso puede resultar insuficiente para la válida constitución de la relación jurídico-procesal⁶⁰⁷.

⁶⁰³ ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. "El incidente concursal" en *Revista Jurídica de Cataluña. Lei Concursal*, Número 4, monográfico. Año CIII. Op. cit. Pgs. 277 y 278. ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., en *Nueva Ley Concursal. Ley 22/2003, de 9 de julio. Comentarios, jurisprudencia aplicable y formularios*. (AAVV. Coordinadores SALA, A.; MERCADAL, F.; ALONSO-CUEVILLAS, J.). Op. cit. Pg. 814.

⁶⁰⁴ HERRERO PEREZAGUA, J. F. *Comentarios a la Ley Concursal. Volumen II*. (AAVV., Director BERCOWITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.). Op. cit. Pg. 1.947.

⁶⁰⁵ CORDÓN MORENO, F. *Proceso concursal*. Op. cit. Pg. 225. En el mismo sentido, LÓPEZ YAGÜES, V., en *Ley Concursal. Comentarios, jurisprudencia y formularios*. Tomo II. (AAVV, GALLEGO SÁNCHEZ, E., Coord.). Op. cit. Pg. 875.

⁶⁰⁶ SENÉS MOTILLA, C. *Comentarios de la Ley Concursal*. Tomo II. (Rojo, A.; Beltrán, E.). Op. cit. Pg. 2.809.

⁶⁰⁷ DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El incidente concursal*. Op. cit. Pg. 81.

Puesto que todas las partes personadas en el concurso son emplazadas tras admitirse a trámite la demanda incidental, el hecho de contestar a la demanda quien no fue demandado en un principio se traduce en la manifestación de la resistencia a la pretensión, por lo que tanto desde un punto de vista formal (contestación) como material (sostenimiento de una posición contraria a la de la actora) confieren al sujeto que así actúa la condición de demandado⁶⁰⁸.

Respecto a quienes son parte en el proceso concursal, el hecho de que la demanda no se dirija frente a ellos no supone merma del derecho de defensa, por cuanto que de la misma se da traslado a todas las partes personadas para que contesten y con ello queda suficientemente garantizado tal derecho; el problema se plantea respecto a quienes no se han personado en el concurso o, incluso, respecto a terceros que pudieran verse afectados (*“cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente”* y sólo se hubiera demandado a algunos —art. 12.2 LEC—), ya que en tales casos sí cabría hablar de falta de litisconsorcio pasivo, apreciable tanto de oficio como a instancia de parte, que de no subsanarse impediría la continuación del incidente⁶⁰⁹ sin enjuiciamiento de la cuestión de fondo. La concurrencia de una defectuosa constitución de la relación jurídico-procesal por falta de determinación de algún demandado no debe traducirse, cual sucedería si se llevase a cabo una interpretación literal del art. 193.1 LC, en la exigencia para el actor de que demande a toda persona o entidad a la que afecte directa o indirectamente la tutela pretendida, lo cual resulta una carga excesiva a todas luces.

La carga del actor de identificar a los sujetos frente a los que se dirige la demanda debe, pues, experimentar un cierto aligeramiento. La preterición de alguno de ellos no eslabona los efectos propios de la irregular constitución de la litis, ya que al demandado indebidamente omitido, si se haya personado en el concurso, se le habrá dado traslado de la demanda y con ello habrá disfrutado de la oportunidad de ser oído y, en consecuencia nada obsta a que le alcancen los efectos de la sentencia que se dicte. Si se estimara que se ha incurrido en una falta de litisconsorcio, lo procedente sería conceder un plazo al actor para que pueda dirigir la demanda frente a los inicialmente omitidos; y ese efecto subsanador ya ha sido logrado con el traslado de la demanda antes

⁶⁰⁸ HERRERO PEREZAGUA, J. F. *Comentarios a la Ley Concursal. Volumen II.* (AAVV., Director BERCOWITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.). Op. cit. Pg. 1.947.

⁶⁰⁹ ROCA MARTÍNEZ, J., en *Estudios de Derecho Concursal.* (AAVV., Director PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J.). Op. cit. Pg. 689.

referido respecto de los personados. Aunque aligeramiento no equivale a exoneración⁶¹⁰.

La atenuación de la carga identificativa del actor es correlativa a la amplitud y vaguedad del precepto «*quienes sostengan posturas contrarias a lo pedido por la actora*», y se justifica en la conveniencia de no colocar al instante del incidente en la difícil e incómoda posición de tener que indagar quiénes sean todos los legitimados pasivamente. Lo razonable es entender que se debe demandar únicamente a aquellos que, formalmente, se hayan significado en la defensa de esas posturas contrarias a lo interesado⁶¹¹. En este sentido parece entenderlo la denominada jurisprudencia menor, considerando que lo que quiere decir el precepto del art. 193.1 LC no es que se deba demandar a toda persona a la que pueda afectar la resolución, sino que permite la personación, como demandados en el incidente, de aquellas personas a las que pueda afectar dicha resolución⁶¹².

Como corolario de lo anterior, puede entenderse que, en el incidente concursal, el concepto de parte demandada no se construye en torno a la titularidad pasiva de la pretensión objeto del proceso, por lo que no resulta preciso hacer concretas peticiones declarativas o de condena frente a alguien para poderle atribuir la condición de parte en un incidente concursal, sino que basta que pueda conocerse que lo resuelto en el mismo le puede afectar directa o indirectamente, siendo este concepto o idea de interés legítimo el que verdaderamente articula el

⁶¹⁰ HERRERO PEREZAGUA, J. F. *Comentarios a la Ley Concursal. Volumen II.* (AAVV., Director BERCOWITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.). Op. cit. Pg. 1.947.

⁶¹¹ GARNICA MARTÍN, J. F. *Derecho concursal práctico. Comentarios a la Nueva Ley Concursal.* Fernández Ballesteros, M. A. (Coord.) Op. cit. Pg. 861.

⁶¹² SAP Salamanca, Sección 1ª, de fecha 19/12/2011 (recurso 593/2011), ponente Ilmo. Sr. D. Ildfonso García del Pozo, Fundamento de Derecho Cuarto: «[...], no parece que el referido precepto pueda entenderse en el sentido de que se exija al demandante en un incidente concursal demandar a cuantas otras personas puedan sostener posiciones contrarias a lo por él pretendido en el incidente, sino que tal precepto lo que establece es que tales personas podrán personarse en el incidente, teniendo en tal caso la condición de auténtica parte demandada, en situación similar a la que ya se establece para supuesto semejante en el artículo 13.2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

[...]

En consecuencia, y como señaló la SAP. de Cuenca de 23 de enero de 2.003, las situaciones de afectación por la resolución judicial a quienes no fueron oídos y de impedir resoluciones contradictorias sólo se dan respecto a los terceros intervinientes directamente en la relación jurídico-material debatida, pero no respecto a aquellos otros a los que sólo les afecta de una forma indirecta, refleja, mediata o prejudicial por simple conexión (STS. de 25 de abril de 2.000), pues no son litisconsortes necesarios todos aquellos que puedan venir relacionados con la sentencia que se pronuncia de modo reflejo (STS. de 7 de noviembre de 2.000), dado que dicha excepción se produce cuando en virtud de un vínculo que une a una persona con la relación jurídico material objeto del pleito se produce la consecuencia de que necesariamente le ha de afectar, derivando la misma de vinculaciones subjetivas resultantes de los derechos deducidos en juicio, precisando por ello demandar a todos los sujetos cuyos derechos se integran en la relación jurídica de derecho material que se debate (STS. de 22 de febrero de 2.000).»

Así se sostiene por HURTADO YELO, J.J. "Problemas de legitimación en el incidente concursal". www.elderecho.com. Parte civil, de fecha 16/09/2014. El Derecho Editores. Pg. 2.

concepto de legitimación pasiva en el procedimiento incidental de la Ley Concursal. Se habrá de distinguir, en tal caso, entre el titular de los derechos afectados por el pronunciamiento, ante quien se ejerciten concretas pretensiones, y que se puede considerar parte demandada necesaria; y los posibles afectados por la resolución, a los que habría que considerar parte pasiva facultativa, correspondiéndole al demandante su elección⁶¹³.

En consonancia con lo que se viene exponiendo, en el incidente concursal no se produce una mera identificación formal de las partes demandadas por lo que se señale en la demanda, sino que el Tribunal debe realizar una valoración de aquellas partes que deban considerarse, de acuerdo con el art. 193.1 LC, demandados, bajo el requisito de que su interés, además de ser directo, esté manifestado en el procedimiento concursal de algún modo, según sea el objeto del incidente⁶¹⁴.

La condición de demandado comporta estar en el proceso con plenitud de derechos, cargas, deberes y responsabilidades procesales. Gozará, sin limitación alguna, de las posibilidades de alegación, prueba e impugnación, en su caso.

Sin perjuicio de que el deudor y la Administración concursal serán reconocidos siempre como parte, sin necesidad de comparecencia en forma, el mismo deudor (para actuar), y cualesquiera otros que tengan interés en el concurso, podrán comparecer siempre que lo hagan representados por Procurador y asistidos de Letrado. Esto se entiende sin perjuicio de lo establecido para la representación y defensa de los trabajadores en la Ley de Procedimiento Laboral, incluidas las facultades atribuidas a los graduados sociales y a los sindicatos (art. 184.2, 4 y 6 LC).

C) *La intervención de terceros*

Dispone el art. 193.2 LC que cualquier persona comparecida en forma en el concurso podrá intervenir en el incidente concursal, con plena autonomía, coadyuvando con la parte que lo hubiera promovido o con la contraria.

⁶¹³ GARNICA MARTÍN, J.F. “De las normas procesales generales y del sistema de recursos (Artículos 183-198 LC)”, en AAVV *Tratado judicial de la insolvencia*. Tomo II. Prendes Carril y Muñoz Paredes (dirs.). Op. cit. Pg. 851.

⁶¹⁴ SENENT MARTÍNEZ, S. Comentarios al art. 193 LC, en AAVV MACÍAS CASTILLO, A. y JUEGA CUESTA, R. (Coord.) *Ley Concursal Comentada*. Op. cit. Pgs. 647 y 648.

Actuar en el proceso con plena autonomía es tanto como hacerlo sin merma de los derechos y facultades procesales que brinda a ley a los litigantes, es decir, con la condición de parte.

El verbo “coadyuvar”, en cambio, se presta a confusión, al designar en nuestro derecho tradicional (LEC de 1881) la posición del anterior interviniente adhesivo simple, que tenía sus facultades procesales mermadas, limitándose a ingresar en el proceso con la única finalidad de contribuir a la victoria de una de las partes, por ser titular de un interés jurídico que se beneficiaría con ese resultado favorable, y a quien no le alcanzaba el efecto de cosa juzgada.

Un sector de la doctrina⁶¹⁵ entiende que la “*plena autonomía*” a la que se refiere el precepto lo es para decidir si interviene o no en el concreto incidente, y si lo hace en tal caso coadyuvando a la parte actora o a la parte demandada. Pero esa “*plena autonomía*” no significa ni que el interviniente pueda formular pretensiones distintas, ni que se otorguen al coadyuvante facultades de disposición sobre el objeto del proceso que sólo tienen los originarios actores y demandados del incidente concursal, no pudiendo ampliar el objeto del proceso ni recuperar expectativas procesales ya precluidas.

Sin embargo la generalidad de la doctrina⁶¹⁶ entiende que la contradicción denunciada ha de resolverse acudiendo a lo preceptuado en el art. 13.1 LEC (de aplicación supletoria, al tenor de la Disposición final 5ª LC), que garantiza el estatuto de parte procesal a cualquier sujeto que acredite un interés directo y legítimo en el resultado del pleito, prescindiendo de la tradicional nota de dependencia. En virtud del empleo de la expresión “*plena autonomía*” este coadyuvante podrá defender las pretensiones formuladas por su litisconsorte (o las que él

⁶¹⁵ ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. “El incidente concursal” en *Revista Jurídica de Cataluña. Llei Concursal*, Número 4, monográfico. Año CIII. Op. cit. Pg. 278. Ver nota 30, pág. 815. ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., en *Nueva Ley Concursal. Ley 22/2003, de 9 de julio. Comentarios, jurisprudencia aplicable y formularios*. (AAVV. Coordinadores SALA, A.; MERCADAL, F.; ALONSO-CUEVILLAS, J.). Op. cit. Pg. 815. En el mismo sentido, REDONDO GARCÍA, F. “Comentarios al art. 193 LC”, en *Proceso concursal (AAVV)*. Sala Reixachs, A.; Alonso-Cuevillas Sayrol, J.; Machado Plazas, J.; Vila Florensa, P. (Coords.). Op. cit. Pg. 997. También, LÓPEZ DEL MORAL ECHEVERRÍA, J. L., en *Comentarios a la legislación concursal*. Tomo III. (Directores SÁNCHEZ-CALERO, J.; GUILARTE GUTIÉRREZ, V.). Editorial Lex Nova, S.A. Valladolid, 2004. Pgs. 3.130 y 3.131.

⁶¹⁶ HERRERO PEREZAGUA, Juan F. Ver nota 33. Pág. 1.948 y 1.949. GARNICA MARTÍN, Juan. Ver nota 32. Pág. 861. SENÉS MOTILLA, Carmen. Ver nota 3. Pág. 2.809 y 2.810. SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. Ver nota 16. Pág. 1.916. ROCA MARTÍNEZ, José. Ver nota 34. Pág. 690. YÁÑEZ VELASCO, Ricardo, “Título VIII: Normas procesales y Sistema de Recursos”. *Revista Economist & Jurist, Concursal*. Octubre de 2005. Pág. 105. ASTRAY CHACÓN, María Pilar. Ver nota 26. Pág. 1.230. CORDÓN MORENO, Faustino. Ver nota 13. Pág. 225. DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel. Ver nota 28. Pág. 265. MAGRO SERVET, Vicente. Ver nota 53, pág. 596. MASCARELL NAVARRO, M. J. “El incidente concursal”. Op. cit. Pg. 18. ETXARANDIO HERRERA, E.J. *Manual de Derecho Concursal*. Segunda Edición. Op. cit.

mismo formule), no se verá afectado por los actos de disposición sobre el objeto del proceso de su litisconsorte, podrá efectuar las alegaciones que estime necesarias para su defensa sin retroceder en el procedimiento, así como formular recursos.

Ha de entenderse, por tanto, que la intervención que contempla la LC en el incidente concursal, pese a su notable imprecisión técnica, es la del auténtico interviniente litisconsorcial, que se erige en una auténtica parte principal y, por consiguiente, está legitimada para conformar, junto con los demás litisconsortes, el objeto procesal⁶¹⁷.

A diferencia de la posición doctrinal expuesta, la jurisprudencia menor no resulta tan categórica e introduce algunas precisiones a las posibilidades procesales de los intervinientes, una vez admitida su actuación procesal en el correspondiente incidente⁶¹⁸.

⁶¹⁷ DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El incidente concursal*. Op. cit. Pg. 88.

⁶¹⁸ SAP Madrid, Sección 28ª, de fecha 5/03/2010 (recurso 41/2010), ponente Ilmo. Sr. D. Ángel Galgo Peco, Fundamento de Derecho Segundo: *«Así las cosas, debemos concluir que si la concursada pretendía cualquier modificación de la lista de acreedores extraña a la solicitada en el escrito iniciador del expediente, debió interesarla formulando temporáneamente la correspondiente demanda incidental, pero no en la forma en que lo hizo, pues ni aun reconociéndosele la condición de coadyuvante de la parte impugnante capaz de intervenir "con plena autonomía" en el incidente, conforme se reconoce en el artículo 193.2 de la Ley, podría ello interpretarse en el sentido de desconocer y dejar de aplicar al caso los preceptos que expresamente regulan la impugnación de la lista de acreedores.»*

SAP Barcelona, Sección 15ª, de fecha 28/09/2010 (recurso 206/2010), ponente Ilmo. Sr. D. Juan Francisco Garnica Martín, Fundamento Jurídico Cuarto: *«Para dar respuesta a la cuestión que se suscita en este motivo del recurso es preciso hacer algunas consideraciones previas. La primera de ellas es que, a pesar de la equívoca disposición legal del Art. 193.2 LC que utiliza la expresión "coadyuvando" para designar la actividad que puede realizar el interviniente en un incidente concursal, el Legislador también es claro al afirmar que "con plena autonomía", de manera que la intervención de la Ley Concursal atribuye al interviniente el mismo estatuto que a la parte y le inviste de sus mismos poderes, tal y como resulta de lo que se establece en el Art. 13.3 LEC. Ahora bien, de ello no se deriva que nuestro Legislador haya pretendido permitir que el tercero que interviene en la posición de demandante pueda llegar a formular una nueva demanda o a modificar siquiera la del demandante originario. Es decir, el tercero interviniente no ostenta la potestad de modificar el objeto del proceso, sea incorporando nuevas pretensiones o bien apartándose de la causa de pedir definida por el actor originario. De manera que la "plena autonomía" de que se habla en la norma antes mencionada se refiere a la posibilidad de formular alegaciones e introducir medios de prueba. Esto es, a utilizar todas las oportunidades de defensa que se le ofrecen al actor originario, lo que no incluye la modificación del objeto del proceso.»*

Sólo así se puede entender el proceder que siguió el Juzgado que no dio al demandado una nueva oportunidad de contestación sino que ante la intervención se limitó a señalar la oportuna vista. Por consiguiente, no sometió a plena contradicción lo expuesto en el escrito del interviniente. Y haciéndolo así actuó correctamente porque un principio esencial que rige en materia de intervención voluntaria es el de que el interviniente acepta el estado del proceso en el momento en el que interviene, que no puede retrotraerse (art. 13.3 LEC). De manera que, igual que para el actor originario está vedado modificar su demanda, también lo está para el interviniente. Lo que no deja de ser lógico pues en otro caso podría dar pie a situaciones de abuso consistentes en utilizar la figura de la intervención para rectificar la demanda una vez conocida la línea de defensa empleada por el demandado al contestarla. Si el ordenamiento procesal permitiera esa posibilidad el efecto sería completamente perverso y el proceso dejaría de ser un instrumento equilibrado.»

Ahora bien, a diferencia de lo previsto en el citado art. 13 LEC, que exige al tercero acreditar un interés directo y legítimo para poder intervenir en el proceso ya iniciado, la Ley Concursal acepta como presupuesto de intervención que el sujeto se haya personado en el procedimiento de conformidad con las normas generales (art. 184.1 y 6 LC), de ahí que el art. 193.2 LC suponga implícitamente el interés legítimo de los sujetos comparecidos en el concurso distintos de las partes⁶¹⁹. Quedan a salvo, en todo caso, las limitaciones impuestas a

⁶¹⁹ SAP Pontevedra, Sección 1ª, de fecha 15/12/2009 (recurso 730/2009), ponente Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Valdés Garrido, Fundamento de Derecho Tercero: *«Es obvio que cuando este precepto regula el obligatorio emplazamiento de las partes personadas, se refiere a las personadas en el proceso concursal, pues en el incidente recién iniciado es claro que el único personado es el propio demandante. Así las cosas, los acreedores comparecidos en forma en el concurso no tienen que solicitar su intervención en el incidente utilizando el trámite del art. 13 de la LEC, sino que es el Juzgado el que tiene la obligación de emplazarles dándoles la oportunidad de comparecer en el incidente y de contestar a la demanda si a su derecho conviene, o de adoptar en el mismo la posición que estimen oportuna, coadyuvando ya con la parte que lo hubiese propuesto ya con la contraria. En el proceso concursal el acreedor no tiene que acreditar ningún interés legítimo para ser parte en el incidente.*

El interés se le presume, pues es evidente que tal interés existe dada su condición de acreedores concursales personados en los autos principales del proceso.»

En relación con la posición de coadyuvante del propio concursado en el incidente concursal, podemos citar la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número Uno de los de Madrid, de fecha 5/07/2005, Ponente Ilmo. Sr. D. Antoni Frigola i Riera, que incide sobre un caso en el que la concursada alega su falta de legitimación pasiva en un incidente promovido por un acreedor del concurso para la impugnación de la lista de acreedores. La cuestión a resolver es si a la entidad concursada le corresponde la calificación de demandada, o si por el contrario no debe tener tal condición sin perjuicio de que pueda comparecer como coadyuvante, con base en que dirigiéndose la impugnación contra un documento en cuya formación no ha intervenido –la lista de acreedores– la legitimada para ser demandada en el referido incidente debe ser sólo quien ha confeccionado el documento impugnado, es decir, la Administración concursal. Se ofrece un extracto de los argumentos de la Sentencia, recogidos de su Fundamento de Derecho Primero:

“No parece que quepa discusión sobre la condición de demandada que a la Administración concursal corresponde en el incidente concursal de impugnación de la lista de acreedores, precisamente por su autoría en la confección de la misma. La cuestión es quién más debe actuar necesariamente como demandado. La duda deriva de la redacción del artículo 193 LC sobre este punto, ya que por un lado el apartado 1 califica como demandados a todos los intervinientes en el incidente que sostengan posiciones contrarias a la demandante, mientras que el apartado 2 prevé la posibilidad de que los interesados puedan comparecer en el incidente como coadyuvantes no sólo de quien haya promovido el incidente, sino también de la contraria. Sin embargo, no puede olvidar la concursada que la confección de la lista de acreedores es una función que afecta directamente a su patrimonio. Con la confección de la lista de acreedores se determina su pasivo, en definitiva, el quantum de la deuda de la concursada. Por tanto, es un acto que afecta directamente a su patrimonio... el principal afectado por la inclusión de un nuevo crédito en la lista de acreedores, o del incremento del quantum de cualquier crédito no es la Administración concursal sino el deudor concursado, quien en definitiva deberá satisfacer de su patrimonio tales deudas.

Es reiterada la doctrina jurisprudencial que establece que debe ser necesariamente llamado al juicio como demandado aquel interesado en la relación jurídica litigiosa, con el fin de evitar que pueda resultar afectado por la resolución judicial quien no fue oído y vencido en juicio... Con este llamamiento a título de demandado se preserva, según la STS (Sala 1ª) de 22 de enero de 2004 «el principio de audiencia, se proscriben la indefensión y, en definitiva, se respeta el derecho a la tutela judicial efectiva, que proclama el artículo 24 de la Constitución». Por tanto el deudor tiene en el incidente de impugnación de la lista de acreedores la condición de demandado. De distinta manera parece que habría de tratar al resto de acreedores del concursado para quienes los efectos de la resolución judicial que recaiga en el incidente de impugnación de la lista de acreedores tendrá efectos reflejos, por una simple conexión, o porque la relación material sobre la que se produce la declaración le afecta simplemente con carácter prejudicial...”.

determinados sujetos *ratione materia* (v.gr., la intervención del Ministerio Fiscal se limita a la sección de calificación).

En otro caso, quien decida intervenir en el incidente sin ser parte en el concurso, podrá ser admitido previa acreditación de su interés directo y legítimo, resolviendo el Juez por medio de auto, previa audiencia de las partes personadas en el incidente.

Una vez admitida la actuación del interviniente, el régimen procesal de la misma se ajustará a las reglas previstas en el art. 13 LEC, es decir:

- la no suspensión del procedimiento,
- la no retroacción de las actuaciones,
- la plenitud de posibilidades procesales y
- la utilización de los recursos procedentes.

D) *La acumulación de demandas con pluralidad de partes*

El artículo 193.3 LC singulariza el supuesto de acumulación de demandas con pretensiones no coincidentes, subordinando la actuación procesal de todas las partes que intervengan al cumplimiento de las cargas de “*contestar a las demandas a cuyas pretensiones se opondrán*”, así como de “*expresar con claridad y precisión la tutela concreta que soliciten*”.

La Ley se refiere a la acumulación de demandas, pero sin precisar en qué supuestos procederá la acumulación, ni qué trámites han de seguirse para acordarla. Y sigue sin hacerlo después de las dos grandes reformas que ha experimentado. El silencio obligará a acudir a lo dispuesto en la LEC, art. 76, de aplicación supletoria (Disp. Final Quinta LC). Aunque hay quien entiende que procede acudir al principio de flexibilidad procedimental, inspirador del procedimiento concursal,

Exactamente sobre la misma cuestión, pero con resultado diverso, se pronuncia la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº Tres de Barcelona, de fecha 27/02/2006, Ponente Ilmo. Sr. D. José María Fernández Seijo, la cual, en el apartado 3) del Fundamento de Derecho Cuarto efectúa las siguientes consideraciones:

“La posición de la concursada en el incidente derivado de la impugnación del informe no es asimilable de modo automático a la posición de un demandado en un proceso declarativo, el concursado está legitimado activamente para impugnar pero en cuanto a su legitimación pasiva la cuestión es dudosa ya que no es la autora material del informe y su posición en estos incidentes no debe ser la del mero demandado sino la de un coadyuvante que pueda, indistintamente, tener interés en mantener las tesis de la administración concursal o del impugnante”.

manteniendo la total libertad del Juez del concurso para acordar según convenga o no en cada caso, ya sea de oficio o a instancia de parte, la eventual acumulación, o no, de las distintas demandas incidentales de pretensiones no coincidentes en un único proceso incidental⁶²⁰.

Se trata de supuestos en los que únicamente habrá una conexión subjetiva, sin que los objetos de los diversos incidentes promovidos y cuya acumulación se solicitan coincidan en su *petitum*.

El fundamento de la acumulación debe encontrarse en la economía procesal, permitiendo el debate de las cuestiones homogéneas en un mismo incidente concursal⁶²¹. El propósito de la Ley es excluir posiciones ambivalentes de las partes procesales que, de admitirse, dificultarían la tramitación del incidente y la extensión de los efectos de la sentencia. Parece que también se propone excluir del incidente concursal partes parasitarias, que se limiten a comparecer expectantes en el proceso, sin realizar concretas peticiones de tutela. Se persigue que las distintas partes, demandadas e intervinientes, clarifiquen su posición respecto de cada pretensión ejercitada, evitando esas intervenciones dilatorias o sin interés alguno. En definitiva, lo que quiere el legislador es que únicamente intervengan quienes tengan concretas pretensiones que hacer valer.

Aunque no se ha mantenido en el texto definitivo de la Ley la referencia del proyecto a la acumulación de oficio de demandas incidentales planteadas por distintas partes respecto a una misma cuestión, ello debe admitirse, ya que si la Ley admite la acumulación cuando los pedimentos no resultan coincidentes, con más razón debe admitirse cuando se refieran a la misma cuestión⁶²². Por otra parte, hay supuestos en que la propia Ley permite (art. 96.4 LC) y hasta impone la acumulación (arts. 171 y 181.3 LC).

La Ley establece, en primer lugar, que todos los que intervengan deberán contestar a la demandas a cuyas pretensiones se opongan, si el momento de su intervención lo permitiese. Tratándose de la carga de contestar, este momento no puede ser otro que el previsto para la contestación a la demanda, valga la redundancia (el plazo de diez días previsto en el art. 194.3 LC).

⁶²⁰ REDONDO GARCÍA, F. "Comentarios al art. 193 LC", en *Proceso concursal* (AAVV). Sala Reixachs, A.; Alonso-Cuevillas Sayrol, J.; Machado Plazas, J.; Vila Florensa, P. (Coords.). Op. cit. Pg. 998.

⁶²¹ LÓPEZ SÁNCHEZ, J. "Incidente concursal" en *Enciclopedia de Derecho concursal. Tomo II*. Beltrán, E.; García-Cruces, J.A. (Dirs.). Op. cit. Pg. 1.707. DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El incidente concursal*. Op. cit. Pg. 91.

⁶²² ROCA MARTÍNEZ, J., en *Estudios de Derecho Concursal*. (AAVV., Director PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J.). Op. cit. Pg. 690.

Respecto de los demandados, la imposición de la carga de contestar a las demandas a cuyas pretensiones se opongan se justifica en la posibilidad de que resistan determinadas pretensiones y apoyen otras, pues la acumulación de demandas puede conllevar que no exista plena correlación entre actores y demandados respecto de cada demanda singular. La imprecisión del precepto se pone de manifiesto por cuanto no parece que la oposición de los demandados a las pretensiones ejercitadas pueda hacerse de otro modo que contestando. Por dicha razón se señala con acierto que no se entiende la posibilidad de que el Juez rechace de plano la intervención por el hecho de que se deje de contestar a las demandas a las que se oponga, concluyéndose que no se puede entender qué ha querido hacer el Legislador al establecer esta especial carga⁶²³.

En relación con los intervinientes la norma confirma el fundamento último de su intervención, que requiere la concurrencia de un interés legítimo y directo en el resultado del pleito. Como es posible que de los varios pedimentos formulados en las demandas acumuladas los intervinientes estén de acuerdo con algunos y discrepen de otros, carecería de sentido obligarles a formular una oposición respecto de todos ellos⁶²⁴.

Se impone también a demandados e intervinientes la carga de expresar con claridad y precisión la tutela concreta que soliciten. De nuevo se acusa la imprecisión del precepto, máxime cuando el contenido propio de la contestación a la demanda será el de resistir a la pretensión del actor. Podría entenderse que, en este punto, la Ley quiso poner de relieve la facultad que asiste a las partes de resistir determinadas pretensiones y apoyar otras.

El precepto prevé una grave sanción para el incumplimiento de las cargas anteriormente prevenidas, cual es el rechazo de plano de la intervención, con carácter irrecurrible. Ello no obstante, habrá que entender que el rechazo afectará a aquellas pretensiones respecto de las que no hayan contestado o no hayan hecho expresión concreta de tutela, pues al constatarse la falta de interés de la parte en intervenir respecto de dichas pretensiones, la sanción lógica será la exclusión de dicha intervención.

La aplicación de la norma parece categórica respecto de los demandados, pues el transcurso del traslado para contestar a la pretensión, sin que exprese posicionamiento alguno respecto de ella, da

⁶²³ GARNICA MARTÍN, J.F. "De las normas procesales generales y del sistema de recursos (Artículos 183-198 LC)", en AAVV *Tratado judicial de la insolvencia*. Tomo II. Op. cit. Pg. 853.

⁶²⁴ SENÉS MOTILLA, C. *Comentarios de la Ley Concursal*. Tomo II. (Rojo, A.; Beltrán, E.). Op. cit. Pgs. 2.810 y 2.811.

por supuesta su falta de interés, careciendo de sentido que se le admita actuación procesal ulterior al respecto. Sin embargo, precisamente por su posición de demandado, no pierde la condición de parte y, por tanto, la posibilidad de comparecer con posterioridad al emplazamiento, ya que dicha posibilidad siempre asiste al demandado (art. 499 LEC)⁶²⁵. Se añade que la potestad que asiste al Juez de rechazar «*de plano*» su intervención no puede significar más que la imposibilidad de intervenir como «*reconvinientes*» si no se oponen a la demanda y expresamente formulan una nueva y concreta pretensión, pero no su presencia en el proceso en calidad de demandado, que indudablemente conserva; no en vano, según se desprende de lo previsto en el art. 194 LC, agotado el plazo de contestación a la demanda, podrá continuar en el proceso y formular, en su caso, las alegaciones que a su interés convenga⁶²⁶. Otros autores consideran que se debe suavizar el rigor de la tutela de las cargas, de tal modo que antes de que el Juez dicte auto rechazando la intervención de los solicitantes deberá otorgar un plazo para la subsanación de defectos formales (art. 11.3 LOPJ y art. 231 LEC)⁶²⁷.

En relación con los intervinientes parece dudoso que la sanción prevista pueda impedir nuevos intentos de intervención de la propia parte, subsanando el defecto originario, ya que no existe una limitación temporal para intervenir, de forma que la única consecuencia de una intervención frustrada ha de ser la pérdida de expectativas procesales que se tuvieron en el momento en que se intentó⁶²⁸.

⁶²⁵ SENÉS MOTILLA, C. *Comentarios de la Ley Concursal*. Tomo II. (Rojo, A.; Beltrán, E.). Op. cit. Pg. 2.811.

⁶²⁶ LÓPEZ YAGÜES, V., en *Ley Concursal. Comentarios, jurisprudencia y formularios*. Tomo II. (AAVV, GALLEGOS SÁNCHEZ, E., Coord.). Op. cit. Pgs. 878. DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El incidente concursal*. Op. cit. Pg. 92.

⁶²⁷ MASCARELL NAVARRO, M. J. "El incidente concursal". Op. cit. Pg. 18.

⁶²⁸ GARNICA MARTÍN, J. F. *Derecho concursal práctico. Comentarios a la Nueva Ley Concursal*. Fernández Ballesteros, M. A. (Coord.) Op. cit. Pg. 862. DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El incidente concursal*. Op. cit. Pg. 93.

VI. TRAMITACIÓN DEL INCIDENTE CONCURSAL

1. Planteamiento

Como ya se anunció en el capítulo II del presente trabajo, y puede deducirse tras la lectura de los anteriores apartados, la estructura procedimental del incidente concursal se diseñó originalmente (art. 194 LC) con una fase de alegaciones escrita conforme a la regulación del juicio ordinario de la LEC, seguida de una vista oral sujeta a las normas del juicio verbal de la Ley procesal civil. En este esquema, la vista aparecía como un trámite de obligado cumplimiento aunque la cuestión que se ventilase a través del incidente concursal no revistiera complejidad, fuese de carácter estrictamente jurídico, o no fuese preciso examinar en ella otra prueba que la documental aportada con los escritos de alegaciones de las partes.

Acogiendo una práctica judicial arraigada en nuestros órganos jurisdiccionales de la especialidad mercantil, y con la finalidad de agilizar trámites por la vía de la reducción (supresión) de actos procesales, el legislador de la reforma operada por el Real Decreto-ley 3/2009⁶²⁹ modificó dicho esquema procedimental (art. 194.4 LC), de tal modo que la celebración de la vista quedó sujeta al cumplimiento de unos requisitos legales. Sin embargo, la defectuosa técnica legislativa empleada hizo que se «desnaturalizara» el procedimiento incidental, que mantenía una fase de alegaciones escrita conforme a las normas del juicio ordinario para demanda y contestación, pero cuya fase de vista, por expreso designio del legislador, no podía sujetarse a las normas del juicio verbal de la LEC. Ello se tradujo en no pocos problemas de interpretación para los operadores jurídicos.

La Ley 38/2011, de 10 de octubre, de Reforma de la Ley Concursal⁶³⁰ trató de remediar algunos de los problemas creados por las reformas anteriores, lográndolo sólo a medias. Lo que sí ha conseguido es volver a la estructura originaria: fase de alegaciones escrita con demanda y contestación conforme a las normas del juicio ordinario, seguida de una vista sujeta a las normas del juicio verbal. Sin embargo, a diferencia del diseño original, la vista ha perdido su carácter obligatorio,

⁶²⁹ 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 (BOE nº 78, de 31 de marzo). Vigencia: 1 abril 2009.

⁶³⁰ Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE de 11 octubre). Vigencia: 1 enero 2012.

haciéndose depender su celebración del cumplimiento de una serie de condicionantes o requisitos claramente diferenciados respecto de los establecidos por el Real Decreto-ley 3/2009.

Queda así configurado el incidente concursal como un procedimiento especial, autónomo, en cuanto que dotado de regulación propia, pero inspirado claramente en los dos procedimientos declarativos ordinarios contemplados en la LEC (juicio ordinario y verbal), pudiéndose afirmar que el Legislador ha optado por una solución híbrida con dos fases claramente diferenciadas: la primera, de alegaciones, escrita; y otra fase, eventual, de celebración de vista, eminentemente oral⁶³¹.

Se ha escogido una solución intermedia en la que, habida cuenta de la complejidad que pueden revestir algunos asuntos (como aquéllos que de no ser atraídos por el concurso se hubieran seguido por los trámites del juicio ordinario) se prevé una completa fase inicial de alegaciones (demanda y contestación) propia del juicio ordinario, a partir de la cual se simplifica la tramitación, en su caso, con la concentración y simplicidad característica del juicio verbal, con la que se busca la celeridad (recuérdese que el incidente no tiene carácter suspensivo respecto del concurso, sin perjuicio de que el Juez, de oficio o a instancia de parte, pueda acordar la suspensión de actuaciones concretas que puedan verse afectadas por la resolución que se dicte en el incidente)⁶³².

En el apartado 1.3 del capítulo II de este trabajo ya se puso de manifiesto el debate doctrinal surgido en torno al modelo de proceso diseñado por el Legislador⁶³³.

La práctica del foro parece haber encajado bien la herramienta procesal, que ha calado en los Juzgados de lo Mercantil revelándose como un procedimiento ágil, en el que la fase inicial de alegaciones escritas permite acoger pretensiones complejas sin merma de garantías para las partes. Por otra parte, el quehacer de nuestros Tribunales ha asumido el carácter prescindible del trámite de la vista para resolver aquellas cuestiones de menor dificultad técnica o para cuya decisión no es precisa la práctica de prueba (con apoyo en lo dispuesto, por analogía, en el art. 429.8 LEC).

⁶³¹ GIMENO SENDRA, V. *Derecho procesal civil II. Los procesos especiales*. 4ª Edición. Op. cit. Pgs. 693 y 694.

⁶³² ROCA MARTÍNEZ, J., en *Estudios de Derecho Concursal*. (AAVV., Director PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J.). Op. cit. Pg. 691.

⁶³³ Ver pg. 64.

2. Demanda

Se entiende por demanda el acto procesal escrito de postulación del demandante por el que se ejercita, ante el órgano jurisdiccional competente, el derecho de acción y se interpone, frente al demandado, la pretensión⁶³⁴.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 194 LC, el incidente concursal comienza con una demanda que se presentará en la forma prevista en el artículo 399 LEC para el juicio ordinario, cuyo modelo cumple íntegramente las exigencias del concepto anteriormente expuesto⁶³⁵.

⁶³⁴ GIMENO SENDRA, V. Derecho procesal civil I. El proceso de declaración parte general. 4ª Edición. Op. cit. Pg. 298.

⁶³⁵ SAP Barcelona, Sección 15ª, de fecha 14/05/2012 (recurso 723/2011), ponente Ilmo. Sr. D. Luis Garrido Espa, Fundamento de Derecho Tercero: «*Ya hemos adelantado que la demanda originaria adolece de un déficit expositivo y argumental (causa de pedir) y de concreción de pedimentos (petitum) que dificultaba la defensa, y a la postre la congruencia en la respuesta judicial (art. 218.1 LEC). La sentencia apelada viene a reconocerlo pues declara que la demanda quedó subsanada (es decir, admite que la demanda necesitaba una subsanación) de manera válida y eficaz mediante el escrito de "réplica" de la administración concursal (fundamento octavo de la sentencia; y, antes, en el párrafo noveno del fundamento quinto ha constatado "la ambigüedad de que adolece el suplico de la demanda..."*)».

Sucede que esa subsanación, en realidad integración de la demanda con los hechos y fundamentos de derecho que hacen comprensible la reclamación y posibilitan la adecuada defensa, ha tenido lugar después de la contestación de la Caixa demandada, a la que tras el escrito de "réplica" ninguna intervención más se otorgó (el juez tampoco decidió que se celebrara vista).

Esa irregularidad ha producido una indefensión efectiva, resultante de una infracción procedimental, pues no existe ese trámite de "réplica" por escrito a favor de la parte demandante (la administración concursal) que es aprovechado para completar el contenido esencial de la demanda. El litigio, por tanto, debería haberse decidido tras las contestaciones de la Caixa de Sabadell y de la concursada, si bien atendiendo a los fundamentos de hecho y de derecho hechos valer en la demanda incidental (que el art. 194.1 LC sujeta a las exigencias generales del art. 399 LEC).»

SAP Burgos, Sección 3ª, de fecha 20/05/2015 (recurso 98/2015), ponente Ilmo. Sr. D. Juan Francisco Sancho Fraile, Fundamento de Derecho Segundo: «*El escrito controvertido de la Administración Concursal, de fecha 22 de abril de 2014, se solicita se tengan por hechas las manifestaciones contenidas en el mismo y por aportadas al presente procedimiento las notas simples registrales de los inmuebles objeto del presente procedimiento, vendidos a terceros por la demandada en el mes de junio de 2010.*

En principio, los momentos preclusivos alegatorios son la demanda, contestación, reconvencción y, lógicamente, contestación a la reconvencción -ex art. 412-1 LEC-. La excepción son las alegaciones complementarias del art. 426 LEC.

La referencia de su eventual alegación son los escritos de demanda y contestación, no otros u otros actos procesales -así se infiere, del mismo modo del art. 286 LEC, de la expresión "precluidos aquellos actos", como los momentos procesales ordinariamente previstos-.

Así sucede respecto de la Comparecencia de 10 de marzo de 2014, en la que se aporta la escritura de declaración de obra en construcción y división horizontal, de 5 de marzo de 2010.

Tal comparecencia tiene por finalidad lograr un acuerdo sobre la resolución y sus efectos, que no hubo, por lo que se siguió el trámite de incidente concursal.

Que el escrito inicial sirviera como demanda incidental no invalida el escrito posterior alegatorio, como consecuencia de la contestación a la demanda, que es el hecho jurídicamente relevante, como alegatorio de la otra parte, no la comparecencia mencionada, a los efectos de la consideración del hecho como nova reperta, atendiendo a los momentos procesales ordinarios alegatorios.

Atendiendo a la complejidad que pueden revestir algunas demandas por la naturaleza de la acción ejercitada, a la mayor facilidad de defensa de los demandados y a la agilización del procedimiento, cabe reputar acertada la decisión de que la forma exigida para la demanda incidental sea la del juicio ordinario y no la de la demanda sucinta (admisible en el juicio verbal, a tenor del art. 437 LEC) ni la del escrito a que se refiere el art. 392 LEC para el planteamiento de las cuestiones incidentales:

- la complejidad del objeto procesal sometido a la decisión judicial se acomodaría con dificultad a una forma que prescindiera de la narración de hechos y de la exposición de los fundamentos de derecho, más aún en aquellos casos en que la complejidad aumentara como consecuencia de la acumulación de acciones;
- la forma de la demanda incidental conviene también al ejercicio del derecho de defensa del demandado, pues la eventual complejidad del objeto procesal planteado puede ser mejor estudiada y combatida que si los fundamentos en que apoya su pretensión el actor fueran expuestos en la vista y a continuación tuviera el demandado la carga de alegar lo que a su derecho conviniera;
- de una demanda formulada en los términos del art. 399 LEC y de la correlativa contestación escrita, se beneficia también el curso del procedimiento al evitarse la producción de ciertas circunstancias determinantes de la interrupción o suspensión de la vista y, con ello, el entorpecimiento tanto del incidente concursal como, en su caso, del concurso⁶³⁶.

En la regulación del incidente concursal no se contiene ninguna mención al plazo de presentación de la demanda. Sin embargo, atendiendo al objeto propio de cada incidente concursal, puede

Con la escritura de declaración de obra nueva se solicitaron los datos registrales de los inmuebles litigiosos, para conocer después, tras la contestación a la demanda, la venta a terceros adquirentes, que es el hecho realmente nuevo.

El escrito de ampliación de hechos o de alegaciones complementarias, no modifica el objeto del proceso, inicialmente establecido, como es la resolución de los contratos de compraventa en interés del concurso. El hecho de nueva noticia se ha sometido a contradicción, es más, ni en la comparecencia, ni en la contestación a la demanda, a fecha de 31 de marzo de 2014, se alega el hecho de la venta a terceros, que se conoce en abril de 2014, mediante la información registral obtenida en esta fecha, folios 370 y siguientes -ventas producidas en junio de 2010-.

Como reconoce la Administración Concursal, es con la escritura de división horizontal y obra nueva donde aparecen los números registrales de los inmuebles transmitidos a los concursados, y con la información registral recabada, después del escrito alegatorio representado por la contestación de la demanda, y en su vista, cuando se conoce el hecho litigioso de la venta a terceros, lo que supone que los bienes vendidos a terceros no forman parte del activo de las concursadas, lo que es relevante -y la incidencia en la exigibilidad del precio íntegro pactado-.»

⁶³⁶ HERRERO PEREZAGUA, J. F. *Comentarios a la Ley Concursal. Volumen II*. Op. cit. Pgs. 1.952 y 1.953.

concluirse que algunas de las pretensiones deben interponerse antes del transcurso del plazo que señala la Ley (arts. 40.7.1, 72.1, 96.1, 128.1, 140.1 y 169.1, todos ellos de la LC) o, en algún caso, el ejercicio de la pretensión exige el transcurso de un determinado plazo (arts. 54.4 y 72.1 LC)⁶³⁷.

A) Contenido de la demanda incidental

De acuerdo con el art. 399 LEC, dicho contenido, brevemente expuesto, es el siguiente⁶³⁸:

i) *Encabezamiento*, en el que deberá expresarse:

- El Juzgado al que se dirige. Cuando el incidente se plantee en un concurso abierto, la competencia será, necesariamente, la del Juez de lo Mercantil o, en relación con el concurso de la persona física no empresario, el Juez de Primera Instancia, que esté conociendo del concurso.
- Identificación de actor y demandados, con expresión de los domicilios en los que poder ser emplazados.
- Identificación de los profesionales que actúan en representación y defensa del demandante.

Dada la naturaleza del procedimiento incidental, al seguirse mayoritariamente entre partes ya personadas en el proceso concursal, todos estos requisitos se verán lógicamente atenuados, con la consiguiente simplificación.

⁶³⁷ MASCARELL NAVARRO, M. J. "El incidente concursal". *Práctica de Tribunales*. Año I, número 6, monográfico sobre "La Ley Concursal". Op. cit. Pg. 19.

⁶³⁸ SAP Sevilla, Sección 5ª, de fecha 14/05/2010 (recurso 6821/2009), ponente Ilmo. Sr. D. José Herrera Tagua, Fundamento de Derecho Segundo: «*En cualquier caso, es necesario que dicho escrito rector reúna una serie de requisitos intrínsecos y esenciales que regula el artículo 399 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En concreto, además de la identificación de las partes, que se concrete y especifique la razón de ser de la demanda, es decir, de la causa de pedir, al ser el medio necesario para que el demandado conozca por qué ha sido traído al proceso y, de ese modo, pueda combatir las pretensiones del actor, o, al contrario, mostrar su conformidad. Se trata de que la demanda contenga los datos, circunstancias, argumentos y razonamientos necesarios, pero con la suficiente claridad y precisión, de ahí que la citada norma disponga que los hechos se relaten de forma ordenada y clara con objeto de facilitar su admisión o negación por el demandado al contestar. Igualmente será necesaria una exposición detallada de los fundamentos que sostienen la pretensión. Con ello, se pretende evitar, como señala la Sentencia de 16 de junio de 1.970, no la facultad interpretativa del Tribunal, sino que tenga que descifrar enigmas o tener que plantearse hipótesis sobre bases ininteligibles, lo que equivale a que prácticamente falte la petición y no pueda resolver por ausencia de las mismas.*»

En relación con las reglas de postulación que se expusieron en el apartado 2 del Capítulo V del presente trabajo, el art. 184.5 LC sólo exige con carácter preceptivo la intervención de Abogado en el incidente, como director del procedimiento. Esto plantea en el caso, ahora generalizado, para los que la LC prevé que la Administración concursal estará integrada por un solo profesional, y que éste pertenezca al área económica, la exigencia de que el órgano auxiliar del Juzgado recabe los servicios de un profesional del Derecho para poder intervenir en el incidente con plenitud de posibilidades procesales. El propio art. 184 LC y las normas generales de la LEC vedan la intervención en juicio, en defensa de los intereses de las partes, a profesionales distintos del Letrado en ejercicio.

La reproducción sistemática del problema en la práctica forense tuvo reflejo en los trabajos del II Congreso de Derecho Mercantil, celebrado en Valencia los días 1 y 2 de diciembre de 2005⁶³⁹. Como alternativa a la defensa por medio de Letrado, se planteó la posibilidad de requerir al Administrador para que emita informe sobre la cuestión suscitada, vía art. 35 LC, sin que ello implique otorgar la cualidad de contestación a la demanda al informe, ni la condición de interviniente en el incidente, al ser preceptiva la asistencia letrada. Si no se impugna la providencia de requerimiento del informe, no parece que después pueda invocarse nulidad.

ii) *Hechos*, que se expondrán numerados y de forma ordenada y clara, a fin de facilitar su admisión o negación por el demandado, en el mejor ejercicio de su derecho de defensa, y permitir al órgano judicial delimitar el objeto de la prueba y la congruencia de la sentencia.

La obligación del demandante de incorporar los hechos sobre los que versa su demanda afecta, como se ha dicho, al derecho de defensa del demandado, y se exige con carácter de exhaustividad no sólo respecto de la fase declarativa del proceso, y sus sucesivas instancias, sino que también se extiende a futuros incidentes que puedan ventilarse respecto de la misma pretensión⁶⁴⁰.

⁶³⁹ En el marco de la “Primera Mesa Redonda: Aspectos Jurídicos de la Formación de la Lista de Acreedores”, de la que fue relator el Ilmo. Sr. D. Antoni Frigola, Magistrado del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid, e intervinientes el Ilmo. Sr. D. Enrique García García, Magistrado del Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid y el Ilmo. Sr. D. Rafael Fuentes Devesa, Magistrado del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Alicante, se planteó esta cuestión en el desarrollo de los trabajos acerca de la “impugnación de créditos”.

⁶⁴⁰ Art. 400 LEC: «Preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos. 1. Cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior.

La carga de la alegación a que se refiere el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las alegaciones complementarias o de hechos nuevos o de nueva noticia permitidas en esta Ley en momentos posteriores a la demanda y a la contestación.

iii) *Fundamentos de derecho*, debiendo distinguirse los fundamentos procesales, que condicionan la válida constitución del proceso (v.gr., clase de juicio, capacidad de las partes, postulación), y los fundamentos materiales, que inciden sobre la estimación o no de la demanda (v.gr. legitimación activa y pasiva de las partes, relación jurídica que liga a las partes con el objeto litigioso, derecho subjetivo, bien o interés jurídico que se discute en el proceso, así como las normas jurídico-materiales aplicables a los hechos).

La obligación de expresar la cuantía de la demanda se residencia en el art. 253 LEC⁶⁴¹ (de aplicación supletoria ex Disp. Final Quinta LC).

iv) *Petición o suplico de la demanda*, entendido como declaración de voluntad que integra el contenido sustancial de la pretensión y define los límites del deber de congruencia de la resolución judicial.

B) *Documentos y copias*

A la demanda deberán acompañarse los documentos procesales y materiales exigidos con carácter general (arts. 264 y 265 LEC), así como los que exige el art. 266 LEC para los casos especiales por él considerados, efectuándose, en su caso, el anuncio previsto en el art. 337 LEC. También deben acompañarse aquellos documentos que específicamente exige la propia LC, como sucede cuando la Administración concursal no ejercita una acción rescisoria habiendo sido instada a ello por algún acreedor, al que corresponderá en este caso acreditar la realización del previo requerimiento y el transcurso del plazo de dos meses desde el mismo, sin que haya sido atendido, a modo de prueba de su legitimación⁶⁴².

2. *De conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior, a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste.»*

⁶⁴¹ Art. 253 LEC: «*Expresión de la cuantía en la demanda. 1. El actor expresará justificadamente en su escrito inicial la cuantía de la demanda. [...]*

2. *La cuantía de la demanda deberá ser expresada con claridad y precisión [...].»*

⁶⁴² Esta materia ha de interpretarse tomando como patrón la ya citada STS, Pleno de la Sala Primera, de fecha 22/04/2010 (recurso 76/2009), ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández, Fundamento de Derecho Tercero: «*La disposición legal debe entenderse en el sentido de que se habrán de aportar con el informe los documentos en que se funda la propuesta de resolución, pero ello no es necesario en cuanto a los documentos que obran en las restantes Secciones del Concurso, respecto de los que no se requiere la aportación física, bastando que en el informe se haga la oportuna remisión. Por lo demás, la prueba documental fue admitida, la parte recurrente no podía desconocerla dado que obraba en las actuaciones, y es de absoluta lógica que la Audiencia Provincial reclame las restantes actuaciones en que obran documentos para cumplir la función de valoración probatoria en segunda instancia. La exigencia de que se deban reproducir, para acompañar con el informe de los administradores, documentos que obran en otras secciones no es razonable, ni es conforme a la economía procesal al suponer un derroche de tiempo y coste económico absolutamente innecesario, sin*

Deberán acompañarse tantas copias de la demanda y demás documentos cuantas sean las demás partes personadas en el concurso (arts. 194.3 LC y 273 LEC), atendidas las facultades de estas últimas para intervenir con plena autonomía (art. 193.2 LC) y la carga de contestar que pesa sobre ellas si se oponen a las pretensiones ejercitadas (art. 193.3 LC)⁶⁴³.

que resulte afectado en modo alguno el derecho de defensa.» Aunque dicha resolución, y la doctrina en ella contenida, fue dictada en el seno de un incidente de calificación, ha de entenderse extrapolable a la tramitación del incidente concursal común, en lo que se refiere a la necesidad de aportación documental.

No obstante, se citan resoluciones de la jurisprudencia menor sobre la materia, más próximas a los concretos casos objeto de enjuiciamiento en cada caso.

SAP Tarragona, Sección 1ª, de fecha 12/09/2013 (recurso 310/2012), ponente Ilmo Sr. D. Manuel Díaz Muyor, Fundamento de Derecho Segundo: *«A la vista de la claridad de dicha doctrina, esta Sala no puede más que aceptarla, por lo que debe sostenerse que con la demanda o con la contestación deben aportarse los documentos en que las partes funden sus derechos, que pueden ser los documentos que conste en el resto del expediente concursal, pero en todo caso, deben acompañarse, aunque sea por copia simple los documentos concretos que se solicita que sean valorados por el Juez y Tribunal en atención a la demanda o contestación que se presenta, sin que el Juez pueda tomar en consideración documentos que no han sido aportados al incidente, pues, por un lado, puede producirse indefensión a las partes dado que se encontrarán ante el arbitrio judicial de los documentos del concurso a consultar y valorar y, por otro lado, el Tribunal superior, no podrá valorar los documentos consultados por el Juzgador, aparte de que si ante el Tribunal se le plantean las mismas cuestiones, es claro que también deberían tener la facultad de consultar la integridad de todo el concurso, lo cual no resulta lógico.*

Por todo lo cual, en definitiva, debe concluirse que con la demanda y contestación las partes deben aportar todos los documentos en que funde sus derechos, aunque se encuentre en el expediente concursal, y de no hacerlo, deberá aplicarse con todo su rigor las reglas generales de la carga de la prueba establecidas en el artículo 217 de la L.E.C.»

SAP Islas Baleares, Sección 5ª, de fecha 19/02/2008 (recurso 46/2008), ponente Ilmo. Sr. D. Mateo Lorenzo Ramón Homar, Fundamento de Derecho Segundo: *«[...] En conclusión, consideramos que en relación con la presentación de documentos en un incidente concursal rigen las normas generales de la LEC., si bien atendido que los documentos se hallan en el expediente, sería suficiente una copia, la cual, en su caso, puede ser impugnada por las demás partes, y en el supuesto que nos ocupa ni siquiera se presenta copia alguna. Por tanto, se desestima dicho motivo del recurso.»*

SAP Vizcaya, Sección 4ª, de fecha 15/09/2008 (recurso 369/2007), ponente Ilma. Sra. Dª. María Lourdes Arranz Freijo, Fundamento de Derecho Tercero: *«[...] En materia de prueba documental, siguiendo las disposiciones generales de los artículos 264 y siguientes LECn, debe acompañarse con los escritos iniciales de las partes, de tal forma que la actora debería aportarlos en su demanda, precluyéndole el plazo para hacerlo con este trámite (art. 136 y 272 LECn), a salvo las excepciones previstas en el art. 270 LECn.»*

SAP Sevilla, Sección 5ª, de fecha 14/05/2010 (recurso 6821/2009), ponente Ilmo. Sr. D. José Herrera Tagua, Fundamento de Derecho Segundo. En relación con la omisión documental determinante de la inadmisión de la demanda: *«Sólo la falta de presentación de los documentos a que se refiere el artículo 266, por imperativo de lo dispuesto en el artículo 269-2º, dará lugar a la no admisión de la demanda, desde luego hemos de entender una vez que requerido a tal efecto no haya subsanado el correspondiente defecto, al igual que respecto de los documentos que se refiere el artículo 264.»*

Respecto de la omisión del resto de documentos: *«Los demás documentos relacionados en el artículo 265, salvo la excepción contemplada en el párrafo tercero, su falta presentación, afectará a las consecuencias negativas de la carga de la prueba, dado que no podrán presentarse con posterioridad, pero no conllevará que se inadmita la demanda.»*

⁶⁴³ AAP Madrid, Sección 28ª, de fecha 22/01/2010 (recurso 352/2009), ponente Ilmo. Sr. D. Alberto Arribas Hernández, Razonamiento Jurídico Tercero: *«[...] La falta de aportación de las copias de los escritos que se presenten por las partes difiere según estén o no representadas por medio de procurador, pero tratándose de la demanda, esté o no el actor representado por medio de procurador la*

C) Tutela cautelar

En la demanda deberá solicitar el actor las medidas cautelares que estime adecuadas a la tutela jurisdiccional que solicita (art. 730.1 LEC y Disposición final 5ª LC). Y ello a pesar de que la LC no contiene mención alguna sobre la adopción de medidas cautelares en el incidente concursal, con la única excepción del incidente promovido en oposición a la aprobación judicial del convenio, en el que la Ley prevé la adopción por el juez de cuantas medidas cautelares procedan para evitar que la demora derivada de la tramitación de la oposición impida, por sí sola, el cumplimiento futuro del convenio aceptado, en caso de desestimarse la oposición (art. 129.4 LC).

Esta previsión singular en modo alguno puede suponer la inadmisibilidad de cualesquiera otras medidas cautelares que sean acordes con la tutela jurisdiccional que se demanda, atendidas dos buenas razones:

- La entidad de las acciones que imperativamente deben ejercitarse ante el juez del concurso (arts. 50.1 y 8.1º LC).
- La efectividad de la sentencia puede ser ilusoria si no se adoptan medidas de aseguramiento (v.gr., acciones rescisorias cuya estimación determina la restitución de prestaciones objeto de los actos impugnados, con sus frutos e intereses).

La determinación de la medida cautelar idónea para cada supuesto dependerá de la concreta tutela cautelar solicitada por el actor (arts. 721.1 y 726 LEC)⁶⁴⁴.

consecuencia no es otra, previo requerimiento de subsanación en caso de que las partes no intervengan con procurador, que la demanda se tenga por no presentada y los documentos por no aportados, a todos los efectos (artículos 275 y 276.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).»

AAP Madrid, Sección 28ª, de fecha 12/02/2009 (recurso 317/2008), ponente, Ilmo. Sr. D. Enrique García García, Razonamiento Jurídico Cuarto: « [...] Es decir, la parte demandante, pese a haber cometido un patente defecto procesal al omitir la presentación de las copias de la demanda, no recibió una automática respuesta inadmisoria del juzgado. Éste habilitó un cauce para la subsanación de dicha deficiencia, advirtiéndole a la parte de cuál era el defecto cometido, explicándole como repararlo y concediéndole un plazo concreto para hacerlo. Sin embargo, la parte demandante no presentó las copias que le fueron requeridas. Al desentenderse el interesado del requerimiento del juzgado a éste no le quedó otra salida que la aplicación de la consecuencia prevista en la ley para tal comportamiento.»

⁶⁴⁴ SENÉS MOTILLA, C. *Comentarios de la Ley Concursal*. Tomo II. (Rojo, A.; Beltrán, E.). Op. cit. Pg. 2.816. DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El Proceso Concursal*. Sexta Edición. Op. cit. Pg. 304.

D) *Proposición de prueba*

Tras las reformas operadas en la regulación del incidente concursal es claro que la proposición de los medios de prueba se debe hacer en los escritos de alegaciones (demanda y contestación, reconvencción y contestación a la reconvencción)⁶⁴⁵.

Pero los problemas arrastrados en torno a los trámites de proposición de prueba en el incidente concursal no han quedado zanjados, debido a que en el inciso final del párrafo primero del art. 194.4 LC se contiene una remisión, en cuanto a la celebración de la vista, a la forma prevista para el juicio verbal en el art. 443 LEC, cuyo apartado 4 hace referencia a la proposición de prueba. Caben dos interpretaciones al respecto:

- Que la remisión que se efectúa al art. 443 LEC sólo se refiere al procedimiento a seguir (*«en la forma prevista»*), de forma que no incluye la posibilidad de proponer prueba durante la vista. A favor de esta interpretación cabe decir que el Legislador ha dispuesto que la proposición de prueba se lleve a cabo en los escritos de alegación de las partes.

- Que la remisión efectuada no excluye ninguna de las actividades de la vista, por lo que se incluye también la proposición de prueba. Como argumento a favor de esta segunda posible interpretación cabe señalar que la proposición de prueba no se ha limitado, exclusivamente, a los escritos de alegaciones y que, al menos para el demandante, la necesidad de proponer algunos medios adicionales puede proceder a la vista del contenido del escrito de contestación. Si se interpretara que al demandante le precluye la posibilidad de proponer pruebas después de presentado el escrito de demanda, se le puede estar causando indefensión, al impedirle una defensa efectiva sobre alegaciones de hecho que no podía conocer en aquel momento porque fueron introducidas por el demandado en su contestación.

Por cuando se lleva expuesto, cabe concluir que si bien la proposición de prueba debe hacerse, como regla general, en los escritos de alegaciones, al demandante le queda abierta la posibilidad de hacerlo con posterioridad, sea en un escrito adicional, posterior al de contestación, o bien durante la vista. En este sentido, el silencio de la Ley

⁶⁴⁵ Art. 194.4.1 LC: *«4. Sólo se citará a las partes para la vista cuando se haya presentado escrito de contestación a la demanda, exista discusión sobre los hechos y éstos sean relevantes a juicio del juez, y se hayan propuesto en los escritos de alegaciones medios de prueba, previa la declaración de su pertinencia y utilidad. Esta vista se desarrollará en la forma prevista en el artículo 443 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para los juicios verbales.»*

al respecto no puede impedir que las partes o, al menos, la actora, pueda proponer medios de prueba en el acto de la vista⁶⁴⁶.

3. Admisión a trámite

A) *Forma de la resolución*

La resolución que decide sobre la admisión adopta distinta forma según cuál sea el sentido de lo decidido: auto, para la inadmisión (que ordenará dar a la cuestión planteada la tramitación que corresponda), y providencia para la admisión de la demanda. Se aparta la Ley Concursal, a este respecto, de lo establecido en la LEC para los juicios ordinarios y verbal (art. 206.2.2ª), pero coincide, en cambio, con lo establecido en el art. 393.3 LEC para la admisión de los incidentes.

No obstante lo anterior, el régimen de recursos frente a las resoluciones sobre admisibilidad de la demanda sigue el modelo de la LEC y no el régimen de la propia LC, puesto que frente a la providencia de admisión cabrá reposición y frente al auto de inadmisión recurso de apelación por disponerlo así expresamente el art. 194.2 LC que, a estos efectos se inscribe en la misma línea que el art. 455 LEC que declara apelable los autos definitivos⁶⁴⁷.

Por otra parte, la remisión que efectúa el art. 194.2 LC al recurso de apelación contra el auto de inadmisión, “*en los términos establecidos en el apartado 1 del artículo 197*” y que significa, como ya hemos visto, que dicho recurso habrá de sustanciarse por los trámites generales establecidos en la LEC, supone de hecho que el recurso se tramitará de forma separada y sin las particularidades propias establecidas en el apartado 4 del propio art. 197, en virtud del cual la apelación se sustanciará de forma adhesiva a la apelación más próxima posible interpuesta frente a resoluciones a las que se concede el carácter definitivo en el proceso concursal, que es el trámite ordinario, como refleja el precepto citado, para las apelaciones deducidas frente a

⁶⁴⁶ GARNICA MARTÍN, J.F. “De las normas procesales generales y del sistema de recursos (Artículos 183-198 LC)”, en AAVV *Tratado judicial de la insolvencia*. Tomo II. Op. cit. Pgs. 854 y 855.

⁶⁴⁷ HERRERO PEREZAGUA, J. F. *Comentarios a la Ley Concursal. Volumen II*. (AAVV., Director BERCOWITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.). Op. cit. Pg. 1.955.

sentencias que ponen fin al propio incidente concursal (promovido en la fase común o en la de convenio), lo cual parece poco razonable⁶⁴⁸.

Finalmente, en materia de recursos cabe aclarar que cuando el último inciso del art. 194.2 LC prevé la pertinencia del recurso de apelación contra el Auto de inadmisión a trámite del incidente concursal, no limita la procedencia de tal recurso a los supuestos en los que la inadmisión a trámite se haya producido porque el Juez estima que la cuestión planteada es impertinente o carece de entidad necesaria para tramitarla por la vía incidental, sino a todos los supuestos de inadmisión a trámite del Incidente. Lo contrario supondría establecer un régimen dual de recursos contra el Auto de inadmisión a trámite del Incidente concursal (el específico del artículo 194.2 *in fine* para los supuestos de inadmisión porque el juez estima que la cuestión planteada es impertinente o carece de entidad necesaria para tramitarla por la vía incidental, el general del artículo 197.2 para los demás supuestos de inadmisión) sin razón alguna que lo justifique⁶⁴⁹.

El régimen procesal de la admisión a trámite de los incidentes concursales plantea dos cuestiones formales que requieren atención:

- Que la lleve a cabo el Juez, en lugar del Letrado de la Administración de Justicia (en la ya actual terminología legal), como constituye la regla general en la LEC. Atribuir dicha actuación al Juez, en lugar de al Letrado de la Administración de Justicia, encuentra justificación en que no se trata de una actividad puramente de trámite, sino que implica un juicio previo de fondo sobre la pertinencia y entidad de la cuestión planteada, juicio que únicamente el Juez del concurso puede llevar a cabo, al menos según la opinión del Legislador.

⁶⁴⁸ GARNICA MARTÍN, J. F. *Derecho concursal práctico. Comentarios a la Nueva Ley Concursal*. Fernández Ballesteros, M. A. (Coord.) Op. cit. Pg. 864. GARNICA MARTÍN, J. F. "La Nueva Ley Concursal". Cuadernos de Derecho Judicial. Op. cit. Pgs. 259 Y 260.

⁶⁴⁹ AAP Madrid, Sección 28ª, de fecha 11/06/2007 (recurso 632/2006), ponente Ilma. Sra. Dª. Teresa Puente-Villegas y Jiménez de Andrade, Fundamento Jurídico Segundo. En sentido opuesto, AAP Asturias, sección 1ª, de fecha 2/04/2007 (recurso 129/2007), ponente Ilmo. Sr. D. José Ignacio Álvarez Sánchez, Fundamento de Derecho Segundo: «*Ocurre que en el caso presente el Auto de fecha 15 Dic. 2006 se limitó a acordar la inadmisión a trámite de la demanda incidental por estar presentada fuera del plazo previsto en el art. 96.1 L.C., decisión completamente ajena por lo tanto a las contempladas por el art. 194.2 L.C. Siendo ello así, el único recurso procedente frente a dicha resolución no puede ser otro que el expresamente aludido en la información de recursos que en ella se contiene, recurso de reposición en el plazo de cinco días según dispone el art. 197.2 L.C., de tal manera que la eventual resolución que resolviera dicho recurso de reposición sí tendría acceso a la segunda instancia en los términos previstos en el art. 197.3 L.C. apelación diferida- y siempre que hubiere mediado protesta formulada en el plazo de cinco días. Las razones antedichas conducen a considerar bien denegada la tramitación del recurso de apelación lo que así se pondrá en conocimiento del Juzgado para su constancia en los autos (art. 495.4 LEC).*»

- Que se pueda llevar a cabo por providencia en lugar de por auto, como también es regla general en la LEC⁶⁵⁰.

Nuestros Tribunales atribuyen a la previsión de inadmisibilidad prevista en el art. 194.2 LC una regla específica que viene a cumplir una función depurativa del proceso a fin de evitar que su tramitación se pueda ver entorpecida u obstaculizada por la indiscriminada interposición de cuestiones incidentales que, bien por su inutilidad o bien por su falta de seriedad, no deban merecer tal consideración, y ello por más que la presentación de tales incidentes no suspenda, como regla general, el procedimiento del concurso (arts. 186.2 y 192.2 LC), pues obvio resulta que la labor impulsora del Juez no deja de verse dificultada por ello⁶⁵¹.

Como ya se apuntó, si el Juez dicta auto de inadmisión del incidente la Ley le impone el deber de dar a la cuestión planteada “*la tramitación que corresponda*”. Sobre este particular, se apunta que este inciso no puede ser interpretado de modo que otorgue al Juez una facultad discrecional tan amplia que suponga inadmitir incidentes respecto de los cuales ni la LC, ni la LEC, ni otra norma dispongan procedimiento especial alguno, ya que el precepto en momento alguno permite la creación de trámites, sino sólo su acomodo al que corresponda⁶⁵².

B) Trámite de inadmisión

El art. 194.2 LC dispone que el Juez resolverá mediante auto la inadmisión de la demanda si “*estima que la cuestión planteada es impertinente o carece de la entidad necesaria para tramitarla por la vía incidental*”. Se establece, pues un régimen específico de control de la admisibilidad de la demanda incidental que ni es el general del art. 403 LEC, a pesar de que el régimen de la demanda está tomado del general previsto en el proceso civil (art. 399 LEC), ni tampoco el establecido para los incidentes en el art. 392.2 de la misma Ley⁶⁵³. Por tanto, presentada una demanda incidental el Juez del concurso debe pronunciarse sobre su admisión, lo que exigirá examinar los presupuestos procesales de jurisdicción y competencia, los de capacidad para ser parte, procesal y

⁶⁵⁰ GARNICA MARTÍN, J.F. “De las normas procesales generales y del sistema de recursos (Artículos 183-198 LC)”, en AAVV *Tratado judicial de la insolvencia*. Tomo II. Op. cit. Pg. 856.

⁶⁵¹ AAP Asturias, Sección 1ª, de fecha 2/04/2007 (recurso 129/2007), ponente Ilmo. Sr. D. José Ignacio Álvarez Sánchez, Fundamento de Derecho Primero.

⁶⁵² MAGRO SERVET, V. (Coordinador, AAVV). Guía práctica de aplicación de la Ley Concursal. 1338 preguntas y respuestas que resuelven los problemas que plantea la nueva Ley. Op. cit. Pg. 597.

⁶⁵³ CORDÓN MORENO, F. *Proceso concursal*. Op. cit. Pg. 226.

postulación, y los requisitos procesales que resultasen de aplicación en razón del objeto del incidente. Y, también, estas dos específicas causas de inadmisión.

Aunque esta previsión ha sido objeto de críticas, se la considera acertada, pensando que los incidentes presentan en el proceso concursal particularidades y características propias que aconsejan acentuar los poderes de oficio del juez para determinar qué cuestiones tienen entidad suficiente para merecer un pronunciamiento separado a través del procedimiento incidental⁶⁵⁴.

Es opinión mayoritaria en la doctrina la relativa a que estas causas de inadmisión sólo deben operar en relación con las cuestiones incidentales, propiamente dichas, no siendo de aplicación respecto de las acciones civiles con trascendencia patrimonial que, conforme a lo dispuesto en el art. 50.1 LC, hayan de tramitarse por el cauce del incidente concursal, por entender que éstas habrán de quedar sometidas, exclusivamente, al régimen general de inadmisión previsto en la LEC (art. 403). Esta posición, no obstante, resulta combatida por un sector de la doctrina que entiende que si la Ley no hace ninguna distinción al respecto, la misma no debe hacerse, siendo distinto que la posibilidad de controlar la pertinencia y la entidad de la cuestión planteada a través del incidente no sea aplicable a determinados supuestos⁶⁵⁵.

La cuestión que se plantea es la de precisar el alcance de las dos causas de inadmisión que se regulan (la impertinencia de la cuestión y la falta de entidad necesaria para tramitarla por vía incidental), para lo que no podrá acudirse a parámetros preestablecidos por el legislador, que no existen. Pero sí resulta posible abordar dicha cuestión sirviéndose de la aplicación de dos importantes principios:

1.- Un principio de legalidad, por cuanto que sólo las causas expresamente previstas en la ley pueden fundamentar la declaración de inadmisibilidad (art. 403.1 LEC)⁶⁵⁶.

⁶⁵⁴ GARNICA MARTÍN, J. F. *Derecho concursal práctico. Comentarios a la Nueva Ley Concursal*. Fernández Ballesteros, M. A. (Coord.) Op. cit. Pg. 864. GARNICA MARTÍN, J. F. "La Nueva Ley Concursal". Cuadernos de Derecho Judicial. Op. cit. Pg. 259.

⁶⁵⁵ ROCA MARTÍNEZ, J., en *Estudios de Derecho Concursal*. (AAVV., Director PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J.). Op. cit. Pg. 692.

⁶⁵⁶ AAP Sevilla, Sección 5ª, de fecha 14/05/2010 (recurso 6821/2009), ponente Ilmo. Sr. D. José Herrera Tagua, Razonamiento Jurídico Segundo: «De ahí que, de las normas que regulan la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda, especialmente del artículo 424 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se deduzca que su admisión ha de ser restrictiva, es decir, tiene un carácter excepcional y extraordinario. Sólo será posible decretar el archivo o el sobreseimiento cuando no se realicen las aclaraciones y precisiones interesadas por el Tribunal, pero siempre y cuando, pese a la desidia de la parte actora en cumplir el requerimiento judicial, fuese absolutamente imposible determinar las pretensiones que contiene el suplico de la demanda, es decir, que no bastaría una situación de indeterminación o confusión relativa, sino que ha de ser plena y absoluta. De modo que sólo

2.- Tales causas, en cuanto suponen una limitación del derecho a la tutela judicial efectiva, deben ser objeto de una interpretación restrictiva acorde con el principio *pro actione*, tantas veces utilizado por el TC⁶⁵⁷.

Pese a que algún autor⁶⁵⁸, ante el silencio de la Ley, considera que la determinación de las causas de inadmisibilidad previstas corresponderá, sin más, al buen juicio del Juez (en contra, otros autores consideran que reconocer tal facultad discrecional del Juez supondría una evidente lesión del derecho a la tutela judicial efectiva⁶⁵⁹), la mayoría de la doctrina se ha esforzado en proponer posibles criterios de interpretación, que pueden exponerse resumidamente en los dos siguientes apartados del presente trabajo.

a) *Impertinencia de la cuestión*

La mayoría de los autores consultados⁶⁶⁰ señalan que, extrapolando el sentido y alcance de una terminología íntimamente ligada a la actividad probatoria, por cuestión impertinente habrá que entender la que versa sobre una materia que no guarda relación con las actuaciones y los cometidos propios del concurso, o en su caso, de la sección en la

se podrá inadmitir en aquellos supuestos que exija un esfuerzo excepcional, extraordinario y especial al Tribunal, y a la parte demandada, para conocer las pretensiones que constituyen y conforman la demanda.

Conforme a una reiterada y constante jurisprudencia, sólo sería inadmisibile la demanda o procedería estimarse la citada excepción, cuando la demanda no reúna los requisitos legalmente previstos, STS de 30 de septiembre de 2.002.»

⁶⁵⁷ CORDÓN MORENO, F. *Proceso concursal*. Op. cit. Pg. 226.

⁶⁵⁸ GARNICA MARTÍN, J.F. "De las normas procesales generales y del sistema de recursos (Artículos 183-198 LC)", en AAVV *Tratado judicial de la insolvencia*. Tomo II. Op. cit. Pg. 856. GARNICA MARTÍN, J. F. *Derecho concursal práctico. Comentarios a la Nueva Ley Concursal*. Fernández Ballesteros, M. A. (Coord.) Op. cit. Pg. 864. GARNICA MARTÍN, J. F. "La Nueva Ley Concursal". Cuadernos de Derecho Judicial. Op. cit. Pg. 259. "Que exista un cierto margen de discrecionalidad judicial en esta materia, como en tantas otras en la LC, es un criterio legal, como se ha anticipado, por lo que no parece admisible rasgarse las vestiduras e invocar el principio de legalidad como si fuera la piedra filosofal del proceso".

⁶⁵⁹ LÓPEZ SÁNCHEZ, J. "Incidente concursal" en *Enciclopedia de Derecho concursal*. Tomo II. Beltrán, E.; García-Cruces, J.A. (Dirs.). Op. cit. Pg. 1.711.

⁶⁶⁰ CORDÓN MORENO, F. *Proceso concursal*. Op. cit. Pg. 226. SENÉS MOTILLA, C. *Comentarios de la Ley Concursal*. Tomo II. (Rojo, A.; Beltrán, E.). Op. cit. Pg. 2.816. DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El Proceso Concursal*. Sexta Edición. Op. cit. Pg. 304. DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El incidente concursal*. Op. cit. Pg. 105. HERRERO PEREZAGUA, J. F. *Comentarios a la Ley Concursal. Volumen II*. (AAVV., Director BERCOWITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.). Op. cit. Pg. 1.955. HERRERA CUEVAS, E.J. *Manual de Derecho Concursal*. Segunda Edición. Op. cit. MASCARELL NAVARRO, M. J. "El incidente concursal". Op. cit. Pg. 20. LÓPEZ SÁNCHEZ, J. "Incidente concursal" en *Enciclopedia de Derecho concursal*. Tomo II. Beltrán, E.; García-Cruces, J.A. (Dirs.). Op. cit. Pgs. 1.709 y 1.710.

que se promueva el incidente. También parecen entenderlo así nuestros Tribunales⁶⁶¹

Pero hay quien considera que, ante el silencio de la Ley se ha de entender que la cuestión planteada es impertinente: i) cuando la propia Ley establece la imposibilidad de plantearla, como sucede, por ejemplo, respecto de las resoluciones sobre nombramiento o cese de Administradores concursales ex art. 39 LC; y ii) cuando exceda la jurisdicción del Juez del concurso, como sucedería si se plantearan ante él cuestiones a ventilar ante los órdenes contencioso-administrativo o penal, o pertenecientes a los órdenes civil o social pero no atribuidas a la jurisdicción del Juez del concurso según lo previsto en el art. 8 LC⁶⁶².

Otros autores plantean una suerte de descomposición de la causa de inadmisibilidad en dos partes: i) la «*cuestión planteada*», por la que ha de entenderse una cuestión incidental en sentido estricto, pues las acciones que siguen el cauce del incidente concursal no pueden ser sometidas a un filtro de admisibilidad más estricto que el que les correspondería de seguir la vía correspondiente en el caso de no estar declarado el concurso, amén de que ello supondría un juicio sobre el fondo realizado a *limine*, de más que dudosa constitucionalidad a la luz del significado y alcance del derecho a la tutela judicial efectiva; ii) la «*impertinencia*», refiriéndose a la misma en los términos en los que ya ha sido comentada en el primer punto de este apartado, al que nos remitimos⁶⁶³.

En relación con la propuesta de este último autor respecto al alcance de la expresión “*cuestión planteada*”, podría entenderse que, quizás, no hay tal cuestión, por cuanto que, como ya se vio al analizar el contenido del incidente concursal, y, particularmente, los apartados relativos a las acciones de que debe conocer el Juez del concurso y los procesos pendientes, en ambos casos ya se encomienda al Juez una suerte de juicio de admisibilidad, pero de carácter previo, que tiene que ver con la delimitación de la competencia del Juez del concurso para conocer de ellos, al margen de juicios sobre impertinencia, entendida en el sentido propuesto por el autor y relativo al hecho de que «*guarde*» relación con el proceso concursal.

⁶⁶¹ AAP Asturias, Sección 1ª, de fecha 2/04/2007 (recurso 129/2007), ponente Ilmo. Sr. D. José Ignacio Álvarez Sánchez, Fundamento de Derecho Primero: «*Lo que deba entenderse por «cuestión impertinente» aparece resuelto acudiendo a la definición que de tal concepto se contiene en el art. 283 LEC al hablar de lo que no guarde relación con lo que sea objeto del proceso, [...]»*

⁶⁶² ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. “El incidente concursal”. Revista Jurídica de Cataluña. Llei Concursal. Número 4, monográfico. Año CIII. Op. cit. Pg. 285. ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. *Nueva Ley Concursal. Ley 22/2003, de 9 de julio. Comentarios, jurisprudencia aplicable y formularios*. Op. cit. Pg. 819.

⁶⁶³ HERRERO PEREZAGUA, J. F. *Comentarios a la Ley Concursal. Volumen II*. (AAVV., Director BERCOWITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.). Op. cit. Pgs. 1.954 y 1.955.

b) *Falta de entidad necesaria de la cuestión planteada*

En este caso, es generalizado el entendimiento de que la solución es más difícil. Elementales criterios de prudencia llevan a pensar que las pretensiones de las partes deben recibir la necesaria respuesta judicial, como manifestación del principio de tutela judicial efectiva, sin que pueda quedar sin juzgarse alguna de ellas en razón a su «escasa entidad», máxime cuando el propio Legislador no expresa criterios de interpretación, reduciendo su labor a la formulación de una nueva cuestión jurídica indeterminada.

Se proponen por doctrina y Tribunales diversos criterios de interpretación. Unos con carácter alternativo, otros con carácter exclusivo.

i) Acudir al parámetro interpretativo que proporciona el art. 192.3 LC, que excluye del ámbito del incidente concursal la solicitud de actos de administración o su impugnación por razones de oportunidad⁶⁶⁴.

ii) Excluir todas aquellas cuestiones que tengan señalada en la propia LC una tramitación diferente a la del incidente concursal, siguiendo criterios de legalidad y no de oportunidad (art. 192.1 LC)⁶⁶⁵.

iii) La única solución es acudir a los principios generales informadores de nuestro proceso civil, especialmente aquellos que garantizan la contradicción y defensa, para entender que de la petición de la parte se debe dar traslado a la contraria posibilitando la presentación de la correspondientes pruebas y, tras ello, decidir mediante auto la cuestión

⁶⁶⁴ SENÉS MOTILLA, C. *Comentarios de la Ley Concursal*. Tomo II. (Rojo, A.; Beltrán, E.). Op. cit. Pg. 2.817. DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El Proceso Concursal*. Sexta Edición. Op. cit. Pg. 305. HERRERO PEREZAGUA, J. F. *Comentarios a la Ley Concursal. Volumen II*. (AAVV., Director BERCOWITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.). Op. cit. Pg. 1.955. Este autor vuelve a proponer que la causa de inadmisión sólo puede predicarse de las cuestiones estrictamente incidentales, remitiéndonos a lo ya comentado sobre el particular al tratar de la causa de inadmisión relativa a la impertinencia de la cuestión planteada. MASCARELL NAVARRO, M. J. "El incidente concursal". Op. cit. Pg. 20. HERRERA CUEVAS, E.J. *Manual de Derecho Concursal*. Segunda Edición. Op. cit. LÓPEZ SÁNCHEZ, J. "Incidente concursal" en *Enciclopedia de Derecho concursal. Tomo II*. Beltrán, E.; García-Cruces, J.A. (Dirs.). Op. cit. Pgs. 1.711 y 1.712.

⁶⁶⁵ DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El Proceso Concursal*. Sexta Edición. Op. cit. Pg. 305. HERRERA CUEVAS, E. J. *Manual de la Reforma Concursal. Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal y Ley Orgánica 8/2003, de 9 de Julio, para la reforma concursal*. Comentarios, Textos legales y esquemas. Op. cit. Pg. 671. SERRA DOMÍNGUEZ, M. *Comentarios a la Ley Concursal*. Tomo 3. (SAGRERA TIZÓN, J.M.; SALA REIXACS, A. y FERRER BARRIENDOS, A., Coordinadores). Op. cit. Pg. 1.923. CORDÓN MORENO, F. *Proceso concursal*. Op. cit. Pg. 226. YÁÑEZ VELASCO, R. *Nueva Ley Concursal: Comentarios y formularios a la Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal. Volumen II*. (AAVV.) Op. cit. Pg. 241. HERRERO PEREZAGUA, J. F. *Comentarios a la Ley Concursal. Volumen II*. (AAVV., Director BERCOWITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.). Op. cit. Pg. 1.955. ROCA MARTÍNEZ, J., en *Estudios de Derecho Concursal*. (AAVV., Director PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J.). Op. cit. Pg. 691.

planteada, que puede ser escrito o mediante la convocatoria de una comparecencia⁶⁶⁶.

iv) Sobre la base de entender que la falta de entidad necesaria permite excluir del trámite del incidente concursal el conocimiento de las cuestiones de escasa importancia, y teniendo en cuenta que la LC no prevé ningún otro cauce más simplificado para ventilar cuestiones de entidad menor, pero sí previene dar en el auto de inadmisión la tramitación que corresponda a la cuestión planteada, se propone que los principios de flexibilidad, rapidez y simplicidad inspiradores del procedimiento concursal permiten adoptar vías procedimentales más simplificadas (escrito del proponente, traslado a la parte contraria y resolución judicial)⁶⁶⁷.

v) La carencia de entidad necesaria debe ser interpretada en un sentido puramente económico, debido a la falta de mejores criterios o indicaciones en el propio articulado de la Ley. Dicha carencia podría superarse en el supuesto de que se acumularan diversos incidentes sobre la misma materia, lo cual le daría mayor trascendencia y entonces debería suponer la admisión del incidente. No obstante, se pretende salvar el criterio remitiéndose a lo que resuelvan los tribunales para perfilar una solución que evite situaciones injustas de indefensión⁶⁶⁸.

El criterio de nuestros Tribunales lo expresa, de nuevo, el AAP Asturias, de fecha 2/04/2007, que se inclina por combinar los criterios expresados en los dos primeros puntos más arriba expuestos⁶⁶⁹.

⁶⁶⁶ CASERO LINARES, L. (AAVV. Coord. PALOMAR OLMEDA, A.) *Comentarios a la Legislación Concursal*. Editorial Dykinson, S.L. Madrid, 2003. Pg. 1.240.

⁶⁶⁷ ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. "El incidente concursal". *Revista Jurídica de Cataluña*. Llei Concursal. Número 4, monográfico. Año CIII. Op. cit. Pgs. 286 y 274. ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. *Nueva Ley Concursal. Ley 22/2003, de 9 de julio. Comentarios, jurisprudencia aplicable y formularios*. Op. cit. Pgs. 819 y 810.

⁶⁶⁸ GÓMEZ GIL, M.A. *Ley Concursal. Comentarios Jurisprudencia Concordancias Doctrina*. Op. cit. Pg. 271.

⁶⁶⁹ AAP Asturias, Sección 1ª, de fecha 2/04/2007 (recurso 129/2007), ponente Ilmo. Sr. D. José Ignacio Álvarez Sánchez, Fundamento de Derecho Primero: «[...] y en cuanto a la cuestión carente de entidad necesaria podemos aceptar que con ello se está aludiendo a aquellas materias que encuentran vedado el acceso al cauce incidental como trámite de composición, como ocurre con todo lo que afecta al ámbito de actuación discrecional de la Administración concursal (art. 35.5 y 192-3 L.C.), o bien a aquellas otras en las que el remedio incidental aparece como subsidiario a otro tipo de actuación procesal previa o antecedente, como en el caso del derecho de separación (art. 80.2 L.C.), [...], etc., razón por la que en estos casos el propio art. 194.2 L.C. se encarga de precisar que el Juez dará a la cuestión planteada la tramitación que corresponda.»

C) *Emplazamiento*

Admitida la demanda mediante providencia se ha de emplazar a los demandados y a las demás partes personadas en el concurso, con entrega de copias de la demanda, o demandas, por plazo común de diez días, para que las contesten (art. 194.3 LC).

Recoge el precepto una especialidad del emplazamiento que se justifica por la peculiar fisionomía del concurso (con una pluralidad de secciones y de sujetos personados), y que consiste en su extensión a todas las partes personadas en la sección en la que se promueve el incidente, con independencia de que hubieran sido formalmente demandadas⁶⁷⁰. La especialidad trae causa de la redacción del art. 193.2 LC, por efecto del cual las partes personadas en el concurso tienen reconocidas facultades para intervenir en el incidente concursal con plena autonomía. En este sentido, el emplazamiento no es a los solos efectos de que contesten, sino que, como se desprende del precepto, puedan en su caso sostener la postura mantenida por el promotor del incidente concursal, ya que en esto puede consistir también su intervención⁶⁷¹.

En todo caso, deberán ser emplazados el deudor y la Administración concursal –salvo que sean demandantes–, pues la Ley les reconoce la condición de partes en todas las secciones del concurso sin necesidad de comparecencia en forma (art. 184.1 LC)⁶⁷².

La sanción por el incumplimiento del deber legal de emplazar a todos los personados en el procedimiento concursal es la nulidad de las actuaciones practicadas⁶⁷³.

⁶⁷⁰ SENÉS MOTILLA, C. *Comentarios de la Ley Concursal*. Tomo II. (Rojo, A.; Beltrán, E.). Op. cit. Pg. 2.818.

⁶⁷¹ HERRERO PEREZAGUA, J. F. *Comentarios a la Ley Concursal. Volumen II*. (AAVV., Director BERCOWITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.). Op. cit. Pg. 1.956. CASERO LINARES, L. (AAVV. Coord. PALOMAR OLMEDA, A.) *Comentarios a la Legislación Concursal*. Op. cit. Pgs. 1.240 y 1.241. MASCARELL NAVARRO, M. J. “El incidente concursal”. Op. cit. Pg. 22. DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El incidente concursal*. Op. cit. Pg. 108.

⁶⁷² DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El incidente concursal*. Op. cit. Pg. 109.

⁶⁷³ SAP Pontevedra, Sección 1ª, de fecha 17/12/2009 (recurso 731/2009), ponente Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Menéndez Estébenez, Fundamento de Derecho Segundo: «[...] A tenor del contenido de estos preceptos, y visto el desarrollo del incidente concursal, resulta evidente y manifiesto que se han infringido normas esenciales de procedimiento que han producido indefensión a los apelantes. En efecto, concurren todos los requisitos exigidos en los arts. 193 y 194.3 de la LC para que el Juzgado de lo Mercantil hubiese emplazado a los señores apelantes acreedores en el proceso concursal y, en cualquier caso, le hubiese admitido el escrito de contestación, convocando a continuación a las partes a la vista del juicio verbal, puesto que se hallaban personados -algo que nadie discute en aquel Procedimiento- y el Juzgado tenía la obligación de emplazarles para contestar a la demanda incidental al estar personada en el concurso, como dispone el art. 194.3 de la LC. Es obvio que cuando este precepto regula el obligatorio emplazamiento de las partes personadas, se refiere a las personadas en el

4. Contestación a la demanda

La contestación a la demanda en el incidente concursal debe hacerse por escrito y ajustarse a la forma prevenida en el art. 405 LEC para el juicio ordinario, en lógico paralelismo con la exigencia de que la demanda se haga en la forma establecida en el art. 399.

El plazo para contestar a la demanda es de diez días, que es común para las personas contra las que se dirija la demanda y para las demás partes personadas en el procedimiento concursal, cuando unos y otros no coincidan (art. 194.3 LC).

La falta de contestación a la demanda no debe originar, como regla general, la declaración de rebeldía, por ser ésta consecuencia de la falta de personación, y basta que se esté personado en el proceso principal para que se ostente el *status* formal de parte, sin que le sea exigible una comparecencia formal en el incidente concursal. Como excepción, deberá declararse en rebeldía a quien fuera demandado en el proceso incidental y no compareciera a contestar, ni se encontrare comparecido en el proceso concursal⁶⁷⁴. Ello no obstante, hay opiniones discrepantes⁶⁷⁵. Por otra parte, en la sustanciación de los incidentes concursales, los Tribunales vienen declarando en rebeldía a los demandados que no contestan a la demanda⁶⁷⁶.

proceso concursal, pues en el incidente recién iniciado es claro que el único personado es el propio demandante. Así las cosas, los acreedores comparecidos en forma en el concurso no tiene que solicitar su intervención en el incidente utilizando el trámite del art. 13 de la LEC, sino que es el Juzgado el que tiene la obligación de emplazarle dándole la oportunidad de comparecer en el incidente y de contestar a la demanda si a su derecho conviene, o de adoptar en el mismo la posición que estime oportuna, coadyuvando ya con la parte que lo hubiese propuesto ya con la contraria. En el proceso concursal el acreedor no tiene que acreditar ningún interés legítimo para ser parte en el incidente.

[...]

Por tanto, la actuación del Juzgado no emplazando al acreedor concursal personado, ha infringido normas esenciales del procedimiento concursal, causando indefensión a los apelantes, que no han sido oídos en el incidente ni se le ha dado oportunidad de ello cuando es lo cierto que tendrá evidente interés en mantener cuanto más amplio sea posible el patrimonio de la concursada para ser objeto de reparo. Por ello de conformidad con lo dispuesto en los arts. 238.3º y 240 de la LOPJ art. 238.3 art. 240, y en los arts. 225.3º y 227 de la art.225.3 art.227 LEC, procede decretar la nulidad de lo actuado en el presente incidente concursal, retrotrayendo las actuaciones al momento de la Providencia de admisión a trámite, a fin de que se acuerde el emplazamiento de los recurrentes para que contesten a la demanda incidental en el plazo de diez días.»

⁶⁷⁴ GARNICA MARTÍN, J. F. *Derecho concursal práctico. Comentarios a la Nueva Ley Concursal*. Fernández Ballesteros, M. A. (Coord.) Op. cit. Pg. 865. GARNICA MARTÍN, J. F. "La Nueva Ley Concursal". Cuadernos de Derecho Judicial. Op. cit. Pg. 261.

⁶⁷⁵ CASERO LINARES, L. (AAVV. Coord. PALOMAR OLMEDA, A.) *Comentarios a la Legislación Concursal*. Op. cit. Pg. 1.243.

⁶⁷⁶ SAP Córdoba, Sección 3ª, de fecha 28/04/2011 (recurso 118/2011), ponente Ilmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres, Fundamento de Derecho Primero: «Aunque en el recurso de apelación se formula en último lugar, debe examinarse primeramente la alegación relativa a infracciones procesales por falta de traslado de la contestación a la demanda efectuada por la administración concursal y la

La estructura de la contestación, al igual que la de la demanda, presentará el encabezamiento, exposición de hechos y de fundamentos de derecho, y suplico.

El contenido podrá estar integrado por la oposición a la demanda (negando o admitiendo expresamente los hechos de ésta, formulando excepciones procesales y materiales⁶⁷⁷) y el allanamiento total o parcial. En todo caso, debe recordarse que deberá fijarse claramente la posición que se ocupa en el incidente, con expresión de la tutela que se pide, a los efectos previstos en el art. 193.3 LC. El demandado debe proponer los medios de prueba de los que intente valerse, siendo este trámite preclusivo. Por lo demás, rigen para la contestación a la demanda incidental las disposiciones de la LEC (arts. 264 y 265) respecto a la aportación de documentos tanto procesales como de prueba, o la subsidiaria designación de archivos, protocolos o expedientes, ya indicada respecto a la demanda incidental.

falta de declaración de rebeldía de la concursada. Ciertamente, se trata de omisiones procesales cometidas en la tramitación del incidente concursal, pero teniendo en cuenta que no hubo vista, al no haberla solicitado ninguna de las partes, conforme previene el artículo 194.4 de la Ley Concursal, no puede considerarse que tales omisiones fueran relevantes para producir algún tipo de indefensión en la parte demandante, por lo que no pueden determinar nulidad alguna, más allá de la mera constatación de la irregularidad.»

SAP Vizcaya, Sección 4ª, de fecha 8/02/2012 (recurso 698/2011), ponente Ilma. Sra. Dª. María de los Reyes Castresana García, Fundamento Jurídico Tercero: «*Tanto por parte de la Administración Concursal como por la concursada Manufacturas Gonar SL no se contestó a la demanda incidental (art. 194 de la Ley Concursal), lo que nos lleva a acudir a lo dispuesto en el art. 496 de la LECn según el cual la declaración de rebeldía no será considerada como allanamiento ni como admisión de los hechos de la demanda, salvo los casos en que la ley expresamente disponga lo contrario. Quiere ello decir que corresponde a la parte actora acreditar los hechos constitutivos de su pretensión y al demandado la prueba de los hechos que impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos constitutivos, conforme a lo prevenido en el art. 217 de la LECn.*»

⁶⁷⁷ SAP Alicante, Sección 8ª, de fecha 31/05/2013 (recurso 62/2013), ponente Ilmo. Sr. D. Luis Antonio Soler Pascual, Fundamento de Derecho Segundo: «*Dirige en primer lugar el apelante su impugnación a la omisión de pronunciamientos sobre las excepciones procesales formuladas.*

Conforme al artículo 194-3 la contestación a la demanda incidental se hará en la forma prevenida en el artículo 405 LEC, precepto que prevé que sea en la contestación donde el demandado pueda formular las excepciones procesales que puedan oponerse a la continuación del proceso. Por tanto es evidente que el planteamiento de las excepciones en la contestación es procesalmente correcto.

El artículo 194-4 dispone que el juicio se desarrollará conforme a lo dispuesto en el artículo 443 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que prevé la resolución de las cuestiones procesales planteadas por el demandado con carácter previo al inicio de la fase probatoria.

Por otro lado el artículo 194-4 dispone que la vista sólo tendrá lugar cuando exista discusión sobre hechos relevantes y se haya propuesto prueba.

En congruencia con este supuesto el párrafo último del artículo 194 regula lo relativo a la decisión sobre las excepciones procesales para el caso de que no se celebre vista, estableciendo que "... si en el escrito de contestación se plantearan cuestiones procesales o se suscitara por el demandante a la vista de este escrito en el plazo de cinco días desde que se le dio traslado del mismo, el juez las resolverá dictando la resolución que proceda conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil para la resolución escrita de este tipo de cuestiones conforme a lo previsto en la audiencia previa del juicio ordinario. Si la decisión fuera la de continuar el proceso, dictará sentencia en el plazo de diez días".

Resulta por tanto evidente que hay infracción procesal en la tramitación del incidente y error de derecho en el argumento del Auto denegando el complemento, siendo por tanto procedente analizar por este Tribunal, con carácter previo a los motivos de impugnación de fondo, las excepciones planteadas.»

Se planteó, en un primer momento, un debate doctrinal en torno a la posibilidad de formular RECONVENCIÓN en el escrito de contestación a la demanda, habida cuenta de que, al remitirse la Ley, tras la contestación a la demanda o después de transcurrido el plazo para ello, a los trámites del juicio verbal, parece que no se contemplaba legalmente dicha posibilidad.

Partiendo de la constatación de que no hay exclusión expresa de la posibilidad de reconvenir, algunos autores⁶⁷⁸ consideran que la reconvencción debe entenderse admisible en principio, siempre y cuando exista una conexión entre la nueva pretensión del demandado y la contenida en la demanda incidental, y, además, la naturaleza de la competencia objetiva y del procedimiento lo permitan. Señalan que si el legislador hubiera deseado excluir la posibilidad de reconvenir, así lo habría reflejado en la norma y, además, cabe la reconvencción por la propia aplicación supletoria de la LEC (Disposición Final 5ª LC)⁶⁷⁹.

Otros autores sostienen que la posibilidad de reconvenir en el incidente concursal encuentra su fundamento frente al ejercicio de acciones autónomas que imperativamente deben ejercitarse ante el Juez del concurso (arts. 50.1 y 8.1º LC). En cualquier caso, se afirma, la reconvencción tiene un ámbito de aplicación muy limitado en el incidente concursal, al estar subordinada su admisibilidad a la competencia objetiva de los Juzgados de lo Mercantil (arts. 406.2 LEC y 86 *ter* LOPJ)⁶⁸⁰. En este mismo sentido, se considera que será admisible la reconvencción cuando el objeto del incidente concursal esté constituido por auténticos juicios declarativos y no por cuestiones incidentales, excluyéndola en el ámbito de estas últimas⁶⁸¹.

Sin embargo, no falta quien opina que nada impide en el incidente concursal que exista un cruce de demandas incidentales, donde los actores incidentales acaben siendo también demandados, lo que

⁶⁷⁸ DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El Proceso Concursal*. Quinta Edición. Op. Cit. Pg. 273. DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El incidente concursal*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2012. Pg. 110. HERRERO PEREZAGUA, J. F. *Comentarios a la Ley Concursal. Volumen II*. (AAVV., Director BERCOWITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.). Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.). Madrid, 2004. Pg. 1.950.

⁶⁷⁹ MAGRO SERVET, V. (Coordinador, AAVV). *Guía práctica de aplicación de la Ley Concursal. 1338 preguntas y respuestas que resuelven los problemas que plantea la nueva Ley*. Editorial La Ley-Actualidad. Madrid, 2004. Pgs. 595 y 598. MAGRO SERVET, V. "El incidente concursal en materia civil en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal". *Revista SEPIN LEC-45*. Op. cit.

⁶⁸⁰ SENÉS MOTILLA, C. *Comentarios de la Ley Concursal*. Tomo II. (Rojo, A.; Beltrán, E.). Op. cit. Pgs. 2.819 y 2.820.

⁶⁸¹ GARNICA MARTÍN, J. F. *Derecho concursal práctico. Comentarios a la Nueva Ley Concursal*. Fernández Ballesteros, M. A. (Coord.) Op. cit. Pg. 865. GARNICA MARTÍN, J. F. "La nueva Ley Concursal". Op. cit. Pg. 261.

básicamente concibe una situación reconvenzional, pero no nacida en el trámite de contestación a la demanda, sino anterior a él⁶⁸².

En el otro fiel de la balanza, se sostiene que no cabe reconvección en el incidente concursal, sin perjuicio del derecho del demandado incidental a formular a su vez demanda incidental contra el deudor cuando proceda y sin perjuicio asimismo, en ese caso, de la eventual acumulación de actuaciones incidentales que pudiera decretarse⁶⁸³.

Creemos que la clave acerca de la posibilidad de formular reconvección en el incidente concursal reside en las normas generales reguladoras de la reconvección (exigencia de conexidad) y, especialmente, en las que regulan la competencia objetiva por razón de la materia del Juez del concurso (arts. 8 LC y 86 *ter* LOPJ). Los propios autores que se muestran partidarios de su admisión reconocen que ésta lo será siempre con carácter muy limitado, en función de lo que se desprenda de las normas sobre competencia del Juez del concurso. Ya vimos, en su momento, que éste no es competente para conocer de las acciones que el deudor pueda dirigir frente a terceros, ajenos al concurso, ya que el art. 8.1º LC atribuye jurisdicción exclusiva y excluyente a los Jueces de lo mercantil para conocer de las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado. En este sentido, quedarían fuera de la competencia del Juez del concurso las acciones que el concursado dirija contra el patrimonio de terceros. La consecuencia inmediata, en relación con la posibilidad de formular reconvección, será que el deudor concursado, cuando aparezca como demandado o conteste oponiéndose a pretensiones formuladas en algún incidente concursal, no podrá, por vía de reconvección, ejercitar acciones frente a terceros, porque el Juez del concurso carecerá de competencia para conocer de ella. Creemos que la cuestión podría cerrarse trayendo a colación los principios que se estudiaron al exponer las “*nociones generales acerca de las partes procesales*” (apartado 1, del Capítulo V del presente trabajo). Se hizo referencia entonces a que la dualidad de posiciones en todo proceso ha de preservar los principios de contradicción o audiencia bilateral, y de igualdad, principio que exige una equivalencia entre las obligaciones, cargas, expectativas y derechos de los litigantes, aunque no siempre con la misma intensidad. Si en el ámbito del incidente concursal cualesquiera partes personadas pueden formular reconvección, a excepción del deudor concursado en aquellos casos en los que aprovechase el cauce

⁶⁸² YÁÑEZ VELASCO, R. Nueva Ley Concursal: Comentarios y formularios a la Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal. Volumen II. (AAVV.) Op. cit. Pg. 240.

⁶⁸³ ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. “El incidente concursal” en *Revista Jurídica de Cataluña. Llei Concursal*, Número 4, monográfico. Año CIII. Op. cit. Pg. 287. ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. *Nueva Ley Concursal. Ley 22/2003, de 9 de julio. Comentarios, jurisprudencia aplicable y formularios*. Op. cit. Pg. 820.

de la reconversión para dirigir acciones contra el patrimonio de terceros, no podría afirmarse que el principio de igualdad de partes (principio procesal público) estuviera salvaguardado, lo que debería llevar a la conclusión de que la admisibilidad de la reconversión en el ámbito del procedimiento incidental de la LC no es absoluta.

En la práctica judicial, ya desde las primeras resoluciones se ponía el acento en la observancia de las normas generales de la LEC (en concreto, la conexidad entre los objetos de la reconversión y la demanda rectora del procedimiento incidental), añadiendo otro límite relacionado con el plazo legal establecido para el ejercicio de la acción reconversional⁶⁸⁴.

Este criterio ha sido confirmado, posteriormente, por los Tribunales de apelación⁶⁸⁵.

⁶⁸⁴ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número Tres de Barcelona, de fecha 27/02/2006, Ponente Fernández Seijo, José María: «[...] No hay en la Ley Concursal normas específicas sobre la posibilidad de reconvenir en los incidentes concursales circunstancia que lleva a considerar la posible aplicación del régimen general de la LECiv/2000.

Sentado lo anterior debe examinarse si en el supuesto de autos cabe la reconversión en los términos planteados por la concursada, en este punto debe advertirse:

1) Tanto el artículo 406 como el 438 de la LECiv exigen que para admitirse la reconversión es necesario que exista conexión entre las pretensiones de la reconversión y las que sean objeto de la demanda principal [...]

2) Pese a lo anterior la concurrencia de esa conexión genérica no habilita de modo automático la admisión de la reconversión dado que el artículo 96.1 establece –cuando aborda la cuestión referida a la legitimación para impugnar– que cualquier interesado podrá impugnar la lista de acreedores, por lo tanto la concursada podría haber planteado el incidente de impugnación reclamando el tratamiento de ambas cuestiones dentro del plazo genérico de 10 días para impugnar el informe. Por la vía elegida de la reconversión la concursada ha planteado una cuestión que debería, en su caso, haber planteado por medio de una específica demanda de impugnación [...] la reconversión no evidencia sino la preclusión del trámite para impugnar una calificación que la concursada considera desacertada respecto de los recargos, no puede eludir por la vía de la reconversión un plazo que ya se le habilitaba por la vía de la impugnación.»

⁶⁸⁵ SAP Córdoba, Sección 3ª, de fecha 18/01/2011 (recurso 352/2010), ponente Ilmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres, Fundamento de Derecho Segundo: «Respecto a la admisibilidad de la reconversión en los incidentes concursales, dicha cuestión ha sido discutida y controvertida desde la entrada en vigor de la Ley Concursal, ya que sus artículos 192 a 194 no lo regulan. En relación con lo cual, es criterio de este tribunal que la reconversión, que no está prohibida expresamente por la Ley, será admisible siempre y cuando se cumpla el requisito de conexidad entre la pretensión reconversional y la pretensión de la demanda incidental concursal que, con carácter general, exigen los artículos 406 y 438 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (aplicables supletoriamente, según determina la Disposición Final Quinta de la Ley Concursal), con dos excepciones: a) que la reconversión se dirija contra un sujeto no demandante, cuando se trate de un tercero ajeno al proceso concursal, puesto que el conocimiento de dicha acción quedaría fuera del ámbito competencial del juez del concurso, a tenor del artículo 8 de la Ley Concursal; b) que la reconversión se formule en un incidente concursal de impugnación del inventario o de la lista de acreedores, introduciendo como nueva pretensión una revisión del contenido de tales documentos fuera de los plazos preclusivos del artículo 96 de la Ley Concursal.»

SAP Valencia, Sección 9ª, de fecha 27/10/2011 (recurso 388/2011), ponente Ilmo. Sr. D. Gonzalo Caruana Font de Mora, Razonamiento Jurídico Tercero. Pone el acento en la imposibilidad de reconvenir cuando se incurre en extemporaneidad en el ejercicio de la acción reconversional: «En cuanto a la pretensión de la entidad concursada en principio nada impide su admisión a trámite, otra cosa es que a la acción por ella entablada vía reconversional en este incidente que es exclusivamente de impugnación de lista de acreedores, reconocimiento y calificación de créditos,

Contra el auto que inadmite la reconvencción cabe recurso de reposición⁶⁸⁶.

5. El trámite de la vista

La Ley 38/2011 ha atribuido al art. 194.4 LC la redacción vigente. Se hace preciso añadir, *hasta la fecha*, habida cuenta del ritmo que sigue el Legislador al modificar el texto de la Ley.

Se incluirá también, en este apartado, el estudio de las cuestiones procesales que pudieran plantearse en el incidente concursal, así como el de la resolución en materia de prueba, y ello debido a que la nueva redacción del precepto hace que dichas materias se encuentren claramente relacionadas con el trámite de la vista, que le proporciona el título.

A) Planteamiento y resolución de cuestiones procesales

La primera cuestión que suscita el estudio del precepto es la relativa al tratamiento que dispensa la Ley a las cuestiones procesales planteadas por las partes en el incidente concursal.

sea por completo extemporánea y por ello razón suficiente para su no estimación sin necesidad de analizar su fondo propiamente dicho.»

SAP Burgos, Sección 3ª, de fecha 20/05/2015 (recurso 98/2015), ponente Ilmo. Sr. D. Juan Francisco Sancho Fraile, Razonamiento Jurídico Segundo: *«En principio, los momentos preclusivos alegatorios son la demanda, contestación, reconvencción y, lógicamente, contestación a la reconvencción -ex art. 412-1 LEC-. La excepción son las alegaciones complementarias del art. 426 LEC.*

La referencia de su eventual alegación son los escritos de demanda y contestación, no otros u otros actos procesales -así se infiere, del mismo modo del art. 286 LEC, de la expresión "precluidos aquellos actos", como los momentos procesales ordinariamente previstos-.»

⁶⁸⁶ AAP Madrid, Sección 28ª, de fecha 16/01/2009 (recurso 318/2008), ponente Ilmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena, Razonamiento Jurídico Segundo: *«Esta diferencia de régimen de recursos de la resolución de inadmisión a trámite de una demanda principal y de la de inadmisión de una reconvencción, tanto en la Ley Concursal como en la Ley de Enjuiciamiento Civil, puede venir justificada porque la resolución que inadmite a trámite la reconvencción, al contrario de lo que sucede con la que inadmite a trámite la demanda, no es una resolución "definitiva", ya que por tales se entienden únicamente "...las que ponen fin a la primera instancia y las que decidan los recursos interpuestos frente a ellas..." (art. 207.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya citado), y es evidente que la inadmisión de la reconvencción no pone fin al proceso ya iniciado en virtud de la demanda del demandante incidental.*

Al reconviniendo en un incidente concursal que ha visto inadmitida su reconvencción no se le cierran las puertas al ejercicio de la misma acción mediante demanda incidental independiente, pudiendo solicitar, en su caso, la acumulación al otro incidente concursal o, de no ser procedente, la suspensión prejudicial si estimaba que la cuestión planteada en la misma quedaba condicionada por la discutida en el otro incidente concursal en los términos previstos en el art. 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

El nuevo párrafo tercero del art. 194.4 LC establece que si se suscitasen cuestiones procesales en el escrito de contestación, o si lo hiciera el demandante a la vista de este escrito en el plazo de cinco días desde que se le hubiera dado traslado, el Juez resolverá según las reglas establecidas para la audiencia previa del juicio ordinario en la LEC, pero siempre por medio de una resolución escrita. La resolución será un auto que ordenará bien el sobreseimiento del incidente, bien la subsanación del defecto advertido. Si entiende que la cuestión procesal debe ser desestimada, dictará sentencia en el plazo de diez días que contendrá tanto la desestimación de la cuestión planteada como el pronunciamiento sobre la cuestión de fondo. Pero la referencia, contenida en el inciso primero, que vincula la aplicación de la norma a la concurrencia de los supuestos previstos en el párrafo anterior, limita el empleo de este trámite a todos aquellos casos en los que el Juez ha de dictar sentencia sin celebración de vista.

Si se hubiese propuesto y admitido prueba que haya de practicarse en la vista y, por tanto, ésta hubiera de celebrarse, las cuestiones procesales se resolverán en la propia vista del incidente concursal. Por el contrario, en relación con el juicio ordinario, resueltas las cuestiones procesales, fijado el debate y solventadas las impugnaciones sobre proposición de prueba, es posible que se prescinda de la celebración del juicio⁶⁸⁷.

La remisión a la LEC para la resolución de las cuestiones procesales ha de entenderse efectuada al art. 417.2, que prevé que el Juez pueda resolver por escrito sobre cuestiones procesales no resueltas durante la audiencia previa, difiriendo su resolución a los cinco días posteriores. Resolución que ha de revestir forma de auto⁶⁸⁸. Se introduce, así, una nueva resolución interlocutoria en la tramitación del incidente concursal⁶⁸⁹.

Pero el art. 194.4 LC no precisa cómo debe actuarse en el caso de que quien haya planteado el defecto sea el demandado, en la medida en que no dice la norma si será preciso que el órgano jurisdiccional deba conceder un traslado -a propósito- de contestación, o si debe ser la propia parte actora quien tome la iniciativa de hacer las alegaciones que considere oportunas dentro de los cinco días siguientes al traslado del escrito de contestación a la demanda, como literalmente se deriva de ella.

⁶⁸⁷ LÓPEZ SÁNCHEZ, J. "Incidente concursal" en *Enciclopedia de Derecho concursal. Tomo II*. Beltrán, E.; García-Cruces, J.A. (Dir.). Op. cit. Pgs. 1.714 y 1.715.

⁶⁸⁸ GIMENO SENDRA, V. *Derecho procesal civil II. Los procesos especiales*. 4ª Edición. Constitución y Leyes, S.A. Madrid, 2012. Pg. 694.

⁶⁸⁹ FUENTES DEVESA, R. "El incidente concursal ante el informe de la administración concursal", en *Tratado práctico del Derecho concursal y su reforma*. (Martínez Sanz, F., director). Editorial Tecnos, 2012. Pg. 690.

La norma omite todo trámite en el caso de que quien ponga de manifiesto los defectos en que hubiera incurrido la contestación sea la parte demandante (dentro del traslado de cinco días que prevé la Ley). No es razonable entender, a este respecto, que el precepto no considere preciso oír sobre esas alegaciones a la contraparte. Debería procurarse, en tal caso, un nuevo traslado a los demandados a fin de que pudieran pronunciarse sobre las alegación de cuestiones procesales formulada por la demandante⁶⁹⁰.

Con este juego de traslados, no legalmente previstos, puede salvaguardarse la seguridad jurídica y el respeto al principio procesal de igualdad de armas. Sin embargo, no podrá decirse que la subsanación por escrito de defectos procesales comporte economía de trámites respecto del señalamiento de vista (que trata de evitarse con él), ya que puede representar, por el contrario, un serio entorpecimiento de la marcha del proceso⁶⁹¹, introduciendo la norma una complejidad que no tiene explicación⁶⁹².

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 3ª, de fecha 15/10/2012 (recurso nº 307/2012), ponente Ilmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres, Fundamentos de Derecho Primero y Segundo, pone de manifiesto que la solución que adopta la práctica judicial pasa por conferir audiencia (traslado de las cuestiones procesales) a la contraparte del proponente, considerando la omisión del trámite un defecto causante de indefensión y determinante de la nulidad de lo actuado⁶⁹³.

⁶⁹⁰ GARNICA MARTÍN, J.F. "De las normas procesales generales y del sistema de recursos (Artículos 183-198 LC)", en AAVV *Tratado judicial de la insolvencia*. Tomo II. Op. cit. Pg. 859.

⁶⁹¹ GARNICA MARTÍN, J.F. "De las normas procesales generales y del sistema de recursos (Artículos 183-198 LC)", en AAVV *Tratado judicial de la insolvencia*. Tomo II. Op. cit. Pg. 860.

⁶⁹² FUENTES DEVESA, R. "El incidente concursal ante el informe de la administración concursal", en *Tratado práctico del Derecho concursal y su reforma*. (Martínez Sanz, F., director). Op. cit. Pg. 690.

⁶⁹³ SAP Córdoba, sección 3ª, de fecha 15/10/2012 (recurso nº 307/2012), ponente Ilmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres, Fundamentos de Derecho Primero y Segundo: «*Como es de rigor, ha de examinarse primeramente la petición de nulidad de actuaciones formulada con carácter previo en el recurso de apelación. La misma se basa en que habiendo opuesto la parte demandada en el incidente concursal –la administración concursal– la excepción de falta de legitimación activa de la parte actora (ahora apelante), el Juzgado dictó sentencia acogiendo dicha excepción, sin haber dado traslado de la misma a la demandante, ni oportunidad procesal de rebatirla y proponer y practicar prueba al respecto. Ciertamente, este problema no es nuevo y se viene suscitando desde que se reformó la regulación del incidente concursal mediante el Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo, acentuándose tras la nueva reforma del apartado 4 del artículo 194 de la Ley Concursal llevada a cabo por la Ley 38/2011, de 10 de octubre. Como es sabido, en ambas reformas se suprime la obligatoriedad de la vista en el incidente concursal, cuya celebración queda restringida a aquellos casos en que exista discusión sobre los hechos y éstos sean relevantes a criterio del juez, y se hayan propuesto en los escritos de alegaciones medios de prueba considerados pertinentes y útiles. Sin embargo, se añade en el último párrafo del citado artículo 194.4 una previsión según la cual, cuando en la contestación a la demanda incidental se planteen cuestiones procesales, el demandante podrá rebatirlas en el plazo de cinco días desde que se le dio traslado de la misma, en cuyo caso el juez las resolverá [...]*

SEGUNDO.- En este caso, como ya se ha dicho, la administración concursal, como parte demandada en el incidente, planteó en su contestación a la demanda la excepción de falta de legitimación activa de la

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 8ª, de fecha 31/05/2013 [recurso nº 62 (M-15) 13]⁶⁹⁴ distingue según que el incidente concursal se tramite con los requisitos que hace necesaria la celebración de vista o no. En este último caso, será de aplicación el trámite escrito del art. 194.4 LC. Si hubiera lugar a la celebración de la vista, habrá que resolver las cuestiones procesales al inicio de ésta.

B) Requisitos necesarios para la válida celebración de la vista

Tal y como señala el actual art. 194.4 LC, párrafo primero, inciso segundo, la vista «se desarrollará en la forma prevista en el artículo 443 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para los juicios verbales». Esta remisión, sin duda tributaria de la contenida en la redacción originaria de la Ley, ha quedado considerablemente desprovista de sentido en la actualidad, por cuanto que se hace a la regulación de un tipo de proceso declarativo ordinario (el verbal) que presenta una estructura procedimental muy distinta a la del actual incidente concursal⁶⁹⁵.

El desacierto de la remisión queda evidenciado porque el art. 443.3 y 4 de la LEC establece, para el juicio verbal, unos trámites en el desarrollo de la vista que, sin embargo, en el cauce del incidente concursal, se han practicado previamente por el Juez del concurso. Se trata de la resolución de las cuestiones procesales (art. 194.4, último párrafo) y la admisión de los medios de prueba propuestos en los escritos de alegaciones por las partes⁶⁹⁶.

parte actora; alegación que evidentemente tiene el carácter de cuestión procesal de las que se refiere el citado artículo 194.4 [...]; por lo que su correcto tratamiento procedimental hubiera requerido que el Juzgado, antes de dictar sentencia, hubiera conferido el traslado por cinco días a la parte actora ya indicado y, a continuación, hubiera dictado auto (conforme a la remisión implícita al artículo 417.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) estimando o rechazando la cuestión procesal planteada. Al no haberlo hecho así, se privó a la parte demandante de la posibilidad de hacer alegaciones (y, en su caso, de proponer prueba) sobre tal cuestión, causándole indefensión. [...]La mencionada omisión constituye, pues, un defecto procesal causante de indefensión, que debe dar lugar a la nulidad de actuaciones [...]»

⁶⁹⁴ SAP Alicante, sección 8ª, de fecha 31/05/2013 [recurso nº 62 (M-15) 13], ponente Ilmo. Sr. D. Luis Antonio Soler Pascual, Fundamento de Derecho Segundo: «El artículo 194-4 dispone que el juicio se desarrollará conforme a lo dispuesto en el artículo 443 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que prevé la resolución de las cuestiones procesales planteadas por el demandado con carácter previo al inicio de la fase probatoria.

Por otro lado el artículo 194-4 dispone que la vista sólo tendrá lugar cuando exista discusión sobre hechos relevantes y se haya propuesto prueba.

En congruencia con este supuesto el párrafo último del artículo 194 regula lo relativo a la decisión sobre las excepciones procesales para el caso de que no se celebre vista, [...]»

⁶⁹⁵ DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel. *El Proceso Concursal*. Quinta edición. Op. cit. Pg. 267.

⁶⁹⁶ REDONDO GARCÍA, F. "Comentarios al art. 194 LC", en *Proceso concursal (AAVV)*. Sala Reixachs, A.; Alonso-Cuevillas Sayrol, J.; Machado Plazas, J.; Vila Florensa, P. (Coords.). Op. cit. Pg. 1.003.

Resulta necesario aclarar que la actual remisión del primer párrafo del art. 194.4 LC a la forma prevista en el art. 443 LEC para los juicios verbales se refiere, exclusivamente, al desarrollo de la vista, mientras que dicha remisión era, anteriormente, más genérica y abierta⁶⁹⁷ ya que se hacía al juicio verbal como procedimiento.

Con arreglo a la redacción del vigente art. 194.4 LC⁶⁹⁸, la celebración de la vista del incidente concursal se condiciona a la concurrencia de una serie de requisitos: que exista contestación a la demanda, así como discusión sobre los hechos que han de ser relevantes a juicio del Juez, que se proponga prueba en los escritos de alegaciones, que no sea documental (no impugnada) o informes periciales no sujetos a ratificación.

La previsión recuerda la norma contenida en el artículo 429.8 LEC para el juicio ordinario, conforme a la cual, cuando la única prueba admitida sea la de documentos, y éstos ya se hubieran aportado al proceso sin resultar impugnados, o cuando se hayan presentado informes periciales, y ni las partes ni el tribunal solicitaran la presencia de los peritos en el juicio para la ratificación de su informe, el tribunal procederá a dictar sentencia, sin previa celebración de juicio. Parece que el precepto de la última reforma concursal ha copiado la literalidad del art. 429.8 LEC, pues alude a documentos que «*ya se hubieran aportado al proceso*», en lugar de aludir al incidente o al concurso de acreedores⁶⁹⁹. La diferencia entre la previsión contenida en la regulación del juicio ordinario y la relativa al incidente concursal se aprecia en el sentido de la norma. Mientras que la de la LEC marca el requisito para que pueda finalizar el proceso por sentencia, sin trámite oral contradictorio de práctica de prueba, la norma de la LC señala los requisitos que ha de llenar el trámite

⁶⁹⁷ GARNICA MARTÍN, J.F. "De las normas procesales generales y del sistema de recursos (Artículos 183-198 LC)", en AAVV *Tratado judicial de la insolvencia*. Tomo II. Op. cit. Pg. 858.

⁶⁹⁸ Art. 194.4 LC en vigor: «*Sólo se citará a las partes para la vista cuando se haya presentado escrito de contestación a la demanda, exista discusión sobre los hechos y éstos sean relevantes a juicio del juez, y se hayan propuesto en los escritos de alegaciones medios de prueba, previa a la declaración de su pertinencia y utilidad. Esta vista se desarrollará en la forma prevista en el artículo 443 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para los juicios verbales.*

En otro caso, el juez dictará sentencia sin más trámites. Lo mismo hará cuando la única prueba que resulte admitida sea la de documentos, y éstos ya se hubieran aportado al proceso sin resultar impugnados, o cuando sólo se hayan aportado informes periciales, y ni las partes ni el juez soliciten la presencia de los peritos en el juicio para la ratificación de su informe.

En cualquiera de los supuestos previstos en el párrafo anterior, si en el escrito de contestación se plantearan cuestiones procesales o se suscitaran por el demandante a la vista de este escrito en el plazo de cinco días desde que se le dio traslado del mismo, el juez las resolverá dictando la resolución que proceda conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil para la resolución escrita de este tipo de cuestiones conforme a lo previsto en la audiencia previa del juicio ordinario. Si la decisión fuera la de continuar el proceso, dictará sentencia en el plazo de diez días.»

⁶⁹⁹ LÓPEZ SÁNCHEZ, J. "Incidente concursal" en *Enciclopedia de Derecho concursal*. Tomo II. Op. cit. Pg. 1.714.

para que en el proceso tenga lugar la vista. Aunque uno y otro se vinculan a la proposición de prueba.

Los requisitos previstos en el art. 194.4 LC, determinantes de la celebración de la vista, son *cumulativos*, como ya tuvimos ocasión de poner de manifiesto anteriormente⁷⁰⁰. Pero algunos de estos requisitos exigen un acto procesal del actor posterior a la contestación a la demanda y anterior a la toma de decisión sobre la celebración de la vista. Repárese en que no es posible omitir la vista si los documentos aportados por el demandado hubiesen sido impugnados por el actor, pero la impugnación de estos documentos exige un trámite procesal posterior a la contestación y previo a la celebración de la vista, no legalmente previsto. Lo mismo puede decirse respecto de la solicitud, formulada por el actor, de presencia en la vista del perito que hubiera elaborado el dictamen presentado por el demandado⁷⁰¹. Sobre estos particulares volveremos al examinar los indicados requisitos, pero resulta de interés formular, de antemano, esta advertencia.

Dedicaremos los siguientes puntos de este apartado al análisis de los requisitos necesarios para la válida celebración de la vista en el incidente concursal.

a) *Que exista contestación a la demanda*

Este requisito supone dejar en manos del demandado la posibilidad de que el actor haga valer la prueba que proponga en la demanda. Si el actor propusiese en la demanda la práctica de pruebas personales para el acto de la vista, de las que dependiera la acreditación de su pretensión, bastaría al demandado con no contestar a la demanda para que dichas pruebas no pudieran practicarse⁷⁰².

La previsión legal parece ignorar que, en nuestro sistema procesal, la ausencia de contestación a la demanda, o incluso la falta de comparecencia del demandado (rebeldía procesal)⁷⁰³, como regla general, no equivale al allanamiento, o a la admisión tácita de los hechos de la demanda, sino que en tales casos debe ser considerada la parte

⁷⁰⁰ Apartado 4.1, del punto 4, del Capítulo II de este trabajo.

⁷⁰¹ LÓPEZ SÁNCHEZ, J. "Incidente concursal" en *Enciclopedia de Derecho concursal. Tomo II*. Beltrán, E.; García-Cruces, J.A. (Dir.). Op. cit. Pg. 1.714.

⁷⁰² MARINA COLL, R. y CADENAS DE GEA, C. *El incidente concursal*. Op. cit. Pg. 76.

⁷⁰³ Será difícil, aunque no imposible, declarar la rebeldía del deudor demandado en los incidentes concursales que se interpongan en su contra, porque una vez personado en el proceso concursal principal, de conformidad con lo dispuesto en el art. 184.1 LC, «*En todas las secciones serán reconocidos como parte, sin necesidad de comparecencia en forma, el deudor...*», siendo que, además, el incidente concursal es un procedimiento concebido para promoverse en todas y cada una de las secciones del concurso de acreedores (art. 192.1 LC).

opuesta a los mismos (art. 496.2 LEC), por lo que el actor no resulta liberado de la carga de probar los hechos constitutivos de su pretensión. Aunque dicha regla general admite excepciones (arts. 602, 618, 816.1 y 825 LEC), éstas han de estar previstas *expresamente* por la Ley, que, en el caso que nos ocupa, guarda silencio al respecto. Por lo que, o bien el legislador no se ha dado cuenta, o ha querido establecer un régimen distinto para la falta de contestación en el incidente concursal, sin llegar a hacerlo.

Nos encontramos con un dilema de no fácil solución para el intérprete: cabe preguntarse cómo habrá que proceder en el caso de que el actor haya propuesto en la demanda medios de prueba personales con los que acreditar hechos constitutivos de relevancia para la resolución del proceso, tales como la mala fe de alguno de los intervinientes en una operación sujeta a reintegración, o cualesquiera de los hechos a los que legalmente se anuda la calificación del concurso como culpable (art. 164.2 LC). El legislador no admite que tales medios de prueba puedan practicarse, pues no permite el señalamiento de vista (recuérdese que la contestación es uno de los requisitos que han de concurrir, cumulativamente, junto con los otros que contempla la Ley). Sin que tampoco puedan considerarse admitidos esos hechos por la parte demandada, ni tenerlos por acreditados⁷⁰⁴.

La solución del problema de interpretación habrá de pasar por valorar, por un lado, el alcance de una previsión legal que parece establecer, como norma, la vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) de la parte demandante, cuya proposición de prueba de carácter personal, admitida en derecho, para acreditar los hechos en que funda la demanda puede quedar reducida al mero designio de su oponente, al que bastaría con no contestar a la demanda para privar al actor de la oportunidad procesal de practicar dicha prueba, sin justificación alguna. Por otro lado, habría que ponderar el alcance del principio de legalidad procesal (art. 1 LEC), para tratar de determinar el efecto de la falta de contestación a la demanda por parte del demandado, en el incidente concursal, en relación con la falta de previsión de una excepción al carácter cumulativo de los requisitos legalmente previstos para la válida celebración de vista en el art. 194.4 LC. Un grosero defecto en la redacción del precepto citado justifica el planteamiento de este problema de interpretación, y lo traslada a la práctica forense para ser enfrentado por los operadores jurídicos.

⁷⁰⁴ GARNICA MARTÍN, J.F. "De las normas procesales generales y del sistema de recursos (Artículos 183-198 LC)", en AAVV *Tratado judicial de la insolvencia*. Tomo II. Op. cit. Pg. 861. DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El incidente concursal*. Op. cit. Pgs. 117 y 118. MARINA COLL, R. y CADENAS DE GEA, C. *El incidente concursal*. Op. cit. Pgs. 76 y 77.

La protección del superior interés representado por la salvaguarda del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, reconocido por nuestra Constitución, debe inclinar la balanza a favor de que se permita la celebración de vista aunque no exista contestación de la demandada, siempre que la actora hubiera propuesto medios de prueba de carácter personal, y los mismos resulten pertinentes⁷⁰⁵.

La celebración de vista a instancia de una sola de las partes viene siendo admitida por nuestros tribunales. Cabe citar, al respecto, las SSAP Valencia, Sección 9ª, de fechas 11/05/2011 (recurso nº 759/2010), 30/05/2012 (recurso nº 194/2012), 28/06/2012 (recurso nº 278/2012) y 18/12/2013 (recurso nº 605/2013), siendo ponente en todas ellas el Ilmo. Sr. D. Gonzalo María Caruana Font de Mora, así como la SAP Mérida, Unidad procesal de apoyo directo, de fecha 1/12/2011 (recurso nº 306/2011), Fundamento de Derecho Segundo⁷⁰⁶.

b) *Que exista discusión sobre los hechos, que han de ser relevantes a juicio del juez*

La razón de ser que justifica el señalamiento de vista es que exista la necesidad de practicar la prueba que, admitida, tenga carácter personal, es decir, que deba desarrollarse en un acto oral a presencia

⁷⁰⁵ GARNICA MARTÍN, J.F. “De las normas procesales generales y del sistema de recursos (Artículos 183-198 LC)”, en AAVV *Tratado judicial de la insolvencia*. Tomo II. Op. cit. Pg. 861. MARINA COLL, R. y CADENAS DE GEA, C. *El incidente concursal*. Op. cit. Pg. 77.

⁷⁰⁶ Por todas las sentencias citadas de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 9ª, reproducimos parte del Fundamento de Derecho Segundo de la de fecha 30/05/2012: «*El artículo 194-4 de la Ley Concursal que referente al incidente concursal, establece tras la reforma legal operada por el RDL 3/09 de 27 de Marzo de Medidas urgentes en materia tributaria y financiera aplicable al caso dada su vigencia, que, “[...]”*. No obstante, la confusión que puede generar la dicción gramatical del precepto, ha de entenderse que no es viable la celebración de vista cuando parte alguna lo ha interesado o cuando interesada para la práctica de la prueba, ésta es denegada por impertinente. No puede interpretarse, en cambio, que para su celebración es indispensable que sea peticionada por todas las partes, pues si bien los términos del precepto se redactan en plural, tampoco dice que deba ser de consuno y entenderlo de esta manera, implicaría dejar el control de ese acto judicial a una de las partes litigantes, pues bastaría la negativa u omisión de una de ellas para no ser viable que el Juez acordase la vista y por tanto dejar a la parte indefensa al ni siquiera permitirle el recibimiento a prueba, con clara vulneración del derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) e implicaría un fraude procesal proscrito por el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.» SAP Mérida, de fecha 1/12/2011, ponente la Ilma. Sra. Dª. María Isabel Bueno Trenado, Fundamento de Derecho Segundo: «*Por tanto, a la vista de la dicción gramatical del precepto, ha de entenderse que no es viable la celebración de vista cuando parte alguna lo ha interesado o cuando interesada para la práctica de la prueba, ésta es denegada por impertinente, y si bien no puede interpretarse, que para su celebración es indispensable que sea peticionada por todas las partes, pues si bien los términos del precepto se redactan en plural, tampoco dice que deba ser de consenso y entenderlo de esta manera, implicaría dejar el control de ese acto judicial a una de las partes litigantes, pues bastaría la negativa u omisión de una de ellas para no ser viable que el Juez acordase la nulidad y por tanto dejar a la parte indefensa al ni siquiera permitirle el recibimiento a prueba, con clara vulneración del derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva e implicaría un fraude procesal proscrito por el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial...»*

judicial (interrogatorio de partes, testifical y, en determinados supuestos, pericial) y sujeta a la contradicción de las partes. La apertura de un proceso probatorio exige la previa constatación por el Juez de la existencia de una controversia fáctica entre las partes, o lo que es lo mismo, que éstas aleguen hechos sobre los que haya disconformidad, lo que excluye dicha necesidad cuando se trata de la alegación de hechos notorios (art. 281.4 LEC), no controvertidos (art. 281.3 LEC), o irrelevantes para la resolución de la cuestión litigiosa (art. 283.2 LEC).

Pero la discusión sobre los hechos es una cuestión previa a la proposición de prueba. Si no se conocen los hechos controvertidos la proposición de prueba queda incompleta. En este sentido, parece obvio que el demandado puede discutir en su escrito de contestación los hechos alegados por el actor, pero ¿cuándo discutirá el actor los alegados por el demandado? Porque no parece que cuando la Ley supedita la citación para la vista a que «*exista discusión sobre los hechos*» se esté refiriendo sólo a la discusión por el demandado de los hechos alegados por el actor⁷⁰⁷.

Este requisito es doble, en realidad. Se exige la discusión sobre los hechos, y que éstos sean relevantes para la decisión de la cuestión planteada. No basta la simple negación de los hechos en la contestación para considerar cumplimentado el requisito, si aquéllos no son relevantes.

Como señala algún autor⁷⁰⁸, la única virtualidad de esta norma es que sirva de recordatorio de que los medios de prueba que se puedan admitir han de ser pertinentes y útiles, por lo que el juicio de admisibilidad de los medios de prueba lleva implícito la exigencia de que versen sobre hechos controvertidos y relevantes para la resolución del proceso. Y concluye que lo que no cabe es que el señalamiento de la vista se haga exclusivamente porque exista disputa sobre hechos relevantes. Se justifica, de esta forma, el carácter cumulativo de los requisitos expuestos.

c) Que se proponga prueba en los escritos de alegaciones, que no sea documental (no impugnada), ni pericial sin ratificación, previa la declaración de su pertinencia y utilidad, y sean admitidas

Del tenor literal de la norma se deduce que la citación para la vista del incidente concursal se supedita a la declaración de pertinencia y admisibilidad de los medios de prueba propuestos. Por tanto, después de

⁷⁰⁷ CORDÓN MORENO, F. "Aspectos procesales de la reforma concursal", en *El concurso de acreedores*. Op. cit. Pg. 665.

⁷⁰⁸ GARNICA MARTÍN, J.F. "De las normas procesales generales y del sistema de recursos (Artículos 183-198 LC)", en AAVV *Tratado judicial de la insolvencia*. Tomo II. Op. cit. Pgs. 861 y 862.

presentados los escritos de alegaciones conforme al modelo del juicio ordinario, en los que las partes han de proponer, en su caso, los medios de prueba de que intenten valerse, se abre un trámite no previsto –una especie de comparecencia o audiencia previa, aunque sea informal-, a los solos efectos de que el Juez se pronuncie sobre la pertinencia, o no, –y consiguiente admisión o inadmisión- de los medios de prueba propuestos, acordando, o no, la celebración de vista, al tiempo que habrá de examinar en dicho trámite las cuestiones procesales hasta ese momento planteadas.

Cabe recordar la vigencia en nuestro proceso civil, con carácter general, del principio de aportación de parte respecto del material probatorio. Aunque el legislador sólo permite una tímida presencia del principio de investigación probatoria que se materializa en el art. 429.1 LEC, relativo al juicio ordinario, pero también aplicable al juicio verbal ex art. 443.4.II LEC. El mencionado precepto, como es bien sabido, faculta al Juzgador a poner de manifiesto las insuficiencias probatorias de las partes en el momento de la proposición de los medios de prueba, indicando otros cuya práctica considera conveniente. Pero el Juez no puede acordar los medios de prueba que considere pertinentes y relevantes, siendo las partes las encargadas de asumir o no tal sugerencia o «tesis probatoria»⁷⁰⁹.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida, sección 2ª, de fecha 30/11/2011 (recurso nº 578/2010)⁷¹⁰, mantiene el carácter necesario

⁷⁰⁹ GIMENO SENDRA, V. (dir.); DÍAZ MARTÍNEZ, M. (coord.). *Diccionario de Derecho procesal civil*. Op. cit. Pg. 466.

⁷¹⁰ SAP Lleida, sección 2ª, de fecha 30/11/2011 (recurso nº 578/2010), ponente, Ilmo. Sr. D. Albert Montell García, Fundamento de Derecho Primero: «*Se plantea una vez más la cuestión del valor que deben otorgarse a los diferentes documentos que figuran en el procedimiento concursal, pero que no han sido incorporados en el marco del incidente de calificación del concurso, salvo por meras referencias o remisiones efectuadas por las partes. [...] Ciertamente, la STS de 22-4-10 introduce un importante matiz, tal y como indica el Sr. Juez de primera instancia, cuando en la misma se dice que: “El art. 169 de la Ley Concursal dispone en relación con el informe de la administración concursal que habrá de ser razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso. La disposición legal debe entenderse en el sentido de que se habrán de aportar con el informe los documentos en que se funda la propuesta de resolución, pero ello no es necesario en cuanto a los documentos que obran en las restantes Secciones del Concurso, respecto de los que no se requiere la aportación física, bastando que en el informe se haga la oportuna remisión. [...] La exigencia de que se deban reproducir, para acompañar con el informe de los administradores, documentos que obran en otras secciones no es razonable, ni es conforme a la economía procesal al suponer un derroche de tiempo y coste económico absolutamente innecesario, sin que resulte afectado en modo alguno el derecho de defensa”. Ahora bien, el contenido de esta resolución del alto tribunal no supone que siempre y en todo caso constituyan prueba los documentos que figuren en las distintas secciones o piezas del procedimiento concursal. Para que ello tenga lugar es necesario, en primer lugar, que aun cuando no se hayan aportado físicamente por la parte a quien interese, en todo caso continúa siendo preciso que concurra el requisito mínimo que dichos documentos hayan sido propuestos formalmente como prueba, aunque se realice como fórmulas estereotipadas tales como la de “tener por reproducido” o similares. [...] Precisamente, este es el supuesto de hecho contemplado en la citada STS de 22-4-10, en donde sí existió una proposición de prueba documental, contrariamente a lo que sucede ahora. [...] En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, será preciso que esta prueba, propuesta en legal forma, haya sido*

de la proposición de prueba (respecto de la documental) en el trámite del incidente concursal, aún después de conocer la doctrina sentada por la STS, Sala Primera, de fecha 22/04/2010, exigiendo el cumplimiento de dos requisitos: Que los documentos sean propuestos formalmente como pruebas, y que la prueba propuesta sea declarada pertinente por el órgano judicial.

Este requisito jurisprudencial ha encontrado contestación en la doctrina⁷¹¹. Aunque el incidente tiene un objeto distinto que el del pleito principal y tiene una tramitación autónoma, está directa e inmediatamente relacionado con éste. Una vez que una prueba documental es incorporada al proceso principal, ya consta en el proceso, y una mera referencia a ellas en el procedimiento incidental debería ser suficiente para que el tribunal las tuviera en cuenta. No se entiende, concluye la autora, cuál es la finalidad de que una misma prueba documental, ya admitida en el pleito principal, tenga que ser nueva y formalmente propuesta y admitida en el incidente.

Siendo innegable que el incidente concursal tiene relación inmediata con el proceso concursal del que dimana, es igualmente cierto que está dotado de una regulación autónoma, con normas propias sobre proposición de prueba, que afectan al momento y forma de la misma, sin que concurren razones para que estas normas puedan ser soslayadas, a riesgo de mermar garantías a las concretas partes del incidente. Por lo que se refiere a la finalidad de la exigencia de proposición probatoria, en el marco del incidente concursal, lejos se está de pretender llevar a cabo una aproximación a los fines del legislador del art. 194.4 LC, objeto de dos reformas consecutivas en su redacción que no han sido capaces de resolver los distintos problemas que plantea. Pero, quizás, debería recordarse que, con arreglo a las singulares normas sobre la consideración de «parte» en el incidente concursal (art. 193 LC), no todos los que gozan de dicha condición en el incidente concursal están, necesariamente, personados en el proceso concursal del que aquél dimana, por lo que la aportación documental en secciones del concurso distintas de aquélla en la que se haya podido plantear el incidente, no tiene que ser inexcusablemente conocida por las partes no proponentes del mismo, pudiendo acontecer que, ni siquiera, tengan o hayan tenido acceso a dicha concreta prueba documental si ésta no se aporta, materialmente, al procedimiento incidental. Vale la pena que la parte proponente, que tiene a su disposición los documentos, incurra en una suerte de aportación documental pródiga, antes que correr el riesgo de dejar a alguna de las partes indefensa, u obligada a soportar la carga de

declarada pertinente, declaración que, por lo demás, no será posible realizar si no se ha producido el previo acto formal de su proposición como prueba.»

⁷¹¹ RUIZ DE LA FUENTE, M. C. “Comentarios sobre la prueba en el incidente concursal”, en *Problemas procesales del concurso de acreedores*. Op. cit. Pg. 229.

la personación en todas las secciones de un procedimiento concursal (para tener acceso a toda la documental aportada en él) que puede resultarle ajeno, al margen de la cuestión concreta objeto del incidente.

Son varios los problemas que plantea el análisis del presente requisito.

i) Cabe preguntarse, en primer lugar, si la *proposición de prueba ha de realizarse por ambas partes o por una sola de ellas*.

El art. 194.4 LC, tras la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, tratada con anterioridad en este trabajo⁷¹², mantiene en su redacción vigente la exigencia de que «*se hayan propuesto en los escritos de alegaciones medios de prueba...*», por lo que suscita ahora la duda en torno a si resulta necesario, para que pueda celebrarse válidamente la vista, que ambas partes del proceso, y no una sola de ellas, sean las que hayan propuesto medios de prueba en sus alegaciones escritas.

Ya se anticipó al analizar la redacción del precepto resultante de la reforma introducida 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, que, pese a la dicción literal del precepto, debía entenderse que sería suficiente para que pudiera celebrarse la vista del incidente concursal con que lo solicitara una de las partes procesales, no las dos.

Tras una nueva modificación legislativa del precepto, resulta pertinente plantearse la misma cuestión. La respuesta sigue siendo favorable a considerar bastante que sea una de las partes del proceso la que proponga medios de prueba de carácter personal, siempre que ésta haya sido declarada pertinente y útil por el órgano judicial.

Resulta extrapolable a este caso el argumento relativo a que el inciso no comporta tanto un *modus* cuanto un *tempus*, de modo que para que surta efecto es preciso que la proposición de prueba se formule en los escritos de alegaciones y no con posterioridad a ellos⁷¹³.

⁷¹² Capítulo II, apartado 4.

⁷¹³ BONET NAVARRO, A. "La reforma del incidente concursal". Op. cit. Pg. 22. En el mismo sentido, DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El incidente concursal*. Op. cit. Pgs. 118 y 119; así como los Jueces de lo Mercantil reunidos en Congreso: Conclusiones VII Congreso de Derecho Mercantil. Mesa de trabajo sobre el RDL 3/2009. Bilbao, octubre de 2010. Apartado V "Presupuestos para la supresión de las vistas en los incidentes concursales". Si ninguna de las partes pide vista, se pasa el incidente directamente a sentencia; si una parte pide vista y la otra no, debe convocarse vista; si las dos partes piden celebrar vista pero no proponen prueba, no cabe celebrarla; el precepto inserta una suerte de audiencia previa escrita de estrictos fines probatorios, que ilustra sobre el fin de la vista, que no es otro que practicar aquella prueba que se haya considerado pertinente. De modo que si no es precisa prueba alguna, los términos de

Esta posición se sostiene de modo generalizado por nuestros órganos jurisdiccionales. Cabe citar la SAP Pontevedra, Sección 1ª, de fecha 23/06/2011, ponente Ilmo. Sr. D. Jacinto José Pérez Benítez, Fundamento de derecho Segundo⁷¹⁴. En el mismo sentido, SAP Mérida, Unidad procesal de apoyo directo, de fecha 1/12/2011 (recurso nº 306/2011), ponente Ilma. Sra. Dª. María Isabel Bueno Trenado, Fundamento de Derecho Segundo, así como las SSAP Valencia, Sección 9ª, de fechas 11/05/2011 (recurso nº 759/2010), 30/05/2012 (recurso nº 194/2012), 28/06/2012 (recurso nº 278/2012) y 18/12/2013 (recurso nº 605/2013), siendo ponente en todas ellas el Ilmo. Sr. D. Gonzalo María Caruana Font de Mora.

ii) Trámite de proposición para el actor.

La peculiaridad del incidente concursal, en cuanto que procedimiento que carece de trámite para la fijación de los hechos controvertidos, pone de manifiesto las dificultades que surgen respecto de la proposición de prueba, ya que la única manera de poder ajustar la conducta de las partes a las exigencias de la norma procesal sobre necesidad, pertinencia y utilidad de los medios de prueba propuestos, es conocer, concretamente, a la vista de la postura expresada por la parte contraria, si un determinado hecho resulta controvertido.

El incidente concursal presenta, a este respecto, una singularidad específica, por razón de la forma en que se ha construido el trámite de proposición de prueba, en la que no se permite eventualmente a ambas partes –y siempre al demandante- conocer con exactitud cuáles son los hechos que la parte contraria no reconoce y que, por tanto, precisan su prueba, con anterioridad a la proposición de ésta.

la reforma conducen a que los autos queden sobre la mesa para resolver. Finalmente, si las dos partes piden vista pero una propone prueba y la otra no, debe darse traslado a esta última para proposición, con el objeto de evitar indefensión.

⁷¹⁴ SAP Pontevedra, Sección 1ª, de fecha 23/06/2011, ponente Ilmo. Sr. D. Jacinto José Pérez Benítez, Fundamento de derecho Segundo «*El precepto resulta confuso en su literalidad, pues, en primera aproximación, parece condicionar la celebración de vista a la solicitud de todas las partes procesales y siempre que se haya solicitado la práctica de pruebas. De esta manera, bastaría con que uno de los demandados rechazara o no pidiera expresamente la celebración de vista para que el juez se viera obligado a dictar sentencia sin más trámites. A criterio de la Sala esta interpretación resulta absurda, en la medida en que sitúa al solicitante de la prueba en una posición de indefensión procesal, pues condiciona su práctica a la unanimidad de todos los litigantes, lo que carece de parangón en ninguna norma procesal.*

Por tal motivo, se impone una interpretación sistemática del precepto, en línea con el mandato de la disposición final primera, que establece el carácter supletorio general de la ley procesal común. Ello así, si alguna de las partes solicita la celebración de vista y propone prueba para su práctica en dicho acto procesal, el juez deberá proveer sobre su pertinencia y, caso de que se considere pertinentes los medios de prueba propuestos, -diferentes de la mera aportación documental-, deberá convocar para la celebración de vista, con independencia de que la petición provenga de una o de todas las partes del proceso.»

Al actor se le impone proponer la prueba en su demanda a ciegas, sin saber si los hechos por él alegados van a ser admitidos total o parcialmente por el demandado. Tampoco conoce, al tiempo de la presentación de su demanda, si el demandado va a oponer hechos cuya refutación precise la práctica de pruebas que no hayan sido propuestas por el demandado y que convengan al demandante. No hay cauce para que el actor pueda manifestar su posible conformidad con los hechos alegados por el demandado, en evitación de una actividad probatoria que resultaría innecesaria.

Un sistema tal de proposición de prueba comporta que las partes, en prevención de futuras alegaciones no conocidas, propongan toda la prueba que consideren que podría ser necesaria como fundamento de su pretensión. A menos que se permita a la actora proponer prueba en un momento posterior, este sistema genera una clara desigualdad entre las posibilidades de proposición de prueba de las partes en el proceso, al limitar injustificadamente la contradicción entre ellas.

Este sistema no se compadece bien con lo que corresponde a un método moderno de enjuiciar, en el que, por medio de la intervención del tribunal y de las partes (en plano de igualdad entre ellas), quede determinado el ámbito de la controversia para poder proponer y admitir prueba sobre los hechos controvertidos, tal y como se expone en el apartado XII de la Exposición de Motivos de la LEC⁷¹⁵.

Las restricciones a la capacidad probatoria de la parte actora en el incidente concursal, se completan con la regulación de los casos en que no procede la celebración de vista, debiendo dictarse sentencia sin más trámites. La norma se contiene en el artículo 194.4, párrafo segundo, de la LC⁷¹⁶, que distingue tres supuestos⁷¹⁷:

— En primer lugar, frente a los documentos presentados por la parte demandada en su escrito de contestación a la demanda, en el caso de que la actora no hubiera propuesto medios de prueba en el escrito de demanda que exijan el señalamiento de la vista y tampoco lo haga la parte demandada.

En este caso, no parece existir trámite para que la parte actora pueda impugnar dichos documentos, a menos que se entienda que puede

⁷¹⁵ BONET NAVARRO, A. "La reforma del incidente concursal". Op. cit. Pgs. 38 y 39.

⁷¹⁶ Artículo 194.4 II LC: «En otro caso, el juez dictará sentencia sin más trámites. Lo mismo hará cuando la única prueba que resulte admitida sea la de documentos, y éstos ya se hubieran aportado al proceso sin resultar impugnados, o cuando sólo se hayan aportado informes periciales, y ni las partes ni el juez soliciten la presencia de los peritos en el juicio para la ratificación de su informe.»

⁷¹⁷ MARINA COLL, R. y CADENAS DE GEA, C. *El incidente concursal*. Op. cit. Pgs. 80 y 81.

utilizar, a tal fin, los cinco días concedidos tras el traslado de la contestación de la demanda para alegar sobre cuestiones procesales.

— En segundo lugar, tratándose de la prueba documental presentada por la propia parte actora, una vez impugnada por la demandada en su escrito de contestación a la demanda.

Salvo que se señale vista no tiene el actor momento para proponer prueba con la que fijar dicha documental y poder desmontar la impugnación. A menos que, también, se utilicen a tal efecto los cinco días antes mencionados.

— Por último, frente a la prueba pericial propuesta por la parte demandada.

Tampoco en este caso existe, en principio, trámite para que la actora pueda solicitar la presencia de un perito por su parte (dejando a salvo el repetido trámite de alegaciones de cinco días).

En todos estos supuestos, actor y demandado, deberían tener la ocasión de proponer prueba para fijar la autenticidad de los documentos que hayan sido impugnados, o para proponer prueba de contraste, a cuyo fin sería necesaria la celebración de vista. El principio de igualdad de armas, inherente a la estructura de todo proceso, exige que ambas partes puedan disponer de las mismas posibilidades procesales durante el desarrollo de los distintos trámites que integran el devenir del procedimiento⁷¹⁸.

iii) Cabe preguntarse, ahora, si resulta admisible una ulterior proposición de prueba durante la vista.

La duda se suscita al examinar la regulación del requisito: *«se hayan propuesto en los escritos de alegaciones medios de prueba, previa a la declaración de su pertinencia y utilidad»*.

Parece que el legislador se ha decantado por la tesis negativa, pues en otro caso no tendrían razón de ser ni este requisito, ni el siguiente. Concentrada la proposición de prueba en los escritos de alegaciones, el Juez del concurso puede pronunciarse previamente sobre la pertinencia y utilidad de la misma, y en consideración a la prueba finalmente admitida, resolver sobre si procede o no celebrar vista. Desde esta perspectiva, la vista sirve exclusivamente para la práctica de las diligencias de prueba previamente propuestas y admitidas.

⁷¹⁸ DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El incidente concursal*. Op. cit. Pg. 120.

Sin embargo, como advierten algunos autores⁷¹⁹, aunque en la mayoría de los casos la vista se limitará a la práctica de la prueba ya admitida previamente y sobre la que el Juez del concurso se ha pronunciado en resolución previa, en algunos supuestos debe admitirse la proposición de nueva prueba, en un momento posterior:

— En primer lugar, cuando la parte actora impugna por su autenticidad la documental presentada junto a los escritos de contestación. En estos casos, la parte demandada debe poder hacer uso de las posibilidades previstas en los artículos 320 y 326 de la LEC.

— En segundo lugar, en los excepcionales supuestos previstos para ambas partes en el artículo 270 LEC (documentos de fecha posterior a los escritos de alegaciones; documentos que, aunque anteriores a dicha fecha, la parte que los intente hacer valer justifique que no tuvo antes conocimiento de su existencia; documentos cuya incorporación no hubiera sido posible antes por causas que no le sean imputables a la parte interesada, siempre que hayan sido designados conforme a lo dispuesto en el art. 265.2 LEC, o anunciados según lo previsto en el art. 265.4º LEC) y, exclusivamente para el actor, en el artículo 265.3 de la LEC (documentos, medios, instrumentos, dictámenes e informes, relativos al fondo del asunto, cuyo interés o relevancia sólo se ponga de manifiesto a consecuencia de alegaciones efectuadas por el demandado en la contestación a la demanda).

Cuando se trata de hechos nuevos o de nueva noticia, entiende algún autor⁷²⁰ que la proposición de prueba podrá presentarse, con posterioridad a los escritos de alegaciones, en un escrito de ampliación de hechos o en la propia vista (art. 286 LEC), puesto que, aunque la LC se remite a las reglas del juicio verbal para la vista del incidente, reglas que no prevén nada, el art. 286 LEC es norma general de aplicación a todos los procedimientos declarativos.

La posibilidad de que pueda proponerse prueba en momento posterior a los escritos de demanda o contestación encuentra refrendo en nuestros Tribunales⁷²¹. En otros casos, la posibilidad de proposición posterior a los escritos de alegaciones se limita a la parte demandante⁷²².

⁷¹⁹ MARINA COLL, R. y CADENAS DE GEA, C. *El incidente concursal*. Op. cit. Pg. 78. RUIZ DE LA FUENTE, M. C. “Comentarios sobre la prueba en el incidente concursal”, en *Problemas procesales del concurso de acreedores*. Op. cit. Pg. 228.

⁷²⁰ RUIZ DE LA FUENTE, M. C. “Comentarios sobre la prueba en el incidente concursal”, en *Problemas procesales del concurso de acreedores*. Op. cit. Pg. 228. MARINA COLL, R. y CADENAS DE GEA, C. *El incidente concursal*. Op. cit. Pg. 79.

⁷²¹ AAP Madrid, sección 28ª, de fecha 3/12/2012 (recurso 805/2012), ponente Ilmo. Sr. D. Pedro María Gómez Sánchez, Fundamentos de Derecho Primero y Segundo: «... *La queja de la recurrente estriba en que el juzgado no haya considerado oportuno que se posibilitase la proposición de pruebas en momento ulterior a los escritos de alegaciones del incidente concursal, lo que le habría*

Finalmente, también encontramos algún pronunciamiento poco favorable a la proposición y admisión de prueba en momento procesal distinto al de la presentación de demanda y contestación⁷²³. Sin embargo, no puede considerarse un caso significativo, porque lo

impedido la proposición de aquéllas que le interesaban para tratar de combatir los alegatos planteados por la parte demandada.

El problema deriva de una redacción no demasiado afortunada de la previsión del artículo 194.4 de la LC (en su versión anterior a la última reforma por Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal, publicada en el BOE el 11 de octubre de 2011, a la que aquí no nos vamos a referir, porque no resultaba aplicable al caso) que podía generar incertidumbre sobre el momento adecuado para la proposición por las partes de la prueba que les conviniese. Tal situación podría salvarse, por vía interpretativa, teniendo presente las exigencias del artículo 24 de la Constitución española, si el juzgado ofrecía a las partes litigantes la posibilidad de, al margen de la que preceptivamente ya debían acompañar con su demanda (documental y pericial, en los términos acotados en las reglas generales sobre presentación de medios probatorios), pudieran proponer otras pruebas con antelación a una eventual convocatoria para la celebración de vista oral. La habilitación de tal trámite, lejos de distorsionar el cauce del incidente concursal, resultaba recomendable para evitar una situación como la que ha afectado a la parte demandante, que ha carecido de un cauce diáfano para proponer las pruebas de interrogatorio de parte y testificales que le interesaban.

SEGUNDO.- La omisión de tal trámite acarrea una evidente situación de indefensión para la parte demandante (artículo 238.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 225.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil) que exige que, al constatarlo así, deba este tribunal decretar la nulidad de lo actuado, en la medida de lo preciso para reparar el defecto cometido, en los términos previstos en el nº 4 del artículo 465 de la vigente LEC (en su redacción tras la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial), si bien en forma motivada (pese al tenor literal de la ley a este respecto), como parece lógico cuando media controversia entre las partes interesadas.»

⁷²² SAP Barcelona, sección 15ª, de fecha 17/12/2014 (recurso 400/2014), ponente Ilmo. Sr. D. Juan Francisco Garnica Martín, Fundamento Jurídico Primero: «9. Aunque tanto en un texto como en el otro falta claridad respecto de la posibilidad de que las partes pudieran proponer en el acto de la vista prueba no propuesta ya en sus escritos de alegaciones, lo razonable es interpretar, al menos respecto de la parte demandada, que esa posibilidad quedó agotada con la proposición realizada en su escrito de contestación a la demanda. Solo la parte actora podría ver conculcadas sus perspectivas de defensa en el caso de que no se le permitiera proponer medios de prueba más tarde, al menos respecto de los hechos impositivos, extintivos o excluyentes introducidos en el debate por la parte demandada.

10. Por consiguiente, no resulta indefensión para la parte demandada por el hecho de que el juzgado no señalara vista privándole con ello de la posibilidad de proponer nuevos medios de prueba porque aunque la hubiera señalado no le podía ser reconocida esa facultad. Y no podemos considerar que fuera otra la interpretación de las normas procesales hecha por la propia parte cuando precisó en su escrito de contestación los medios de que pretendía valerse en el juicio.»

⁷²³ SAP Lugo, sección 1ª, de fecha 21/09/2010 (recurso 495/2010), ponente Ilmo. Sr. D. José Rafael Pedrosa López, Fundamento de Derecho Segundo: «Tiene razón el recurrente cuando señala que el artículo 194.4 de la Ley Concursal excluye la celebración de vista, salvo cuando las partes la hayan solicitado en sus escritos de demanda y contestación y previa declaración de pertinencia de los medios de prueba anunciados, es decir, que la legalidad vigente al respecto establece que debe ser en los escritos de demanda y contestación donde deben anunciarse los medios de prueba de que quieren valerse las partes y la solicitud de la correspondiente vista y, no haciéndolo así, el Tribunal debe proceder a dictar sentencia sin más trámite.

Examinados los autos no consta que las partes hayan solicitado vista o anunciado prueba sino que, muy al contrario, por Providencia de fecha 20 de Abril de 2010 se tiene por contestada la demanda, se constata que ninguna de las partes solicitó la celebración de vista y excediéndose procedimentalmente se da traslado por tres días a las partes por si quieren que se señale y pese a la falta de contestación por Providencia de 27 de abril se señala, en otro error procesal, día para la celebración de la vista dando como argumento la “necesidad” del Juzgado y celebrado admite prueba de la parte actora y basa en ella la estimación de la demanda, con infracción de lo dispuesto en el artículo 194.4 citado, lesión del principio dispositivo y causando indefensión y consecuente ausencia de tutela judicial efectiva al demandado y hoy recurrente. Por tanto, tal prueba no debió ser tenida en cuenta [...]»

determinante fue la negativa de las partes a pronunciarse sobre la celebración de vista y proposición de prueba cuando fueron requeridos judicialmente para ello en un trámite no previsto por la legislación procesal aplicable.

iv) La siguiente cuestión atañe a lo que sucede si ambas partes proponen prueba en sus escritos de alegaciones, pero no solicitan la celebración de vista.

La actual redacción del precepto del art. 194.4 LC ha prescindido del requisito de la solicitud de parte para la válida celebración de la vista.

Entiende un sector de la doctrina⁷²⁴ que, de esta forma, el legislador adopta la solución –ya vigente en otros ámbitos, como el contencioso-administrativo- de dejar en manos del Juez la llave para la apertura de la fase probatoria (para la celebración de la vista, en nuestro caso), sin necesidad de que la solicite alguna de las partes.

Parece excesiva la anterior conclusión, si se tiene en cuenta que el precepto, tal y como está actualmente redactado, exige la concurrencia de una serie de requisitos cumulativos que, aunque pudieran reconducirse al juicio de admisibilidad de los medios de prueba propuestos, que han de ser de carácter personal, que exigen para su práctica un trámite contradictorio y público, a desarrollar a presencia judicial, dista mucho de poder ser considerado una facultad discrecional del Juzgador, como cabría entender si se considerase que la llave para la celebración de la vista queda *en manos* del Juzgador.

v) La resolución sobre admisión o inadmisión de la prueba propuesta.

La LC contempla, como uno de los requisitos cumulativos a valorar antes de decidir sobre la procedencia o no de la celebración de la vista en el incidente concursal, una decisión del Juzgador acerca de la pertinencia y utilidad de los medios de prueba propuestos, directamente determinante de la admisión o inadmisión de los mismos.

Se trata de una resolución interlocutoria, previa a la celebración de la vista o, en otro caso, al dictado de la sentencia. Se considera que procede el dictado de esta resolución por dos razones:

— Las partes tienen derecho a conocer, siquiera sea sucintamente, los motivos que han llevado al Juez a tomar la decisión que resulte finalmente adoptada.

⁷²⁴ CORDÓN MORENO, F. “Aspectos procesales de la reforma concursal”, en *El concurso de acreedores*. Op. cit. Pg. 667.

— Las partes han de poder mostrar su disconformidad con la misma disponiendo del correspondiente mecanismo de impugnación que, a falta de previsión legal expresa, y encontrándose el procedimiento en el momento inmediato anterior a la celebración, en su caso, de la vista, o del dictado de la sentencia, reclama la aplicación del régimen general de recursos previsto en el art. 197 LC (reposición y reproducción, cuando procediere, de la cuestión al apelar la resolución de fondo).

Nuestros Tribunales coinciden en la exigencia de un pronunciamiento expreso del Juzgador sobre la proposición de prueba formulada por las partes en sus escritos de alegaciones, en la medida en que es determinante de la celebración o no de la vista⁷²⁵. Sólo cabría dispensar la exigencia de resolución sobre la prueba en el caso de que se decidiese su impertinencia o innecesariedad, pasando directamente el Juez a dictar sentencia⁷²⁶.

⁷²⁵ SAP Lleida, sección 2ª, de fecha 6/05/2010 (recurso 332/2009), ponente Ilmo. Sr. D. Alberto Guilanya'i Foix, Fundamento de Derecho Segundo (con remisión a la Sentencia de la misma Audiencia Provincial y sección, de fecha 8/04/2009): «*Huelga decir que al tiempo en que se dictó la sentencia que es objeto del presente recurso el tenor del art. 194-4 de la L.C. no era éste sino el que ya expusimos en el Fundamento Segundo, (según establece la regla 7ª de la Disposición Transitoria octava esta nueva normativa será de aplicación a los incidentes que se encuentren en tramitación en los que no se haya celebrado vista a la entrada en vigor de este Real Decreto-ley, el 1-4-2009, según la Disposición Final tercera), pero lo que resulta incuestionable es que ni con la nueva normativa, ni con la anterior, podrá prescindirse de un expreso pronunciamiento sobre la admisión o inadmisión de la prueba propuesta y, en su caso, celebración de vista, [...]*»

SAP Alicante, sección 8ª, de fecha 19/09/2013 (recurso 294/2013), ponente Ilmo. Sr. D. Francisco José Soriano Guzmán, Fundamento de Derecho Primero, decantándose por la necesidad de un pronunciamiento expreso del Juzgador cuando medie petición expresa de la parte: «*El primer motivo de recurso denuncia infracción de normas esenciales del procedimiento, productora de indefensión (art. 238.3 LOPJ), por lo que se solicita la nulidad de actuaciones [...]; y ello, por cuanto en la primera instancia no se ha resuelto ni sobre la pertinencia de la prueba debidamente propuesta ni sobre la celebración de vista, también solicitada.*

Accederemos a la nulidad solicitada.

Ciertamente, se presentó demanda incidental de impugnación de la lista de acreedores, en la que, mediante otrosí digo, se solicitó la celebración de vista y se propuso como prueba, además de la documental aportada, interrogatorio y testifical.

[...]

Contestada la demanda, se dictó diligencia de ordenación, [...], en que se concedía un plazo de cinco días a la parte actora (única solicitante de la vista) para que manifestara si mantenía dicha solicitud.

La parte presentó escrito dentro de plazo, en el que efectuó alegaciones, concluyendo que sería precisa la celebración de vista si de contrario se persistiera en la negativa a reconocer los documentos aportados [...]

[...] ninguna de las dos partes a las que se dio traslado [...] nada manifestaron expresamente sobre si persistían o no en no reconocer los documentos aportados de contrario, ni tampoco sobre la celebración de vista, supeditada por la parte actora a dicho reconocimiento.

Se dictó entonces diligencia [...] que acordaba dejar los autos pendientes de resolución, siendo dictada inmediatamente sentencia [...]

Con estos antecedentes, no cabe duda de que se ha prescindido sobre las normas esenciales del procedimiento y que ello ha producido indefensión a la parte demandante, pues no ha existido pronunciamiento judicial sobre la prueba debidamente anunciada ni sobre la vista, obviando totalmente los trámites legales.»

⁷²⁶ SAP Castellón, sección 3ª, de fecha 12/11/2012 (recurso 370/2012), ponente Ilmo. Sr. D. José Manuel Marco Cos, Fundamento de Derecho Segundo, apartado 1: «*Claro es que si el juez que conoce del proceso considera pertinente la prueba pedida o parte de ella, dictará una resolución*

La forma que ha de adoptar la resolución judicial en materia de proposición de prueba no está legalmente prevista, pero es de prever que habrá de ser la misma providencia que, si se considera procedente, haya de citar a las partes a la celebración de la vista incluyendo apercibimientos legales (art. 440.1 LEC).

vi) Queda tratar la cuestión relativa al recurso que cabe contra la inadmisión de prueba propuesta en los escritos de alegaciones de las partes.

Localizado el trámite de admisión de la prueba propuesta por las partes en los correspondientes escritos de alegaciones en momento anterior a la celebración de la vista, la ausencia de previsión expresa en relación con el régimen de recursos que cabe contra la resolución sobre admisión/inadmisión de los medios de prueba propuestos permite concluir que será de aplicación el régimen general previsto en el art. 197 LC contra las resoluciones del Juez, es decir, recurso de reposición. Contra el auto resolutorio del recurso de reposición no cabe recurso alguno, pero las partes podrán reproducir la cuestión en la apelación más próxima siempre que hubieren formulado protesta en el plazo de cinco días.

En este sentido se pronuncian nuestros Tribunales⁷²⁷.

Cabe citar el auto de un Juzgado⁷²⁸ que inadmite un recurso de reposición interpuesto contra una providencia admitiendo un medio de

expresa que acuerde la práctica de la admitida. Pero en el caso de que entienda que es aquélla impertinente o innecesaria, sin que esté de más un acuerdo explícito que así lo diga, no creemos que suponga lesión del derecho de defensa o de las garantías procesales de la parte que pase directamente a dictar sentencia, que es lo que ha hecho en el presente caso.

[...]

En el presente caso, si se ha infringido alguna norma procesal, que en todo caso sería una no expresa que ordenara que el juez resuelva la petición de práctica de prueba, no sería esencial del proceso, ni en su caso la vulneración habría producido indefensión a la recurrente.»

⁷²⁷ SAP Alicante, sección 8ª, de fecha 12/09/2013 (recurso 220/2013), ponente Ilmo. Sr. D. Enrique García-Chamón Cervera, Fundamento de Derecho Segundo: «*La primera alegación sobre nulidad de actuaciones ha de estimarse porque habiéndose interpuesto recurso de reposición contra la Providencia sobre inadmisión de prueba [...], el cual fue admitido mediante Diligencia de Ordenación de fecha [...], se procedió a dictar la Sentencia ese mismo día [...] sin haber resuelto previamente el recurso de reposición pues, aun carente de efectos suspensivos, la decisión definitiva sobre la prueba se convierte en antecedente lógico necesario para la resolución sobre el fondo del asunto.*

[...]

Haber dictado la Sentencia de instancia sin resolver previamente el recurso de reposición sobre la admisión de la prueba causa una evidente situación de indefensión a la codemandada-concursada (artículo 238.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial) porque: 1.-) se priva a la parte de la resolución definitiva del Juzgador de instancia sobre la admisión de la prueba pues, en el caso de haberse estimado, hubiera tenido la posibilidad de acreditar su oposición o de refutar las alegaciones del demandante; 2.-) se privó a la apelante de la posibilidad de solicitar la prueba en esta alzada pues el artículo 460.2.1ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil lo condiciona a la desestimación del recurso de reposición.»

⁷²⁸ AJM número Tres de Valencia, de fecha 17/11/2014, ponente Ilmo. Sr. D. José María Cutillas Torns, Fundamentos de Derecho Primero y Segundo: «*PRIMERO.- Vaya por delante que*

prueba propuesto en los escritos de alegaciones y señalando fecha para la celebración de la vista, por considerar que, ya en este trámite, resulta de aplicación las normas reguladoras de la vista del juicio verbal, que no admiten recurso sino mera formulación de protesta. A juicio de quien suscribe, se trata de un caso de aplicación de la norma equivocada porque la propia providencia recurrida señalaba la fecha de inicio de la vista del juicio para un momento posterior, lo que impedía la aplicación de las normas reguladoras de la vista del juicio verbal a un momento procesal previo al inicio de sus sesiones.

C) *La celebración de la vista*

Declarada la pertinencia y utilidad de las pruebas propuestas por las partes, en la misma resolución se las convocará a vista. Dicha resolución queda sujeta al régimen general de recursos previstos en el art. 197 LC. No se entiende aplicable el particular régimen sobre admisión/inadmisión previsto para el juicio verbal en el art. 446 LEC, ya que la remisión al art. 443 LEC, contenida en el último inciso del párrafo primero del art. 194.4 LC, se circunscribe al trámite de la vista, es decir, a su desarrollo, mientras que la decisión sobre la pertinencia y utilidad de los medios de prueba propuestos en el incidente concursal, en definitiva, sobre su admisión/inadmisión, es anterior en el tiempo a su inicio.

La remisión a la forma de celebración de la vista, prevista en el art. 443 LEC para el juicio verbal, resulta muy desafortunada, fundamentalmente porque contempla la realización de una serie de trámites que ya han tenido lugar, en el cauce del incidente concursal, con anterioridad.

el recurso de reposición nunca debió ser admitido a trámite, por expresa disposición legal. Como sabe la parte recurrente la Ley Concursal, en su Disposición final quinta, dispone que “En lo no previsto en esta Ley será de aplicación lo dispuesto en la LEC ...” “En el ámbito de los procesos concursales, resultarán de aplicación los principios de la LEC en cuanto a la ordenación formal y material del proceso”.

Pues bien, el art. 194.4 LC, establece que en la vista se desarrollará en la forma prevista en el artículo 443 de la LEC, y asimismo, se contestará a la demanda en la forma prevenida en el art. 405 de la LEC. Y el art. 194.4 LC, dice que el juez decidirá sobre la pertinencia de los medios de prueba propuestos o que se propongan en ese acto, acordando la práctica inmediata de las que puedan realizarse en el mismo día y señalándose por el Secretario Judicial para las restantes el más breve plazo posible, sin que pueda exceder de 20 días.

SEGUNDO.- Como observará la parte recurrente, la Ley hace una remisión expresa al Título III de la LEC, “Del Juicio Verbal”. Y el art. 446 LEC, dice que contra las resoluciones del tribunal sobre inadmisión de pruebas, las partes podrán formular protesta a efecto de hacer valer sus derechos en la segunda instancia. Y como es lógico prevalece la especialidad frente a la generalidad (art. 285 frente al 446, ambos de la LEC).

Pues bien, todo ello conduce a que no procedía admitir el recurso.»

El art. 443.2 LEC prevé que el demandado conteste a la demanda de forma oral, cuando en el incidente concursal dicha contestación se ha verificado por escrito con anterioridad al trámite de celebración. No pueden suscitarse, en el acto de la vista, cuestiones procesales que no hubieran sido deducidas por las partes, previamente, en sus correspondientes escritos de demanda y contestación.

Del mismo modo, el art. 443.4 LEC establece un trámite de fijación de hechos controvertidos y de proposición de prueba que, en la sustanciación del incidente concursal, se ha verificado con anterioridad, como trámite necesario para decidir, precisamente, sobre la procedencia o no de celebrar la vista.

Puede concluirse, por tanto, que la remisión que se efectúa al art. 443 LEC en cuanto a la forma en que ha de desarrollarse la vista en el incidente concursal, queda privada de sentido, por cuanto que dicho precepto está pensado para un tipo de proceso declarativo ordinario (el verbal) que presenta una estructura procedimental claramente distinta a la del incidente concursal⁷²⁹.

Si se tiene en cuenta que el objeto de la vista en el incidente concursal se centra en la práctica de la prueba y, en su caso, en la resolución de las excepciones procesales alegadas por las partes, pudiera haber sido más pertinente y adecuado resolver la cuestión planteada mediante la remisión a las reglas contenidas para las vistas en general, dentro del proceso civil, en el art. 185 LEC⁷³⁰.

a) Inasistencia de las partes a la vista

Conforme a la redacción originaria de la Ley, no había duda de que la incomparecencia del promotor del incidente a la vista equivalía al desistimiento del incidente (art. 442 LEC), siguiéndose las actuaciones sólo en el caso de que alguno de los comparecidos como demandados alegara interés legítimo en su prosecución. Al demandado que no compareciera se le declararían en rebeldía y continuaría el juicio su curso. La remisión contenida en la Ley a la regulación del incidente conforme a las reglas del juicio verbal, a la conclusión del período de alegaciones, no dejaba lugar a la duda.

Con la redacción actual, sin embargo, la remisión contenida en la Ley se circunscribe a la forma de desarrollarse la vista, es decir, a las

⁷²⁹ DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El incidente concursal*. Op. cit. Pg. 122.

⁷³⁰ DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El incidente concursal*. Op. cit. Pg. 122. Remite a BONET NAVARRO, A. "La reforma del incidente concursal". Op. cit. Pgs. 19 y 20.

cuestiones formales del procedimiento a seguir durante dicho trámite. Pero no se extiende al juicio verbal en bloque, con todas sus consecuencias. La remisión, en definitiva, no es abierta, sino limitada a un precepto concreto, lo que implica un cambio sustancial de planteamiento. Ya se ha expresado a lo largo del presente trabajo que la estructura procedimental del actual incidente concursal poco tiene que ver con la diseñada para el procedimiento de juicio verbal, aunque con las últimas reformas legislativas cada vez se parezcan más⁷³¹.

El art. 442 LEC estaba construido sobre un esquema procedimental en el que, formulada la demanda sucinta (art. 437.1 LEC), se citaría a las partes a una vista que *«comenzará con exposición por el demandante de los fundamentos de lo que pida»* y en la que *«acto seguido, el demandado podrá formular las alegaciones que a su derecho convenga»* (art. 443 LEC). Es en la vista donde se sustancia la controversia⁷³². Sin embargo, en el incidente concursal la controversia ya ha nacido antes de la celebración de la vista, mostrando cada una de las partes su interés: el demandante al demandar, y el demandado al contestar a la demanda; si éste no lo ha hecho ya habrá sido declarado en rebeldía sin tener que esperar al trámite de vista⁷³³.

La duda que se suscita es si resultará de aplicación lo establecido en el art. 442 LEC, que es la norma que regula esta cuestión en el juicio verbal, o bien el art. 432 LEC, precepto que regula esa misma cuestión en sede de juicio ordinario. El régimen legal establecido en cada uno de estos preceptos es distinto, ya que regulan actos muy distintos. Mientras en el juicio ordinario asistimos a una audiencia cuyo único objeto es la práctica de la prueba, en cambio, el art. 442 regula las consecuencias de la falta de personación a un acto fundamental del juicio verbal, sin el cual el mismo no puede ni siquiera entenderse (ello explica que la ausencia del demandante equivalga a su desistimiento y la falta de presencia del demandado a su rebeldía)⁷³⁴.

⁷³¹ Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE de 6/10/2015). Vigencia: 7/10/2015.

⁷³² BONET NAVARRO, A. "La reforma del incidente concursal". Op. cit. Pg. 31.

⁷³³ En relación con la declaración de rebeldía del deudor concursado en el incidente concursal, se considera por algún sector de la doctrina que no procedería dicha declaración de rebeldía respecto del deudor personado en el procedimiento concursal. Ahora bien, la previsión del art. 184.1 LC hace referencia a que el deudor será reconocido como parte, sin necesidad de comparecencia en forma, *«[En] todas las secciones»* del concurso. Sin embargo, el incidente concursal discurre como un procedimiento propio, destinado a ventilar todas las cuestiones que se susciten durante el concurso, en cualquiera de sus secciones. Por dicha razón, no es descabellado, a juicio de quien suscribe, que pueda declararse en rebeldía al deudor concursado que no comparece ni contesta cuando sea demandado en un incidente concursal.

⁷³⁴ GARNICA MARTÍN, J.F. "De las normas procesales generales y del sistema de recursos (Artículos 183-198 LC)", en AAVV *Tratado judicial de la insolvencia*. Tomo II. Op. cit. Pg. 863.

Por tanto, la clave para resolver la duda que se plantea radica en determinar cuál es el objeto de la vista a la que se refiere el art. 194.4, párrafo primero, último inciso, de la LC. La respuesta pasa por reconocer que la única razón que justifica realmente la celebración de la vista en el incidente concursal es la práctica de la prueba propuesta y admitida, esto es, el mismo objeto al que se circunscribe la vista del juicio ordinario. En consecuencia, la falta de presencia de cualquiera de las partes en la vista del incidente concursal únicamente ha de acarrearle la imposibilidad de participar en la práctica de la prueba, nada más⁷³⁵. En estas condiciones, la sanción prevista en el art. 442 LEC resulta desproporcionada, excesiva, mientras que la del art. 432 se ajusta mucho mejor a la naturaleza de la *infracción* cometida.

Queda de manifiesto, una vez más, que la redacción del precepto resulta defectuosa, trasladando a los operadores jurídicos y a los órganos judiciales la solución de los problemas y dudas que plantea la interpretación de la norma. Produce cierto desconuelo que se siga teniendo que recurrir a la práctica para resolver estos problemas después de los ajustes efectuados en el precepto, tras dos reformas legislativas consecutivas operadas sobre el mismo.

b) *Desarrollo de la vista*

En la vista, caracterizada por la observación de los principios de inmediación, concentración, oralidad y publicidad, se desarrollarán los siguientes trámites:

- Alegación de hechos nuevos o de nueva noticia (art. 286.1 LEC);
- Decisión judicial sobre las cuestiones procesales propuestas o apreciadas de oficio;
- Fijación de los hechos controvertidos, en su caso;
- Proposición y admisión, en su caso, de pruebas en relación con los hechos nuevos o de nueva noticia que pudieran alegarse en el propio acto de la vista.
- Práctica de todos los medios de prueba admitidos⁷³⁶.

⁷³⁵ GARNICA MARTÍN, J.F. “De las normas procesales generales y del sistema de recursos (Artículos 183-198 LC)”, en AAVV *Tratado judicial de la insolvencia*. Tomo II. Op. cit. Pg. 863.

⁷³⁶ En este sentido se pronuncia la SAP Barcelona, Sección 15ª, de fecha 29/04/2009 (recurso 664/2008), ponente Ilmo. Sr. D. Luis Garrido Espa, Fundamento de Derecho Segundo: «[...] El juzgador obvió ciertos matices legales en relación con la intervención de la parte demandante en la vista, ya que, sin salir del apartado 1 del art. 443 LEC, olvidó el apartado 4 del mismo precepto, que ordena

Con este esquema de desarrollo de la vista, pueden suscitarse algunas cuestiones de interés.

a') El problema del doble trámite de proposición y admisión de prueba

Vimos anteriormente, que, en el actual modelo de incidente concursal, la proposición de prueba se realiza en el trámite de alegaciones por escrito. Sin embargo, esa regla general admite excepciones cuando, al tiempo de celebración de la vista, ha llegado a conocimiento de alguna de las partes la existencia de hechos nuevos o de nueva noticia cuya alegación resulta de interés.

Alegados los hechos nuevos al inicio del acto de la vista, es consecuencia inevitable que su acreditación exija la proposición de los medios de prueba que estimen convenientes durante el desarrollo de la vista. Por tanto, esta doble posibilidad de proposición de prueba exigirá, también, un nuevo trámite de admisión de prueba por parte del órgano judicial, que se añade al verificado previamente, como requisito cumulativo para decidir sobre la procedencia o no de la celebración de la vista.

La cuestión no era baladí en la medida en que se proyecta sobre el régimen de recursos previsto contra la resolución sobre admisión de pruebas. Mientras que contra la decisión sobre admisión de pruebas previo a la celebración de la vista se ha de entender de aplicación el régimen general previsto en el art. 197 LC (recurso de reposición y, frente a su resolución, protesta –a los efectos del subsiguiente recurso contra la resolución de fondo–), contra la resolución en materia de prueba que se dictase en el acto de la vista únicamente cabía formular protesta a efectos de hacer valer derechos en la segunda instancia (art. 446 LEC). Actualmente, ya hay cobertura legal para entenderlo de otro modo pues, en este segundo caso, resultaría de plena aplicación el régimen de la LEC a consecuencia de la remisión contenida en el art. 194.4 LC por lo que

dar la palabra a las partes “para fijar con claridad los hechos relevantes en que fundamenten sus pretensiones” y fijar los hechos controvertidos o incontrovertidos, como resulta del siguiente inciso: “si no hubiere conformidad sobre ellos, se propondrán las pruebas [...]”. Este trámite, propiamente integrado en la vista del juicio verbal, cobra mayor relevancia si los actos alegatorios precedentes se apartan de la regulación propia del juicio verbal, como es el caso, en que a la demanda, formalmente deducida como si se tratara de un juicio ordinario, sigue la contestación en la misma forma, de modo que al acudir a la vista no sólo es el demandado quien conoce la pretensión y fundamentos del demandante, sino que éste ya ha adquirido previo conocimiento de las defensas, objeciones y justificaciones del demandado, de modo que cobra sentido en la vista un trámite contradictorio como el que tiene lugar en la audiencia previa del juicio ordinario, de conformidad con los arts. 426 y 427 LEC, debiéndose permitir a las partes, sin alterar sustancialmente sus pretensiones ni los fundamentos de éstas expuestos en sus escritos, efectuar alegaciones complementarias en relación a lo expuesto de contrario, aclarar sus alegaciones, rectificar extremos secundarios (siempre sin alterar sus pretensiones ni sus fundamentos, dice el art. 426.2 LEC), alegar hechos nuevos conforme al art. 426.4 y 286 LEC, y adoptar una posición concreta sobre los documentos aportados de contrario (art. 427 LEC).»

habría que acudir al nuevo art. 446 LEC⁷³⁷ que prevé, expresamente, el recurso de reposición frente a las resoluciones sobre admisión o inadmisión de pruebas.

b') *La práctica de la prueba*

No se previene especialidad alguna en materia de práctica de la prueba propuesta y admitida, por lo que serán de aplicación las normas contenidas en la LEC para el juicio verbal y para el proceso civil, en general.

Sólo podrán probarse los hechos controvertidos (art. 281.3 LEC, en relación con el art. 194.4 LC) que sean pertinentes, útiles y lícitos (art. 283 LEC), así como la vigencia de determinadas normas (derecho extranjero, la costumbre –art. 281.1 LEC- y el derecho local o estatutario) no amparadas, necesariamente, por el principio *iura novit curia*⁷³⁸.

c') *El trámite de conclusiones*

Esta materia se ha visto profundamente afectada por la reforma de la LEC operada por la recientemente promulgada Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero.

La LC nada dice acerca de la posibilidad de conceder a las partes, una vez finalizada la práctica de la prueba, un trámite de conclusiones.

El silencio de la Ley propició el correspondiente debate doctrinal y jurisprudencial al respecto, con posiciones a favor y en contra. Entraron en contraste principios de utilidad frente a especialidad; tutela judicial efectiva y defensa frente a agilidad en la tramitación; racionalidad frente a aplicación rigurosa de la Ley; concentración frente a simplicidad y celeridad⁷³⁹.

i) Expondremos, brevemente, los términos del debate doctrinal, advirtiendo que ha quedado superado por la nueva redacción de los preceptos de la LEC.

⁷³⁷ Art. 446 LEC, redacción dada por artículo cincuenta y cinco de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil: «*Contra las resoluciones del tribunal sobre admisión o inadmisión de pruebas sólo cabrá recurso de reposición, que se sustanciará y resolverá en el acto, y si se desestimare, la parte podrá formular protesta a efecto de hacer valer sus derechos, en su caso, en la segunda instancia.*»

⁷³⁸ GIMENO SENDRA, V. (dir.). *Diccionario de Derecho procesal civil*. Op. cit. Pgs. 467 y 468.

⁷³⁹ Simplicidad y celeridad con la que el legislador pretendió dotar la regulación del juicio verbal, por estar reservado a asuntos de escasa complejidad (Exposición de Motivos de la LEC).

Es mayoritaria la doctrina al postularse a favor de la admisibilidad de un trámite de conclusiones verbales en el incidente concursal “común” (al incidente laboral nos referiremos posteriormente).

Se decía que aunque la LEC no prevea expresamente conclusiones en la vista de los juicios verbales (art. 447.1 LEC), dicho silencio legal no debía interpretarse en sentido prohibitivo, habida cuenta de la indudable utilidad que puede presentar dicho trámite, tanto para las propias partes, que, de este modo, podrán efectuar un resumen del resultado probatorio favorable a sus pretensiones y defensas, como para el acertado ejercicio de la función juzgadora. Tesis que, se decía, viene avalada por lo dispuesto en el art. 185.4 LEC, que regula con carácter general el desarrollo de las vistas, según el cual, concluida la práctica de la prueba o, si ésta no se hubiere producido, finalizado el primer turno de intervenciones, el Juez o Presidente debe conceder de nuevo la palabra a las partes para que valoren el resultado de las pruebas practicadas⁷⁴⁰.

Siendo cierto que ni la norma procesal civil, ni la Ley Concursal como especialidad, preveía la expresa articulación de un trámite de conclusiones, sí lo hace esta última, en cambio, en la tramitación del incidente laboral, tal y como ha puesto algún autor⁷⁴¹. La sola existencia de fase probatoria lo convierte en un trámite inexcusable en el marco del procedimiento incidental, con el objeto de posibilitar a las partes delimitar, definitivamente, su objeto, especialmente teniendo en cuenta la complejidad y envergadura de muchas de las cuestiones a ventilar a través del cauce del incidente concursal.

En este sentido ya razonaba la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número Uno de Alicante, de fecha 22/06/2006⁷⁴².

⁷⁴⁰ DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El Proceso Concursal*. Primera Edición. Op. Cit. Pág. 274. MAGRO SERVET, V. “El incidente concursal en materia civil en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal”. Revista SEPIN LEC-45. Editorial SEPIN, S.A. Octubre de 2004. Pgs. 13 y ss. ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. “El incidente concursal”. Revista Jurídica de Cataluña. Llei Concursal. Número 4, monográfico. Año CIII. Op. cit. Pg. 288. ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. *Nueva Ley Concursal. Ley 22/2003, de 9 de julio. Comentarios, jurisprudencia aplicable y formularios*. Op. cit. Pg. 821. HERRERO PEREZAGUA, J. F. *Comentarios a la Ley Concursal*. Volumen II. Op. cit. Pg. 1.958. SERRA DOMÍNGUEZ, M. *Comentarios a la Ley Concursal*. Tomo 3. Op. cit. Pgs. 1.926 y 1.927.

⁷⁴¹ LÓPEZ YAGÜES, Verónica, en *Ley Concursal. Comentarios, jurisprudencia y formularios*. Tomo II. (AAVV, GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza, Coord.). Op. cit. Pg. 884.

⁷⁴² SJM Alicante, número Uno, de fecha 22/06/2006, ponente Ilmo. Sr. D. Rafael Fuentes Devesa, Fundamento de Derecho Segundo: «El acto de la vista está dirigido especialmente (art. 443 Ley de Enjuiciamiento Civil) a i) resolver cuestiones procesales; ii) fijar los hechos controvertidos; iii) practicar prueba, si la discusión es también fáctica y no hay conformidad sobre los hechos relevantes y iv) si así se considera conveniente, por la práctica de prueba o para esclarecer la controversia, la exposición oral o informe final (artículo 185 LEC) [...]»

Puede argumentarse con la dicción de la propia LC contra la admisión de un trámite de conclusiones en el incidente concursal común, pues la Ley, en el art. 195 dedicado a la regulación del denominado “*incidente concursal en materia laboral*”, admite expresamente que tenga lugar el trámite de conclusiones, lo que podría conducir a entender que la concesión de este acto constituye la excepción a la regla general impeditiva. Sin embargo, también puede considerarse que el argumento que proporciona el art. 185.4 LEC es suficiente para superar el obstáculo constituido por la letra de la Ley⁷⁴³.

Nótese que la posibilidad de formular conclusiones al final del acto de la vista se funda en el art. 185 LEC, de aplicación general a todos los procesos declarativos regulados en la Ley procesal civil, al margen de la regulación contenida en el art. 443, específica para el juicio verbal, entonces de plena aplicación por la remisión contenida, en general, a sus trámites, en aquel originario art. 194.4 LC.

La preferencia por la aplicación del art. 185 LEC frente art. 443 LEC lleva a un sector de la doctrina⁷⁴⁴ a mostrarse partidario de la concesión a las partes, al final de la vista, de un turno de intervención para que puedan formular concisamente las alegaciones que a su derecho convenga sobre el resultado de las pruebas practicadas, esto es, conclusiones.

Más recientemente, otros autores⁷⁴⁵ siguen mostrándose partidarios de que se conceda un trámite de conclusiones a los Letrados de las partes al final del acto de la vista sobre la base de considerar desacertada la remisión del art. 194.4 LC al artículo 443 LEC, regulador de la forma en que se desarrolla la vista en los juicios verbales.

Se critica por algún autor la «ampulosa remisión» que efectúa el art. 194.4 LC al art. 443 LEC, dejando constancia de que «*queda prácticamente en nada, o en muy poco*». Y se señala que hubiera sido más provechoso remitirse al art. 433 LEC, esto es, al juicio ordinario, lo que, de paso, hubiera permitido resolver mejor el problema de la incomparecencia de las partes a la vista y también conocer si es posible formular conclusiones orales tras la práctica de la prueba⁷⁴⁶.

⁷⁴³ HERRERO PEREZAGUA, J. F. *Comentarios a la Ley Concursal*. Volumen II. Op. Cit.. Pg. 1.958.

⁷⁴⁴ DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El Proceso Concursal*. Quinta Edición. Op. Cit. Pág. 267. DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El incidente concursal*. Op. cit. Pg. 122. Remite a BONET NAVARRO, A. “La reforma del incidente concursal”. Op. cit. Pgs. 19 y 20.

⁷⁴⁵ REDONDO GARCÍA, F. “Comentarios al art. 194 LC”, en *Proceso concursal*. (AAVV). Sala Reixachs, A.; Alonso-Cuevillas Sayrol, J.; Machados Plazas, J.; Vila Florensa, P. (Coords.). Op. cit. Pg. 1.003.

⁷⁴⁶ GARNICA MARTÍN, J.F. “De las normas procesales generales y del sistema de recursos (Artículos 183-198 LC)”, en AAVV *Tratado judicial de la insolvencia*. Tomo II. Op. cit. Pg. 865.

Son de la opinión contraria otros autores que consideraban la falta de cobertura legal (el silencio de la Ley) un obstáculo insalvable para la concesión de un trámite de conclusiones a las partes del incidente concursal.

Basándose en una interpretación literal de la norma, sobra decir que las partes no podrán efectuar conclusiones —ni orales ni escritas—, con la excepción expresamente regulada para el incidente concursal en materia laboral (art. 195 LC)⁷⁴⁷.

En el juicio incidental no se establece ningún trámite de conclusiones tras la celebración de juicio verbal y la práctica de pruebas, pues nada se dice sobre ello, con lo cual el legislador parece insistir en la idea de que en el juicio verbal civil, tras la práctica de la prueba queda el juicio visto para sentencia. Se hace esta precisión porque en el juicio incidental en materia laboral del siguiente artículo 195 LC, sí se especifica la existencia de un trámite de conclusiones, por lo cual, ante el silencio del legislador en este artículo se debe suponer que no se ha querido otorgar dicho trámite de conclusiones en el incidente concursal del artículo 194 LC⁷⁴⁸.

Otros autores consideran que del art. 447.1, de la LEC se desprende que esa última intervención conclusiva no está prevista para el juicio verbal y que este trámite se aplique al incidente concursal resulta bastante criticable. Se aborda un análisis de carácter etiológico señalando que en los diversos textos prelegislativos que prepararon la vigente Ley Concursal, cuando se regulaba ampliamente el incidente concursal siempre se establecía un trámite de conclusiones para pronunciarse sobre la prueba practicada, si bien es cierto que en plazo bastante breve. Además, cuando la Ley regula en el art. 195 el incidente concursal en materia laboral prescribe, en la última frase de su apartado 2, que tras la práctica de la prueba se otorgará a las partes un trámite de conclusiones. Que dicha previsión se contenga en lo laboral y no para lo civil o mercantil no tiene explicación plausible, pues ni mucho menos tiene menor importancia esta última materia⁷⁴⁹.

No cabe duda de que el Legislador ha previsto en un precepto distinto un trámite de conclusiones para el incidente concursal laboral que, sin embargo, omite respecto del incidente concursal común en el art. 194.4 LC. Podría interpretarse, de esta forma, que cobra fuerza la tesis de

⁷⁴⁷ YÁÑEZ VELASCO, R. Nueva Ley Concursal: Comentarios y formularios a la Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal. Volumen II. Op. cit. Pg. 241.

⁷⁴⁸ GÓMEZ GIL, M. A. *Ley Concursal. Comentarios Jurisprudencia Concordancias Doctrina*. Editorial Colex, Constitución y Leyes, S.A. Madrid, 2003. Pgs. 270 y 271.

⁷⁴⁹ COBOS GAVALA, R. "Normas procesales generales en la nueva Ley Concursal". Justicia. Revista de Derecho Procesal. Número 1-2. Editor J. M. Bosch. Barcelona, 2004. Pg. 137.

que esta referencia expresa constituye una excepción a la regla general impeditiva. La omisión legal, por otra parte, es perfectamente congruente con los artículos de la LEC reguladores del juicio verbal, situados en el Título III del Libro II de la LEC (arts. 437 a 447 LEC), que no prevén, tampoco, trámite de conclusiones a la finalización de la práctica de la prueba, si se hubieren propuesto y admitido, o expuestas, en otro caso, las alegaciones de las partes. Nótese que la remisión del art. 194.4 LC lo es a la forma de desarrollarse el trámite de vista en el juicio verbal de la LEC, y estos trámites se sitúan, específicamente, en el Título III antes mencionado, lo que excluiría la aplicación del art. 185.4 LEC por efecto del principio de especialidad.

En este mismo sentido, se insiste en el argumentario⁷⁵⁰, sosteniendo su inadmisibilidad como trámite esencial u obligatorio con apoyo en dos argumentos: el principio de especialidad legal y la remisión al art. 195.2 LC. Se añade que el propio Legislador, a pesar de reformas posteriores, no ha modificado de hecho el citado art. 447, y en el art. 195.2 LC, si bien remite al juicio verbal, establece que en ese supuesto del 195 (incidente concursal laboral) sí hay conclusiones, con lo cual, se concluye, es claro que si el legislador lo hubiera querido para los juicios verbales en general, lo hubiera dicho, y pese a ello no lo ha hecho, por lo que cabe entender que no hay conclusiones en los juicios verbales.

Con el mismo enfoque, tratando la cuestión de la inclusión o no del trámite de conclusiones limitado al juicio verbal, otros autores señalaban que el intérprete, a la hora de aplicar las escasas normas que la LEC dedica a este juicio, debería procurar una lectura acomodada a las exigencias de la doctrina del Tribunal Constitucional, que supone, entre otras manifestaciones, el derecho a un proceso justo (STC 166/2005 y STC 167/2002). Precisamente por lo concentrado del trámite de alegaciones, proposición y práctica de la prueba en esta clase de juicios, una lectura restrictiva cercenaría la efectividad del derecho de defensa y vulneraría el derecho fundamental contemplado en el art. 24 CE. La denegación del trámite de conclusiones compele a los letrados a un ejercicio de clarividencia complicado, en tanto que el demandante habrá de imaginar cuál sea la respuesta que esgrimirá el demandado, elucubrando, además, sobre el resultado de la prueba; mientras el demandado, que al menos conocerá los términos de la demanda, deberá hacer otro tanto respecto del resultado que pueda arrojar la prueba, aún no practicada, del demandante. Lo deseable sería que, sin necesidad siquiera de proponer una reforma legal del art. 447.1 LEC, los tribunales de instancia fueran modificando su actitud, atendiendo a la doctrina

⁷⁵⁰ MAGRO SERVET, V. (Coord.). Guía Práctica sobre el juicio verbal. (Adaptada a la Ley 4/2013, de 4 de junio, que modifica el juicio verbal de desahucio). Editorial La Ley, Wolters Kluwer España, S.A. Las Rozas (Madrid), 2013. Pg. 419.

constitucional antes mencionada, acabando con la perniciosa práctica de que las conclusiones de las partes se efectúen antes de escuchar los argumentos del contrario (caso del actor) y de la práctica misma de la prueba. El proceso ganaría en racionalidad y mejoraría la calidad de la tutela que se reclama, así como el propio entendimiento de lo sucedido por quien debe dictar sentencia⁷⁵¹.

ii) Abordamos lo que ha venido siendo el parecer de los Tribunales hasta la reforma operada en la regulación por la LEC de la vista del juicio verbal.

La jurisprudencia menor refleja la misma disparidad de criterios que se ha expuesto respecto de la doctrina. La Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15^a, considera el trámite de conclusiones en el juicio verbal como *no esencial*, por lo que su omisión no puede ser constitutiva de infracción de garantías procesales causante de indefensión y determinante de nulidad de actuaciones, ya que puede quedar subsanado con la oportunidad del recurso de apelación, en el que la parte puede fundamentar y valorar sin restricción todo lo actuado en el proceso⁷⁵².

La Audiencia Provincial de Barcelona, como vemos, no niega la posibilidad de conceder el trámite de conclusiones en el acto de la vista propio del juicio verbal, doctrina extrapolable al cauce del incidente concursal. Al contrario, al apreciar el criterio «*riguroso e innecesariamente restrictivo*» con que se empleó el Juzgador de instancia al denegar el trámite de conclusiones en el caso concreto, viene a dar a entender que

⁷⁵¹ RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E. "En defensa del trámite de conclusiones en el juicio verbal". Revista digital www.westlaw.es. Número 12/2007.

⁷⁵² AAP Barcelona, sección 15^a, de fecha 14/07/2004 (recurso 32/2004), ponente Ilmo. Sr. D. Luis Garrido Espa, Fundamento de Derecho Tercero: «*Que ese ulterior turno, previsto con carácter general por el art. 185.4 LEC, sea aplicable a la vista para la audiencia de las partes en el proceso cautelar (art. 734 LEC) no es conclusión indubitada y suscita la misma duda que con respecto a la vista prevenida para el juicio verbal (dado el tenor de los arts. 443.4 y 447 LEC), ya que en ambos casos existe una regulación especial, en la que no se prevé esa intervención alegatoria final de rectificación de hechos o de conclusiones, a diferencia de la regulación especial prevista para el acto del juicio en el proceso ordinario (art. 433), que la contemplaba expresamente. En cualquier caso, [...], no se trata de un trámite de conclusiones con el alcance que prevé el art. 433.2 y 3 LEC para la vista del juicio en el proceso ordinario, sino de una concisa valoración de las pruebas practicadas. Esa oportunidad, en su día denegada con criterio que, ciertamente, peca de riguroso e innecesariamente restrictivo, no estimamos que constituya un trámite esencial y, por ello, determinante de la sanción de nulidad, sino a lo más un trámite que puede quedar subsanado con la oportunidad del recurso de apelación, en el que la parte puede fundamentar y valorar sin restricción todo lo actuado en el proceso.*»

SAP Barcelona, sección 16^a, de fecha 12/11/2007 (recurso 489/2007), ponente Ilmo. Sr. D. José Luis Valdivieso Polaino, Fundamento de Derecho Cuarto: «*La circunstancia de no haberse otorgado trámite de conclusiones no es constitutiva de vicio alguno, porque, pese a lo que dice la norma general del artículo 185.4 de la repetida ley procesal, lo cierto es que la norma específica del artículo 447.1 determina que, practicadas las pruebas, se dará por terminada la vista y se dictará sentencia. La norma especial ha de prevalecer sobre la general, y el que la ley prevea ese trámite de conclusiones para el juicio ordinario muestra que ha querido distinguir y establecer el trámite en un proceso y no en otro. Evidentemente, si los jueces otorgan el trámite, la informalidad no tendría la menor trascendencia jurídica, pues no parece que permitir mayores alegaciones que las que prevé la ley deba merecer especiales reproches jurídicos.*»

se posiciona a favor de su concesión, al menos en ese supuesto. Distinto es el alcance del juicio de necesidad del trámite de conclusiones, puesto en relación con la ausencia de su previsión legal, dentro de la estructura del procedimiento, lo que le lleva a concluir que dicho trámite no es esencial. Por ello pueden citarse sentencias que mantienen que, aunque se estimare existente el trámite de conclusiones en los juicios verbales, la ausencia de dicho trámite en ningún caso conduciría a la nulidad por faltar el requisito de la indefensión (Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 14/07/2004).

Otras sentencias se limitan a constatar la inexistente previsión legal del trámite de conclusiones en la vista del juicio verbal⁷⁵³.

Sin embargo, desde la perspectiva de la oportunidad procesal, parece recomendable el trámite de conclusiones como mecanismo de salvaguarda de garantías de las partes, especialmente cuando la cuestión que se ventila reviste cierta complejidad, y ésta se ha reflejado en una extendida y virulenta fase de prueba. Quizás por ello la misma Audiencia Provincial de Barcelona, aunque distinta sección, expresa el reconocimiento hacia la admisión práctica del trámite de conclusiones, tal y como se desprende del contenido de la Sentencia de la sección 18ª, de fecha 22/09/2006⁷⁵⁴.

A favor de la admisibilidad del trámite de conclusiones en la vista del juicio verbal se puede citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de

⁷⁵³ SAP Badajoz, sección 2ª, de fecha 12/12/2004; SAP Guadalajara, sección 1ª, de fecha 14/10/2004 (recurso 263/2004), ponente Ilma. Sra. Dª. María Ángeles Martínez Domínguez, Fundamento de Derecho Primero; SAP Sevilla, sección 5ª, de fecha 12/05/2004 (recurso 715/2004), ponente Ilmo. Sr. D. Fernando Sanz Talayero, Fundamento de Derecho Segundo; y SAP Alicante, sección 5ª, de fecha 5/03/2004 (recurso nº 592/2003), ponente Ilmo. Sr. D. José Luis Úbeda Mulero, Fundamento de Derecho Tercero.

⁷⁵⁴ SAP Barcelona, sección 18ª, de fecha 22/09/2006 (recurso 992/2005), ponente Ilmo. Sr. D. Enrique Anglada Fors, Fundamento de Derecho Segundo, con cita de otra anterior de la sección 16ª, de fecha 28/04/2005: «Así la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 28 de abril de 2005, Sección 16ª, que señala que “Es notorio que, a diferencia de la regulación del acto plenario fundamental (el juicio) del proceso ordinario, que sí prevé un específico trámite de conclusiones orales (art. 433.2), en la vista propia del juicio verbal un trámite parejo no es contemplado por la ley, sin perjuicio de que el uso forense venga reconociéndolo o admitiendo sucedáneos del mismo. De lo que cabe inferir que en aquellos supuestos [...] en que la vista se celebra con remisión específica a los preceptos de la del juicio verbal, tipo de proceso declarativo (Título III, Libro 2º de la LEC), éstos prevalecen sobre los más genéricos reguladores de las vistas en tanto que vía genérica para la sustanciación de los asuntos (Título V, Libro 1º de la LEC).”»

En idéntico sentido, se admite el trámite de conclusiones en la vista, aun reconociendo que no tiene carácter preceptivo, en la SAP Granada, sección 4ª, de fecha 4/07/2006 (recurso 464/2005), ponente Ilmo. Sr. D. Moisés Lazuén Alcón, Fundamento de Derecho Segundo: «[...] aunque ciertamente el art. 443 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no contempla expresamente el citado trámite, y no existiera inconveniente en concederlo, al amparo de lo dispuesto con carácter general en el art. 185.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en ningún caso tal trámite tendría carácter preceptivo. De acuerdo con este razonamiento la falta de realización del mismo no supondría una infracción procesal.»

Madrid, sección 10^a, de fecha 11/07/2012⁷⁵⁵. También la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, sección 3^a, de fecha 19/06/2009⁷⁵⁶.

iii) La reforma del juicio verbal.

La deriva legislativa sobre la materia apuntaba hacia una modificación del art. 447 LEC para introducir un trámite de conclusiones de las partes tras la práctica de las pruebas en el acto de la vista. Así se expresaba tanto en el Anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aprobado por el Consejo de Ministros el pasado día

⁷⁵⁵ SAP Madrid, sección 10^a, de fecha 11/07/2012 (recurso 517/2012), ponente Ilmo. Sr. D. Ángel Vicente Illescas Ruz, Fundamento de Derecho Vigésimo Tercero: «A criterio de esta Sala, el silencio de la regulación especial del procedimiento verbal no puede reputarse sintomático de una voluntad tácita de impedir el trámite de conclusiones. Estamos persuadidos de que ha de permitirse que las partes puedan pronunciarse sobre la significación y virtualidad del resultado de las pruebas practicadas, acto continuo de la última celebrada y sin que sea preciso convocar a las partes a una nueva audiencia con tal objeto, evitándose de este modo la dilación de la sentencia. Así y a pesar de que en el art. 443 LEC 1/2000 no se haga referencia alguna a que tras la prueba se conceda la palabra a las partes para que puedan realizar las conclusiones que estimen oportunas, esa posibilidad se deriva de lo establecido en el art. 185, apdo. 4 LEC 1/2000. Ahora bien, posibilidad no significa necesidad y, por ende, la ausencia de este trámite, en especial cuando no se ha solicitado del órgano jurisdiccional la concesión del mismo ni se formuló recurso ni protesta frente a la eventual denegación.»

⁷⁵⁶ SAP Castellón, sección 3^a, de fecha 19/06/2009 (recurso 563/2008), ponente Ilma. Sra. D^a. María de los Ángeles Gil Marqués, Fundamento de Derecho Segundo (con cita de otras anteriores, de fechas 19/11/2003 y 23/01/2004, que mantenían el mismo criterio): «Pues bien, como en la resolución antes citada dijimos y ahora reiteramos, aunque del tenor literal del art. 447.1 que dispone: "Practicadas las pruebas si se hubieren propuesto y admitido o expuestas, en otro caso, las alegaciones de las partes, se dará por terminada la vista...", parece que deriva que no es necesaria la concesión a las partes de un nuevo turno de palabra para rectificar hechos o conceptos o formular alegaciones sobre el resultado de las pruebas practicadas, sin embargo, dicho precepto debe ponerse en relación con las normas sobre la vista de los arts. 182 y ss. LEC. Así lo afirma también la sentencia de la AP Zaragoza, sección 5^a, de 13 de junio de 2001 [...]».

En efecto, las normas sobre la vista en el juicio verbal (arts. 443 a 447) deben valorarse o integrarse junto con las previstas con carácter general en la LEC (arts. 182 a 193). En ellas concretamente el art. 185.4 LEC [...] regula con carácter preceptivo que el Juez o Tribunal, después de practicada la prueba, conceda de nuevo la palabra a las partes para el anteriormente llamado trámite de conclusiones y ahora de alegaciones. Ello es consustancial al principio de contradicción o audiencia que preside todos los procesos y que desde una perspectiva constitucional viene contemplado en el art. 24.1 CE, cuyo contenido esencial está integrado por la necesidad de ser oído y que no puede vulnerarse por un procedimiento en la actualidad predominantemente oral, en el que el juez se pone en contacto directo e inmediato con las pruebas personales (testigos y peritos) y con las partes. En efecto, como afirma la doctrina procesalista la oralidad es también concentración, hasta el punto que lo que caracteriza a un procedimiento oral es más la concentración que la mera oralidad de actos procesales (MONTERO AROCA), de tal modo que éstos deben desarrollarse en una sola audiencia, o en pocas próximas temporalmente entre sí, siendo el "ideal de todo procedimiento... la concentración en una sola audiencia de todos los alegatos de las partes, de la proposición y práctica de la prueba e incluso de la resolución del asunto". Y la vulneración de este derecho a ser oído, se produce en el presente caso, cuando se deniega a las partes la posibilidad de valorar las pruebas practicadas conforme al art. 185.4 LEC.

A esta conclusión también conduce una acertada interpretación sistemática de la LEC (MARIMON DURA), quien tras su análisis concluye que de todos los preceptos que regulan la vista en los distintos procedimientos (arts. 443, 464, 514, 560, 734, 753, 809.2 y 811.5, 818, 826) el único que no se remite al trámite del juicio verbal es el art. 734, que regula la vista para la audiencia de las partes en los procedimientos para la adopción de medidas cautelares, por lo que los arts. 182 a 193 LEC (De las vistas) no deben estar pensados o no pueden quedar reducidos únicamente para este supuesto, sino para todos aquellos en los que se prevé el trámite de vista.»

3/05/2013, como en el posterior Proyecto de Ley de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, presentado en el Congreso de los Diputados el pasado 27/02/2015, calificado el 3/03/2015 (BOCG 6/03/2015, tramitado como Proyecto 121/000133), texto remitido por el Congreso de los Diputados al Senado (número 621/000142). Puede leerse en el apartado IV de su Exposición de motivos que *«[...] se aprovecha la presente reforma para introducir modificaciones en la regulación del juicio verbal con la finalidad de reforzar las garantías derivadas del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, y que son fruto de la aplicación práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil y que venían siendo demandadas por los diferentes operadores jurídicos»*.

Finalmente, las propuestas se han plasmado en el texto legal a través de la reforma operada por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil (BOE 6 de octubre 2015), vigencia: 7/10/2015.

Entre las modificaciones operadas en la regulación de la vista del juicio verbal ocupa un espacio destacado y, por lo que atañe a la cuestión que ahora nos ocupa, se contiene la admisión expresa del trámite de conclusiones en el juicio verbal⁷⁵⁷, si bien con carácter facultativo, sujeto, al parecer, a la discrecionalidad del juzgador (*«en aquellos supuestos en que resulte procedente»*), se dice en la Exposición de Motivos, mientras que el precepto concreto utiliza la fórmula *«Practicadas las pruebas, el tribunal podrá conceder a las partes un turno de palabra para formular oralmente conclusiones»*).

También introduce la contestación escrita, en el plazo de diez días, la mitad del establecido para el procedimiento ordinario, generalizando con ello la previsión que ya se recogía para determinados procedimientos especiales, lo que comporta la adecuación de todos los preceptos relacionados con el trámite del juicio verbal y de los procesos cuya regulación se remite al mismo, así como los recursos de las resoluciones sobre prueba (hasta ahora excluido, sustituido por la fórmula de la protesta como condición de la articulación posterior de la impugnación) y la posibilidad de renuncia por las partes a la celebración de vista, pero siempre que el Tribunal lo considere pertinente. Resulta curioso constatar que, finalmente, la Ley de reforma diseña un modelo de juicio verbal que, sin duda, acomoda sus trámites a las formas previstas para el incidente concursal común en la Ley Concursal, culminándose, de este modo, un imaginario viaje de ida y vuelta en cuanto al modelo de sustanciación de estos dos procedimientos.

⁷⁵⁷ El artículo único del Anteproyecto, bajo la rúbrica “Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil”, apartado Cincuenta y Cuatro, modifica el párrafo 1 del apartado 1 del artículo 447, que quedaría redactado como sigue: *«1. Practicadas las pruebas, el tribunal podrá conceder a las partes un turno de palabra para formular oralmente conclusiones. A continuación, se dará por terminada la vista y el tribunal dictará sentencia dentro de los diez días siguientes. [...]»*

iv) Reflexión crítica.

La procedencia de la crítica se justificaba tras el análisis de la situación doctrinal y jurisprudencial de la cuestión, antes de operarse la reforma de la regulación del juicio verbal, habida cuenta de que se sostenía una posición favorable a la admisión del trámite de conclusiones en el incidente concursal, a pesar del silencio legal entonces existente.

La reforma de la LEC resta interés a aquella crítica. Cabe entender, no obstante, que la reciente entrada en vigor de dicha modificación legal hace tolerable su exposición, aun a sabiendas que el paso del tiempo hará desaparecer el limitado interés que, todavía, pudiera conservar.

Analizados los diversos enfoques, reflexiones y pronunciamientos, parecía inevitable resistir a la tentación que podía representar la defensa de la estricta legalidad positiva, interpretando con excesivo rigor el principio de especialidad para eludir la aplicación al trámite de vista, en el incidente concursal, de la regla general contenida en el art. 185.4 LEC (recuérdese la remisión contenida en la Disposición final quinta de la LC). Especialmente, tras constatar que parece implantarse una corriente que acepta o admite el trámite de conclusiones en la práctica, aunque reconociendo que la falta de previsión legal expresa del mismo le priva del carácter preceptivo que determinaría la nulidad en el caso de su omisión, así como la nueva orientación del Legislador, expresada en la próxima (al menos a la fecha de redacción de estas líneas) reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Atendiendo a la naturaleza y objeto de la vista del incidente concursal, tal y como ha quedado configurada tras las diversas reformas a que ha sido sometida, se aprecian razones para la defensa del trámite de conclusiones. Circunscrita la vista a la resolución de las cuestiones procesales que hubieran podido plantearse durante la fase escrita de alegaciones, así como a la práctica de la prueba previamente declarada pertinente y útil, no resulta extravagante que se conceda a las partes un trámite de conclusiones acerca del resultado de la prueba practicada en el acto de la vista, considerando que el art. 447 de la LEC no la prevé, pero tampoco la prohíbe expresamente y que ha quedado huérfana de regulación la materia en la Ley Concursal, tras la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que cambió radicalmente el esquema de la vista y su regulación, con respecto al inicialmente concebido por la Ley 22/2003. En este nuevo diseño se ha reforzado el carácter de la vista como acto esencial para el desarrollo de la fase probatoria del incidente, cuando la misma versa sobre pruebas de carácter personal (que son, además, las que determinan la procedencia de su celebración), que han de ser practicadas a presencia judicial y con intervención de las partes, con sometimiento a los principios de concentración y oralidad. Es en este

trámite en el que cobra todo su sentido la formulación de conclusiones por las partes, a fin de engarzar, racionalmente, el resultado de la prueba practicada con las alegaciones de hecho y de derecho de cada una de ellas.

Que la remisión del precepto concursal a la LEC no se contemple en bloque a la regulación del juicio verbal, como antaño sucedía, permite suavizar la proyección del Título III sobre la vista en el incidente concursal, cobrando pleno sentido la aplicabilidad a dicho trámite del art. 185 LEC, previsto para los procesos declarativos en general.

Manteniendo la conclusión anterior, por razones de íntima convicción, se ha de reconocer que la reforma de la LEC la priva de contenido material porque por efecto de la remisión vigente a los trámites por los que se desarrolla el juicio verbal, al haber éste sido modificado en su diseño, pasando a incorporar en su regulación, de modo expreso, la posibilidad del trámite de conclusiones, la conclusión a la que se llega no puede ser otra que la admisibilidad de dicho trámite, si bien que ahora con apoyo en el texto de la Ley.

d') *Las diligencias finales en el incidente concursal*

De nuevo nos encontramos ante un supuesto en el que la LC ha omitido referirse al trámite, pese a lo cual la doctrina mayoritaria aboga por su aplicabilidad.

La doctrina ya se pronunciaba a favor de su admisibilidad aun cuando estaba en vigor la redacción originaria del precepto que remitía a las normas del juicio verbal de la LEC para la regulación de los trámites posteriores a la fase de alegaciones escrita con la que se iniciaba el incidente concursal.

En este sentido, se señalaba que era dudosa la admisibilidad de las diligencias finales en el incidente concursal. Pero, a pesar de que la regulación positiva ofrezca argumentos valiosos a quienes sostenían dicha inadmisibilidad, era posible defender su práctica porque esos argumentos positivos no desmienten suficientemente una idea: que el esquema propio del juicio verbal no permite asegurar de forma razonable la práctica de los medios de prueba propuestos por las partes y que no se puedan llevar a cabo en el acto del juicio. La instauración de este proceso para la sustanciación del incidente concursal supone la tramitación por los cauces del verbal de asuntos complejos, lo que pone más en evidencia sus carencias. A pesar de que el hecho de que exista contestación escrita las remedia en parte, esas carencias exigen que en determinadas situaciones resulte necesario acudir a las diligencias finales para evitar

que queden sin practicar medios de prueba fundamentales para la suerte de la cuestión controvertida⁷⁵⁸.

En parecidos términos se pronunciaban otros autores⁷⁵⁹, para quienes la desacertada sistemática de la LEC 1/2000 al situar las diligencias finales dentro del juicio ordinario, provocó una polémica doctrinal en torno a la improcedencia de las diligencias finales en el juicio verbal. Pero era precisamente en el juicio verbal donde más necesarias se revelaban las diligencias finales para suplir las deficiencias probatorias de la vista, por cuyo motivo defendía que debía ser posible su práctica en el juicio verbal.

Desde otro punto de vista, se consideraba que el principio de flexibilidad, inspirador del procedimiento concursal, había de permitir su utilización cuando ello resultara conveniente para el mejor enjuiciamiento de las cuestiones ventiladas⁷⁶⁰.

Sin embargo, un sector de la doctrina adoptaba una posición contraria a la admisibilidad del trámite de diligencias finales en el incidente concursal. Se sostenía, en este sentido, que, en contra de la opinión según la cual, en coherencia con el principio de flexibilidad rector del procedimiento, habría de permitirse al Juez servirse de este instrumento cuando, a su juicio, resultara conveniente para un mejor esclarecimiento de los hechos, las diligencias finales no tenían cabida en el procedimiento incidental por razones idénticas a las que sostenían su inviabilidad en el seno del juicio verbal⁷⁶¹.

Otros autores⁷⁶² constatando que el proceso incidental debía seguirse tras la contestación conforme a los trámites del juicio verbal (art. 194.4 LC), concluían que quedaba excluida la posibilidad de solicitar y acordar la práctica de diligencias finales, ya que su procedencia es tan sólo predicable respecto del juicio ordinario.

DÍAZ MARTÍNEZ⁷⁶³ consideraba que no parece posible acordar diligencias finales en el juicio verbal, no sólo por estar ubicadas en el

⁷⁵⁸ GARNICA MARTÍN, J. F. *Derecho concursal práctico. Comentarios a la Nueva Ley Concursal*. Fernández Ballesteros, M. A. (Coord.) Op. cit. Pg. 863. GARNICA MARTÍN, J. F. "La nueva Ley Concursal". Op. cit. Pg. 263.

⁷⁵⁹ SERRA DOMÍNGUEZ, M. *Comentarios a la Ley Concursal*. Tomo 3. Op. cit. Pg. 1.927.

⁷⁶⁰ ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. "El incidente concursal". *Revista Jurídica de Cataluña. Llei Concursal*. Número 4, monográfico. Año CIII. Op. cit. Pg. 288. ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. *Nueva Ley Concursal. Ley 22/2003, de 9 de julio. Comentarios, jurisprudencia aplicable y formularios*. Op. cit. Pg. 822.

⁷⁶¹ LÓPEZ YAGÜES, V., en *Ley Concursal. Comentarios, jurisprudencia y formularios*. Tomo II. (AAVV, GALLEGO SÁNCHEZ, E., Coord.). Op. cit. Pg. 884.

⁷⁶² HERRERO PEREZAGUA, J. F. *Comentarios a la Ley Concursal*. Volumen II. Op. cit. Pg. 1.958.

⁷⁶³ DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El Proceso Concursal*. Primera Edición. Op. Cit. Pg. 274.

ámbito del juicio ordinario, sino, especialmente, porque su admisión y práctica iría en contra de la inequívoca voluntad del legislador de que los principios de concentración e inmediatez presidieran tanto el juicio verbal, como, en lo que aquí interesa, el incidente concursal.

El transcurso del tiempo y, significativamente, la entrada en vigor de las sucesivas reformas del art. 194.4 LC, parece haber cambiado el enfoque del problema. Si antes de la reforma operada por Ley 38/2011 se esgrimía como argumento en contra la interpretación de la regulación de la LEC sobre el juicio verbal (tal y como ha quedado expuesto), tras ella señala GARNICA MARTÍN⁷⁶⁴ que ese problema ha desaparecido porque no existe ninguna remisión a las reglas del juicio verbal más que en cuanto al desarrollo de la vista. Por consiguiente, entran en juego las normas de supletoriedad de la LEC, que permiten sostener la postura favorable a la admisión.

En este sentido, se entiende que, a falta de regulación expresa ha de acudir a las reglas generales, según las cuales si se dan los requisitos de procedencia establecidos en el art. 435 LEC, las diligencias finales podrán tener lugar, concluyendo que una interpretación en sentido contrario vulneraría el derecho a la prueba de la parte interesada⁷⁶⁵.

La Sala Primera de nuestro Tribunal Supremo ofrece materiales para la solución de la controversia. En este sentido, la Sentencia de fecha 27/03/2007 (recurso nº 7/2006), ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller, se inclina por rechazar las diligencias finales en el juicio verbal en su Fundamento de Derecho Cuarto, aunque con cierta tibieza, pues su rechazo constituye un argumento formal de refuerzo de otro razonamiento, no pronunciándose verdaderamente sobre el fondo de la cuestión:

«Nada podría aportar sobre los hechos expresados en la demanda de revisión la declaración testifical de Gloria, anterior esposa de don Fernando, prueba que fue admitida y no practicada por su incomparecencia a la vista. El desconocimiento de la Sala acerca de qué hechos relevantes expresados en la demanda podrían acreditarse mediante tal prueba testifical, unido a la falta de previsión legal para el juicio verbal de la práctica de diligencias finales, lleva a no

⁷⁶⁴ GARNICA MARTÍN, J.F. “De las normas procesales generales y del sistema de recursos (Artículos 183-198 LC)”, en AAVV *Tratado judicial de la insolvencia*. Tomo II. Op. cit. Pg. 865. También, REDONDO GARCÍA, F. “Comentarios al art. 194 LC”, en *Proceso concursal*. (AAVV). Sala Reixachs, A.; Alonso-Cuevillas Sayrol, J.; Machados Plazas, J.; Vila Florensa, P. (Coords.). Op. cit. Pg. 1.003.

⁷⁶⁵ RUIZ DE LA FUENTE, M. C. “Comentarios sobre la prueba en el incidente concursal”, en *Problemas procesales del concurso de acreedores*. Op. cit. Pg. 234.

acordar la práctica de dicha declaración como tal diligencia final según instó la defensa de la parte demandante.»

Sin embargo, la misma Sala Primera del Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 12/11/2008 (recurso nº 813/2005), ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz, se pronuncia abiertamente a favor de su admisión en su Fundamento de Derecho Segundo:

«Este recurso se desestima por dos razones. La primera, porque la sentencia de instancia ha considerado suficientemente probada la situación económica del demandado, sin que sea preciso agotar todas las posibilidades de prueba tanto más cuando la prueba en segunda instancia tiene carácter excepcional y debe evitarse que al socaire de ello se dilate anormalmente la duración del proceso (así, sentencia de 11 de diciembre de 2002); por ello, en el auto de 19 de septiembre de 2005 se declara prueba no pertinente o útil, lo que es mantenido en el auto resolviendo el recurso de reposición de 24 de octubre del mismo año. La segunda, porque, como se dice en aquel auto, podía haberse pedido y practicado como diligencias finales, ya que el artículo 435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil las contempla para el juicio ordinario, pero teniendo en cuenta la norma constitucional del artículo 24 de la Constitución Española que proscribe la indefensión, se deben admitir tanto para el juicio verbal, que no prevé pero tampoco prohíbe el artículo 447, como también entendió esta Sala que caben en el trámite de apelación (en sentencia de 26 de febrero de 2007).»

La Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, en Sentencia de fecha 15/05/2013 (recurso nº 305/2012), ponente Ilmo. Sr. D. Luis Garrido Espa, Fundamento de Derecho Octavo, al resolver el recurso planteado en materia de calificación culpable en el seno del correspondiente proceso concursal, se refiere sin mayores comentarios a la declaración de un perito *«acordada como diligencia final, ...»*. Sin perjuicio de la nula relevancia de dicha declaración en relación con la resolución del recurso, lo cierto es que nada plantea la Sentencia de apelación acerca de la improcedencia de la práctica de la diligencia final en el trámite incidental por el que se ventilaba la cuestión controvertida (la calificación del concurso).

Se ha de reconocer el problema práctico que deriva de la concentración legal de la práctica de la prueba en el acto de la vista, cuando máximas de experiencia, muy reiteradas en el foro, ponen de manifiesto que algunas de las pruebas propuestas y admitidas para su práctica en la vista, pertinentes para la decisión del litigio, no pueden

llevarse a cabo en dicho acto como consecuencia de inconvenientes no previstos por el legislador, ni por el propio juzgador (incomparecencias de partes, testigos o peritos, no siempre justificadas), añadiéndose además la imposibilidad de acordar la suspensión por dicho motivo. No parece que, en estos casos, hubiera de imponerse un rechazo tajante a la práctica de diligencias finales con apoyo en argumentos vinculados a los principios de concentración y celeridad que inspiran la regulación del incidente concursal. El cambio de estructura procedimental introducido por la reforma operada por la Ley 38/2011, tras la pérdida de vigencia de la genérica remisión a los trámites del juicio verbal tras la fase de alegaciones, quedando la misma circunscrita a las formas propias del desarrollo de la vista, permiten acoger la admisibilidad de las diligencias finales en el incidente concursal, pues son de aplicación con carácter supletorio las normas generales previstas en la LEC para la regulación del juicio ordinario en todo lo no previsto en la Ley Concursal.

Celebrada la vista, el incidente concursal finaliza, cualquier que sea su objeto, por medio de sentencia.

VII. LA SENTENCIA

La Ley reserva la modalidad de la sentencia para la resolución de la cuestión de fondo del incidente concursal⁷⁶⁶ (incluyendo los supuestos de renuncia y allanamiento), tras su completa tramitación, en contraposición a los autos de sobreseimiento dictados como consecuencia de la estimación de una cuestión procesal, a los autos y decretos que ponen fin al procedimiento en los casos de transacción, desistimiento, satisfacción extraprocesal o carencia sobrevenida de objeto, y a los autos dictados en el procedimiento concursal que resuelven controversias de las partes cuando la Ley establece una tramitación distinta⁷⁶⁷.

La sentencia resolutoria del incidente concursal acomodará su forma y contenido a las reglas generales (arts. 248.3 LOPJ; 208 y 209 LEC). Deberá cumplir, por tanto, los requisitos de exhaustividad, congruencia y motivación (arts. 120.3 CE y 218 LEC). La única excepción al deber de congruencia se encuentra en la posibilidad de apreciación de oficio de determinadas causas para la no aprobación del convenio (art.

⁷⁶⁶ Art. 196 LC: «1. Terminado el juicio, el juez dictará sentencia en el plazo de diez días resolviendo el incidente.

2. La sentencia que recaiga en el incidente a que se refiere el artículo 194 se regirá en materia de costas por lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, tanto en cuanto a su imposición como en lo relativo a su exacción, y serán inmediatamente exigibles, una vez firme la sentencia, con independencia del estado en que se encuentre el concurso.

3. La sentencia que recaiga en el incidente a que se refiere el artículo 195 se regirá en materia de costas por lo dispuesto en la Ley de Procedimiento Laboral.

4. Una vez firmes, las sentencias que pongan fin a los incidentes concursales producirán efectos de cosa juzgada.»

⁷⁶⁷ En relación con la forma de sentencia para la terminación del incidente concursal contradictorio cabe citar la SAP Sevilla, sección 5ª, de fecha 10/01/2014 (recurso 6451/13-J), ponente Ilmo. Sr. D. José Herrera Tagua, Fundamento de Derecho Segundo: «Antes de entrar en el análisis de los motivos de disconformidad de la parte apelante con la resolución recurrida, es conveniente dejar aclarado que la decisión que se adopta en esta alzada, va a revestir la forma de Sentencia, pese a que la resolución recurrida sea un Auto. La razón es bien sencilla, estamos ante un incidente concursal, cuya incoación exige la presentación de un escrito de parte que ha de reunir los caracteres de demanda, con los requisitos que establece el artículo 399 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según se desprende del artículo 194 de la Ley Concursal. Si es admitido a trámite, como ocurrió en los presentes autos, los demandados han de contestarla cumpliendo los requisitos del artículo 405 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. A continuación el devenir procesal consistirá en la celebración de la oportuna vista, no con carácter general, sino en los supuestos que contempla el párrafo 4º del artículo 194 de la Ley Concursal, en la forma prevista para el juicio verbal. Tras lo cual, la decisión definitiva ha de adoptar la forma de Sentencia, como imperantemente dispone el apartado segundo, tanto si se ha celebrado vista como si no. Esta norma no supone ninguna regla especial, simplemente aplicación de lo dispuesto, con carácter general, en el artículo 206-1º-3ª que señala que: "Se dictará sentencia para poner fin al proceso, en primera o segunda instancia, una vez que haya concluido su tramitación ordinaria prevista en la Ley. También se resolverán mediante sentencia los recursos extraordinarios y los procedimientos para la revisión de sentencias firmes". Por tanto, si la decisión en primera instancia debió revestir la forma de Sentencia, la resolución que la analice, necesariamente ha de adoptar dicha forma.»

131 LC)⁷⁶⁸. Atendiendo a la tutela jurisdiccional solicitada en la demanda, la Ley ha singularizado determinados pronunciamientos especiales de las sentencias concursales (en relación con los efectos de la rescisión, la oposición al contenido del convenio y la sentencia que califique el concurso como culpable)⁷⁶⁹. Pero no hay regla especial en materia de valoración probatoria, lo que impone la necesaria remisión a la LEC.

A pesar de que la LC no contiene ninguna peculiaridad en la materia relativa al contenido de la sentencia, lo cierto es que ésta resolverá todas las cuestiones deducidas en el incidente concursal, así como la imposición de costas procesales, cuando proceda. Los pronunciamientos correspondientes a las distintas pretensiones acumuladas deberán reflejarse en la sentencia con la debida separación (art. 218.3 LEC).

El juez del concurso deberá resolver las cuestiones prejudiciales con carácter previo al enjuiciamiento de la cuestión de fondo.

El plazo para dictar sentencia es de diez días, comenzando a correr al día siguiente de terminar la vista, puesto que no hay una declaración formal de dejar los autos conclusos para sentencia, o desde la firmeza de la resolución que acuerda no haber lugar a la celebración de la misma. Se trata de un plazo de los denominados impropios, por lo que su vulneración no comporta ninguna consecuencia jurídica, salvo que el retraso pudiera dar lugar a una infracción disciplinaria de conformidad con lo dispuesto en los arts. 419.3, 418.10 o 417.9 LOPJ⁷⁷⁰.

1. Cosa juzgada

Firme la sentencia, ésta produce los efectos propios de la cosa juzgada (art. 196.4 LC), de tal forma que el Juez del concurso y los demás órganos que actúan en el procedimiento quedan vinculados por lo resuelto en los incidentes concursales y no podrán reiterarse las cuestiones propuestas y resueltas. Esta previsión es acorde con la competencia universal del Juez del concurso y con el carácter plenario del incidente concursal, erigiéndose en juicio definitivo sobre las cuestiones que constituyen su objeto.

⁷⁶⁸ LÓPEZ SÁNCHEZ, J. "Incidente concursal" en *Enciclopedia de Derecho concursal*. Tomo II. Op. cit. Pg. 1.717.

⁷⁶⁹ SENÉS MOTILLA, C. *Comentarios de la Ley Concursal*. Tomo II. (Rojo, A.; Beltrán, E.). Op. cit. Pgs. 2.827 Y 2.828.

⁷⁷⁰ REDONDO GARCÍA, F. "Comentarios al art. 196 LC", en *Proceso concursal (AAVV)*. Sala Reixachs, A.; Alonso-Cuevillas Sayrol, J.; Machado Plazas, J.; Vila Florensa, P. (Coords.). Op. cit. Pgs. 1.007 y 1.008.

Lo que esa norma (art. 196.4 LC) quiere expresar es que este tipo de procedimientos, por más que puedan ser considerados *especiales*, no son sumarios en el sentido del art. 447 LEC, esto es, desprovistos del efecto de cosa juzgada⁷⁷¹

Respecto de los efectos, se ha de distinguir los dos efectos típicos de la cosa juzgada material: tanto el positivo o prejudicial, consistente en que lo resuelto en la sentencia firme vinculará a los tribunales de un proceso posterior cuando lo previamente juzgado aparezca como una antecedente lógico de su objeto (art. 222.4 LEC), incluso en el caso de que el proceso concursal finalice de forma anormal; como el negativo o excluyente, consistente en la imposibilidad de volver a interponer la misma pretensión entre las mismas partes (art. 222.1 LEC)⁷⁷². Por otra parte, la eficacia material de la cosa juzgada no es predicable de aquellos incidentes que resuelvan cuestiones respecto de las que, con arreglo a lo dispuesto en el art. 9 LC, el Juez del concurso solo tiene competencia prejudicial, bien sea civil, social o administrativa, en cuyo caso, la eficacia de la sentencia que se dicte no se extenderá más allá del ámbito del proceso concursal⁷⁷³. El Juez del concurso no es quien detenta competencia para calificar un contrato como administrativo o laboral, pero sí para calificar y graduar el crédito contractual, en orden a votar en el convenio o cobrar en la liquidación, a cuyo fin previamente tiene que declarar la naturaleza del contrato, asunto que sólo competiría decidir con efecto de cosa juzgada negativa y positiva a los órdenes administrativo y social, respectivamente (y otro asunto es que, para cuando pudieran resolver una pretensión mero-declarativa, careciera ya de virtualidad efectiva para el cobro del crédito)⁷⁷⁴.

El problema puede suscitarse en torno a la producción de los efectos de firmeza de las sentencias, a la luz del sistema de recursos previsto en el art. 197 LC, al que nos referiremos posteriormente. Baste ahora anticipar que la firmeza de las resoluciones se produce bien porque la ley no prevé recurso, bien porque, estando previsto, ha transcurrido el plazo legalmente fijado sin que ninguna de las partes lo haya presentado (art. 207.2 LEC). Sin embargo, en relación con determinadas sentencias recaídas en incidentes concursales, se produce una peculiaridad, derivada de la especialidad introducida por la Ley en materia de recursos. En este sentido, caso de sentencias dictadas en incidentes planteados durante la fase común o durante la fase de

⁷⁷¹ GARNICA MARTÍN, J.F. “De las normas procesales generales y del sistema de recursos (Artículos 183-198 LC)”, en AAVV *Tratado judicial de la insolvencia*. Tomo II. Op. cit. Pg. 868.

⁷⁷² DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El incidente concursal*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2012. Pg. 123.

⁷⁷³ SENENT MARTÍNEZ, S. Comentarios al art. 196 LC, en AAVV MACÍAS CASTILLO, A. y JUEGA CUESTA, R. (Coord.) *Ley Concursal Comentada*. Op. cit. Pg. 655.

⁷⁷⁴ ETXARANDIO HERRERA, E.J. *Manual de Derecho Concursal*. Segunda Edición. Op. cit.

convenio, aunque la Ley establezca que no procede recurso, ello no conlleva la firmeza de la sentencia, ya que la cuestión puede reproducirse en la apelación más próxima (art. 197.3 LC), por lo que hasta que no transcurra el plazo establecido para formular la protesta (5 días), la sentencia no adquirirá firmeza. Si formulada protesta dentro del plazo, no se reproduce la cuestión en la correspondiente apelación, también quedará firme la sentencia. Con ello, la cosa juzgada material parece manejarse en un terreno resbaladizo, pues es claro que se relativiza⁷⁷⁵.

2. Costas

El art. 196.2 y 3 LC establece cuáles son los criterios determinantes del pronunciamiento en materia de costas, distinguiendo en función del procedimiento seguido, esto es, si se trata del incidente común o del incidente laboral. Se ceñirá este apartado al estudio de la materia relativa al incidente concursal común, remitiendo al capítulo dedicado al incidente laboral lo relativo a las costas propias del mismo.

A) Imposición

Dispone el art. 196.2 LC que la sentencia que recaiga en el incidente concursal común, regulado en el art. 194 LC, se regirá en materia de costas por lo dispuesto en la LEC, tanto en lo relativo a su imposición (arts. 394 a 398 LEC), como a su exacción (artículos 241 a 246 LEC). Por tanto, se exige un pronunciamiento expreso de la sentencia sobre este punto.

En este sentido, se seguirá, con carácter general, el criterio objetivo del vencimiento que podrá ser excepcionado cuando aprecie el Juez que la cuestión presentaba serias dudas de hecho o de derecho⁷⁷⁶.

⁷⁷⁵ YÁÑEZ VELASCO, R. Comentarios al art. 196, en Nueva Ley Concursal: Comentarios y formularios a la Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal. Volumen II. (AAVV.) Op. cit. Pg. 250.

⁷⁷⁶ A título ejemplificativo, pues son muchas las ocasiones en las que, a pretexto del corto período de vigencia de la LC, o de la falta de pronunciamientos de las Audiencias Provinciales y del TS sobre la cuestión en cada caso controvertida, se ha evitado imponer las costas a las partes, cabe citar la SAP Valencia, sección 9ª, de fecha 17/06/2010 (recurso 229/2010), ponente Ilma. Sra. Dª. Purificación Martorell Zulueta, Fundamento Jurídico Segundo: «La expresada norma ha sido objeto de constante interpretación jurisprudencial, y entre las diversas resoluciones que se ocupan de la cuestión conviene ahora hacer cita de la Sentencia de la Sección 6ª de la A.P. de Valencia de 14 de junio de dos mil cinco (Pte. Sr. Ortega Llorca) que se expresa en los términos que seguidamente se transcriben por cuanto son compartidos por esta Sección 9ª.

El vencimiento parcial determinará la no imposición, a no ser que se aprecie que alguna de las partes litigó con mala fe.

Las costas correspondientes a los recursos de apelación y extraordinario por infracción procesal y de casación se impondrán al litigante cuyas pretensiones hayan sido íntegramente desestimadas (art. 398 LEC).

Condenado en costas sólo puede serlo quien ha sido parte en el procedimiento. A estos efectos, debe atenderse al estudio que sobre la

"Las concretas decisiones judiciales en aplicación de la legislación sobre costas procesales competen enteramente al Juez o Tribunal que conoce del correspondiente juicio o recurso, mediante resolución que ha de calificarse de estrictamente discrecional aunque no arbitraria (SSTC 147/1989 [RTC 1989\147], 134/1990 [RTC 1990\134] y 146/1991 [RTC 1991\146]). Con carácter general se estableció para los juicios declarativos el criterio del vencimiento en materia de costas, en el artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en virtud de la reforma introducida por la Ley 34/84 de 6 de agosto, criterio que ha mantenido la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, artículo 394, con la única excepción de que el caso presente serias dudas de hecho o de derecho, es lo que se denomina discrecionalidad razonada. Con ello se trata evitar que el sistema del vencimiento sea una consecuencia fatal y automática; pero el criterio general es el de la imposición de costas, de modo que sólo la aplicación discrecional de la excepción debe justificarse, pues exige que concurren circunstancias de extraordinaria importancia, que han de razonarse en su aplicación; mientras que la imposición de las costas ha de entenderse como la consecuencia ordinaria del proceso declarativo. La imposición de las costas a quien pierde no es una sanción a este por su temeridad procesal, sino una aplicación del principio de indemnidad, que predica la contraprestación de los gastos ocasionados al que obtuvo la victoria, para garantizar que quede inalterado su patrimonio por los gastos de un proceso, que ha tenido que padecer para conseguir la efectividad de su derecho (Sentencia TSJ núm. 11/2004 Navarra (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª), de 1 abril).

Así pues, el principio general en materia de imposición de costas en nuestro proceso civil sigue siendo el objetivo del vencimiento, conforme a lo dispuesto en el art. 394.1 de la LEC de 2000. Esta desviación del principio general del vencimiento debe aplicarse con el mismo carácter excepcional que contemplaba el viejo art. 523 de la LEC de 1881, pero con un ámbito menos genérico y más restringido para el arbitrio judicial, dado que ya no sirve apreciar cualquier «circunstancia» excepcional y la Ley impone la necesidad de considerar la existencia de dudas «serias» y objetivas sobre la solución del litigio, al margen del enfoque subjetivo que del mismo hagan las partes o el Juez, debiendo estar tales dudas basadas en la jurisprudencia sobre casos similares cuando afecten a su vertiente jurídica (art. 394.1, párrafo segundo, LEC de 2000).

Esta libertad de apreciar estos motivos que hagan quebrar el principio general supone una discrecionalidad razonada, que corresponde ser apreciada por el Juzgador de instancia (en este sentido, Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de abril y 2 de julio de 1991).

En relación con las dudas de derecho expresamente se alude a la jurisprudencia recaída en casos similares al contemplado, de donde se induce que en aquellos supuestos en los que existan varias soluciones jurisprudencialmente recogidas, la adopción de una de ellas no ha de suponer el perjuicio de la parte que, al menos, se ha apoyado en una dirección jurisprudencialmente admitida. Mayores problemas se plantean en cuanto a la determinación de las dudas de hecho. Se trata, en definitiva, de realizar un juicio de razonabilidad sobre la posición de la parte que, en definitiva, pudiera ser condenada al pago de las costas procesales. Ese juicio lo que viene a determinar es si cabe, desde un punto de vista objetivo y a la luz de lo que resulte conocido de la parte, sostener la pretensión que a ella le asista.»

La SAP Alicante, sección 8ª, de fecha 16/05/2012 (recurso 92/2012), ponente Ilmo. Sr. D. Luis Antonio Soler Pascual, Fundamento de Derecho Tercero, *in fine*, de forma menos dogmática y más práctica: «[...], sin que proceda modificar el criterio de imposición de costas de la instancia dado que la cuestión no había sido objeto de decisión interpretativa por este Tribunal, presentando evidentes dudas de derecho a la vista de la jurisprudencia contradictoria sobre la cuestión objeto de litigio.»

condición de parte se llevó a cabo en el anterior capítulo V de este trabajo.

Se plantea la cuestión relativa a la condena en costas a favor del deudor concursado o la Administración concursal. En este caso, debe concluirse que constituye un derecho de crédito frente a tercero que se integrará en su totalidad en la masa activa del concurso, no a favor de la Administración concursal ni de la dirección letrada del deudor. Por el contrario, como se expondrá con más detalle posteriormente, si la condena en costas favorece a la parte contraria, su derecho constituirá un crédito contra la masa⁷⁷⁷.

B) *Exacción*

La Ley declara, expresamente, la inmediata exigibilidad de las costas impuestas en la sentencia incidental, una vez que ésta alcance firmeza y con independencia del estado en que se encuentre el concurso. Esta exigibilidad inmediata pone de manifiesto que nos encontramos ante una ejecución separada. Es, también, una consecuencia lógica de su consideración como proceso de naturaleza plenaria especial, de objeto independiente dentro del objeto total de las actuaciones concursales⁷⁷⁸.

Sistemáticamente, la redacción del precepto entremezcla, sin criterio, la materia relativa a la imposición y a la exacción de las costas. Denuncia la doctrina⁷⁷⁹ que es curioso que en el Anteproyecto y en el Proyecto de la Ley Concursal no se daba esa redacción equívoca porque en un apartado se establecía el criterio para la imposición de costas y en otro distinto se preveía que las condenas en costas recaídas serían inmediatamente exigibles con independencia del estado del concurso.

La inmediata exigibilidad prevista en el art. 196.2 LC es acorde con lo dispuesto en el art. 84.2.3º LC, que atribuye la consideración de créditos contra la masa a las costas y gastos judiciales ocasionados por la asistencia y representación del deudor o de la Administración concursal en los juicios que, en interés de la masa, se continúen o inicien de conformidad con lo dispuesto en la Ley, los cuales habrán de satisfacerse a sus respectivos vencimientos, cualquiera que sea el

⁷⁷⁷ SENENT MARTÍNEZ, S. Comentarios al art. 196 LC, en AAVV MACÍAS CASTILLO, A. y JUEGA CUESTA, R. (Coord.) *Ley Concursal Comentada*. Op. cit. Pg. 655.

⁷⁷⁸ ETXARANDIO HERRERA, E.J. *Manual de Derecho Concursal*. Segunda Edición. Op. cit.

⁷⁷⁹ COBOS GAVALA, R. "Normas procesales generales en la nueva Ley Concursal". *Justicia*. Revista de Derecho Procesal. Op. cit. Pg. 137.

estado del concurso (art. 84.3 LC)⁷⁸⁰. Por otra parte, el inciso final («*con independencia del estado en que se encuentre el concurso*») sólo tiene sentido en el caso en que hubiesen sido condenada en costas la masa del concurso, ya actúe a través de la Administración concursal, en el caso de suspensión de las facultades de administración o disposición del deudor, ya a través del propio deudor, en caso de mera intervención.

Vista la redacción del transcrito inciso final, algún autor⁷⁸¹ considera que la inmediata exigibilidad de la condena en costas añade un matiz nuevo a la necesidad de su satisfacción a su respectivo vencimiento, lo suficientemente intenso como para entrañar una alteración del régimen jurídico de estos créditos nacidos de la condena en costas a la masa del concurso, debiendo advertirse que la inmediata exigibilidad con independencia del estado en que se encuentre el concurso permitiría incluso iniciar ejecuciones separadas para hacer efectivos tales créditos. Y si bien es cierto que el art. 84.3 LC establece que los créditos contra la masa se pagarán a sus respectivos vencimientos, con independencia del estado en que se encuentre el concurso, el art. 84.4 LC excluye la posibilidad de ejecuciones judiciales o administrativas para exigir el pago de esos créditos contra la masa hasta que se hubiese aprobado un convenio, abierto la liquidación o, en todo caso, transcurrido un año desde la declaración de concurso sin que hubiera acontecido ni lo uno ni lo otro. Sin embargo, el art. 196.2 LC no incluye esta salvedad en relación con las ejecuciones. Por otra parte, la

⁷⁸⁰ En este sentido, SAP Alicante, sección 8ª, de fecha 25/05/2012 (recurso 93/2012), ponente Ilma. Sra. Dª. Cristina Trascasa Blanco, Fundamento de Derecho Segundo: «*El recurso debe ser estimado. No ofrece duda que en las actuaciones procesales que han motivado el crédito por honorarios del Letrado demandante concurren los dos elementos, teleológico y temporal, que las hacen merecedoras, al amparo de lo dispuesto en el precitado artículo 84.2.3º de la Ley Concursal, de su calificación como créditos contra la masa. Que los procedimientos fueron promovidos en defensa de los intereses de la mercantil que fue declarada en concurso no ha sido objeto de debate en el incidente. Pero tampoco debió suscitar controversia, a juicio de este Tribunal, que lo minutado por el actor no es sino su intervención y actuación profesional en un procedimiento que "continuó" después de la declaración de concurso. Es de advertir que el examinado precepto no habla de actuaciones (aisladamente consideradas) sino de procedimientos (que se inicien o continúen tras el concurso) y es de considerar, asimismo, que si se tratara de la minuta presentada, tras la conclusión de dicho "procedimiento continuado" por el Letrado que hubiera podido asumir su dirección de principio a fin y en todos sus trámites, se pondría aún más de manifiesto el sinsentido de la criba, en el reconocimiento de sus derechos económicos, entre las actuaciones postconcursoales y las anteriores al concurso, ante la clara mención en el precepto legal a la "continuación del procedimiento" lo que solo es posible concibiendo actuaciones previas al mismo "susceptibles de ser continuadas" tras el concurso pero, obvio es, incluidas en el mismo proceso y que, cabe puntualizar, no son objeto de expresa exclusión legal en el reconocimiento de crédito contra la masa.*

La misma consideración del procedimiento y de las actuaciones profesionales desplegadas en el mismo como un todo inseparable y en cuanto unido por un mismo fin o interés de defensa, es la acogida en la doctrina jurisprudencial citada en el escrito de recurso (SSTS 15 de noviembre de 1996 y 24 de septiembre de 1998).

Este Tribunal se ha pronunciado sobre la cuestión jurídica que suscita la presente demanda incidental en la reciente Sentencia de 16 de mayo de 2012 [...]»

⁷⁸¹ LÓPEZ SÁNCHEZ, J. "Incidente concursal" en *Enciclopedia de Derecho concursal. Tomo II*. Op. cit. Pgs. 1.721 y 1.722.

exigibilidad resulta algo distinto al deber de proceder a su pago. En contra de esta interpretación, no obstante, se pronuncian otros autores⁷⁸². Debe pesar en esta materia la consideración inicial relativa al carácter plenario especial y de objeto independiente que se reconoce al procedimiento incidental dentro del proceso concursal, sobre la que pivota el análisis de la materia, en el que se pone de manifiesto que nos encontramos ante una ejecución separada dentro del procedimiento general.

Como ya se dijo anteriormente, las costas causadas en el incidente y a que resulte condenado el concursado o la Administración concursal tienen la consideración de créditos contra la masa (art. 84.2.3º LC). Pero sólo se consideran créditos contra la masa en razón de su carácter de gastos procesales –con independencia del sentido de la condena en costas- los ocasionados por «*asistencia y representación del deudor*», junto con los derivados de la adopción de medidas cautelares y la publicación de las resoluciones judiciales. Por esta razón, no tendrán la consideración de créditos contra la masa, por aplicación de lo previsto en el mencionado art. 84.2.3º LC, la indemnización debida a los testigos propuestos por la Administración concursal o el deudor que hubiesen actuado en interés de la masa, o los honorarios de los peritos que hubiesen elaborado el dictamen para la Administración concursal o el deudor que hubiese actuado en interés de la masa (sin perjuicio de que su carácter de crédito contra la masa pueda derivar de otros ordinales del art. 84.2 LC, singularmente el 9º o el 10º, si se cumplen los requisitos legalmente establecidos para ello)⁷⁸³.

En el supuesto de imposición de las costas a las demás partes procesales (acreedores, terceros interesados), éstas se satisfarán a través del proceso de ejecución ordinario, una vez firme la sentencia, en caso de que no se proceda a su abono de modo voluntario. La competencia objetiva para conocer de tal ejecución será propia del Juez del concurso, como excepción a la previsión contenida en el art. 8 LC y por aplicación de lo dispuesto en el art. 545 LEC⁷⁸⁴. En estos casos, la posibilidad de su inmediata exacción no queda afectada por la circunstancia de encontrarse el deudor en concurso⁷⁸⁵.

Ante el silencio del Legislador por lo que se refiere al trámite de tasación e impugnación de costas, habrá que estar a lo dispuesto en los

⁷⁸² MARINA COLL, R. y CADENAS DE GEA, C. *El incidente concursal*. Op. cit. Pgs. 93 y 94.

⁷⁸³ LÓPEZ SÁNCHEZ, J. "Incidente concursal" en *Enciclopedia de Derecho concursal*. Tomo II. Op. cit. Pg. 1.720.

⁷⁸⁴ SENENT MARTÍNEZ, S. Comentarios al art. 196 LC, en AAVV MACÍAS CASTILLO, A. y JUEGA CUESTA, R. (Coord.) *Ley Concursal Comentada*. Op. cit. Pg. 655.

⁷⁸⁵ LÓPEZ SÁNCHEZ, J. "Incidente concursal" en *Enciclopedia de Derecho concursal*. Tomo II. Op. cit. Pg. 1.718.

arts. 242 a 246 LEC por lo que la tasación corresponderá al Letrado de la Administración de Justicia del Juzgado en que se dicte la resolución, estando a la previsión legal en relación con los conceptos a incluir en las mismas, petición y práctica de la tasación y la posible impugnación tanto por indebidas como por excesivas⁷⁸⁶.

⁷⁸⁶ SENENT MARTÍNEZ, S. Comentarios al art. 196 LC, en AAVV MACÍAS CASTILLO, A. y JUEGA CUESTA, R. (Coord.) *Ley Concursal Comentada*. Op. cit. Pg. 655. MARINA COLL, R. y CADENAS DE GEA, C. *El incidente concursal*. Op. cit. Pg. 90.

VIII. SISTEMA DE RECURSOS

1. Consideraciones generales

Una de las particularidades del procedimiento concursal consiste en integrar un proceso complejo, dentro del cual se pueden sustanciar una gran pluralidad de procesos autónomos, aunque dependientes del concursal. Se trata de procesos acumulados que continúan su sustanciación hasta sentencia o bien de verdaderas cuestiones incidentales que se sustancian de forma contradictoria. Las resoluciones que ponen fin a esos procedimientos son verdaderas resoluciones definitivas desde la perspectiva del concreto proceso en el que se dictan. No obstante, la dependencia respecto al procedimiento concursal determina que se haya dispuesto su sumisión al mismo desde la perspectiva del régimen de recursos procedentes contra las resoluciones que les ponen fin, que por lo común revisten forma de sentencia⁷⁸⁷.

Por *recursos* cabe entender el conjunto de actos de postulación, a través de los cuales la parte perjudicada por una determinada resolución judicial, impugnada y que no haya adquirido firmeza, puede obtener su revisión, bien por el mismo órgano judicial autor de la misma, bien por otro superior con la finalidad de garantizar, en general, que todas las resoluciones judiciales se ajusten al Derecho y, en particular, que la sentencia sea respetuosa con las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva o derecho a la obtención de una sentencia motivada, razonada en la prueba, fundada en el Derecho aplicable al objeto procesal y congruente.

Su fundamento radica en la falibilidad del órgano judicial y en la necesidad de evitar que la certeza, implícita en toda resolución judicial, alcance su plenitud cuando la parte gravada por ella la estime desacertada. Esta misma razón justifica la limitación del sistema de recursos, tanto en cuanto a la previsión de su existencia, como en cuanto a la exigencia de determinados requisitos o presupuestos para recurrir. Limitación con la que se pretende cohonstar la seguridad y certeza de las resoluciones judiciales con la evitación de la dilación que el ejercicio de todo medio de impugnación supone⁷⁸⁸.

⁷⁸⁷ GARNICA MARTÍN, J. F. *Derecho concursal práctico. Comentarios a la Nueva Ley Concursal*. Fernández Ballesteros, M. A. (Coord.) Op. cit. Pg. 874.

⁷⁸⁸ GIMENO SENDRA, V. *Derecho procesal civil I. El proceso de declaración. Parte general*. 4ª Edición. Op. cit. Pg. 571.

Conviene recordar que el derecho a los recursos es de configuración legal ordinaria, de manera que el derecho a la tutela judicial que regula el art. 24.1 CE, como ha puesto de manifiesto la doctrina del Tribunal Constitucional en numerosas sentencias⁷⁸⁹ no reconoce un derecho incondicionado al recurso –salvo en materia criminal–, más allá de los términos en que el legislador ordinario lo haya delimitado⁷⁹⁰.

2. El sistema de recursos en la Ley Concursal

La LC regula en su art. 197 el sistema de recursos al que se sujeta el procedimiento concursal, en cualquiera de sus fases y clases de procedimiento (ordinario o abreviado), distinguiendo entre los que caben frente a las resoluciones del Letrado de la Administración de Justicia y los que pueden interponerse contra las resoluciones del Juez del concurso. El precepto se completa con la previsión del régimen de recursos que se puede articular frente a las resoluciones que ponen fin a los incidentes concursales que se sustancian durante la tramitación de aquél, materia que constituye el objeto propio del presente Capítulo. Sin embargo, la LC no contiene una regulación exhaustiva de los recursos porque, una vez más, se vale de la técnica de la remisión a la LEC para completar la regulación en todo aquello que el mencionado art. 197 LC no ha previsto. En cualquier caso, la LC diseña un sistema de recursos propio que participa de una innegable nota de especialidad⁷⁹¹.

Aunque en principio pueda parecer exiguo dedicar un solo precepto a un tema de tanta trascendencia como el de los recursos, lo que en realidad hace la Ley en este punto es dividir en siete apartados de un mismo precepto los cuatro artículos que el Proyecto de Ley dedicaba a esta cuestión (arts. del 197 al 200)⁷⁹².

Pero antes de abordar la materia relativa al régimen de recursos en el incidente concursal se ha de hacer, siquiera, una somera referencia al

⁷⁸⁹ Entre otras, cabe citar las SSTC 37/1988, 216/1988, 233/2001 y 13/2002.

⁷⁹⁰ SENENT MARTÍNEZ, S. “Recursos” en *Enciclopedia de Derecho concursal. Tomo II*. Op. cit. Pg. 2.532.

⁷⁹¹ AAP Madrid, sección 28ª, de fecha 14/12/2012 (recurso 408/2012), ponente Ilmo. Sr. D. Enrique García García, Fundamento de Derecho Segundo: «*Debe tenerse presente que el procedimiento concursal se inspira en los principios de rapidez y simplicidad, lo que se manifiesta positivamente, entre otros aspectos, en que rige un régimen de recursos particular (el del artículo 197 de la LC), que es distinto del diseñado por la Ley de Enjuiciamiento Civil (salvo, conforme al apartado 1 de dicha norma -que pasó a ser el nº 2 tras la reforma por Ley 13/2009, de 3 de noviembre-, en los aspectos formales relativos a su sustanciación).*»

⁷⁹² MALDONADO RAMOS, J., en *Comentarios a la Legislación Concursal* (AAVV. Coordinador, PALOMAR OLMEDA, A.). Editorial Dykinson, S.L. Madrid, 2003. Pg. 1.254.

régimen de recursos previsto respecto de todas aquellas resoluciones dictadas en desarrollo del proceso concursal.

Se trata de un sistema de recursos propios, que no nuevos, pues son los mismos que la LEC contempla para el proceso civil, más los de casación y extraordinario por infracción procesal, aunque con alguna novedad⁷⁹³.

Ya en su redacción originaria, se apreció que la LC introdujo un novedoso sistema procesal de diferimiento de los recursos devolutivos (limitado al recurso de apelación), tuitivo de los principios de conservación de la empresa y de la solución convenida del concurso, preeminente a la liquidación concursal, al salvaguardar el normal desarrollo de las fases común y de convenio, evitando el goteo de apelaciones interlocutorias que pudieran distorsionar su normal desenvolvimiento, así como la celeridad necesaria en su desarrollo⁷⁹⁴. Se trataba de evitar que la impugnación de las resoluciones del Juez del concurso se convirtiera en un instrumento al servicio del fraude procesal, para lo que se diseñó un sistema de recursos devolutivos restrictivo, que vinculaba el recurso procedente con la forma de la resolución judicial impugnada, admitiendo la apelación directa, como regla general (en concordancia con la Exposición de Motivos de la LC, apartado X), únicamente frente a las resoluciones que aprueben o rechacen el convenio, su cumplimiento o incumplimiento y la conclusión del concurso, y las sentencias resolutorias de incidentes planteados con posterioridad a la fase común o la de convenio o durante la fase de liquidación. Fuera de estos casos, sólo sería posible la apelación directa en los casos en que la Ley expresamente lo estableciera⁷⁹⁵.

La redacción del art. 197 LC permitía vislumbrar un primer criterio de distinción a partir del cual el régimen de recursos debía matizarse, pues algunas resoluciones quedarían sujetas a dicho precepto mientras que otras deberían observarse a partir de la regulación positiva específica que recogía la misma norma en su redacción⁷⁹⁶.

La finalidad de la norma pasaba por evitar que se produjeran en el procedimiento constantes recursos y que se agruparan los que se

⁷⁹³ LÓPEZ APARCERO, A. "La apelación diferida de resoluciones concursales". Anuario de Derecho Concursal, nº 12/2007-3. Editorial Aranzadi, S.A. Cizur Menor (Navarra). Pg. 192.

⁷⁹⁴ PRENDES CARRIL, Pedro. "La «apelación más próxima» en el sistema de recursos de la Ley Concursal". Anuario de Derecho Concursal, nº 9/2006. Editorial Aranzadi, S.A. Cizur Menor (Navarra). Pg. 550.

⁷⁹⁵ GONZÁLEZ GARCÍA, J. M. "A propósito de la noción de «apelación más próxima» en el art. 197.3 de la Ley Concursal: problemas interpretativos." Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Número 8. Editorial La Ley, Wolters Kluwer España, S.A. Madrid, 2008.

⁷⁹⁶ SANJUÁN MUÑOZ, Enrique. "El régimen de recursos en la Ley Concursal". Diario La Ley, Número 6.253. Editorial La Ley, Wolters Kluwer España, S.A. Madrid, 2005. Pg. 1.

formulasen. La concentración de recursos no supone una limitación a la capacidad de recurrir sino una racionalización que permite evitar dilaciones en el procedimiento, para que el Tribunal *ad quem* no se viera sometido a la obligación de resolver una pluralidad de recursos inconexos y parciales durante largo tiempo, facilitando su resolución con la necesaria visión de conjunto. De este enunciado se desprenden los principios rectores del sistema de recursos, al tenor del apartado X de la Exposición de Motivos de la LC:

i) celeridad en la tramitación de las fases del concurso de acreedores, que se traduce en una limitación de apelaciones contra autos resolutorios de recursos de reposición o sentencias recaídas en incidentes concursales tramitados en fase común o de convenio;

ii) concentración ante el Tribunal *ad quem*, con la que se pretende evitar la dispersión y multiplicidad de recursos sobre cuestiones interlocutorias o de naturaleza parcial o relativa a resoluciones no definitivas;

iii) y racionalización de los motivos de disconformidad (que se refiere al efecto de selección que el paso del tiempo produce en el ánimo de los litigantes; el legislador espera que, alejando la sustanciación de las apelaciones de la fase común y de convenio, se reduzca efectivamente su número)⁷⁹⁷.

La singularidad del sistema instaurado por la LC, y el juego combinado de las muchas y variadas actuaciones que integran el concurso y la supletoriedad de la LEC han generado una praxis judicial vacilante y contradictoria que ha requerido diversas correcciones legales⁷⁹⁸.

La norma prevé, como regla general, que los recursos se sustanciarán en la forma prevista por la LEC (arts. 448 y ss), con las especialidades establecidas en el art.197 LC. Las especialidades más importantes son las siguientes:

i) Un particular sistema de recurso de apelación diferida respecto a las resoluciones interlocutorias y las definitivas resolutorias de incidentes concursales tramitados durante la fase común y la de convenio.

⁷⁹⁷ LÓPEZ APARCERO, A. "La apelación diferida de resoluciones concursales". Op. cit. Pgs. 196 a 198. Incidiendo especialmente en la celeridad, LÓPEZ DEL MORAL ECHEVERRÍA, J. L., en *Comentarios a la legislación concursal*. Tomo III. (Directores SÁNCHEZ-CALERO, J.; GUILARTE GUTIÉRREZ, V.). Op. cit. Pg. 3.175.

⁷⁹⁸ SENÉS MOTILLA, C. "La integración legal de la «apelación más próxima» en el proceso concursal". Anuario de Derecho Concursal, número 18/2009-3. Editorial Aranzadi, S.A. Cizur Menor (Navarra), 2009. Pg. 116.

ii) Un especial régimen de efectos, en el que si bien no procede, como regla general, la suspensión de los efectos de la resolución impugnada, puede ésta ser acordada tanto por el Juez del concurso, de oficio o a instancia de parte, como por la Audiencia Provincial.

iii) Una expresa determinación de las concretas materias en las que resultan admisibles los recursos de infracción procesal y de casación⁷⁹⁹.

Contra las diligencias de ordenación y los decretos no definitivos cabrá recurso de reposición ante el Letrado de la Administración de Justicia que dictó la resolución recurrida, excepto en los casos en que la Ley prevea recurso directo de revisión (art. 451.1 LEC), que se resolverá mediante Decreto. Frente a éste no cabrá recurso alguno, salvo que impida la tramitación del procedimiento, en cuyo caso se admitirá recurso de revisión ante el Juez del concurso. Cabe interponer recurso directo de revisión contra los decretos en aquellos casos en que expresamente se prevea (art. 454.bis.1 LEC).

Las providencias y autos serán recurribles en reposición, ante el mismo Tribunal que dictó la resolución recurrida, salvo que en la propia LC se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto (art. 197.3 LC). Tras la modificación introducida por la Ley 38/2011⁸⁰⁰ en el art. 194.4 LC, surge la duda relativa a si serán recurribles las resoluciones orales dictadas en la vista del incidente concursal, debido a que la remisión a los trámites de la LEC pudiera hacer pensar que contra las mismas únicamente cabe protesta y no recurso de reposición. Sobre este particular, pese al texto de la norma, algún autor⁸⁰¹ entiende que el Legislador ha querido establecer que sea aplicable el propio régimen de recursos establecido en el art. 197 LC, de forma que contra las providencias y autos que se dicten en la sustanciación del incidente cabe recurso de reposición, incluidas las que se dicten de forma oral durante la vista.

Resulta necesario poner de manifiesto que el régimen de recursos contra la sentencia dictada en el incidente concursal se ha visto completamente modificado tras la reforma operada por la Ley 38/2011. La exposición se centrará en el sistema de recursos actualmente en vigor, pero será inevitable incluir alguna referencia a la regulación anterior para comprender mejor el régimen actual.

⁷⁹⁹ GARNICA MARTÍN, J.F. “De las normas procesales generales y del sistema de recursos (Artículos 183-198 LC)”, en AAVV *Tratado judicial de la insolvencia*. Tomo II. Op. cit. Pg. 869.

⁸⁰⁰ Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE de 11 octubre). Vigencia: 1 enero 2012.

⁸⁰¹ GARNICA MARTÍN, J.F. “De las normas procesales generales y del sistema de recursos (Artículos 183-198 LC)”, en AAVV *Tratado judicial de la insolvencia*. Tomo II. Op. cit. Pg. 874.

3. La impugnación de la sentencia incidental. La apelación diferida

El régimen de recursos propio de las resoluciones interlocutorias recaídas durante el incidente concursal se somete a las prescripciones señaladas en el apartado anterior para el procedimiento concursal, en general.

El régimen de impugnación de las sentencias incidentales no es uniforme, ya que la Ley distingue, de un lado, la impugnación mediata de las sentencias dictadas en incidentes planteados en la fase común o en la de convenio (art. 197.3 LC) y, de otro, la impugnación directa de las sentencias que aprueben el convenio, o las que resuelvan incidentes concursales planteados con posterioridad o durante la fase de liquidación (art. 197.4 LC).

Se procederá al estudio separado de ambas impugnaciones, comenzando por el tratamiento legal de la apelación diferida de las sentencias incidentales, cuya interpretación, dado lo escueto de la regulación contenida en el precepto citado, ha dado lugar a numerosas controversias y discrepancias, lo que se ha traducido en que el sistema de recursos diseñado por la LC, si bien se ha mantenido en lo sustancial, ha sido el que más modificaciones legislativas ha sufrido, en concreto cuatro.

A) *La apelación diferida en la redacción originaria de la LC*

El art. 197.3 LC⁸⁰² introdujo, con una regulación escasa, la figura de la apelación diferida o apelación más próxima, de acuerdo con la cual, los autos no directamente apelables (es decir, los resolutorios de recursos de reposición contra providencias y autos) y las sentencias dictadas en incidentes concursales promovidos durante la fase común o en la de convenio, podían ser impugnados de forma mediata, en la apelación más próxima, por tanto, en el recurso de apelación que se planteara con posterioridad a la publicación de la resolución no directamente apelable, siempre que se hubiera formulado antes de su interposición protesta ante el Juez en los cinco días siguientes a la notificación de la resolución que se impugnase.

⁸⁰² El art. 197.3 LC, en su primera redacción, disponía lo siguiente: «*Contra los autos resolutorios de recursos de reposición y contra las sentencias dictadas en incidentes concursales promovidos en la fase común o en la de convenio no cabrá recurso alguno, pero las partes podrán reproducir la cuestión en la apelación más próxima siempre que hubieren formulado protesta en el plazo de cinco días.*»

La LC no admitía apelaciones independientes contra las sentencias dictadas en incidentes promovidos en la fase común o en la de convenio. Pero esta sanción de irrecurribilidad de la sentencia no suponía la firmeza de sus pronunciamientos, pues la Ley permitía a las partes plantear sus pretensiones impugnatorias en la “*apelación más próxima*”. Se consagraba así un régimen de impugnación mediato o diferido, subordinado al gravamen que ocasionara la sentencia apelable.

Ya se comentó en el apartado anterior la finalidad perseguida por el legislador mediante la implantación de este sistema de impugnación de resoluciones judiciales orientado a salvaguardar el normal desarrollo de las fases decisivas del procedimiento concursal, proporcionando, al tiempo, una oportuna visión de conjunto por parte del Tribunal *ad quem*. Pero este régimen no estuvo tampoco exento de justificadas críticas⁸⁰³.

El régimen de impugnación de sentencias concursales pone de manifiesto la falta de correlación entre las materias controvertidas y el recurso de apelación, por cuanto que el incidente concursal suscitado es

⁸⁰³ SERRA DOMÍNGUEZ, M. *Comentarios a la Ley Concursal*. Tomo 3. (SAGRERA TIZÓN, J.M.; SALA REIXACS, A. y FERRER BARRIENDOS, A., Coordinadores). Op. cit. Pgs. 1944 y 1.945. Señaló dicho autor ya entonces: «El art. 197.3 LC constituye un nuevo y claro ejemplo de improvisación carente del más mínimo rigor técnico, al prohibir la interposición inmediata de recurso contra los autos resolutorios de recursos de reposición, reproduciendo en cierto sentido lo dispuesto en el art. 454 LEC, pero incidiendo en tres claros errores:

a) Olvidar que la prohibición del art. 454 LEC obedece a la posibilidad de que el defecto denunciado en el recurso quede subsanado al dictarse sentencia definitiva, aplazando por tanto su tramitación a dicho momento procesal si insiste en su impugnación el recurrente. Como sea que en el juicio concursal no existe dicha sentencia definitiva, se aplaza la tramitación a la apelación más próxima, sin tener en cuenta que puede no guardar la menor relación con la resolución pendiente de recurso.

b) Dicha solución podría considerarse la menos mala si se limitara, como hace el art. 454 LEC, a los autos resolutorios de recursos de reposición. Pero es inadmisibles cuando se refiera a incidentes concursales, habida cuenta que a través de los mismos pueden decidirse no sólo los juicios acumulados al concurso (art. 51.1 LEC), sino también las acciones de anulación de contratos (art. 40.7 LC), de resolución de contratos (arts. 61.2 y 62.2 LC), de rescisión y de impugnación de actos perjudiciales para la masa (art. 72.3 LC), y de titularidad de cuentas indistintas (arts. 79.2 y 80.2 LC), incidentes que pueden llegar incluso al Tribunal Supremo, respecto de los que interesa una rápida firmeza, que no puede aplazarse simplemente por capricho del legislador.

c) Pero es que además la dicción legal al aplazar los recursos de apelación contra “las sentencias dictadas en incidentes concursales promovidos en la fase común o en la de convenio” (art. 197.3 LC) hasta la formulación de la apelación más próxima, carece de la más mínima justificación. Ya que si el legislador deseaba evitar retrasos no tenía por qué referirse a los incidentes concursales “promovidos”, sino a los “resueltos”. Carece de sentido que una vez superada la fase común o la de convenio, el recurso de apelación contra un mismo incidente pueda tramitarse o deba aplazarse según se haya iniciado después o antes del término de la fase común o del convenio. Para evitar dicho absurdo convendrá atender más al momento procesal en que se dicte la sentencia, que al momento en que se haya promovido el incidente.» También, GARNICA MARTÍN, J.F. “Los recursos en la nueva Ley Concursal”. *Revista Práctica de Tribunales*, año I. Número 7, julio/agosto de 2004. Pgs. 34, 36, 37 y 40. GARNICA MARTÍN, J. F. “La Nueva Ley Concursal”. *Cuadernos de Derecho Judicial*. Op. cit. Pgs. 298, 301 a 303 y 309.

independiente del estado de tramitación del concurso, pero los recursos procedentes contra la sentencia son los mismos en todo caso. De esta falta de correlación entre el recurso de apelación y las materias controvertidas se infiere la aleatoriedad del régimen de impugnación resultante, según la oportunidad o la necesidad de plantear un incidente determinado⁸⁰⁴.

La regulación contenida en la LC adolecía de una notable ambigüedad, propiciando la indeterminación legal múltiples dudas interpretativas no sólo entre la doctrina más autorizada⁸⁰⁵, sino también entre los propios órganos jurisdiccionales encargados de su aplicación. Las principales dudas (y problemas) interpretativos han girado en torno a las siguientes cuestiones: En primer lugar, se discutió acerca de qué se entiende por apelación más próxima, que hace referencia al momento procesal en el que se habría de poder reproducir la apelación de la resolución previamente protestada; además, si esa resolución apelable (la más próxima) ha de causar gravamen al recurrente, con carácter necesario, cuestionándose si la posibilidad de apelar se subordinaba o no a la concurrencia del gravamen o perjuicio real y efectivo para el recurrente; finalmente, si sería posible recurrir en los casos en los que aquellos a quienes perjudicara la resolución apelable más próxima no recurrieran, cuestionándose si podrían recurrir dicha resolución los favorecidos por la misma a los solos efectos de acumular vehicularmente las previamente protestadas.

Superadas mayoritariamente las cuestiones relativas a la inexigibilidad de concurrencia de gravamen, respecto del recurrente, causado por la resolución apelable más próxima, así como a la aceptación generalizada del carácter meramente vehicular de esa apelación más próxima, las dudas quedaron circunscritas a la determinación de la apelación más próxima. En este sentido, se ha de atribuir a los recursos de apelación diferidos la consideración de verdaderamente autónomos (no adhesivos), en la medida en que cuentan con un mismo plazo procesal para su interposición y en cada uno de ellos se impugnarán los pronunciamientos desfavorables de la resolución judicial previamente protestada, que es la que realmente se impugna.

En relación con la determinación de lo que había de entenderse por apelación más próxima, se consideró clave, por una parte, la referencia a la solución adoptada en cada procedimiento concursal (convenio o liquidación), ponderando la mayor relación que este tipo de

⁸⁰⁴ SENÉS MOTILLA, C. Comentarios al art. 197 LC en *Comentarios de la Ley Concursal*. Tomo II. (Rojo, A.; Beltrán, E.). Op. cit. Pgs. 2.844 y 2.845.

⁸⁰⁵ SENÉS MOTILLA, C. "La Ley Concursal. XVIII. Número especial 2004". Op. cit. Pgs. 603 y 604.

resoluciones habrían de guardar con las materias objeto del incidente concursal en el que se había dictado la resolución objeto de recurso (ceñidas a las fases común o de convenio), concluyendo que la Ley aludía o bien al recurso de apelación contra la sentencia de aprobación o rechazo del convenio (el auto que pone fin a la fase de convenio y acuerda la apertura de la fase de liquidación no resultaba apelable al ser de mero trámite), o bien al recurso contra el auto de aprobación del plan de liquidación. Se excluía el recurso contra la sentencia que se pronunciase sobre el contenido y el cumplimiento del convenio, pues esta resolución era apelable por expresa disposición legal.

Por otra parte, la discrepancia se recrudeció cuando comenzaron a aparecer resoluciones que consideraban como apelación más próxima, a los efectos de recurrir contra las sentencias dictadas en incidentes concursales promovidos en fase común o de convenio, el auto que fijaba la retribución de los Administradores concursales, primando la proximidad temporal de concretas resoluciones apelables aunque nada tuvieran que ver con la cuestión objeto del incidente concursal.

Otra interpretación, que no tomaba en consideración la proximidad temporal de la apelación, ni la dimensión estructural del procedimiento, atendía a una pretendida diferenciación, a estos efectos, entre cuestiones incidentales al concurso y acciones autónomas que se sustancian por el cauce del incidente concursal, y que llevaba a concluir que la restricción del art. 197.3 LC sólo tenía sentido para las sentencias que resolviesen cuestiones realmente incidentales (y los autos resolutorios de recursos de reposición).

A la inseguridad derivada de la heterogeneidad de soluciones posibles, en cuanto que adoptadas unas y otras por órganos jurisdiccionales en pleno ejercicio de su potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, se añadía el problema derivado de la práctica judicial, generalmente implantada de principio entre los Juzgados de lo Mercantil, en virtud de la cual éstos se limitaban, sin más, a reproducir el tenor del art. 197.3 LC al dictar la sentencia que ponía fin al incidente concursal, lo que no aclaraba mucho a las partes, especialmente a aquéllas que no litigaran habitualmente en su demarcación. Hubiera sido de gran utilidad, habida cuenta la diversidad de soluciones jurisprudenciales aplicables, tal y como antes se expuso, que los fallos aclarasen a los litigantes cuál era el criterio predominante en la demarcación de la respectiva Audiencia Provincial, acerca de lo que entendía por «*apelación más próxima*», a la espera de la deseable unificación de criterios sobre la materia⁸⁰⁶.

⁸⁰⁶ GONZÁLEZ GARCÍA, J. M. “A propósito de la noción de «apelación más próxima» en el art. 197.3 de la Ley Concursal: problemas interpretativos.” Op. cit. Pg. 542.

B) *El Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo*

La indeterminación legal de la «*apelación más próxima*» obligó al Gobierno a integrar el régimen de impugnación de las resoluciones concursales dictadas en la fase común 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 económica⁸⁰⁷, pese a que el sentido de esta integración nada tenía que ver con los objetivos de una reforma urgente que aspiraba a facilitar la refinanciación de las empresas, la agilización de los trámites procesales y la reducción de los costes de tramitación del concurso, tal y como se expresaba en su Preámbulo. Se adiciona una norma de carácter general mediante la inserción de un párrafo segundo en el art. 98 de la LC (art. 12.Siete RDL)⁸⁰⁸, que concede recurso de apelación frente a la resolución judicial a la que se refiere el párrafo primero, así como de atribución a esta apelación de la consideración funcional de «*más próxima*» a los solos efectos de reproducir las cuestiones planteadas en los incidentes concursales promovidos durante la fase común o en la de convenio, a que se refiere el art. 197.3 LC⁸⁰⁹.

La anterior regulación no preveía que la resolución judicial que daba firmeza al Informe de la Administración concursal y establecía la Lista de acreedores e Inventario de la masa activa de la concursada fuera susceptible de recurso de apelación. Tras la modificación, el auto que pone término a la fase común pasa a ser apelable, de forma directa y sin necesidad de interponer previamente recurso de reposición. Los motivos por los que se podría recurrir este auto se reducirían a la infracción de las normas que regulan los supuestos de hecho determinantes de la conclusión de la fase común y la correspondiente apertura de la fase de convenio o de liquidación. Desde este punto de vista, el auto se presenta como una característica resolución

⁸⁰⁷ 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 (BOE nº 78, de 31 de marzo), convalidado por el Congreso de los Diputados en sesión de 23 de abril. La regla 3.º de la disposición transitoria octava establece que la presente modificación será de aplicación a los procedimientos concursales en los que, a la entrada en vigor del RDL (el 1/04/2009), todavía no se hubiera dictado alguna de las resoluciones previstas en su párrafo primero.

⁸⁰⁸ Art. 98 LC tras la reforma operada por el RDL, con la adición del nuevo párrafo segundo: «*Transcurrido el plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores sin que se hubieren presentado impugnaciones o, de haberse presentado, una vez puestos de manifiesto en la secretaría del juzgado los textos definitivos de aquellos documentos, el Juez dictará la resolución que proceda de conformidad con lo dispuesto en este título.*

Esta resolución será apelable y tendrá la consideración de apelación más próxima a los solos efectos de reproducir las cuestiones planteadas en los recursos de reposición o incidentes concursales durante la fase común a que se refiere el artículo 197.3.»

⁸⁰⁹ SENÉS MOTILLA, C. "La integración legal de la «*apelación más próxima*» en el proceso concursal". Op. cit. Pgs. 117 y 132.

interlocutoria, de índole procesal, en la que nada se decide o confirma sobre los créditos de los acreedores o sobre el inventario⁸¹⁰.

El legislador de la reforma atribuye al recurso de apelación frente a las resoluciones que ponen fin a la fase común una consideración funcional, disociando la apelación diferida y las soluciones concursales (convenio – liquidación)⁸¹¹.

El RDL introduce una segunda norma conforme a la cual el auto que pone término a la fase común y, con aprobación del plan de liquidación, acuerda la apertura de la liquidación anticipada resulta recurrible en apelación (art. 142.bis.2 LC). Señala la norma que, en este caso, la apelación tendrá los efectos previstos en el art. 98 LC, esto es, tendrá la consideración de apelación más próxima a los efectos de hacer valer a través de ella la apelación diferida de las cuestiones resueltas durante la fase común y que, en ese momento, no tuvieran acceso a la apelación directa⁸¹².

La solución introducida por el RDL fue objeto de críticas, relacionándose las siguientes:

- i) Se trata de una solución que no tenía ningún fundamento técnico⁸¹³.
- ii) Fue distorsionadora. Mientras en el art. 98 LC se señaló que el auto que ponía término a la fase común era apelable, el art. 111.3 LC, sin embargo, señalaba que el auto que ordenaba la apertura de la fase de convenio era irrecurrible, cuando lo cierto es que se trataba del mismo auto.
- iii) Entorpecedora de la ordenada tramitación del concurso. La exclusión de recurso frente a la sentencia resolutoria del incidente concursal tramitado en fase común y de convenio obedecía al intento de evitar el entorpecimiento de la ordenada tramitación del concurso durante tales fases. Concluida ésta, se produce una apertura generalizada de la recurribilidad.

⁸¹⁰ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A. y LÓPEZ SÁNCHEZ, J. *La Reforma de la Ley Concursal. Una primera lectura del Real Decreto-ley 3/2009*. Op. cit. Pg. 196.

⁸¹¹ SENÉS MOTILLA, C. "La integración legal de la «apelación más próxima» en el proceso concursal". Op. cit. Pg. 133.

⁸¹² GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A. y LÓPEZ SÁNCHEZ, J. *La Reforma de la Ley Concursal. Una primera lectura del Real Decreto-ley 3/2009*. Op. cit. Pg. 197.

⁸¹³ LÓPEZ SÁNCHEZ, J. "El régimen de apelación diferida hasta «la apelación más próxima» y la conveniencia de su sustitución por una suspensión de la tramitación de la apelación". Anuario de Derecho Concursal. Número 21/2010-3. Editorial Aranzadi, S.A. Cizur Menor (Navarra). Pg. 189. VIÑALS GABAÑACH, G. en *Comentarios a la reforma de la Ley Concursal*. (ARGENTE ÁLVAREZ, J.; CASTILLA MARTÍNEZ, J.M.; FERRÉ FALCÓN, J.; MELLADO BENAVENTE, F.; RUIZ DE ALEGRÍA CARRERO, I.; VIÑALS GABAÑACH, G.) Op. cit. Pg. 122.

iv) Carente de sentido. Si frente a la sentencia resolutoria de un incidente no se permite apelación, la medida tenía sentido a los efectos de evitar, como antes se decía, un entorpecimiento de la ordenada tramitación del concurso. Sin embargo, si una vez puestos de manifiesto los textos definitivos en la oficina judicial se dicta un auto que es apelable a los efectos de reproducir las impugnaciones que anteriormente no se pudieron interponer frente a dichas sentencias, se advierte que es absurdo demorar la posibilidad de impugnación, porque tal demora vendrá a ser mínima.

v) Confusa. Cabe preguntarse si al atribuirse a la apelación del auto que pone fin a la fase común la consideración de «*apelación más próxima*» se está excluyendo que puedan tener ese carácter otros recursos de apelación que pudieran plantearse en el seno de la fase común, como pudiera ser la apelación contra el auto que fijase los honorarios de la Administración concursal.

vi) Insuficiente. Abierta la fase de convenio quedaba sin fijar cuál es la apelación que tiene el carácter de «*apelación más próxima*»⁸¹⁴.

C) *La Ley 13/2009, de 3 de noviembre*

La introducción de la nueva oficina judicial y la nueva regulación de las funciones de los Secretarios Judiciales (hoy Letrados de la Administración de Justicia), que han de desarrollar a través de decretos, exigieron ciertas adaptaciones de la regulación de la LC realizadas en el art. 17º de la Ley 13/2009⁸¹⁵.

La referencia al régimen de recursos contra las resoluciones de los Secretarios judiciales en el concurso, condujo a la introducción de un nuevo apartado 1 en el art. 197 LC y a la reenumeración de sus apartados. En muchos otros artículos se sustituyó la referencia a la Secretaría judicial por la alusión a la nueva Oficina judicial. Entre ellos, se encontraba el art. 98 LC. En este sentido, el art. 17º.14 de la Ley 13/2009 dispuso:

*«El artículo 98 queda redactado como sigue:
Artículo 98. Resolución judicial.*

⁸¹⁴ LÓPEZ SÁNCHEZ, J. “El régimen de apelación diferida hasta «la apelación más próxima» y la conveniencia de su sustitución por una suspensión de la tramitación de la apelación”. Op. cit. Pgs. 189 a 194.

⁸¹⁵ La Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial (BOE de 4 de noviembre). Vigencia 4/05/2010.

Transcurrido el plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores sin que se hubieren presentado impugnaciones o, de haberse presentado, una vez puestos de manifiesto en la Oficina judicial los textos definitivos de aquellos documentos, el juez dictará la resolución que proceda de conformidad con lo dispuesto en este título.»

Se introducía una referencia a la Oficina judicial, al tiempo que se suprimía el segundo párrafo introducido por el RDL 3/2009, mientras que el artículo 142.bis LC seguía remitiéndose al art. 98 LC con la redacción que el RDL 3/2009 le había dado. La descordinación normativa suponía que, a la entrada en vigor de la Ley 13/2009, desaparecía la atribución de apelación más próxima a la que cabía contra el auto dictado al amparo de lo previsto en el art. 98 LC.

Por otra parte, el art. 17º.21 de la Ley 13/2009 modificó la redacción del apartado 3 del art. 111 LC, suprimiéndose la mención relativa a la irrecurribilidad del auto que ordenaba la apertura de la fase de convenio, de modo que la posibilidad de interposición de apelación quedaba gobernada exclusivamente por el art. 98 LC, atribuyéndose, además, a dicha apelación el carácter de apelación más próxima⁸¹⁶.

D) *La Ley 4/2010, de 10 de marzo*

El error introducido en la redacción del precepto por la Ley 13/2009 fue solucionado por la Disposición adicional 2ª de la Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales en materia de decomiso⁸¹⁷. La corrección llevada a cabo por la citada Disposición adicional quedó materializada de la siguiente manera:

«Se modifica el artículo 98 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que queda redactado como sigue:

Artículo 98. Resolución judicial.

Transcurrido el plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores sin que se hubieren presentado impugnaciones o, de haberse presentado, una vez puestos de manifiesto en la Oficina judicial los textos definitivos de aquellos documentos, el Juez dictará la resolución que proceda de conformidad con lo dispuesto en este título.

⁸¹⁶ LÓPEZ SÁNCHEZ, J. “El régimen de apelación diferida hasta «la apelación más próxima» y la conveniencia de su sustitución por una suspensión de la tramitación de la apelación”. Op. cit. Pgs. 195 y 196.

⁸¹⁷ Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales en materia de decomiso (BOE de 11 de marzo). Vigencia 5/05/2010.

Esta resolución será apelable y tendrá la consideración de apelación más próxima a los solos efectos de reproducir las cuestiones planteadas en los recursos de reposición o incidentes concursales durante la fase común a que se refiere el artículo 197.4»

Se reintroducía así el segundo párrafo el art. 98 LC, si bien reajustando la remisión al artículo 197 LC a la nueva ordenación de sus apartados.

E) La Ley 38/2011, de 10 de octubre

La Disposición derogatoria única de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal⁸¹⁸ derogó el art. 98 LC, introduciendo modificaciones en el sistema de recursos propio del proceso concursal, y de los incidentes planteados en el curso del mismo, a través de la reforma del art. 197 LC⁸¹⁹.

Se mantiene la norma de la irrecurribilidad en apelación de las sentencias dictadas en los incidentes concursales promovidos en la fase común o en la de convenio, pero se introducen dos innovaciones importantes: por un lado se precisa el concepto de apelación más próxima y, por otro, se contemplan dos excepciones a la irrecurribilidad: las sentencias dictadas en los incidentes a que se refieren los arts. 72.4 (acciones rescisorias y demás de impugnación de actos del deudor) y 80.2 LC (acciones de separación).

La irrecurribilidad alcanza también a las resoluciones dictadas en los procesos autónomos que se encuentren en tramitación en el momento de la declaración de concurso y que, conforme se ordena en el art. 51.1 LC, debían ser acumulados de oficio al concurso (aquellos en los que se ejercite una pretensión de daños y perjuicios causados a la

⁸¹⁸ La Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE de 11 de octubre). Vigencia 1/01/2012.

⁸¹⁹ Número 4 del art. 197 LC redactado por el artículo Único.109 de la Ley 38/2011. Vigencia 1/01/2012. Será de aplicación en los recursos que se promuevan frente a resoluciones que se dicten a partir de la fecha de su entrada en vigor (Disposición transitoria decimotercera de la Ley 38/2011): «Contra los autos resolutorios de recursos de reposición y contra las sentencias dictadas en incidentes concursales promotivos en la fase común o en la de convenio no cabrá recurso alguno, pero las partes podrán reproducir la cuestión en la apelación más próxima siempre que hubieren formulado protesta en el plazo de cinco días. A estos efectos, se considerará apelación más próxima la que corresponda frente a la resolución de apertura de la fase de convenio, la que acuerde la apertura de la fase de liquidación y la que apruebe la propuesta anticipada de convenio. Se exceptúan las sentencias dictadas en los incidentes a que se refiere el artículo 72.4 y el artículo 80.2, que serán apelables directamente. Este recurso de apelación tendrá carácter preferente.»

persona jurídica concursada dirigida contra sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, y contra los auditores), ya que las sentencias que recayeran en dichos procesos quedan sometidas al régimen de recursos propio del procedimiento por el que viniera sustanciándose la reclamación, es decir, al propio de la LEC, sin que le resulten de aplicación las particularidades de la LC⁸²⁰.

Por otra parte, se suprime el inciso último del art. 197.5 («... y en la forma prevista para las apelaciones de sentencias dictadas en juicio ordinario»), poniendo fin así a un error del texto originario de la LC, que no había sido corregido en la reforma de 2009⁸²¹.

Finalmente, se mantiene la norma del art. 197.6 LC («El juez del concurso, de oficio o a instancia de parte, podrá acordar motivadamente al admitir el recurso de apelación la suspensión de aquellas actuaciones que puedan verse afectadas por su resolución [...]»), pero ahora, y como consecuencia de haberse unificado –con la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal⁸²²– los trámites de preparación e interposición del recurso de apelación, su decisión podrá ser revisada por la Audiencia Provincial a solicitud de parte formulada mediante escrito presentado ante aquella en los cinco días siguientes a la notificación de la decisión del Juez del concurso. En tal caso –continúa la norma, que en este punto no ha sido reformada–, esta cuestión habrá de ser resuelta con carácter previo al examen del fondo del recurso y dentro de los diez días siguientes a la recepción de los autos por el tribunal, sin que contra el auto que se dicte pueda interponerse recurso

⁸²⁰ DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El incidente concursal*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2012. Pgs. 133-134.

⁸²¹ Número 5 del art. 197 LC redactado por el artículo Único.109 de la Ley 38/2011. Vigencia 1/01/2012. Será de aplicación en los recursos que se promuevan frente a resoluciones que se dicten a partir de la fecha de su entrada en vigor (Disposición transitoria decimotercera de la Ley 38/2011): «Contra las sentencias que aprueben el convenio, o las que resuelvan incidentes concursales planteados con posterioridad o durante la fase de liquidación cabrá recurso de apelación que se tramitará con carácter preferente.»

La doctrina ya denunció la forma errónea en la que la Ley daba a entender que en la LEC existían diferentes procedimientos del recurso de apelación, según se tratara de sentencias dictadas en el juicio ordinario o en el juicio verbal, siendo que el procedimiento era el mismo, en cualquier caso, al haber unificado la nueva LEC la diversidad procedimental que existía en la LEC de 1881. GISBERT POMATA, M. “Las novedades procesales del concurso. Los Juzgados de lo Mercantil”. Revista ICADE. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales. Número 61, 2004. Pg. 20. GISBERT POMATA, Marta. “Las novedades procesales del concurso. Los Juzgados de lo Mercantil”, en *La Reforma de la legislación concursal. Estudio sistemático de las Leyes 22/2003 y 8/2003, de 9 de julio*. (De Martín Muñoz, Alberto J. coord.). Editorial Dykinson, S.L. Madrid, 2004. Pg. 323.

⁸²² Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal (BOE de 11 de octubre). Vigencia 31/10/2011. Art. Cuarto. Once deja sin contenido el art. 457 LEC. El apartado Doce el mismo artículo Cuarto da nueva redacción al art. 458 LEC.

alguno. Si se hubiera acordado la suspensión del convenio al recurrir, el Juez podrá acordarla con carácter parcial⁸²³.

El régimen de apelación diferida respecto de las sentencias recaídas en incidentes concursales promovidos durante la fase común o de convenio configura un sistema que vuelve a presentar defensores y detractores en la doctrina, reproduciéndose, a pesar de las sucesivas reformas operadas en la regulación de los recursos, algunas de las viejas cuestiones que ya se anticiparon tras la promulgación y posterior entrada en vigor de la LC.

La limitación del acceso a los recursos devolutivos respecto a las resoluciones dictadas en los incidentes concursales constituye, a juicio de algún autor⁸²⁴ uno de los mayores desaciertos en los que se ha incurrido por el Legislador, esgrimiendo en defensa de tal posición las siguientes razones:

i) No existe justificación razonable para demorar la sustanciación y acumularla con otros recursos de apelación. No cabe apreciar, en la LC, una necesaria interrelación entre las sentencias resolutorias de los incidentes y la posterior resolución vehicular que abre la posibilidad de interponer el recurso de apelación. Esta falta de interrelación determina que la acumulación (de recursos diferidos) no esté justificada por razones de orden dogmático, ni tampoco lo está por razones de orden práctico, pues lo único que aporta ese régimen es una injustificada demora en la sustanciación de estos recursos. Es decir, no aporta orden a la sustanciación del proceso concursal, ni tampoco economía de esfuerzo, sino más bien desorden y falta de economía, confusión.

ii) La acumulación de recursos no se puede justificar tampoco por razones de economía procesal porque la acumulación no supone más que una demora injustificada de la sustanciación del recurso (recuérdese que muchas de las sentencias resolutorias de incidentes concursales tienen acceso a la casación ex art. 197.6 LC). Y los efectos de dicha demora pueden repercutir de forma notable sobre los efectos del propio proceso concursal.

iii) Tampoco desde la perspectiva del desarrollo ordenado de las actuaciones puede justificarse el sistema elegido, ya que pueden suscitarse problemas en su tramitación como los relativos a la necesaria notificación de la resolución vehicular a la parte que formuló protesta,

⁸²³ CORDÓN MORENO, F. "Aspectos procesales de la reforma concursal", en *El concurso de acreedores*. Op. cit. Pgs. 667 y 668.

⁸²⁴ GARNICA MARTÍN, J.F. "De las normas procesales generales y del sistema de recursos (Artículos 183-198 LC)", en AAVV *Tratado judicial de la insolvencia*. Tomo II. Op. cit. Pgs. 877, 880 y 881.

aunque ésta no esté personada en la sección en la que se dicta esta resolución «vehículo»; la determinación de los particulares que deben ser remitidos a la Audiencia Provincial para la resolución del recurso; o la ausencia de gravamen que la resolución vehicular pueda causar al recurrente. Sobre estos problemas volveremos más adelante al estudiar directamente este recurso de apelación diferida.

Por el contrario, otros autores⁸²⁵ consideran que el sistema así diseñado tendría, entre sus finalidades, evitar que se produzcan en el procedimiento constantes recursos y que se agrupen los que se formulen. Esta concentración de recursos no supone limitación a la capacidad de recurrir sino una racionalización que permite evitar dilaciones en el procedimiento y que impide que el Juez superior se vea sometido a la obligación de resolver una pluralidad de recursos inconexos y parciales durante largo tiempo. También permite que el órgano que tenga que resolver tenga una visión global del procedimiento que, de otro modo, perdería, facilitando así la resolución. A todo lo anterior ha de añadirse una intencionalidad disuasoria, pues el paso del tiempo puede desincentivar la interposición del recurso, ya que la situación del concurso, una vez llega a fases más avanzadas, puede dejar sin sentido o interés la interposición de un recurso anunciado en fases precedentes.

No obstante lo anterior, el mismo autor⁸²⁶ reconoce que la falta de firmeza de la resolución impugnada, a pesar de que pueda ejecutarse, no deja de ser un elemento perturbador que produce una manifiesta inseguridad jurídica (vgr. la que proyecta el hecho de que el reconocimiento o clasificación de determinados créditos permanezca pendiente de recurso, o la inclusión o exclusión de bienes en el inventario, que pueden influir en la aprobación de un convenio o en la confección de un plan de liquidación). Y aunque es cierto que este pernicioso efecto se evita con la posibilidad de suspensión de las actuaciones a que se refiere el art. 197.6 LC, es igualmente cierto que en tal caso la celeridad pretendida con la institución queda en entredicho, pues el tiempo que se hubiera ganado antes se pierde después.

⁸²⁵ SENENT MARTÍNEZ, S. “Recursos” en *Enciclopedia de Derecho concursal. Tomo II*. Beltrán, E.; García-Cruces, J.A. (Dir.). Op. cit. Pg. 2.535. SENENT MARTÍNEZ, S. Comentarios al art. 197 LC, en AAVV MACÍAS CASTILLO, A. y JUEGA CUESTA, R. (Coord.) *Ley Concursal Comentada*. Op. cit. Pg. 658.

⁸²⁶ SENENT MARTÍNEZ, S. “Recursos” en *Enciclopedia de Derecho concursal. Tomo II*. Beltrán, E.; García-Cruces, J.A. (Dir.). Op. cit. Pg. 2.536.

F) *El recurso de apelación diferida frente a sentencias incidentales*

El art. 197.4 LC actualmente vigente sigue previendo la irrecurribilidad de las resoluciones recaídas en incidentes concursales promovidos durante las fases común y de convenio, sin perjuicio de que las partes perjudicadas por la resolución puedan reproducir la cuestión en la apelación más próxima.

La singularidad del precepto radica, tal y como se ha venido exponiendo, en que ya incluye la previsión de lo que ha de entenderse por «*apelación más próxima*» a los efectos prevenidos en el propio artículo. En este sentido, esta primera resolución recurrible será el auto de apertura de la fase de convenio o liquidación, o la de aprobación del convenio anticipado (que se tramita sin llegar a agotar la fase común del concurso).

La exégesis del precepto plantea una serie de cuestiones de obligado análisis para alcanzar la comprensión del sistema implantado en relación con el recurso devolutivo objeto de análisis.

a) *La controvertida exigencia de gravamen*

La apelación diferida exige, para poder interponer el recurso contra la sentencia de instancia, que se dicte la resolución contra la que sea admisible el recurso directo. A esta resolución se le denomina resolución «*vehículo*» porque sirve como medio de transporte para el recurso diferido⁸²⁷.

La LEC sienta como uno de los principios inspiradores del sistema de recursos que la resolución recurrida afecte desfavorablemente a la parte que impugna (art. 448.1 LEC), lo que ha llevado a plantear la cuestión relativa a si es preciso que la resolución vehicular produzca un gravamen o perjuicio al agraviado por la sentencia de instancia, o no⁸²⁸. La propia consideración de resolución notificada, que se limita a ser un mero «vehículo» para el recurso que se pretende ejecutar, aboga por defender que el recurso de apelación diferido debe ser admitido aunque aquella resolución vehicular no cause perjuicio al recurrente. Se trata de aprovechar la oportunidad de la recurribilidad de la resolución para permitir que se sustancie el recurso previamente anunciado (mediante la

⁸²⁷ GARNICA MARTÍN, J.F. “De las normas procesales generales y del sistema de recursos (Artículos 183-198 LC)”, en AAVV *Tratado judicial de la insolvencia*. Tomo II. Op. cit. Pgs. 884 y 885.

⁸²⁸ SENENT MARTÍNEZ, S. “Recursos” en *Enciclopedia de Derecho concursal*. Tomo II. Beltrán, E.; García-Cruces, J.A. (Dirs.). Op. cit. Pg. 2.540.

protesta) y que se encuentra en espera. Forzar a la parte perjudicada por la sentencia incidental a recurrir la resolución vehículo, aunque no le cause perjuicio alguno, carece de sentido. La jurisprudencia lo viene entendiendo así de forma mayoritaria⁸²⁹. Los pronunciamientos que se impugnan no son los contemplados en la resolución de apoyo, sino los de aquella resolución judicial en su momento protestada y cuya apelación diferida se hace valer en un momento posterior⁸³⁰. La previsión legal configura un recurso acumulativo donde la apelación se convierte en el vehículo para poder revisar de forma diferida aquellas resoluciones del Juez del concurso cuya fiscalización, en aras a garantizar la ágil tramitación del procedimiento, el legislador deriva a un momento posterior⁸³¹.

En conclusión, la exigencia de gravamen, ineludible presupuesto de recurribilidad conforme a lo dispuesto en el art. 448.1 LEC, ha de predicarse respecto de la resolución dictada en el incidente concursal promovido durante la fase común o de convenio, que es la que realmente se recurre, no respecto de la resolución vehicular, que viene a desempeñar una función meramente instrumental en la tramitación o sustanciación de aquél.

b) *Liquidación concursal durante la fase común y apelación más próxima*

Conforme dispone el nuevo art. 197.4 LC, la primera resolución recurrible a los efectos de la sustanciación de la apelación diferida ha pasado a ser bien el auto de apertura de la fases de convenio o liquidación (a la finalización de la fase común), o la de aprobación del convenio anticipado, que puede tramitarse sin llegar (esperar) al final de la fase común.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 142.3 LC, la fase de liquidación puede abrirse a petición de la Administración concursal en caso de cese de la actividad profesional o empresarial del deudor, que puede producirse al inicio del procedimiento (caso frecuente en que la empresa llega al concurso con sus recursos prácticamente agotados), coexistiendo la sustanciación de la fase de convenio y este supuesto excepcional de apertura de la liquidación (que permite anticipar la

⁸²⁹ SAP Huesca, sección 1ª, de fecha 18/10/2006 (recurso 132/2006), ponente Ilmo. Sr. D. Gonzalo Gutiérrez Celma, Fundamento de Derecho Segundo: «[...], sin necesidad de impugnar la resolución que sirve de vehículo para la apelación diferida, con la que, al menos en el caso de sentencias incidentales, no tiene que guardar ninguna relación, ni tiene que dañar de ningún modo (la resolución vehículo) a la parte que se siente perjudicada por la resolución que es apelada de modo diferido [...]»

⁸³⁰ PRENDES CARRIL, Pedro. "La «apelación más próxima» en el sistema de recursos de la Ley Concursal". Op. cit. Pg. 553.

⁸³¹ SANTOS MARTÍNEZ, A.M. Comentarios al artículo 197 LC, en *Proceso concursal*, AAVV. Op. cit. Pg. 1.011.

realización de los bienes y derechos del deudor durante el período de formación de masas, en evitación de un inevitable deterioro de aquéllos). En este último caso, cuando la liquidación se abre en modo paralelo con la tramitación de la fase común, puede surgir alguna duda acerca de si se ha de entender que serán apelables, directamente, todas las resoluciones desde entonces, o si habrá que esperar al cierre de la fase común para lograr tal efecto.

Si bien puede parecer que la primera tesis es la que más se ajusta al tenor literal del precepto, ofrece el grave inconveniente de desactivar el sistema de celeridad en el trámite del concurso diseñado por el propio art. 197 LC frente a los recursos⁸³². La respuesta, por tanto, pasa por esperar al fin de la fase común.

c) La salvaguarda del derecho al recurso y el régimen de notificaciones en el concurso

Con la finalidad de facilitar la tramitación del concurso de acreedores, el art. 183 LC prescribe que se abran seis secciones. La primera es la principal, se inicia con la solicitud y declaración de concurso, y en ella se incluyen, entre otras resoluciones, aquella por la que se pone fin a la fase común. Durante la sustanciación de la fase común se abrirán, al menos, las secciones primera, segunda, tercera y cuarta. Los distintos incidentes que pueden promoverse en estas cuatro secciones, durante la sustanciación de la fase común, se tramitan mediante la formación de las correspondientes piezas separadas dentro de cada sección.

El art. 184.4 LC permite que cualquiera que tenga interés legítimo en el concurso comparezca como parte, mediante su representación por Procurador y la asistencia letrada. Lo anterior no impide que los acreedores, sin comparecer formalmente como parte, además de comunicar sus respectivos créditos, puedan solicitar del Juzgado el examen de las actuaciones que se refieran a sus créditos (art. 185 LC).

En un incidente de impugnación de la lista de acreedores, por ejemplo, que se tramitaría como pieza separada dentro de la sección cuarta del concurso, en principio, y a salvo de las posibles intervenciones adhesivas, es parte actora el acreedor impugnante y parte demanda la Administración concursal y la deudora concursada. Es posible, por tanto, que dicho acreedor impugnante se persone como parte en el incidente concursal para ejercitar su acción y, sin embargo, no sea formalmente

⁸³² SENENT MARTÍNEZ, S. Comentarios al art. 197 LC, en AAVV MACÍAS CASTILLO, A. y JUEGA CUESTA, R. (Coord.) *Ley Concursal Comentada*. Op. cit. Pg. 658.

parte en el concurso, esto es, no se encuentre personado en la sección primera del concurso. En este supuesto, promovido el incidente concursal durante la fase común, la sentencia que hubiera de ponerle fin no sería directamente apelable, sino que para su impugnación quien quisiera apelar debería formular protesta en el plazo de cinco días desde la notificación de aquélla y después reproducir la cuestión en la apelación más próxima (art. 197.4 LC).

Siguiendo con la exposición del supuesto de hecho que se propone, aunque se llevara testimonio de la protesta a la sección primera o, incluso, a la sección quinta que se abriera como consecuencia del dictado de la correspondiente resolución «vehículo» (apertura de la fase de convenio o liquidación, según correspondiera y siendo que cualquiera de dichas resoluciones se residencia en la sección primera del procedimiento concursal), que tiene la consideración de la apelación más próxima a los solos efectos de reproducir las cuestiones planteadas en aquel incidente concursal de impugnación de la lista de acreedores, es claro que la parte demandada (Administración concursal y deudor concursado) podrán interponer el correspondiente recurso. No así la parte actora que, al no ser parte en el procedimiento concursal, y no constar su personación en tal sentido en la sección primera del concurso, no tendrá cabal conocimiento del dictado de la resolución vehicular por la sencilla razón de que no se le habrá notificado. Y ello aunque hubiera formulado la necesaria protesta en tiempo y forma.

Como viene siendo objeto de estudio, la LC regula el régimen de recursos que cabe interponer contra las resoluciones dictadas durante el procedimiento concursal y, en particular, contra las recaídas en los incidentes concursales promovidos durante las fases común o de convenio, en su art. 197, pero no contiene ninguna disposición sobre la tramitación de los recursos. La disposición final 5ª de la LC prescribe que «en lo no previsto en esta ley será de aplicación lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil», por lo que las normas sobre la sustanciación de la apelación serán las previstas en los arts. 458 y siguientes de la LEC. En este sentido, el art. 461.1 LEC dispone que del escrito de interposición del recurso se dará traslado a las demás partes, emplazándolas por diez días para que presenten, ante el tribunal que dictó la resolución apelada, escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que le resulte desfavorable.

La infracción del traslado prescrito en la LEC a cualquiera de las partes en el incidente concursal afecta a una norma esencial del procedimiento y provoca la indefensión de la parte objeto de la infracción, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 CE, al impedir a una de las partes el ejercicio de sus facultades de alegación y, en su caso, de justificación de sus derecho e intereses

legítimos, con vulneración del derecho de contradicción y del mencionado derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 23/2003, de 10 de febrero; 114/2000, de 5 de mayo; 1/1992, de 13 de enero, entre otras muchas).

Por las expresadas razones, doctrina y jurisprudencia resaltan la necesidad de que, no obstante las previsiones legales citadas, se practique la notificación de la resolución vehículo a todas las partes del incidente concursal, por extraño que pueda parecer. No es más que una consecuencia del sistema de recurso de apelación diferida establecido por el Legislador⁸³³.

G) *La sustanciación del recurso de apelación diferida*

Presupuesto previo para la admisión del recurso lo constituye la formulación de la necesaria protesta dentro de los cinco días siguientes al de la notificación de la resolución. No se establecen los requisitos que debe reunir la protesta pero, habida cuenta de la tramitación legal del recurso de apelación (conforme dispone la LEC, eminentemente escrita), parece inevitable que la misma se articule por escrito, con las firmas que exija el acto de postulación a la parte de que se trate y con indicación de la resolución respecto a la que se formula⁸³⁴.

Cabe preguntarse qué sucedería si la parte que ha formulado protesta no reproduce la cuestión en la primera apelación más próxima, pero pretende reproducirla en un momento posterior aprovechando el dictado de otra resolución, también susceptible de apelación. El tenor literal del precepto aboca a pensar que el trámite ha precluido y no puede volver a plantearlo. Lo mismo sucedería si no hubiera llegado a formular la preceptiva protesta⁸³⁵.

La competencia para conocer del recurso corresponde a la Audiencia Provincial, y dentro de ella, a la Sección especializada en materia mercantil, si la hubiera. La competencia para la interposición y admisión a trámite del recurso corresponde al propio Juzgado que esté

⁸³³ STS, Sala Primera, de fecha 11/12/2012 (recurso 1167/2010), ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo, Fundamentos de Derecho 6 y 7. GARNICA MARTÍN, J.F. "De las normas procesales generales y del sistema de recursos (Artículos 183-198 LC)", en AAVV *Tratado judicial de la insolvencia*. Tomo II. Op. cit. Pg. 885.

⁸³⁴ GARNICA MARTÍN, J. F. "La Nueva Ley Concursal". Cuadernos de Derecho Judicial. Op. cit. Pg. 307.

⁸³⁵ SANTOS MARTÍNEZ, A.M. Comentarios al artículo 197 LC, en *Proceso concursal*, AAVV. Op. cit. Pg. 1.011.

conociendo del procedimiento concursal en el que se sustancia el correspondiente incidente.

Tras la interposición del recurso los trámites son los mismos que los establecidos para la sustanciación de la apelación directa, si bien el trámite de impugnación de la sentencia apelada que se establece en el art. 461.1 LEC, que permite una adhesión a la apelación por parte de los apelados, debe referirse de forma exclusiva a la resolución verdaderamente recurrida⁸³⁶.

4. La impugnación de la sentencia incidental. La apelación directa

Por contraste con el régimen ya visto de protesta y posterior apelación diferida, nos referimos ahora al recurso de apelación directa como aquel que se permite interponer, directa e inmediatamente, contra la resolución que se impugna⁸³⁷. Esta distinción entre apelación directa y diferida no se traduce en dos diferentes clases de recursos de apelación. Se trata de un único recurso, cuya sustanciación deberá ajustarse a lo establecido en los arts. 455 y ss de la LEC, sin más especialidades que la tramitación preferente o la posibilidad de suspender la eficacia de aquellas actuaciones que puedan resultar afectadas por la decisión del propio recurso de apelación (art. 197.6 LC)⁸³⁸.

Como ya se dijo en otro capítulo anterior⁸³⁹, al tenor del art. 197.2 LC los recursos contra resoluciones dictadas por el Juez del concurso se sustanciarán en la forma prevista por la LEC, con las modificaciones que se indican en apartados posteriores del mismo precepto.

Por su parte, el art. 197.5 se refiere a la apelación directa de las sentencias que resuelven incidentes concursales, previendo que, en algunos casos, se tramitará con carácter preferente. Pero sólo cabe contra las resoluciones expresamente previstas en la Ley, que las regula de forma muy confusa.

⁸³⁶ GARNICA MARTÍN, J. F. "La Nueva Ley Concursal". Cuadernos de Derecho Judicial. Op. cit. Pg. 308.

⁸³⁷ ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., en *Nueva Ley Concursal. Ley 22/2003, de 9 de julio. Comentarios, jurisprudencia aplicable y formularios*. Op. cit. Pg. 831.

⁸³⁸ SANTOS MARTÍNEZ, A.M. "Comentarios al art. 197 LC", en *Proceso concursal (AAVV)*. Sala Reixachs, A.; Alonso-Cuevillas Sayrol, J.; Machado Plazas, J.; Vila Florensa, P. (Coords.). Op. cit. Pg. 1.011.

⁸³⁹ Apartado 2, Capítulo VIII, página 373.

A) Resoluciones susceptibles del recurso de apelación directo

A lo largo del articulado de la LC se desgranán las resoluciones para las que se prevé, expresamente, la apelación directa. No todas guardan relación con el incidente concursal por lo que procuraremos ceñirnos a las que sí mantienen relación con su regulación, por exigencias de coherencia lógica con el objeto del presente trabajo.

i) Dentro del Capítulo III, del Título VIII de la LC localizamos el recurso que cabe contra el auto de inadmisión a trámite del incidente concursal por razón de la impertinencia o escasa entidad de la cuestión planteada (art. 194.2 LC).

ii) La nueva redacción dada al art. 197.4 por la Ley 38/2011, de 10 de octubre⁸⁴⁰, añade las sentencias dictadas en los incidentes en los que se ventilan acciones de reintegración (art. 72.4 LC) y las relativas al ejercicio del derecho de separación (art. 80.2 LC).

iii) La sentencia que apruebe el convenio (art. 129.1 LC) y la que estime la oposición por infracción legal en el contenido del convenio o inviabilidad objetiva de su cumplimiento (art. 129.3 LC).

iv) La sentencia que resuelva sobre el ejercicio de la acción de declaración de incumplimiento del convenio (art. 140.3 LC).

v) Contra la sentencia que resuelva la oposición a la conclusión del concurso, cabrán los recursos previstos en esta Ley para las sentencias dictadas en incidentes concursales (art.177.3 LC). Como señala la doctrina⁸⁴¹, aun cuando es cierto que, habitualmente, la conclusión del concurso se acordará dentro de la fase de liquidación y que, por tanto, la sentencia que recaiga en el incidente de oposición a la conclusión será recurrible en apelación a tenor de lo dispuesto en el art. 197.4 LC, no debe excluirse la posibilidad de conclusión del concurso en un momento anterior («*en cualquier estado del procedimiento*»), supuesto en el que se plantea si resulta o no procedente el recurso de apelación. Existen, no obstante, argumentos que permiten sostener la procedencia del recurso de apelación contra la sentencia resolutoria de la oposición a la conclusión del concurso, cualquiera que sea el estado del procedimiento en que recaiga:

⁸⁴⁰ La Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE de 11 de octubre). Vigencia 1/01/2012.

⁸⁴¹ DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El incidente concursal*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2012. Pgs. 137-138.

- La previsión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales «*relativas a la conclusión del concurso*» (art. 197.7 LC).
- La extensión del recurso de apelación contra la sentencia que resuelva la oposición a la conclusión del concurso a los procedimientos concursales en trámite a la entrada en vigor de la LC (Disposición Transitoria Primera.1).

vi) Las sentencias que resuelvan incidentes concursales planteados con posterioridad a la aprobación del convenio o durante la fase de liquidación (art. 197.5 LC).

vii) La sentencia que pone fin al incidente de oposición a la calificación del concurso como culpable (art. 172.4 LC).

B) *Sustanciación del recurso*

Tras la supresión del trámite de preparación operada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre⁸⁴², el recurso de apelación se inicia con la interposición del mismo ante el Juez a quo que ha dictado la resolución que se recurre, previa la constitución del depósito de 50,00 € (Disposición Adicional 15ª LOPJ), dentro del plazo de veinte días, contados desde el día siguiente a la notificación de la resolución (art. 458.1 LEC).

En el escrito de interposición el apelante deberá exponer todas las alegaciones en las que se base la impugnación, además de citar la resolución que recurre y los pronunciamientos que impugna (art. 458.2 LEC).

Admitido el recurso, se dará traslado del mismo a las demás partes para que en el término de diez días formulen escrito de oposición o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada (art. 461.1 LEC). Del escrito de impugnación se dará traslado a la parte apelante principal, por otro plazo de diez días, para que alegue lo que tenga por conveniente (art. 461.4 LEC).

⁸⁴² Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal (BOE de 11 de octubre). Vigencia 31/10/2011. Art. Cuarto. Once deja sin contenido el art. 457 LEC. El apartado Doce el mismo artículo Cuarto da nueva redacción al art. 458 LEC.

Caso de que no se cumplieren los requisitos legales exigidos el Juez dictará auto de inadmisión, contra el cabe recurso de queja (art. 458.3 LEC).

Interpuesto el recurso de apelación y presentados, en su caso, los escritos de oposición o impugnación, el Letrado de la Administración de Justicia ordenará la remisión de los autos al tribunal competente para resolver la apelación con emplazamiento de las partes por término de diez días (art. 463.1 LEC)⁸⁴³.

Recibidos los autos por el Tribunal *ad quem*, si se hubiesen aportado nuevos documentos o propuesto prueba en los escritos de las partes, acordará lo que proceda sobre su admisión en el plazo de diez días. Si hubiera de practicarse prueba, el Letrado de la Administración de Justicia señalará día para la vista. Si no se hubiera propuesto prueba o si toda la propuesta resultase inadmitida podrá, también, celebrarse vista siempre que así lo solicitara alguna de las partes o el Tribunal lo considere necesario (art. 464 LEC)⁸⁴⁴.

Celebrada vista, el Tribunal de apelación dictará sentencia dentro de los diez días siguientes a la finalización de aquélla. De no celebrarse vista, el plazo para resolver será de un mes a contar desde el día siguiente a aquel en que se hubiesen recibido los autos en el Tribunal (art. 465.2 LEC)⁸⁴⁵.

C) Normas propias de sustanciación

Como se ha venido exponiendo, la apelación se sustancia conforme a las normas generales, que regulan los sucesivos trámites, si bien dejando a salvo las modificaciones que se contienen en la regulación concursal (art. 197.2 LC). Éstas hacen referencia al carácter preferente de la sustanciación del recurso, en algunos casos, así como a la regulación de la suspensión de actuaciones.

⁸⁴³ Redactado por el artículo Cuatro.Trece de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal (BOE de 11 de octubre). Vigencia 31/10/2011.

⁸⁴⁴ Redactado por el artículo Decimoquinto.Ciento noventa y cuatro de la Ley 13/2009, de 3 noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial (BOE nº 266, de 4 de noviembre). Vigencia 4/05/2010.

⁸⁴⁵ Redactado por el artículo Decimoquinto.Ciento noventa y cinco de la Ley 13/2009, de 3 noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial (BOE nº 266, de 4 de noviembre). Vigencia 4/05/2010.

a) *Carácter preferente de la tramitación*

El fundamento de la tramitación preferente del recurso de apelación es doble:

- Por una parte, pretende compensar la demora que supone la impugnación diferida antes analizada.
- Por otra parte, pretende salvaguardar la agilidad del procedimiento concursal, si bien esta razón sólo es atendible en los supuestos en que se haya acordado la suspensión de determinadas actuaciones, pues, como regla general, la apelación carece de efecto suspensivo⁸⁴⁶.

El carácter preferente de la tramitación del recurso es otro ejemplo práctico del principio de celeridad que informa el proceso concursal, en general, así como el incidente concursal, en particular, y que se proyecta más allá de la primera instancia al prever una rápida solución del recurso de apelación por parte de la Audiencia Provincial⁸⁴⁷.

La preferencia supone una excepción al principio general de que los señalamientos se producirán por el orden de su conclusión (art. 249 LOPJ)⁸⁴⁸. Lo que significa que deberá anteponerse la fecha señalada para votación y fallo, o celebración de vista, a las apelaciones que aún no hayan sido señaladas⁸⁴⁹.

Aunque pudiera parecer otra cosa, el art. 197.4 y 5 LC atribuye el carácter preferente a la tramitación del recurso de apelación en algunos casos de apelación directa. Concretamente a los interpuestos contra las sentencias que aprueben el convenio, resuelvan incidentes concursales planteados con posterioridad o durante la fase de liquidación, así como los que se interpongan contra las sentencias dictadas en los incidentes de reintegración (art. 72.4 LC) y los relativos al ejercicio del derecho de separación (art. 80.2 LC). Quedan excluidos de este régimen privilegiado los supuestos de apelación diferida, así como todos los casos de

⁸⁴⁶ SENÉS MOTILLA, C. "La Ley Concursal. XVIII. Número especial 2004". Op. cit. Pg. 608. SENÉS MOTILLA, C. *Comentarios de la Ley Concursal. Tomo II*. ROJO, A. y BELTRÁN, E. Op. cit. Pgs. 2.849 y 2.850.

⁸⁴⁷ SANTOS MARTÍNEZ, A.M. Comentarios al artículo 187 LC, en *Proceso concursal*, AAVV. Op. cit. Pg. 1.011.

⁸⁴⁸ GARNICA MARTÍN, J. F. "La Nueva Ley Concursal". Op. cit. Pg. 304. GARNICA MARTÍN, J.F. "Los recursos en la nueva Ley Concursal". Op. cit. Pg. 38. GARNICA MARTÍN, J.F. "De las normas procesales generales y del sistema de recursos (Artículos 183-198 LC)", en AAVV *Tratado judicial de la insolvencia*. Tomo II. Op. cit. Pg. 883.

⁸⁴⁹ SERRA DOMÍNGUEZ, M. *Comentarios a la Ley Concursal*. Tomo 3. Op. cit. Pg. 1.946.

apelación directa distintos a los expresados. Esta distinción resulta caprichosa y no encuentra ninguna justificación razonable⁸⁵⁰.

b) *La suspensión de las actuaciones afectadas por el recurso*

La LC (art. 197.6) regula la suspensión de las actuaciones que pudieran verse afectadas por la resolución del recurso.

Se trata de una herramienta imprescindible para evitar que la demora, ineludible, que comporta la resolución del recurso de apelación, pueda dar lugar a una alteración de las circunstancias tal que haga ineficaz la resolución que en su momento dicte la Audiencia Provincial al resolver el recurso de apelación, sobre todo en un sistema, como el diseñado por la LC, en el que muchas resoluciones trascendentes para la tramitación del procedimiento concursal son recurridas a través de un sistema de apelación diferida⁸⁵¹.

Se ha de partir del principio general de ausencia de efectos suspensivos del recurso (art. 456.2 LEC), aunque tal principio se lleva mucho más allá de lo que se hiciera en la LEC, en la que se limita a las sentencias desestimatorias de la demanda. Aunque en las estimatorias se consigue el mismo efecto a través de un sistema completamente abierto de ejecución provisional, en la LC no puede hablarse de ejecución provisional, que, por otra parte, sería difícilmente admisible, sino que todos los pronunciamientos son directamente eficaces, a no ser que se acuerde la suspensión por el Juez del concurso o por la Audiencia Provincial que debe conocer de la apelación⁸⁵².

Por virtud de lo anterior cabe afirmar que la suspensión de las actuaciones afectadas por el recurso cuando se admita la apelación es excepcional⁸⁵³, consideración que deriva, además, de que se hace

⁸⁵⁰ GARNICA MARTÍN, J.F. “De las normas procesales generales y del sistema de recursos (Artículos 183-198 LC)”, en AAVV *Tratado judicial de la insolvencia*. Tomo II. Op. cit. Pgs. 882 y 883.

⁸⁵¹ SENENT MARTÍNEZ, S. Comentarios al art. 197 LC, en AAVV MACÍAS CASTILLO, A. y JUEGA CUESTA, R. (Coord.) *Ley Concursal Comentada*. Op. cit. Pg. 658.

⁸⁵² GARNICA MARTÍN, J.F. “De las normas procesales generales y del sistema de recursos (Artículos 183-198 LC)”, en AAVV *Tratado judicial de la insolvencia*. Tomo II. Op. cit. Pg. 886. GARNICA MARTÍN, J. F. “La Nueva Ley Concursal”. Op. cit. Pg. 309. GARNICA MARTÍN, J.F. “Los recursos en la nueva Ley Concursal”. Op. cit. Pg. 40. GARNICA MARTÍN, J. F. *Derecho concursal práctico. Comentarios a la Nueva Ley Concursal*. Fernández Ballesteros, M. A. (Coord.) Op. cit. Pg. 876.

⁸⁵³ SANTOS MARTÍNEZ, A.M. Comentarios al artículo 187 LC, en *Proceso concursal*, AAVV. Op. cit. Pg. 1.011.

preciso para acordarla que se dicte una resolución motivada, que está sometida a revisión del órgano *ad quem*⁸⁵⁴.

El fundamento de la privación del efecto suspensivo de la apelación radica en la fluida tramitación del procedimiento que persigue la Ley. La facultad que el Legislador confiere al Juez del concurso para acordar la suspensión de actuaciones concretas del procedimiento es muestra de la discrecionalidad y flexibilidad que inspiran el sistema concursal. La finalidad que persigue la suspensión de actuaciones no es otra que evitar la anulación de las actuaciones concursales afectadas por la estimación del recurso⁸⁵⁵.

La eficacia suspensiva de la apelación, en los casos en que excepcionalmente así se acuerde, no se proyecta sólo sobre la resolución recurrida, sino que puede extenderse a todas «*aquellas actuaciones que puedan verse afectadas*» por la revocación de la resolución recurrida en apelación. Por tal motivo, el auto en el que el Juez del concurso decida suspender determinadas actuaciones deberá precisar cuáles son las concretas piezas o secciones que quedarán en suspenso en tanto no se resuelva el recurso. La extensión de la suspensión deberá interpretarse –dado su carácter excepcional– con carácter restrictivo y, en la motivación, deberán precisarse las razones que justifican la medida⁸⁵⁶.

La suspensión de actuaciones podrá acordarse de oficio o a instancia de parte. En este segundo caso no se requiere la prestación de caución (art. 567 LEC). Estas especialidades obedecen a aquella finalidad de evitar la anulación de las actuaciones concursales a las que pudiera afectar la estimación del recurso⁸⁵⁷.

La parte debe interesar la suspensión en el escrito de interposición del recurso de apelación y el Juez del concurso, previa admisión por el Letrado de la Administración de Justicia, ha de pronunciarse sobre dicha solicitud bien mediante auto, en el caso de que decida acceder a la

⁸⁵⁴ GARNICA MARTÍN, J.F. “De las normas procesales generales y del sistema de recursos (Artículos 183-198 LC)”, en AAVV *Tratado judicial de la insolvencia*. Tomo II. Op. cit. Pg. 886. GARNICA MARTÍN, J. F. “La Nueva Ley Concursal”. Op. cit. Pg. 309. GARNICA MARTÍN, J.F. “Los recursos en la nueva Ley Concursal”. Op. cit. Pg. 40. GARNICA MARTÍN, J. F. *Derecho concursal práctico. Comentarios a la Nueva Ley Concursal*. Fernández Ballesteros, M. A. (Coord.) Op. cit. Pg. 877. LÓPEZ YAGÜES, V., en *Ley Concursal. Comentarios, jurisprudencia y formularios*. Tomo II. (AAVV, GALLEGO SÁNCHEZ, E., Coord.). Op. cit. Pg. 904. LÓPEZ SÁNCHEZ, J. Comentario al art. 197 LC en *Comentarios a la Ley Concursal. Volumen II*. (AAVV., Director BERCOWITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.). O. cit. Pg. 1.998.

⁸⁵⁵ SENÉS MOTILLA, C. *Comentarios de la Ley Concursal. Tomo II*. ROJO, A. y BELTRÁN, E. Op. cit. Pg. 2.850.

⁸⁵⁶ LÓPEZ SÁNCHEZ, J. Comentario al art. 197 LC en *Comentarios a la Ley Concursal. Volumen II*. (AAVV., Director BERCOWITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.). O. cit. Pg. 1.998.

⁸⁵⁷ SENÉS MOTILLA, C. *Comentarios de la Ley Concursal. Tomo II*. ROJO, A. y BELTRÁN, E. Op. cit. Pg. 2.850.

suspensión, bien mediante providencia, en el caso contrario. Contra esta decisión no cabe recurso, sin perjuicio de la posibilidad de solicitar la revisión de dicha decisión por la Audiencia Provincial, mediante escrito a presentar dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la decisión del Juez del concurso. El Tribunal *ad quem* deberá resolver sobre esta petición con carácter previo al examen del fondo del recurso y dentro de los diez días siguientes a la recepción de los autos por dicho Tribunal, sin que contra el auto que se dicte pueda interponerse recurso alguno (art. 197.6 LC)⁸⁵⁸.

Finalmente, en el último párrafo del precepto, la LC contiene una manifestación concreta de la suspensión a propósito del convenio aprobado. Este precepto ha de ser puesto en relación con la previsión contenida en el art. 133.1 LC⁸⁵⁹. La suspensión de la eficacia del convenio se fundamenta en las consecuencias que se derivan de la estimación de las impugnaciones relativas a su contenido y viabilidad. La suspensión de la eficacia del convenio podrá ser total o parcial⁸⁶⁰.

5. Los recursos extraordinarios

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 197.7 LC la admisibilidad de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal se condiciona doblemente:

- i) Por una parte, estableciendo un listado de sentencias contra las que caben, de forma que no son admisibles en los demás casos.
- ii) Por otra, exigiendo que también concurren los presupuestos exigidos en cada caso en la LEC. Estos presupuestos son distintos para cada uno de los recursos.

Pero el listado de sentencias, dictadas por las Audiencias Provinciales, frente a las que resultan procedentes, es común a ambos tipos de recursos.

⁸⁵⁸ DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El incidente concursal*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2012. Pg. 142.

⁸⁵⁹ Art. 133.1 LC: «El convenio adquirirá eficacia desde la fecha de la sentencia que lo apruebe, salvo que el juez, por razón del contenido del convenio, acuerde, de oficio o a instancia de parte, retrasar esa eficacia a la fecha en que la aprobación alcance firmeza.

Al pronunciarse sobre el retraso de la eficacia del convenio, el juez podrá acordarlo con carácter parcial.»

⁸⁶⁰ SENÉS MOTILLA, C. *Comentarios de la Ley Concursal. Tomo II*. ROJO, A. y BELTRÁN, E. Op. cit. Pg. 2.850.

Antes de abordar la cuestión relativa a los supuestos en los que los recursos extraordinarios son admisibles conviene hacer una reflexión acerca de la limitación que el Legislador ha previsto respecto de las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales, lo que excluye que puedan ser objeto de estos recursos los autos definitivos que puedan dictar los tribunales sobre las materias que admiten el recurso extraordinario. Esta limitación se justifica porque únicamente en los supuestos en los que sea preciso resolver mediante sentencia es presumible que exista un verdadero contencioso. Si bien en alguno de los supuestos que posteriormente veremos está prevista la posibilidad de que se resuelva por medio de auto en la instancia, como ocurre respecto del cumplimiento del convenio (art. 139.2 LC), cuando existe contencioso se sustancia por los trámites del incidente concursal y se resuelve por medio de sentencia (art. 140.2 y 3 LC)⁸⁶¹.

El art. 197.7 LC, al establecer los supuestos en los que caben los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal no contempla especialidades concretas, sino que se remite, en bloque, a los criterios de admisión establecidos en la LEC y, por ende, a la sustanciación prevista en la norma procesal civil. Lo que no excluye que tanto la admisibilidad de los recursos, como las alegaciones que se vertieran, deben adaptarse a la propia regulación, contenido y objeto del proceso concursal⁸⁶².

A) *Resoluciones recurribles*

Tanto el recurso de casación, como el extraordinario por infracción procesal, proceden frente a las siguientes sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales:

- Las relativas a la aprobación o rechazo del convenio.
- Las dictadas sobre cumplimiento del convenio.
- Las relativas a la calificación del concurso.

⁸⁶¹ GARNICA MARTÍN, J.F. “De las normas procesales generales y del sistema de recursos (Artículos 183-198 LC)”, en AAVV *Tratado judicial de la insolvencia*. Tomo II. Op. cit. Pg. 889. GARNICA MARTÍN, J. F. “La Nueva Ley Concursal”. Op. cit. Pg. 318. GARNICA MARTÍN, J.F. “Los recursos en la nueva Ley Concursal”. Op. cit. Pg. 45. GARNICA MARTÍN, J. F. *Derecho concursal práctico. Comentarios a la Nueva Ley Concursal*. Fernández Ballesteros, M. A. (Coord.) Op. cit. Pg. 878.

⁸⁶² SANTOS MARTÍNEZ, A.M. Comentarios al artículo 197 LC, en *Proceso concursal*, AAVV. Op. cit. Pg. 1.012.

- Las recaídas sobre conclusión del concurso.
- Las que resuelvan acciones comprendidas en la Sección tercera del concurso:
 - Las de anulación de actos del concursado que infrinjan las limitaciones legales (art. 40.7 LC).
 - Las de resolución de contratos con obligaciones recíprocas (art. 61.2 LC).
 - Las de resolución de contratos por incumplimiento (art. 62.2 LC).
 - Las de rescisión e impugnación de actos perjudiciales para la masa activa (art. 72.4 LC).
 - Las de impugnación del inventario (art. 96.5 LC).
- Las que resuelvan acciones comprendidas en la Sección cuarta del concurso:
 - Los procesos declarativos que se hayan acumulado al concurso (bien sean posteriores a la declaración de concurso ex art. 50.1 LC, bien sean anteriores, ex art. 51.1 LC). Las sentencias dictadas en los procesos acumulados al concurso e iniciados con anterioridad a su declaración quedarán sometidas al régimen ordinario de recursos previstos en la LEC, sin que le resulten de aplicación las especialidades de la LC.
 - Las acciones sobre reconocimiento de créditos (art. 86.1 LC).
 - Las de impugnación de la lista de acreedores (art. 96.4 LC).

En general, la apertura de estas sentencias a los recursos extraordinarios supone una innovación frente al sistema precedente de la quiebra, en el que, en la generalidad de los asuntos, se cerraba el acceso a la casación.

La apertura a los recursos extraordinarios se realiza conforme a los criterios de admisión previstos en la LEC, lo que rectamente debe interpretarse como conformidad con los presupuestos y requisitos de recurribilidad establecidos en ella y con los criterios interpretativos de la Sala Primera del Tribunal Supremo, que han pasado a formar parte de la normativa de los recursos extraordinarios, en palabras de la Sentencia del Tribunal Constitucional 108/2003, de 2 de junio⁸⁶³.

⁸⁶³ ATS, Sala Primera, de fecha 3/03/2009 (recurso 1.709/2006), ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos, Fundamento de Derecho 2. También ATS, Sala Primera, de fecha 3/03/2009 (recurso 1.929/2006), ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete, Fundamento de Derecho 2.

B) Requisitos de admisibilidad del recurso de casación

Conforme dispone el art. 477.2 LEC, el recurso de casación procede contra las siguientes resoluciones:

1º.- Sentencias dictadas para la tutela judicial civil de los derechos fundamentales, excepto los del art. 24 CE.

2º.- Cuando la cuantía del asunto excediere de 600.000,00 €.

3º.- Cuando la cuantía del asunto no excediere de 600.000,00 € o éste se haya tramitado por razón de la materia, siempre que, en ambos casos, la resolución del recurso presente interés casacional⁸⁶⁴.

De estos tres supuestos, el primero no tiene aplicación en el ámbito del proceso concursal, por lo que el ámbito de admisibilidad queda reducido a los otros dos⁸⁶⁵.

Las sentencias a las que se refiere el art. 197.7 LC, para las que se prevé el acceso a la casación, son dictadas en incidentes concursales sustanciados por razón de la materia que constituye su objeto, por lo que su cauce de acceso al recurso de casación habrá de ser, mayoritariamente, el establecido en el ordinal 3º del art. 477.2 LEC, denominado de «*interés casacional*», que exige la acreditación de dicho interés ya en el escrito de interposición⁸⁶⁶.

⁸⁶⁴ Art. 477.2 LEC redactado por el artículo Cuatro.Diecisiete de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal (BOE de 11 de octubre). Vigencia 31/10/2011.

⁸⁶⁵ GARNICA MARTÍN, J.F. “De las normas procesales generales y del sistema de recursos (Artículos 183-198 LC)”, en AAVV *Tratado judicial de la insolvencia*. Tomo II. Op. cit. Pg. 890.

⁸⁶⁶ Apartado III, «Interés casacional», del Acuerdo de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de fecha 30/12/2011, sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, tras las modificaciones operadas en la regulación de dichos recursos en la LEC por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal.

En torno a lo que debe entenderse por interés casacional a estos efectos, MACÍAS CASTILLO, A., “El acuerdo de la Sala Primera del TS sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal: un análisis de urgencia”. Diario La Ley. Sección Tribuna. Número 7.804, de 23/02/2012. Año XXXIII. Editorial LA LEY. Y también en Actualidad Civil. Sección Práctica Profesional. Número 7. Quincena del 1 al 15 de abril de 2012. Editorial LA LEY. Pg. 788, tomo 1. «*El interés casacional persigue fijar la doctrina interpretativa correcta en cada momento frente al criterio previamente seguido en otras sentencias de las Audiencias Provinciales o en contra del criterio de la jurisprudencia. También permite acudir al interés casacional el art. 487.3 LEC cuando no exista jurisprudencia sobre un precepto que lleve al menos cinco años en vigor. El interés casacional, por sí mismo, parece justificar la existencia del Tribunal Supremo, puesto que la existencia de un Alto Tribunal que sea capaz de establecer criterios hermenéuticos de aplicabilidad generalizada es una garantía más del principio de seguridad jurídica.*».

Todo ello se traduce en las serias limitaciones que la admisión del recurso de casación tiene en materia concursal, debido a que a la Sala le corresponde resolver cuestiones propias de la unificación de criterios entre las diferentes Audiencias Provinciales.

C) *Requisitos de admisibilidad del recurso extraordinario por infracción procesal*

La LEC establece que el recurso por infracción procesal procede contra todas las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales que pongan fin a la segunda instancia (art. 468 LEC), por lo que, en principio, no existe limitación alguna a su admisibilidad salvo la relativa a la exclusión de los autos definitivos.

Por otra parte, como recurso extraordinario que es, únicamente procede por motivos tasados, los que se expresan en el art. 469 LEC.

El art. 473 LEC establece la posibilidad de que el recurso pueda ser inadmitido por carecer manifiestamente de fundamento o por no concurrir los presupuestos de admisibilidad⁸⁶⁷.

El régimen provisional previsto en la Disposición Final Decimosexta de la LEC ha dado lugar a una vinculación entre el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación, hasta el punto de que sólo procede el primero contra las sentencias que sean recurribles en casación; y salvo en los casos a que se refieren los números 1º y 2º del art. 477 LEC (procesos para la tutela judicial civil de derechos fundamentales y procesos determinados por la cuantía cuando ésta exceda de 600.000,00 €), en los que sí se puede formular recurso por infracción procesal separadamente del de casación, en los demás, cuando un litigante pretenda recurrir una resolución por infracción procesal y en casación, deberá interponer ambos recursos en un mismo escrito y se tramitarán los dos en un mismo procedimiento⁸⁶⁸.

Por consiguiente, en el supuesto del «interés casacional», que es previsible que constituya el vehículo de acceso al recurso de casación,

⁸⁶⁷ GARNICA MARTÍN, J.F. "De las normas procesales generales y del sistema de recursos (Artículos 183-198 LC)", en AAVV *Tratado judicial de la insolvencia*. Tomo II. Op. cit. Pg. 891.

⁸⁶⁸ DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El incidente concursal*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2012. Pgs. 145 y 146.

únicamente procederá el extraordinario de infracción procesal si se llega a admitir el recurso de casación⁸⁶⁹.

D) *Sustanciación del recurso*

La LC no adiciona a los recursos extraordinarios ningún motivo específico de impugnación, siendo aplicables los establecidos con carácter general (arts. 469.1 y 477.1 LEC)⁸⁷⁰

La tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal, conjunta o separada, es la misma que la del recurso de casación, que, tras la modificación operada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal, se estructura en las siguientes etapas:

1º.- Interposición.

2º.- Remisión de los autos.

3º.- Decisión sobre la admisión del recurso.

4º.- Oposición.

5º.- Vista, en su caso.

6º.- Decisión mediante sentencia, que habrá de dictarse dentro del plazo de veinte días siguientes al de la celebración de la vista o al señalamiento para votación y fallo⁸⁷¹.

⁸⁶⁹ GARNICA MARTÍN, J.F. “De las normas procesales generales y del sistema de recursos (Artículos 183-198 LC)”, en AAVV *Tratado judicial de la insolvencia*. Tomo II. Op. cit. Pgs. 891 y 892.

⁸⁷⁰ SENÉS MOTILLA, C. *Comentarios de la Ley Concursal*. Tomo II. ROJO, A. y BELTRÁN, E. Op. cit. Pg. 2.854.

⁸⁷¹ DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El incidente concursal*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2012. Pgs. 146.

IX. INCIDENTE CONCURSAL EN MATERIA LABORAL

1. Introducción

Con la misma finalidad advertida desde la Exposición de Motivos, el art. 64.8 II LC atribuye competencia exclusiva al Juez de lo mercantil, en cuanto Juez del concurso, no sólo para autorizar las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, suspensiones o extinciones colectivas de los contratos de trabajo, sino también para conocer de las acciones que los trabajadores afectados puedan ejercer a título individual frente al auto que autorice la medida correspondiente en cuestiones referidas estrictamente a su relación laboral individual. Tales acciones se sustanciarán por el procedimiento del incidente concursal en materia laboral regulado en el art. 195 LC. Este procedimiento específico fue introducido durante la tramitación parlamentaria, por cuanto el Proyecto de Ley no contemplaba sino el cauce del incidente concursal genérico de los arts. 192 y ss. LC, por el que debía entenderse que habrían de sustanciarse las acciones laborales de las que debiera conocer el Juez del concurso⁸⁷².

Constituye una novedad que introduce en nuestro ordenamiento la LC el atribuirle al Juez del concurso, en cuanto que Juez mercantil, competencia para conocer de acciones sociales. Sin embargo, el principio de unidad de decisión y concentración de competencias en el Juez del concurso que inspira la LC implica la atracción competencial del Juez civil sobre ciertas materias de Derecho laboral, derivadas de la existencia de contratos de trabajo donde el concursado es empleador, de acuerdo con la delimitación competencial objetiva que recoge la LC (art. 8).

Para el tratamiento de estas cuestiones laborales, cuando en las mismas surja controversia, la LC (art. 195) prevé un procedimiento especial, con una regulación propia, el denominado *incidente concursal laboral*, en el que se entremezclan elementos tomados del juicio verbal civil y del procedimiento laboral ordinario, y como tal con grandes lagunas y contradicciones. En todo caso, será aplicable a este procedimiento la Disposición Final quinta de la LC, siendo por consiguiente la LEC y no la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, la

⁸⁷² LOSADA GONZÁLEZ, H. (AAVV. Coordinador, PALOMAR OLMEDA, A.) *Comentarios a la Legislación Concursal*. Op. cit. Pg. 1.245.

supletoria en lo no previsto en la LC⁸⁷³. Ello no obstante, este procedimiento especial incorpora los principios del proceso laboral para el enjuiciamiento de las cuestiones laborales que son competencia del Juez del concurso⁸⁷⁴.

La LC rompe la regla de unidad procedimental que por lo general sigue, para arbitrar este procedimiento específico que ha de ser cauce para ventilar las cuestiones de naturaleza social de las que debe conocer el Juez del concurso. Se trata de un procedimiento regido por la concentración de las actuaciones en el acto del juicio, con la consiguiente efectividad de los principios de inmediación, oralidad y celeridad, característicos del proceso laboral. Sin embargo, como decíamos, el legislador concursal ha efectuado diversas remisiones en el precepto a la Ley de Enjuiciamiento Civil (relativas a la forma de presentación de la demanda y a que, tras la proposición de prueba, continuará el procedimiento conforme a los trámites del juicio verbal de la LEC), lo que resulta difícil de comprender, cuando lo más lógico y claro hubiera sido efectuar las remisiones directamente a lo previsto en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social⁸⁷⁵.

Esta modalidad procedimental deja a salvo las reglas generales contenidas en el capítulo III del Título VIII de la LC: la privación del efecto suspensivo (art. 192.2 LC); la extensión legal de la condición de demandado (art. 193.1 LC); la intervención procesal de las partes personadas en el procedimiento (art. 193.2 LC); y el efecto de cosa juzgada material de la sentencia firme (art. 196.4 LC). Además, constituye el ámbito de aplicación propio de las especialidades reconocidas por la Ley en materia de representación y defensa técnicas (art. 184.1 y 6 LC; art. 2-d de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, según Disposición final cuarta LC)⁸⁷⁶.

⁸⁷³ SERRA DOMÍNGUEZ, M. *Comentarios a la Ley Concursal*. Tomo 3. (SAGRERA TIZÓN, J.M.; SALA REIXACS, A. y FERRER BARRIENDOS, A., Coordinadores). Op. cit. Pgs. 1.932 y 1.933.

⁸⁷⁴ SENÉS MOTILLA, C. *Comentarios de la Ley Concursal*. Tomo II. ROJO, A. y BELTRÁN, E. Op. cit. Pg. 2.822.

⁸⁷⁵ ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. "El incidente concursal" en *Revista Jurídica de Cataluña. Llei Concursal*, Número 4, monográfico. Op. cit. Pg. 297. ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., en *Nueva Ley Concursal. Ley 22/2003, de 9 de julio. Comentarios, jurisprudencia aplicable y formularios*. (AAVV. Coordinadores SALA, A.; MERCADAL, F.; ALONSO-CUEVILLAS, J.). Op. cit. Pg. 825.

Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (BOE de 11/10/2011). Vigencia: 11/12/2011.

⁸⁷⁶ SENÉS MOTILLA, C. *Comentarios de la Ley Concursal*. Tomo II. ROJO, A. y BELTRÁN, E. Op. cit. Pg. 2.822.

Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita (BOE 12/01/1996). Vigencia: 12/07/1996.

2. Ámbito de aplicación

Por una parte, el incidente concursal laboral tiene por objeto (art. 64.8.II LC) las acciones de impugnación ejercitadas por los trabajadores, o por el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), contra el auto que acuerde la extinción o suspensión colectiva de los contratos de trabajo en cuestiones que se refieren estrictamente a la relación jurídica individual (salario, antigüedad, indemnización, inclusión o exclusión en el expediente, etc.).

Quedan excluidas de su ámbito, en este sentido, las acciones colectivas que el art. 64 regula y que se tramitan por un procedimiento específico previsto en los apartados 4 a 7 del propio art. 64⁸⁷⁷. Tampoco son objeto de este procedimiento las acciones individuales encaminadas a impugnar la validez del acuerdo colectivo, ni la adecuación de las medidas acordadas judicialmente, aspectos propios del recurso de suplicación frente al auto que resuelve el expediente judicial de regulación de empleo y no frente a la sentencia que recaiga en el incidente concursal laboral⁸⁷⁸.

Tras la reforma operada por la Ley 38/2011, el art. 65.1 LC también remite a los trámites de este procedimiento para la impugnación de las decisiones de la Administración concursal respecto de la extinción o suspensión del contrato del deudor con el personal de alta dirección. Hubo quien, anticipándose a la reforma, ya pregonaba la sujeción al trámite del incidente de la cuestión relativa a la extinción o suspensión de los contratos de personal de alta dirección⁸⁷⁹. La modificación operada en el art. 65 no fue acompañada de la lógica reforma del art. 195 LC, que es el que regula, propiamente, el ámbito de aplicación del incidente concursal laboral, para incorporar, como objeto del mismo, este segundo supuesto. Es de esperar que se corrija la descordinación normativa en una futura reforma.

⁸⁷⁷ GARNICA MARTÍN, J.F. “De las normas procesales generales y del sistema de recursos (Artículos 183-198 LC)”, en AAVV *Tratado judicial de la insolvencia*. Tomo II. Op. cit. Pg. 846.

⁸⁷⁸ ORELLANA CANO, N. (dir). “La tramitación del expediente concursal de regulación de empleo” en *El concurso laboral*. La Ley, Wolters Kluwer España, S.A. Las Rozas (Madrid), 2012. Pg. 140.

⁸⁷⁹ LÓPEZ YAGÜES, V., en *Ley Concursal. Comentarios, jurisprudencia y formularios*. Tomo II. (AAVV, GALLEGU SÁNCHEZ, E., Coord.). Op. cit. Pgs. 887 y 888. Señala la autora que, de seguirse una interpretación teleológica o finalista de las previsiones contenidas en el art. 65 LC (anteriores a la reforma operada por Ley 38/2011) la cuestión a la que se refiere el art. 65 LC no parece que haya de quedar fuera de estos trámites. Si, como se hace saber desde la Exposición de Motivos de la Ley, el arbitrio de esta tramitación especial responde a la necesidad de hacer efectiva la aplicación de los principios del proceso laboral a los sustanciados ante el Juez del concurso en materias de naturaleza social, no encontramos razón para negar su procedencia en este otro caso que, al parecer, ha pasado desapercibido al legislador.

Existen dos supuestos que pueden generar dudas acerca de la necesaria utilización de los cauces del incidente concursal laboral en relación con el personal de alta dirección. Por una parte, el art. 65.3 LC establece la posibilidad de que en caso de extinción del contrato por decisión de la Administración concursal el Juez pueda moderar la indemnización prevista en el contrato; por otra, el supuesto en el que el Juez del concurso, a solicitud de la Administración concursal, pueda acordar que el pago del crédito indemnizatorio del alto directivo se aplaze hasta que sea firme la sentencia de calificación (art. 65.4 LC). No establece la LC el concreto trámite para resolver las indicadas solicitudes de la Administración concursal, pero dada la entidad de las mismas es lógico considerar que se abra el oportuno incidente, al que remite el art. 192 LC para la sustanciación de todas las cuestiones que se susciten durante el concurso y no tengan señalada otra tramitación en la Ley. En este caso, algún autor⁸⁸⁰ considera el trámite incidental, con la posibilidad de alegaciones contradictorias, el cauce más oportuno para resolver cuestiones como las indicadas, y dada la materia laboral que se plantea, sería conveniente la tramitación del incidente concursal laboral del art. 195 LC, con la posibilidad de interponer posterior recurso de suplicación para el conocimiento de estas cuestiones, evidentemente laborales, por los órganos especializados de la jurisdicción social.

La singularidad propia del trabajador, en cuanto que acreedor concursal o de la masa, no cualifica el procedimiento a través del cual pueda impugnar los actos de reconocimiento de sus créditos, el inventario o la lista de acreedores, supuestos en los que procederá el trámite del incidente concursal civil o común.

3. La tramitación. Especialidades en relación con el incidente concursal común

Una rápida lectura al contenido del art. 195 LC puede llevar a afirmar que el incidente laboral no es sino un juicio verbal con contestación oral de la demanda en el acto de la vista; sin embargo, a poco que se profundice en su regulación, saltan a la vista sus semejanzas con el modelo de proceso que acoge la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Se trata de un procedimiento que se configura a partir de la incorporación de distintas singularidades a los trámites

⁸⁸⁰ CANO MARCO, F. *Manual práctico de Derecho Concursal*. La Ley, Wolters Kluwer España, S.A. Las Rozas (Madrid), 2014. Pgs. 234 y 235.

propios del incidente concursal común, de cuya estructura no difiere sustancialmente⁸⁸¹.

Todo lo relativo a postulación y asistencia técnico jurídica previsto para los trabajadores en su régimen especial procesal es aplicable a este ámbito del incidente concursal laboral, pudiendo los trabajadores comparecer por sí mismos, o apoderar a abogados o graduados sociales, quienes podrán ostentar la dirección técnica de los mismos, de modo facultativo (art. 18 LRJS).

Se examinarán, a continuación, las especialidades que presenta la sustanciación del incidente laboral respecto a la del incidente concursal común, regulada en art. 194 LC, especialidades que configuran su propio régimen.

A) *Plazo de interposición de la demanda*

El art. 64.8 LC, en su redacción originaria, no contenía previsión alguna en torno al plazo con el que contaban los trabajadores para interponer el incidente concursal de impugnación⁸⁸². En este sentido, algunas resoluciones judiciales se inclinaron por aplicar el plazo de prescripción de un año, estimándose que no se trataba de una acción de extinción de la relación laboral, en tanto en cuanto su objeto lo integra la impugnación de aspectos de la relación jurídica individual de cada trabajador, ponderados para determinar la indemnización procedente por la extinción del contrato⁸⁸³.

Tras la reforma operada por la Ley 38/2011⁸⁸⁴, el legislador subsana la omisión del texto originario estableciendo el plazo de un mes desde que el trabajador conoció o pudo conocer el auto del Juez del concurso. La expresión «*pudo conocer*» se refiere a trabajadores incluidos en el expediente, en el que ha intervenido la representación

⁸⁸¹ LÓPEZ YAGÜES, V., en Ley Concursal. *Comentarios, jurisprudencia y formularios*. Tomo II. (AAVV, GALLEGO SÁNCHEZ, E., Coord.). Op. cit. Pg. 888.

⁸⁸² Art. 64.8 LC, redacción originaria: «*Las acciones que los trabajadores puedan ejercer contra el auto, en cuestiones que se refieran estrictamente a la relación jurídica individual, se sustanciarán por el procedimiento del incidente concursal. La sentencia que recaiga será recurrible en suplicación.*»

⁸⁸³ STJ Principado de Asturias, Sala de lo Social, de fecha 17/12/2010 (recurso 1969/2010), ponente Ilma. Sra. D^a. María Vidau Argüelles, Fundamento de Derecho Segundo.

⁸⁸⁴ Art. 64.8 LC, redacción tras la reforma operada por Ley 38/2011: «*Las acciones que los trabajadores o el FOGASA puedan ejercer contra el auto en cuestiones que se refieran estrictamente a la relación jurídica individual se sustanciarán por el procedimiento del incidente concursal en materia laboral. El plazo para interponer la demanda de incidente concursal es de un mes desde que el trabajador conoció o pudo conocer el auto del juez del concurso. La sentencia que recaiga será recurrible en suplicación.*»

legal, sindical o la comisión del art. 64.2 LC, cuando el auto ha sido notificado a dichos representantes de los trabajadores. Distinto será el caso del trabajador no incluido en el expediente, sobre el que recaerá la carga de la prueba de acreditar cuándo conoció la resolución del Juez del concurso⁸⁸⁵.

B) *La demanda*

El incidente concursal laboral se inicia por demanda, que se formulará de acuerdo con lo establecido en el art. 437 LEC, es decir, según las normas previstas para el juicio verbal. Por el contrario, la demanda del incidente concursal común ha de ajustarse a las normas del art. 399 LEC para el juicio ordinario.

La demanda se redactará, por tanto, de forma sucinta, en la que se consignarán los datos y circunstancias de identificación de actor y demandado, así como el domicilio o domicilios en que puedan ser citados, y se fijará con claridad y precisión lo que se pida. El fundamento de esta previsión es la previa tramitación ante el Juez del concurso del expediente laboral de cuya resolución traen causa las acciones individuales de los trabajadores (arts. 80.1 LPL y 64.8 II LC). Aunque del mismo precepto (art. 195.1 LC) se deduce que no se excluye que la demanda se formule en la forma prevista para el juicio ordinario.

A diferencia de lo que se exige respecto de la demanda de juicio ordinario, en esta demanda sucinta, propia del incidente concursal laboral, la Ley permite que no esté fundada, pudiendo exponerse dicha fundamentación en el acto de la vista. Pero al escrito de demanda se habrán de acompañar los documentos en los que la parte funde su derecho, precluyendo el plazo para hacerlo en este trámite⁸⁸⁶.

En relación con el trámite de admisión la redacción del art. 195 LC, tras la reforma de constante referencia, produce cierta confusión. Así, mientras que de la modificación introducida en su apartado 2 resulta con toda claridad la competencia del Juez para la admisión de la demanda («*Si la demanda fuera admitida por el Juez [...]*»), el apartado 1 se ha modificado igualmente para atribuir al Letrado de la Administración de Justicia la función (que en la redacción anterior corría a cargo del Juez) de «*advertir, en su caso, a la parte de los defectos, omisiones o imprecisiones en*

⁸⁸⁵ ORELLANA CANO, N. (dir). "La tramitación del expediente concursal de regulación de empleo" en *El concurso laboral*. Op. cit. Pgs. 140 y 141.

⁸⁸⁶ DÍAZ MARTÍNEZ, M. *El incidente concursal*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2012. Pg. 152.

que haya incurrido al redactar la demanda, a fin de que los subsane dentro del plazo de cuatro días, con apercibimiento de que, si no lo efectuase, se ordenará su archivo»⁸⁸⁷.

En este trámite de admisión se excluye expresamente la posibilidad, prevista para el incidente concursal común, de inadmisión de la demanda si el Juez estima que la cuestión planteada es impertinente o carece de entidad necesaria para tramitarla por vía incidental, acordando que se otorgue a la cuestión planteada la tramitación correspondiente. Se estima que ello sería contrario al carácter tuitivo de la jurisdicción social.

C) *La vista o juicio*

A diferencia de lo que se prevé para el incidente concursal común, tras la admisión de la demanda no hay contestación escrita, sino que impera la tramitación oral, propia del proceso laboral. En relación con la admisión de la demanda, parece que lo será siempre, aplicando el criterio de admisión provisional de toda demanda del proceso laboral, ya que, como se anticipó anteriormente, no será de aplicación el apartado 2 del artículo 194 LC.

Señala la Ley que tras la admisión el Letrado de la Administración de Justicia señalará, dentro de los diez días siguientes, el día y hora en que habrá de celebrarse el juicio, citando a los demandados con entrega de copia de la demanda y documentos, debiendo mediar, en todo caso, un mínimo de cuatro días entre la citación y la efectiva celebración del juicio.

Por el contrario, en el incidente concursal común la contestación a la demanda será por escrito y la vista es excepcional (*«cuando exista discusión sobre los hechos y éstos sean relevantes a juicio del Juez, y se hayan propuesto en los escritos de alegaciones medios de prueba, previa declaración de su pertinencia y utilidad»*). En el incidente laboral, como ya se ha expuesto, la vista es imperativa.

El juicio oral comienza con el intento de conciliación o avenencia, pudiendo ser aplicables las normas previstas en el art. 84 LRJS sobre la materia, pero teniendo en cuenta que en el incidente laboral el intento de conciliación o avenencia corresponde al Juez del concurso, y no al Letrado de la Administración de Justicia como ocurre en el nuevo procedimiento laboral. Ello se traduce en que la aprobación de la

⁸⁸⁷ GALGO PECO, A. "Implicaciones en el ámbito concursal del reparto de competencias procesales establecido en el nuevo modelo de oficina judicial". Op. cit. Pg. 521.

avenencia deberá acordarse por auto⁸⁸⁸. Como especialidad frente a las normas reguladoras del proceso laboral, la admisión de la demanda sucinta no requiere la certificación acreditativa del acto de conciliación previo.

De no conciliarse las partes, continuará el juicio sujetándose a una tramitación sencilla en la que el actor se ratifica en su demanda o la amplía sin alterar sustancialmente sus pretensiones, tras lo cual el demandado contesta oralmente. Seguidamente, ambas partes proponen pruebas sobre los hechos en los que no hubiera conformidad, continuando el procedimiento conforme a los trámites del juicio verbal de la LEC, si bien se prevé expresamente en este caso que, tras la práctica de la prueba, se concederá a las partes un trámite de conclusiones, lo que integra una nueva especialidad con respecto a la tramitación del incidente concursal común.

Formuladas las conclusiones quedará el juicio visto para sentencia, que habrá de dictarse dentro de los diez días siguientes.

D) *La sentencia*

El incidente concursal laboral termina con sentencia, la cual no presenta especialidad alguna en relación con la dictada en el incidente común u ordinario, salvo en lo relativo a las costas que, tal y como previene el art. 196.3 LC, se regirán por lo dispuesto en la Ley de Procedimiento Laboral, remisión que, actualmente, debe entenderse efectuada a la vigente Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, la cual se ocupa de la materia en el art. 97.3 que establece, como regla general, que no procede la imposición de costas, aunque, excepcionalmente, contempla la imposición de una sanción pecuniaria al litigante que obró con mala fe o con notoria temeridad, y cuando el condenado fuera el empresario, deberá abonar también los honorarios de los abogados y graduados sociales de la parte contraria que hubieran intervenido, hasta el límite de seiscientos euros.

La especialidad de la regulación del incidente laboral en esta materia consiste en apartarse del criterio del vencimiento objetivo propio de la LEC y, por ende, del incidente concursal común (Disposición final quinta LC), exigiendo para la imposición de costas una resolución motivada que aprecie la mala fe o la temeridad del litigante.

⁸⁸⁸ CANO MARCO, F. *Manual práctico de Derecho Concursal*. La Ley, Wolters Kluwer España, S.A. Las Rozas (Madrid), 2014. Pg. 236.

4. Los recursos

La atribución al Juez del concurso del conocimiento de determinadas acciones y materias de índole social tiene como contrapartida la extensión de los medios de impugnación previstos en la legislación procesal laboral. El fundamento de esta previsión es hacer plenamente efectiva la aplicación de la legislación social a las cuestiones de esta naturaleza (Exposición de Motivos, apartado X), si bien ello determina un régimen singular de impugnación de las resoluciones del Juez del concurso en materia laboral, con manifestaciones de carácter orgánico y procesal⁸⁸⁹.

Conforme dispone el art. 197.8 LC, contra las sentencias que resuelvan los incidentes concursales en materia laboral cuya competencia corresponda al Juez del concurso, cabrá recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia y los demás recursos previstos en la normativa procesal laboral, que incluyen el de casación, sin que ninguno de ellos tenga efectos suspensivos sobre la tramitación del concurso ni de ninguna de sus piezas. No cabe, por tanto, recurso de apelación.

Las costas correspondientes a los recursos de suplicación y de casación para la unificación de doctrina se impondrán con arreglo al criterio del vencimiento objetivo (art. 235.1 LRJS).

A) *El recurso de suplicación*

El establecimiento del recurso de suplicación contra las sentencias dictadas en el incidente concursal laboral supone una más que discutible excepción al principio de unidad de jurisdicción que informa la LC, y ha obligado a reformar el art. 75.2 LOPJ (art. 2 LO 8/2003, de 8 de julio) y los artículos correspondientes de la LRJS (antes Ley de Procedimiento Laboral), para permitir que un recurso contra un Juzgado integrado en la Jurisdicción civil pueda ser resuelto por un Tribunal colegiado del orden jurisdiccional social⁸⁹⁰.

⁸⁸⁹ SENÉS MOTILLA, C. *Comentarios de la Ley Concursal. Tomo II*. ROJO, A. y BELTRÁN, E. Op. cit. Pg. 2.854.

⁸⁹⁰ SERRA DOMÍNGUEZ, M. *Comentarios a la Ley Concursal. Tomo 3*. (SAGRERA TIZÓN, J.M.; SALA REIXACS, A. y FERRER BARRIENDOS, A., Coordinadores). Op. cit. Pg. 1965.

Por lo que se refiere a la regulación propia del incidente concursal laboral, y conforme dispone la LC, cabe interponer recurso de suplicación en los siguientes casos:

- i) Contra la sentencia que resuelve el incidente concursal laboral que los trabajadores o el FOGASA pudieran haber interpuesto frente al auto del art. 64.7 LC en cuestiones que se refieran, estrictamente, a la relación jurídica individual (art. 64.8 LC).
- ii) Contra la sentencia que resuelve el incidente concursal laboral que pueda interponer el alto directivo frente a la decisión de la Administración concursal de extinguir o suspender su contrato (art. 65.1 LC).

Como es bien sabido, el recurso de suplicación es un recurso de carácter extraordinario, a diferencia de la apelación civil, el cual sólo podrá basarse en alguno de los específicos motivos previstos en el art. 193 LRJS⁸⁹¹. El recurso de suplicación puede tener por objeto:

- i) Reponer los autos al estado en el que se encontraban en el momento de cometerse una infracción de normas o garantías del procedimiento que haya producido indefensión.
- ii) Revisar los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas.
- iii) Examinar las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia.

B) *Tramitación del recurso de suplicación*

El recurso de suplicación deberá anunciarse dentro de los cinco días siguientes a la notificación de sentencia, bastando para ello la mera manifestación del propósito de entablarlo. El anuncio y posterior formalización del recurso, deberá verificarse ante el Juez del concurso, que será el órgano competente para valorar la concurrencia de los requisitos previstos en la LRJS, elevando después los autos, en caso afirmativo, a la Sala de lo Social del TSJ.

Cumplidos los requisitos exigidos en la Ley, el Letrado de la Administración de Justicia tendrá por anunciado el recurso y acordará poner los autos a disposición del Letrado o Graduado social designado

⁸⁹¹ VELA TORRES, F.J. "El recurso de suplicación contra resoluciones del Juez del concurso" en *El concurso laboral*. ORELLANA CANO, N. (dir). Op. cit. Pg. 190.

por el recurrente para que interponga el recurso, dentro de los diez días siguientes al en que se notifique la puesta a disposición (art. 195 LRJS).

De faltar alguno de los requisitos legalmente previstos (incluido el relativo a que la resolución impugnada no fuera recurrible) el Órgano judicial declarará, mediante auto, tener por no anunciado el recurso, quedando firme en su caso la sentencia impugnada. Auto contra el que cabe recurso de queja ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (art. 195 LRJS).

Al escrito de interposición se acompañarán tantas copias cuantas sean las partes recurridas.

Interpuesto en tiempo y forma el recurso, el Letrado de la Administración de Justicia dará traslado del mismo en el plazo de dos días, para su impugnación, a la parte o partes recurridas por un plazo común de cinco días.

Del escrito o escritos de impugnación se dará traslado a las partes. La contraparte podrá presentar sus alegaciones al respecto de las causas de inadmisibilidad del recurso y sobre el incumplimiento de los requisitos exigidos. Transcurrido el plazo de impugnación y alegaciones, se elevarán los autos a la Sala de lo Social del TSJ, junto con el recurso y escritos presentados, dentro de los dos días siguientes (art. 197 LRJS).

Caso de que no proceda la inadmisión del recurso, previo señalamiento para deliberación, votación y fallo, la Sala dictará sentencia dentro del plazo de diez días (arts. 200 y 201 LRJS)⁸⁹².

C) *El recurso de casación*

Las sentencias dictadas por la Sala resolviendo el recurso de suplicación serán susceptibles de impugnación ante la Sala cuarta del Tribunal Supremo a través del recurso de casación para la unificación de doctrina, siempre y cuando esa sentencia sea contradictoria con otra de la misma Sala, de otras Salas de Tribunales Superiores de Justicia o de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos⁸⁹³.

⁸⁹² CANO MARCO, F. *Manual práctico de Derecho Concursal*. Op. cit. Pgs. 242 y 243.

⁸⁹³ VELA TORRES, F.J. "El recurso de suplicación contra resoluciones del Juez del concurso" en *El concurso laboral*. ORELLANA CANO, N. (dir). Op. cit. Pg. 196.

CONCLUSIONES

I.- El Derecho de insolvencias se ha orientado, desde su nacimiento, a la determinación de formalidades procesales que habían de servir para encauzar la actuación de los acreedores orientada a la satisfacción de sus créditos frente a un deudor común.

La LC configura el concurso de acreedores como el nuevo cauce procesal previsto para el tratamiento de la insolvencia del deudor común. El Legislador ha encomendado la sustanciación del procedimiento a un nuevo órgano jurisdiccional especializado, el Juez de lo Mercantil, si bien, por efecto de una reciente reforma legislativa, atribuye al Juez ordinario de Primera Instancia la competencia para conocer del concurso de la persona natural no empresario. Uno y otro se tienen que apoyar, para el desarrollo material del procedimiento, en la Administración concursal, órgano auxiliar del Juez del concurso, integrado por profesionales de la esfera privada.

El Derecho de insolvencias se articula en el ordenamiento jurídico español a través del concurso de acreedores, un procedimiento diseñado sobre la base de unos principios bien definidos, que se han visto seriamente afectados por una serie aún no acabada de reformas, las cuales han difuminado los perfiles que le eran propios.

Este nuevo procedimiento ventila los intereses contrapuestos de una pluralidad de sujetos, lo que hace precisa la articulación de un cauce procesal específico, dentro del marco más amplio del concurso de acreedores, que ha de servir para sustanciar la amplia variedad de conflictos que pueden suscitarse durante la tramitación de aquél.

A tal fin el Legislador ha previsto otro procedimiento nuevo, diferenciado de los modelos ya diseñados en la Ley de Enjuiciamiento Civil, que ha de discurrir, fundamentalmente, durante el desarrollo del procedimiento concursal y ha de servir para el conocimiento y resolución de cuantas cuestiones puedan plantearse en su desenvolvimiento y no tengan señalada en la Ley otra tramitación: El incidente concursal.

II.- Las experiencias adquiridas por los órganos jurisdiccionales que han venido conociendo de los procesos concursales promovidos ante los mismos, así como la incidencia de la crisis económica y financiera, nacional e internacional, en la destrucción de empresas desde el año 2007, con un imparable efecto de multiplicación de los asuntos concursales en nuestros Juzgados y Tribunales, han desencadenado una

espiral de reformas normativas en el incidente concursal con resultado desigual ya que, aunque en algunos aspectos puede afirmarse que se ha mejorado el enunciado inicial (vgr. la previsión sobre la resolución de cuestiones procesales en supuestos de tramitación escrita del incidente concursal, sin vista), en otros se mantiene una defectuosa redacción, fuente de problemas interpretativos (determinación de la oportunidad u oportunidades de proposición de prueba, o de la misma celebración de vista), lo que sigue obligando a los Órganos jurisdiccionales a su constante depuración.

Las distintas reformas han incidido, fundamentalmente, en el ámbito de aplicación del incidente concursal, en distintos aspectos de su tramitación y en la competencia para su conocimiento, que se ha extendido del Juez de lo Mercantil al Juez de Primera Instancia, si bien que limitado en este último caso al concurso de la persona natural no empresario.

La precipitación y proliferación de reformas en los últimos años ha menoscabado la calidad de la norma convirtiéndola, en ocasiones, en instrumento efímero, con una vigencia significativamente limitada en el tiempo. Esta conclusión puede mantenerse con independencia de que la norma tenga su origen en un Real Decreto-ley o en una proposición de Ley, ya provenga del Gobierno o de las Cortes Generales.

III.- La Ley Concursal se refiere al concepto de incidente valiéndose de una metonimia por medio de la cual identifica, no la cuestión incidental en su acepción estrictamente procesal, sino el procedimiento por el que ha de sustanciarse aquélla, de tal forma que se opera una extensión del concepto procesal previsto en el art. 387 LEC para aludir a todas aquellas cuestiones (incidentales o no) suscitadas durante el concurso de acreedores. Lo relevante, a la hora de determinar la naturaleza jurídica del incidente concursal, es la idea de proporcionar un cauce que permita enjuiciar toda la variedad de cuestiones que pueden integrar su objeto. Aunque participa de la naturaleza propiamente incidental, al quedar comprendidas dentro de su ámbito controversias nítidamente integrables en dicha categoría, la amplitud de su objeto, la entidad de las cuestiones que se someten a su cauce y los propios caracteres de su tramitación permiten atribuirle, por encima de otros rasgos, la consideración de cauce procesal con sustantividad propia que se integra, como un proceso autónomo, dentro de otro proceso: el concurso de acreedores.

IV.- El incidente concursal es un verdadero proceso declarativo contradictorio, razón por la que su objeto debe estar constituido por una cuestión que represente un conflicto entre partes.

La LC comprende, dentro del ámbito de aplicación del incidente concursal, una nutrida y variada colección de acciones. Todas y cada una de ellas, con sustento en la más o menos acertada formulación desarrollada por el Legislador, encuentran acomodo en el trámite incidental previsto en la LC para dar respuesta a las cuestiones y conflictos que se suscitan entre las partes, sin que el diferente objeto que los integra, o las especialidades que dicho objeto proyecta sobre otros aspectos del proceso (legitimación, forma de inicio del proceso, determinación de partes, prueba o recursos posibles), constituyan obstáculos insalvables para su completa sustanciación.

Dentro del procedimiento concursal, la amplitud del objeto del incidente concursal, que comprende tanto cuestiones incidentales como prejudiciales, así como verdaderos juicios declarativos, permite el desarrollo de aquél al solventarse, por los cauces del incidente, la multitud de conflictos que es necesario zanjar para permitir el avance del concurso hacia su conclusión mediante alguna de las soluciones legalmente establecidas (convenio o liquidación).

Por efecto de las modificaciones legales, asistimos a una reducción del ámbito de aplicación del incidente concursal como consecuencia de la exclusión de la sustanciación, con arreglo a sus trámites, de los juicios acumulados que se hubieran iniciado antes de la declaración de concurso, los cuales, tras las reformas operadas en la LC, seguirán sustanciándose por sus propios trámites, incluida la materia relativa a los recursos. Se ha corregido, de esta forma, el criticado efecto de la acumulación con merma de garantías en función de cuál fuera el proceso seguido en origen.

Con origen, también, en los procesos de reforma legislativa desarrollados desde la entrada en vigor de la Ley, se ha producido una ampliación del objeto inicial del incidente concursal, al extenderlo a la sustanciación de acciones de impugnación de acuerdos (extrajudicial de pagos y refinanciación) que sólo pueden alcanzarse en situaciones en las que el procedimiento concursal no se ha iniciado, vislumbrándose los primeros indicios de un fenómeno de expansión de la aplicación del incidente concursal más allá de lo que, en el diseño originario, constituía su marco natural de aplicación.

El Legislador incurre en grave incongruencia, desde el punto de vista de la dogmática procesal más arraigada, al admitir la interposición

de un recurso de reposición contra la sentencia que pone fin al incidente concursal que pudiera interponerse contra las resoluciones sobre nombramiento, recusación y cese de los Administradores concursales.

La falta de rigor en la formulación de las proposiciones procesales con las que el Legislador regula el ámbito de aplicación del incidente concursal obliga a los Órganos jurisdiccionales a desarrollar delicadas labores de interpretación para superar los problemas derivados de aquella, durante la sustanciación de los distintos incidentes concursales que pueden plantearse a lo largo del desarrollo del proceso concursal. Pero puede concluirse que la opción legislativa ofrece, en principio, suficientes garantías para dar satisfacción a la multiplicidad de posibles objetos que pueden encauzarse a través de sus trámites.

El incidente concursal se muestra lo suficientemente flexible como para adaptarse a los fines de la solución de los variados conflictos que debe afrontar.

V.- El tratamiento normativo de las partes en el incidente concursal, concretado en la redacción del art. 193 LC, es superflua, ambigua y genera confusión.

Dicho precepto puede calificarse como contradictorio pues, por un lado, autoriza una intervención plenamente autónoma en el proceso, mientras que, por otro lado, limita esa intervención a la del coadyuvante, y complejo, en la medida en que difumina el concepto de contestación a la demanda y el de la alegación de reconvencción.

La crítica alcanza la consideración del precepto como inútil, ya que, aunque se suprimiera, no se modificaría la regulación del incidente concursal debido al empleo de la técnica de la remisión a la normativa general de la LEC, evidenciando defectos de técnica legislativa derivados del empeño en regular, expresamente, aspectos que ya vienen disciplinados en la Ley supletoria, sin añadir nada nuevo.

El precepto sirve, al menos, para establecer, en el ámbito del incidente concursal, la distinción entre las que pueden considerarse *partes principales e intervinientes*, partes necesarias y facultativas.

A falta de mayor precisión del Legislador, el concepto de parte legítima, activa y pasiva, se articula en el incidente concursal en torno a la idea de interés legítimo. Ello nos ha de llevar a distinguir entre titular de los derechos afectados y quienes resulten afectados por la resolución que ponga fin al incidente, a los fines de precisar las partes necesarias y

las partes facultativas, distinción que permitirá extraer las consecuencias derivadas de una y otra consideración, en materia de facultades procesales.

El silencio de la Ley, así como la imprecisión del precepto, en materia de régimen de acumulación de demandas con pluralidad de partes, obliga a acudir a lo dispuesto en la LEC, de aplicación supletoria (disposición final quinta LC).

La impericia del Legislador, puesta de manifiesto en la defectuosa técnica legislativa empleada para regular esta materia, impone confiar la recta aplicación de la norma a la práctica de los Tribunales, con el previsible resultado de la disparidad de criterios, que habrá de ser corregido por la jurisprudencia de la Sala Primera de nuestro Tribunal Supremo cuando este tipo de cuestiones procesales llegue, efectivamente, a su conocimiento.

VI.- La tramitación del incidente concursal constituye una de las materias sobre la que más han incidido las reformas de mayor calado operadas en la LC. En concreto, la regulación del planteamiento y resolución de cuestiones procesales, la proposición de prueba, la resolución sobre su admisión, la determinación del carácter imperativo o facultativo de la vista, las normas reguladoras del específico trámite de la vista, incluyendo las cuestiones relativas a la nueva proposición de prueba y la decisión judicial al respecto, el trámite de conclusiones y la cuestión relativa a los recursos frente a las resoluciones sobre las distintas cuestiones planteadas.

De nuevo la defectuosa técnica legislativa aplicada a esta sucesión de reformas ha propiciado una desnaturalización del propio trámite incidental tal y como fue concebido en origen, con una fase de alegaciones escrita y una fase oral orientada a la práctica de la prueba propuesta y admitida. Actualmente la vista ha perdido su inicial carácter imperativo, sujetándose a la observancia de una serie de requisitos cumulativos.

No puede decirse que la, hasta ahora, última redacción del art. 194.4 LC haya depurado todos los defectos propios de las redacciones anteriores, ni tampoco los que ha puesto de manifiesto la práctica del foro, pero el juicio crítico revela alguna conclusión positiva. Se da mejor cobertura a los derechos procesales de las partes en conflicto al compartimentar los distintos trámites (resolución de cuestiones procesales, proposición y admisión de los medios de prueba, y recursos

procedentes), con refuerzo de las garantías de las partes y dotando de mayor coherencia al sistema.

La última reforma de la regulación del juicio verbal en la LEC refuerza las mejoras incorporadas a la tramitación del incidente concursal. Se aclara el régimen de recursos en materia de admisión e inadmisión de la prueba, no sólo en el trámite de alegaciones, sino en el propio trámite de la vista, cuando ésta procede. Del mismo modo, se acaba con la polémica abierta en torno al trámite de conclusiones orales en la vista del incidente concursal, al quedar incorporado de forma expresa en el texto de la Ley, aunque sea con carácter facultativo, sujeto a la decisión del Juzgador.

Se perfila el trámite incidental como una herramienta más útil y segura, con perfiles propios, capaz de garantizar los derechos de las partes y con vocación expansiva, ya que hemos asistido al fenómeno inverso al previsto por el originario legislador concursal cuando remitía al trámite del juicio verbal para la sustanciación de la vista del incidente. En la actualidad, el juicio verbal ha pasado a incorporar la estructura y los trámites del incidente concursal, con una fase de alegaciones decididamente escrita y con un trámite de vista que ha perdido el carácter imperativo, lo que constituía su más característico rasgo diferencial. Sin perjuicio de que, formalmente, se mantenga en la LC la remisión a la regulación de la vista del juicio verbal de la LEC.

VII.- La resolución definitiva que pone fin al incidente concursal reviste forma de sentencia.

La regulación de dicha sentencia no presenta especialidades con respecto a las reglas generales establecidas en la LEC para las recaídas en los procesos declarativos, por lo que debe cumplir los requisitos de exhaustividad, congruencia y motivación, y, una vez alcance firmeza, produce todos los efectos propios de la cosa juzgada. Si bien, en aquellos incidentes concursales para cuya resolución el Juez del concurso únicamente posea competencia prejudicial, la sentencia carecerá de eficacia material de cosa juzgada.

Como excepción a la falta de especialidad en su regulación, se constata que la LC contiene normas especiales, propias y exclusivas de la sentencia recaída en el incidente concursal común, en materia de costas, no tanto en cuanto a su imposición, como en cuanto a su abono y exacción, lo cual tiene importancia por tratarse de un proceso incardinado en otro de carácter universal orientado, fundamentalmente, a la satisfacción de los acreedores.

VIII.- La LC regula la materia relativa a los recursos contra las resoluciones dictadas en los incidentes concursales utilizando, mayoritariamente la técnica de la remisión a los preceptos de la LEC, al tiempo que diseña un sistema de recursos propio, distinto del previsto en la LEC, del que puede predicarse una innegable nota de especialidad, que se refiere, fundamentalmente, a la regulación de la apelación diferida contra sentencias dictadas en incidentes tramitados durante la fase común y la de convenio, al régimen de efectos del recurso de apelación y la expresa determinación de las materias en las que resultan admisibles los recursos extraordinarios de casación y por infracción procesal.

La regulación contenida en la LC es, sin embargo, escueta y su interpretación ha dado lugar a numerosas controversias, lo que ha motivado su sometimiento a cuatro modificaciones legislativas de calado hasta alcanzar la fórmula actual, que no ha quedado exenta de duras críticas por una parte de la doctrina, residenciadas, en su mayoría, en la configuración del recurso de apelación diferida, aunque desde otros sectores doctrinales se mantiene el acierto de la fórmula escogida. El carácter preferente que la norma atribuye a su tramitación, y el particular régimen de suspensión de las actuaciones afectadas por el referido recurso, corrige algunos de los defectos que se le imputan.

IX.- Como una excepción al principio de unidad de sistema, característico del concurso de acreedores, el Legislador ha configurado la única variante del incidente concursal por razón de la materia laboral que constituye su objeto.

Se trata de una modalidad procedimental especial, dotada de regulación propia, que toma elementos del juicio verbal civil (tal y como estaba concebido hasta la reforma operada por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil) y del procedimiento laboral ordinario, se rige por un principio de concentración de actuaciones en el acto del juicio, característico del proceso laboral, pero deja a salvo las reglas generales del incidente concursal común, es decir, la privación del efecto suspensivo inherente a su tramitación, la extensión legal de la condición de demandado, la intervención procesal de las partes personadas en el procedimiento concursal y el efecto de cosa juzgada material de la sentencia firme, con las especialidades propias de la jurisdicción social en materia de representación y defensa técnicas, pero para el que la norma supletoria es la LEC.

La especialidad alcanza al sistema de recursos que, por ser el propio de jurisdicción social, introduce una singular excepción al principio

de unidad jurisdiccional al exigir que el recurso contra una resolución dictada por un órgano de la jurisdicción civil sea conocido por un Tribunal colegiado del orden jurisdiccional social.

X.- A la vista de cuanto antecede, cabe concluir que el incidente concursal, como instrumento de nueva creación, es, ante todo, un verdadero proceso, dotado de sustantividad propia, aunque enmarcado dentro de un cauce procesal más amplio, el concurso de acreedores. En el desarrollo de este último, el incidente concursal es el proceso de referencia, en la medida en que es el escogido para la tramitación y resolución de cuantas cuestiones contradictorias se susciten.

No ha precisado ser sustituido por alguno de los dos procesos declarativos diseñados en la Ley de Enjuiciamiento Civil para cumplir, satisfactoriamente, los fines que le fueron encomendados. Bien es cierto que ello ha sido posible gracias al empleo de la técnica de remisión a aquella legislación procesal general, que ha venido a suplir acusadas carencias de la legislación procesal en su regulación.

Desde la perspectiva combinada de la última reforma del juicio verbal operada en la LEC, la creación y puesta en marcha del incidente concursal, presenta una clara vocación de permanencia y, sobre todo, de vinculación, al destino de la regulación procesal de las situaciones de insolvencia.

Indudablemente, el presente trabajo ha puesto de manifiesto importantes deficiencias, especialmente de técnica legislativa. Ello ha causado no pocos problemas interpretativos y de aplicación que el desafortado proceso de reformas, puesto en marcha desde la entrada en vigor de la Ley Concursal, pero acentuado hasta el paroxismo en los últimos cinco años, no ha terminado de solucionar.

Sin embargo, la práctica forense ha demostrado que el incidente concursal puede estar a la altura de las expectativas que se le generaron. En gran parte por su configuración mixta, puesto que la fase de alegaciones escrita, con sujeción al modelo del juicio ordinario de la LEC, aunque con reducción de plazos, complementada con la celebración, cuando proceda, de la subsiguiente fase de vista, eminentemente oral, le ha proporcionado la categoría necesaria para ventilar cuestiones de gran complejidad. La preocupación por la celeridad y la simplificación, o eliminación, de trámites, sin merma de garantías, le ha dotado de la agilidad necesaria para sustanciar otras de menor calado.

Todo ello me permite concluir que el incidente concursal se ha revelado como un proceso NECESARIO, NO está claro que IDÓNEO, que viene siendo SOLUCIÓN para la sustanciación de los conflictos, de todo tipo, planteados en el seno del concurso de acreedores y que no tienen señalada otra tramitación en la Ley, en cuyo texto, en el sentido de redacción normativa, sin lugar a dudas, se encuentra el PROBLEMA.

©Eduardo Gómez Soler

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, Jaume. "El incidente concursal" en *Revista Jurídica de Cataluña. Ley Concursal*, Número 4, monográfico. Año CIII. Editan Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona y Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña. Barcelona, 2004.
- ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, Jaume; SALA, A.; MERCADAL, F. (Coordinadores). *Nueva Ley Concursal. Ley 22/2003, de 9 de julio. Comentarios, jurisprudencia aplicable y formularios*. (AAVV). Editorial Bosch, S.A. Barcelona, 2004.
- APARICIO GONZÁLEZ, María Luisa. "De la quiebra al concurso" en Revista ICADE, número 61 "El nuevo Derecho concursal", enero-abril 2004, pgs 13 y ss.
- ARGENTE ÁLVAREZ, Javier; CASTILLA MARTÍNEZ, José María; FERRÉ FALCÓN, Juan; MELLADO BENAVENTE, Francisco; RUIZ DE ALEGRÍA CARRERO, Iván; VIÑALS GABAÑACH, Gloria. *Comentarios a la reforma de la Ley Concursal*. Edita Edición Fiscal CISS, grupo Wolters Kluwer España, S.A. Madrid, 2010.
- ARROYO GONZÁLEZ, Marta (Coordinadora); AMO BARAYAR, Francisco y ENCINAR TELLES, José Luis. *Cuestiones prácticas de la nueva Ley Concursal*. (AAVV). Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.). Madrid, 2004.
- ASECIO MELLADO, José María. "La nueva Ley Concursal desde la óptica procesal" (Editorial). *Práctica de Tribunales*. Número 5. Mayo (2004).
 - "Deficiencias procesales de la Ley Concursal" (Editorial). *Práctica de Tribunales*. Número 6. Junio (2004).
- ASENSI MERÁS, Altea. "La recusación de los administradores concursales". Comunicación presentada en el VII CONGRESO ESPAÑOL DE DERECHO DE LA INSOLVENCIA (CEDIN VII). Organizado por Aranzadi, S.A. y celebrado en Alicante del 21 al 23 de mayo de 2015.
- AVILÉS CUCURELLA, Gabriel y POU DE AVILÉS, José María. *Derecho Mercantil*. Segunda Edición. Editor José María Bosch. Barcelona, 1953.
- AZNAR GINER, Eduardo. "La acción rescisoria concursal". *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, nº 23, 2007.
 - *Refinanciaciones de deuda, acuerdos extrajudiciales de pago y concurso de acreedores*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2013.
- BANACLOCHE PALAO, Julio. *Los Juzgados de lo Mercantil: Régimen Jurídico y problemas procesales que plantea su actual regulación*. Editorial Aranzadi, S.A. Cizur Menor (Navarra), 2005.
- BELTRÁN, Emilio, "La reforma –inarmónica- de la Ley Concursal". *Actualidad Jurídica Aranzadi*, XVIII, nº 775, 14 de mayo de 2009. Editorial Aranzadi, S.A.

- BELTRÁN, Emilio y GARCÍA-CRUCES, José Antonio (Dir.). *Enciclopedia de Derecho concursal*. Editorial Aranzadi, S.A. Cizur Menor (Navarra), 2012.
- BELTRÁN, Emilio y SANJUÁN MUÑOZ, Enrique. (Dir.) *La reintegración de la masa. Congreso de Antequera. IV Congreso español de Derecho de la insolvencia. VII Congreso de Derecho Mercantil y concursal de Andalucía 19-21 abril 2012*. AAVV. Editorial Aranzadi, S.A. Cizur Menor (Navarra), 2012.
- BELLIDO, R; ROJO, Ángel; BELTRÁN, Emilio . *Comentario de la Ley Concursal*. Tomo I. (AAVV) Civitas Ediciones, S.L. Madrid, 2004.
- BERCOWITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Director). *Comentarios a la Ley Concursal*. Volúmenes I y II. (AAVV). Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.). Madrid, 2004.
- BLANCO SARALEGUI, José María. “Una visión panorámica de la reforma concursal proyectada”. *Boletín de Mercantil El Derecho*, nº 31, diciembre de 2010. Editorial El Derecho Editores.
- BONET NAVARRO, Ángel. “La reforma del incidente concursal”. *Anuario de Derecho Concursal*. Número 19. Editorial Aranzadi, S.A. Cizur Menor (Navarra), 2010.
- BONFANTE, Pietro. *Instituciones de Derecho romano*. VIII Edición. Editorial Reus, S.A. Madrid, 1929.
- CACHÓN CADENAS, Manuel; PICÓ I JUNOY, Joan; RIBA TREPAT, Cristina; RUIZ DE LA FUENTE, María Consuelo (Coords.). *Problemas procesales del concurso de acreedores*. Editorial Atelier. Barcelona, 2013.
- CANO MARCO, Francisco. *Manual práctico de Derecho Concursal*. La Ley, Wolters Kluwer España, S.A. Las Rozas (Madrid), 2014.
- CAMPUZANO, Ana Belén y SANJUÁN y MUÑOZ, Enrique (dirs.). *El Derecho de la insolvencia*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2015.
- CARRASCO PERERA, A. y DÍAZ MORENO, A. “Acerca del nuevo régimen legal de la rescisión concursal de los acuerdos de refinanciación”. & Análisis (Gómez-Acebo & Pombo. Abogados). Abril 2009.
- CASANELLAS BASOLS, Raimon. “Costes y eficiencia económica en el concurso de acreedores”. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*. Parte Comunicaciones. Número 8. Editorial La Ley, WOLTERS KLUWER ESPAÑA, S.A. Madrid, 2008.
- “La eficiencia económica del procedimiento y su duración”. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*. Parte Comunicaciones. Número 15. Editorial La Ley, Wolters Kluwer España, S.A. Madrid, 2011.
- CASERO LINARES, Luis (Coordinador); PALOMAR OLMEDA, Alberto. *Comentarios a la Legislación Concursal*. (AAVV). Editorial Dykinson, S.L. Madrid, 2003.
- COBOS GAVALA, Rosa. “Normas procesales generales en la nueva Ley Concursal”. *Justicia*. *Revista de Derecho Procesal*. Número 1-2. Editor J. M. Bosch. Barcelona, 2004.

- CONCLUSIONES del Congreso español de Derecho de la Insolvencia. Declaración de Gijón (18 de abril de 2009), publicadas en Actualidad Jurídica Aranzadi, XVIII, nº 775, 14 de mayo de 2009. Editorial Aranzadi, S.A.
- CONCLUSIONES VII Congreso de Derecho Mercantil. Mesa de trabajo sobre el RDL 3/2009. Bilbao, octubre de 2010.
- CONS GARCÍA, Francisco Javier. "El juez y el procedimiento de concurso". Revista Estudios de Derecho Judicial. Número 59 – 2004, "La nueva Ley Concursal". Editorial Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 20005. Pgs. 73-108.
 - "Novedades procesales en la reforma concursal", en Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia. Tomo III. Efectos del concurso sobre acreedores y contratos. La tramitación del concurso: aspectos procesales. (AAVV.). Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid, 2004.
- CORDÓN MORENO, Faustino. "Los aspectos procesales del concurso", en *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la Reforma Concursal*. (AAVV. Dirección GARCÍA VILLAVERDE, Rafael; ALONSO UREBA, Alberto; y PULGAR EZQUERRA, Juana). Editorial DILEX, S.L. Madrid, 2003.
 - *Proceso Concursal*. Editorial Aranzadi, S.A. Navarra, 2003.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, GIMENO SENDRA, Vicente y MORENO CATENA, Víctor. *Derecho Procesal Civil. Parte general*. Quinta Edición. Editorial Colex. Constitución y Leyes, S.A. Madrid, 2003.
- COUSO PASCUAL, José Ramón. "La reforma concursal y los acreedores financieros". El Notario, Revista del Colegio Notarial de Madrid. Número 40. Edita Colegio Notarial de Madrid. Noviembre-diciembre de 2011.
- DAZA, Jesús. *Iniciación histórica al Derecho romano*. Alicante, 1988.
- DE CASTRO ARAGONÉS, Juan Manuel y RAMOS IBÓS, Teresa. *Aspectos procesales del concurso*. Editorial Bosch, S.A. Biblioteca básica de práctica procesal. Serie Mercantil. Número 400. Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2012.
- DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel. "Las acciones de reintegración en la nueva Ley Concursal 22/2003". *Práctica de Tribunales. Estudios*. Número 7, Julio/Agosto 2004.
 - *El Proceso Concursal*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Madrid. Primera edición, 2006. Quinta edición, 2012. Sexta edición, 2014.
 - *El incidente concursal*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2012.
- DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel e IGLESIAS ESCUDERO, Santiago. "Las acciones de reintegración y la constitución de garantías hipotecarias a favor de entidades de crédito: Una excepción al régimen general". *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Parte Varia*. Número 16. Editorial La Ley, Wolters Kluwer España, S.A. Madrid, 2012.

- DÍAZ RUIZ, Emilio y RUIZ BACHS, Salvador. "Efectos indeseables de la nueva Ley Concursal sobre el sistema financiero". Diario La Ley n1 5825, Año XXIV. Editorial La Ley-Actualidad, 2003.
- ETXARANDIO HERRERA, Edorta J. *Manual de Derecho Concursal*. Segunda Edición. Editorial La Ley. Madrid. Mayo de 2009.
- FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. "Recuerdo de «sumariedad» y «plenariedad» en la Ley Concursal de 2003". Revista de Derecho Procesal. Edita R.I.D.P., S.L., 2006.
- FERNÁNDEZ BALLESTEROS (Coordinador); GARNICA MARTÍN, Juan F; Miguel Ángel. *Derecho Concursal Práctico. Comentarios a la Nueva Ley Concursal*. (AAVV). Editorial IRGIUM. Madrid, 2004.
- FERNÁNDEZ SEIJO, José María. *Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos*. Editorial Bosch, S.A. Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2013. Pg. 372.
- FERRER VICENTE, José María. *El nuevo Derecho Concursal. Un progreso y avance en el derecho español. Aspectos prácticos, análisis y desarrollo*. Ediciones Revista General de Derecho. Valencia, 2005.
- FRIGOLA, Antoni. "La reforma concursal ya produce conflictos". *El Derecho*, 26/05/2009. Entrevistas.
- FUENTES DEVESA, Rafael. "Cuestiones procesales de la resolución de los contratos en el concurso". *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Parte Varia*. Número 10. Editorial La Ley, Wolters Kluwer España, S.A. Madrid, 2009.
- FUENTESECA, Pablo. *Derecho privado romano*. Madrid, 1978.
- GALGO PECO, Ángel. "Implicaciones en el ámbito concursal del reparto de competencias procesales establecido en el nuevo modelo de oficina judicial". *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Parte Noticias comentadas*. Número 13. Editorial La Ley, Wolters Kluwer España, S.A. Madrid, 2010.
- GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza (coord.). *Ley Concursal. Comentarios, jurisprudencia y formularios*. Tomo II. (AAVV). Editorial La Ley-Actualidad, S.A. Las Rozas, 2002.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio. "La reintegración de la masa activa en la Ley Concursal (y II)". *Actualidad Jurídica Aranzadi*. Editorial Aranzadi, S.A. Año XIII, nº 591, de 18/09/2003.
 - *La Reintegración en el Concurso de Acreedores*. Editorial Aranzadi, S.A. Cizur Menor (Navarra), 2009.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio y LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier. *La Reforma de la Ley Concursal. Una primera lectura del Real Decreto-ley 3/2009*. Editorial Aranzadi, S.A. Cizur Menor (Navarra), 2009.
- GARCÍA GARCÍA, Enrique. "La oposición a la declaración de concurso". *Boletín de Mercantil El Derecho*, nº 8, noviembre de 2008. Editorial El Derecho Editores.

- GARCÍA-TUÑÓN, Ángel Marina. “La rendición de cuentas de la administración concursal: contenido y alcance”. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Parte Estudios*. Número 20. Editorial La Ley, Wolters Kluwer España, S.A. Madrid, 2014.
- GARCÍA VICENTE, José Ramón. “La anulación de los actos del concursado que infringe las limitaciones patrimoniales que pesan sobre él: en particular, el artículo 40.7 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal”, en *Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez (AAVV)*. Editorial La Ley, Madrid, 2006.
- GARCÍA VILLAVERDE, Rafael; ALONSO UREBA, Alberto; PULGAR EZQUERRA, Juana. *Derecho Concursal. Estudio Sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la Reforma Concursal*. Editorial Dilex, S.L. Madrid, 2003.
- GARNICA MARTÍN, Juan Francisco. “La Nueva Ley Concursal”. *Cuadernos de Derecho Judicial*. Número 59. Edita Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2004.
 - “Los recursos en la nueva Ley Concursal”. *Revista Práctica de Tribunales*, año I. Número 7, julio/agosto de 2004. Número monográfico sobre la Ley Concursal (y III).
 - “La «vis atractiva» del Juez del concurso tras la reforma introducida por la Ley 38/2011”. *Anuario de Derecho Concursal*, número 26. Editorial Aranzadi, S.A. Cizur Menor (Navarra), 2012. Pg. 217.
- GIMENO SENDRA, José Vicente. *Fundamentos del Derecho Procesal (Jurisdicción, acción y proceso)*. Primera edición. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1981.
 - *Derecho procesal civil I. El proceso de declaración. Parte general*. 4ª Edición. Constitución y Leyes, S.A. Madrid, 2012.
 - *Derecho procesal civil II. Los procesos especiales*. 4ª Edición. Constitución y Leyes, S.A. Madrid, 2012.
- GIMENO SENDRA, Vicente (dir.); DÍAZ MARTÍNEZ, M. (coord.). *Diccionario de Derecho procesal civil*. Editorial Iustel. Primera Edición. Madrid, 2007.
- GISBERT POMATA, Marta. “Las novedades procesales del concurso. Los Juzgados de lo Mercantil”. *Revista ICADE. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*. Número 61, 2004.
- GISBERT POMATA, Marta. “Las novedades procesales del concurso. Los Juzgados de lo Mercantil”, en *La Reforma de la legislación concursal. Estudio sistemático de las Leyes 22/2003 y 8/2003, de 9 de julio*. (De Martín Muñoz, Alberto J. coord.). Editorial Dykinson, S.L. Madrid, 2004.
- GÓMEZ GIL, Miguel Ángel. *Ley Concursal. Comentarios Jurisprudencia Concordancias Doctrina*. Editorial Colex, Constitución y Leyes, S.A. Madrid, 2003.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús María. “Concurso y Derecho transitorio: “Normas procesales aplicables a los procesos concursales pendientes a la entrada en vigor de la Ley Concursal”. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*. Número 2. Editorial La Ley, Wolters Kluwer España, S.A. Madrid, 2005.

- “A propósito de la noción de «apelación más próxima» en el art. 197.3 de la Ley Concursal: problemas interpretativos.” Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Número 8. Editorial La Ley, Wolters Kluwer España, S.A. Madrid, 2008.

- GONZÁLEZ LÓPEZ, E. “El incidente concursal tras la reforma por RDL 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica”. Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Parte Cuestiones Prácticas. Número 11. Editorial La Ley, Wolters Kluwer España, S.A. Madrid, 2009.

- GONZÁLEZ NAVARRO, Blas Alberto, Coord., *Proceso concursal: crisis de las empresas promotoras y constructoras*. Editorial Lex Nova, S.A. Valladolid, 2009.
 - “Los acreedores en la sección de calificación”. Boletín de Mercantil. Editorial El Derecho. Año II, número 19, noviembre de 2009.

- GUASP, Jaime y ARAGONESES, P. *Derecho procesal civil. Tomo II. Parte especial. Procesos declarativos y de ejecución. Requisitos*. Sexta edición. Editorial Aranzadi, S.A. Cizur Menor (Navarra), 2005.

- GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina. “La rescisión de los pagos realizados antes de la declaración de concurso”. Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Parte Comunicaciones. Número 8. Editorial La Ley, Wolters Kluwer España, S.A. Madrid, 2008.

- HERRERA CUEVAS, Edorta J. *Manual de la Reforma Concursal. Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal y Ley Orgánica 8/2003, de 9 de Julio, para la reforma concursal. Comentarios, Textos legales y esquemas*. Editorial Europea de Derecho, S.A. Madrid, 2003.

- HERRERO DE EGAÑA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Juan Manuel. “La Administración Tributaria y la reforma concursal”. Actualidad jurídica Aranzadi. Análisis. Número 833. Editorial Aranzadi, S.A. Cizur Menor (Navarra), 22 de diciembre de 2011.

- HURTADO IGLESIAS, Santiago. “La reforma concursal. Anteproyecto de 17 de diciembre de 2010”. Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Parte El Anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley Concursal de 17 de diciembre de 2010. Número 14. Editorial La Ley, Wolters Kluwer España, S.A. Madrid, 2011.

- HURTADO YELO, Juan José. “Problemas de legitimación en el incidente concursal”. www.elderecho.com. Parte civil, de fecha 16/09/2014. El Derecho Editores.

- KUNKEL, Wolfgang; JÖRS, Paul. *Derecho privado romano*. Editorial Labor, S.A. Barcelona, 1937.

- “Las Acciones de Reintegración; Aspectos Procesales”. Boletín de Mercantil El Derecho, nº 5. Editorial El Derecho Editores, julio de 2008.

- LATORRE ATANCE, Alejandro. “Dos años de Ley Concursal: Dificultades prácticas en su aplicación por los administradores concursales. Especial referencia a los macroconcursos”. Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Parte Noticias Varias. Número 6. Editorial La Ley, Wolters Kluwer España, S.A. Madrid, 2007.

- LÓPEZ APARCERO, Antonio. “La apelación diferida de resoluciones concursales”. Anuario de Derecho Concursal, nº 12/2007-3. Editorial Aranzadi, S.A. Cizur Menor (Navarra).
- LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier. “El régimen de apelación diferida hasta «la apelación más próxima» y la conveniencia de su sustitución por una suspensión de la tramitación de la apelación”. Anuario de Derecho Concursal. Número 21/2010-3. Editorial Aranzadi, S.A. Cizur Menor (Navarra).
- MACHADO PLAZAS, José. “Algunas consideraciones sobre aspectos procesales de la calificación del concurso. (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2010 sobre calificación del concurso. Recurso 76/2009, resolución 227/2010)”. Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Parte Comentarios y reseñas de jurisprudencia. Número 13. Editorial La Ley, Wolters Kluwer España, S.A. Madrid, 2010.
- MACÍAS CASTILLO, Agustín. “El acuerdo de la Sala Primera del TS sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal: un análisis de urgencia”. Diario La Ley. Sección Tribuna. Número 7.804, de 23/02/2012. Año XXXIII. Editorial LA LEY. Y también en Actualidad Civil. Sección Práctica Profesional. Número 7. Quincena del 1 al 15 de abril de 2012. Editorial LA LEY.
- MACÍAS CASTILLO, Agustín y JUEGA CUESTA, Ramón. (Coord.) *Ley Concursal Comentada*. Lefebvre-EI Derecho. Madrid, 2014.
- MACKENZIE. *Estudios de Derecho romano comparado en algunos puntos con el francés, el inglés y el escocés*. Francisco Góngora, Editor. Madrid, 1876.
- MAGRO SERVET, Vicente (Coordinador). *Guía práctica de aplicación de la Ley Concursal. 1338 preguntas y respuestas que resuelven los problemas que plantea la nueva Ley*. (AAVV). Editorial La Ley-Actualidad. Madrid, 2004.
- MAGRO SERVET, Vicente. “El incidente concursal en materia civil en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal”. Revista SEPIN LEC-45. Editorial SEPIN, S.A. Octubre de 2004.
- MALDONADO RAMOS, Jaime. “Panorama de la Ley Concursal”. Revista de Derecho Procesal. Número 1-3, 2003.
- MANZANEQUE LIZANO, Montserrat; BANEGAS OCHOVO, Regino; ROJAS TERCERO, José Antonio. “Análisis descriptivo de la Ley Concursal 22/2003 en los primeros meses de implantación (septiembre 2004-abril 2005)”. Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Número 3. Editorial La Ley, Wolters Kluwer España, S.A. Madrid, 2005.
- MARINA COLL, Rocío y CADENAS DE GEA, Catalina. *El incidente concursal*. Editorial Ley 57. Málaga, 2012.
- MARTÍNEZ ALCUBILLA, Marcelo. *Códigos Antiguos de España*. Madrid (Editorial Administración), 1885.
- MARTÍNEZ GALINDO, Gema; MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Ignacio. “Bosquejo de las nuevas leyes concursales”. Diario La Ley. Sección doctrina. Número 6072. Editorial La Ley, Wolters Kluwer España, S.A. Madrid, 29 julio 2004.

- MARTÍNEZ MUÑOZ, M. “La administración concursal en el ejercicio de la acción de reintegración”, comunicación presentada en el VII CONGRESO ESPAÑOL DE DERECHO DE LA INSOLVENCIA (CEDIN VII), celebrado en Alicante del 21 al 23 de mayo de 2015.
- MARTÍNEZ SANZ, Fernando (dir.) y PUETZ, Achim (coord.) *Tratado práctico del Derecho concursal y su reforma.* (AAVV) Editorial Tecnos. Madrid, 2012.
- MASCARELL NAVARRO, María José. “El incidente concursal”. *Práctica de Tribunales.* Año I, número 6, monográfico sobre “La Ley Concursal” (II). Editorial La Ley, junio 2004.
- MENÉNDEZ, Aurelio y ROJO, Ángel. *Lecciones de Derecho Mercantil,* volumen II. Décima edición. Editorial Aranzadi, S.A. Cizur Menor (Navarra), 2012.
- MORÁN BOVIO, David (coord.), *Guía Legislativa de UNCITRAL sobre el régimen de la insolvencia.* Editorial La Ley. Madrid, 2007.
- MUERZA ESPARZA, Julio J., “Cuestiones procesales del Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo”. *Actualidad Jurídica Aranzadi,* año XVIII, nº 778 de 25/06/2009. Editorial Aranzadi, S.A.
- MUÑOZ DE BENAVIDES, Carmen. “Cinco meses tras la reforma concursal”. *Diario La Ley. Sección Tribuna.* Año XXX. Número 7245. La Ley, 21 de septiembre de 2009.
- OLAIZOLA, Fernando. “Los acuerdos de refinanciación tras la Ley 38/2011, de reforma de la Ley Concursal”. *El Notario, Revista del Colegio Notarial de Madrid.* Número 40. Edita Colegio Notarial de Madrid. Noviembre-diciembre de 2011.
- OLIVENCIA RUIZ, Manuel. “Los principios de la reforma concursal”. *Revista Jurídica de Catalunya.* Número 4, monográfico. Año 2004.
 - “Reforma concursal española y doctrina jurídica”. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal.* Número 1. Editorial La Ley, Wolters Kluwer España, S.A. Madrid, 2005.
 - “Reflexiones sobre la realización de la reforma concursal. Conferencia de apertura del I Congreso de Derecho Concursal”. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal.* Número 8. Editorial La Ley, Wolters Kluwer España, S.A. Madrid, 2008.
 - “El Real Decreto-ley 3/2009; las nuevas normas y su aplicación”. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Parte Estudios.* Número 13. Editorial La Ley, Wolters Kluwer España, S.A. Madrid, 2010.
 - “La reforma de la Ley Concursal” (Texto de la conferencia inaugural del curso 2011-2012, pronunciada el 28 de octubre de 2011 en la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, al que se han añadido algunas notas de puesta al día). *Revista de Derecho Mercantil.* Número 285. Julio-Septiembre de 2012.
 - “Las reformas de la Ley Concursal”. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Parte La reforma de la Ley Concursal por la Ley 38/2011.* Número 16. Editorial La Ley, Wolters Kluwer España, S.A. Madrid, 2012.

- ORELLANA CANO, Nuria A. "Aspectos procesales de la reforma concursal en el marco del Real Decreto-ley 3/2009". Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Parte La reforma de la Ley Concursal por el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo. Número 11. Editorial La Ley, Wolters Kluwer España, S.A. Madrid, 2009.

- *El concurso laboral*. La Ley, Wolters Kluwer España, S.A. Las Rozas (Madrid), 2012.

- PALOMAR OLMEDA, Alberto (Coordinador). *Comentarios a la Legislación Concursal*. (AAVV). Editorial Dykinson, S.L. Madrid, 2003.

- PAVÓN NEIRA, Carlos. *El incidente concursal*. Editorial Bosch, Wolters Kluwer, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2014.

- PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín Jesús (dir.); ROCA MARTÍNEZ, José. *Estudios de Derecho Concursal*. (AAVV). Tórculo Ediciones, S.L. Santiago de Compostela, 2005.

- PÉREZ DEL BLANCO, Gilberto. "El concurso ante la crisis: Deshaciendo negocios ruinosos". Abogados, Revista del Consejo General de la Abogacía Española. Número 54. Edita Consejo General de la Abogacía Española. Febrero 2009.

- PRENDES CARRIL, Pedro. "La «apelación más próxima» en el sistema de recursos de la Ley Concursal". Anuario de Derecho Concursal, nº 9/2006. Editorial Aranzadi, S.A. Cizur Menor (Navarra).

- "A propósito de la reforma concursal". Actualidad Jurídica Aranzadi. Parte Comentario de Legislación. Número 808. Editorial Aranzadi, S.A. Cizur Menor (Navarra), 11 de noviembre de 2010.

- PRENDES CARRIL, Pedro (dir.); ALVARGONZÁLEZ TREMOLS, Alejandro; GÓMEZ MARTÍN, Fernando. *Guía Práctica Concursal*. Editorial Aranzadi, S.A. Segunda Edición. Cizur Menor (Navarra), 2008.

- PRENDES CARRIL, Pedro y MUÑOZ PAREDES, Alfonso (dirs.). *Tratado judicial de la insolvencia*. Tomo II. (AAVV). Editorial Aranzadi, S.A. Cizur Menor (Navarra), 2012.

- PULGAR EZQUERRA, Juana. "Algunas consideraciones en torno a la entrada en vigor de la nueva legislación concursal (Ley 22/2003 y LORC 8/2003, de 9 de julio)". Diario La Ley. Sección doctrina. Número 6094. Editorial La Ley, Wolters Kluwer España, S.A. Madrid, 27 septiembre 2004.

- *El concurso de acreedores* (AAVV). Editorial La Ley. Madrid, 2012.

- QUINTANA CARLO, Ignacio; BONET NAVARRO, Ángel y GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio (Dirs.) *Las Claves de la Ley Concursal*. (AAVV) Editorial Aranzadi, S.A. Cizur Menor (Navarra), 2005.

- RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, Edmundo, "En defensa del trámite de conclusiones en el juicio verbal". www.westlaw.es, RJ número 12/2007.

- "Prohibición de reconvención implícita y actuaciones judiciales". www.westlaw.es, RJ número 32/2007.

- ROJO, Ángel; BELTRÁN, Emilio. *Comentarios de la Ley Concursal. Tomo II*. Civitas Ediciones, S.L. Madrid, 2004.

- *La Reforma de la Legislación Concursal. Jornadas sobre la Reforma de la Legislación Concursal. Madrid, 6 a 10 de mayo de 2002*. Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid, 2003.

- "Ley Concursal" (AAVV). *Revista del Poder Judicial*, nº XVIII, Especial de 2004. Madrid.

- ROMERO SANZ DE MADRID, Carlos. *Derecho Concursal*. Editorial Aranzadi, S.A. Navarra, 2005.

- RUBEN DE COUDER, M. *Compendio de lecciones escritas de Derecho romano*. Imprenta de la revista de Legislación. Madrid, 1883.

- SAGRERA TIZÓN, SALA REIXACHS y FERRER BARRIENDOS. *Comentarios a la Ley Concursal*. Editorial Bosch, S.A. Barcelona, 2004.

- SALA REIXACHS, A; ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J.; MACHADO PLAZAS, J.; VILA FLORENSA, P. (Coords.). *Proceso concursal*. Editorial Bosch, S.A. Hospitalet de Llobregat, 2013.

- SÁNCHEZ-CALERO, Juan; GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente (dirs). *Comentarios a la legislación concursal*. Tomo III. (AAVV). Editorial Lex Nova, S.A. Valladolid, 2004.

- SÁNCHEZ-PEGO, Javier. "Reflexiones constitucionales sobre la reforma procesal de 2009". *Actualidad Jurídica Aranzadi*. Sección Comentario. Número 783. Año XVIII. Editorial Aranzadi, S.A. Cizur Menor (Navarra), 8 de octubre de 2009.

- SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel. "La acción civil ex delicto contra el concursado". *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*. Parte Estudios. Número 6. Editorial La Ley, Wolters Kluwer España, S.A. Madrid, 2007.

- SANJUÁN MUÑOZ, Enrique. "El Ministerio Fiscal en el proceso concursal", *Estudios de Derecho Judicial*. Número 85, *La reforma concursal*. Edita Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2006.

- "El régimen de recursos en la Ley Concursal". *Diario La Ley*, Número 6.253. Editorial La Ley, Wolters Kluwer España, S.A. Madrid, 2005.

- SENÉS MOTILLA, Carmen. "La Ley Concursal. XVIII Número especial 2004". *Revista del Poder Judicial*. Edita Consejo General del Poder Judicial. Centro de Documentación Judicial. 2004.

- "La integración legal de la «apelación más próxima» en el proceso concursal". *Anuario de Derecho Concursal*, número 18/2009-3. Editorial Aranzadi, S.A. Cizur Menor (Navarra), 2009.

- "Tratamiento procesal de la oposición a la calificación de concurso culpable". *Anuario de Derecho Concursal*, número 23/2011-2. Editorial Aranzadi, S.A. Cizur Menor (Navarra), 2011.

- SERAFINI, Felipe. *Instituciones de Derecho romano*. Editorial Espasa Calpe, S.A. Novena edición italiana traducida. Madrid, 1927.
- SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel; J.M. SAGRERA TIZÓN, A. SALA REIXACS y A. FERRER BARRIENDOS (Coordinadores). *Comentarios a la Ley Concursal. Tomo 3*. (AAVV). Editorial Bosch, S.A. Barcelona, 2004.
- sistema financiero@. Diario La Ley nº 5825, Año XXIV. Editorial La Ley-Actualidad, 2003.
- TORRENT, Armando. *Derecho público romano y sistema de fuentes*. Editor Armando Torrent. Oviedo, 1982.
- TRIGO SIERRA, Eduardo; CAMBRONERO GINÉS, Ariadna. "Aspectos procesales e Internacionales de la Ley Concursal". Diario La Ley. Sección doctrina. Número 5996. Editorial La Ley, Wolters Kluwer España, S.A. 14 abril 2004.
- UGENA, Sara. "Cuarto Encuentro de Jueces de lo Mercantil (crónica)". Anuario de Derecho Concursal. Editorial Aranzadi, S.A. Número 15, 2008-3. Pgs. 303 a 319. [El documento completo que recopila tanto las ponencias como el contenido de las mesas redondas del Congreso actualmente se puede encontrar en la página web del Consejo General del Poder Judicial dentro de las novedades de la sección Escuela Judicial: (<http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpi/cgpi/principal>. htm)]
- URÍA, Rodrigo. *Derecho Mercantil*. Decimocuarta edición. Editorial Marcial Pons. Madrid, 1987.
- URÍA, Rodrigo; Menéndez y Aparicio (coordinadores), *Curso de Derecho Mercantil, Tomo II*. Cizur Menor (Aranzadi, S.A.), 2007, Segunda Edición.
- VÁZQUEZ SANZ, J.M. "Derecho concursal. Acotaciones procesales", en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*. Tomo III. *Efectos del concurso sobre acreedores, créditos y contratos. La tramitación del concurso: aspectos procesales*. Editorial Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid, 2004.
- VÁZQUEZ SOTELO, José Luis; DAMIÁN MORENO, Juan; LORCA NAVARRETE, Antonio María; LOZANO-HIGUERO PINTO, Manuel; PÉREZ DEL BLANCO, Gilberto; RUIZ JIMÉNEZ, José Ángel; SILGUERO ESTAGNAN, Joaquín. "La nueva Ley Concursal. La situación caótica y «laberíntica» de la legislación concursal española. IV. PRINCIPIOS INSPIRADORES DE LA LEY CONCURSAL". Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje. Edita Instituto Vasco de Derecho Procesal. San Sebastián, 2004.
- VARONA CAL, Ainhoa, "Algunas notas sobre el alcance de la reforma concursal llevada a cabo por el Real Decreto-Ley 3/2009". Revista Boletín de Mercantil. Número 14. Edita El Derecho. Mayo de 2009
- VEIGA COPO, Abel B. "La impugnación de la lista de acreedores en el concurso. Los legitimados". Diario La Ley, Sección Doctrina. Número 7.161. Editorial La Ley, 24/04/2009.
- VICENT CHULIA, Francisco. *Introducción al Derecho Mercantil*, 21ª edición. Tirant lo Blanch. Valencia, 2008.

- “Tres años de Ley Concursal: Temas de reforma”. Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Parte Ponencias. Número 8. Editorial La Ley, Wolters Kluwer España, S.A. Madrid, 2008.

- VILLANUEVA, Blanca. “La legitimación y las costas de la acción de reintegración”. Anuario de Derecho concursal. Número 27, septiempres-diciembre 2012. Editorial Aranzadi, S.A. Cizur Menor (Navarra).

- VIRGÓS SORIANO, Miguel. “Normas de Derecho internacional privado”. Estudios de Derecho Judicial. Número 59. Edita Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2004.

- VILATA MENADAS, Salvador. *Manual breve de Derecho Concursal*. Edita Consejo Valenciano de Colegios de Abogados. Moncada (Valencia), 2008.

- VILLORIA RIVERA, Iñigo (coordinador). *Aspectos procesales de carácter general*. Ediciones Francis y Taylor, S.A. Santiago de Compostela.

- YANES YANES, Pedro. “La pequeña reforma del concurso: 50 modificaciones normativas y un laberinto transitorio”. Diario La Ley. Sección Doctrina. Número 7161. Editorial La Ley, 24 de abril de 2009.

- YÁÑEZ VELASCO, Ricardo. (AAVV.) *Nueva Ley Concursal: Comentarios y formularios a la Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal*. Volumen II. Editorial Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. Barcelona, 2003.

- “Título VIII: Normas procesales y Sistema de Recursos”. Revista Economist & Jurist, Concursal. Octubre de 2005.

