

CONCURSO Y PROCESO

Carmen Senés Motilla

Catedrática de Derecho Procesal
Universidad de Almería

Sumario: 1. Naturaleza jurisdiccional del concurso de acreedores. 2. La unidad del concurso y del procedimiento concursal: A) La flexibilización de los tiempos y de la forma de las actuaciones procesales. B) El denominado “procedimiento abreviado”. 3. Otros procedimientos secundarios: A) El incidente concursal común. B) El incidente concursal en material laboral. 4. Alternativas al concurso de acreedores: A) Homologación judicial de los acuerdos de refinanciación. B) Procedimientos extrajudiciales frente a la insolvencia. Nota bibliográfica.

1. NATURALEZA JURISDICCIONAL DEL CONCURSO DE ACREEDORES

En el estado actual de la legislación —Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal—, el concurso de acreedores es un proceso jurisdiccional como antaño lo fue el procedimiento de quiebra. Y no solo porque su conocimiento esté atribuido a órganos judiciales especializados —Juzgados de lo mercantil—, sino porque en la actividad que desarrolla el juez concurren los perfiles propios de la actividad jurisdiccional (art. 117.3 CE).

Como en todo proceso, la actividad jurisdiccional y la actuación de las partes procesales se proyecta sobre una realidad anterior a la incoación del procedimiento que, en el caso del concurso, es la situación de insolvencia del deudor común, en el bien entendido sentido que la existencia de la insolvencia, o mejor, su acreditamiento, es el nudo gordiano de la concesión —o denegación— de la tutela jurisdiccional que se dispensa en el “procedimiento de declaración de concurso” (arts. 8-24 LC).

La singular estructura del procedimiento de concurso —integrado por una fase común, seguida de las de convenio o/y de liquidación—

genera un debate previo al de su naturaleza jurídica, a saber: el relativo a *qué* actuaciones integran el proceso concursal propiamente dicho. Y, a este respecto, compartimos la opinión de quienes consideran el procedimiento de declaración de concurso y la resolución que le pone fin —auto—, como genuino *proceso concursal*, de suerte que, las sucesivas fases del procedimiento y las múltiples y variadas actuaciones que lo integran, no serán sino la actuación judicial de los efectos que la ley dispone para el auto que constituye la situación jurídica concursal (CORTÉS: 2008: 20; SENÉS: 2011: 429).

Pero sea cual fuere el posicionamiento sobre la consideración que merece el procedimiento de declaración de concurso, lo cierto es que en el mismo concurren los perfiles propios de los procesos de *jurisdicción contenciosa* —frente a la denominada *jurisdicción voluntaria*—, por estar empeñados intereses contrapuestos de las partes procesales (cfr. arts. 1811 LEC 1881; 5 LEC 2000).

Los intereses contrapuestos del deudor, de los acreedores y de otros interesados. La contradicción de intereses es consustancial al concurso de acreedores, cualquiera que sea el sujeto instante y la modalidad del concurso (necesario/

voluntario; principal/territorial; ordinario/abreviado). La existencia de intereses contrapuestos es patente en el concurso necesario (art. 15.3 LC), y acorde con ella, el procedimiento de declaración de concurso tiene carácter contradictorio: frente a la solicitud de concurso de cualquiera de los sujetos legitimados —*pretensión*— podrá oponerse el deudor —*resistencia*— haciendo valer su solvencia. La única excepción al respecto proviene de la reforma llevada a cabo mediante Ley 38/2001, que relega de la forma contradictoria cuando la solicitud hubiera sido presentada por un acreedor y se fundara en un embargo o en una investigación de patrimonio infructuosos, o que hubiera dado lugar a una declaración administrativa o judicial de insolvencia; supuestos en los cuales la declaración judicial de concurso tiene carácter inmediato —el primer día hábil siguiente (art. 15.1 LC)—.

Pero concurre también la contradicción de intereses entre el deudor y los acreedores en el concurso voluntario, por cuanto la declaración de concurso les priva del ejercicio de las acciones individuales —ya declarativas, ya ejecutivas— o, en su caso, les obliga a soportar la paralización de las ejecuciones pendientes; amén de quedar sometidos a la *pars conditio creditorum* cualquiera que sea la solución del procedimiento —convenio o liquidación—; incluso en el escenario más favorable —pero improbable— de satisfacción íntegra de sus créditos, les obliga a soportar la compleja sustanciación del procedimiento, con la consiguiente demora en los pagos (cfr. VEGAS: 2005: 91). Prueba palmaria de la *afectación* de los intereses de los acreedores es la posibilidad que les asiste de interponer recurso de apelación frente al auto de declaración de concurso (art. 20.3 LC), sin perjuicio de la inadecuación de este medio de impugnación para la resolución de la cuestión controvertida (HERRERO PEREZAGUA: 2008: 155 y ss.).

A mayor abundamiento, la contradicción de intereses puede concurrir entre los acreedores y el deudor, de una parte, y cualesquiera otros sujetos interesados en que la declaración de concurso no tenga lugar, de otra, pues la ley

garantiza la intervención y actuación procesal de cualquier interesado, titular de un *interés legítimo*, con independencia de que ostente un crédito frente al deudor común (arts. 20.3 y 184.4 LC).

Y cuestión diferente a la contraposición de intereses que deriva de la situación de insolvencia es la conducta que el deudor puede adoptar frente a la solicitud de concurso necesario, ya el allanamiento, ya la *resistencia* a la pretensión concursal (art. 18 LC).

Las diversas manifestaciones de la tutela concursal. La tutela jurisdiccional que se dispensa en el concurso de acreedores bien puede ser calificada de *integral*, pues comprende manifestaciones de la tutela *declarativa*, *cautelar* y *ejecutiva*:

En primer lugar, múltiples y variadas son las manifestaciones de la tutela declarativa, en sus diversas modalidades, *constitutiva* (declaración de concurso), *meramente declarativa* (separación de bienes, reconocimiento de créditos o derechos laborales individuales, incumplimiento del convenio, calificación del concurso...) y *de condena* (restitución de prestaciones por causa de rescisión concursal, resarcimiento de daños y perjuicios por resolución de contratos, responsabilidad por daños de los cómplices si el concurso se califica culpable, responsabilidad concursal...). A estas manifestaciones *genuinamente concursales* (*sic*), se añade la tutela jurisdiccional que se dispensa en los procesos pendientes al tiempo de la declaración de concurso que deban acumularse a éste (juicios por reclamación de daños y perjuicios a la persona jurídica concursada seguidos contra sus administradores o liquidadores y contra los auditores).

En segundo lugar, diversas son las manifestaciones de la tutela cautelar, ya en el procedimiento de declaración de concurso (medidas adoptadas para asegurar la integridad del patrimonio del deudor), ya en las actuaciones que siguen a tal declaración (embargo de bienes y derechos de los administradores, liquidadores o apoderados generales de la persona jurídica concursada), así como en los incidentes promovidos durante la sustanciación del procedi-

miento concursal; vgr., medidas para garantizar la reintegración de bienes y derechos a la masa activa del concurso (SENÉS: 2012, 2027 y ss.).

En tercer lugar, son reflejo de la actividad ejecutiva el conjunto de actos —del juez y de la administración concursal— que integran la liquidación del patrimonio del deudor; e inequívocamente ejecutivas son las que debe acometer el juez del concurso para la sustanciación de las ejecuciones singulares que se inicien o reanuden con posterioridad a la declaración de concurso.

El debate doctrinal sobre la naturaleza jurídica del concurso de acreedores es prolijo. Particular interés reviste la consideración del concurso como proceso de ejecución universal (LÓPEZ SÁNCHEZ: 2012, 31 y ss.), aunque como las consideraciones ya expuestas dejan entrever, compartimos la opinión de quienes consideran que las diversas manifestaciones de la actividad jurisdiccional se dan con tal intensidad en el concurso que su reconducción a una sola categoría jurídica ni es descriptiva de la realidad concursal ni ayuda a la solución de problemas jurídicos (DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ: 2012, 2438).

2. LA UNIDAD DEL CONCURSO Y DEL PROCEDIMIENTO CONCURSAL

Como institución, el concurso de acreedores es la única salida que el Ordenamiento español ofrece al deudor en situación de insolvencia. La superación por la Ley Concursal de la disparidad de instituciones para comerciantes y no comerciantes vino acompañada del establecimiento de un procedimiento único, pero flexible a la vez, cuya flexibilidad debiera permitir su adecuación a las diversas situaciones y soluciones concursales, en aras de la satisfacción de los acreedores (Exposición de Motivos, II). En tanto que procedimiento *único*, el concursal tiene una estructura bifásica, integrada por una fase común —de trami-

ción necesaria—, cuya finalidad es la determinación de las masas activa y pasiva, y una fase ulterior, ya de convenio, ya de liquidación.

En tanto que procedimiento flexible, la estructura-tipo admite dos posibles modulaciones: por una parte, la aprobación en la fase común de la propuesta de convenio anticipado que el deudor hubiera presentado con la solicitud de declaración del propio concurso; por otra, la apertura de la fase de liquidación como consecuencia de la declaración judicial de incumplimiento del convenio.

Como quiera que el procedimiento diseñado por el legislador no diera los frutos esperados y dejara al descubierto el excesivo coste temporal y económico del concurso de acreedores, las sucesivas reformas de la Ley Concursal —mediante Real Decreto-ley 3/2009 y Ley 38/2011— persiguen dotar al procedimiento de una mayor flexibilidad, mediante la anticipación de las soluciones concursales, la secuenciación simultánea de las fases que lo integran y la introducción de la forma escrita en la tramitación del convenio.

A) LA FLEXIBILIZACIÓN DE LOS TIEMPOS Y DE LA FORMA DE LAS ACTUACIONES PROCESALES

La anticipación de la liquidación. El Real Decreto-ley 3/2009 introdujo como novedad la “liquidación anticipada”, cuya verdadera entidad desde el punto de vista procedimental era la posibilidad de la apertura de la fase de liquidación sin que hubiera concluido la fase común, así como la autorización judicial del pago de los créditos no controvertidos “sin esperar a la conclusión de las impugnaciones promovidas” (antiguo art. 142 bis LC).

En la práctica, la liquidación anticipada devino ineficaz, en buena medida, porque los trámites necesarios para la aprobación del plan de liquidación quedaban relegados, cuando menos, hasta la presentación del informe de la administración concursal, con el consiguiente “punto muerto” para el deudor —en particular, la empresa concursada ya sin actividad—.

De ahí que la Ley 38/2011 optará por su derogación, sustituyendo la “liquidación anticipada” por la anticipación de la liquidación, que el deudor podrá solicitar “en cualquier momento” (arts. 142.1; 191 *ter.* 1 LC).

La anticipación absoluta de la liquidación supone la coexistencia temporal de las fases común y de liquidación, pues no en vano, el juez deberá abrir la fase de liquidación, ya en los diez días siguientes a la presentación de la solicitud, en el concurso “ordinario” (sic), ya de inmediato, en el concurso abreviado, si el deudor hubiere presentado, junto con la solicitud de concurso, un plan de liquidación que contenga una propuesta escrita vinculante de compra de la unidad productiva en funcionamiento, o hubiera cesado completamente en su actividad y no tuviera contratos de trabajo en vigor (arts. 190.3 y 191 *ter.* 1 LC). En estos supuestos, en puridad, no existe alteración de la estructura-tipo del procedimiento concursal —como sí existe en la aprobación en la fase común de la propuesta de convenio anticipado—, sino alteración de la *secuenciación* de las fases común y de liquidación, que mantienen su tramitación separada —en respectivas secciones y con sus respectivas piezas—. De ahí el acierto de la Exposición de Motivos de la Ley 38/2011 cuando advierte de la innecesaria distinción entre liquidación “ordinaria” y “anticipada” (IV).

Apertura de las fases de convenio o de liquidación habiendo impugnaciones pendientes. La apuesta de la Ley 38/2011 por la agilización del procedimiento ha desdibujado la estructura-tipo del concurso a base de permitir, con ciertos límites y garantías, que avancen las soluciones concursales estando pendientes impugnaciones del inventario o de la lista de acreedores: “cuando las impugnaciones afecten a menos del veinte 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 de liquidación, sin perjuicio del reflejo que las impugnaciones puedan tener en los textos definitivos y las medidas cautelares que pueda adoptar para su efectividad” (art.

96.4 LC; en el mismo sentido —que no con idéntico tenor—, el art. 191.4 LC).

La redacción de esta norma adolece de falta de correlación con la supresión formal de la resolución —auto— que pone fin a la fase común del procedimiento de concurso; supresión que el legislador acometió mediante la derogación del artículo 98 y la reformulación de los recursos de apelación que merecen la consideración de “apelación más próxima” (Disposición derogatoria única de la Ley 38/2011; art. 197.4 LC). Además, la norma encierra la contradicción de postular al mismo tiempo la finalización de la fase común sin que hayan concluido las actuaciones que la integran; circunstancia ésta que, lejos de ser susceptible de valoración judicial —como parece suponer el legislador al conferir al juez la facultad de ordenar la finalización—, es una realidad procesal incontestable: la pendencia de la fase común. Cuestión diferente es, que no obstante la pendencia de la fase común, el legislador decida —como ha decidido— y el juez acuerde —como le faculta la norma— que las soluciones concursales no deban demorarse en *interés del concurso*, y que consientan la iniciación y seguimiento de las actuaciones que conduzcan a la obtención de un convenio o a la liquidación del activo concursal. Y a este respecto, el volumen del activo o del pasivo controvertidos —inferior al veinte por ciento— y la adopción de medidas cautelares que garanticen la efectividad de la sentencia favorable que pudiera dictarse, nos parecen razonables.

La tramitación escrita de la fase de convenio. Con el propósito de agilizar los trámites y reducir costes, el Real Decreto-ley 3/2009 introdujo la modalidad de tramitación en forma escrita de la fase de convenio, cuya aplicación queda a criterio del juez, siempre que el número de acreedores sea superior a 300 (art. 111.2 LC). El aspecto más notable de esta modalidad es la posible aprobación del convenio mediante el sistema de adhesiones, cuya presentación tendrá lugar con arreglo a las normas generales (arts. 115 bis. 3; 103.3 LC); salvo que el concurso se tramite como abreviado, en cuyo caso, la “aceptación” (sic) de la propuesta de

convenio se realizará por escrito (art. 191 *bis*. 2 LC).

La tramitación escrita de la fase de convenio se llevará a cabo conforme a las reglas del artículo 115 *bis*, cuya redacción vigente —proveniente de la Ley 38/2011— ha reducido los plazos de presentación de las propuestas de convenio —de sesenta días a un mes— y de las adhesiones o votos en contra —de noventa días a dos meses—, así como ha atribuido al secretario judicial la verificación de la mayoría obtenida (apartados, 1, 2 y 5). Aunque los trámites de esta modalidad se acomodan a la forma escrita —casi en su totalidad—, desde el punto de vista estructural, la tramitación escrita de la fase de convenio no supone alteración de la estructura-tipo del procedimiento de concurso.

B) EL DENOMINADO “PROCEDIMIENTO ABREVIADO”

Configuración inicial y reformas legislativas. Bajo el prisma de la flexibilización del procedimiento, la Exposición de Motivos de la Ley Concursal hizo gala de la previsión de “reglas especialmente ágiles para los concursos de menor entidad” (II). Esta alusión, nominalmente indeterminada, fue interpretada por la mayoría de la doctrina como referencia al “procedimiento abreviado” (arts. 190 y 191 LC 2003), por más que la configuración inicial de sus presupuestos —y, en particular, del presupuesto subjetivo— suscitara dudas sobre si la intención del legislador era establecer un cauce procedimental para los “pequeños concursos” o para los “pequeños deudores”. Sea como fuere, y en vista de las reformas que se han sucedido del procedimiento abreviado, lo cierto es que cualquiera que sea la regulación tomada en consideración —ya la originaria de 2003, ya la revisada por el Real Decreto-ley 3/2009, o la más reciente instaurada por la Ley 38/2011—, el procedimiento abreviado no constituye *otro* procedimiento alternativo al concurso “ordinario” (sic), ni el contenido de su regulación ha sido, ni es, meramente procedimental (SENÉS: 2012: 633).

La regulación vigente del procedimiento abreviado proviene de la reforma de la Ley Concursal de 2011 (Ley 38/2011), que lleva a cabo una configuración diferente de su ámbito de aplicación y, aún más si cabe, del criterio que preside su aplicación judicial —facultativo en unos casos, preceptivo en otros—. La nueva regulación del abreviado nos sitúa frente a dos interrogantes: en primer lugar, determinar si la ley prevé un verdadero “concurso abreviado”; y, si la respuesta fuere afirmativa, determinar, en segundo lugar, qué nos queda entonces de la unidad de procedimiento que inspiró la regulación originaria de la Ley Concursal.

Naturaleza jurídica. La Ley 38/2011 ha dado nueva redacción al contenido íntegro del capítulo II del Título VIII de la Ley Concursal, cuya rúbrica pasa a ser “De las normas procesales generales, del procedimiento abreviado y del sistema de recursos” —a pesar de que también sigue formando parte del mismo el capítulo V sobre el “Registro Público Concursal”—. El capítulo II pasa a estar integrado, además de por los artículos 190 y 191 —a los que se da nueva redacción—, por tres nuevos artículos: 191 bis, 191 ter y 191 quáter.

Pero no obstante el incremento numérico, el denominado “procedimiento abreviado” no es *otro* procedimiento diferente —en estructura, finalidad y actuaciones— al procedimiento concursal *único* que la ley denomina concurso “ordinario”. Hasta tal punto es así, que la ley establece el carácter supletorio de las normas *ordinarias* (sic) respecto de los aspectos que no tengan una regulación diferente en este capítulo II (art. 191 quáter). A diferencia de sus homónimos, los procedimientos abreviados de los ámbitos contencioso-administrativo y penal (arts. 78 LJCA; 757-794 LECrim), el concurso abreviado es un *procedimiento ordinario con especialidades* que, como tal, comparte con el concurso ordinario identidad de objeto (*tutela jurisdiccional concursal*) y de estructura (fase común, seguida de las de convenio y/o liquidación), sin perjuicio las novedades ya analizadas, sobre la coexistencia de las fases común y de convenio o de liquidación. Nos aprestamos, por tanto, a confirmar la vigencia

del principio de unidad del procedimiento de concurso.

Precisamente porque el abreviado no es un procedimiento diferente al concurso único que existe en nuestro Ordenamiento, son posibles: 1.º) la aplicación discrecional de las especialidades en que consiste (art. 190.1 y 2 LC), pues la determinación legal de los procedimientos judiciales es una exigencia de rango constitucional (art. 117.3 CE); 2.º) la acumulación de los concursos ordinario y abreviado de los sujetos, y en los supuestos, tipificados por la ley (art. 25 bis LC); y, 3.º) la transformación del procedimiento abreviado en ordinario, o viceversa, si sobreviene la modificación de las circunstancias que determinan el ámbito de aplicación de las especialidades abreviadas (art. 190.4 LC).

Ámbito de aplicación. Frente a la aplicación *necesaria* del procedimiento abreviado proveniente del Real Decreto Ley 3/2009, la Ley 38/2011 apuesta por una configuración flexible de su ámbito de aplicación, que combina supuestos de aplicación *facultativa y preceptiva*, en función de circunstancias relevantes de la fase común o de las soluciones concursales. Esta configuración merece una valoración favorable porque permite tomar en consideración la situación de cada deudor insolvente —ya sea persona física o jurídica—, así como la actividad empresarial que viniera desarrollando el deudor hasta la solicitud de declaración del propio concurso. A mayor abundamiento, la razón que alienta la nueva configuración del abreviado supera la dicotomía originaria de la Ley Concursal, entre las personas físicas y las jurídicas.

En función de los cometidos propios de la *fase común*, la circunstancia que define el ámbito de aplicación *discrecional* del procedimiento abreviado es que el concurso “no revista especial complejidad” (art. 190.1 LC). Y, como quiera que esta formulación encierra un concepto jurídico indeterminado, la ley se apresta a relacionar una serie de circunstancias que responden al parámetro de falta de complejidad. Estas circunstancias tienen que ver con el volumen del pasivo y el número de

acreedores de la lista presentada por el deudor (estimación inicial no superior a cinco millones de euros y menos de cincuenta acreedores), así como con el valor del activo concursal (inferior a cinco millones de euros). La plasmación de estas circunstancias en el texto articulado persigue facilitar la valoración del juez del concurso, y su formulación legal, en ordinal separado, es expresiva de su independencia funcional, no teniendo carácter acumulativo, con la consiguiente ampliación del ámbito de aplicación del procedimiento abreviado.

Cuestión diferente es que, en un supuesto dado, el juez decida no aplicar el procedimiento abreviado atendidas otras circunstancias que permitan fundar un juicio razonable de que la tramitación del procedimiento no será sencilla (por ejemplo, la dispersión geográfica de los bienes del deudor, o la vinculación de la entidad a un entramado de empresas). Esta interpretación viene corroborada por la conversión de los procedimientos ordinario y abreviado que, según la ley, tanto puede obedecer a la modificación de las circunstancias previstas en el texto articulado como a la mayor o menor complejidad del concurso (art. 190.4 LC).

En función de las *soluciones concursales*, la ley diferencia la aplicación *discrecional* del procedimiento abreviado —en caso de propuesta de convenio anticipado— y su aplicación *preceptiva* —si el deudor presenta con la solicitud de concurso voluntario un plan de liquidación con determinado contenido (art. 190.3 LC)—. En puridad, la ley también consiente la aplicación del abreviado cuando la propuesta de convenio —ya anticipado, ya ordinario— “incluya una modificación estructural por la que se transmita íntegramente su activo y su pasivo” (art. 190.2 LC), aunque buena parte de las especialidades en que consiste el procedimiento abreviado sólo son aplicables si el deudor acompaña la propuesta de convenio con la solicitud de concurso. En cualquier caso, y sin perjuicio de las deficiencias que luego pondremos de manifiesto, justo es reconocer que la reforma aboga por la agilización de las soluciones concursales que comportan una continuación de la actividad empresarial; y en

este sentido, la razón que alienta la aplicación de las especialidades del procedimiento abreviado ya no es tanto la menor complejidad del concurso cuanto la posibilidad de anticipar las soluciones concursales.

Contenido. En apariencia, la Ley 38/2011 incrementa las especialidades en que consiste el procedimiento abreviado, que solo preveía la simplificación del órgano de administración y la reducción a la mitad de los plazos de tramitación. El contenido íntegro del nuevo procedimiento abreviado se articula, de forma artificiosa, en tres artículos consecutivos: los artículos 191, 191 bis y 191 *ter*. En el artículo 191 se incluyen las especialidades que, por incidir en las fases común y de convenio o de liquidación, son aplicables a todos los supuestos que integran su ámbito de aplicación, y que sólo por esta razón podríamos denominar especialidades “generales” (*sic*).

Las especialidades “generales” del procedimiento abreviado son:

1.^a) Modificación de los “tiempos” del concurso. Merece una valoración favorable la supresión de la reducción generalizada de los plazos a la mitad y su sustitución por la reducción de *plazos determinados*, a saber: para la presentación del informe del administrador; para la presentación de las propuestas ordinarias de convenio; para la celebración de la junta de acreedores y para la presentación por el administrador concursal del plan de liquidación. Y la misma valoración favorable merece el establecimiento de un límite temporal para las operaciones de liquidación, que no podrán exceder los tres meses desde la aprobación del correspondiente plan (prorrogable por un mes más, a petición del administrador concursal: art. 191.6 LC).

La reforma prevé también la presentación *separada y anticipada* del inventario de bienes y derechos de la masa activa —en los quince días siguientes a la aceptación del cargo de administrador (art. 191.1 LC)—. Estimamos que esta previsión no tiene mucho sentido pues, dado que del cómputo del plazo se descuentan los días inhábiles (frente al plazo para

la presentación del informe del administrador que se cuenta de fecha a fecha), su vencimiento se aproxima y casi se solapa con el de presentación del informe. Además, en el caso del concurso necesario, habrá que esperar a que el deudor presente la documentación requerida (art. 21.3º LC), circunstancia que podría impedir la presentación anticipada del inventario. Parece, por tanto, artificioso, el establecimiento de un trámite separado para la presentación del inventario, máxime cuando el *dies a quo* del plazo para su impugnación —común también para la lista de acreedores— lo determina la notificación de la presentación del informe (art. 96.1 LC).

2.^a) Nueva tramitación de las impugnaciones del inventario y de la lista de acreedores. La Ley 38/2011 ha dispuesto una tramitación diferente de las impugnaciones, que presenta las especialidades siguientes: en primer lugar, prescinde de la incoación del incidente concursal a la espera de una posible aceptación de la pretensión por el administrador concursal (art. 194.4 LC). Esta previsión es contraria al pronunciamiento debido sobre la admisión de la demanda (cfr. art. 404 LEC) y carece de justificación razonable, dado que la comunicación del proyecto de inventario y de la lista de acreedores habrá permitido corregir los errores materiales y las omisiones indebidas (art. 95.1 LC). Es más, esta posibilidad de *conciliación/allanamiento* que se brinda al administrador concursal es lesiva de los derechos procesales de las partes y otros sujetos interesados en el procedimiento —incluido el propio deudor (CORDÓN: 2012: 663)—, los cuales, por una parte, se ven privados de la facultad de intervención que les confiere la ley (art. 193.2 LC), y por otra, no podrán discutir la modificación de los textos definitivos al no existir pronunciamiento judicial al respecto (cfr. art. 97.1 LC).

La segunda especialidad en la tramitación de las impugnaciones del inventario y de la lista de acreedores es la previsión de acumulación de todas ellas “de modo que se tramiten y resuelvan en una sola vista” —querrá decir, en una sola sentencia— (cfr. art. 96.5 LC). Esta

previsión, además de complicar la celebración de la vista si fuere elevado el número de impugnaciones, es incompatible con la norma que dispone *cuándo* procede la celebración de la vista si la conducta del administrador fuere diferente respecto de cada una de aquéllas (cfr. art. 194.4 LC).

Por lo demás, nada hay de singular en las restantes normas que se presentan como *especiales*. Así, en primer lugar, la que autoriza al juez a abrir las fases de convenio o de liquidación si las impugnaciones pendientes afectaren a menos del veinte por ciento del activo o del pasivo concursal, que ya se prevé en el apartado 4 del artículo 96 (con el aditamento de la posible adopción de las medidas cautelares que fueren conducentes a la efectividad de la sentencia estimatoria); o también, la que reproduce los criterios de imposición de costas recogidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, a los que ya remite el apartado 2 del artículo 196.

3.ª) Alteración injustificada de la delimitación de competencias entre el juez y el secretario judicial. Se pone de manifiesto respecto de la apertura de la fase de liquidación en defecto de propuesta de convenio ordinario, que el procedimiento abreviado confiere al secretario judicial (art. 191.6 LC), a pesar de que una reforma legal anterior —Ley 13/2009— perseveró en su atribución al juez en el concurso ordinario (art. 114.3 LC). A la postre, este “caos competencial” depara una consecuencia indeseable respecto de la impugnación de las sentencias dictadas en la fase común, mediante “apelación más próxima”. Según la ley —apartado 4 del artículo 197—, tendrá la consideración de tal, la apelación que corresponda frente a la resolución que acuerde la apertura de la fase de liquidación, de suerte que, abierta esta fase en el abreviado mediante “decreto” del secretario, se da la circunstancia de que contra esta resolución sólo proceden los recursos de reposición y revisión, y no el de apelación (arts. 451.1 y 454 bis LEC).

Especialidades del procedimiento abreviado en caso de solicitud de concurso con presentación de propuesta de convenio. El artículo 191 *bis* también nos parece un artificio, pues la única

especialidad relevante que alberga es la posibilidad de que el juez requiera al impugnante del convenio la prestación de una caución para responder “por los daños o perjuicios” —querrá decir, de los daños “y” perjuicios— que para la masa pasiva y activa del concurso pueda suponer la demora en su aprobación.

El contenido restante del artículo, o bien es reproducción de lo regulado en otra sede —tal es, el apartado 1, que reitera lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 106—, o bien se limita a reducir los plazos de tramitación, en particular, los siguientes: para la adhesión de los acreedores a la propuesta de convenio; para que el secretario judicial verifique si la propuesta de convenio alcanza la mayoría legalmente exigida; o para que el juez dicte la sentencia de aprobación del convenio en defecto de oposición o del rechazo de oficio —*inmediatamente* a la expiración del plazo de impugnación—.

En el contexto de la reducción de estos concretos plazos de tramitación, resulta cuando menos paradójica la mayor dilación que comporta la alteración del *dies a quo* del plazo para que el administrador concursal presente la evaluación de la propuesta anticipada de convenio pues, mientras que la norma general lo hace depender de la admisión a trámite de la propuesta (art. 107.1 LC), en esta especialidad abreviada se computa desde la publicación del auto de declaración de concurso, a pesar de que la admisión a trámite se acuerda en esta resolución (art. 191 *bis*. 1; cfr. art. 106.2 LC).

En último término, no se atisba la razón y el efecto de agilización que pueda comportar la especialidad consistente en que la “aceptación” (sic) de la propuesta de convenio tenga que efectuarse “por escrito”, máxime cuando la norma general consiente la adhesión mediante comparecencia ante el secretario judicial; y es aplicable, incluso respecto de la tramitación escrita del convenio (arts. 103.3; 108.1; 115 *bis*. 3 LC).

Especialidades del procedimiento abreviado en caso de solicitud de concurso con presentación de plan de liquidación. El contenido del artículo 191 *ter* está integrado por una amalgama de extremos inconexos, que no hace sino co-

roborar el artificio que supone una regulación que bien podría haber engrosado el articulado del concurso ordinario. Las “especialidades” de esta especialidad en que consiste el abreviado son las siguientes:

1.^a) La apertura de la fase de liquidación “de inmediato”. Siendo necesaria la previa declaración de concurso, estimamos que, cuando el deudor hubiera solicitado la liquidación “de acuerdo con lo previsto en el artículo 190.2” —querrá decir, 190.3—, la apertura de la fase de liquidación debería ser uno de los pronunciamientos del auto de declaración de concurso, siendo innecesaria una resolución separada, como sin lugar a dudas supone el tenor del número 1, del apartado 1 del artículo 21 (modificado por la Ley 38/2011 solo en lo que respecta a la propuesta de convenio anticipado).

2.^a) La reducción del plazo ordinario para que el administrador concursal evalúe el plan de liquidación —de quince a diez días—, que cuenta con el precedente de la liquidación anticipada (antiguo artículo 142 bis). La ley explicita que el informe “deberá incluir necesariamente el inventario de la masa activa del concurso y evaluar el efecto de la resolución de los contratos sobre las masas activa y pasiva del concurso”; exigencia esta que parece ir referida a los “contratos pendientes de cumplimiento por ambas partes”, atendida la correlación sistemática de la norma con aquella otra que dispone que el juez se pronuncie sobre la resolución de tales contratos en el auto que apruebe el plan de liquidación (excepción hecha “de aquellos que se vinculen a una oferta efectiva de compra de la unidad productiva o de parte de ella”).

3.^a) La restricción de la legitimación para presentar “alegaciones” al plan, que únicamente se atribuye a los acreedores. Esta previsión pudiera no ser acorde con alguno de los supuestos que definen el ámbito de aplicación de estas especialidades abreviadas cual es; el de la “propuesta escrita vinculante de compra de la unidad productiva en funcionamiento”; supuesto que abona la consideración como interesado del proyectado comprador (cfr. antiguo artículo 142 bis, que respecto de la liquidación

anticipada, reconocía legitimación a “las partes personadas y demás interesados”); y,

4.^a) La posible exigencia a los impugnantes del inventario y de la lista de acreedores de una *caución* que garantice los daños y los perjuicios por la demora que puedan sufrir las operaciones de liquidación, en el caso de que se haya acordado la suspensión de éstas. Estimamos poco probable que, en la práctica, la suspensión de la liquidación de bienes concretos —que no de la generalidad de las operaciones de liquidación (art. 192.2 LC)— venga propiciada por la impugnación de la lista de acreedores; e igualmente, estimamos inviable el requerimiento de caución si la suspensión fuere acordada de oficio.

3. OTROS PROCEDIMIENTOS SECUNDARIOS

El concurso de acreedores es un procedimiento complejo, integrado por varias fases que no siempre se suceden de forma consecutiva. Cada una de ellas tiene un cometido diferente, aunque en último término, todas responden a la finalidad esencial del concurso, que no es otra que la satisfacción de los acreedores. Durante la sustanciación de este procedimiento complejo pueden surgir infinidad de cuestiones controvertidas que demandan una decisión judicial separada, a cuyo efecto la ley dispone un cauce procedimental *especial*, denominado incidente concursal (capítulo III del Título VIII).

El incidente concursal presenta dos modalidades: de un lado, el incidente concursal común, cuya configuración originaria se ha visto modificada por el Real Decreto-ley 3/2009 y por la Ley 38/2011; y, de otro, el incidente concursal en materia laboral.

A) EL INCIDENTE CONCURSAL COMÚN

Es el cauce procedimental por el que están llamadas a sustanciarse la generalidad de

las cuestiones y materias que integran la competencia del juez del concurso. Esta conceptualización no significa que exista una correlación plena entre el ámbito de conocimiento del juez del concurso y el incidente concursal. En primer lugar, porque la ley deja a salvo las materias para las que prevé una tramitación diferente, ya de forma directa, ya por remisión a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y, en segundo lugar, porque el incidente concursal sirve de cauce al ejercicio de pretensiones de carácter declarativo, sin perjuicio de la competencia universal del juez del concurso para conocer con carácter *exclusivo y excluyente* las pretensiones ejecutivas y cautelares que se dirijan contra el patrimonio del concursado. Las anteriores reservas no obstan la consideración que merece el incidente concursal como procedimiento *tipo*, genuino del juez del concurso.

El incidente concursal es un procedimiento *plenario*, pues su regulación no alberga limitación alguna de los medios de ataque y de defensa de las partes procesales. Y en consonancia con la plenitud del conocimiento judicial, la sentencia firme tiene efectos de cosa juzgada material (art. 196.4 LC).

Es también un procedimiento de *doble instancia*, dado que la ley garantiza la revisión por un tribunal superior del enjuiciamiento de la *cuestión de fondo* efectuado por el juez del concurso. Esta regla general debe entenderse sin perjuicio del régimen singular de impugnación de las sentencias concursales dictadas en la fase común, mediante apelación *diferida* (art. 197.4 LC).

Ámbito de aplicación. Se ventilarán por los cauces del incidente concursal “todas las cuestiones que se susciten durante el concurso y no tengan señalada en esta ley otra tramitación” (art. 192.1 LC). Se engloban aquí las cuestiones que engrosan la competencia funcional del juez del concurso, en sus dos modalidades, *incidentales* propiamente dichas, y *prejudiciales* (art. 61 LEC). Son incidentales las controversias que guardan una relación inmediata con el concurso, en la medida en que su resolución condiciona la formación de las masas

activa o pasiva y las *soluciones concursales* (art. 387 LEC); y son prejudiciales las cuestiones que por su naturaleza jurídica exceden la jurisdicción del juez del concurso, pero que han de ser resueltas como antecedente lógico de la *cuestión de fondo* que se ventila en el procedimiento. Merecen tal consideración las cuestiones administrativas, las laborales que no sean competencia del juez del concurso y las de índole penal, aunque estas últimas exceden el marco de conocimiento del juez del concurso, a tenor de la competencia exclusiva del juez penal para declarar la existencia del delito y la responsabilidad criminal (arts. 10.2 LOPJ y 1 LECrim).

En fin, se sustanciarán igualmente por los trámites del incidente concursal las materias que la ley asimila a las cuestiones incidentales por su conexión con las instituciones y órganos concursales. Tales son, las acciones de responsabilidad civil contra los administradores, auditores o liquidadores de la persona jurídica deudora (arts. 8-6.º y 48 *bis* LC); las acciones de impugnación de los actos del deudor distintas de las acciones rescisorias especiales (art. 71.6 LC); la recusación de los administradores concursales (art. 33.4 LC) y la oposición a la aprobación de sus cuentas (art. 181.2 LC).

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” y “los juicios que se acumulen en virtud de lo previsto en el apartado 1 del artículo 51” (art. 192.1 LC):

Respecto de las acciones, se trata de las civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan *contra* el patrimonio del concursado (art. 8-1.º LC). Se entenderán incluidas en esta rúbrica legal 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, pues en los supuestos de incumplimiento *in natura* de la prestación debida procederá la sustitución en forma genérica (arts. 701.3; 702.2; 706.2; 709.2; 710.2 LEC). 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.

Por expresa disposición legal, quedan excluidas de la competencia del juez del concurso las pretensiones de contenido patrimonial propias de los procesos no dispositivos, que el legislador mantiene en el ámbito de los Juzgados de Primera Instancia como expresión del tratamiento singular que reciben los intereses que se ventilan en estos procesos (arts. 756; 769.1; 779 LEC).

Respecto de los procesos que se acumulen al concurso, según la redacción originaria de la ley, eran los procedimientos declarativos pendientes al tiempo de la declaración de concurso que tuvieran una “trascendencia sustancial” para la formación de las masas activa y pasiva del concurso, a juicio de la administración concursal. Tras la reforma llevada a cabo mediante la Ley 38/2011, la acumulación adquiere tintes de excepcionalidad, pues la regla general es, que los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso, continúen sustanciándose ante el mismo tribunal que estuviere conociendo de ellos hasta la firmeza de la sentencia (art. 51.1 LC). La única excepción al respecto la integran los juicios por reclamación de daños y perjuicios a la persona jurídica concursada contra sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, que se *acumularán de oficio* al concurso, siempre que “se encuentren en primera instancia y no haya finalizado el acto de juicio o la vista”, pero cuya continuación ya no discurrirá por los cauces del incidente concursal —en contra de lo que sigue proclamando el apartado 1 del artículo 192—, sino por los trámites del procedimiento que se viniera sustanciando la reclamación, incluidos los recursos que procedan contra la sentencia (art. 51.1 LC). La modificación del cauce procedimental a seguir en los supuestos de acumulación merece una valoración favorable, por ser acorde con aquella regla procesal según la cuál, la acumulación de procesos no puede conllevar la pérdida de derechos procesales (art. 77.1 LEC).

Tramitación. La tramitación del incidente concursal aspira a combinar las exigencias de rapidez y celeridad con la salvaguarda de las garantías procesales que exige la tutela judicial efectiva de todos los interesados (Exposición de Motivos, X). El procedimiento incidental común se configuró a partir de los juicios *ordinario* y *verbal* de la Ley de Enjuiciamiento Civil: la formalización de las alegaciones iniciales tiene lugar por escrito —mediante los escritos de demanda y de contestación—, seguida de la celebración de la *vista*, que se desarrollará, en su caso, en la forma prevista en el artículo 443 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 194, apartados 1, 3 y 4).

Este esquema originario de la Ley Concursal se ha visto alterado por las reformas de 2009 y 2011, que con el propósito de agilizar la sustanciación del procedimiento han restringido la celebración de la vista, acentuando con ello el carácter escrito del incidente. En particular, la reforma llevada a cabo mediante el Real Decreto-ley 3/2009 sustituyó el carácter preceptivo de la vista, relegando su celebración a la petición de las partes procesales. Por su parte, la Ley 38/2011 ha intensificado la restricción de la vista, que sólo tendrá lugar “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” (art. 194.4 LC).

La decisión judicial favorable a la celebración de la vista se subordina, por tanto, a cuatro requisitos: 1.º Que se haya presentado escrito de contestación a la demanda; 2.º Que exista discusión sobre los hechos; 3.º Que éstos sean relevantes, a juicio del juez; y, 4.º Que se hubieran propuesto medios de prueba en los escritos de alegaciones, previa declaración de su pertinencia y utilidad. La formulación legal de cada uno de estos requisitos merece una diversa valoración:

El primer requisito constituye un despropósito mayúsculo, pues subordina el derecho del actor a la práctica de la prueba a una concreta conducta del demandado —la contesta-

ción a la demanda—, con desconocimiento de que en nuestro sistema procesal, la falta de oposición del demandado no supone allanamiento ni reconocimiento de los hechos alegados por el actor, salvo en los casos en que la ley expresamente disponga lo contrario (art. 496.2 LEC); así sucede, por ejemplo, en las tercerías o en el procedimiento para la cuantificación de los daños y perjuicios (arts. 602; 618; 714.2 LEC). Así pues, la falta de contestación del demandado no relega al actor de la carga de probar los hechos que fundamentan su pretensión —*constitutivos*—; hechos que, en defecto de contestación, deberán reputarse controvertidos, aunque al prescindir la ley de la celebración de la vista, aboque al actor a valerse únicamente de los medios de prueba aportados con la demanda (documentos, dictámenes e informes).

Respecto de la relevancia de los hechos controvertidos, la formulación de la norma supone un notable incremento del poder discrecional del juez del concurso y correlativa restricción del derecho a la prueba, dado que, según las normas generales, la actividad probatoria ha de versar sobre los hechos *controvertidos*, pudiendo versar la controversia tanto sobre los hechos fundamentales como sobre los accesorios (art. 281.3 LEC).

Por otra parte, nada habría de censurable en la subordinación de la vista a la solicitud de la práctica de la prueba, si no fuera porque la norma encierra la carga de que la proposición de los medios de prueba tenga lugar en los escritos de demanda y de contestación, y por tanto, respecto del actor, que se lleve a cabo cuando todavía se desconoce el contenido de oposición del demandado; oposición que, en el mejor de los casos, puede que ni siquiera llegue a ser formalizada. En este concreto aspecto, la Ley 38/2011 insiste en la desafortunada redacción proveniente del Real Decreto-ley 3/2009.

Por lo demás, persiguen la celeridad del procedimiento incidental las normas que disponen la parcial acomodación del procedimiento a los trámites del juicio verbal (art. 194.4 LC); la reducción del plazo para la contestación —

de veinte a diez días (art. 194.3 LC)—; la inadmisión de apelaciones independientes contra resoluciones interlocutorias (art. 197.4 LC); la privación del efecto suspensivo de la apelación (art. 197.6 LC) y la sustanciación conjunta de las demandas promovidas sobre una misma cuestión en los supuestos expresamente contemplados por la Ley (art. 191.4 LC).

Régimen de impugnación de las sentencias. La ley establece un sistema dual de apelación de las sentencias dictadas en el incidente concursal. Para las sentencias dictadas en incidentes promovidos en la fase común o en la de convenio se establece un sistema de la impugnación *diferida*, mediante “apelación más próxima”. De este régimen se excepcionan —a partir de la Ley 38/2011— las sentencias sobre acciones de reintegración o de separación, que serán apelables directamente, y cuya apelación gozará de tramitación preferente (art. 197.4 LC). Y para las sentencias que se pronuncian sobre el convenio y las dictadas en incidentes promovidos con posterioridad a su aprobación o durante la fase de liquidación, se dispone la apelación *directa* y la tramitación preferente del recurso (art. 197.5 LC).

La indeterminación legal sobre *qué* apelación merecía la consideración de “más próxima”, motivó que el Real Decreto-ley 3/2009 incluyera una interpretación auténtica en tal sentido (antiguo art. 98 LC); interpretación que la Ley 38/2011 ha redefinido y reubicado en el apartado 4 del artículo 197: “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”. Pero esta redefinición toma como punto de partida —como lo hacía el texto originario de la ley— que las fases de convenio o de liquidación suceden a la fase común, mientras que, en el estado actual de la legislación, las fases común y de liquidación puede coexistir en el tiempo; y en tal tesitura, nos asalta un interrogante: ¿tiene algún sentido, diferir la apelación de las sentencias dictadas en la fase común?

Si se comparte que el fundamento de la apelación *diferida* es evitar que se dilate en el tiempo la consecución de un convenio, parece claro que ninguna razón de peso avala el aplazamiento de la apelación de las sentencias dictadas en la fase común, máxime cuando la anticipación de la liquidación persigue la acelerar la tramitación y conclusión del concurso (cfr. SENÉS: 2009: 135).

Por su parte, el acceso a los recursos extraordinarios de casación y por infracción procesal es muy restringido (art. 197.7 LC). En primer lugar, porque la ley solo establece la impugnabilidad de las sentencias dictadas sobre materias determinadas: las relativas a la aprobación o cumplimiento del convenio, la calificación o conclusión del concurso y las acciones comprendidas en las secciones tercera y cuarta del procedimiento. Y en segundo lugar, porque la ley subordina la admisión de los recursos a “los criterios de admisión previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil” (art. 477 LEC), lo que implica, que al ser el incidente concursal un procedimiento tramitado por razón de la materia, el acceso a casación de las sentencias concursales solo es posible por vía del interés casacional (art. 477.2-3.º LEC; *Acuerdo de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal*, II). Y a remolque de la admisión del recurso de casación, será admisible, en su caso, el recurso extraordinario por infracción procesal (Disposición final 16ª. 1, regla 5ª LEC).

B) EL INCIDENTE CONCURSAL EN MATERIAL LABORAL

Es una modalidad del incidente concursal para la sustanciación de las acciones *individuales* de los trabajadores (salarios, clasificación profesional, antigüedad) que traigan causa del auto de modificación, suspensión o extinción colectiva de los contratos de trabajo en los que el concursado sea empleador (art. 64.8 LC), en el bien entendido sentido, que las pretensiones ejercitables ante el juez del concurso suponen

la confirmación por aquel auto de la existencia de la relación laboral.

El incidente concursal en materia laboral es un *procedimiento especial*, en cuya configuración la ley toma elementos del juicio verbal civil y del proceso laboral ordinario, incorporando así los principios del proceso laboral para el enjuiciamiento de las cuestiones laborales que son competencia del juez del concurso (art. 8-2.º *in fine* LC).

Como singularidad de este procedimiento, merece ser destacada la alternación de las normas de competencia funcional, pues las sentencias dictadas son recurribles en suplicación ante la Sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia correspondiente a la demarcación del juzgado de lo mercantil (arts. 197.8 LC; 75-2.º LOPJ).

4. ALTERNATIVAS AL CONCURSO DE ACREEDORES

Antes de la promulgación de la Ley Concursal, ya se alzaron voces autorizadas denunciando que el concurso fuera la única salida que el Ordenamiento ofreciera frente a la insolvencia (ROJO: 2003: 107). Y, en efecto, la experiencia de los primeros años de aplicación de la ley dio buena cuenta de esta carencia, particularmente gravosa —por desproporcionada y costosa— en el caso de las personas físicas. Sin embargo, hoy como ayer, la crisis de las economías domésticas y el problema del sobreendeudamiento de los particulares sigue siendo asignatura pendiente en Derecho español (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: 2005, 25).

Pero como quiera que la crisis económica que padece España tanto afecta a las economías domésticas como a la generalidad de empresas, cualquiera que sea el volumen de negocio y el sector de su actividad, se han venido postulando alternativas al concurso en dos líneas de actuación diferentes: por una parte, la articulación de mecanismos que permitan superar la crisis empresarial (*refinanciaciones*), y por otra,

el establecimiento de procedimientos de factura extrajudicial que posibiliten la subsistencia de los deudores en riesgo de exclusión social, incluido el recurso a la mediación.

Con el propósito de superación de la crisis empresarial se han introducido en nuestro Ordenamiento los *acuerdos de refinanciación*: primero, mediante la reforma llevada a cabo por el Real Decreto-ley 3/2009, que adicionó una nueva Disposición adicional cuarta a la Ley Concursal; y más tarde, mediante la Ley 38/2011, que además de reformular el contenido de aquélla, incardinó tales acuerdos en el marco de las acciones de reintegración (art. 71.6 LC). Ambas normas suponen un tímido avance en la articulación legal de *otras* posibles soluciones a la insolvencia, aunque los requisitos exigidos a esta modalidad de acuerdos de refinanciación son tan rigurosos, que su consecución reviste, en la práctica, tintes de excepcionalidad.

Sea cual fuere la dimensión práctica de los acuerdos que prevé la ley, lo cierto es que el modelo de refinanciación que diseña el legislador excede el mero acuerdo de voluntades (solución privada) y transita hacia una auténtica *“composición”* de los intereses en juego con la intervención del juez (homologación).

A) HOMOLOGACIÓN JUDICIAL DE LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN

La homologación es la decisión judicial por la que la espera pactada con los acreedores financieros se *extiende* a los demás acreedores no firmantes del acuerdo, o disidentes, cuyos créditos no estén dotados de garantía real. Eventualmente, la homologación también puede comportar la paralización de las ejecuciones promovidas por los acreedores financieros durante el plazo de espera pactado —paralización que no podrá exceder los tres años—, si bien, es éste un efecto colateral, no necesario, como sin lugar a dudas denotan los requisitos que lo condicionan: necesaria instancia de parte y ponderación judicial de las “circunstancias concurrentes” favorables a la paralización.

La equiparación subjetiva en que consiste la homologación no alcanza a todos los acreedores del deudor, sino a los “acreedores profesionales”; ni, por otra parte, es prudente que deba favorecer a sujetos distintos del aquél en cuya virtud se gestó el acuerdo. De ahí que la *afectación* que comporta la homologación no alcance a quienes estuvieran ligados al deudor con un vínculo de solidaridad —legal o convencional—, o fueren fiadores o avalistas de aquél.

Condición indispensable de la homologación es que el acuerdo reúna los requisitos que establece la ley: las condiciones establecidas en el apartado 6 del artículo 71; un contenido solo de espera —que bien podrá exceder los tres años—, y la suscripción por acreedores que representen al menos el setenta y cinco por ciento del pasivo titularidad de entidades financieras en el momento la adopción. Junto a estos requisitos objetivos, es preciso también que el acuerdo “no suponga un sacrificio desproporcionado” para los acreedores que no lo suscribieron; condición esta cuya indeterminación y necesaria ponderación de los intereses en juego —del deudor y los firmantes del acuerdo, por un lado, y de los acreedores no firmantes, por otro— abona y justifica que la homologación se atribuya al juez, y no a una autoridad administrativa, notarial o registral.

Pero no bastando la intervención judicial para que un proceso merezca la consideración de *jurisdiccional*, nos aprestamos a concluir que el procedimiento de homologación de acuerdos de refinanciación engrosa el ámbito de la denominada *jurisdicción voluntaria*, pues no en vano, la homologación la *insta y obtiene* el deudor de forma unilateral: mediante *solicitud* que no entraña el ejercicio de una genuina pretensión *frente* a sujetos determinados (cfr. art. 5.2 LEC), aunque sí implique, lógicamente, la actuación del deudor en el ejercicio de su propio interés.

Cuestión diferente a la naturaleza voluntaria del procedimiento es que los sujetos *afectados* por la homologación puedan oponerse a la decisión judicial: en un proceso *contencioso*, promovido *frente* al deudor (demandado), ha-

ciendo valer los motivos *tasados* que autoriza la ley —insuficiencia del pasivo legalmente exigido y desproporción del sacrificio exigido (al impugnante)—, y que se sustentará por el procedimiento del incidente concursal. A estos efectos, la ley dispone que, además de al deudor, se confiera traslado de las impugnaciones “al resto de los acreedores que son parte en el acuerdo de refinanciación para que puedan oponerse a la impugnación”; pero dado que éstos no han sido parte en el procedimiento de homologación, no merecen la consideración de demandados, como en otro caso habrían de serlo si el objeto de la impugnación fuere el acuerdo de refinanciación (*listisconsorcio pasivo necesario*).

La acción de impugnación de la homologación deberá ser ejercitada en los quince días *hábiles* siguientes a la publicación de la resolución —auto— de homologación del acuerdo, siendo objeto de tramitación conjunta *todas* las impugnaciones presentadas, a cuyo efecto, el secretario no conferirá los traslados correspondientes hasta que no haya transcurrido el citado plazo.

La restricción de los motivos de oposición a la homologación abona la privación del efecto de cosa juzgada de la sentencia que pone fin al procedimiento, en el bien entendido sentido, que la remisión legal al incidente concursal se debe entender efectuada a sus trámites procedimentales, con la consiguiente inaplicación del apartado 1 del artículo 196 (LÓPEZ SÁNCHEZ: 2012: 70). Por tanto, es posible —al menos en teoría— la incoación por los acreedores *afectados* de un proceso declarativo de carácter *plenario* frente a la homologación, aunque lo estimamos poco probable en la práctica. En primer lugar, atendido el carácter objetivo que revisten la mayoría los requisitos enunciados en el apartado 6 del artículo 71; y en segundo lugar, vista la restricción de la legitimación para impugnar los acuerdos de refinanciación, que la ley atribuye en exclusiva a la administración concursal (art. 72.2 LC). Ello unido a la supresión del recurso de apelación frente a la sentencia que resuelve la impugnación supone, de facto, la vinculación de

los acreedores al contenido del acuerdo en caso de sentencia desestimatoria; y también, la soberanía del juez de lo mercantil para definir, en cada caso concreto, *qué* sacrificio exigido vale como “proporcionado” y en relación a *qué otro* elemento, distinto de la espera obligatoria, se concluye la proporcionalidad.

La homologación judicial de los acuerdos de refinanciación solo puede ser considerada una alternativa al concurso de acreedores en la medida en que refuerza la eficacia de éstos y contribuye a superar la insolvencia. Y es precisamente desde la óptica del presupuesto objetivo del concurso, que el procedimiento de homologación se nos presenta como la antítesis del concurso de acreedores; y la homologación, en sí misma considerada, como un *óbice procesal* a la declaración de concurso a instancia de los acreedores, cuya solicitud será inadmisibile sin la previa declaración judicial de incumplimiento del acuerdo por el deudor.

La ley dispone que la pretensión de incumplimiento se sustancie a través de un procedimiento “equivalente” (sic) al incidente concursal y que se confiera traslado —entiéndase, de la demanda— al deudor y a todos los acreedores “comparecidos” para que puedan oponerse a la misma. Sin embargo, tal equivalencia quiebra en materia de recursos, pues por expresa disposición legal, la sentencia sobre el incumplimiento del acuerdo está privada del recurso de apelación.

B) PROCEDIMIENTOS EXTRAJUDICIALES FRENTE A LA INSOLVENCIA

En el horizonte de las medidas alternativas al concurso de acreedores, la doctrina y alguna declaración legal, abogan por el establecimiento de procedimientos extrajudiciales para afrontar las dificultades económicas de empresas y de particulares. En particular, en el ámbito empresarial, se echa en falta la potenciación de los “convenios extrajudiciales preconcursales”, que con variados diseños y atribución competencial, posibiliten la superación de la crisis desde una situación de preinsolvencia (ROJO:

2003: 110). No es éste el planteamiento que subyace en la comunicación al juez del inicio de las negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación —*ex artículo 5 bis*—, por más que tal previsión persiga la superación de la insolvencia, y con ello, la evitación de la declaración del concurso necesario.

Por su parte, respecto de las personas físicas, prolongado es el clamor de la doctrina sobre la necesaria articulación de procedimientos acordes con la situación que presentan —limitado número de acreedores y contadas fuentes de ingresos—. Pero hasta la fecha, fallidas han sido las propuestas de regulación, tanto en el seno de la Ponencia especial de la Comisión General de Codificación para la reforma de la Ley Concursal, como las diversas propuestas encauzadas a través del Ministerio de Justicia.

Precisamente en el marco del informe que el Gobierno habría de remitir a las Cortes Generales sobre la aplicación y efectos de las medidas adoptadas para mejorar la situación de las personas físicas y de las familias, la Ley 38/2011 dispuso que este informe se extendiera a otras posibles “opciones de solución extrajudicial” de las dificultades para satisfacer sus obligaciones, y en particular, las garantizadas con hipotecas, ya “sean de carácter notarial o registral, de mediación, o de otra naturaleza” (Disposición adicional única). Esta declaración, de tintes programáticos, unida a la promulgación y entrada en vigor del *Real Decreto-ley 5/2012*, ha suscitado el debate sobre la conveniencia y viabilidad de la mediación en el ámbito concursal.

Partiendo de las experiencias de Derecho comparado (sistemas francés y belga), la “mediación concursal” se postula como un procedimiento adecuado a la insolvencia de las per-

sonas físicas y de las Pymes, señaladamente, en vista de las escasas posibilidades de negociar y concluir un acuerdo de refinanciación (GALLEGO: 2012: 13). Los puntos neurálgicos de la mediación concursal pasan por determinar, en primer lugar, el sector del Ordenamiento jurídico desde el que deba abordarse su regulación —Derecho de consumo/Derecho de la insolvencia—; en segundo lugar, la relación del procedimiento de mediación respecto del concurso de acreedores —mediación extrajudicial/intrajudicial—; en tercer lugar, la especialización del mediador y, en su caso, la compatibilidad del ejercicio de las funciones de mediador y de administrador concursal; y, en cuarto lugar, la eficacia de los acuerdos alcanzados en el procedimiento de mediación (cfr. GALLEGO: *passim*).

A los aspectos anteriores se añaden otros propios de la mediación en tanto que procedimiento de *negociación asistida*, tales como la definición del quehacer del mediador —en particular, su capacidad para articular propuestas de acuerdo— y el ámbito de aplicación de la mediación concursal, dado que la presencia de intereses jurídico-públicos desdibuja el horizonte de las soluciones negociadas.

Con las reservas propias de ser la mediación concursal un campo por explorar, nos atrevemos a sugerir algunas directrices sobre un posible modelo a seguir. En este sentido, apostamos por una mediación de carácter facultativo y preconcursal (desjudicializada); por la incompatibilidad funcional —que no orgánica— de las funciones de mediador y de administrador concursal; y por la homologación judicial de los acuerdos de mediación, en su doble vertiente relativa a la atribución de eficacia ejecutiva y posible afectación/postergación de los acreedores no firmantes del acuerdo.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

AAVV, *Comentarios a la Ley Concursal* (Cordón Moreno, Dir.), Thomson-Reuters, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009.

AAVV, *Comentario de la Ley Concursal* (Rojo/Beltrán, Dirs.), Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “El presupuesto subjetivo del concurso. En particular, el problema del sobreendeudamiento de los consumidores”, en *Las claves de la Ley Concursal* (Quintana/Bonet/García-Cruces, Dirs.), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005, pp. 17-34.

- CORDÓN MORENO, F., *Proceso concursal*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005.
- “Aspectos procesales de la reforma concursal”, en *El concurso de acreedores. Adaptado a la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal* (Pulgar, Dir.), La Ley, Madrid, 2012, pp. 641-668.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., “La naturaleza jurídica de la declaración judicial de concurso”, en *Tratado de Derecho Mercantil* (Olivencia/Fernández-Nóvoa/Jiménez de Parga, Dirs.), T. 47, volumen 7, *Derecho concursal procesal*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 17-39.
- CUENCA CASAS, M., “Insolvencia de la persona física y sobreendeudamiento hipotecario: ‘intentos’ de regulación y ninguna solución”, en *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, n.º 17, 2012, pp. 97-110.
- DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., “Proceso concursal”, en *Enciclopedia de Derecho Concursal* (Beltrán/García-Cruces, Dirs.; Ávila de la Torre/Campuzano, Coords.), Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, T. II, pp. 2437-2443.
- GALLEGO SÁNCHEZ, E., “La mediación concursal. Alternativa para la solución de las crisis de no empresarios y Pymes”, en *Cuadernos Foro Negocia* (Centro de negociación y Mediación, Instituto de Empresa), Madrid, n.º 6, 2012.
- HERRERO PEREZAGUA, J.F., “La impugnación del auto de declaración del concurso voluntario”, en *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 13, 2008, pp. 155-184.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *El proceso concursal*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012.
- QUINTANA CARLO, I., “El sobreendeudamiento de los consumidores y la Ley Concursal”, en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid, Vol. II, pp. 2255-2272.
- ROJO, A., “La reforma del derecho concursal español”, en *La reforma de la legislación concursal*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003, pp. 87-130.
- “Problemas y cuestiones en torno al sobreendeudamiento e insolvencia de las familias españolas”, en *El futuro de la protección jurídica de los consumidores* (Actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores), (Tomillo/Álvarez, Coords.), Civitas, 2008, pp. 251-256.
- SENÉS, C., “La integración legal de la ‘apelación más próxima’ en el proceso concursal”, en *Anuario de derecho concursal*, n.º 18, 2009-3, pp. 115-143.
- “El ‘tiempo’ de la insolvencia en el concurso necesario con oposición y la ‘absorción’ del concurso voluntario por el concurso necesario estimado en apelación”, en *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 22, 2011-1, pp. 417-446.
- “‘El procedimiento abreviado’ en el proyecto de ley de reforma de la Ley Concursal”, en *Materiales de la reforma concursal (2009-2011)*, (Beltrán/Campuzano, Coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 633-639.
- “Medidas cautelares”, en *Enciclopedia de Derecho Concursal* (Beltrán/García-Cruces, Dirs.; Ávila de la Torre/Campuzano, Coords.), Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, T. II, pp. 2027-2046.
- VEGAS TORRES, J., “El concurso como proceso jurisdiccional: estructura del concurso”, en *Las claves de la Ley Concursal* (Quintana/Bonet/García-Cruces, Dirs.), Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005, pp. 83-111*.

Fecha recepción: 03/07/2012

Fecha aceptación: 05/11/2012

* Estudio realizado en el marco de los Proyectos de investigación DER2011-23274 (Ministerio de Ciencia e Innovación), SEJ-3729 y SEJ-5301 (Consejería de Economía, Innovación y Ciencia, Junta de Andalucía); cofinanciados con FEDER.