



UNIVERSITAT^{DE}
BARCELONA

El incidente concursal: un proceso judicial propio dentro del ordenamiento procesal español

Juan Carlos Capdevila Sánchez



Aquesta tesi doctoral està subjecta a la llicència **Reconeixement 3.0. Espanya de Creative Commons.**

Esta tesis doctoral está sujeta a la licencia **Reconocimiento 3.0. España de Creative Commons.**

This doctoral thesis is licensed under the **Creative Commons Attribution 3.0. Spain License.**

UNIVERSIDAD DE BARCELONA

**EL INCIDENTE CONCURSAL:
UN PROCESO JUDICIAL PROPIO DENTRO DEL
ORDENAMIENTO PROCESAL ESPAÑOL**

**Tesis doctoral presentada por
JUAN CARLOS CAPDEVILA SANCHEZ**

**Directora: M^a Elisa Escolà i Besora
Tutor: Vicente Pérez Daudí**

JUNIO - 2017

**Universidad de Barcelona
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Procesal y Administrativo
Programa de Doctorado en Derecho y Ciencia Política
Línea de Investigación: Derecho Procesal**

“No puedes escribir todo lo que aprendes...
muchas cosas quedan para tu acervo personal”

M^a ELISA ESCOLÀ I BESORA

ÍNDICE

RESUMEN.....	15
INTRODUCCIÓN.....	17
CAPÍTULO PRIMERO. EL PROCESO CONCURSAL EN EL MARCO DEL NUEVO PROCESO CIVIL	21
1) NECESIDAD Y MODIFICACIÓN DEL ORDENAMIENTO PROCESAL	21
2) LOS PRINCIPIOS COMUNES A LOS PROCESOS CIVIL Y CONCURSAL... 24	
a) La simplificación y codificación del Derecho Procesal Civil.....	24
b) La potenciación de la primera instancia y los poderes de intervención del Juez	27
c) La primacía del interés del justiciable	27
d) El reforzamiento del crédito	28
e) El principio de oralidad.....	29
f) Los principios de inmediación, concentración y publicidad	31
i) Inmediación	31
ii) Concentración.....	32
iii) Publicidad.....	32
g) Los principios dispositivo, de aportación de parte y de libre valoración de la prueba	34
i) Principio dispositivo	34
ii) Aportación de parte.....	35
iii) Libre valoración de la prueba.....	35
3) LOS PRINCIPIOS ESPECÍFICOS DEL PROCESO CONCURSAL.....	35
a) El principio de la triple unidad: unidad legal, de disciplina y de sistema	35
b) El principio de flexibilidad.....	37
c) El principio de continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial.....	38
d) El principio de universalidad o concursalidad	38
e) El principio de celeridad	39
4) EL PROCESO CONCURSAL Y SU ESTRUCTURA	39
a) Introducción	39
b) La estructura del concurso.....	41
i) La comunicación de las negociaciones.....	42
ii) La regulación del Título I de la Ley Concursal	42
iii) Las secciones del concurso	43
iv) La fase común	44
v) La fase de convenio.....	44
vi) La fase de liquidación	45
CAPÍTULO SEGUNDO. LA CREACIÓN DE UN PROCESO JUDICIAL PROPIO	47
1) EL INCIDENTE CONCURSAL COMO PIEZA BÁSICA	47
2) LA CONFIGURACIÓN DEL INCIDENTE CONCURSAL	48
3) NATURALEZA JURÍDICA DEL INCIDENTE CONCURSAL.....	50

4) CARACTERÍSTICAS DEL INCIDENTE CONCURSAL	51
5) LA NO SUSPENSIÓN DEL CURSO DE LAS ACTUACIONES.....	52
6) NOMENCLATURA ADECUADA O INADECUADA: “INCIDENTE CONCURSAL”	52
7) ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL INCIDENTE CONCURSAL.....	53
a) Remisiones expresas al incidente concursal	54
b) Los nuevos juicios declarativos.....	56
i) Las materias enumeradas en el art. 8 LC.....	57
ii) Las cuestiones prejudiciales del art. 9 LC.....	61
c) Juicios en tramitación en el momento de la declaración de concurso.....	63
i) Continuación de los juicios declarativos pendientes.....	63
ii) La acumulación de los juicios declarativos pendientes.....	65
d) Exclusiones expresas	66
e) Otras tramitaciones	73
8) LA EXISTENCIA DEL INCIDENTE CONCURSAL LABORAL.....	75
CAPÍTULO TERCERO. LAS PARTES EN EL INCIDENTE CONCURSAL	77
1) INTRODUCCIÓN.....	77
2) ESTATUS DE PARTE.....	78
3) LAS PARTES PROCESALES, EN GENERAL	80
a) El deudor común	80
b) La administración concursal.....	83
c) El Ministerio Fiscal.....	83
d) Los acreedores, demás legitimados y quienes ostenten interés legítimo en el concurso... 84	
4) LA ADQUISICIÓN DE LA CONDICIÓN DE PARTE EN EL INCIDENTE CONCURSAL	85
a) La parte demandante incidental.....	85
b) La parte demandada incidental.....	85
i) La parte demandada inicialmente designada	85
ii) La entrada en el proceso por ampliación de la demanda incidental	86
iii) Cualesquiera otras partes que sostengan posiciones contrarias y aquellos que ostenten y acrediten interés legítimo.....	86
c) La entrada por acumulación de incidentes concursales	88
5) EL COADYUVANTE	89
a) Planteamiento inicial	89
b) La intervención procesal en la Ley de Enjuiciamiento Civil	89
c) La intervención procesal en el incidente concursal.....	90
d) La eliminación de la intervención procesal en el incidente concursal	91
i) La intervención del coadyuvante en la posición activa	91
ii) La intervención del coadyuvante en la parte pasiva	91
iii) El alcance de los efectos de la cosa juzgada y las costas procesales.....	92
iv) La eliminación de la figura del interviniente	93
6) LAS PARTES EN EL INCIDENTE CONCURSAL EN LA PROPUESTA DE REAL DECRETO LEGISLATIVO POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL.....	95

CAPÍTULO CUARTO. LA DEMANDA INCIDENTAL Y SU ADMISIÓN.....97

1) LAS ACTUACIONES ANTES DE LA DEMANDA INCIDENTAL Y OTRAS QUE INCIDEN DIRECTAMENTE EN EL PROCESO.....	97
a) Preparación y prevención de un ulterior proceso	97
i) La conciliación previa.....	97
ii) La reclamación previa.....	100
iii) Las diligencias preliminares	101
b) La prueba en el incidente concursal fuera del acto de vista	102
i) La prueba anticipada	102
ii) El aseguramiento de la prueba	103
c) Las medidas cautelares en el incidente concursal.....	104
2) LA DEMANDA INCIDENTAL.....	106
a) La necesidad de un acto iniciador del proceso incidental	107
b) La forma y contenido de la demanda incidental	107
3) LA ACUMULACIÓN DE ACCIONES Y DE PROCESOS	110
a) La acumulación de acciones.....	111
b) La acumulación de procesos	112
c) La acumulación en el incidente concursal	112
i) El supuesto del art. 96.5 LC.....	113
ii) La impugnación del inventario y de la lista de acreedores en el procedimiento abreviado, art. 191.4 LC	114
iii) El supuesto de acumulación de procesos respecto del art. 51.1 LC	115
iv) La regla general de la acumulación del art. 193.3 LC.....	116
v) El supuesto de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley Concursal	117
e) Existencia de acumulaciones en sentido distinto del modelo procesal civil	117
4) EL JUICIO DE ADMISIBILIDAD	118
a) Introducción.....	118
b) Decisión sobre cuestiones procesales.....	118
i) Recepción por el Letrado de la Administración de Justicia.....	118
ii) La presentación de la demanda incidental sin la forma establecida en el art. 399 LEC	120
iii) El no acompañamiento de los documentos expresamente exigidos por la Ley	121
iv) La no presentación de documentos sobre el fondo	122
v) Mención de la prueba en la demanda incidental.....	124
c) Decisión sobre las cuestiones de fondo	124
i) Su posible inconstitucionalidad.....	124
ii) Planteamiento de una cuestión impertinente	127
iii) Planteamiento de una cuestión carente de entidad necesaria para tramitarse por la vía incidental.....	129
iv) Actos de administración o impugnaciones por razones de oportunidad	133
v) Sólo una causa de inadmisión sustantiva	135
5) LA INADMISIÓN DE LA DEMANDA INCIDENTAL.....	136
6) LA ADMISIÓN DE LA DEMANDA INCIDENTAL	137

CAPÍTULO QUINTO. POSTURAS DEL DEMANDADO INCIDENTAL

1) NO COMPARECENCIA DEL DEMANDADO INCIDENTAL	141
a) Los demandados designados inicialmente	141
b) Los demandados no inicialmente designados	142
c) Los recursos para el demandado rebelde.....	142
d) La rescisión de la sentencia incidental firme	143

2) COMPARECENCIA Y NO CONTESTACIÓN A LA DEMANDA INCIDENTAL	144
3) LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA INCIDENTAL	144
a) El momento de la presentación de la contestación	145
b) Consideración especial a la averiguación del domicilio del demandado incidental	147
c) Contenido del escrito de contestación	149
4) LA RECONVENCIÓN	149
a) Introducción	149
b) La admisibilidad de la reconvencción como norma general	150
c) Requisitos de la admisibilidad de la reconvencción	152
i) Momento procesal	152
ii) Conexidad	152
iii) Explícita	154
iv) Competencia del Juez del concurso	154
v) Tipo de juicio	155
vi) Sujetos demandados reconvenccionales incidentales	155
d) Aspectos formales de la reconvencción	156
5) EL ALLANAMIENTO	157
a) Introducción	157
b) Allanamiento parcial	158
c) Costas procesales en el allanamiento	158
CAPÍTULO SEXTO. FASE INTERMEDIA.....	161
1) LAS CUESTIONES PROCESALES EN EL INCIDENTE CONCURSAL.....	162
2) ESTRUCTURA DEL TRÁMITE	162
3) OTRAS CUESTIONES PARA ESTE TRÁMITE	163
4) LA NECESIDAD DE UN MOMENTO PRECLUSIVO DE ALEGACIONES EN EL INCIDENTE CONCURSAL	164
5) LAS ALEGACIONES COMPLEMENTARIAS.....	165
6) LOS HECHOS NUEVOS O DE NUEVA NOTICIA.....	166
CAPÍTULO SÉPTIMO. LA VISTA EN EL INCIDENTE CONCURSAL	169
1) INTRODUCCIÓN.....	169
2) LA REFORMA DE 2009	170
3) LA ACTUAL REDACCIÓN DEL ART. 194 LC	170
4) EL DESARROLLO DE LA VISTA INCIDENTAL EN RELACIÓN AL ART. 443 LEC.....	171
a) La petición o ratificación de lo expuesto en la demanda incidental.....	171
b) Las cuestiones procesales.....	172
c) El acuerdo entre las partes	172
d) Fijación de los hechos relevantes	173
e) Proposición y práctica de la prueba	173

f) Trámite de conclusiones	174
5) ALGUNAS CUESTIONES DE LA CITACIÓN A LA VISTA EN EL INCIDENTE CONCURSAL	174
6) LAS DILIGENCIAS FINALES.....	176
a) Introducción.....	176
b) La procedencia de las diligencias finales en el incidente concursal.....	177
i) La ubicación de las diligencias finales en sede incidental concursal.....	178
ii) La disposición de los arts. 447.1 LEC y 196.1 LC.....	178
iii) Necesidad por la complejidad de ciertas pretensiones deducidas.....	178
c) Presupuestos para su admisión.....	179
i) A instancia de parte.....	179
ii) Actuaciones de prueba.....	179
iii) Propuestas y admitidas en tiempo y forma.....	179
iv) Imposibilidad por causas ajenas a la parte proponente.....	180
v) Referidas a hechos nuevos o de nueva noticia.....	180
vi) La excepción del apartado segundo del art. 435 LEC.....	180
 CAPÍTULO OCTAVO. LA RESOLUCIÓN JUDICIAL QUE PONE FIN AL INCIDENTE CONCURSAL	 183
1) INTRODUCCIÓN.....	183
2) LA PREVISIÓN DEL ART. 196 LC	184
a) El plazo.....	184
b) Costas procesales.....	185
c) Cosa juzgada.....	185
d) Otras cuestiones aplicables	185
3) LA TERMINACIÓN DEL INCIDENTE CONCURSAL POR EL PODER DE DISPOSICIÓN DE LAS PARTES.....	185
a) Caducidad de la instancia.....	185
b) Satisfacción extraprocesal o carencia sobrevenida de objeto.....	186
c) Desistimiento.....	186
d) Transacción.....	187
e) Allanamiento.....	188
f) Renuncia.....	188
4) LA COSA JUZGADA.....	189
a) Introducción.....	189
b) La cosa juzgada formal.....	190
c) La cosa juzgada material.....	190
i) La triple identidad: eadem personae.....	191
ii) La triple identidad: eadem res.....	193
iii) La triple identidad: eadem causa petendi.....	194
d) Lo deducible.....	194
e) El elemento temporal.....	195
 CAPÍTULO NOVENO. LAS COSTAS PROCESALES	 197
1) INTRODUCCIÓN.....	197
2) DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LAS COSTAS PROCESALES.....	198
a) Delimitación del concepto de costas procesales.....	198
b) Naturaleza jurídica.....	198
c) Caracteres.....	199

3) CONDENAS EN COSTAS	199
4) CRITERIOS DE IMPOSICIÓN	200
a) El criterio del vencimiento	200
b) Serias dudas de hecho o de derecho	200
c) Estimación parcial con condena en costas	200
d) La condena en costas en el allanamiento.....	201
e) Condena en costas en caso de desistimiento	201
f) Satisfacción extraprocésal o carencia sobrevenida de objeto.....	201
5) LA DETERMINACIÓN DEL IMPORTE DE LA CONDENAS EN COSTAS.....	202
a) El procedimiento.....	202
b) La cuantía en el incidente concursal.....	202
6) TRATAMIENTO CONCURSAL DEL CRÉDITO A FAVOR DEL LITIGANTE VENCEDOR	203
a) Introducción.....	203
b) No existencia de expresa condena en costas	203
c) Condena en costas a acreedores o terceros legitimados	204
i) La administración concursal como beneficiaria en costas	204
ii) El deudor común como beneficiario en costas.....	205
d) Condena en costas al deudor común y/o a la administración concursal.....	205

CAPÍTULO DÉCIMO. LOS RECURSOS EN EL INCIDENTE CONCURSAL

207

1) INTRODUCCIÓN.....	207
2) RECURSOS DURANTE LA TRAMITACIÓN DEL INCIDENTE CONCURSAL	208
a) Recursos contra la providencia admitiendo a trámite	208
b) Recursos frente al auto que se pronuncia respecto de la intervención con plena autonomía.....	209
c) Recursos frente a la resolución judicial de acumulación de incidentes concursales.....	211
d) Recursos frente a la resolución citando a vista	211
e) Recursos frente a la resolución judicial que acuerda estar los autos listos para sentencia	212
f) Recursos frente a la resolución judicial resolviendo cuestiones procesales	212
3) EL RECURSO DE APELACIÓN.....	213
a) La posible inconstitucionalidad de la apelación diferida	214
b) Requisitos para la interposición del recurso de apelación en la apelación más próxima..	215
i) Legitimación del recurrente.....	215
ii) El gravamen.....	215
iii) Competencia del órgano judicial	216
iv) Recurribilidad de la resolución judicial impugnada	216
v) Interposición en tiempo y forma	216
vi) ¿El recurso de reposición frente a la resolución que se apelará?.....	216
vii) Protesta.....	218
viii) Impugnación formal de la resolución vehicular.....	218
c) Los autos definitivos del incidente concursal y la apelación	219
i) Referencia al auto del art. 194.2 LC	220
ii) El auto de inadmisión del art. 403.1 LEC.....	221
iii) El auto del art. 192.3 LC.....	222
d) Las sentencias incidentales recurribles en apelación diferida.....	222
e) Las sentencias incidentales recurribles en apelación directa.....	222

4) LOS RECURSOS EXTRAORDINARIOS POR INFRACCIÓN PROCESAL Y DE CASACIÓN	224
a) Introducción	224
b) Requisitos de admisión del recurso extraordinario por infracción procesal.....	224
i) Legitimación del recurrente.....	224
ii) Gravamen	224
iii) Competencia del Tribunal	225
iv) Recurribilidad de la resolución judicial impugnada	225
v) No reiteración de recursos.....	225
vi) Interposición en tiempo y forma	225
vii) Protesta.....	228
viii) Otras causas de inadmisión	228
c) Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal.....	230
d) Los requisitos de admisión del recurso de casación	230
i) Legitimación del recurrente.....	230
ii) Gravamen	230
iii) Competencia del órgano judicial	230
iv) Recurribilidad de la resolución judicial	231
v) Interposición en tiempo y forma.....	231
vi) Otras causas de inadmisión.....	231
e) Los motivos del recurso de casación	232
i) Las sentencias dictadas para la tutela civil de los derechos fundamentales	232
ii) Las sentencias cuya cuantía excediere de 600.000,00 euros.....	233
iii) El interés casacional	233
f) Resoluciones recurribles	234
i) Sentencias relativas a la aprobación del convenio	234
ii) Sentencias relativas al cumplimiento del convenio	235
iii) La sentencia de calificación del concurso	235
iv) Las sentencias incidentales que resuelvan acciones de las comprendidas en la Sección Tercera	235
v) Las sentencias incidentales que resuelvan acciones de las comprendidas en la Sección Cuarta.....	237
5) EL RECURSO DE QUEJA.....	238
i) Legitimación del recurrente.....	238
ii) El gravamen.....	238
iii) Competencia del órgano judicial	238
iv) Recurribilidad de la resolución judicial impugnada	238
v) Interposición en tiempo y forma.....	238
vi) Sustanciación y decisión.....	239

CAPÍTULO UNDÉCIMO. EN ESPECIAL, EL INCIDENTE CONCURSAL DE IMPUGNACIÓN DEL INVENTARIO Y DE LA LISTA DE ACREEDORES.....241

1) INTRODUCCIÓN.....	241
2) ¿DISTINTAS IMPUGNACIONES DEL INVENTARIO Y LA LISTA DE ACREEDORES?.....	241
3) LA IMPUGNACIÓN DEL ART. 96.5 LC	244
a) Notificación del proyecto de inventario y la lista de acreedores	244
b) La publicidad del informe	244
c) Las demandas incidentales de impugnación del inventario y de la lista de acreedores ...	245
4) LA IMPUGNACIÓN DEL ART. 96.BIS.3 LC	246
a) Las comunicaciones posteriores de créditos	246
b) La lista de acreedores definitiva y su publicación.....	246
c) Las demandas incidentales de impugnación de la lista de acreedores definitiva	247

5) LA IMPUGNACIÓN DEL ART. 97.BIS.2 LC	247
a) Presentación de la solicitud	248
b) Informe de la administración concursal	248
c) Las alegaciones al informe favorable o desfavorable de modificación de la lista de acreedores definitiva y la interposición de demanda incidental	248
6) LA IMPUGNACIÓN DEL ART. 191.4 LC	249
CAPÍTULO DUODÉCIMO. EN ESPECIAL, EL INCIDENTE CONCURSAL DE CALIFICACIÓN DEL CONCURSO	251
1) INTRODUCCIÓN.....	251
2) FINALIDAD, CARÁCTER Y NATURALEZA JURÍDICA.....	252
a) Finalidad.....	252
b) Carácter.....	253
c) Naturaleza jurídica.....	253
3) LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL	253
4) LA INSERCIÓN DE LA SECCIÓN DE CALIFICACIÓN EN EL CONCURSO.....	254
5) EL ESQUEMA PROCEDIMENTAL	255
a) La demanda incidental en la calificación del concurso	255
i) El trámite de alegaciones del art. 168 LC	257
ii) El dictamen de la administración concursal y el informe del Ministerio Fiscal como demanda incidental en la calificación del concurso	258
iii) Los escritos de oposición como demanda incidental de calificación del concurso.....	259
b) Partes y legitimación en la calificación del concurso	260
i) La administración concursal	260
ii) El Ministerio Fiscal	261
iii) El deudor común	262
iv) Los emplazados comparecidos.....	262
v) Los emplazados no comparecidos	262
vi) Acreedores y personas que acrediten interés legítimo	263
c) El poder de disposición de las partes.....	264
d) El objeto del proceso de la calificación del concurso y el acto de la vista.....	265
i) El objeto del proceso	265
ii) La reconvencción.....	266
iii) El acto de la vista	266
e) El sistema de presunciones en el incidente concursal de calificación del concurso	266
CONCLUSIONES	271
BIBLIOGRAFÍA. INDICE DE AUTORES	275
JURISPRUDENCIA CITADA	283

RESUMEN

El objeto de la presente tesis se enmarca en el estudio, tanto académico y doctrinal, como práctico, del incidente concursal.

En primer lugar se ha buscado ubicar este proceso incidental dentro del marco procedimental del concurso, su naturaleza jurídica y sus caracteres.

El grueso del estudio se centra en aspectos procesales propios de cualquier proceso: entre otros, las partes procesales, demanda, contestación y reconvencción, una denominada fase intermedia, acto de la vista y resolución judicial final. Se incluye, además, las costas procesales y el sistema de recursos.

Por último, se ha incluido un estudio para los dos incidentes concursales más trascendentales de nuestra práctica judicial: los incidentes concursales de impugnación del inventario y de la lista de acreedores y de calificación del concurso.

Para ello se han utilizado tanto los trabajos de autores de reconocida valía, como la jurisprudencia aplicable al caso y la práctica de nuestros Tribunales.

INTRODUCCIÓN

I

Me van a permitir que comience agradeciendo su colaboración y comprensión a todos aquellos que de una u otra forma han ayudado a la creación de este estudio, que no es sino un eslabón más en el eterno proceso de formación personal.

Decía Umberto Eco que es de buena costumbre si alguien nos ha ayudado con consejos orales, préstamo de libros raros o ayudas de otro tipo, insertar al principio o al final de la tesis una nota de agradecimiento. Estoy convencido de que debo dar las gracias a muchísimas personas y que enumerarlas sería desconsiderado para algunas en su olvido, así como desconsiderado para quienes debieran soportarlas. A todas ellas he tenido la oportunidad de agradecer su inestimable intervención, por lo que obviando una enumeración individualizada, plasmo aquí un recuerdo generalizado: Gracias otra vez.

II

Este estudio tiene su origen en la Universidad de Barcelona, en el Departament de Dret Administratiu i Dret Procesal, por lo que el manejo de conceptos y expresiones, objeto y conclusiones, pese a sus posibles errores o imprecisiones, es eminentemente procesal.

El inicio de esta investigación partió de una “especial atracción” hacia el Derecho concursal, en la que una pregunta de mi directora de tesis, la Doctora M^a Elisa Escolà i Besora, centró mi total interés: “Per què no ho fas de l'incident concursal?”. En ese momento descubrí que el incidente concursal ordinario constituía un tema acotado, que las fuentes a consultar eran asequibles y la bibliografía no excesivamente extensa, dado que había visto la luz jurídica en septiembre de 2004.

Mi “especial atracción” hacia el incidente concursal se centró en su naturaleza de pieza básica del ordenamiento concursal, su “extraña” configuración respecto del proceso civil -como híbrido o mixtura, según parte de la calificación doctrinal-, la diferenciación de la

persona que admite a trámite la demanda respecto del proceso civil, la ingente cantidad de cuestiones que se ventilan por sus cauces y los que “se escapan” de su ámbito de aplicación, así como su trascendencia en el tráfico mercantil y su complejidad técnica en la legislación concursal.

Con la perspectiva del tiempo transcurrido, debo reconocer que aquella pregunta me ha dirigido a conocer al incidente concursal como algo más que un proceso declarativo. Se trata de un procedimiento especial, un proceso judicial propio, que ha hecho culminar en mí la primera finalidad como doctorando: aprender mucho más de lo que escribo y mucho más de lo que pretendía encontrar.

III

Siguiendo los patrones de Umberto Eco, escribí un título de la tesis como hipótesis de trabajo, y pude verificar, como su libro advierte, que no se parece aquél originario al aquí presentado. Con él pretendo hacer frente a tres ideas básicas:

En primer lugar, esta tesis está basada en el estudio del incidente concursal ordinario, por lo que las referencias al proceso civil y al concurso consisten únicamente en el establecimiento de un marco en el que éste se inserta. La función de estos procesos consiste únicamente en ayudar a la comprensión de los razonamientos que se utilizan en cada uno de los tratamientos específicos que se realizan, salvo en los casos que se utilicen expresamente por así disponerlo la ley y el sistema concursal.

En segundo lugar, precisar nuevamente que se trata solamente de un estudio de carácter procesal, por lo que cualquier intromisión, si las hubiere, en cuestiones sustantivas, se realizan por entender que son meramente obligadas para el desarrollo del hilo argumental que se pretende seguir.

Por último, porque el nombre de proceso judicial propio tiene como fundamento intentar resumir las características que me han parecido esenciales del incidente concursal: es un proceso, es judicial y no recoge el ordenamiento procesal ningún otro que se le asemeje, siendo propio y exclusivo del concurso.

IV

El objeto de esta tesis se centra, primero, en ubicar el incidente concursal dentro del ordenamiento procesal (civil y concursal), ensamblándolo, intentando buscar y analizar sus principios y finalidades para poder encontrar soluciones factibles donde potenciar los principios de efectividad y celeridad, sin olvidar la seguridad jurídica y las garantías procesales. Para ello se analiza la naturaleza jurídica y los caracteres del incidente concursal.

El grueso del estudio se centra en aspectos procesales propios de cualquier proceso: entre otros, las partes procesales, demanda, contestación y reconvencción, una denominada fase intermedia, acto de la vista y resolución judicial final. Se incluye, además, las costas procesales y el sistema de recursos.

Por último, se ha incluido un estudio para los dos incidentes concursales más trascendentales de nuestra práctica judicial: los incidentes concursales de impugnación del inventario y de la lista de acreedores, y de calificación del concurso.

Es innegable que el concurso está investido de una enorme complejidad, más allá del proceso civil, debido a los intereses en juego y la ingente cantidad de cuestiones a resolver, de forma que algunas instituciones del proceso civil, como poco, devienen especiales. En este trabajo se estudian las distintas instituciones procesales de acuerdo con su función concursal, de forma que se plantea, primero, si existen, segundo, si son idénticas a las procesales civiles y, por último, si constituyen una institución diferente, exclusivamente concursal.

V

Como tesis que es, es decir, un trabajo de investigación, debo realizar, aun de forma somera, una pequeña referencia al método utilizado en la búsqueda de ese ansiado proceso incidental.

En Derecho no existen revolucionarios métodos de investigación, ni tampoco en las técnicas utilizadas.

El elemento básico ha sido el análisis de los textos legales, no solamente su articulado, sino también todas aquellas menciones que el legislador ha introducido en las exposiciones de motivos y preámbulos, tanto originariamente como en las sucesivas modificaciones. El íter parlamentario igualmente ha sido enriquecedor a la hora de extraer datos e interpretar intenciones.

La consulta a autores especializados ha ocupado una parte inestimable, tanto de aquellos que aparecen en la bibliografía citada como en la consultada que no he querido referir por extensa. El hecho que el incidente concursal tenga casi trece años de edad a fecha de cierre del presente trabajo ha simplificado la tarea, aunque quizás la perspectiva de un mayor paso del tiempo pudiera haber alumbrado más este proceso incidental y, sobre todo, respecto de las modificaciones llevadas a cabo y las evoluciones de la práctica judicial.

La experiencia de nuestros Juzgados y Tribunales, a través de sus resoluciones, han ayudado a extraer situaciones concretas sobre las instituciones y el incidente estudiado. Este proceso judicial propio dispone de un escuálido esqueleto procesal, que debe ensamblarse con las leyes procesales civiles, no pensadas para situaciones de estado de insolvencia y que los Tribunales se encargan de engranar. También debo añadir, aunque en mucha menor medida de la deseada, algunas visitas realizadas a los órganos jurisdiccionales mercantiles para poder conocer de primera mano su quehacer procesal cotidiano.

Y, residualmente, la experiencia personal en los juzgados civiles como Letrado de la Administración de Justicia, resolviendo cuestiones procesales que he podido extender a este proceso incidental.

VI

Por último, quiero incidir que, como toda obra humana, este estudio contendrá omisiones, excesos o deficiencias. Ello no debe ocultar la rigurosidad con la que se ha pretendido tratar todo el trabajo. Es la comunidad científica quien debe evaluar.

Tan solo me queda expresar, como decía un buen amigo, que este estudio lo entiendo como haber cogido un tablero de ajedrez, haber realizado una serie de movimientos, para dejar que sean otros jugadores quienes continúen la partida... partida que nunca tendrá fin... como el conocimiento humano.

Y, así, con la intención de que los objetivos hayan quedado dignamente alcanzados, tengo la satisfacción personal de poder presentar este estudio sobre: "El incidente concursal: un proceso judicial propio dentro del ordenamiento procesal español".

CAPÍTULO PRIMERO. EL PROCESO CONCURSAL EN EL MARCO DEL NUEVO PROCESO CIVIL

1) NECESIDAD Y MODIFICACIÓN DEL ORDENAMIENTO PROCESAL

En los albores del siglo XXI, tanto el ordenamiento procesal civil como el concursal se encontraban necesitados de una profunda modificación.

El ordenamiento procesal civil se recogía en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, ley más que centenaria y reformada en numerosas ocasiones¹; pero también en otras muchas normas. Esta situación llevó al legislador a buscar en un nuevo texto legal procesal, superar "la situación originada por la prolija complejidad de la Ley antigua y sus innumerables retoques y disposiciones extravagantes"². Pero, también, la falta de respuesta que ofrecía a numerosos problemas de imposible o muy difícil resolución³. "La sociedad y los profesionales del Derecho reclaman un cambio y una simplificación de carácter general"⁴, dejando al descubierto, "no ya el agotamiento del método de las reformas parciales para mejorar la impartición de justicia en el orden jurisdiccional civil, sino la

¹ La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 fue objeto de casi una treintena de reformas parciales (años 1924, 1954, 1961, 1972, 1973, 1974, 1978, 1979, 1980, 1984, 1985, 1987, 1988, 1989, 1992, 1994, 1996, 1997), aunque deben resaltarse, por ser reformas más profundas, las realizadas por las Leyes 34/1984 y 10/1992.

La Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil constituyó una renovación del ordenamiento procesal civil a la sazón vigente, sin suponer un enfrentamiento con los principios informadores de la Ley ya centenaria, buscando dotarlos de una instrumentación suficiente, dentro de las exigencias de la realidad social de ese momento.

Y la Ley 10/1992, de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal, modificó profundamente el ordenamiento procesal civil por un aumento progresivo de la litigiosidad. Se introdujeron una serie de reformas legislativas de carácter parcial que se consideraron necesarias para un más eficaz funcionamiento de la Administración de Justicia. Fue, pues, la antesala de una reforma global del ordenamiento procesal, que debía acometerse sin precipitaciones y ponderando cuantos elementos confluían en los distintos procesos, al objeto de conseguir la deseada funcionalidad.

² Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (III, ap. 2º).

³ Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (IV, aps. 1º y 2º).

⁴ Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (III, ap. 3º).

necesidad de una Ley nueva para procurar acoger y vertebrar, con radical innovación⁵, los nuevos planteamientos a los que iba dirigida.

La Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 introdujo un gran número de conceptos procesales que habían sido acuñados por la doctrina y la jurisprudencia, generalmente aceptados, que pasaron a ser conceptos procesales jurídico-positivos⁶. Las innovaciones fueron innumerables e importantísimas⁷.

El legislador procesal civil, en puertas del siglo XXI, entendió que no podía demorarse más la promulgación de una nueva ley, huyendo de reformas parciales, de la introducción de institutos procesales del entorno entendidos como panaceas, de difícil encaje en nuestra cultura procesal, y creando un sistema que diera respuesta a la demandante sociedad del nuevo siglo a comenzar. Se inclinó por la búsqueda de un procedimiento moderno, en líneas generales, por una simplificación y la codificación del Derecho Procesal Civil, acentuando los poderes de intervención procesal del Juez de Primera Instancia, apostando por el interés de justiciable y el reforzamiento del crédito.

Por su parte el ordenamiento procesal concursal estaba regulado por una serie de normas que en el mejor de los casos tenían casi un siglo de vigencia, estando en vigor algunos preceptos prácticamente bicentenarios⁸. Se trataba de una normativa arcaica, inadecuada a la realidad social y económica de nuestro tiempo, dispersa, carente de un sistema armónico, con 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 injustas⁹. En suma, no era un instrumento adecuado para regular las situaciones y soluciones de las crisis económicas en el siglo XXI.

Ante esta situación, el legislador concursal abordó la “necesaria reforma global del derecho concursal español”, mediante “una profunda modificación del derecho vigente, en la que se han tenido en cuenta las aportaciones doctrinales y prelegislativas realizadas en el ámbito nacional y las más recientes concreciones producidas en la legislación comparada, así como los instrumentos supranacionales elaborados para la unificación y la armonización del derecho en esta materia”¹⁰.

Aprovechando la desaparición de la represión de la insolvencia de los comerciantes y la inclinación generalizada a la simplificación, instauró un único procedimiento, el concurso, proceso *sui generis* de nuevo cuño para englobar el tratamiento de los estados de

⁵ Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (III, ap. 1º).

⁶ DE LA OLIVA SANTOS, A. y DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.; “Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración”; 3ª ed.; Madrid; Ed. Universitaria Ramón Areces; 2004; 1ª reimpresión año 2008; pág. 30.

⁷ CORBAL FERNANDEZ, J.; Presentación al Libro “Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”; Manuales de Formación Continuada; nº 6; CGPJ; Madrid; 2000; pág. 14.

⁸ Antes de la entrada en vigor de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en los procedimientos de insolvencia se aplicaban las siguientes normas (entre otras muchas):

- Para las quiebras, parte del Código de Comercio de 1885, parte del Código de Comercio de 1829, la Ley de 12 de diciembre de 1869, la Ley de 2 de marzo de 1917 y parte de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.
- Para las suspensiones de pagos, la Ley de 26 de julio de 1922, que fue promulgada *ad hoc* con motivo de la insolvencia del Banco de Barcelona.
- Para los deudores no comerciantes, parte de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y el Código Civil de 1889.

⁹ Exposición de Motivos de la Ley Concursal (I, ap. 1º).

¹⁰ Exposición de Motivos de la Ley Concursal (I, aps. 6º y 7º).

insolvencia de cualquier clase de deudor; apoyado en un proceso incidental para la resolución de distintas cuestiones controvertidas; y un procedimiento rápido exclusivo para las autorizaciones judiciales. Se estableció la Ley 1/2000 como subsidiaria, atendiendo a la codificación del Derecho Procesal Civil¹¹, resultando de aplicación sus principios en cuanto a la ordenación formal y material del proceso¹².

El ordenamiento procesal concursal se nutre, así, del civil, recogiendo únicamente la Ley Concursal aquellas cuestiones que por su especialidad requieren ser reguladas en una norma distinta. Pero, haciéndose necesaria la extravagancia de la norma procesal concursal.

La vocación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, de convertirse en supletoria de todo el ordenamiento procesal, tuvo como consecuencia directa que la normativa procesal concursal se regulara fuera de sus lindes¹³, lo que culminó con la aprobación de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; así como la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal; que entraron en vigor de forma completa el primero de septiembre de 2004.

La complejidad y especialidades del proceso concursal han justificado sobradamente que sea regulado de forma separada, en un único texto legal, incluyendo tanto los aspectos materiales como los procesales del concurso¹⁴. Externamente, esta complejidad ha hecho necesario extraerlo de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues el concurso, como procedimiento principal no se acomoda a ninguno de los juicios declarativos ordinarios en ella regulados. Pero, internamente, tratándose de un procedimiento de regulación del estado de insolvencia de un deudor común, necesita de una unidad. Estas dos razones llevaron al legislador a regular en una sola ley todos y cada uno de los aspectos que integran este fenómeno denominado concurso. A salvo, claro está, de aquellos aspectos que por su trascendencia necesitaron adoptar la forma de Ley Orgánica.

De esta forma, la interrelación entre la leyes de Enjuiciamiento Civil y Concursal -Disposición Final Quinta de la Ley Concursal y art. 4 LEC- conlleva que la Ley Procesal Civil forme parte del ordenamiento procesal concursal, al regular con detalle aquellas instituciones que procesalmente son comunes, por lo que sigue constituyéndose como punto de referencia del procedimiento concursal, formando parte importante del mismo.

¹¹ Conforme a la Disposición Final Quinta de la Ley Concursal; pero también el art. 4 LEC, donde se plasma el *animus supletoris universalis* de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

¹² La Disposición Quinta también hace hincapié, específicamente, al cómputo de plazos y a lo regulado para el proceso civil respecto de las actuaciones mediante sistemas de grabación y reproducción de la imagen y el sonido.

¹³ La Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (V, ap. 1º) indica que "también se obra en congruencia con el ya adoptado criterio de que una ley específica se ocupe del Derecho concursal". La Disposición Derogatoria Única, apartado primero, señala que "se deroga la Ley de Enjuiciamiento Civil, aprobada por Real Decreto de 3 de febrero de 1881, con las excepciones siguientes: Los Títulos XII -referido a el concurso de acreedores- y XIII -sobre el orden de proceder en las quiebras- del Libro II y el Libro III, que quedarán en vigor hasta la vigencia de la Ley Concursal (...)". Y, además, la Disposición Final Decimonovena determina que "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".

¹⁴ Exposición de Motivos de la Ley Concursal (II, ap. 2º).

Además de una ley específica reguladora del estado de insolvencia, la tendencia del legislador de buscar una mejor impartición de Justicia a través de un conocimiento integral del asunto ha alcanzado al fenómeno concursal, especializando al Juez y creando los Juzgados de lo Mercantil. Aunque, a este respecto, debe señalarse que la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial, por motivos de reparto de trabajo, ha modificado la competencia del concurso para la persona natural no empresaria, atribuyéndosela a los juzgados de primera instancia¹⁵.

2) LOS PRINCIPIOS COMUNES A LOS PROCESOS CIVIL Y CONCURSAL

Los procesos civil y concursal participan de una serie de principios comunes a todos los procesos. La doctrina¹⁶ ya los ha tratado en profundidad, por lo que únicamente me centraré en señalar sucintamente los establecidos por la Ley de Enjuiciamiento Civil y que revisten especial relevancia para este estudio.

a) La simplificación y codificación del Derecho Procesal Civil

Una de las grandes virtudes de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 consistió en su regulación ordenada de las distintas instituciones procesales aplicables y la prosecución lógica de los diferentes procesos, siguiendo un criterio racional que ya había sido indicado doctrinalmente, facilitando de esta manera la aplicación e interpretación de los distintos institutos procesales de una forma sistemática. Se buscó una normativa clara, sencilla y completa, en función de la realidad de los litigios y de los derechos, facultades, deberes y cargas que corresponden a los Tribunales, justiciables y a quienes han de colaborar con la Justicia civil¹⁷.

Sirvan como ejemplo, que en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 faltaba por completo el concepto de parte y tampoco era fácil inducirlo de las normas particulares que

¹⁵ Véase el artículo único, de la modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, así como la Disposición final cuarta, de la modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, Uno; ambos de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio.

¹⁶ Por ejemplo, BERZOSA FRANCO, M. V., "Los principios informadores del procedimiento en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil"; en "Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000"; ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, Jaume (Coord.); Vol. I; 1ª ed.; Barcelona; Ed. Economist & Jurist, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A.; 2000; págs. 553 y ss. GUASP DELGADO, J. y ARAGONESES ALONSO, P.; "Derecho Procesal Civil. Introducción, Parte General y Procesos Declarativos y de Ejecución Ordinarios"; Vol. I; 4ª ed.; Madrid; Ed. Civitas; 1998 págs. 348 y ss. MORÓN PALOMINO, M.; "Derecho Procesal Civil (Cuestiones fundamentales)"; Ed. Marcial Pons; Madrid; 1993; págs. 71 y ss. GIMENO SENDRA, V., "Fundamentos de Derecho Procesal"; Ed. Civitas; Madrid; 1981; págs. 180 y ss. También en "Derecho Procesal Civil. I. Proceso de declaración. Parte General"; Ed. Colex; 2ª ed.; 2007; págs. 41 y ss. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y MORENO CATENA, V.; "Derecho Procesal Civil. Parte General"; 2ª ed.; Ed. Tirant lo Blanch; Valencia; 2004; págs. 179 y ss. DE LA OLIVA SANTOS, A. y DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y VEGAS TORRES, J.; "Derecho Procesal Civil. Procesos especiales"; 3ª ed.; Madrid; Ed. Universitaria Ramón Areces; 2005; 1ª reimpresión año 2008; págs. 67 y ss. MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. L., MONTÓN REDONDO, A. y BARONA VILAR, S.; "Derecho Jurisdiccional I. Parte General"; 18ª ed.; Ed. Tirant-lo Blanch; Valencia; 2010; págs. 237 y ss. ORTELLS RAMOS, M. y ARMENGOT VILAPLANA, A.; "Introducción al Derecho Procesal"; Manual Universitario; págs. 317 a 375; 4ª ed.; Thomson Reuters, Ed. Aranzadi, S. A.; Navarra; 2014; págs. 165 y ss. GUERRA SANMARTÍN, J.; "Lecciones de Derecho Procesal. Introducción"; Ed. Universidad de Deusto; Bilbao; 1ª ed.; 1992; págs. 311 y ss. FAIRÉN GUILLÉN, V.; "Doctrina general del Derecho Procesal (Hacia una teoría y Ley Procesal Generales)"; 5ª ed.; Barcelona; Ed. Bosch; 1990; págs. 35 y ss.

¹⁷ Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (IV, ap. 4º).

empleaban con frecuencia este término o el del litigante¹⁸, como tampoco existía el concepto jurídico de pluralidad de partes. También se encontraban a faltar o no estaban suficientemente regulados otros conceptos como la intervención procesal, litisconsorcio, allanamiento, reconvencción, renuncia, desistimiento, transacción o cosa juzgada¹⁹.

Otra de sus grandes virtudes consistió en la reducción de los juicios prototípicos. La Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 articuló con carácter general dos cauces distintos: un juicio verbal en el que los asuntos litigiosos se caracterizan por estar desprovistos de complejidad y requieren la máxima concentración de actos por exigir una tutela con singular rapidez²⁰; y un juicio ordinario para aquellos asuntos litigiosos en los que su complejidad hace necesario celebrar una audiencia previa al juicio para depurar el proceso y fijar el objeto del debate²¹.

En cuanto a los recursos, la Ley de Enjuiciamiento Civil “contiene una sola regulación del recurso de apelación”, desapareciendo “prácticamente las apelaciones contra resoluciones interlocutorias”, quedando “la eventual disconformidad al recurrir la sentencia de primera instancia”²², procurando hacer más sencillo el procedimiento en segunda instancia y habiendo eliminado con posterioridad²³ -profundizando en la simplificación del proceso civil- la separación entre una inmediata preparación del recurso, con la que se manifestaba la voluntad de impugnación, y la ulterior interposición de ésta.

Los recursos extraordinarios también vieron simplificada su tramitación, aumentado su sistematización y modernidad.

Se instauró una regulación de la ejecución forzosa menos gravosa para quien necesita promoverla y con más posibilidades de éxito en la satisfacción real de los derechos e intereses legítimos²⁴. Su defectuoso y lento funcionamiento anterior no era compatible con una Justicia civil nueva caracterizada por la efectividad²⁵ y una respuesta judicial más cercana en el tiempo a las demandas de tutela y con mayor capacidad de transformación real de las cosas. No en vano, la ejecución es la culminación del proceso declarativo, siendo en realidad la tutela que se pretende en caso de incumplimiento voluntario, esto es, la transformación efectiva de la realidad amparada por una resolución judicial. La actual Ley Procesal Civil introdujo una regulación unitaria, clara y completa.

¹⁸ Véase la STS de 9 de junio de 1986 (EDJ 1986/3906).

¹⁹ En este sentido, y entre otros,

GOMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F.; “El proceso civil”; 4ª ed.; Ed. Forum; Oviedo; 2005; págs. 57 y ss. ó GUASP DELGADO, J. y ARAGONESES ALONSO, P.; Op. cit, págs. 367 a 370.

²⁰ La Ley de Enjuiciamiento Civil diseñó originariamente el juicio verbal como un proceso donde se presentaba una demanda sucinta con inmediata citación para la vista, pero este esquema ha sido modificado por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, introduciendo la contestación a la demanda por escrito y separado del acto de la vista oral.

²¹ Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (XII, ap. 3º).

²² Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (XIII, ap. 1º).

²³ En virtud de la reforma operada por la 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal.

²⁴ Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (I, ap. 2º).

²⁵ Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (I, ap. 1º).

Se simplificó al máximo la tramitación de la oposición, cualquiera que fuera la clase de título, remitiéndola, de ordinario, a lo dispuesto para el juicio verbal²⁶. Permitió una eficaz tutela del derecho del acreedor ejecutante, mediante una relación limitada y tasada de causas de oposición y suspensión, sin desvirtuar la eficacia del título ejecutivo y sin privar al deudor ejecutado de medios de defensa frente a los supuestos más graves de ilicitud de la ejecución²⁷.

Las medidas cautelares fueron reguladas en un conjunto unitario de preceptos, del que sólo se excluyeron las específicas de algunos procesos civiles especiales. Se superó así una lamentable situación, caracterizada por escasas e insuficientes normas, dispersas en la Ley de 1881 y en otros muchos cuerpos legales²⁸.

Por último, es de resaltar que la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 nació con un *animus supletoris universalis*. Se diseñó para ser supletoria y armonizadora de todo el ordenamiento procesal, unificando principios, reglas y criterios de perenne valor²⁹; constituyendo la piedra angular de un Código procesal civil nuevo³⁰, excluyendo de su normativa materias que es preferible regular en ley distinta y donde se incluirán sus propias especialidades³¹.

Respecto de la codificación del proceso, la ubicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil como subsidiaria de todo el ordenamiento procesal español y la tramitación prácticamente paralela de los procesos civil y concursal, vislumbran un patrón exclusivo en ambos procedimientos; de forma que «en lo no previsto en esta Ley -Concursal- 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»³².

²⁶ Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (XVII, ap. 11º).

²⁷ Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (XVII, ap. 13º).

²⁸ Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (XVIII, ap. 1º).

²⁹ Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (III, ap. 2º).

³⁰ Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (III, ap. 2º).

³¹ DE LA OLIVA SANTOS, A. y DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.; *“Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración”*; 3ª ed.; Madrid; Ed. Universitaria Ramón Areces; 2004, págs. 28 y 30. Estos autores han indicado que “la nueva LEC, aunque está concebida como un verdadero y propio código procesal civil, no abarca todas las instituciones que forman el Derecho procesal civil como rama del ordenamiento jurídico” -pág. 28-. “No se alcanza una absoluta unificación legislativa del ordenamiento procesal civil en un solo texto legal (...), pero sí consigue un sobresaliente efecto codificador. Así, aparte de la legislación orgánica y de algunas leyes generales sobre cuestiones específicas aplicables a todos los órdenes jurisdiccionales (...), y sin perjuicio de los convenios internacionales de los que España es parte, el designio parece ser que en un futuro próximo todo el Derecho procesal civil español quede integrado en cinco Leyes: la LEC, la Ley Concursal, la Ley de Jurisdicción Voluntaria, la Ley de Arbitraje y la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil. El principal paso codificador y simplificador dio con la LEC (...)”.

³² Disposición Final Quinta de la Ley Concursal.

b) La potenciación de la primera instancia y los poderes de intervención del Juez

Con anterioridad a la reforma procesal civil existía la conciencia forense generalizada de que el litigio concluía con la resolución judicial dictada por la Audiencia Provincial -o incluso el Tribunal Supremo-. La simplificación del procesal civil se complementó con una apuesta por la potenciación de la primera instancia, intentando evitar que la primera instancia se convirtiera en un mero trámite.

Esta decidida opción por la confianza en esta instancia se vio reflejada, principalmente, al considerar provisionalmente ejecutables las sentencias dictadas en ese grado jurisdiccional³³, en la búsqueda de eliminar la interposición de recursos de apelación meramente dilatorios³⁴.

Pero, la rotundidad de la apuesta del legislador vino de la mano de la reforma realizada por la Ley 37/2011³⁵, que exceptuó de apelación a aquellas sentencias dictadas en los juicios verbales por razón de la cuantía, cuando ésta no superara los 3.000,00 euros³⁶.

La acentuación de los poderes de intervención del Juez, en lo que aquí interesa, tiene como estandarte el art. 231 LEC, que en su originaria redacción establecía que «*el Tribunal cuidará de que puedan ser subsanados los defectos en que incurran los actos procesales de las partes, siempre que en dichos actos se hubiese manifestado la voluntad de cumplir los requisitos exigidos por la ley*», quedando modificado³⁷, a través del impulso de oficio, de forma que es el órgano jurisdiccional quien se encarga del control de los defectos subsanables en que incurran los actos procesales de las partes, sin su necesaria prestación de voluntad de cumplirlos. Debe tenerse en cuenta que la doctrina del Tribunal Constitucional ha considerado que las normas procesales son una cuestión de orden público³⁸.

c) La primacía del interés del justiciable

La apuesta por la primacía del interés del justiciable tiene su epicentro en la efectividad,³⁹ eficacia y celeridad del procedimiento, como plasmación del constitucional derecho a la tutela judicial efectiva. Se intentó conseguir que cada asunto fuera mejor seguido y conocido por el Tribunal, eliminando trámites excesivos y dilatados y velando

³³ Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (XVI, ap. 1º).

³⁴ En este sentido, GÓMEZ DE LIAÑO, F., Op. cit, pág. 25; o GÓMEZ COLOMER, J. L.; Prólogo en “La aplicación práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000”; Ed. Tirant lo Blanch; Valencia; 2003; pág. 14.

³⁵ Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal.

³⁶ Esta medida, que aun teniendo como finalidad el evitar el uso a veces abusivo, y muchas veces innecesario, de las instancias judiciales, ha provocado que las sentencias dictadas en primera instancia en este tipo de procesos sean irrecurribles y directamente ejecutables, pero no ya como ejecución provisional, sino como definitiva.

³⁷ Artículo redactado por el apartado ciento treinta del artículo decimoquinto de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial.

³⁸ En este sentido, las SSTC (Pleno) 79/2012, de 17 de abril (EDJ 2012/80393); 241/2007, de 10 de diciembre (EDJ 2007/212758); 287/2005, de 7 de noviembre (EDJ 2005/187761); 287/2005, de 7 de noviembre (EDJ 2005/187761); ó 225/2003, de 15 de diciembre (EDJ 2003/172083).

³⁹ Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (I, ap. 1º).

éste por la depuración de la existencia de óbices y falta de presupuestos procesales que impidan dictar una sentencia sobre el fondo⁴⁰.

Para conseguir este objetivo, se ha proyectado una nueva Oficina Judicial dotada de una organización adecuada, con profesionales altamente cualificados y de los medios materiales y técnicos precisos para desempeñar su misión de modo ágil, efectivo, accesible y atento con la ciudadanía⁴¹. Cuestión distinta es que en la práctica la falta de medios está provocando una situación lamentable, totalmente distinta a la deseada por el legislador, órganos judiciales y resto de operadores jurídicos.

De dicha Oficina Judicial han de resaltarse los actos de comunicación realizados electrónicamente (sistema Lexnet) de forma bidireccional entre la Oficina Judicial y los distintos operadores jurídicos; los embargos telemáticos a través del Punto Neutro Judicial; así como las averiguaciones integrales de domicilio o bienes. Aunque, no deben olvidarse otros, como los envíos de solicitudes de cooperación judicial, de forma telemática, que siguen su avance e implantación. O, recientemente, las subastas judiciales de forma electrónica⁴² y su desarrollo telemático⁴³. Todos estos mecanismos están generando una multitud de problemas, tanto para los órganos judiciales como para los operadores jurídicos.

En el proceso concursal, además, la figura del justiciable no se plasma solamente en quienes solicitan la tutela judicial efectiva y contra quienes la solicitan, sino que también se tutelan intereses del proceso concursal y generales de la economía y la sociedad en su conjunto.

d) El reforzamiento del crédito

Se mejoró la posición jurídica del acreedor, por ejemplo, con una mejor regulación de la ejecución provisional, la ordenación de las normas de ejecución⁴⁴, o paulatinamente las herramientas puestas al servicio del Letrado de la Administración de Justicia para la averiguación y embargos telemáticos de bienes del deudor ya citados. Todas las medidas introducidas ayudan a reducir las enormes facilidades que tenía el deudor para poder incumplir la resolución judicial⁴⁵.

De enorme importancia, asimismo, para reforzar el crédito, fue la introducción *ex novo* del procedimiento monitorio⁴⁶.

⁴⁰ Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (I, ap. 4º).

⁴¹ Preámbulo de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

⁴² Art. 644.2º LEC.

⁴³ A través de la aplicación bancaria del Banco de Santander dispuesta al servicio de los Tribunales de Justicia.

⁴⁴ GÓMEZ COLOMER, J. L.; Op.cit., págs. 15 y 16.

⁴⁵ DE LA OLIVA SANTOS, A. y DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.; “*Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*”; 3ª ed.; Madrid; Ed. Universitaria Ramón Areces; 2004, pág.40; cuando señalan que “es un tópico afirmar que el proceso civil español ha sido un paraíso para los deudores morosos”.

⁴⁶ DE LA OLIVA SANTOS, A. y DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.; “*Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*”; 3ª ed.; Madrid; Ed. Universitaria Ramón Areces; 2004, pág. 25.

El concurso lleva ínsito el reforzamiento del crédito. La Exposición de Motivos de la Ley Concursal señala que la satisfacción de los acreedores es la finalidad esencial del concurso. Cosa distinta es que en la práctica judicial el grado de satisfacción de los acreedores sea mínimo.

e) El principio de oralidad

El legislador instituyó un procedimiento civil predominado por el principio de oralidad, en estricto cumplimiento de lo dispuesto en el art. 120.2 CE⁴⁷.

Como señala la doctrina, en términos rigurosos, y en cierto modo simplificadores, se entiende por oralidad el principio que implica basar la resolución judicial sólo en el material procesal aportado en forma oral. Pero, existe una clara imposibilidad de su utilización a ultranza, pues perdería todo su sentido⁴⁸, por lo que hoy en día los problemas de los principios de oralidad y escritura se circunscriben a la preferencia entre uno u otro, así como en establecer sus límites, desechando la posibilidad de la total exclusividad de uno de ellos. Así, "construido un proceso en el que la oralidad sea predominante, algún acto procesal se realizará por escrito, o su preparación o documentación implicará incorporar la escritura"⁴⁹. Es por ello que el legislador ha plasmado fuertemente este principio "en los actos de prueba, comparecencias y vistas"⁵⁰.

Diseñar un procedimiento basado en la oralidad es una de las bases -o la primera- para el cumplimiento de las finalidades que pretende el legislador. El interés del justiciable se proyecta sobre la base de que se rompe la rigidez del escrito cerrado, pudiendo quienes serán los destinatarios de la resolución final estar presentes en el debate procesal, a través de su representación procesal y defensa técnica, en un debate abierto (siguiendo, pero, el guión introducido por la Ley) con la posibilidad de intervenir -o al menos presenciarse- activamente desde el momento inicial hasta la resolución final.

Para el prototípico juicio declarativo ordinario se establece en el art. 399 LEC que el «juicio principiará por demanda», escrito básico y tradicional de iniciación de un proceso. Y, a él debe añadirse que la contestación a la demanda se redactará en la forma prevista para la demanda⁵¹. Se establece, así, una forma escrita para las alegaciones de las partes,

⁴⁷ El art. 120.2 CE tiene el tenor literal siguiente: «El procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal».

⁴⁸ Si la demanda se presentara verbalmente, el demandado debería contestarla de la misma forma. Se daría el caso de que el demandado debería contestar la demanda de forma sorpresiva, pues el demandado la conocería en ese mismo instante. Por otro lado, si se separan en el tiempo, el Juez podría perder percepción de los términos precisos de la demanda.

⁴⁹ BERZOSA FRANCO, M^a. V.; "Los principios informadores del procedimiento en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil"; en "Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000"; ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, Jaume (Coord.); Vol. I; 1^a ed.; Barcelona; Ed. Economist & Jurist, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A.; 2000; pág. 589.

Igualmente, entre otros, GOMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F.; Op. cit, pág. 22 y ALMAGRO NOSETE, J.; "Consideraciones de Derecho Procesal"; 1^a ed.; Barcelona; Ed. Bosch; 1988, pág. 251.

⁵⁰ Vide, Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (IX, ap. 4^o, *in fine*), respecto de la documentación de las vistas y comparecencias orales.

⁵¹ Por remisión del art. 405.1 LEC.

quedando la oralidad para la "comparecencia" de la "audiencia previa al juicio" y posterior "juicio o vista".

En el caso del juicio verbal, cabe decir que con la modificación operada por la Ley 42/2015⁵², este juicio declarativo prototípico se ha acercado bastante en su tramitación a la del juicio ordinario. Como antes, rige el principio de escritura para la demanda (tanto en su forma extensa como en sus modalidades "sucinta" o "impreso normalizado"). Con la citada reforma, la contestación a la demanda se realizará por el demandado, no en el acto del juicio y de forma oral, sino «por escrito en el plazo de diez días conforme a lo dispuesto para el juicio ordinario»⁵³.

El resto del juicio se desarrollará en forma oral.

Siguiendo con la reforma del juicio verbal, se determina que en el propio escrito de contestación a la demanda y el actor, posteriormente, en el plazo de tres días, también por escrito, deberán pronunciarse necesariamente sobre la pertinencia de la celebración del acto de vista⁵⁴. Si ninguna de las partes solicitase la vista y el Tribunal no considerase procedente su celebración, dictará sentencia sin más trámite. Es decir, en el juicio verbal, que originariamente era el más oral de los declarativos prototípicos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha desaparecido la contestación a la demanda del acto de la vista, cuya celebración dependerá de la voluntad de las partes y de la consideración del Tribunal, por lo que toda la tramitación del proceso puede consistir únicamente en trámites escritos.

Si bien es cierto que la contestación a la demanda al estilo del procedimiento ordinario elimina la criticada sorpresividad al actor en el acto de la vista, se han perdido ciertas ventajas de la oralidad, como la celeridad, economía, sencillez e inmediación de las partes para aquellos procesos en que el legislador entendía que era "conveniente acudir a la máxima concentración de actos para asuntos litigiosos desprovistos de complejidad o que reclamen una tutela con singular rapidez"⁵⁵.

El concurso también participa del principio de oralidad, que debe presidir todo proceso según señala nuestro texto constitucional.

La solicitud de declaración de concurso se realiza de forma escrita, como la demanda en el proceso civil. Pero, en el caso del concurso necesario, la oposición del deudor -que también será escrita- provoca la celebración de una vista oral⁵⁶ para la práctica de la prueba. En este sentido, se sigue con el sistema de vistas, audiencias y comparecencias del proceso civil.

Respecto de la determinación de las masas activa y pasiva, la comunicación de créditos se realizará de forma escrita, así como la presentación del informe por parte de la administración concursal. Cualquier impugnación del inventario y de la lista de acreedores

⁵² Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

⁵³ Art. 438.1 LEC, modificado por la Ley 42/2015.

⁵⁴ Art. 438.4 LEC, también reformado.

⁵⁵ Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (XII, ap. 3º).

⁵⁶ Vide art. 18.2.2º LC.

se tramita por los cauces del incidente concursal ordinario, objeto del presente trabajo, y que participa tanto de la oralidad como de la escritura.

Las fases de liquidación y convenio son eminentemente escritas, aunque en ellas pueden observarse varios efectos de la oralidad. A modo de ejemplo, en la liquidación, la oposición para que concluya dicha fase⁵⁷ se tramita por los cauces del incidente concursal ordinario. En el convenio ordinario, la reunión de la Junta de acreedores -aunque también se prevé una tramitación escrita⁵⁸- se desarrolla de forma oral. La oposición a la aprobación judicial del convenio⁵⁹ o la solicitud de incumplimiento del convenio⁶⁰, se tramitan por vía incidental.

En consecuencia, el concurso está informado por el principio de oralidad, sin olvidar la participación importante del principio de escritura.

f) Los principios de intermediación, concentración y publicidad

El principio de oralidad tiene como principios consecuencia e inescindiblemente relacionados con él y entre sí, los principios de intermediación, concentración y publicidad.

i) Intermediación

El principio de intermediación conlleva un conocimiento directo del órgano sentenciador respecto de las alegaciones, declaraciones y prueba, y de quienes intervienen en el proceso, lo que implica necesariamente un acercamiento y mejor valoración del Tribunal de todos los actos procesales encaminados a una resolución final más ajustada a las pretensiones deducidas.

Su introducción exige contacto directo con las partes y pruebas, de manera que su vulneración conllevaría la nulidad de pleno derecho⁶¹. Y también que el Juez que haya presenciado las actuaciones sea quien dicte la resolución definitiva. Pero, igualmente, que entre las actuaciones y dicha resolución medie un tiempo razonable que no merme en el Juez su buen recuerdo, si bien el uso de los medios técnicos de grabación pueden ayudar a recordar lo acontecido en las actuaciones orales⁶².

La intermediación dota, sin duda, de una posición privilegiada a la apreciación probatoria⁶³, que no en vano sirve de forma directa para la convicción del órgano judicial.

El sistema de vistas, audiencias y comparecencias se sigue tanto en el proceso civil como en el concursal, por lo que en ambos casos se garantiza la presencia del principio de intermediación.

⁵⁷ Art. 152.3 LC.

⁵⁸ El convenio ordinario realizado en junta de acreedores es oral, aunque cabe la adhesión por escrito.

⁵⁹ Art. 129.1 LC.

⁶⁰ Art. 140.2 LC.

⁶¹ Art. 137.3 LEC.

⁶² BERZOSA FRANCO, M^a. V.; "Los principios informadores del procedimiento en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil"; en "Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000"; ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, Jaume (Coord.); Vol. I; 1^a ed.; Barcelona; Ed. Economist & Jurist, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A.; 2000; págs. 553 y ss. En el mismo sentido, GOMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V.; "Derecho Procesal Civil"; 8^a ed.; Vol. I; Ed. Artes Gráficas y Ediciones; Madrid; 1979, pág. 124.

Véanse igualmente los arts. 146 y 147 LEC y Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (IX, ap. 3^a, *in fine*).

⁶³ SAP Madrid de 7 de julio de 2010 (EDJ 2010/182145).

ii) Concentración

Respecto de la concentración, la doctrina⁶⁴ ha señalado que este principio debe entenderse en un doble sentido: concentración en cuanto a la actividad procedimental y en cuanto al contenido del proceso.

El primero supone que los actos procesales se desarrollen en una sola audiencia, y si esto no es posible, en varias cronológicamente próximas entre sí, de modo que el Juez, en el momento de dictar sentencia, conserve en su memoria las manifestaciones realizadas por las partes y el resultado de las pruebas practicadas. Con el apoyo del nuevo sistema de documentación se tiende a reproducir fielmente el contenido de los actos procesales, introduciendo tonos, expresiones no verbales de las partes, testigos y peritos y, en fin, de los operadores jurídicos, que favorecen más su recto entendimiento. Así, el uso de los medios técnicos de grabación ayuda a recordar lo acontecido en las actuaciones orales.

El segundo implica que, en cierta medida, la concentración de las cuestiones prejudiciales, previas e incidentales, debe evitar que su tratamiento separado o su efecto suspensivo conduzcan a prolongar la duración del proceso.

La concentración se constituye en piedra angular de la búsqueda justicia más pronta, y básica para la eficacia del proceso⁶⁵. En el concurso se potencia especialmente, concediendo al Juez del concurso una amplia discrecionalidad en el ejercicio de sus competencias, lo que contribuye a facilitar la flexibilidad del procedimiento y su adecuación a las circunstancias de cada caso⁶⁶. Por ejemplo, intentando evitar la excesiva prolongación de las operaciones liquidatorias⁶⁷ o la potenciación la propuesta anticipada de convenio⁶⁸.

iii) Publicidad

El principio de publicidad, nacido de la ancestral desconfianza hacia los órganos jurisdiccionales, permite el control de la ciudadanía sobre la correcta práctica de los actos procesales.

La doctrina⁶⁹ ha distinguido entre publicidad a las partes y publicidad general. La publicidad respecto de las partes es obvia, pues lo contrario generaría una indefensión

⁶⁴ Entre otros autores, BERZOSA FRANCOS, M^a. V.; “*Los principios informadores del procedimiento en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*”; en “*Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*”; ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, Jaume (Coord.); Vol. I; 1^a ed.; Barcelona; Ed. Economist & Jurist, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A.; 2000; págs. 598 y 599;

FAIRÉN GUILLÉN, V.; “*Notas sobre el principio de concentración*”; en “*Estudios de Derecho Procesal*”; Vol. 45; Serie C; Ed. Revista de Derecho privado; Ed. Edersa; Madrid; 1955; pág. 283. GIMENO SENDRA, V.; “*Fundamentos de Derecho Procesal*”; Ed. Civitas; Madrid; 1981; págs. 180 y ss. También en “*Derecho Procesal Civil. I. Proceso de declaración. Parte General*”; Ed. Colex; 2^a ed.; 2007. pág. 233. MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. L., MONTÓN REDONDO, A. y BARONA VILAR, S.; “*Derecho Jurisdiccional II. Proceso civil*”; 18^a ed.; Ed. Tirant-lo Blanch; Valencia; 2010; págs. 382 y 383.

⁶⁵ ORTELLS RAMOS, M. y ARMENGOT VILAPLANA, A.; “*Introducción al Derecho Procesal*”; Manual Universitario; págs. 317 a 375; 4^a ed.; Thomson Reuters, Ed. Aranzadi, S. A.; Navarra; 2014; pág. 236.

⁶⁶ Exposición de Motivos de la Ley Concursal (IV, ap. 7^o).

⁶⁷ Exposición de Motivos de la Ley Concursal (VII, 6^o).

⁶⁸ Arts. 104 y ss. LC.

⁶⁹ Por ejemplo, BERZOSA FRANCOS, M^a. V.; “*Los principios informadores del procedimiento en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*”; en “*Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*”; ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, Jaume (Coord.); Vol. I; 1^a ed.; Barcelona; Ed. Economist & Jurist, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A.; 2000; págs. 598 y 599 ó MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.

proscrita en nuestra norma constitucional⁷⁰. La publicidad general consiste en ese reflejo del carácter político de este principio como control de los órganos jurisdiccionales, que sería verdaderamente el principio de publicidad referido y dependiente de la oralidad, entendido como admisión de terceros a presenciar las actuaciones procesales⁷¹, tal y como protegen los arts. 24.2 y 120 CE.

Pero, el principio de publicidad tiene un cariz especial en el procedimiento concursal.

Viene fuertemente sustentado por la ampliación de la publicidad del auto de declaración de concurso⁷² -que se insertará en el Boletín Oficial del Estado-, haciendo esta publicación extensible a otras resoluciones en interés de terceros⁷³. Aunque lo más trascendental es que en el nuevo Registro Público Concursal se publicarán las resoluciones que traigan causa del concurso⁷⁴, además de la publicidad en el Registro Civil para las personas naturales y en el Registro Mercantil para las personas jurídicas o en otro Registro Público si no fuera inscribible en ninguno de los anteriores⁷⁵.

No podemos olvidar que el procedimiento concursal contiene una serie de especialidades que traen causa del interés general, ya avanzadas, como evitar que cada proceso concursal se convierta en una multiplicidad de ejecuciones singulares colapsando la ya colapsada Administración de Justicia; la protección de la Economía en general, eliminando los deudores que intervienen negativamente en el resto de operadores económicos; el intento de continuación de las actividades mercantiles de los deudores cuya situación económica lo permita (evitando la pérdida de empleo de sus trabajadores, el incremento de los riesgos de monopolio y oligopolio, así como el perjuicio para los operadores económicos que forman parte de su cadena de producción); etc.

Esta intervención potencia sobremanera la necesidad de dar publicidad máxima a las situaciones concursales.

L., MONTÓN REDONDO, A. y BARONA VILAR, S.; "*Derecho Jurisdiccional I. Parte General*"; 18ª ed.; Ed. Tirant-lo Blanch; Valencia; 2010; pág. 375.

⁷⁰ BERZOSA FRANCO, Mª. V.; "*Los principios informadores del procedimiento en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*"; en "Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000"; ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, Jaume (Coord.); Vol. I; 1ª ed.; Barcelona; Ed. Economist & Jurist, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A.; 2000; págs. 598 y 599, señala que no hace referencia a un criterio procedimental vinculado a la oralidad, sino a unos de los principios que deben informar todo cauce o tipo procesal, concretamente al principio de audiencia o, si se prefiere, de contradicción.

⁷¹ BERZOSA FRANCO, Mª. V.; "*Los principios informadores del procedimiento en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*"; en "Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000"; ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, Jaume (Coord.); Vol. I; 1ª ed.; Barcelona; Ed. Economist & Jurist, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A.; 2000; págs. 598 y 599.

⁷² Exposición de Motivos de la Ley Concursal (IV, ap. 7º).

⁷³ Por ejemplo, en los arts. 40.4.2º; 109.2.2º; 111.2; 132; 141; 144; 164.3; 177.3 ó 179.2, todos ellos LC, se prevé otorgar a la resolución judicial dictada la publicidad, como mínimo, del Registro Público Concursal.

⁷⁴ Art. 23.1.2º, *in fine* LC.

⁷⁵ Art. 24 LC, apartados primero, segundo y tercero.

g) Los principios dispositivo, de aportación de parte y de libre valoración de la prueba

i) Principio dispositivo

El legislador señaló que la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil sigue inspirándose en el principio de justicia rogada o principio dispositivo, del que se extraen todas sus razonables consecuencias. De ordinario, el proceso civil responde a la iniciativa de quien considera necesaria una tutela judicial en función de sus derechos e intereses legítimos. Según este principio procesal, no se entiende razonable que al órgano jurisdiccional le incumba investigar y comprobar la veracidad de los hechos alegados como configuradores de un caso que pretendidamente requiere una respuesta de tutela conforme a Derecho⁷⁶.

El art. 5 LEC dispone que *«se podrá pretender de los tribunales la condena a determinada prestación, la declaración de la existencia de derechos y de situaciones jurídicas, la constitución, modificación o extinción de estas últimas, la ejecución, la adopción de medidas cautelares y cualquier otra clase de tutela que esté expresamente prevista por la ley»*⁷⁷, formulando la pretensión *«ante el Tribunal que sea competente y frente a los sujetos a quienes haya de afectar la decisión pretendida»*. Si este precepto lo conjugamos con el art. 399 LEC, que establece que *«el juicio principiará por demanda»* y *«se fijará con claridad y precisión lo que se pida»*, se evidencia que el ordenamiento procesal civil mantiene vigente el principio dispositivo.

Más concretamente, puede acudir a otros preceptos que implican de forma clara que las partes son absolutamente libres para disponer de sus intereses privados, no solamente para reclamarlos o no judicialmente, sino también una vez iniciada la reclamación. Así, pueden destacarse las instituciones de la transacción, suspensión del curso de las actuaciones, renuncia, desistimiento, allanamiento, sometimiento a mediación o arbitraje, caducidad en la instancia, etc.

Por tanto, no solamente la actividad jurisdiccional civil se inicia por la voluntad de las partes y concluye con una resolución que se ajusta a lo pretendido por las mismas, sino que éstas pueden dar por terminado el proceso cuando lo estimen oportuno. Son, en ese sentido, las dueñas absolutas del procedimiento.

El concurso, con sus particularidades sustentadas en sus propios principios y finalidades, también participa de este principio, aunque viene matizado por la existencia de una pluralidad de intereses del deudor, de los acreedores, etc. Valgan como ejemplo los apartados cuarto y quinto del art. 176 LC, de las causas de conclusión, referido la totalidad de los créditos⁷⁸.

⁷⁶ Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (VI, aps. 1º y 2º).

⁷⁷ El art. 5 LEC, en sede de las disposiciones generales relativas a los juicios civiles, dentro de la comparecencia y actuación en juicio (Libro I, Título I).

⁷⁸ Estos apartados establecen que *«en cualquier estado del procedimiento, cuando se compruebe el pago o la consignación de la totalidad de los créditos reconocidos o la íntegra satisfacción de los acreedores por cualquier otro medio o que ya no existe la situación de insolvencia.*

«Una vez terminada la fase común del concurso, cuando quede firme la resolución que acepte el desistimiento o la renuncia de la totalidad de los acreedores reconocidos».

ii) Aportación de parte

Conforme a este principio, las partes introducen en el proceso el material fáctico, definiendo de esta forma los hechos controvertidos y, así, estableciendo el objeto del proceso. Pero también serán ellas quienes introducirán los elementos de prueba tendentes al convencimiento del órgano jurisdiccional en la búsqueda de la satisfacción de la tutela judicial pretendida.

Como consecuencia, el órgano jurisdiccional se pronunciará únicamente sobre esos hechos controvertidos, teniendo como base los elementos de prueba deducidos en juicio por las partes, en el más estricto cumplimiento del principio de congruencia. Se ha plasmado en el articulado, entre otros, en los arts. 216; 282; 752.1.2º; 399.3º (para la demanda y los elementos fácticos); 429.1.2º (iniciativa probatoria del Juez civil); 435.2.1º; 381.1 y 381.3; todos ellos, LEC.

En el proceso concursal también se aplica este principio. Sirva como ejemplo que la declaración de concurso no puede ser instada de oficio ni por el Ministerio Fiscal.

iii) Libre valoración de la prueba

Respecto de este principio, el legislador procesal civil ha especificado todos y cada uno de los medios de prueba. En cada uno se introducen sus matices individuales, de cierta importancia, que no se tratarán por exceder los límites de este trabajo. Es preciso resaltar, sin embargo, que las declaraciones de las partes⁷⁹, documentos privados⁸⁰ y públicos⁸¹, la actividad pericial⁸² y las declaraciones de testigos⁸³, que son acogidos por este principio, se valorarán por el Juez conforme a las reglas de la sana crítica.

Y el procedimiento concursal se rige por el mismo principio en armonía con el resto del ordenamiento jurídico procesal.

3) LOS PRINCIPIOS ESPECÍFICOS DEL PROCESO CONCURSAL

a) El principio de la triple unidad: unidad legal, de disciplina y de sistema

La Exposición de Motivos de la Ley Concursal encabeza su apartado segundo señalando que “la Ley opta por los principios de unidad legal, de disciplina y de sistema”.

Procesalmente hablando, no son más que una lógica consecuencia de la opción legislativa escogida con la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, especialmente respecto de la simplificación y codificación del ordenamiento procesal.

Concursalmente, se trata de unificar la regulación del tratamiento de las situaciones de insolvencia recogiendo los idénticos problemas comunes a todas ellas y la posibilidad de canalizar por una única vía todas las distintas soluciones fácticas, económicas y jurídicas que en cada supuesto pueden plantearse.

⁷⁹ Exposición de Motivos Ley de Enjuiciamiento Civil (XI, ap. 8º) y art. 316 LEC.

⁸⁰ Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (XI, ap. 9º) y art. 326 LEC.

⁸¹ Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (XI, ap. 12º) y art. 319 LEC.

⁸² Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (XI, ap. 16º) y art. 348 LEC.

⁸³ Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (XI, ap. 18º) y art. 376 LEC.

La ordenación de las situaciones de insolvencia requiere atender a muy distintas titularidades jurídico-sustantivas (créditos, deudas, intereses, garantías...) y hacerlas confluir colectivamente en la búsqueda de una solución global satisfactoria que afectará a una pluralidad de personas y entidades, lo que obliga a diseñar un procedimiento claro y preestablecido que canalice la participación de todos los afectados⁸⁴.

La unidad legal supone la reunión en un solo texto legal de todos los aspectos procesales y sustantivos del concurso. Con esta única regulación ha otorgado a todos los intervinientes en el proceso concursal, una seguridad jurídica de la que no gozaba con la legislación anterior, caracterizada por estar regulada en varios textos legales, una infinidad de normas de Derecho privado, administrativas y laborales. Además, se han incluido otras de Derecho Internacional Privado, siendo el elemento extranjero un fenómeno carente de regulación en el Derecho anterior y cada vez más frecuente en una economía globalizada⁸⁵, lo que otorga, si cabe, mayor seguridad jurídica.

La unidad de disciplina se ha plasmado en la instauración de un único tratamiento para todos los deudores concursales⁸⁶.

La desaparición del carácter represivo de la insolvencia y la posibilidad de que el comerciante insolvente pudiera someterse a la suspensión de pagos, inclinaron al legislador a simplificar el procedimiento. En la práctica, casi la totalidad de las suspensiones de pagos finalizaban con la liquidación de la empresa, por lo que se planteaban idénticos problemas sin necesidad de duplicar la previsión legal. El nuevo procedimiento concursal intentó regular de forma unitaria estas previsiones albergando las especialidades y complejidades de los comerciantes, así como reglas particularmente ágiles⁸⁷ para los concursados personas naturales.

La unidad de sistema implica la tramitación unitaria de todos los estados de insolvencia.

Todas las situaciones de crisis de un deudor, seguirán el mismo esquema procedimental. Se ha apostado por la continuidad del deudor en su actividad económica o empresarial, con una solución pactada con los acreedores en orden a una satisfacción más o menos generalizada de todos los intereses en juego, pero permite igualmente una solución liquidatoria del patrimonio del deudor que dé por finalizado el proceso y la satisfacción de los créditos en la medida de lo posible. En la práctica, poco a poco, esta situación liquidatoria ha ido cobrando mayor importancia, debido a que estadísticamente el 90% de las empresas concursadas acaban liquidándose⁸⁸.

⁸⁴ Dictamen del Consejo de Estado, referencia 64/2002 (JUSTICIA) al Anteproyecto de Ley Concursal aprobado el 21 de marzo de 2002; pág. 7.

⁸⁵ Exposición de Motivos de la Ley Concursal (XI, ap. 1º).

⁸⁶ Véase el art. 1 LC, que establece que «la declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica».

⁸⁷ Véase la Exposición de Motivos de la Ley Concursal (II, ap. 4º).

⁸⁸ De ahí que la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal haya añadido el art. 146.bis LC y modificado el art. 149 LC, respecto de estos extremos.

b) El principio de flexibilidad

Como consecuencia directa de la triple unidad, el legislador diseñó un procedimiento informado por el principio de flexibilidad, pues es el mecanismo procesal para intentar solucionar situaciones tan heterogéneas como las de insolvencia de comerciantes y no comerciantes, y también las insolvencias absolutas y relativas⁸⁹.

Se constituye como una de las herramientas procesales más importantes de todo el articulado de la Ley Concursal, pues permite adecuar cualesquiera necesidades al caso concreto, evitando la rigidez de la originaria linealidad del proceso concursal. Así, se intenta evitar la duración excesiva en su tramitación y sus consecuencias perniciosas.

Uno de los aspectos fundamentales donde se percibe la flexibilidad en el concurso es en la atribución al Juez, como órgano rector del procedimiento, “de facultades que aumentan el ámbito de las que le correspondían en el derecho anterior y la discrecionalidad con que puede ejercitarlas, siempre motivando las resoluciones”⁹⁰. Claro ejemplo es la posibilidad, de oficio, de transformar un procedimiento abreviado, y viceversa, en cualquier momento⁹¹.

No está de más advertir que la Ley de Enjuiciamiento Civil ya había introducido en el ordenamiento procesal civil la potenciación de la primera instancia y la acentuación de los poderes de intervención del Juez⁹², estableciendo como regla el control de oficio de la concurrencia de un buen número de requisitos procesales⁹³, habiendo señalado el Tribunal Constitucional que las normas procesales son una cuestión de orden público y, en este sentido, el Tribunal debe velar por la recta aplicación de los mismos⁹⁴.

Pero también se percibe esta flexibilidad en otras situaciones, como la posibilidad que tiene el deudor común de presentar propuesta anticipada de convenio desde la solicitud de concurso voluntario o desde la declaración de concurso necesario y, en ambos casos, hasta la expiración del plazo de comunicación de créditos⁹⁵; o de pedir la liquidación en cualquier momento⁹⁶. El proceso concursal, aun diseñado originariamente como un procedimiento lineal en el que era preceptivo el desarrollo de toda la fase común, ha ido incrementando su flexibilidad a través de las distintas modificaciones legislativas, permitiendo llegar a una solución paccionada o liquidatoria de una manera más rápida y eficaz.

⁸⁹ Exposición de Motivos de la Ley Concursal (II, 10º).

⁹⁰ Exposición de Motivos de la Ley Concursal (IV, 2º).

⁹¹ Art. 190.4 LC.

⁹² Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (I, ap. 3º).

⁹³ Obsérvese que el art. 231 LEC, en su redacción originaria, establecía que «el Tribunal cuidará de que puedan ser subsanados los defectos en que incurran los actos procesales de las partes, siempre que en dichos actos se hubiese manifestado la voluntad de cumplir los requisitos exigidos por la ley». Sin embargo, la redacción actual dispone que «el Tribunal y el Secretario judicial cuidarán de que puedan ser subsanados los defectos en que incurran los actos procesales de las partes». Este precepto, aplicado a la Ley Concursal con sus principios, permite que sea el Tribunal, con el suficiente apoyo legal, disponer de los aspectos procesales del concurso para poder adecuarlo al caso concreto.

⁹⁴ SSTC 202/1988, de 31 octubre, 104/1989, de 8 junio ó 1/1989, de 16 enero, entre otras.

⁹⁵ Art. 104.1 LC.

⁹⁶ Art. 142.1 LC.

c) El principio de continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial

El art. 44.1 LC establece que *«la declaración de concurso no interrumpirá la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor»*. Esta declaración de conservación de la empresa “tiende a evitar la desmembración de las organizaciones económicas de producción de bienes o servicios que se encuentren en el patrimonio del concursado”⁹⁷.

Sin entrar en un estudio exhaustivo, por exceder de la finalidad de este trabajo, la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor viene enmarcada en el hecho de que ésta constituye para el deudor común no cercenar su fuente principal de riqueza, que le ayudará a poder sanear su economía privada; y, para el acreedor, una posibilidad más de poder ver satisfecho su crédito, que no deja de ser la primera y gran finalidad del concurso. Pero también consiste en la protección de quienes contratan con él, los consumidores finales, los accionistas de las propias empresas concursadas y, en general, toda la Sociedad, a través de la protección de los créditos de la Hacienda Pública, la Tesorería General de la Seguridad Social, que protegen intereses generales, etc. La pérdida de la fuente de creación de recursos del deudor incide directamente en sus acreedores y, en definitiva, en la economía en general.

Por último, y no por ello menos importante, en la tramitación parlamentaria de la Ley Concursal ya se puso de manifiesto la enorme importancia que dio el legislador concursal a los efectos que una declaración de concurso tiene en la situación de los trabajadores que prestan sus servicios para el deudor concursado. La salvaguarda de estos puestos de trabajo ayudó asimismo a entender necesaria la continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor concursado.

d) El principio de universalidad o concursabilidad

El art. 76 LC tiene como rúbrica “principio de universalidad”. En él se establece que *«constituyen la masa activa del concurso los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración de concurso y los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento»*. De esta forma, todos los bienes que pertenezcan al deudor común, que tengan naturaleza patrimonial y que sean susceptibles de realización, con independencia del momento en que sean adquiridos por éste (hasta la conclusión del procedimiento), formarán parte de la masa del concurso, quedando a disposición de la satisfacción de los créditos.

Pero el principio de universalidad o concursabilidad tiene mayor extensión de la que ofrece el citado precepto. Y, así, el art. 49 LC dispone que *«declarado el concurso, todos los acreedores del deudor, ordinarios o no, cualquiera que sea su nacionalidad y domicilio, quedarán de derecho integrados en la masa pasiva del concurso, sin más excepciones que las establecidas en las Leyes»*.

⁹⁷ OLIVENCIA RUIZ, M. (Dir.); "La declaración del concurso", en nueva Ley Concursal; Estudios de Derecho Judicial; Consejo General del Poder Judicial; número 59, Madrid, 2005; pág. 35.

Por ello entiendo que el principio de universalidad se concreta, desde una perspectiva subjetiva, con la agrupación de las reclamaciones de los acreedores (art. 49 LC) -a través de la comunicación de sus créditos o por aparecer en la contabilidad del deudor-; y, desde una perspectiva objetiva, el total patrimonio del deudor común (art. 76 LC). O, lo que es lo mismo, el carácter universal del concurso⁹⁸.

e) El principio de celeridad

De buen inicio, debe señalarse que la celeridad es consustancial al proceso, pues como vino a señalar el legislador procesal civil⁹⁹, la Justicia si no es pronta no es tanta Justicia.

En la Ley Concursal, esta celeridad a la que se refiere el legislador procesal civil, se ha potenciado enormemente a través del propio procedimiento y a través de varias herramientas puestas a disposición del Juez del concurso como director del proceso, teniendo como máximo exponente la ruptura de la linealidad del procedimiento mediante el principio de flexibilidad, del que ya he tenido ocasión de referirme.

La flexibilidad del concurso se combina con la rapidez y simplicidad del procedimiento, intentando una más pronta, eficaz y económica tramitación, respetando la tutela judicial efectiva de todos los interesados.

Este diseño procedimental se complementa con el incidente concursal y el sistema de recursos establecido para conseguir esa agilidad y rapidez en la tramitación. La inclusión del incidente concursal -pieza básica en el sistema procesal concursal- permite que se ventilen todas las cuestiones que se susciten durante el concurso y que no tengan señalada en la ley otra tramitación distinta, pero, ante todo, sin suspender el curso de las actuaciones. El sistema de recursos, por su parte, se fundamenta en la apelación más próxima, que elimina las impugnaciones sobre resoluciones interlocutorias, definiendo los casos en que se considera existente la apelación más próxima¹⁰⁰.

4) EL PROCESO CONCURSAL Y SU ESTRUCTURA

a) Introducción

Normalmente la actividad económica se desarrolla en base a una infinidad de relaciones jurídicas entre particulares, empresas, Administraciones Públicas y demás operadores económicos, que finalizan con el cumplimiento de las respectivas obligaciones

⁹⁸ Exposición de Motivos de la Ley Concursal (IV, ap. 6º, *in fine*).

⁹⁹ La Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (I, aps. 1º y 2º) señala que "El derecho de todos a una tutela judicial efectiva, expresado en el apartado primero del artículo 24 de la Constitución, coincide con el anhelo y la necesidad social de una Justicia civil nueva, caracterizada precisamente por la efectividad.

"Justicia civil efectiva significa, por consustancial al concepto de Justicia, plenitud de garantías procesales. Pero tiene que significar, a la vez, una respuesta judicial más pronta, mucho más cercana en el tiempo a las demandas de tutela, y con mayor capacidad de transformación real de las cosas. Significa, por tanto, un conjunto de instrumentos encaminados a lograr un acortamiento del tiempo necesario para una definitiva determinación de lo jurídico en los casos concretos, es decir, sentencias menos alejadas del comienzo del proceso, medidas cautelares más asequibles y eficaces, ejecución forzosa menos gravosa para quien necesita promoverla y con más posibilidades de éxito en la satisfacción real de los derechos e intereses legítimos".

¹⁰⁰ Exposición de Motivos de la Ley Concursal (X, aps. 1º, 2º y 3º).

de forma voluntaria a sus respectivos vencimientos. En ocasiones, cuando ese cumplimiento no puede realizarse de la forma pactada, se pueden convenir fórmulas que modifiquen estas obligaciones recíprocas con instituciones jurídicas que ayudan a estos operadores económicos al cumplimiento total de dichas obligaciones (por ejemplo, los pagos aplazados, la financiación externa u otras fórmulas de transacción). En todos estos casos los distintos acreedores quedan totalmente satisfechos.

Sin embargo, existen supuestos en que un deudor no satisface de forma puntual un crédito -bien porque no puede, bien porque no quiere- en cuyo caso el acreedor dispone de la correspondiente acción judicial para hacerlo efectivo.

Y, excepcionalmente, existen determinados casos en que el impago se produce de forma generalizada, reuniéndose una pluralidad de acreedores insatisfechos en el cobro de sus respectivos créditos y que se ven abocados a emprender las acciones judiciales pertinentes para su satisfacción.

Estos últimos son los supuestos especialmente sensibles para el Estado.

Todos estos acreedores tienen derecho al cobro, por lo que debe arbitrarse un mecanismo de tutela judicial para la efectiva satisfacción de sus créditos, a fin de que puedan continuar desarrollando su actividad económica sin perjuicios, o los menos posibles.

La presentación masiva de sus peticiones ante los Tribunales de Justicia como ejecuciones singulares conlleva necesariamente un desajuste entre todas ellas, así como una multiplicidad de idénticos actos procesales. Y, por consiguiente, un aumento de costes innecesarios y un malbaratamiento de los bienes del deudor común, que pone en peligro el fin mismo de todas y cada una de esas ejecuciones singulares. Ante esta situación, el Estado debe intervenir para convertir esa multiplicidad de ejecuciones singulares en un proceso de insolvencia ordenado, intentando evitar que los desajustes afecten de forma negativa en el mercado o, al menos, que la alteración sea la mínima indispensable. Y, de forma especial, interviniendo como autoridad en defensa de los intereses generales.

La Ley Concursal es el instrumento a través del cual nuestro Estado arbitra ese mecanismo de satisfacción ordenada de los créditos ante la insolvencia del deudor común. La opción legislativa de establecer la Ley de Enjuiciamiento Civil como supletoria y la Ley Concursal como reguladora de las especialidades concursales no significa que el concurso venga diseñado, ni siquiera de forma parcial, por la ley procesal civil. Con el ánimo de no reproducir innecesariamente instituciones que son de aplicación a todos los procesos, la Ley de Enjuiciamiento Civil aúna la regulación de las mismas con ese *animus supletoris universalis*. Por ello entiendo que el concurso se regula únicamente y de forma completa en la Ley Concursal, si bien utilizando ciertos esquemas procesales civiles e instituciones recogidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil mediante remisiones a ésta¹⁰¹.

¹⁰¹ La Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (III, ap. 2º) señala que “La experiencia jurídica de más de un siglo debe ser aprovechada, pero se necesita un Código procesal civil nuevo, que supere la situación originada por la prolija complejidad de la Ley antigua y sus innumerables retoques y disposiciones extravagantes. Es necesaria, sobre todo, una nueva Ley que afronte y dé respuesta a numerosos problemas de imposible o muy difícil resolución con la ley del siglo pasado. Pero, sobre todo, es necesaria una Ley de

En el marco de lo expuesto, el legislador ha optado por la unidad del proceso concursal. Así, ha diseñado un solo procedimiento para que se tramiten las situaciones de insolvencia del deudor común, tanto en los casos de persona natural como en los de persona jurídica, pudiendo dar cobertura a situaciones de extrema complejidad; y con la necesaria flexibilidad para que en supuestos determinados no se prolongue la situación interina con actos procesales innecesarios. Dentro de ese único procedimiento, con su íter procesal, se establecen soluciones para que tengan cabida situaciones tan heterogéneas como la insolvencia de personas naturales, convenios anticipados, acuerdos de refinanciación o institutos preconcursales.

No debe olvidarse que este procedimiento único, el concurso, incluye determinadas actuaciones procesales encaminadas a la resolución de cuestiones no estrictamente "civiles o mercantiles", pero sí "concursoales", como son la modificación de los contratos de trabajo o de los contratos colectivos, pertenecientes hasta ahora a la jurisdicción social. Pero, también, incluye el conocimiento sobre cuestiones de incidencia típica de la jurisdicción penal, como la intervención de las comunicaciones, el deber de residencia del deudor persona natural en la población de su domicilio, el arresto domiciliario o la entrada y registro en el domicilio del deudor.

El diseño de este procedimiento único está pensado para la tutela de numerosos intereses, y en este sentido se ha estructurado un conjunto de trámites procesales determinados y con las consiguientes garantías. De ahí que la Ley Concursal, aun construyendo un procedimiento lineal, lo ha revestido con el principio de flexibilidad, con numerosas especialidades, para que el Juez del concurso disponga de la necesaria herramienta para dar cauce procesal a todas las situaciones que puedan plantearse, simples o complejas, al servicio de las finalidades propias del concurso.

Así, y con las diversas modificaciones sobre él realizadas, ha perdido la linealidad típica del proceso civil.

Por todo lo anterior, entiendo que se trata de un procedimiento tan especial, único, versátil y heterogéneo, que debe concluirse que se trata de un proceso sui generis, sin igual en nuestra legislación procesal, actual o histórica.

b) La estructura del concurso

El legislador concursal ya ha señalado en la Exposición de Motivos que la estructura del concurso se articula en una fase común que puede desembocar en otra de convenio o de liquidación¹⁰², pudiendo solaparse la primera con las segundas por la aplicación del principio de flexibilidad.

Enjuiciamiento Civil nueva, que, respetando principios, reglas y criterios de perenne valor, acogidos en las leyes procesales civiles de otros países de nuestra misma área cultural, exprese y materialice, con autenticidad, el profundo cambio de mentalidad que entraña el compromiso por la efectividad de la tutela judicial, también en órdenes jurisdiccionales distintos del civil, puesto que esta nueva Ley está llamada a ser ley procesal supletoria y común".

Y, como ratificación preceptual, su artículo 4, del carácter supletorio de la Ley de Enjuiciamiento Civil, establece que «en defecto de disposiciones en las leyes que regulan los procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y militares, serán de aplicación, a todos ellos, los preceptos de la presente Ley».

¹⁰² Exposición de Motivos de la Ley Concursal (II, ap. 10º).

Debe hacerse mención a algunas situaciones específicas, como es el caso de la comunicación de las negociaciones a que hace referencia el art. 5.bis LC y la regulación en un único título de las normas aplicables en la declaración, o no, de la situación de declaración de concurso.

En la Propuesta de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal¹⁰³ se ha creado un Libro Segundo, bajo la rúbrica “Del Derecho preconcursal”, dividido en cuatro Títulos: “De la comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores”, “De los acuerdos de refinanciación”, “Del acuerdo extrajudicial de pagos” y “De las especialidades del concurso consecutivo”.

O la división del concurso en Secciones, como parte de la tramitación del procedimiento concursal.

i) La comunicación de las negociaciones

El art. 5.bis LC¹⁰⁴ recoge la posibilidad de que el deudor ponga en conocimiento del Juzgado que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio.

El legislador ha buscado incrementar la posibilidad de que el deudor y los acreedores alcancen acuerdos, dificultada principalmente por la rigidez en la normativa aplicable. Igualmente, se modifican los tiempos en cuanto a la obligación de presentar la solicitud de concurso y evitar la liquidación de la empresa. Sin embargo, como he adelantado, estadísticamente, el 90% de las empresas acaban en liquidación, no consiguiendo, ni su saneamiento, ni su continuidad en el cumplimiento de sus compromisos en el tráfico económico, ni que siga generando riqueza, ni que pueda crear puestos de trabajo.

ii) La regulación del Título I de la Ley Concursal

Afirma el legislador¹⁰⁵ que si se declara el estado de insolvencia del deudor común comienza el proceso concursal, por lo que, la fase común se iniciará con el dictado del auto a que se refiere el art. 21 LC.

Sin embargo, desde la presentación de la solicitud de declaración de concurso, sea del deudor o de cualquiera de los legitimados por la propia Ley, son necesarias una serie de actuaciones ante el Juez tendentes a valorar la existencia de dicho estado de insolvencia que, por la complejidad del concurso, ha hecho necesario que sean recogidas en un título en exclusiva de la Ley. Como cualquier demanda civil, el órgano jurisdiccional debe analizar la concurrencia de todos los requisitos para su admisión a trámite, que en el

¹⁰³ Presentado en Madrid el 6 de marzo de 2017 por la Comisión General de Codificación de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, nombrada por Orden de 20 de enero de 2016 y presidida por el Excelentísimo Sr. D. Ángel Rojo Fernández-Río.

¹⁰⁴ El art. 5.bis LC ha sido modificado por la Ley 38/2011, la Ley 14/2013, el Real Decreto-ley 4/2014, la Ley 17/2014 y, por último, por la Ley 9/2015, de 25 de mayo.

¹⁰⁵ Exposición de Motivos de la Ley Concursal (II, ap. 10º).

proceso concursal incluye, además, la valoración del Juez respecto de la insolvencia del deudor común.

La particularidad de la tramitación es la distinción en función de que la solicitud haya sido presentada por el propio deudor -concurso voluntario- o por el resto de legitimados -concurso necesario-. En el primer caso, muy sucintamente, presentada la solicitud y los documentos exigidos, el Juez dictará inmediatamente el auto a que se refiere el art. 21 LC. En el segundo caso, bien se dictará dicha resolución¹⁰⁶ o se admite a trámite, ordenando el emplazamiento del deudor para que pueda formular oposición, proponer medios de prueba y resolviendo el Juez sobre la solicitud.

iii) Las secciones del concurso

El legislador ha estructurado el concurso en secciones, en las que pueden integrarse cuantas piezas separadas sean necesarias o convenientes. Esta organización de las actuaciones tiene como finalidad la mayor facilidad en el manejo del expediente, teniendo en cuenta la voluminosidad del mismo, así como la mejor comprensión de todas ellas.

Declarado el concurso o admitida a trámite la solicitud de la declaración, se forma la sección primera¹⁰⁷. *«La sección primera comprenderá lo relativo a la declaración de concurso, a las medidas cautelares, a la resolución final de la fase común, a la conclusión y, en su caso, a la reapertura del concurso»*¹⁰⁸.

El auto que declare el concurso acordará las secciones segunda, tercera y cuarta¹⁰⁹.

*«La sección segunda comprenderá todo lo relativo a la administración concursal del concurso, al nombramiento y al estatuto de los administradores concursales, a la determinación de sus facultades y a su ejercicio, a la rendición de cuentas y, en su caso, a la responsabilidad de los administradores concursales»*¹¹⁰.

*«La sección tercera comprenderá lo relativo a la determinación de la masa activa, a las autorizaciones para la enajenación de bienes y derechos de la masa activa, a la sustanciación, decisión y ejecución de las acciones de reintegración y de reducción y a las deudas de la masa»*¹¹¹.

*«La sección cuarta comprenderá lo relativo a la determinación de la masa pasiva, a la comunicación, reconocimiento, graduación y clasificación de los créditos concursales y al pago de los acreedores. En esta sección se incluirán también, en pieza separada, los juicios declarativos contra el deudor que se hubieran acumulado al concurso de acreedores y las ejecuciones que se inicien o se reanuden contra el concursado»*¹¹².

¹⁰⁶ 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 (art. 105.1 LC).

¹⁰⁷ Art. 16 LC.

¹⁰⁸ Art. 183.1º LC.

¹⁰⁹ Art. 21.2 LC.

¹¹⁰ Art. 183.2º LC.

¹¹¹ Art. 183.3º LC.

¹¹² Art. 183.4º LC.

Si el deudor concursado no solicita la liquidación o no se aprueba, ni se mantiene una propuesta anticipada de convenio, de no presentarse impugnaciones, el Juez dictará auto poniendo fin a la fase común del concurso, abriendo la fase de convenio y ordenando la formación de la sección quinta¹¹³. Lo mismo ocurrirá cuando se abra la fase de liquidación. «La sección quinta comprenderá lo relativo al convenio y a la liquidación, incluidos el convenio anticipado y la liquidación anticipada»¹¹⁴.

En la misma resolución en la que el juez apruebe el convenio, el plan de liquidación o se ordene la liquidación, ordenará la formación de la sección sexta¹¹⁵. «La sección sexta comprenderá lo relativo a la calificación del concurso y a sus efectos»¹¹⁶.

iv) La fase común

La fase común incluye todas aquellas actuaciones procesales encaminadas a la creación de los textos definitivos por parte de la administración concursal, en los que incluirá una relación de los créditos reconocidos, su cuantía y privilegio, una relación de los créditos excluidos, así como el inventario de la masa activa.

Como he avanzado, el proceso concursal se diseñó como una concatenación lineal de actos procesales, de forma que recogía el ya derogado art. 98 LC¹¹⁷, disponiendo que el Juez debiera dictar una resolución dando por finalizada esta fase común. Con las reformas legislativas, su tramitación no excluye que pueda solaparse con las fases de convenio o liquidación, debido a la aplicación del principio de flexibilidad.

Esta fase está marcada por la actuación de la administración concursal, órgano cuasi jurisdiccional al que la Ley Concursal ha encomendado funciones muy importantes¹¹⁸.

v) La fase de convenio

Con la estructura lineal del concurso, éste se articuló en una fase común que puede desembocar en otra de convenio o de liquidación¹¹⁹, fomentándose una serie de medidas orientadas a alcanzar la satisfacción de los acreedores a través del acuerdo, entre ellas y como más importante, la propuesta anticipada de convenio¹²⁰.

El convenio es la solución por la que apuesta el legislador, no cercenando la fuente de ingresos del deudor común, posibilitando que los acreedores acepten algunas condiciones más o menos gravosas para ellos¹²¹, por considerar que tendrán más

¹¹³ Art. 111.1 LC.

¹¹⁴ Art. 183.5º LC.

¹¹⁵ Art. 167.1 LC.

¹¹⁶ Art. 183.6º LC.

¹¹⁷ Este precepto fue derogado por la Disposición Derogatoria Única de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

¹¹⁸ Exposición de Motivos de la Ley Concursal (IV, ap. 9º). Como, por ejemplo, las de “intervenir los actos realizados por el deudor en ejercicio de sus facultades patrimoniales o sustituir al deudor cuando haya sido suspendido en ese ejercicio, así como la de redactar el informe de la administración concursal al que habrán de unirse el inventario de la masa activa, la lista de acreedores y, en su caso, la evaluación de las propuestas de convenio presentadas” (Exposición de Motivos de la Ley Concursal -IV, ap. 2º).

¹¹⁹ Exposición de Motivos de la Ley Concursal (II, ap. 10º).

¹²⁰ Exposición de Motivos de la Ley Concursal (VI, aps. 2º y 3º).

¹²¹ Quitas o esperas, fundamentalmente.

posibilidades de ver satisfechos sus créditos -finalidad primera y principal del concurso-, atendiendo a la continuidad del deudor en su actividad empresarial y profesional y la posibilidad de que pueda resurgir de su delicada situación patrimonial. Y, con el legislador, entendiéndolo que es la mejor respuesta.

El convenio ordinario puede alcanzarse después de concluida la fase común¹²², pero asimismo puede alcanzarse a través de la propuesta anticipada de convenio durante toda la fase común, pudiendo presentarse desde el mismo momento de la solicitud de concurso voluntario¹²³. Así, igual que en el proceso civil se potencia sobremanera el poder dispositivo de las partes respecto del objeto del proceso, se erige como la solución normal buscada por el legislador¹²⁴ y potenciada aún más en sus reformas¹²⁵.

Sin entrar en detalle, la propuesta anticipada de convenio se regulará por lo dispuesto en los arts. 104 a 110 LC, mientras que la fase de convenio ordinario por lo establecido en los arts. 111 a 132 LC.

vi) La fase de liquidación

Esta fase pretende, igualmente, la satisfacción de los acreedores, pero a través de la realización del patrimonio del deudor común y el pago subsiguiente de los créditos por el orden establecido en el título ejecutivo colectivo, con las especialidades propias del procedimiento concursal, a través de la aprobación del plan de liquidación y los informes sobre el estado de las operaciones de liquidación, de la administración concursal y bajo el control judicial.

Se trata de la solución subsidiaria al convenio, con el que tiene carácter excluyente. Asimismo, tiene carácter irreversible.

El principio de flexibilidad del concurso ha permitido al legislador introducir la liquidación anticipada.

El deudor podrá pedir la liquidación en cualquier momento¹²⁶. Si se cumplen los requisitos legales, el deudor común podrá solicitarla -o de oficio¹²⁷-, dándosele la misma publicidad que al auto de declaración de concurso, procediéndose conforme a lo establecido en los arts. 142 a 153 LC y al pago de los acreedores en la forma legalmente establecida, con participación activa de éstos¹²⁸ y resolución judicial aprobando la forma de llevarse a cabo dicha liquidación, a través del plan de liquidación aprobado.

¹²² Art. 111.1 LC.

¹²³ Art. 104.1 LC.

¹²⁴ Exposición de Motivos de la Ley Concursal (VI, aps. 2º y 5º).

¹²⁵ Exposición de Motivos de la Ley 38/2011 (IV, apartado 1º), que señala que "la ley pretende, en segundo lugar, que la solución de la insolvencia no se retrase en el tiempo, algo que no hace sino perjudicar al concursado y a sus acreedores al minorar el valor de sus bienes de cuya realización depende su cobro, eliminar posibilidades de garantizar su viabilidad y aumentar los costes. Para ello, se simplifica y agiliza el procedimiento concursal, favoreciendo la anticipación de la liquidación, impulsando y regulando un verdadero procedimiento abreviado y ofreciendo soluciones específicas en la fase común y en el convenio".

¹²⁶ Art. 142 LC.

¹²⁷ En los supuestos del art. 143 LC.

¹²⁸ Que podrán hacer observaciones y propuestas de modificación (art. 148.2 LC).

CAPÍTULO SEGUNDO. LA CREACIÓN DE UN PROCESO JUDICIAL PROPIO

1) *EL INCIDENTE CONCURSAL COMO PIEZA BÁSICA*

Como ya he señalado, la anterior legislación procesal concursal difícilmente cumplía con su fundamental misión consistente en ser el cauce adecuado para resolver las situaciones de insolvencia del deudor común y la completa satisfacción, en la medida de lo posible, de sus acreedores.

Para paliar esta situación, el legislador se decidió por el diseño de un procedimiento concursal *ex novo*, basado en el principio de la triple unidad, flexible, acentuando los poderes de dirección del Juez del concurso para poder adaptar, procesalmente, ese procedimiento a la ingente cantidad y diversidad de situaciones y soluciones que pueden presentarse durante el desarrollo procedimental del estado de insolvencia.

Sin embargo, el esquema del concurso como tal, por sí solo, no podía sostenerse. Ante el eventual planteamiento de una ingente cantidad de cuestiones que pueden suscitarse durante su tramitación¹²⁹ y que deben resolverse, diseñó a su lado el incidente concursal, que ya fue definido por el propio legislador procesal como la pieza básica a través de la cual se ventilarán todas las cuestiones que se susciten durante el concurso y que no tengan señalada otra tramitación¹³⁰.

En este apartado voy a partir de la base de que las situaciones que no pertenecen a la tramitación del proceso concursal principal -es decir, que no versen estrictamente sobre la declaración o no de concurso, la determinación del activo y pasivo del deudor común y la satisfacción de los créditos de los acreedores en la medida de lo posible, sin perjuicio de un acuerdo entre todos ellos- deben tramitarse por los cauces del incidente concursal, a excepción, únicamente, de aquellas instituciones procesales que dispongan de una

¹²⁹ Exposición de Motivos de la Ley Concursal (X, 2º).

¹³⁰ Exposición de Motivos de la Ley Concursal (X, 2º) y su reflejo normativo en el art. 192 LC.

tramitación propia en la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin existir especialidad alguna concursal¹³¹. Y, en este sentido, será incidental respecto al concurso, se amoldará a la tramitación de cualesquiera situaciones, simples o complejas, y dará cobertura, al principio de unidad procedimental, a mi entender, algo distorsionado en la Ley Concursal.

2) LA CONFIGURACIÓN DEL INCIDENTE CONCURSAL

Tras la tramitación parlamentaria, el incidente concursal quedó construido bajo una fórmula híbrida o mixtura¹³² entre los dos procesos declarativos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Así, para la demanda y contestación a la demanda incidentales (o lo que es lo mismo, la fase de alegaciones) se realizaba una remisión directa a lo prevenido para las mismas en el juicio ordinario; mientras que para el resto, una remisión directa a las normas del juicio verbal.

Este diseño no estuvo exento de críticas desde su inicio. Especialmente interesantes fueron aquellas que sostuvieron que el procedimiento era demasiado complicado para determinadas cuestiones y excesivamente simple para otras¹³³; así como que se producía merma de derechos procesales¹³⁴. Y, por otro lado, que debería haberse concluido con una remisión al juicio ordinario en bloque, pues el juicio verbal es el más imperfecto de los juicios declarativos construidos por la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000¹³⁵.

En el momento de su promulgación ya me parecía que con la aplicación de la normativa vigente -básicamente la procesal civil- y los principios concursales referidos en páginas anteriores, ya se disponía de herramientas suficientes para albergar procesalmente

¹³¹ Y en este punto, deben resaltarse por su número e importancia, las autorizaciones judiciales.

¹³² En este sentido, entre otros, BEREĆIBAR MUTIOZÁBAL, J.R.; PRIOR GARCÍA, I; y FERNÁNDEZ DE RETAMA GOROSTIZAGOIZA, D.; «Comentarios a la Nueva Ley Concursal»; Ed. Quantor; 2004; “Del incidente concursal”, pág. 275. JIMÉNEZ SAVURIDO C.; en AA.VV., JIMÉNEZ SAVURIDO CRISTINA (Dir.); “La nueva regulación concursal”; Ed. Colex; 2004; pág. 458. LÓPEZ DEL MORAL ECHEVERRÍA, J. L.; en “Comentarios a la Legislación Concursal”; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. y GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (Dirs.); comentario a los arts. 192 a 196 LC; Vol. III; 1ª ed.; Valladolid; octubre, 2004; pág. 3126 (habla de “naturaleza mixta”); CORDON MORENO, F.; “Proceso concursal”; 1ª ed.; Monografías Aranzadi nº 67; Navarra; Ed. Aranzadi, S.A.; 2003; pág. 271. ROMERO SANZ DE MADRID, C., Op. cit, (señala al incidente concursal “como una mixtura”), pág. 303; GONZÁLEZ GARCÍA, J. Mª; en “El concurso de acreedores: adaptado a la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal”; PULGAR EZQUERRA, J. (Dir.); Ed. La Ley; Madrid; 2012; pág. 1595. Se hacen eco de esta misma expresión, entre otras, las SSAP Girona de 28 de mayo de 2009 (EDJ 2009/208444) y Asturias de 20 de febrero de 2009 (EDJ 2009/47388).

¹³³ ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J.; “Nueva Ley Concursal: Ley 22/2003, de 9 de julio: comentarios, jurisprudencia aplicable y formularios”; 2ª ed.; Barcelona; Ed. Bosch; 2004; pág. 117, propuso, con acierto, que con la aplicación de los principios de flexibilidad, rapidez y simplicidad podía paliarse dicha problemática. Para ello, sugirió resolver las sencillas cuestiones con el escrito de la parte, traslado a las contrarias y resolución judicial. Para las cuestiones de gran complejidad y/o importancia, bien que el Juez del concurso prescindiera del incidente concursal y disponer el seguimiento de otro cauce procesal más apropiado a la cuestión litigiosa -por ejemplo, el juicio ordinario-, o bien ampliar los plazos legalmente previstos para la tramitación del incidente concursal.

¹³⁴ DIAZ MARTÍNEZ, M.; “El incidente concursal. Un instrumento autónomo de la tutela en el concurso de acreedores”; Valencia; Ed. Tirant lo Blanch; 2012; pág. 60. MARINA COLL, R. y CADENAS DE GEA, C.; “El incidente concursal”; Ed. La Ley (Colección básicos La Ley); nº 57; Málaga; 2012; pág. 19.

¹³⁵ En ese sentido, SERRA DOMÍNGUEZ, M.; “Comentarios a la Ley Concursal: con concordancias, jurisprudencia y formularios”; 1ª ed.; Editorial Bosch, S.A.; Barcelona; 2004; pág. 1923. También, REDONDO GARCÍA, F.; arts. 192 a 196 LC; en “Proceso concursal”; SALA REIXACHS, A.; MACHADO PLAZAS, J.; VILA FLORENSA, P. (Coords.); 1ª ed.; L'Hospitalet de Llobregat; Ed. Bosch; mayo 2013; pág. 994.

todas las cuestiones que se pudieran suscitar durante el concurso y que no fueran directamente objeto del procedimiento principal.

Los escritos de demanda y contestación ya se basan en el juicio ordinario. De acuerdo con el art. 184 LEC, se permite celebrar una vista en una o varias sesiones, por lo que la complejidad invita a un acto para aquellas finalidades que se prevén para la audiencia previa al juicio y otro acto para las genuinas de la vista. Igualmente, la nueva redacción del art. 447.1 LEC prevé que el Tribunal podrá conceder a las partes un turno para formular oralmente conclusiones, en concordancia con lo establecido en los arts. 433 y 431 LEC para el juicio ordinario.

Con las reformas operadas, el legislador ha optado, no por restringir el acto de vista¹³⁶, sino por desmembrar las funciones de la vista del juicio verbal en la fase de alegaciones; transformando las cuestiones procesales, fijación de los hechos controvertidos y relevantes, así como la proposición y admisión de la prueba, en trámites escritos; dejando el hipotético de acto de juicio o vista, únicamente, para su genuina finalidad, que no es otra que la práctica de los medios de prueba¹³⁷ y, una vez practicadas, la formulación de las conclusiones sobre éstas¹³⁸.

El actual esquema del incidente concursal, añadiendo la utilización del principio de flexibilidad y la acentuación de los poderes procesales del Juez del concurso, creo que permite que este proceso se amolde a las reales necesidades de la tramitación de cualesquiera cuestiones que se planteen, por muy sencillas o complejas que sean.

Por imperativo legal, el escrito de demanda incidental y su contestación, deberán amoldarse a lo dispuesto en el art. 399 LEC, lo cual no impide que si la cuestión es sencilla se pueda redactar de forma escueta, si bien completa. Igualmente, existe la posibilidad de proponer y practicar prueba y se dicta una resolución judicial en forma de sentencia. Por tanto, se trata de un procedimiento que incluye el esquema de cualquier proceso con todas las garantías incardinable en el artículo 24 de nuestro texto constitucional¹³⁹.

Con el nuevo texto propuesto por la Comisión General de Codificación, en cuanto a la tramitación del incidente concursal no variará sustancialmente respecto de la regulación actual, pues prácticamente no existen modificaciones, a salvo de algunas de mejora técnica legislativa.

¹³⁶ Como señala el Preámbulo de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (IV, ap. 5º): "Por otro lado, las modificaciones procesales alcanzan también al incidente concursal, que restringe aún más la posibilidad de celebrar una vista, como reflejo de la opción preferente de una tramitación escrita más rápida".

¹³⁷ Véase el art. 431 LEC.

¹³⁸ Art. 433.2, aps. 2º y 3º LEC para el juicio ordinario, con la reforma de la ley 42/2015, de 5 de octubre. Y, art. 447.1 LEC, para el juicio verbal de forma potestativa.

¹³⁹ Véase, por ejemplo, que en el más complejo de los supuestos que se sustancien por el juicio ordinario, de existir únicamente prueba documental, se sigue este esquema. Así, el art. 429.8 LEC establece que «cuando la única prueba que resulte 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 solicitaren la presencia de los peritos en el juicio para la ratificación de su informe, el tribunal procederá a dictar sentencia, sin previa celebración del juicio, dentro de los veinte días siguientes a aquel en que termine la audiencia».

3) NATURALEZA JURÍDICA DEL INCIDENTE CONCURSAL

Para el incidente concursal, el legislador concursal ha huido expresamente de cualquier remisión directa o indirecta a los cauces determinados para los incidentes civiles recogidos en los arts. 387 a 393 LEC.

La doctrina¹⁴⁰ y la jurisprudencia¹⁴¹ se han hecho eco de la afirmación de la Ley Concursal en el sentido de que el incidente concursal es un procedimiento especial¹⁴², señalando que se trata de un instrumento autónomo¹⁴³ o un trámite singular¹⁴⁴. Todas estas opiniones constatan una realidad evidente de la que participa este proceso incidental.

Sin embargo, la naturaleza jurídica del incidente concursal entiendo que ha venido perfectamente definida por la jurisprudencia¹⁴⁵, al afirmar que se trata de un “**proceso judicial propio**”. Esta afirmación creo que reúne de forma bastante completa la propia esencia del incidente concursal.

Que es un proceso, es una obviedad, pues su remisión a una combinación de los trámites del juicio ordinario y el juicio verbal ha sido calificada de proceso por el propio legislador en la Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁴⁶.

Que es judicial no requiere mayor explicación.

La expresión “propio” engloba -o puede englobar-, todas las expresiones acuñadas por el legislador, doctrina y jurisprudencia. Pero me parece que alguna más. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define propio, entre otras acepciones, como característico, peculiar, perteneciente o relativo a algo que tiene la facultad exclusiva de disponer de ello o que se dice del accidente que se sigue necesariamente o es inseparable de la esencia y naturaleza de las cosas¹⁴⁷.

¹⁴⁰ Hablan de un procedimiento especial, entre otros, SENÉS MONTILLA, C.; art. 194; en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. y BELTRAN SANCHEZ, E. (Dir.); “Comentario de la Ley Concursal”; Vol. II; 1ª ed.; Madrid; Ed. Civitas Ediciones, S. L.; 2004; pág. 2795. LÓPEZ DEL MORAL ECHEVERRÍA, J. L., Op. cit, págs. 3126. SUAREZ BLAVIA, A.; “El concurso de acreedores”; 1ª ed.; Barcelona; Ed. CEDECS; diciembre 2004; pág. 623. ROMERO SANZ DE MADRID, C.; op. cit., pág. 303. DÍAZ MARTÍNEZ, M.; “El proceso concursal”; Madrid; Ed., Ramón Areces, 2006; pág. 257. ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J.; “Nueva Ley Concursal: Ley 22/2003, de 9 de julio: comentarios, jurisprudencia aplicable y formularios”; 2ª ed.; Barcelona; Ed. Bosch; 2004; pág. 1240. ASENCIO MELLADO, J. Mª.; “Derecho Procesal Civil”; (Manuales); Valencia; Ed. Tirant lo blanc; 2008; pág. 479. Etc.

¹⁴¹ Por ejemplo, la StJMer Palma de Mallorca de 9 de octubre de 2007 (EDJ 2007/285165).

¹⁴² Exposición de Motivos de la Ley Concursal (X, ap. 2º).

¹⁴³ SAP Jaén de 7 de mayo de 2007 (EDJ 2007/224185).

Igualmente, DÍAZ MARTÍNEZ, M., ha titulado su último libro: “El incidente concursal. Un instrumento autónomo de la tutela en el concurso de acreedores”.

¹⁴⁴ JIMÉNEZ SAVURIDO, C.; Ob. cit. pág. 456.

¹⁴⁵ La anterior StJMer Palma de Mallorca de 9 de octubre de 2007 o, igualmente, la StJMer Palma de Mallorca de 11 de noviembre de 2009 (EDJ 2009/3007731).

¹⁴⁶ Por ejemplo, Exposición de Motivos de la LEC (X, ap. 1º), (XII, aps. 5º, 6ª, 8º ó 9º).

¹⁴⁷ PROPIO (de propio).

1. adj. Perteneciente o relativo a alguien que tiene la facultad exclusiva de disponer de ello.
2. adj. Característico, peculiar de cada persona o cosa.
3. adj. Conveniente, adecuado.
4. adj. Natural, no postizo ni artificial.
5. adj. Referente a la misma persona que habla o a la persona o cosa de que se habla.
6. adj. Se dice, por oposición a figurado, del significado o uso original de las palabras.
7. adj. Dicho de una reproducción o imitación de alguien a algo: Hecha con gran exactitud o precisión.
8. adj. Fil. Se dice del accidente que se sigue necesariamente o es inseparable de la esencia y naturaleza de las cosas. U. t. c. s.
9. m. Persona que expresamente se envía de un punto a otro con carta o recado.

Es un procedimiento especial en cuanto no tiene igual en todo nuestro ordenamiento jurídico procesal, por lo que no deja de ser característico y peculiar, pues a pesar de la remisión a la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo hace de forma distinta a una remisión en bloque a cualquiera de los juicios declarativos que contiene¹⁴⁸, incluyendo el juicio verbal especial con contestación a la demanda. Se construye un proceso con distintas partes de los juicios declarativos civiles informados por los principios concursales no en pocos casos. En esa misma perspectiva, el incidente concursal es propio, pues es único (por tanto, es especial) y perteneciente en exclusividad a las funciones que la Ley 22/2003 le ha reservado respecto del proceso concursal. Y, además, es accidental (si se mira como incidente del proceso principal) e inseparable de la esencia y naturaleza del concurso.

Pero “propio” también tiene -o me lo parece- una connotación de individualidad, por lo que en su concepto puede incluirse como un proceso con trámite singular. Pero, sobre todo, es un procedimiento o instrumento autónomo, esto es “independiente y con su propia tramitación”¹⁴⁹, que se coloca al servicio del proceso principal: el *sui generis* denominado concurso.

Por todo ello, quiero concluir este punto manifestando que en mi opinión el incidente concursal participa de una naturaleza jurídica propia, por ser un procedimiento único, que participa de una naturaleza incidental respecto del concurso, pero proceso declarativo, y singular por cuanto no tiene identidad con ningún otro incidente ni proceso.

4) CARACTERÍSTICAS DEL INCIDENTE CONCURSAL

De las anteriores líneas se desprenden una serie de características:

Es un proceso declarativo. El incidente concursal es un proceso de declaración, por cuanto está formado por un conjunto de actos procesales necesarios para llevar a conocimiento del Juez del concurso de una situación de conflicto a resolver dentro del proceso concursal, y que la ley establece que se seguirán por sus normas, se resolverá aplicando adecuadamente normas de Derecho.

Es un proceso plenario. Se trata de un proceso plenario, como lo demuestra el hecho de que siempre se resuelve por sentencia que goza de plena eficacia de cosa juzgada¹⁵⁰. Su regulación no limita los medios de ataque y defensa de que disponen las partes, ni tampoco los medios de prueba que pueden traerse para su práctica, debido precisamente a aquél efecto atribuido a la resolución judicial que le pone fin. Tampoco se limitan las pretensiones que pueden deducirse en la demanda incidental que deba conocer el Juez del concurso, salvo aquellas que el ordenamiento jurídico proscribe por su propia definición de impertinentes, carentes de entidad necesaria o interpuestas por razones de oportunidad.

10. m. Heredad, dehesa, casa u otro género cualquiera de hacienda que tiene una ciudad, villa o lugar para satisfacer los gastos públicos. U. m. en pl.

¹⁴⁸ Art. 399 LEC para el escrito de demanda y art. 405 LEC para el escrito de contestación a la demanda, en sede de juicio ordinario. Para la vista, art. 443 LEC.

¹⁴⁹ En los términos de la anteriormente citada StJMer Palma de Mallorca de 9 de octubre de 2007.

¹⁵⁰ Tal y como dispone el art. 196.4 LC.

Es un proceso especial. Es especial por cuanto únicamente opera dentro del concurso, es típico del proceso concursal, con independencia que por sus trámites puedan ventilarse cuestiones de distinta naturaleza. Su regulación es única y, sólo en ocasiones, se señala alguna especialidad en atención al supuesto a ventilar¹⁵¹.

5) LA NO SUSPENSIÓN DEL CURSO DE LAS ACTUACIONES

El art. 192.2 LC dispone que *«los incidentes concursales no suspenderán el procedimiento de concurso, sin perjuicio de que el juez, de oficio o a instancia de parte, acuerde la suspensión de aquellas actuaciones que estime puedan verse afectadas por la resolución que se dicte»*.

Como manifestación del principio de celeridad se ha dispuesto la no suspensión del procedimiento de concurso por la presentación de la demanda incidental. Aunque, bajo el principio de flexibilidad, atendiendo a la acentuación de los poderes de dirección del Juez del concurso, bajo su sana crítica, se posibilita que pueda acordar la suspensión de aquellas actuaciones que puedan verse afectadas por la resolución que se dicte, motivadamente, por ser, precisamente, la excepción a la regla general; continuando para el resto de ellas que queden inmunes¹⁵².

6) NOMENCLATURA ADECUADA O INADECUADA: “INCIDENTE CONCURSAL”

Entendido este proceso judicial propio como un proceso declarativo, plenario y especial, a primera vista, llama la atención que se le haya denominado incidente, máxime cuando he adelantado que el legislador concursal ha evitado su regulación a través de los arts. 387 a 393 LEC.

Con la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, la misión de las cuestiones incidentales es dilucidar por sus trámites todas aquellas cuestiones que tengan con el asunto principal una relación directa o inmediata. Por tanto, debe ser entendido el incidente como una situación de crisis que sufre el proceso principal que debe ser solventada para la continuación del desarrollo procedimental de éste. No en vano, aun cuando la relación del incidente con el proceso principal es de accesoriadad, puede ventilarse en él una cuestión que puede ser tan determinante que impida un pronunciamiento sobre el fondo del asunto¹⁵³.

De todas formas, entiendo que el legislador concursal ha huído expresamente del concepto estricto de incidente como se conoce en la Ley de Enjuiciamiento Civil, atendida la enorme especialidad existente. La Ley Concursal ha diseñado el incidente concursal

¹⁵¹ El supuesto donde mayor cantidad de especialidades se regulan es el incidente concursal de calificación del concurso.

¹⁵² Art. 192.2. *in fine* LC.

Sin embargo, debe advertirse que la suspensión no se lleva a cabo en el incidente concursal, sino en el procedimiento principal, o las Secciones o piezas separadas en las que se encuentren las actuaciones a suspender.

¹⁵³ GARNICA MARTIN, J. F.; en AA. VV.; “Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”; FERNÁNDEZ BALLESTEROS, RIFÁ SOLER y VALLS GOMBAU (Coords.); Ed. Atelier, Barcelona; 1ª ed.; 2000; pág. 1789.

guiándose por la tradición histórica, pero también siguiendo el patrón del ordenamiento procesal civil vigente, al servir este proceso incidental para la tramitación de cuestiones 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”¹⁵⁴. Estas cuestiones en sede concursal llegan a tener una naturaleza peculiar y compleja. Al consistir en un cauce procedimental para resolver cuestiones de mayor o menor relevancia para el concurso y que inciden en él, sin ser en sí mismas concurso, así como tener identidad suficiente para ventilarse en un proceso autónomo; conforme a nuestra tradición histórica, me parece adecuado que en su denominación aparezca el término “incidente”.

Por otro lado, la naturaleza y caracteres del incidente regulado en la Ley Concursal distan mucho de la definición legal contenida en el art. 387 LEC¹⁵⁵. Aunque la Ley Concursal, en su Disposición Final Quinta se remite a la Ley de Enjuiciamiento Civil como Derecho supletorio, y el art. 4 LEC establezca esta Ley como supletoria de todas las demás normas procesales, no pueden aplicarse analógicamente los preceptos contenidos en el art. 387 y ss. LEC al incidente concursal, ni puede acudir a esta regulación de forma subsidiaria por cuanto en este proceso judicial propio se ha diseñado un incidente absolutamente distinto en cuyo articulado se remite a normas de los juicios declarativos civiles. A ello debe añadirse que el proceso concursal dista mucho de los procedimientos diseñados en la Ley de Enjuiciamiento Civil, aun compartiendo instituciones procesales civiles a las que se remite. Por ello, me parece necesario que junto al término “incidente”, aparezca también la denominación aclarativa “concursal”.

En definitiva, entiendo que, aun existiendo numerosas maneras de denominar a este proceso judicial propio en las que no apareciera ninguna alusión a una institución tan diferente como el incidente civil, sin ser entusiasta del término, me parece adecuada esta denominación, pues se trata de un incidente respecto del concurso, pero es concursal únicamente; y, así, distinto del civil.

7) ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL INCIDENTE CONCURSAL

El art. 192 LC tiene como rúbrica “ámbito y carácter del incidente concursal”. Por los cauces de este proceso judicial propio se ventilarán «*todas las cuestiones que se susciten durante el concurso y no tengan señalada en esta ley otra tramitación*».

Se trata de una afirmación genérica, no resolutive, pues el ámbito de aplicación no viene determinado por este precepto únicamente, sino, y sobre todo, por las remisiones realizadas a lo largo de todo el articulado de la Ley.

¹⁵⁴ PRIETO CASTRO y FERRÁNDIZ, L.; “*Tratado de Derecho Procesal*”; Vol. II; 2ª ed.; Ed. Aranzadi, S. A.; Pamplona; 1985; pág. 338.

¹⁵⁵ El art. 387 LEC dispone que «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».

Respecto de las remisiones y exclusiones expresas, no existe duda, por la claridad de las mismas. Sin embargo, la Ley Concursal regula el tratamiento de los nuevos juicios declarativos y juicios declarativos pendientes que debe ponerse en relación con el procedimiento a seguir; así como hacer referencia a aquellas materias en las que el legislador concursal ha regulado una suerte de procedimiento *ad hoc*, con el que se plantea si excluye la tramitación de estas cuestiones a través de las normas del incidente concursal.

a) Remisiones expresas al incidente concursal

En la Ley Concursal se realizan las siguientes remisiones a lo largo de su articulado:

- ✚ Artículo 32.4¹⁵⁶. La recusación de los administradores concursales.
- ✚ Artículo 40.7. La acción de anulación de los actos del deudor que infrinjan las limitaciones establecidas respecto de las facultades patrimoniales en la declaración de concurso.
- ✚ Artículo 58.2º. Las controversias que surjan respecto de la compensación de los créditos y deudas del concursado y sus efectos.
- ✚ Artículo 61.2.2º. En caso de solicitud de resolución de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte, si no existiere acuerdo, las diferencias en la estimación de la resolución del contrato en interés del concurso.
- ✚ Artículo 62.2. La acción resolutoria por incumplimiento posterior a la declaración de concurso de cualquiera de las partes de los contratos de arrendamiento financiero y contratos de tracto sucesivo.
- ✚ Artículo 72.4. Las acciones rescisorias y demás de impugnación de los actos perjudiciales para la masa activa efectuados por el deudor.
- ✚ Artículo 79.2. La impugnación de la decisión de la administración concursal de integrar en la masa activa los saldos acreedores de cuentas en las que el concursado figure como titular indistinto.
- ✚ Artículo 80.2. La impugnación de la decisión denegatoria de la administración concursal de entregar a sus legítimos titulares, a su solicitud, los bienes de propiedad ajena que se encuentren en poder del concursado y sobre los cuales éste no tenga derecho de uso, garantía o retención.
- ✚ Artículo 84.4¹⁵⁷. Las acciones relativas a la calificación o al pago de los créditos contra la masa.
- ✚ Artículo 86.1.2º. Todas las cuestiones que se susciten en materia de reconocimiento de créditos.

¹⁵⁶ Anterior art. 33.4 LC, reenumerado por el artículo único.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.

¹⁵⁷ Introducido *ex novo* por el artículo único.57, de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

- ✚ Artículo 96.5. La impugnación del inventario y la lista de acreedores.
- ✚ Artículo 96.bis.3º¹⁵⁸. La oposición a la decisión de la administración concursal sobre las comunicaciones de créditos posteriores a la puesta de manifiesto de los textos definitivos.
- ✚ Artículo 97.bis.2º¹⁵⁹. Solicitud de modificación de la lista de acreedores antes de que recaiga resolución por la que se apruebe la propuesta de convenio o se presente en el Juzgado el informe final justificativo de las operaciones liquidatorias realizadas¹⁶⁰ o informe haciendo constar que la masa activa es insuficiente para el pago de los créditos contra la masa¹⁶¹.
- ✚ Artículo 129.1. La oposición a la aprobación del convenio.
- ✚ Artículos 137.1 y 140.2. La infracción de las medidas prohibitivas o limitativas de las facultades de administración y disposición del deudor constituirá incumplimiento del convenio.
- ✚ Artículo 152.3. Resolución a la oposición a la conclusión del concurso, tras la presentación del informe final de la liquidación por parte de la administración concursal.
- ✚ Artículo 171.1. La oposición a la calificación por el deudor o alguno de los comparecidos en la Sección Sexta.
- ✚ Artículo 176.2.2º. La oposición a las causas de conclusión del concurso y archivo de las actuaciones, con excepción de la causa establecida en el punto tercero del apartado primero de este apartado¹⁶².
- ✚ Artículo 176.bis.3.3º LC. La oposición a la causa de conclusión y archivo de las actuaciones por insuficiencia de la masa activa.
- ✚ Artículo 178.bis.4.3º¹⁶³. La oposición a la petición del deudor, persona natural, para obtener el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho.
- ✚ Artículo 181.3. La oposición a la rendición de cuentas.
- ✚ Disposición Adicional Cuarta (apartado séptimo). Las impugnaciones relativas a la concurrencia del porcentaje exigido para la homologación y valoración de la desproporción del sacrificio exigido.
- ✚ Disposición Adicional Cuarta (apartado undécimo). La declaración de incumplimiento del deudor los términos del acuerdo de refinanciación se tramitará “a través de un procedimiento equivalente al incidente concursal”. En

¹⁵⁸ Introducido por el artículo único.68, de la Ley 38/2011.

¹⁵⁹ Introducido por el artículo único.70, de la Ley 38/2011.

¹⁶⁰ Art. 152.2 LC.

¹⁶¹ Art. 176.bis.2º LC.

¹⁶² Que se especifica expresamente a continuación, en el mismo precepto.

¹⁶³ Introducido *ex novo* por el artículo 2 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. Y la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social.

la Propuesta de Texto Refundido deja de hacerse mención a la equivalencia del proceso para señalarse que se sustanciará por los trámites del incidente concursal (art. 627.3).

- 🚧 Disposición Transitoria Tercera (apartado tercero) de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal. La oposición de modificación del convenio con aplicación de las medidas introducidas por la Ley 9/2015.

En el nuevo texto que se propone para la Ley Concursal, no existen grandes variaciones respecto de las materias aquí relacionadas. Sí es cierto que se reordenan y aparecen menciones específicas, como, por ejemplo, las impugnaciones del inventario y de la lista de acreedores en el procedimiento abreviado (art. 525.3 Propuesta Texto Refundido) o en el concurso consecutivo (art. 712.3) o la impugnación del acuerdo extrajudicial de pagos (art. 687).

b) Los nuevos juicios declarativos

El art. 192.1.2º LC establece que *«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 éste 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. De admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado»*.

Los nuevos juicios declarativos que deba conocer el Juez del concurso, vienen determinados en el art. 8 LC¹⁶⁴. Dentro del Título dedicado a la declaración de concurso, el legislador ha ubicado esta Sección en la que inserta la jurisdicción y competencia, exclusiva y excluyente del Juez del concurso, para conocer de una serie de materias que en él se enumeran y que no son propiamente concurso. Entre otras, incluye acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado, medidas cautelares, u otras referidas al derecho a la asistencia jurídica gratuita. Junto a ellas, en la misma Sección, se han incluido otras que sí se refieren al concurso como tal, como la competencia internacional y territorial¹⁶⁵, alcance internacional de la jurisdicción¹⁶⁶ o la declinatoria¹⁶⁷.

La ubicación de este precepto no me parece acertada.

Como he señalado, el legislador ha reservado al concurso, como procedimiento principal -entre otras-, la admisión o no de la declaración de concurso. Este Título, precisamente con la rúbrica “de la declaración de concurso”, debería recoger la fase

¹⁶⁴ Este precepto, dentro del Título Primero, “de la declaración de concurso”, reside en el Capítulo Segundo, “del proceso declarativo”, en sede de jurisdicción y competencia (Sección Primera).

¹⁶⁵ Art. 10 LC.

¹⁶⁶ Art. 11 LC.

¹⁶⁷ Art. 12 LC.

preliminar de admisión del concurso, incluyendo únicamente los trámites encaminados a que el Juez del concurso se pronuncie acerca de la procedencia o no de dicha declaración.

Las normas de jurisdicción y competencia están situadas dentro de la declaración de concurso y del procedimiento de declaración¹⁶⁸, como si no tuvieran idéntica aplicación, por ejemplo, en el mismo Título Primero, pero en el Capítulo Primero (art. 5. *bis* LC: «El deudor podrá poner en conocimiento del juzgado competente [...]») o en el Capítulo Tercero (art. 25.4 LC: «Será juez competente para la declaración conjunta de concurso [...])). Por ello considero que no deberían formar parte de este Título Primero, tal y como está estructurada actualmente la Ley Concursal.

i) Las materias enumeradas en el art. 8 LC

Ante el supuesto tan complejo e importante como es el estado de insolvencia de un deudor común, el legislador ha decidido agrupar una serie de cuestiones que traen causa de ese estado, para que sean conocidas de forma exclusiva y excluyente por un órgano jurisdiccional especializado para que tengan un tratamiento integral. Estas cuestiones vienen relacionadas, para los nuevos juicios declarativos en el art. 8 LC¹⁶⁹.

Establece el apartado primero del art. 8.1 LC que las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado son competencia exclusiva y excluyente del Juez del concurso, pero excluyendo todas aquellas materias pertenecientes al estricto ámbito del Derecho de Familia¹⁷⁰. Se trata de una fórmula genérica que engloba una multiplicidad de acciones que tienen en común el cumplimiento de dos requisitos: que tenga una trascendencia patrimonial esencial para el concurso, es decir, que el resultado del proceso tenga trascendencia en la formación de las masas activa y pasiva del concurso y que el concursado se encuentre en la parte pasiva del proceso.

El legislador no ha incluido las reclamaciones patrimoniales que realice el deudor común (o la administración concursal por sustitución), que seguirán las normas de competencia generales de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Si bien es cierto que algunas resoluciones judiciales han otorgado competencia al Juez del concurso para el conocimiento de demandas que tuvieran trascendencia en el patrimonio del concursado, en calidad de demandante incidental, lo habitual es que el concursado esté en la parte pasiva del proceso¹⁷¹. En este sentido, debe resaltarse que el art. 62.2 LC ha otorgado legitimación activa al deudor para solicitar ante el Juez del concurso -y por los trámites del incidente concursal- la resolución de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento si lo estima conveniente para el interés del concurso¹⁷².

¹⁶⁸ Título Primero (“de la declaración de concurso”), Capítulo Segundo (“del procedimiento de declaración”).

¹⁶⁹ De forma prácticamente idéntica a como lo hace el art. 86. *ter*.1 LOPJ.

¹⁷⁰ «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».

¹⁷¹ Véase, por ejemplo, la SAP A Coruña de 15 de abril de 2013 (EDJ 2013/79854).

¹⁷² Las SSAP A Coruña de 22 de abril de 2010 (EDJ 2010/187074) y Pontevedra de 8 de febrero de 2007 (EDJ 2007/373362) o el AAP Barcelona de 26 de junio de 2008 (EDJ 2008/169238).

Con esta fórmula genérica, el apartado primero ha excluido expresamente los procesos de capacidad, filiación, matrimonio y menores, pues, en ellos, la acción principal carece de incidencia en el concurso. Las acciones que sí tienen trascendencia patrimonial y pueden acumularse a las anteriores -disolución del régimen económico matrimonial, deber de prestación de alimentos, etc.- han sido expresamente excluidas, sin perjuicio del tratamiento concursal que el crédito resultante tenga en el procedimiento concursal, y reguladas a lo largo de su articulado¹⁷³.

Por su parte, el apartado segundo del art. 8.1 LC determina que el Juez del concurso conocerá de manera exclusiva y excluyente de la acción a que se refiere el art. 17.1 LC, esto es, respecto de las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la integridad del patrimonio del deudor, de conformidad con lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La remisión directa a las normas de la Ley Procesal Civil que regula este instituto, hacen que aun siendo competencia del Juez del concurso, no sean de aplicación los trámites de este proceso judicial propio, como tendré ocasión de analizar un poco más detalladamente.

En el ámbito del art. 8.3 LC el Juez del concurso tiene idéntica competencia respecto de toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado.

No nos encontramos ante un proceso declarativo.

El art. 55 LC prohíbe el inicio de ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor. Los acreedores tendrán la obligación de comunicar el crédito en los términos del art. 85 LC para su tratamiento concursal.

La comunicación, reconocimiento y graduación de los créditos es una función esencial del procedimiento principal, el concurso, y no tiene cabida en el proceso incidental. Cuestión distinta radica en que, la eventual impugnación de la lista de acreedores respecto a cualquier circunstancia relativa a la procedencia, cuantificación u orden de cobro llevada a cabo por la administración concursal sí se sustancie por los trámites del incidente concursal, pero estaríamos hablando de otro supuesto con una remisión a las normas de este proceso judicial propio expresa¹⁷⁴.

Según el art. 8.4º LC, es también competencia del Juez del concurso el conocimiento sobre toda medida cautelar que afecte al patrimonio del concursado, excepto las que se adopten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores¹⁷⁵. Igualmente, sobre toda medida cautelar¹⁷⁶ adoptada en las actuaciones arbitrales, para poder acordar

¹⁷³ Véanse, por ejemplo, los arts. 42 y 43 LC.

¹⁷⁴ Art. 96 LC.

¹⁷⁵ Por carecer de competencia en virtud de lo dispuesto en el art. 8.1º LC.

¹⁷⁶ Y, en su caso, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 52 LC.

su suspensión o solicitar su levantamiento, cuando considere que puedan suponer un perjuicio para la tramitación del concurso¹⁷⁷.

A diferencia de las medidas cautelares a que se refiere el art. 17.1 LC, que tienen una remisión directa a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los supuestos de los arts. 21.1.4º; 48.ter.1; 87.4; 96.4; 97.ter.1; 129.4; 156.2; 157.1.3º ó 226, todos ellos LC, no recogen una tramitación a seguir ni realizan remisión alguna.

Sin embargo, entiendo que las medidas cautelares son un instituto procesal que tiene unas particularidades tales que lo han separado conceptualmente de las tutelas declarativa y ejecutiva. El legislador ha unificado en la Ley de Enjuiciamiento Civil un único procedimiento para todas las medidas cautelares dentro del ordenamiento procesal, siguiendo las indicaciones de la práctica totalidad de los operadores jurídicos¹⁷⁸. Por ello, teniendo un procedimiento específico para esta institución en la Ley de Enjuiciamiento Civil, no deben entenderse incluidas para su tramitación por los cauces del incidente concursal.

Respecto del art. 8.5º LC, el Juez del concurso tiene la misma competencia para conocer de las materias que en el procedimiento concursal debe adoptar en relación con la asistencia jurídica gratuita.

La Ley 1/1996¹⁷⁹ agrupó en un solo texto legal, con vocación unificadora, toda la regulación garantizadora, del acceso a la tutela en condiciones de igualdad a todos los ciudadanos. El legislador construyó un procedimiento de reconocimiento o denegación del derecho a la asistencia jurídica gratuita de naturaleza básicamente administrativa, dejando únicamente en el plano jurisdiccional la sustanciación de la oposición a la decisión de la Comisión. Es de aplicación esta normativa a todos aquellos que pretenden intervenir en el proceso concursal y no dispongan de recursos para litigar.

La intervención del Juez del concurso se centra, básicamente, en la resolución de la impugnación del reconocimiento o denegación de este derecho¹⁸⁰. La cuestión en la tramitación se centra en el hecho de que por el incidente concursal se ventilarán todas las cuestiones que se susciten durante el concurso y no tengan señalada «en esta Ley» otra tramitación.

Me parece que la impugnación del reconocimiento o denegación del derecho a la asistencia jurídica gratuita debe tramitarse por las normas de su propia Ley reguladora. Una

¹⁷⁷ Art. 8.4º LC, en relación con el art. 52.1 LC, redactado por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado.

¹⁷⁸ PEREZ DAUDÍ, V.; *“Las medidas cautelares”*; en *“Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000”*; ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. (Coord.); Vol. III; 1ª ed.; Barcelona; Ed. Economist & Jurist, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A.; 2000; pág. 544. Señala este autor que “la Ley de Enjuiciamiento Civil unifica el tratamiento legislativo de las medidas cautelares, siguiendo las indicaciones de la doctrina y la jurisprudencia, y el Consejo General del Poder Judicial -Libro Blanco de la Justicia- un tratamiento común de las medidas cautelares” (págs. 546 y 547).

En el Libro Blanco de la Justicia, Cap. IV, bajo la rúbrica “los distintos órdenes jurisdiccionales”; punto 3.4.1.4º, se señala que “parece aconsejable un tratamiento común de todas las medidas cautelares distinguiendo únicamente las patrimoniales de las personales, dado que la característica común a todas ellas, cuando son aplicables, es el aseguramiento de la efectividad de la eventual resolución condenatoria, la garantía que ha de prestar quien las solicita y la apariencia de buen derecho, cuestiones que pueden someterse a condiciones comunes aunque la pretensión en la que se basen sea distinta (...)”.

¹⁷⁹ Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.

¹⁸⁰ Art. 20.3º LAJG, en relación con el art. 8.5º LC.

razón sería el principio de no sesgar las instituciones procesales, entendiendo así que si la solicitud del derecho comienza en sede administrativa y, por tanto, recogida por la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita no procede que se tramite hasta su conclusión por los cauces del incidente concursal. En sede judicial, el art. 20 LAJG -modificado con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley Concursal- diseña un procedimiento *ad hoc*, en el que se incluye todos y cada uno de los trámites procesales a seguir¹⁸¹. Aunque donde se observa su naturaleza claramente administrativa es en el hecho de que el escrito rector se presenta ante el Secretario de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita; que el escrito de impugnación, junto con el expediente correspondiente a la resolución impugnada y una certificación de ésta, al Juzgado o Tribunal competente o al Juez Decano para su reparto, si el procedimiento no se hubiera iniciado. Es decir, al puro estilo del proceso contencioso-administrativo, no como una demanda civil ordinaria.

Otra razón atiende a que si todo el proceso se regula en esa ley, lo único que se modifica es la competencia del Juez que conoce del asunto, atendiendo a las consecuencias del derecho a la asistencia jurídica gratuita y su incidencia en la masa pasiva del concurso. De esta forma, la regulación es más clarificadora y sistemática, toda en el mismo texto legal, considerada desde su comienzo y sede y forma administrativa hasta la finalización en sede jurisdiccional como un único procedimiento.

El art. 8.6º LC dispone la competencia exclusiva y excluyente del Juez del concurso para conocer de *«las acciones de reclamación de deudas sociales interpuestas contra los socios subsidiariamente responsables de los créditos de la sociedad deudora, cualquiera que sea la fecha en que se hubiera contraído y las acciones para exigir a los socios de la sociedad deudora el desembolso de las aportaciones sociales diferidas o el cumplimiento de las prestaciones accesorias»*.

No teniendo asignada tramitación alguna, creo que deben ventilarse estas acciones por los cauces del incidente concursal en aplicación de lo dispuesto en el art. 192.1 LC.

Aunque, debe tenerse en cuenta que el art. 51.1 LC, apartados segundo y tercero, establecen que los juicios declarativos pendientes *«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»*.

Por último, el art. 8.7º LC fue introducido *ex novo* por la Ley 13/2009, modificada por la Ley 38/2011, clarificando la competencia del Juez del concurso para las acciones sociales del art. 238 TRLSC (acciones contra los administradores por los perjuicios

¹⁸¹ Este precepto establece la legitimación activa y el objeto del proceso; la representación, plazo para interponer la impugnación; denomina comparecencia al acto ante el Juez, y finalizará por una resolución judicial en forma de auto.

causados a la sociedad concursada), la acción individual del art. 241 y la acción de responsabilidad por deudas del art. 367.

En el caso de las acciones sociales, si declarado el concurso se estuviera tramitando la acción social del art. 238 TRLSC, será de aplicación lo establecido en el art. 51.1.2º LC, acumulándose de oficio el juicio ordinario y siguiéndose las actuaciones por sus propios trámites¹⁸². Pero, de interponerse la demanda una vez declarado el concurso, la competencia del Juez radicará en lo dispuesto en el art. 8.7º LC¹⁸³, tramitándose dentro del concurso como pieza separada. Pudiéndose, de oficio o a instancia de la administración concursal, acordarse el embargo de los bienes de los administradores como medida cautelar, el embargo de bienes y derechos de sus administradores o liquidadores, de hecho y de derecho, apoderados generales y de quienes hubieran tenido esta condición dentro de los dos años anteriores¹⁸⁴.

Para las acciones individuales, en caso de estar tramitándose con anterioridad a la declaración de concurso, al nada preverse, les será de aplicación el art. 51 LC, y continuarán sustanciándose ante el mismo Tribunal que estuviere conociendo de ellos. De interponerse con posterioridad, será competente el Juez de Primera Instancia y se tramitará por los cauces del juicio ordinario, quedando interrumpidos los plazos de prescripción en los términos establecidos en el art. 60.3 LC.

En cuanto a las acciones de responsabilidad por deudas del art. 367 TRLSC, aquellas que estuvieren en tramitación al declararse el concurso, en virtud de lo dispuesto en el art. 51.bis LC, quedarán en suspenso¹⁸⁵. Las demandas interpuestas después de declarado el concurso se encuentran expresamente prohibidas por el art. 50.2 LC.

ii) Las cuestiones prejudiciales del art. 9 LC

En consonancia con lo dispuesto en el art. 42 LEC¹⁸⁶, a los solos efectos prejudiciales, el Juez del concurso tendrá competencia sobre cuestiones administrativas o

¹⁸² El art. 51.1 LC establece que «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».

¹⁸³ Establece este precepto que «la jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias: [...] 7.º Las acciones de responsabilidad contra los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, y contra los auditores por los daños y perjuicios causados, antes o después de la declaración judicial de concurso, a la persona jurídica concursada».

¹⁸⁴ Interesante en este sentido es el AJMer nº 1 de Granada, de 30 de septiembre de 2011.

¹⁸⁵ El art. 51.bis LC dispone que «Declarado el concurso y hasta su conclusión, quedarán en suspenso los procedimientos iniciados antes de la declaración de concurso en los que se hubieran ejercitado 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.

«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».

¹⁸⁶ El art. 42 LEC, de las cuestiones prejudiciales no penales, determina que «a los solos efectos prejudiciales, los tribunales civiles podrán conocer de asuntos que estén atribuidos a los tribunales de los órdenes contencioso-administrativo y social.

sociales directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para el buen desarrollo del procedimiento concursal, sin que surtan efecto fuera del mismo¹⁸⁷.

La Ley Concursal ni modifica el concepto de cuestión prejudicial, ni le atribuye una tramitación de forma expresa.

Siguiendo a la doctrina¹⁸⁸, las cuestiones prejudiciales requieren una valoración jurídica sobre el fondo, previa e independiente, pero necesaria para el buen desarrollo del proceso concursal, por su especial relación con el mismo, constituyéndose como antecedente necesario sin llegar a constituirse como una cuestión principal a pesar de poder ser resuelta en un eventual proceso autónomo con valor de cosa juzgada. Asimismo, sus efectos se limitan al procedimiento principal *-incidenter tantum-* y tienen carácter no devolutivo.

De lo anterior creo que se desprende claramente que una cuestión prejudicial, en sede del concurso, no es sino un incidente concursal, por su naturaleza incidental respecto del proceso principal, el concurso, aunque no necesariamente se tramita por sus cauces.

Este proceso judicial propio tiene como función esencial servir de cauce para resolver todos los asuntos que tienen una especial incidencia en el proceso concursal y que necesitan ser resueltos para que éste pueda alcanzar la finalidad que tiene encomendada. Por ello, se ha diseñado como un proceso declarativo, para que el Juez pueda realizar una valoración sobre el fondo, necesaria porque su resultado se proyectará en el desarrollo del procedimiento concursal.

Por ello, las cuestiones que se deciden en este proceso incidental no son objeto principal del concurso, aun fundamentales para la resolución del mismo. Su conocimiento por estos trámites se debe al estado de insolvencia del demandado, que, de no mediar, pasaría a ser objeto de un proceso competencia del Juez civil, de lo contencioso-administrativo o social, autónomo e independiente, tramitado por uno de los juicios ordinarios de la Ley de Enjuiciamiento Civil o las leyes reguladoras de las jurisdicciones contencioso-administrativa y social.

Como incidente respecto del concurso, las resoluciones que le ponen fin, tienen efectos de cosa juzgada que se circunscriben al proceso concursal, sin perjuicio del valor que la resolución pudiera tener en un proceso declarativo externo.

La regla general es que el órgano jurisdiccional que conoce del proceso civil donde ha surgido la cuestión prejudicial administrativa o social pueda decidir sobre el asunto prejudicial. Para el concurso, dada su naturaleza, entiendo que no sólo es la regla general, sino que no existen excepciones.

«La decisión de los tribunales civiles sobre las cuestiones a las que se refiere el apartado anterior no surtirá efecto fuera del proceso en que se produzca.

«No obstante lo dispuesto en los apartados precedentes, cuando lo establezca la ley o lo pidan las partes de común acuerdo o una de ellas con el consentimiento de la otra, el Secretario judicial suspenderá el curso de las actuaciones, antes de que hubiera sido dictada sentencia, hasta que la cuestión prejudicial sea resuelta, en sus respectivos casos, por la Administración pública competente, por el Tribunal de Cuentas o por los Tribunales del orden jurisdiccional que corresponda. En este caso, el Tribunal civil quedará vinculado a la decisión de los órganos indicados acerca de la cuestión prejudicial».

¹⁸⁷ Como señala la Sentencia de 5 de diciembre de 2016 dictada por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción.

¹⁸⁸ Siguiendo el esquema de CALDERÓN CUADRADO, M^a. P.; "art. 9"; en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. y BELTRAN SANCHEZ, E. (Dir.); "Comentario de la Ley Concursal"; Vol. I; 1^a ed.; Madrid; Ed. Civitas Ediciones, S. L.; 2004; págs. 311 a 318.

Tienen, además, carácter de heterogéneas, desde el momento en que se integran cuestiones administrativas o sociales; pero también homogéneas, cuando se refieren a cuestiones prejudiciales civiles.

De todas formas, sean cuestiones prejudiciales o incidentales, dentro del concurso cualquier materia que no sea propiamente concurso y deba solucionarse, tendrá, con independencia de su naturaleza, carácter incidental concursal.

Cualquier materia que afecte al desarrollo del concurso, sin ser procedimiento principal, es un incidente del concurso, encaminado a lograr sus finalidades propias y se tramitan por los cauces de este proceso judicial propio en los casos en que el articulado de la Ley Concursal así lo determine. El art. 9 LC tiene su origen en el hecho de que el legislador parte de la especialidad del concurso dentro de la jurisdicción civil y la necesidad de englobarlo en las competencias del Juez del concurso, pero de resolverse una cuestión que esté directamente relacionada con el concurso o cuya resolución sea necesaria para el buen desarrollo del procedimiento concursal entra dentro del ámbito de aplicación de este proceso judicial propio, por su propia naturaleza y características, si así lo dispone la Ley.

c) Juicios en tramitación en el momento de la declaración de concurso

El art. 51 LC recoge en su rúbrica dos supuestos que cabe diferenciar:

i) Continuación de los juicios declarativos pendientes

El art. 51.1.1º LC, después de la última reforma¹⁸⁹, establece que *«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»*.

En los procesos civiles en los que se haya admitido la demanda en el momento de la declaración de concurso y mientras no se haya dictado sentencia, no se plantea problema alguno para afirmar que se encuentran en tramitación. Igualmente, no se plantea problema alguno para el caso de que se interponga demanda con posterioridad a la declaración de concurso, pues en este caso se trataría del supuesto anterior, es decir, nuevos juicios declarativos, a los que será de aplicación el art. 50.1 LC.

Dos cuestiones tienen particular interés respecto al conocimiento y resolución de los créditos dentro y fuera del proceso concursal: el tratamiento del crédito y el plazo de resolución.

¹⁸⁹ El nº 1 del art. 51 LC fue redactado por el nº 40 del artículo único de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

Las reclamaciones civiles frente al futuro concursado, a través de un juicio declarativo ordinario civil, son conocidas directamente por el Juez civil y finalizan por una resolución judicial. Si se tramitan por el proceso especial monitorio sólo obtendrán una respuesta judicial «*si el deudor presentare escrito de oposición dentro de plazo*», como en el caso anterior, porque «*el asunto se resolverá definitivamente en juicio que corresponda*»¹⁹⁰. De forma parecida a este último supuesto, en sede concursal, la comunicación, reconocimiento y graduación del crédito se realizará por un órgano no jurisdiccional, teniendo únicamente conocimiento el Juez del concurso si el deudor o cualquier acreedor o interesado impugnan la lista de acreedores¹⁹¹.

La segunda cuestión radica en el plazo perentorio para la insinuación de los créditos en los casos en que el acreedor haya interpuesto una reclamación con anterioridad a la declaración de concurso.

El íter procesal civil hasta la firmeza de la sentencia, incluyendo los recursos correspondientes, puede demorar en el tiempo la solución del litigio. A excepción de la reclamación monitoria, la tramitación por un juicio declarativo civil, de entrada, se presenta en contra de la celeridad del procedimiento concursal: en el concurso, la comunicación de los créditos, debe realizarse en el plazo de un mes desde el auto de declaración de concurso¹⁹²; y si añadimos que la presentación del informe son dos meses -o algo más si se proroga¹⁹³-, así como el plazo de impugnación -diez días¹⁹⁴- y la comunicación posterior de créditos¹⁹⁵ más sus posibles impugnaciones¹⁹⁶, resulta que la integración de los créditos en sede concursal parece ciertamente más célere. Aunque debe tenerse en cuenta que se reconocen como contingentes y, por tanto, sin un cobro inmediato¹⁹⁷.

Pero aun sin tener en cuenta esta circunstancia, tampoco es así. Siguiendo los últimos datos publicados por el CGPJ¹⁹⁸, la duración de los juicios ordinarios se encuentra entre 7 y 14 meses, mientras que los juicios verbales entre 7 y 11 meses. Si la reclamación se realiza por proceso monitorio, la media se encuentra entre 3 y 9 meses. A ello debe sumarse la posible continuación en segunda instancia que tiene un promedio de duración de entre 7 y 9 meses. Aunque, si analizamos los datos respecto de la misma duración media estimada para los concursos, nos encontramos ante 41,6 meses, con una tendencia de crecimiento año tras año con unos porcentajes considerables.

Si se cumplieran los plazos dispuestos en la Ley Concursal, en sede del concurso la reclamación sería más célere. Pero esta cuestión es únicamente teórica, puesto que la

¹⁹⁰ Art. 818.1 LEC.

¹⁹¹ Impugnación que permite el art. 96.1 LC, como parte personada en todas las secciones.

¹⁹² Art. 85.1 en relación con el art. 21.1.5º, ambos LC.

¹⁹³ Art. 74 LC.

¹⁹⁴ Art. 96.1 LC.

¹⁹⁵ Para la que no existe plazo señalado.

¹⁹⁶ Art. 97 LC.

¹⁹⁷ Ex art. 157.3 LC.

¹⁹⁸ Panorámica de la Justicia; CGPJ; 2015; pág. 27.

<http://shp.pnj.cgpj.es:82/infoe2/Panoramicajusticia/Años%20anteriores/Panoramica%20de%20la%20Justicia%202015.pdf>

Justicia datos a dato; Consejo General del Poder Judicial; 2015; pág. 89

<http://shp.pnj.cgpj.es:82/infoe2/JusticiaDatoaDato/Datos%20Anteriores/Justicia%20Dato%20a%20Dato%20Año%202015.pdf>

carga de trabajo de nuestros Tribunales ha decantado la celeridad de parte de los órganos de primera instancia.

También debe resaltarse que, en sede concursal, el crédito reconocido por resolución procesal no firme, si fuere susceptible de ejecución provisional, otorgará a su titular la totalidad de los derechos concursales que correspondan a su cuantía y calificación¹⁹⁹. No debemos olvidar que, tengan el carácter que tengan, su graduación afectará al resto de acreedores y ello puede influir en la impugnación referida en el art. 96 LC.

La desincronización se agravaría más en el procedimiento abreviado, diseñado para ser todavía más rápido.

No soy partidario de que una tramitación típica del concurso como procedimiento principal se tramite fuera de los contornos concursales, lejos de unos cauces perfectamente delimitados para el concurso como son la determinación de las masas activa y pasiva. Dejando a salvo la carga de trabajo de los órganos jurisdiccionales y la pendencia de los procesos concursales, entiendo que debería primar el conocimiento integral del Juez del concurso de todas las cuestiones que afecten al estado de insolvencia del deudor común bajo un procedimiento como el concursal en el que se potencia sobremanera la celeridad del proceso acorde con las necesidades del tráfico mercantil.

ii) La acumulación de los juicios declarativos pendientes

El art. 192.2º LC dispone que se tramitarán por los cauces del incidente concursal los juicios que se acumulen en virtud de lo previsto en el art. 51.1 LC.

La modificación de este último precepto operada por la Ley 38/2011 ha eliminado la anterior referencia a la acumulación de los litigios, competencia del Juez del concurso, que estuvieren tramitándose en primera instancia y que éste entendiera y que tuvieran trascendencia para la formación del inventario o de la lista de acreedores. Pero, el legislador ha descuidado la referencia del art. 192.2º LC, quedando en la actualidad vacío de contenido, pues el único juicio que se acumula no se tramita por los cauces del incidente concursal, sino por las normas reguladas en la Ley de Enjuiciamiento Civil para el juicio ordinario, tal y como prevé el propio art. 51.1 LC, apartado tercero.

En la Propuesta de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal, se hace mención expresa: «Los juicios acumulados continuarán su tramitación ante el juez del concurso conforme al procedimiento por el que viniera sustanciándose la reclamación»²⁰⁰.

El incidente concursal, como se demuestra a lo largo del presente estudio, es un proceso con todas las garantías -de otra forma no podría ser un proceso-. No existe una razón satisfactoria para no amoldar cualquier reclamación de este tipo por sus cauces.

Procesalmente, la acumulación prevista tiene difícil encaje.

¹⁹⁹ Art. 87.3 LC.

²⁰⁰ Art. 138.2 del Texto Refundido.

Con la reforma de la Ley Concursal, la única que se acumula al concurso es la acción social prevista en el art. 238 LC, en virtud de lo dispuesto en el art. 51.1 LC, que se tramita por los cauces del juicio ordinario. En este proceso declarativo el plazo para la contestación a la demanda (20 días) es distinto del previsto para el incidente concursal (10 días). Tampoco se prevé en este proceso judicial propio un acto oral para la depuración de las cuestiones procesales y proposición y admisión de los medios de prueba, que sigue un trámite escrito y separado en distintos momentos, resolviéndose también de forma escrita.

Como he señalado, no soy partidario de que los juicios declarativos en el que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso, y, por tanto, también los acumulados, se ventilen fuera del marco procesal concursal, atendiendo a la unidad procedimental. Sin embargo, un proceso pendiente que se está tramitando por las normas del juicio ordinario tiene tales desincronizaciones en fases tan fundamentales como los escritos de alegaciones o la fase de proposición y admisión de prueba que la única solución procesal que entiendo correcta en la práctica sería el cambio de competencia en favor del Juez del concurso y no propiamente una acumulación, como es en realidad lo que está recogiendo el precepto.

d) Exclusiones expresas

Igual que en unos supuestos la Ley Concursal, de forma expresa a lo largo de su articulado, ha establecido la tramitación por los cauces de este proceso incidental; existen otros en los que se ha remitido a una tramitación específica²⁰¹.

Así, tienen señalada otra tramitación:

- La solicitud de declaración de concurso (arts. 6, 7 y 15 LC) y oposición del deudor a la solicitud (arts. 18 a 20 LC).

He afirmado que el legislador ha reservado al concurso, como procedimiento principal, la admisión o no de la declaración de concurso, la determinación del activo y pasivo del deudor común y la satisfacción de los créditos de los acreedores, sin perjuicio de un acuerdo entre todos ellos.

En este sentido, no se trata de una cuestión que se suscite durante el concurso, sino que se trata del concurso en sí mismo. Por ello, no creo que nos encontremos ante una exclusión de los cauces del incidente concursal por tener señalada en la Ley Concursal otra tramitación, sino que en la Ley Concursal se regulan, formando parte del procedimiento concursal, los trámites de lo que he denominado fase de admisión del concurso, ante la solicitud presentada por el deudor común²⁰².

- La declinatoria (art. 12 LC).

Cuando el deudor o los demás legitimados planteen una cuestión de competencia territorial se tramitará por lo establecido en el art. 12 LC. Sin embargo, en este precepto únicamente se establece el plazo para su planteamiento y la intervención en la misma del Ministerio Fiscal, sin determinar un procedimiento a seguir, por lo que puede pensarse que,

²⁰¹ En este apartado excluyo solamente aquellos que tendré ocasiones de relacionar a continuación.

²⁰² Art. 14 LC.

al no tener señalada en la Ley Concursal otra tramitación, debería ventilarse por los cauces del incidente concursal.

La institución de la declinatoria en la Ley de Enjuiciamiento Civil viene dispuesta como un instrumento único para el control, a instancia de parte, de la jurisdicción y competencia de los Tribunales²⁰³, sin perjuicio del control de oficio cuando la norma a aplicar tiene carácter imperativo²⁰⁴. De efectuarse actuaciones procesales con falta de jurisdicción o competencia, no se convalida la actuación, como norma general, del Tribunal, que será nula de pleno derecho²⁰⁵.

Atendiendo a la subsidiariedad de la Ley Procesal Civil -y su codificación y simplificación-, así como por la necesidad de que las instituciones tengan en nuestro ordenamiento jurídico procesal una única regulación, me parecen aplicables los trámites de los arts. 63 a 65 LEC.

La rúbrica del art. 12 LC (“declinatoria”) ya podría entenderse como una remisión directa a dichos preceptos -como “instrumento único para el control de la jurisdicción y competencia de los Tribunales”-; pero de la lectura del precepto concursal, me parece que se hace una referencia clara a esas normas, recogiendo únicamente las particularidades que por razones de esquema concursal, el legislador ha entendido procedentes²⁰⁶.

- o Las medidas cautelares (arts. 17; 21.1.4º; 48.ter.1; 87.4; 96.4; 97.ter.1º; 129.4; 156.2; 157.1.3º y 226.1 LC; todos ellos LC), así como las recogidas en la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal.

El art. 17 LC regula las medidas cautelares anteriores a la declaración de concurso. En este supuesto, el legislador concursal ha optado por su tramitación «*de conformidad con lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil*»²⁰⁷. Así, deben ser tramitadas por lo dispuesto en los arts. 730 a 738 LEC.

El art. 226.1 LC viene referido al reconocimiento de las medidas cautelares adoptadas en el extranjero antes de la apertura de un procedimiento principal de insolvencia, previo al correspondiente *exequatur*. Sin embargo, el apartado segundo habilita al Juez del concurso para que pueda adoptar una serie de medidas cautelares, pero enmarcadas «*antes del reconocimiento de un procedimiento extranjero de insolvencia*». Por el momento en que se dictan, por remisión al art. 17 LC, se siguen por los trámites establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil, al tratarse del mismo supuesto, si bien con elemento extranjero.

El art. 129.4 LC regula las medidas cautelares que puede adoptar el Juez del concurso en la oposición al convenio. Se trata de evitar «*que la demora en la tramitación de*

²⁰³ Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (VII, ap. 11º).

²⁰⁴ Por ejemplo, art. 38 LEC, respecto de la competencia internacional; art. 48 LEC, para la competencia objetiva; o el art. 58 LEC, para la competencia territorial.

La declinatoria únicamente se utilizará, como herramienta a disposición del justiciable, en casos de normas a aplicar que tengan el carácter imperativo, o sumisión expresa o tácita, cuando el Tribunal no ha podido o no ha realizado ese control de oficio que le atribuye la norma procesal. Es, por tanto, un instituto procesal a plantear por la parte en forma, subsidiario a ese control de oficio obligado del órgano jurisdiccional.

²⁰⁵ Art. 238 LOPJ.

²⁰⁶ Lo relativo al plazo de interposición, la no suspensión del procedimiento concursal, e intervención del Ministerio Fiscal, por las justificaciones que el propio concurso incluye.

²⁰⁷ Art. 17.1. *in fine* LC.

la oposición impida, por sí sola, el cumplimiento futuro del convenio aceptado, en caso de desestimarse la oposición». Este precepto ha sido modificado²⁰⁸, pero ni de buen origen, ni actualmente, se ha remitido a procedimiento alguno para su tramitación como medidas cautelares.

En la redacción primera de la Ley Concursal no existía norma alguna que se refiriera a la tramitación procesal de esta institución, salvo el art. 17 LC, ubicado en la declaración de concurso y que remitía -y remite-, en cuanto a sus cauces, a lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por ello entiendo aplicables, desde inicio, para este precepto, los artículos procesales civiles.

Los arts. 48.ter.1; 87.4; 96.4; 97.ter.1º; 156.2 y 157.1.3º; todos ellos LC; tienen en común haber introducido -por la Ley 38/2011- la posibilidad de que el Juez del concurso pueda adoptar medidas cautelares en distintos supuestos. A los efectos que nos ocupan, no efectúan remisión alguna al procedimiento a seguir.

Entiendo que en el sistema originario de la Ley Concursal ya se podía considerar la existencia de una remisión a la legislación procesal civil, por el mero hecho de consistir en medidas cautelares. Así, en la Ley de Enjuiciamiento Civil se instauró un sistema “perfilando unos presupuestos y requisitos generales”, de modo que resulte un régimen abierto de medidas cautelares y no un sistema de número limitados y cerrado.

Se regula de forma sistemática esta institución, que como norma con vocación universal en nuestro ordenamiento procesal deber ser única, sin perjuicio de las especialidades necesarias que en cada caso concreto pueda establecer el legislador. Y habiéndose hecho una remisión en el art. 17 LC, originariamente el legislador concursal ya nos ofreció “una pista” definitiva para el proceso a seguir.

Por cualquiera de los motivos anteriores me parece que las medidas cautelares tienen una regulación única, debiendo tramitarse todas por los arts. 730 y ss. LEC. Así lo ha entendido también la jurisprudencia²⁰⁹ anteponiendo el art. 48.ter.1º LC al art. 48.3 LC, de forma que las especialidades del concurso aplicadas al administrador no elimina la relación de subsidiariedad del embargo respecto de la acción principal de responsabilidad de los administradores (o liquidadores), debiéndose seguir el régimen general de dichos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de sus requisitos.

Igualmente, debe hacerse mención a las medidas cautelares recogidas en la Ley Orgánica 8/2003²¹⁰, reguladas en esta ley en atención a los derechos protegidos.

El art. 1 LORC dispone que desde la admisión a trámite, de oficio o a instancia de cualquier interesado, el Juez del concurso podrá acordar en cualquier estado del procedimiento las siguientes medidas: la intervención de las comunicaciones del deudor; el deber de residencia del deudor persona natural en la población de su domicilio; la entrada en el domicilio del deudor y su registro o la intervención de las comunicaciones telefónicas.

²⁰⁸ Por el número once del artículo 10 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.

²⁰⁹ Véase, por ejemplo, el AJMer nº 1 de Granada, de 30 de septiembre de 2011 (LA LEY 183817/2011).

²¹⁰ Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LORC).

Durante el tiempo de vigencia de la medida, el juez podrá acordar en cualquier momento su atenuación o cese.

Todas estas medidas, por las mismas consideraciones realizadas para las reguladas en la Ley Concursal, entiendo deben tramitarse conforme a lo dispuesto para ellas en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

o De los concursos conexos.

En los arts. 25, 25.bis y 25.ter²¹¹, de los concursos conexos, se ha regulado la declaración conjunta de concurso de varios deudores, la acumulación y la tramitación coordinada de los concursos.

Estos preceptos no regulan una tramitación de los supuestos que recoge. Sin embargo, interpreto que se está refiriendo a las instituciones procesales de la acumulación de acciones y procesos recogidas en el Título Tercero del Libro Primero de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En los casos de concursos conexos, la especialidad está recogida en la Ley Concursal y se refiere a los supuestos en los que es procedente, siguiéndose la tramitación por los cauces regulados en la Ley de Enjuiciamiento Civil para estas instituciones.

El art. 25 LC versa sobre la petición de declaración de concurso frente a más de una persona, esto es, tramitarse todas las solicitudes en un mismo procedimiento y resolverse unitariamente de forma definitiva. Es decir, podrán acumularse las acciones que uno tenga contra varios sujetos siempre que exista un nexo por razón del título o causa de pedir²¹².

En este caso, con la especialidad concursal, existe la previsión legal de acumulación de acciones «*cuando sean cónyuges, exista confusión de patrimonios o formen parte del mismo grupo de sociedades*». El legislador califica el título o causa de pedir en los supuestos como idéntico o conexo.

Igualmente, se prevé para el caso de «*dos personas que sean pareja de hecho inscrita, a solicitud de los miembros de la pareja o de un acreedor, cuando aprecie la existencia de pactos expresos o tácitos o de hechos concluyentes de los que se derive la inequívoca voluntad de los convivientes de formar un patrimonio común*».

El art. 25 bis LC prevé la acumulación de concursos, esto es, de concursos ya declarados. Esta acumulación podrá ser solicitada por los legitimados en este precepto²¹³, no previéndose que pueda ser acordada de oficio²¹⁴.

«*La acumulación procederá aunque los concursos hayan sido declarados por diferentes Juzgados, recogiendo como especialidad concursal de la acumulación de procesos pendientes antes distintos Tribunales, que la competencia corresponderá la Juez que estuviera conociendo del concurso del deudor con mayor pasivo en el momento de la presentación de la solicitud de concurso o, en su caso, del concurso de la sociedad*

²¹¹ Modificado y añadidos, respectivamente, por la Ley 38/2011, dentro del nuevo Capítulo Tercero del Título Primero.

²¹² Tal y como dispone el art. 72.1º LEC.

²¹³ Cualquiera de los concursados o cualquiera de las administraciones concursales y, en su defecto, por cualquiera de los acreedores mediante escrito razonado.

²¹⁴ De forma distinta a lo previsto en el art. 75 LEC respecto de la acumulación de procesos civiles.

dominante o cuando ésta no haya sido declarada en concurso, el que primero hubiera conocido del concurso de cualquiera de las sociedades del grupo».

Sigue claramente el esquema de la tramitación de la acumulación de procesos en las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El art. 25.ter LC únicamente realiza una previsión para la tramitación coordinada de los concursos declarados conjuntamente (supuesto del art. 25 LC) o acumulados (caso del art. 25.bis LC), sin consolidación de las masas, a excepción de la posibilidad de «*consolidar inventarios y listas de acreedores a los efectos de elaborar el informe de la administración concursal cuando exista confusión de patrimonios y no sea posible deslindar la titularidad de activos y pasivos sin incurrir en un gasto o en una demora injustificados*».

- Las acciones de responsabilidad contra los administradores concursales y auxiliares delegados (art. 36.3 LC).

El art. 36 LC establece que la acción de responsabilidad de los administradores concursales (y auxiliares delegados) por los daños y perjuicios causados a la masa por los actos y omisiones que resulten lesivos²¹⁵ se sustanciará por los trámites del juicio declarativo que corresponda.

Esta remisión a los juicios declarativos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil supone la exclusión expresa del incidente concursal respecto de la genérica remisión del art. 192.1 LC. Se trata, bajo mi juicio, y como he avanzado, de una exclusión que no tiene justificación suficiente atendiendo a la unidad procedimental que informa (según el legislador) el procedimiento concursal. La única justificación podría encontrarse en la interpretación de que, normalmente, estas acciones se sustancian una vez concluido el concurso.

- Acciones en que se inicie o reanuden ejecuciones de garantías reales y acciones de recuperación asimiladas antes de la fase de liquidación (art. 57.1 LC).

La remisión procesal para estas acciones se realiza a «*las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda*».

Deben excluirse los mecanismos extrajudiciales para la realización de bienes por exceder del ámbito del presente estudio.

Las acciones de ejecución con garantía real sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad, iniciadas o no, se tramitarán por los cauces regulados en los arts. 681 a 698 LEC, procedimiento establecido para dar cauce a las acciones para exigir el pago de deudas garantizadas por prenda o hipoteca²¹⁶, sin perjuicio de las especialidades que el proceso concursal puede

²¹⁵ Salvo que prueben haber empleado toda la diligencia debida para prevenir o evitar el daño.

²¹⁶ Art. 681.1 LEC.

Aunque regula las especialidades, se aplicará de forma subsidiaria la regulación procesal civil de la ejecución dineraria.

comportar²¹⁷. Dentro del concurso, este tipo de garantías se tramitan en pieza separada, como una “ejecución individual”, al margen del concurso, aunque no pierda armonía con éste.

Me parece que el incidente concursal no es el vehículo adecuado para la tramitación de este tipo de acciones. Al tener naturaleza jurídica de proceso declarativo, no se adecúa a las necesidades procesales de una acción ejecutiva y menos al tener un objeto del proceso tan específico. El legislador, creo que con buen criterio, se ha remitido específicamente a las normas de ejecución hipotecaria, especialmente diseñadas para la ejecución de bienes con garantía real, que se caracterizan por la enajenación de un bien pignorado o hipotecado en caso de incumplimiento de la obligación asegurada y por destinar el precio a la satisfacción del crédito garantizado.

Las acciones de recuperación asimiladas²¹⁸, consisten en aquellas acciones tendentes a recuperar los bienes vendidos a plazos o financiados con reserva de dominio mediante contratos inscritos en el Registro de Bienes Muebles, las acciones resolutorias de ventas de inmuebles por falta de pago del precio aplazado, aunque deriven de condiciones explícitas inscritas en el Registro de la Propiedad y las acciones tendentes a recuperar los bienes cedidos en arrendamiento financiero mediante contratos inscritos en los Registros de la Propiedad o de Bienes Muebles o formalizados en documento que lleve aparejada ejecución.

Estas acciones, por aplicación de lo dispuesto en los apartados décimo y undécimo del art. 250 LEC²¹⁹, deberían tramitarse por los cauces del juicio verbal, que es, por remisión a la Ley de Enjuiciamiento Civil, el procedimiento que le corresponde. Sin embargo, siendo competente el Juez del concurso y existiendo un proceso declarativo, el incidental concursal, no me parece adecuado seguir los trámites del juicio verbal ordinario, por atentar -de la forma ya expuesta- contra la unidad procedimental. Si este proceso judicial propio puede dar satisfactoria cobertura a todas las pretensiones, no me parece nada satisfactorio introducir en el ordenamiento procesal concursal un elemento foráneo en su tramitación.

- Las acciones ejercitadas por los titulares de créditos con privilegio sobre los buques y aeronaves, reconocidas en su legislación

²¹⁷ Entre otras, por ejemplo, la paralización, suspensión y reanudación de las ejecuciones de garantías reales sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado o a una unidad productiva de su titularidad.

²¹⁸ Por aplicación del art. 56.1.2º LC.

²¹⁹ Estos apartados establecen que «se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas siguientes: (...) 10º.- Las que pretendan que el tribunal resuelva, con carácter sumario, sobre el incumplimiento por el comprador de las obligaciones derivadas de los contratos inscritos en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles y formalizados en el modelo oficial establecido al efecto, al objeto de obtener una sentencia condenatoria que permita dirigir la ejecución exclusivamente sobre el bien o bienes adquiridos o financiados a plazos.

«11º.- modificado por el apartado 1 por el art. 4.4 de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal- Las que pretendan que el tribunal resuelva, con carácter sumario, sobre el incumplimiento de un contrato de arrendamiento financiero, de arrendamiento de bienes muebles, o de un contrato de venta a plazos con reserva de dominio, siempre que estén inscritos en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles y formalizados en el modelo oficial establecido al efecto, mediante el ejercicio de una acción exclusivamente encaminada a obtener la inmediata entrega del bien al arrendador financiero, al arrendador o al vendedor o financiador en el lugar indicado en el contrato, previa declaración de resolución de éste, en su caso».

específica, para separar tales bienes de la masa activa, que habrán de sustanciarse por los trámites establecidos en su regulación específica.

La nueva Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima²²⁰, se remite «a lo dispuesto en el capítulo V del título IV del libro tercero de la Ley de Enjuiciamiento Civil, salvo las especialidades establecidas en la presente ley». Así, a las normas de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados.

Se trata de un privilegio de naturaleza procesal²²¹, pues los bienes objeto de garantía forman parte de la masa, pero el acreedor tiene la facultad de proceder a su ejecución al margen del concurso, quedando el remanente integrado en la masa activa²²².

Para los acreedores con privilegio sobre los buques, la citada Ley de Navegación Marítima derogó expresamente el Libro III del Código de comercio, donde se encontraba -en su Título Primero- el procedimiento a seguir. Esta Ley²²³ se remite al Convenio internacional sobre los privilegios marítimos y la hipoteca naval, de Ginebra de 6 de mayo de 1993 que a su vez se remite a la legislación del Estado en que esté matriculado el buque.

En cuanto a las aeronaves, la Ley de 16 de diciembre de 1954, sobre Hipoteca Mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión, en sus artículos 82 y siguientes establecía un procedimiento que ha sido derogado por la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000²²⁴, por lo que se aplicarán las normas de ésta para los bienes inmuebles hipotecados.

- o La disolución de la sociedad o comunidad conyugal (art. 77.2 LC).

Los bienes gananciales o comunes, cuando deben responder de las obligaciones del concursado, formarán parte de la masa activa del concurso. Por ello, la Ley Concursal faculta al cónyuge del concursado para pedir la disolución de la sociedad o comunidad conyugal, con la obligación del Juez del concurso de resolver sobre la liquidación o división del patrimonio conyugal.

La disolución y liquidación del régimen económico matrimonial es un proceso autónomo. No sólo se desprende de su regulación en los arts. 1396 y ss. CC y 806 y ss.

²²⁰ La originaria Ley Concursal se remitía, en el art. 76.3 LC, a la Ley de 21 de agosto de 1893, de Hipoteca Naval. Sin embargo, esta norma fue derogada por la Disposición Derogatoria Única, e) de la Ley 14/2014, de Navegación Marítima. Ahora, “las acciones que tengan reconocidas en su legislación específica”, se encuentran enmarcadas en los artículos 140 y 141.

El artículo 140.b) de la Ley 14/2014 establece que «el acreedor con hipoteca naval podrá ejercitar su derecho contra el buque o buques afectos a su satisfacción en los casos siguientes: (...) b) Cuando el deudor fuese declarado en concurso».

Por su parte, el artículo 141 de la Ley 14/2014 dispone que «la acción para exigir el pago de las deudas garantizadas por hipoteca naval, así como todo lo relativo al procedimiento a seguir y a la competencia para conocer del mismo, se sujetará a lo dispuesto en el capítulo V del título IV del libro tercero de la Ley de Enjuiciamiento Civil, salvo las especialidades establecidas en la presente ley».

²²¹ Con TIRADO MARTÍ, I.; art. 76; en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. y BELTRAN SANCHEZ, E. (Dir.); “Comentario de la Ley Concursal”; Vol. I; 1ª ed.; Madrid; Ed. Civitas Ediciones, S. L.; 2004; pág. 1404.

²²² Art. 76.3. *in fine* LC.

²²³ Artículo 122.

²²⁴ La Disposición Derogatoria Única, punto segundo, apartado octavo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 derogó los artículos 82, 83, 84, 85, 92 y 93 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento, de 16 de diciembre de 1954.

LEC, sino y sobre todo, de su ubicación en el Libro IV (“De los procesos especiales”), bajo la rúbrica “de la división judicial de patrimonios”²²⁵.

Su tramitación se llevará a cabo de forma coordinada con lo que resulte del convenio o de la liquidación del concurso²²⁶.

El art. 77.2 LC no señala un procedimiento a seguir para la disolución de la sociedad o comunidad conyugal, ni tampoco para la liquidación o división del patrimonio común. El principio de universalidad se traduce en este precepto como que «*constituyen la masa activa del concurso los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor*», excluyendo, por tanto, los bienes y derechos que pertenecen a su cónyuge.

No me parece adecuada su tramitación por los cauces del incidente concursal por su naturaleza de proceso declarativo. El art. 77.2 LC no dispone que el Juez del concurso haya de dictar una resolución declarativa, por falta de competencia, sino que debe acordar la liquidación o división del patrimonio²²⁷. Creo que el legislador se está remitiendo directamente a las normas de los arts. 806 a 811 LEC, que, por otra parte, son el cauce previsto para la liquidación judicial del régimen económico matrimonial y más adecuadas a estos fines.

- o La impugnación por la administración concursal de los convenios o procedimientos arbitrales fraudulentos (art. 86.2 LC).

El citado precepto legitima a la administración concursal para ejercitar dicha acción de impugnación «*en juicio ordinario*». Esta remisión directa a ese tipo de juicio declarativo de la Ley de Enjuiciamiento Civil excluye la tramitación por los cauces del incidente concursal.

La fundamentación reside en la opción legislativa de tramitar aquellos procesos que el legislador considera complejos por los trámites del juicio ordinario. En consonancia con lo que anteriormente he señalado, si este proceso civil y el incidente concursal tienen una estructura que provoca desincronizaciones, no parece lo más oportuno que, pendiente el juicio, se modifique la tramitación, con el consiguiente peligro de que se vulnere algún derecho procesal básico.

e) Otras tramitaciones

En apartados anteriores he apuntado que el concurso, como procedimiento principal, dispone de su propia tramitación, sin perjuicio de que para algunas instituciones se remita a la Ley de Enjuiciamiento Civil, donde se encuentran reguladas de forma completa y unitaria, como legislación procesal civil subsidiaria de todo el ordenamiento jurídico procesal español. Y, el resto de cuestiones concursales se ventilan por los cauces de este proceso judicial propio. Todo ello, en aras de la seguridad jurídico-procesal desde el prisma de la unidad procedimental.

²²⁵ Título Segundo, Capítulo Segundo.

²²⁶ Debe resaltarse la posibilidad de que se tramite el concurso de deudores comunes cónyuges o convivientes (véanse los arts. 25, 25.bis y 25.ter LC).

²²⁷ Pues los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil se basan en la competencia del Juez civil y contemplan la posibilidad de que se esté conociendo de un proceso de nulidad, separación o divorcio, competencia que se excluye en el art. 8 LC.

Sin embargo, existen abundantes preceptos en la Ley Concursal en los cuales, para determinados asuntos se establece un procedimiento específico. Se trata de una tramitación que incluye, en algunos casos, una solicitud y una resolución judicial; en otros, además, audiencia a la administración concursal, deudor común o interesados; o, incluso, en ocasiones, su iniciación de oficio. Siempre, sin que se lleguen a determinar unos trámites o pautas procesales debidamente detalladas.

Me estoy refiriendo a las solicitudes que pretendan realizarse al Juez del concurso²²⁸ y, sobre todo, a las autorizaciones judiciales²²⁹. Esta “indeterminación procesal” implica una falta de seguridad jurídica. Nos encontramos ante unos supuestos en los que ese procedimiento puede iniciarse de oficio, lo que es ciertamente contrario a los principios del orden procesal civil.

Por ello, la utilización subsidiaria de los cauces del incidente concursal se hace enormemente difícil, pues ni las solicitudes ni las autorizaciones judiciales han sido pensadas como un proceso declarativo²³⁰.

Por un lado, la petición se realizará mediante una “solicitud” formulada por escrito²³¹, habiendo utilizado esta expresión para desmarcarse del escrito típico iniciador del incidente concursal: la demanda incidental, a la que ha anudado la forma extensa prevista para el juicio declarativo ordinario civil.

Por otro lado, la ley establece que «*de la solicitud presentada se dará traslado a todas las partes que deban ser oídas respecto de su objeto*»²³², pero el legislador ha huído expresamente de lo dispuesto para el incidente concursal²³³ en cuanto al encorsetamiento de la condición de parte demandada y sus consecuencias, así como a la extensión legal de esa parte pasiva incidental²³⁴.

Pero el argumento más definitivo para no considerarlas como incidente concursal reside en que el apartado segundo del art. 188 LC prevé que se dictará una resolución judicial en forma de auto, en el plazo de cinco días, cuando para los incidentes concursales se ha previsto su finalización por sentencia, con efectos de cosa juzgada, en el plazo de diez días. No solamente son resoluciones judiciales diametralmente distintas, con implicaciones diferentes dentro del procedimiento concursal, sino que el sistema de recursos frente a ellas es también absolutamente diferente.

²²⁸ Por ejemplo, en los artículos 34; 35.2; 37.1; 40.4; 46.2; 47.1.2º; 48.4; 48.5; 55.3; 56.5; 77.2; 78.3.2º; 83.1; 95.3; 100.1.2º ó 104.2; todos ellos, de la Ley Concursal.

²²⁹ Reguladas con carácter genérico en el art. 188 LC.

²³⁰ Véase SENÉS MONTILLA, C.; art. 194; en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. y BELTRAN SANCHEZ, E. (Dir.); “*Comentario de la Ley Concursal*”; Vol. II; 1ª ed.; Madrid; Ed. Civitas Ediciones, S. L.; 2004; pág. 2749. En escrito, no se olvide, de 2004, señala que “las actuaciones tendentes a la obtención de una autorización judicial se circunscriben en el marco de la denominada jurisdicción voluntaria. Ello no obsta la regulación legal de un procedimiento garantista a los interesados con la posibilidad de alegaciones e impugnar la decisión judicial”.

²³¹ Art. 188.1. *in fine* LC.

²³² Apartado segundo del art. 188 LC.

²³³ Art. 194.3 LC.

²³⁴ Art. 193.1 LC.

8) LA EXISTENCIA DEL INCIDENTE CONCURSAL LABORAL

Señala la Exposición de Motivos de la Ley Concursal²³⁵ que el incidente concursal “se configura con dos modalidades procesales distintas, según la materia sobre la que verse: una que 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”.

La existencia de dos tipos distintos de incidentes concursales tiene su origen en la distinta naturaleza de los incidentes comunes con respecto de los de naturaleza laboral, unos informados por los principios genéricos de la legislación civil y mercantil y los otros, además, por los principios específicos de la legislación laboral.

La regulación del incidente concursal laboral permite introducir las especialidades y los principios propios de la jurisdicción social²³⁶, así como sus recursos propios. Por él se tramitarán, por ejemplo, las acciones ejercitadas por los trabajadores de la concursada, que puedan interponer contra el auto que acuerde la extinción o suspensión colectiva de los contratos de trabajo, pero que se refieran estrictamente a su relación jurídica individual²³⁷.

Sin embargo, no siendo objeto de este estudio, únicamente realizo esta sucinta referencia a efectos de constatar su existencia.

²³⁵ Apartado X, párrafo 2º.

²³⁶ Sin ánimo de ser exhaustivos, gratuidad para el trabajador, celeridad, impulso judicial, presencia de representaciones colectivas; más inmediación, oralidad, concentración y celeridad del art. 74 LPL -Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social-; más la tutela del trabajador y no imposición a éste de las costas del juicio.

En este sentido, MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., GARCÍA MURCIA, J.; *“Derecho del Trabajo”*; 17ª ed.; Ed. Tecnos; Madrid; 2008; págs. 815 y ss.

²³⁷ Así, el artículo 64.8.2º de la Ley Concursal establece que «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».

CAPÍTULO TERCERO. LAS PARTES EN EL INCIDENTE CONCURSAL

1) INTRODUCCIÓN

La regulación del proceso civil se articula sobre la base de que las controversias surgen entre dos sujetos, sin desconocer la frecuente posibilidad de que en cada parte procesal concurren varios de ellos²³⁸, hasta el punto de positivizar la obligación de que se acumulen en la demanda cuantas acciones le competan contra el demandado²³⁹ y el ejercicio simultáneo de cuantas acciones tenga contra varios sujetos existiendo entre ellos un nexo por razón del título o causa de pedir²⁴⁰, so pena de incurrir en preclusión²⁴¹.

El concurso, sin embargo, en materia de partes, se constituye como un procedimiento colectivo. Además del deudor común y la administración concursal -que siempre tendrán la condición de parte-, presupone la existencia de una pluralidad de acreedores, aunque no necesariamente todos ellos revistan la condición de parte, tal y como se desprende del art. 184 LC.

En el caso del incidente concursal, aun siendo un proceso declarativo donde se remite el legislador a los juicios ordinarios regulados en la Ley de Enjuiciamiento Civil, no queda encuadrado totalmente en el proceso civil en materia de partes, precisamente por la propia naturaleza del concurso, la regulación del art. 193 LC y la necesidad de los principios de celeridad y flexibilidad.

El art. 193 LC ha recibido muchas críticas, pues realmente su lectura y comprensión del art. 184 LC son complejas. No quedan claras cuestiones como la personación en el incidente concursal respecto la del concurso, como tampoco el litisconsorcio pasivo

²³⁸ Como prueba, los arts. 12 y ss. LEC, con su rúbrica, regulan, precisamente, la posibilidad de que exista pluralidad de partes.

²³⁹ Nótese, pero, que en el art. 71.2 LEC se utiliza la expresión “podrá”.

²⁴⁰ Nótese igualmente que en el art. 72.1º LEC también se utiliza la expresión “podrá”.

²⁴¹ En aplicación de lo dispuesto en los arts. 400 y 401 LEC.

necesario, el alcance de la cosa juzgada, el poder de disposición de las partes y la intervención de terceros, o la figura del coadyuvante, ciertamente polémica.

La Ley Concursal está repleta de normas procesales y, en este punto, legitima a quienes pueden actuar en la parte activa y pasiva del proceso incidental. Con ello se esclarece un tanto los demandantes y demandados originarios. Pero, la extensión del concepto legal de demandado y la existencia del coadyuvante, así como la necesidad de determinación de “interesados”, “quienes ostenten interés legítimo” o “demás legitimados”, plantea problemas técnicos que intentaré desgranar, ofreciendo una posibilidad lo más simple y ágil posible, en aras de integrar a todos los sujetos que intervienen dentro del incidente concursal y su actuación en el proceso para conseguir una seguridad jurídica que entiendo ahora no se acaba de alcanzar.

2) ESTATUS DE PARTE

Dentro del esquema procesal, la determinación de las partes reviste una singular importancia, pues son numerosos los institutos jurídicos y los fenómenos procesales que arrancan o enlazan necesariamente partiendo de dicha determinación²⁴².

Debo realizar dos consideraciones previas:

El concepto de parte es estrictamente procesal, pues se origina en el proceso con independencia de quiénes sean los sujetos que hayan intervenido en la relación jurídica litigiosa²⁴³ y a quienes alcanzará la resolución judicial que se dicte. Estos sujetos pueden variar a lo largo del proceso²⁴⁴, dentro de la dualidad de partes o posiciones procesales, pudiendo existir, por expresa atribución de la ley una participación de sujetos extraños al mismo. Y, quien no es parte, tiene la consideración de tercero.

Como el proceso civil está subordinado a la iniciativa de los litigantes, la presentación del escrito de demanda determina los sujetos que se constituyen como parte²⁴⁵. Se trata del elemento personal del proceso, pero sin confundirse con los sujetos y la calidad con que intervienen²⁴⁶.

²⁴² DE LA OLIVA SANTOS, A. y DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.; “*Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*”; 3ª ed.; Madrid; Ed. Universitaria Ramón Areces; 2004, 1ª reimpresión año 2008; pág. 134.

²⁴³ En este sentido, entre otros, REDONDO GARCÍA, F.; “Disposiciones generales sobre las partes”; en “*Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*”; ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. (Coord.); Vol. I; 1ª ed.; Barcelona; Ed. Economist & Jurist, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A.; 2000; pág. 91. Igualmente, GOMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V.; Op. cit; pág. 124 y SERRA DOMÍNGUEZ, M.; “Partes en el proceso”; en *Nueva Enciclopedia Jurídica*; T. XIX; pág. 5.

²⁴⁴ DE LA OLIVA SANTOS, A. y DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.; “*Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*”; 3ª ed.; Madrid; Ed. Universitaria Ramón Areces; 2004, 1ª reimpresión año 2008; pág. 133.

²⁴⁵ Sin perjuicio de que puedan existir cuestiones que no permitan su consideración como tal, en función de lo regulado en el art. 6 LEC y que puedan añadirse nuevos demandantes y/o demandados o sustituirse unos sujetos por otros.

²⁴⁶ Señala RAMOS MÉNDEZ, F.; “*Derecho Procesal Civil*”; Vol. I; 5ª ed.; Ed. Bosch; Barcelona; 1992; pág. 214, que no puede equiparse el concepto de parte con el individuo o persona física, ni tampoco con el titular del derecho material discutido en el proceso.

En el mismo sentido, la SAP de Zamora de 17 de junio de 2013 (EDJ 2013/131037).

Siendo el concurso un proceso colectivo, la perfecta constitución de la *litis* se inicia desde un punto de vista más complejo, que lo hace distanciarse, en materia de partes, de los procesos civiles singulares²⁴⁷.

En esta dinámica, dentro del objeto del proceso de cada incidente concursal, pueden existir una multitud de vínculos jurídicos relacionados o interdependientes que están en juego, directamente en el incidente concursal e indirectamente en el concurso, que pueden verse afectados por la resolución judicial que se dicte y que pueden incidir en la personación de más sujetos. La confluencia de tantos intereses en el concurso, fuera de este proceso judicial propio, provoca que no sea extraño el planteamiento de incidencias relativas a las partes.

Aun pudiéndose producir una multitud de vicisitudes al respecto, existe un momento²⁴⁸ en el que las partes ya no podrán variar, quedando petrificado el proceso, practicándose la prueba y dictándose la resolución judicial correspondiente.

El incidente concursal se rige, en materia de partes, por lo establecido en el art. 193 LC. Este precepto regula quiénes se considerarán parte demandada (apartado primero), quiénes podrán intervenir en el incidente como coadyuvantes (apartado segundo) y la intervención de demandados en caso de acumulación. Dicho precepto se completa, en lo que fuere aplicable, por los arts. 184 a 189 LC, que insertos en el Título Octavo, recogen las normas procesales generales.

Sin embargo, necesariamente, todas aquellas cuestiones que deban resolverse al respecto, habrán de solventarse acudiendo a la teoría general de las partes. La Ley de Enjuiciamiento Civil incluyó una regulación sistemática del conjunto normativo relativo a la comparecencia y actuación en juicio²⁴⁹, recogiendo esa materia de modo más completo, con más orden y claridad²⁵⁰.

Muchos y muy cualificados trabajos han tratado esta materia, en el contexto procesal civil, a los que me remito.

²⁴⁷ GONZALEZ GARCÍA, J. M.; Op. cit; pág. 1602.

²⁴⁸ GARNICA MARTIN, J. F.; en AA. VV.; "Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil"; FERNÁNDEZ BALLESTEROS, RIFÁ SOLER y VALLS GOMBAU (Coords.); Ed. Atelier, Barcelona; 1ª ed.; 2000; pág. 29: "No se establece un plazo determinado para que el interviniente pueda realizar estas alegaciones.

"Ante ello creemos que que ese plazo lo debe decidir el Juez y que para ello debe atenderse a la propia dificultad del asunto y que el plazo a concederle debe estar acorde entre dos límites, uno inferior y otro superior. El inferior es el plazo de cinco días que se establece en el párrafo segundo del art. 13.3 LEC, para que las partes contesten a esas alegaciones; el superior plazo de veinte días que se concede para la contestación a la demanda (art. 404 LEC). Ni sería razonable que el interviniente pudiera disponer de un plazo mayor que el que tiene el demandado para contestar, ni tampoco que tuviera un plazo más corto que el que se concede a las partes, que ya conocen el asunto, para contestar a las alegaciones del interviniente.

"No creemos en cambio, que exista inconveniente alguno en que ese plazo a conceder al interviniente sea mayor que el de cinco días que la ley establece a las partes para contestar a sus alegaciones, por cuanto el principio de igualdad impone una simetría de los plazos y no una identidad y esa simetría depende de la concreta posición en la que se encuentren las partes respecto al objeto del proceso. En ese sentido no puede identificarse la posición de un interviniente, que puede desconocer completamente el concreto contenido del proceso, con el de las partes ya comparecidas".

²⁴⁹ SENÉS MONTILLA, C.; "Las partes en el proceso civil"; en "Disposiciones generales relativas a los juicios civiles en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil"; Escuela Judicial; CGPJ; Cuadernos de Derecho Judicial; Madrid; 2000; pág. 17.

²⁵⁰ Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (VII, ap. 3º).

La determinación e identificación de las partes procesales supone definir las cuestiones que integran el estatus de parte; esto es, quién puede ser parte en el proceso (la capacidad para ser parte), quién puede actuar válidamente en juicio (capacidad procesal), cómo debe actuar en juicio (postulación procesal). En este estudio haré únicamente referencia a las peculiaridades que entiendo son de aplicación al incidente concursal, dejando el resto enmarcadas en la teoría general de las partes y la regulación subsidiaria recogida en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

3) LAS PARTES PROCESALES, EN GENERAL

El incidente concursal es un proceso declarativo autónomo, aunque incidental respecto del concurso. Cualquier persona que pretenda interponer, o le sea interpuesta, una demanda incidental, deberá reunir una serie de requisitos. De no reunirlos, bien no podrá ser demandada, bien deberán ser suplidos dichos requisitos en el modo y la forma en que la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone.

a) El deudor común

El deudor es reconocido como parte en todas las secciones sin necesidad de su comparecencia en forma²⁵¹ y, en consecuencia, debe intervenir en cualquier incidente concursal. Es interesante recordar que el deudor está directamente afectado por la resolución que se dicte, en la medida que lo acordado implicará un incremento del activo o pasivo de su patrimonio. Es por tanto una parte necesaria en el procedimiento²⁵².

El deudor persona natural tendrá capacidad para ser parte²⁵³, pues no podría entenderse la situación de una persona física declarada en concurso que no pudiera solicitar la tutela de los Tribunales ni sobre la que pudieran recaer los efectos de una resolución judicial en sede de concurso²⁵⁴.

Para comparecer en juicio necesitará capacidad procesal²⁵⁵. Anteriormente, he señalado que con la declaración de concurso se producía un cambio en el estatuto personal

²⁵¹ Art. 184.1 LC.

²⁵² En este sentido, véanse las StsJMer Madrid de 11 de enero de 2011 (EDJ 2011/13228), 25 de enero de 2010 (EDJ 2010/18067) ó 23 de enero de 2009 (EDJ 2009/21025).

²⁵³ Atribuida por el art. 6 LEC. Consiste en la aptitud para ser titular de todos los derechos procesales y asumir las cargas y responsabilidades inherentes al proceso. Se constituye como una de las cualidades necesarias - aunque no la única- para poder comparecer en juicio en demanda de una tutela judicial determinada o en defensa de una pretensión deducida frente a su persona.

²⁵⁴ Interesante la afirmación de SENÉS MONTILLA, C.; art. 194; en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. y BELTRAN SANCHEZ, E. (Dir.); *“Comentario de la Ley Concursal”*; Vol. II; 1ª ed.; Madrid; Ed. Civitas Ediciones, S. L.; 2004; págs. 2735 y 2736, cuando señala, respecto del deudor común, que “el reconocimiento de la capacidad para ser parte se corresponde con la **capacidad concursal** o, si se prefiere, con el presupuesto subjetivo del concurso que, conforme al principio de unidad de disciplina, procederá “respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica”, así como respecto de la herencia (...)” -el resaltado en negrita es de este trabajo-.

²⁵⁵ La capacidad para ser parte permite ser titular de todos los derechos procesales, asumiendo las cargas y responsabilidades inherentes al proceso. Sin embargo, para comparecer en juicio es necesario disponer de capacidad procesal, por lo que ésta consiste en la aptitud para realizar válidamente actos procesales. Debe concurrir al inicio del proceso y mantenerse a lo largo del mismo, a los efectos de la perfecta constitución de la litis, que permita al órgano jurisdiccional dictar una sentencia sobre el fondo. Se constituye como una cuestión de orden público que debe ser apreciada de oficio por los órganos judiciales aunque no sea planteada por las partes.

del deudor común y, dentro de esta modificación, se incluye la limitación para interponer libremente demandas relativas a su patrimonio.

En la doctrina, son de interés los posicionamientos, que afirman que el deudor común conserva su capacidad procesal, sin perjuicio de la integración que sea requerida respecto de las normas generales²⁵⁶; o, que el concursado tiene capacidad procesal, aunque ésta no sea bastante para comparecer en determinados procesos, no siendo una capacidad procesal imperfecta, sino de una falta de legitimación para el ejercicio de determinadas pretensiones de índole patrimonial o de ciertos actos de disposición del proceso²⁵⁷.

La capacidad procesal está conceptuada en la Ley de Enjuiciamiento Civil como la aptitud necesaria para comparecer en juicio²⁵⁸, realizando válidamente actos procesales. En este sentido, el auto de declaración de concurso modifica el estatuto personal del deudor común, permitiéndole en algunos casos la realización de actos procesales²⁵⁹, limitándole en otros supuestos su intervención²⁶⁰, como en el caso del art. 54 LC en el que se establece la conservación de la capacidad para actuar en juicio, que no será completa sin la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio.

Me inclino por el hecho de que en el estatus de concursado, que varía en función de la intervención o suspensión de sus facultades y que puede modificarse en cualquier estadio del procedimiento concursal, el deudor no dispone de una capacidad procesal completa, pues necesita en numerosas ocasiones del complemento de la administración concursal o, incluso, del Juez. Pero, además, aunque sea la administración concursal quien esté facultada para ejercitar ciertas acciones en su nombre, en interés del concurso, al ser el deudor parte en todas las secciones, también lo será en el incidente concursal, siéndolo a todos los efectos aunque la ley le prive de ejercitar la acción cuando le permitiría en el caso de no haberse declarado el concurso.

Me parece ciertamente interesante el término "*capacidad concursal*" asociado a la capacidad para ser parte, presupuesto subjetivo del concurso²⁶¹. Por ello me permito en este trabajo denominar como "*capacidad procesal concursal*" a la situación en que se encuentra el deudor mientras tiene la condición de concursado, con independencia de que sea variada por el Juez del concurso durante la tramitación del procedimiento. Será la resolución judicial -sea el auto de declaración de concurso, sea el auto a que se refiere el

²⁵⁶ SENÉS MONTILLA, C.; art. 194; en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. y BELTRAN SANCHEZ, E. (Dir.); "*Comentario de la Ley Concursal*"; Vol. II; 1ª ed.; Madrid; Ed. Civitas Ediciones, S. L.; 2004; págs. 2735 y 2736.

²⁵⁷ ETXARANDIO HERRERA, E. J.; "Efectos constitutivos del estatus del deudor"; en "*Manual de Derecho Concursal*"; 2ª ed.; Madrid; Ed. La Ley 8277/2010; mayo 2009; pág. 451.

²⁵⁸ RAMOS MÉNDEZ, F.; op. cit., pág. 235.

²⁵⁹ Véase el apartado segundo del art. 184 LC.

²⁶⁰ Véase el art. 21.1.2º LC en la obligación del auto de declaración de concurso de pronunciarse respecto de los efectos sobre las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, así como lo dispuesto en el art. 40 LC de los efectos de la declaración de concurso sobre el deudor.

²⁶¹ SENÉS MONTILLA, C.; art. 194; en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. y BELTRAN SANCHEZ, E. (Dir.); "*Comentario de la Ley Concursal*"; Vol. II; 1ª ed.; Madrid; Ed. Civitas Ediciones, S. L.; 2004; págs. 2735 y 2736.

art. 40.4 LC- quien complete al caso concreto el contenido de esa capacidad procesal concursal con la integración de la misma por parte de la administración concursal.

Se trata, pues, de una situación jurídico-procesal que se nutre de la capacidad procesal civil pero con las enormes y sustanciales diferencias de la Ley Concursal, creando, a mi entender, una figura específica y distinta vigente durante el tiempo que dure la consideración de concursado.

Debe hacerse mención, siquiera sucintamente, a las masas patrimoniales, los patrimonios separados que carezcan transitoriamente de titular o cuyo titular haya sido privado de sus facultades de disposición y administración, así como a las entidades sin personalidad jurídica, reguladas las primeras en el art. 6.1 LEC, apartados cuarto y quinto respectivamente. A todas ellas se les otorga la capacidad para ser parte ante los Tribunales civiles.

Establece el art. 7 LEC, apartados cuarto y quinto, que las masas patrimoniales o patrimonios separados comparecerán en juicio por medio de quienes, conforme a la ley, las administren. Y las entidades sin personalidad por medio de las personas a quienes la ley, en cada caso, atribuya la representación en juicio de dichas entidades.

Si el art. 1 LC dispone que la declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica y solamente exceptúa las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público, hay que considerar que todas las anteriores pueden ser declaradas en concurso.

Por ello, tendrán capacidad para ser parte en el concurso, teniendo la característica de que la capacidad procesal se adecuará a la norma establecida en el art. 7.8 LEC, esto es, *«las limitaciones a la capacidad de quienes estén sometidos a concurso y los modos de suplir las se regirán por lo establecido en la Ley Concursal»*. Así, deberá estarse a la legitimación que en cada caso concreto establezca la Ley Concursal, teniendo en cuenta que *“la Administración Concursal no actúa en interés propio sino en defensa de la masa; por ello, como señala la doctrina referida -Ribelles- debe descartarse rotundamente que la Administración Concursal comparezca en los procedimientos en representación del concursado, teniendo cabida la legitimación de la Administración Concursal en el art. 6.1 apartado 4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil”*²⁶².

El reconocimiento del deudor, como parte procesal, sin necesidad de comparecencia en forma²⁶³, viene circunscrito a una serie de actuaciones dentro del procedimiento concursal que no revisten una especial complejidad. Sin embargo, esta genérica facultad queda restringida para el incidente concursal, exigiéndose que actúe siempre representado por Procurador y asistido de Letrado²⁶⁴. El fundamento reside, precisamente, en la línea general establecida para los acreedores y demás legitimados²⁶⁵, para realizar actos

²⁶² Véase, por ejemplo, la SAP Oviedo de 24 de noviembre de 2015 (Id Cendoj: 33044370052015100365).

²⁶³ Apartado primero del art. 184 LC.

²⁶⁴ Apartado segundo del art. 184 LC.

²⁶⁵ En el apartado tercero del art. 184 LC.

procesales válidos, aunque como parte le incidirá directamente lo acordado por la sentencia incidental. Se excepcionan, pero, una serie de actuaciones procesales en las que el legislador entiende no necesaria la asistencia letrada y que, con la postulación del concursado, incrementa innecesariamente los costes, incidiendo negativamente en el fin principal del concurso: la satisfacción de los créditos reclamados.

b) La administración concursal

Ha sido concebida como un órgano necesario en el procedimiento concursal, a la que se encomiendan funciones muy importantes, tanto jurídicas como económicas. Su activa y trascendental participación en el concurso, así como la incidencia del resultado del proceso incidental en sus funciones, ha llevado al legislador a otorgarle la condición de parte en todas las secciones, sin necesidad de comparecencia en forma.

Por ello, tiene *ministerio legis* capacidad para ser parte y capacidad procesal²⁶⁶. Respecto a su postulación, no es necesaria, pero puede asistirse de Letrado²⁶⁷ y nombrar Procurador, a excepción de los incidentes concursales o recursos, en los que deberán hacerlo asistidos de Letrado por así establecerlo el apartado quinto del art. 184 LC²⁶⁸.

Tiene también, por ministerio de la ley, la condición de parte legítima.

Me parece interesante resaltar en este punto que el concepto de parte de la administración concursal no responde a la defensa de un genuino interés de parte, tal y como se concibe en el proceso civil. Dada su naturaleza se ha establecido su actuación como tal, aun siendo heterogénea y excepcional.

c) El Ministerio Fiscal

La propia estructura y función del Ministerio Fiscal le otorgan, por investidura legal, tanto la capacidad para ser parte como la capacidad procesal.

Aun no teniendo esa condición de órgano necesario de que goza la administración concursal, sí ha recibido la condición de parte legítima -y, por tanto, legitimación-, también *ministerio legis*, pero únicamente para la Sección Sexta²⁶⁹.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 2.1 de la Ley 50/1981, 30 diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal «*ejerce su misión por medio de órganos propios*», por lo que no necesitará Abogado ni Procurador.

²⁶⁶ En palabras del ATS de 1 de junio de 2010 (EDJ 2010/114849): "(...) la propia Ley Concursal sustrae a los administradores concursales del cumplimiento del requisito de personación en forma establecido con carácter general para las actuaciones procesales en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 de 7 de Enero (...)"

²⁶⁷ Véase el art. 27.1 LC y la posibilidad de que la administración concursal esté integrada por un único miembro en la que no concurra la condición de Abogado.

Y, en sede de normas generales, art. 184.5 LC.

²⁶⁸ Continúa el precepto disponiendo que «*la dirección técnica de estos incidentes y recursos se entenderá incluida en las funciones del letrado miembro de la administración concursal*».

²⁶⁹ Art. 184.1. *in fine* LC.

d) Los acreedores, demás legitimados y quienes ostenten interés legítimo en el concurso

El incidente concursal es un proceso declarativo a través del cual se encauzan pretensiones de todo tipo. En materia de partes, le es de aplicación las normas generales de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no existiendo especialidad alguna respecto de su comparecencia y actuación en juicio.

En la parte activa, la Ley Concursal ha delimitado la legitimación en la mayoría de preceptos en los que ha previsto la tramitación por los cauces de este proceso judicial propio²⁷⁰. Así, el concepto de parte legítima se ha determinado a lo largo de todo su texto legal, sin perjuicio de la ordinaria legitimación que, en base al art. 10 LEC, se atribuye a los titulares de la resolución judicial u objeto litigioso o en los casos expresamente previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil para el caso de los nuevos juicios declarativos del art. 50 LC.

En la parte pasiva, tienen la consideración de parte, siguiendo la línea general del proceso civil, aquellas frente a quienes se dirija la demanda. Pero, además, por las particularidades del incidente concursal, pueden tener dicha condición cualesquiera otras que sostengan posiciones contrarias a lo pedido por la actora, a quienes se les brinda la posibilidad, siempre y cuando contesten a la demanda. Por ello, para rellenar el concepto de parte legítima, desde este punto de vista, debe acudirse al art. 184 LC (apartados tercero y cuarto), donde se mencionan a los acreedores y demás legitimados, pero también a cualquiera otros que tengan interés legítimo en el concurso.

Parece incuestionable que con la expresión “acreedor” se está haciendo referencia a aquellas personas que pueden instar la declaración de concurso en los términos expresados en el art. 7 LC, esto es, quien ostente un crédito frente al concursado y que se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago²⁷¹.

Por los “demás legitimados” parece hacer referencia a lo dispuesto en el art. 3 LC, que regula la legitimación activa para solicitar el concurso necesario.

En cuanto al interés legítimo, el art. 184.4 LC, en sede de las normas generales y de la tramitación del procedimiento, hace referencia a la posibilidad de comparecer a «cualquiera otros que tengan interés legítimo en el concurso podrán comparecer siempre que lo hagan representados por procurador y asistidos de letrado». Esta mención genérica parece haber sido incluida, de forma deliberada y expresa por el legislador, como una cláusula general para abarcar todos los posibles casos en los que una persona no incluida en los supuestos anteriores, pueda verse afectada de forma directa o indirecta, por las consecuencias que el concurso conllevará inexorablemente para el deudor, evitando una

²⁷⁰ Por poner algún ejemplo, en la recusación de los administradores concursales -art. 33.4 LC-, a cualquier persona legitimada para solicitar la declaración de concurso; en las acciones de anulación, a cualquier acreedor que haya sido parte en la relación contractual que pretenda ser anulada -art. 40.7 LC-; a las partes personadas para impugnar el inventario y de la lista de acreedores -art. 96.1 LC-; todos los acreedores para formular oposición a la aprobación del convenio -art. 128.1.2º LC-; para solicitar la declaración de incumplimiento del convenio -art. 140.1 LC-; etc.

²⁷¹ Tal y como reza el art. 2.4 LC.

enumeración exhaustiva e interminable. Se evita, así, la existencia de supuestos, aun puntuales, en los que aparezca “de manera sorpresiva” una persona afectada y que carezca de legitimación para poder ser parte legítima en el incidente concursal.

La valoración final y concreta sobre la concurrencia en dicha persona de los requisitos del interés legítimo, corresponderá al Juez del concurso.

Todos ellos, por expresa indicación del art. 184 LC, apartados tercero y cuarto, comparecerán en el incidente concursal representados por Procurador y asistidos de Letrado y ostentarán la condición de parte procesal.

4) LA ADQUISICIÓN DE LA CONDICIÓN DE PARTE EN EL INCIDENTE CONCURSAL

a) La parte demandante incidental

El art. 193 LC no hace mención alguna respecto a quién será demandante incidental concursal, por lo que parece evidente que, siendo el concepto de parte estrictamente procesal y principiando el proceso por demanda, corresponderá a quien interponga la demanda que inicie este proceso judicial propio.

En el proceso civil se dispone que podrán acumularse, ejercitándose simultáneamente, las acciones que varios tengan contra uno o contra varios sujetos, siempre que entre éstas exista un nexo o razón del título o por causa de pedir. Asimismo - como analizaré más detalladamente- en el incidente concursal la regla general es la acumulación de incidentes. Así, con independencia del número de sujetos que interpongan la demanda incidental o la acumulación de éstas, tendrán la condición de parte demandante incidental respecto de sus pretensiones deducidas.

b) La parte demandada incidental

i) La parte demandada inicialmente designada

Los sujetos frente a los que se dirija la demanda incidental, tendrán la consideración de parte demandada.

Por el diseño del incidente concursal, esta circunstancia no agota las posibilidades de que otros sujetos adquieran dicha consideración, sino que a diferencia del resto, se produce por la expresa designación del actor en el escrito rector del proceso incidental.

ii) La entrada en el proceso por ampliación de la demanda incidental

La regla general en el proceso civil es que el demandante puede ampliar la demanda, de forma subjetiva, cumpliendo una serie de requisitos²⁷² y, temporalmente, hasta después de contestada la misma²⁷³.

La fórmula que arbitra el art. 193.1. *in fine* LC -en relación con el art. 194 LC- de emplazar por el Juez a las demás partes personadas que sostengan posiciones contrarias a lo pedido por la actora acota²⁷⁴ enormemente la posibilidad de que el demandante incidental pueda ampliar la demanda frente a otros sujetos inicialmente no demandados. Parece, pues, improbable encontrarla en un incidente concursal, máxime con las facultades concedidas al Juez del concurso para acumular incidentes concursales y la celeridad que acuña este proceso judicial propio.

Sin embargo, la gran potencialidad de pretensiones que puedan darse a través de los cauces del incidente concursal, me permite entender que, en ciertos supuestos, el actor incidental puede verse en la necesidad de ampliar la demanda incidental frente a sujetos²⁷⁵ no demandados inicialmente y a quienes ha de afectar la decisión pretendida o que debieran haber sido demandados conjuntamente.

En cualquier caso, la posibilidad queda abierta.

iii) Cualesquiera otras partes que sostengan posiciones contrarias y aquellos que ostenten y acrediten interés legítimo

Además de las partes inicialmente designadas, el art. 193.1 LC determina que «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». De esta forma, se amplía la premisa establecida en el proceso civil en cuanto a que es únicamente demandado quien aparece como tal en la demanda, sin perjuicio, precisamente, del supuesto de la ampliación subjetiva de la demanda o casos como el litisconsorcio pasivo necesario o la intervención procesal litisconsorcial.

²⁷² El art. 73 LEC permite la acumulación de demandas cuando 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 (sin embargo, a la acción que haya de sustanciarse en juicio ordinario podrá acumularse la acción que, por sí sola, se habría de ventilar, por razón de su cuantía, en juicio verbal); cuando las acciones acumuladas no deban, por razón de su materia, ventilarse en juicios de diferente tipo; y cuando la ley no prohíba la acumulación en los casos en que se ejerciten determinadas acciones en razón de su materia o por razón del tipo de juicio que se haya de seguir.

²⁷³ Art. 401 LEC.

²⁷⁴ No puede cercenarse la posibilidad del actor de su derecho procesal a ampliar la demanda incidental antes de la contestación a la demanda, pues le viene recogido en el art. 401 LEC. Sin embargo, la previsión procesal concursal de emplazar a quienes sostengan posiciones contrarias a lo pedido por la actora hace que exista una intersección entre las regulaciones procesal civil y concursal -arts. 401 LEC y 193.1. *in fine* LC-, pero ninguna de ellas agota a la otra, pues la entrada del demandado en el proceso se deberá, por disposición expresa del actor en su escrito de demanda incidental o, por ministerio de la ley, respectivamente. En cualquier caso, acceda como acceda, tendrá la condición de parte demandada incidental.

²⁷⁵ Las acciones de reintegración o, en general, los nuevos juicios declarativos son procesos civiles, con la única modificación de la competencia judicial atendiendo al hecho de la declaración de concurso, por lo que puede existir la necesidad de ampliar la demanda incidental, en ciertos casos.

En el incidente concursal, enmarcado en un proceso con pluralidad de partes, la regla general es la de dar oportunidad a quienes estén personados en el concurso para que puedan intervenir como parte demandada incidental²⁷⁶, cuyo interés se les presume por la simple personación en el procedimiento principal.

Y, así, se establece una diferenciación entre la personación en el concurso, en el que se permite intervenir en una o varias secciones, y la personación en el incidente concursal. Por ello²⁷⁷, no es una circunstancia extraña o poco probable, ser parte en el concurso y no serlo del incidente concursal, y al revés, personarse en el proceso incidental sin hacerlo en el procedimiento principal, atendiendo al interés del sujeto y la expresa legitimación para intervenir en el incidente concursal establecida por el propio legislador.

Esta delimitación²⁷⁸ de la parte pasiva no depende únicamente de la voluntad del actor explicitada en la demanda incidental, sino que la propia Ley Concursal la extiende por su propio ministerio.

Dada la posibilidad de personación en los procesos principal e incidental, cabe el supuesto de que un sujeto no personado en el concurso tenga interés en intervenir en un determinado incidente concursal. Debe darse a conocer la existencia de este proceso incidental para que pueda accionar, de lo contrario podría provocársele indefensión.

La adquisición de la condición de parte de estos sujetos será controlada por el Juez como cuestión de orden público.

El art. 193.2 LC establece que *«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»*.

Esta diferenciación respecto del apartado primero parece habilitar a quienes ostenten y acrediten un interés legítimo que sea protegible en un determinado incidente concursal para comparecer aun cuando sólo sea como interviniente, descargando al órgano judicial de su emplazamiento.

Los argumentos expuestos con anterioridad resultan de aplicación. Aunque el art. 184.4 LC acoge solamente la posibilidad general de comparecer en el concurso, no debe descartarse la eventual intervención en un concreto incidente concursal sin hacerlo en el resto del procedimiento principal, teniendo en cuenta que nos encontramos ante un juicio declarativo dentro del orden procesal civil. Desde otra perspectiva, no me parece razonable que no se disponga de un mecanismo de conocimiento para el legitimado para ser parte

²⁷⁶ Ilustrativa es la SAP Pontevedra de 15 de diciembre de 2009 (EDJ 2009/336529) señala que “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”.

En el mismo sentido, las SSAP Pontevedra de 16 de diciembre de 2009 (EDJ 2009/336531) y Sevilla de 2 de diciembre de 2008 (EDJ 2008/353887).

²⁷⁷ Con GONZALEZ GARCÍA, J. M.; op. cit., pág. 1601.

²⁷⁸ Con DIAZ MARTÍNEZ, M.; *“El incidente concursal. Un instrumento autónomo de la tutela en el concurso de acreedores”*; Valencia; Ed. Tirant lo Blanch; 2012; pág. 80.

demandada que todavía no ha estimado oportuno personarse en el concurso o, en otro caso, no pretendería hacerlo²⁷⁹.

En todos los casos anteriores, me parece interesante que ese conocimiento, y la posibilidad de intervenir como parte desde un inicio en este proceso incidental, se brinde mediante una herramienta solvente²⁸⁰ y ya existente: el Registro concursal. Sin embargo, desde la entrada en vigor de la Ley Concursal, el pasado 1 de septiembre de 2004, no ha funcionado.

Originariamente, el Registro fue diseñado para la publicación de las resoluciones concursales que imponían limitaciones para administrar los bienes ajenos o para desempeñar el cargo de administradores concursales en garantía de los sujetos que intervienen en el tráfico jurídico, así como para facilitar el correcto proceder a los juzgados e instituciones implicados en la designación y nombramiento de los administradores. Sin embargo, ha sido reformado²⁸¹ y se ha dividido en tres secciones, de forma que actualmente en él se insertarán las resoluciones, notificaciones, comunicaciones y trámites del procedimiento que deban ser de publicidad conforme a lo dispuesto en la Ley Concursal²⁸².

Ante esta facilidad, me parece interesante que la providencia a la que se refiere el art. 194.3 LC sirva de emplazamiento general, recogiendo los datos imprescindibles para la determinación de la acción interpuesta, a efectos de que quien acredite y ostente interés legítimo pueda personarse en este proceso judicial propio como demandado incidental.

Se trataría de una suerte de emplazamiento genérico *erga omnes*²⁸³, dejando abierta la posibilidad de que todos los sujetos legitimados pasivamente puedan personarse y/o contestar a la demanda incidental, quedando en manos del Juez del concurso la valoración del interés legítimo respecto del objeto del incidente concursal en concreto y, por tanto, el juicio de admisibilidad del escrito de alegaciones presentado.

c) La entrada por acumulación de incidentes concursales

El art. 193.3 LC dispone que «*cuando en un incidente se acumulen demandas cuyos pedimentos no resulten coincidentes, todas las partes que intervengan tendrán que*

²⁷⁹ No olvidemos que la representación por Procurador y asistencia mediante Letrado comportan unos costes que son elevados y que debe avanzar el sujeto, y que pueden hacerle estimar como inoportuna una extensión en la participación dentro del concurso más allá del incidente concursal que le es de interés.

²⁸⁰ Seguramente será solvente cuando funcione, cosa que solamente ha ocurrido durante un breve período de tiempo desde el primero de septiembre de 2004 y que, en la actualidad, sigue funcionando de forma muy precaria, aunque parece que va comenzando a funcionar muy lentamente.

²⁸¹ Reforma operada por el artículo único, nº 110, de la Ley 38/2011, de 10 de octubre para el precepto completo y, para el apartado primero -modificado nuevamente- por el artículo 21.6 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre.

²⁸² Véanse los arts. 198 y 23 LC.

²⁸³ Quisiera hacerme eco del comentario de GONZALEZ GARCÍA, J. M.; op. cit., pág. 1604. Se señala, a propósito del emplazamiento a los personados en el concurso, que “se puede encajar de forma menos forzada en la estructura tradicional de nuestro proceso civil a través de inserción de instituciones vigentes de nuestro ordenamiento, más concordes con la idea de que la determinación de los elementos que definen la pretensión corresponde al actor en su escrito inicial, sin perjuicio de posibles modificaciones sobrevenidas de ámbito objetivo o subjetivo de la pretensión, como ocurre en el supuesto estudiado, por la incorporación de la esfera de influencia de la decisión jurisdiccional de sujetos que no forman parte inicialmente del proceso. Me refiero a la figura de la intervención procesal”.

contestar a las demandas a cuyas pretensiones se opongan, si el momento de su intervención lo permitiese [...]».

La acumulación de incidentes concursales tiene como consecuencia que todos ellos se tramitarán de forma conjunta ante el Juez del concurso. Este precepto prevé la participación como “partes en el incidente” en virtud, bien de designarse en la demanda como tal, bien por la extensión legal del concepto de demandado, tal y como he tenido ocasión de referirme.

5) EL COADYUVANTE

a) Planteamiento inicial

Además de las partes inicialmente designadas y quienes sostengan posiciones contrarias a lo pedido por la actora, *«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»*. Con esta desafortunada redacción²⁸⁴, el legislador concursal permite al comparecido en el concurso “coadyuvar” con cualquiera de las partes con “plena autonomía”.

Es posición unánime que el art. 193.2 LC se está remitiendo al art. 13 LEC, que permite a quien ostente y *«acredite tener interés directo y legítimo en el resultado del pleito»* intervenir en el proceso y ser *«considerado parte en el proceso a todos los efectos»*. Así, en virtud del art. 193.2 LC, con la expresión *«coadyuvando»* se designa la actividad de quién no siendo demandante ni demandado dentro del incidente concursal puede actuar *«con plena autonomía»*, defendiendo las pretensiones de la parte activa o pasiva del proceso incidental, alcanzándole plenamente los efectos de la resolución judicial que se dicte.

Esta situación procesal y sus consecuencias no son una cuestión baladí. La inserción de la intervención procesal en los procesos civil y concursal no son asimilables, por cuanto ambos parten de premisas diferentes, hasta el punto, entiendo, que el engranaje establecido por el legislador concursal entre la intervención y el incidente concursal no tiene razón de ser.

b) La intervención procesal en la Ley de Enjuiciamiento Civil

Como he adelantado, el proceso civil se construye a partir de la base primera de la controversia entre dos individuos, por lo que tiene esencial sentido que puedan existir terceros que tengan más o menos interés en el resultado del pleito.

La intervención voluntaria en la Ley Concursal, por cuanto el art. 193.2 LC utiliza el verbo *«podrá»*²⁸⁵, podemos dividirla en principal y adhesiva.

²⁸⁴ Entre otros, DIAZ MARTÍNEZ, M., Ob. cit., “El incidente concursal. Un instrumento...”, pág. 88. Y, en el mismo sentido, se pronuncia la SAP Barcelona de 28 de septiembre de 2010 (EDJ 2010/384751).

²⁸⁵ Dejando de lado la intervención provocada del art. 14 LEC.

La intervención principal consiste en que un tercero, que tenga y acredite un interés legítimo en el resultado del proceso pendiente, introduce y pretende una tutela que es total o parcialmente incompatible con la solicitada por las demás partes. Por tanto, se trataría, en mayor o menor medida, de una pretensión deducida frente a ambas partes²⁸⁶.

En la intervención adhesiva, quien tenga y acredite interés legítimo²⁸⁷, puede solicitar la entrada en el proceso para colaborar o coadyuvar a la defensa de una de las partes en el proceso y sostener su misma postura.

Quien solicita la intervención por ser titular del derecho subjetivo o de la relación jurídica que se debate, defiende intereses directos, por lo que su situación respecto de la relación jurídica le hubiera legitimado para ser parte inicialmente en el proceso. En este caso, hablamos de la intervención adhesiva litisconsorcial y, de admitirse, será considerado parte en el proceso a todos los efectos.

Aunque, puede defender intereses indirectos, esto es, puede ser titular de una relación jurídica conexa que necesariamente quedará afectada por la resolución judicial final que se dicte. De esta forma, defiende intereses ajenos para intentar evitar los efectos reflejos que le pueden afectar, permitiendo la Ley de Enjuiciamiento Civil su intervención coadyuvando a la parte que defienda, siquiera indirectamente, su interés legítimo²⁸⁸.

c) La intervención procesal en el incidente concursal

La intervención tiene como fundamento la búsqueda de economía procesal, así como evitar sentencias contradictorias. Abre una posibilidad de participación en los autos sin merma de garantías procesales, otorgando a los sujetos la consideración de parte a todos los efectos y el alcance *in extenso* de los efectos de la cosa juzgada.

Entiende la mayoría de la doctrina²⁸⁹ que es una figura no necesaria y más perturbadora que beneficiosa, pudiendo el tercero intervenir a través de una demanda y la acumulación de procesos, aplicándosele el estatus de parte.

En el incidente concursal se ha potenciado sobremanera la celeridad del procedimiento, por lo que deberían primar aquellas instituciones que, consiguiendo los mismos fines, no ralenticen su tramitación. En este sentido, la institución de la acumulación tiene la misma finalidad, pero su tramitación es más lenta. Por ello es interesante pensar en la posibilidad del establecimiento de un plazo de espera corto para que todos aquellos que pretendan intervenir en el incidente puedan presentar sus escritos, evitando, tanto la intervención procesal, como la acumulación de procesos.

Sin embargo, igual que en la Ley de Enjuiciamiento Civil²⁹⁰ se ha optado por mantener ambas.

²⁸⁶ El apartado tercero del art. 13 LEC dispone que «admitida la intervención [...], el interviniente [...] podrá defender las pretensiones formuladas por su litisconsorte o las que el propio interviniente formule [...]».

²⁸⁷ Puede ser cotitular del derecho subjetivo o de la relación jurídica que se debate (intervención adhesiva litisconsorcial), o puede ser titular de una relación jurídica conexa que necesariamente quedará afectada por la resolución judicial final que se dicte (intervención adhesiva simple).

²⁸⁸ RAMOS MÉNDEZ, F.; Ob. cit. pág. 321.

²⁸⁹ Siguiendo a DE LA OLIVA SANTOS, A. y DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y VEGAS TORRES, J.; «Derecho Procesal Civil. Procesos especiales»; 3ª ed.; Madrid; Ed. Universitaria Ramón Areces; 2005; 1ª reimpresión año 2008; págs. 214 y 215.

²⁹⁰ Véase la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (VII, ap. 7º).

d) La eliminación de la intervención procesal en el incidente concursal

i) La intervención del coadyuvante en la posición activa

Si cualquier persona comparecida en forma en el concurso puede solicitar su intervención coadyuvando al demandante incidental, la gran cuestión reside en el momento en que puede solicitar su intervención.

Debo dejar de lado los tiempos que se utilizan en los juzgados, pues distorsionan el procedimiento, tal y como ha sido concebido. Una vez presentada la demanda incidental, la Ley Concursal establece, bajo el principio de celeridad, un emplazamiento a las demás partes personadas para que contesten a la demanda en un plazo común de diez días, no suspendiéndose el curso del procedimiento.

La idea del coadyuvante se asienta en el hecho de que los sujetos personados en el concurso tengan la posibilidad, hasta la celebración del acto de la vista, de posicionarse en la parte activa del proceso. Tras las reformas, si no se retrotraen las actuaciones, el corto plazo de diez días y la más que posible no celebración de ese acto de vista, provoca que los sujetos personados difícilmente puedan intervenir.

La figura del coadyuvante en la parte activa, a mi entender, no aporta nada interesante al incidente concursal, teniendo la posibilidad de presentar una demanda incidental para acumularla y actuar como un actor incidental. Así se evitarían situaciones en nuestros juzgados en las que se niega la legitimación activa de la demandante concursada y se accede a lo interesado por la coadyuvante de quien "se puede considerar como demandante"²⁹¹.

ii) La intervención del coadyuvante en la parte pasiva

Si es requisito para coadyuvar estar personado en el concurso²⁹² y el emplazamiento en el proceso incidental se realiza a las demás partes personadas²⁹³, la cuestión a determinar es quién puede ser la persona comparecida que no haya sido emplazada para sostener su posición contraria a la actora incidental, pues quien contesta entrará en el proceso como parte demandada y no como coadyuvante.

La solución será que puede ser coadyuvante en la parte pasiva aquel sujeto que tenga conocimiento de la demanda incidental y se persone con posterioridad al emplazamiento del art. 194.3 LC, personándose a los únicos efectos de coadyuvar al demandado incidental.

Como en el caso anterior, entiendo que no añade utilidad alguna. Quien esté personado en el proceso principal y se le emplace, tendrá la consideración de demandado incidental. Personarse en el concurso para coadyuvar en la parte pasiva de un determinado proceso incidental, no tiene, a mi juicio, aportación suficiente como para mantener esta institución que complica el esquema procesal. Quizás tenía algún sentido cuando la Ley Concursal acogía un incidente concursal donde obligatoriamente debía celebrarse el acto

²⁹¹ Como aconteció en el supuesto resuelto por la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Donosti de 27 de junio de 2016.

²⁹² Art. 193.2 LC.

²⁹³ Art. 194.3 LC.

de la vista, pero con la nueva construcción todavía más célere, la participación de un sujeto en estas condiciones se me antoja ciertamente difícil.

iii) El alcance de los efectos de la cosa juzgada y las costas procesales

Los efectos de la sentencia incidental debe alcanzar a todos los participantes en el concurso, por cuanto cualquier posibilidad de planteamiento de una nueva controversia, con idéntico objeto, aun con distintos sujetos, atenta contra el principio de celeridad concursal. Es por ello que me parece fundamental que se brinde la posibilidad de participación a todos los sujetos, pero también que dicha participación se realice en concepto de parte.

El ámbito de aplicación de la intervención procesal es más limitado en el concurso que en el proceso civil, debido precisamente a la extensión legal del demandado incidental²⁹⁴. El concurso tiene un espacio temporal limitado, en el que se sustancian cuestiones que dimanar precisamente de la condición de concursado del deudor común. La dificultad de que alguien intervenga procesalmente en este proceso judicial propio y la necesidad de rapidez en solucionar los estados de insolvencia requieren que los asuntos se planteen sólo una vez. Cualquier repetición de la misma cognición judicial debe ser desterrada del procedimiento, como cosa juzgada dentro del proceso concursal.

Las costas procesales también tienen una incidencia directa: si el deudor es condenado, menos ingresos existirán para satisfacer a los acreedores, y si es beneficiario, incidirán en la masa activa. Por ello, la actuación de los intervinientes implicará destinar más recursos para litigar, por lo que una masiva intervención también implicará un aumento de los costes que tendrá una importante trascendencia en el concurso.

En este sentido, el art. 84.2.2º LC dispone que tendrán la consideración de créditos contra la masa las de costas y gastos judiciales durante toda la tramitación del procedimiento y sus incidentes, cuando su intervención sea legalmente obligatoria o se realice en interés de la masa.

²⁹⁴ Sirva como ejemplo la STS (Pleno) de 20 de diciembre de 2011 que señala que “la cualidad de parte demandada corresponde al sujeto frente al que el demandante pretende la tutela ante los tribunales. Es el sujeto al que ha de afectar -por la situación que ocupa en una relación jurídica- la decisión solicitada en la demanda, y es esa situación en la relación jurídica lo que le legitima pasivamente para ser demandado. Así se deduce de lo dispuesto en los artículos 5.2 y 10 LEC, en coherencia con el principio dispositivo y de aportación de parte que rige el proceso civil, al que se refiere el artículo 216 LEC. El sujeto solo adquiere la condición de parte demandada si frente a él se ejercita una pretensión.

“En consecuencia, el tercero cuya intervención ha sido acordada solo adquiere la cualidad de parte demandada si el demandante decide dirigir la demanda frente al tercero. Si el demandante no se dirige expresamente a una pretensión frente al tercero, la intervención del tercero no supone la ampliación del elemento pasivo del proceso. El tercero no será parte demandada y la sentencia que se dicte no podrá contener un pronunciamiento condenatorio ni absolutorio del tercero.

“Lo dicho no se contradice con las previsiones de la LEC sobre la actuación del tercero. Que el tercero pueda actuar como parte demandada significa que su posición formal es la de una parte -aunque no desde el punto de vista material porque no ha sido demandado- por lo que tendrá las oportunidades de alegación y defensa que la tramitación del concreto proceso permita a las partes. La situación del tercero que no ha sido demandado es la posición de quien está al cuidado del litigio, como sujeto interesado al que, sin soportar la acción, la LEC le permite una actividad en el proceso dirigida a conseguir que este tenga un resultado lo menos adverso posible para los intereses del tercero que puedan verse afectados de forma refleja, con la función de precaverse de la gestión procesal de la parte correspondiente”.

iv) La eliminación de la figura del interviniente

Ya he señalado, en sede procesal civil, que la mayoría de la doctrina²⁹⁵ ha entendido que es la intervención procesal una figura no necesaria y más perturbadora que beneficiosa, pudiendo el tercero intervenir a través de una demanda y la acumulación de procesos, aplicándosele el estatus de parte en toda su extensión. A ello debe añadirse que, en sede concursal, las instituciones de la acumulación e intervención, no son idénticas al proceso civil.

La regulación del incidente concursal en materia de partes, atendida la compleja naturaleza del concurso y la singular estructura de este proceso judicial propio, debe ser más simple, pudiendo cumplir igualmente con su finalidad y bajo los principios que lo informan.

Pueden ventilarse cuestiones tan dispares como la recusación de la administración concursal; la anulación de los actos del deudor que infrinjan las limitaciones establecidas respecto de las facultades patrimoniales establecidas en la declaración de concurso; la resolución de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, tanto a cargo del concursado como de la otra parte; las acciones de reintegración; la solicitud de declaración judicial de incumplimiento de convenio; pero, también los nuevos juicios declarativos o la impugnación de la lista de acreedores.

La versatilidad del procedimiento sólo se consigue con la simplificación y la flexibilidad, esto es, con pocas normas y la adecuación de cada situación por parte del Juez como director concursal.

Con la presentación de la demanda, se abre la posibilidad de acumulación de incidentes concursales, debido a la apuesta por esta institución del legislador concursal²⁹⁶, por lo que existiendo el Registro Público Concursal, puede arbitrarse legalmente²⁹⁷ su publicación para que quienes sostengan posiciones acumulables a la actora incidental puedan interponer su demanda. De esta forma, se consigue el efecto deseado de que se acumulen las pretensiones ordenadamente en el tiempo, controlando más fácil y satisfactoriamente que se produzcan traslados a quienes se opongan, controlando su presentación en plazo y evitando el dictado de resoluciones procesales interlocutorias que influyen negativamente en este proceso judicial propio.

Me parece preferible dar publicidad y alargar prudencialmente la admisión a trámite de la demanda incidental -a pesar de que el legislador parece entender que una

²⁹⁵ Siguiendo a DE LA OLIVA SANTOS, A. y DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y VEGAS TORRES, J.; "*Derecho Procesal Civil. Procesos especiales*"; 3ª ed.; Madrid; Ed. Universitaria Ramón Areces; 2005; 1ª reimpresión año 2008; págs. 214 y 215.

²⁹⁶ Tal y como se desprende del art. 192.1.2º LC pero, sobre todo, del art. 193.3 LC.

²⁹⁷ El art. 198 LC dispone que «a) En la sección primera, de edictos concursales, se insertarán ordenados por concursado y fechas, las resoluciones que deban publicarse conforme a lo previsto en el artículo 23 (...)». Y, en este precepto, que «las demás resoluciones que, conforme a esta Ley, deban ser publicadas por medio de edictos, lo serán en el Registro Público Concursal y en el tablón de anuncios del juzgado. El auto de declaración del concurso así como el resto de resoluciones concursales que conforme a las disposiciones de esta Ley deban ser objeto de publicidad, se insertarán en el Registro Público Concursal con arreglo al procedimiento que reglamentariamente se establezca» (párrafos cuarto y quinto).

acumulación inicial de demandas retrasaría el proceso-²⁹⁸ para que quienes pretendan intervenir en la parte activa puedan interponer sus acciones, teniendo todas las pretensiones dispuestas para el emplazamiento y que quienes pretendan intervenir puedan hacerlo como parte demandada incidental de forma simultánea. Se evita un constante goteo de escritos de intervención procesal durante la fase de alegaciones.

No me estoy refiriendo a una publicidad de la demanda incidental tal y como se presenta, o al menos, no necesariamente. Existe la posibilidad -pues el Registro Público Concursal habla de extracto de las resoluciones- de que ante la interposición de la demanda incidental se dicte una resolución procesal por el Letrado de la Administración de Justicia en la que se identifique a las partes y la acción que se interpone, quedando copia literal, en su caso, a disposición de quien ostente y acredite interés legítimo en el concurso, a través de su representación procesal, una vez que se persone con intención de intervenir en el incidente concursal en la parte activa del proceso incidental y el Juez del concurso entienda existe ese interés legítimo. Todos tendrán la consideración de parte demandante incidental.

Siguiendo con el hilo argumental, me parece oportuno que la providencia emplazando a los demandados también se publique en el Registro Público Concursal. Con esta fórmula, puede darse traslado de todas las demandas incidentales interpuestas²⁹⁹, quedando emplazados todos los demandados iniciales y por extensión legal, pero también cualesquiera otras personas, eliminando sucesivas intervenciones en un momento posterior que en todo caso cercenaría la celeridad de este proceso judicial propio y, como poco, pondría en peligro el principio de audiencia³⁰⁰.

De la misma manera, me parece preferible alargar -no en demasía- el plazo para la contestación a la demanda incidental, asegurando que el emplazamiento pueda llegar a todos aquellos que, teniendo interés legítimo, puedan sostener posiciones contrarias a lo pedido por la actora, pero que todavía no se encuentran personados en el procedimiento principal. Todos los sujetos tendrán la consideración de parte demandada incidental.

Así, una vez finalizado el plazo para la contestación de la demanda, el Juez podrá realizar la valoración de si los hechos alegados por las partes son relevantes y declarar -o no- la pertinencia y utilidad de los medios de prueba propuestos, citando a las partes al acto de vista o declarando que quedan los autos vistos para sentencia.

Con la fórmula anterior se consigue agrupar y ordenar cronológicamente todas las peticiones de los intervinientes, tanto en la parte activa como en la pasiva, bajo el criterio

²⁹⁸ La Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (VII, ap. 7) señala que “la amplitud de la intervención procesal prevista con carácter general permite desechar una obligatoria acumulación inicial de demandas, con el retraso a que obligaría en la sustanciación de los procesos, un retraso que impediría, con mucha frecuencia, la efectividad de la tutela pretendida”.

²⁹⁹ Máxime a los no personados en el concurso, pues esta postura es perfectamente compatible con los actos de comunicación a través de Procurador.

³⁰⁰ Para minimizar los futuros recursos innecesarios a las sentencias incidentales o incidentes de nulidad de actuaciones.

del Juez del concurso respecto del objeto del proceso incidental y la pertinencia de las acumulaciones.

Pero, sobre todo, en lo que respecta a las partes procesales, se consigue simplificar y clarificar su actuación.

Por otro lado, se consigue que, ante la interposición de una nueva demanda incidental a lo largo del procedimiento concursal, con las mismas pretensiones y ya resuelta, pueda inadmitirse con fundamento en el art. 222 LEC³⁰¹, eliminando nuevas tramitaciones, añadiendo más seguridad jurídica al procedimiento concursal eliminando el riesgo de sentencias contradictorias.

Todo ello, bajo el prisma de un proceso con todas las garantías reconocido en nuestra Constitución³⁰².

6) LAS PARTES EN EL INCIDENTE CONCURSAL EN LA PROPUESTA DE REAL DECRETO LEGISLATIVO POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL

En dicha Propuesta, las partes en el incidente concursal vienen reguladas en el artículo 533.

Su apartado primero considera *«partes demandadas aquéllas contra las que se dirija la demanda»*, siguiendo el principio general del Derecho Procesal Civil. Sin embargo, ha eliminado la referencia a considerar demandadas también a *«cualesquiera otras que sostengan posiciones contrarias a lo pedido por la actora»*.

Por otro lado, *«cualquier persona comparecida en el concurso podrá intervenir en el incidente concursal conforme al régimen establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para la intervención de sujetos originariamente no demandantes ni demandados»*.

De esta forma se clarifica la anterior redacción: sólo tendrán la condición de parte quienes aparezcan en el escrito de demanda y los sujetos personados en el concurso podrán solicitar la intervención conforme al art. 13 LEC por remisión directa de dicho precepto del Texto Refundido.

La eliminada alusión a *«cualesquiera otras que sostengan posiciones contrarias a lo pedido por la actora»* ya no podrá entenderse como la posibilidad de que cualquier tercero interesado deba tener conocimiento de la demanda incidental para poder intervenir, directamente sin personarse previamente en el concurso, como demandado. A salvo, pero, de la posibilidad de intervenir al amparo de lo establecido en el art. 13 LEC, eliminándose asimismo la polémica referencia al coadyuvante y a su plena autonomía.

³⁰¹ Cuestión distinta serán los efectos que dicha resolución judicial pueda tener en otro proceso civil o, incluso, concursal.

³⁰² En este sentido, la STC 265/2015, de 14 de diciembre (BOE de 22 de enero de 2016).

CAPÍTULO CUARTO. LA DEMANDA INCIDENTAL Y SU ADMISIÓN

1) LAS ACTUACIONES ANTES DE LA DEMANDA INCIDENTAL Y OTRAS QUE INCIDEN DIRECTAMENTE EN EL PROCESO.

El proceso civil principia por demanda, en la que se fija con claridad y precisión lo que se pide³⁰³. Sin embargo, con carácter previo a la interposición de la demanda iniciadora del proceso existen unos actos procesales o extraprocesales previos encaminados a la preparación del proceso, preventivos de un ulterior proceso o, simplemente, asegurativos del objeto del proceso y del cumplimiento de la resolución judicial que vaya a dictarse.

El incidente concursal, por remisión expresa del art. 194 LC, también principia por demanda -la demanda incidental-. Pero en su escueta regulación no se realiza mención alguna respecto de la posibilidad de realización de actos preparatorios, preventivos o asegurativos, propios del proceso civil. Por ello, en virtud de lo dispuesto en la Disposición Final Quinta de la Ley Concursal y el art. 4 LEC debe analizarse, siquiera sucintamente, si las previsiones respecto de dichos actos son de aplicación a este proceso judicial propio.

a) Preparación y prevención de un ulterior proceso

i) La conciliación previa

La Ley 15/2015³⁰⁴ ha derogado los artículos 460 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil aprobada por el Real Decreto de 3 de febrero de 1881. En su Preámbulo³⁰⁵ señala que “en el Título IX se contiene el régimen jurídico del acto de conciliación de forma completa, trasladando y actualizando a esta Ley lo hasta ahora establecido en la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil, sin perjuicio de que, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, las personas tengan la posibilidad de obtener acuerdos en aquellos asuntos de su interés de carácter disponible, a través de otros cauces, por su sola

³⁰³ Art. 399 LEC.

³⁰⁴ Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

³⁰⁵ Apartado X, párrafo 16º.

actuación o mediante la intervención de otros intermediarios u operadores jurídicos, como los Notarios o Registradores”.

El art. 139.1.1º de la Ley 15/2015 establece que «*se podrá intentar la conciliación con arreglo a las previsiones de este Título para alcanzar un acuerdo con el fin de evitar un pleito*».

La conciliación consiste en un procedimiento que tiene como finalidad, en la medida de lo posible, lograr un acuerdo entre las partes que evite la interposición de una demanda y el posterior proceso. Este tradicional y preceptivo acto de conciliación entre las partes, que debía acreditarse como requisito procesal para la admisión de la demanda, pasó en virtud de la Ley 34/1984 a ser facultativo, y en la nueva legislación procesal sigue sin ser exigible. Ello no obsta para que se abra la puerta y facilite la conciliación entre las partes, pues existen varios preceptos en la Ley de Enjuiciamiento Civil que permiten concluir que el legislador potencia que las partes consigan un acuerdo que conlleve la finalización del procedimiento y la satisfacción -ni siquiera parcial- de los intereses de ambas en el proceso.

En este sentido, preceptos como el art. 19 LEC -del derecho de disposición de los litigantes; transacción y suspensión- permiten suspender el proceso para que estos lleguen a un acuerdo y, una vez alcanzado, sea homologado por el Tribunal, con el único límite de que éste no esté prohibido por la ley o vaya en contra del interés general o en detrimento de tercero; o el art. 22 LEC que permite que las partes lleguen a una satisfacción extraprocesal y únicamente deben ponerlo de manifiesto al Tribunal, remarcando, incluso, que no procede la condena en costas para potenciar este acuerdo extrajudicial. También es de destacar el art. 415 LEC, en el que, ante el Tribunal en la audiencia previa al juicio, las partes pueden manifestar haber llegado a un acuerdo o mostrar su disposición a concluirlo de inmediato.

Además, debe tenerse presente que la Ley de Enjuiciamiento Civil ha sido modificada por el Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo³⁰⁶ y la Ley 5/2012, de 6 de julio, incorporando al Derecho español la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, en la búsqueda de una solución dialogada y voluntariamente querida por las partes³⁰⁷.

Su Exposición de Motivos es ciertamente elocuente cuando señala que “una de las funciones esenciales del Estado de Derecho es la garantía de la tutela judicial de los derechos de los ciudadanos. Esta función implica el reto de la implantación de una justicia de calidad capaz de resolver los diversos conflictos que surgen en una sociedad moderna y, a la vez, compleja. En este contexto, desde la década de los años setenta del pasado siglo, se ha venido recurriendo a nuevos sistemas alternativos de resolución de conflictos (...)”. Y, en este sentido, se enmarcaba la obligatoriedad de la conciliación previa en el proceso civil, aunque sus nulos resultados la han relegado a meramente facultativa.

³⁰⁶ Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, vigente hasta el 27 de julio de 2012.

³⁰⁷ Exposición de Motivos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (III, ap. 2º).

La Ley 15/2015 continúa, a grandes rasgos, con la línea marcada por la Ley de Enjuiciamiento Civil y sus modificaciones: la codificación y simplicación del Derecho Procesal Civil en un acercamiento de la justicia al ciudadano bajo la primacía del interés del justiciable. Y, tal como ha expuesto el legislador en el Preámbulo, siguiendo los pasos de la anterior regulación.

En la Ley Concursal no se prevé la conciliación previa como tal, sino que la finalidad de lograr, en la medida de lo posible, la interposición de una demanda y el posterior proceso, viene realizada por los institutos concursales y la comparecencia prevista en el art. 61.2.2º LC para la resolución paccionada de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento. Supuestos que paso a enunciar muy sucintamente.

El art. 5.bis LC³⁰⁸ establece que *«el deudor podrá poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación [...]»*, que, en los términos expresados por la Ley Concursal, podrá ser homologado judicialmente³⁰⁹. Con esta previsión, tendente a evitar el proceso concursal necesario, se excluye la posibilidad de una conciliación previa.

Respecto del convenio anticipado, el mismo art. 5.bis LC dispone que *«el deudor podrá poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso que ha iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada [...]»*. Continúa el apartado cuarto determinando que *«transcurridos tres meses de la comunicación al Juzgado, el deudor, haya o no alcanzado [...] las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, a menos que no se encontrara en estado de insolvencia»*. Esta posibilidad de alcanzar un acuerdo no tiene idéntica finalidad de evitar un ulterior litigio, pues no elimina el procedimiento concursal, pero sí acelera su tramitación, lo que puede calificarse como una finalidad análoga a la pretendida por la conciliación previa y que la excluye.

En el art. 61.2.2º LC se dispone que la administración concursal o el concursado³¹⁰ podrán solicitar la resolución de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Para ello se citará a las partes a una comparecencia verificada ante el Juez y, de existir acuerdo en cuanto a la resolución y sus efectos, éste dictará auto declarando resuelto el contrato de conformidad con lo acordado.

³⁰⁸ Redactado por el artículo 21 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización en cuanto al texto que se incorpora.

Pero, la definitiva redacción del precepto quedó incorporada en virtud del artículo único. Apartado Cuarto.1 de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal.

³⁰⁹ Sin perjuicio de su posible impugnación a través de los cauces del incidente concursal.

³¹⁰ La primera en caso de suspensión de las facultades de administración y disposición del concursado sobre su patrimonio; el segundo, en caso de intervención sobre dichas facultades, mediante autorización o conformidad del administrador concursal.

El Título X de la Ley Concursal³¹¹ regula la posibilidad de un acuerdo extrajudicial de pagos del deudor con sus acreedores.

De los anteriores párrafos puede concluirse que la finalidad de la conciliación previa, dada la especialidad del concurso, viene desempeñada por otras instituciones específicas, por lo que su hipotética inclusión en el incidente concursal queda vacía de contenido. Precisamente, uno de los argumentos a favor de su no aplicación radica en la previsión expresa realizada por el legislador concursal en el citado art. 61.2.2º LC, o, en el supuesto de las impugnaciones del inventario y de la lista de acreedores en el procedimiento abreviado, al prever también expresamente en el art. 191.4 LC, que el Letrado de la Administración de Justicia, sin incoar incidente, dará traslado de las mismas a la administración concursal, quien comunicará al Juzgado si acepta las pretensiones, incorporándolas a los textos definitivos en caso afirmativo.

ii) La reclamación previa

Con la legislación procesal civil anterior existía obligación, respecto de una demanda frente a las administraciones públicas, de presentar una reclamación administrativa previa. La misma previsión se recogía en la ya derogada Ley 30/1992³¹². Esta norma establecía dicha reclamación como requisito previo al ejercicio de acciones fundadas en Derecho privado o laboral contra cualquier Administración Pública, salvo que estuviera exceptuado por una disposición con rango de Ley³¹³. Y, en la Ley Concursal nunca se ha exceptuado este requisito.

Por otro lado, el art. 403.3 LEC³¹⁴ establece que no se admitirán las demandas si no e han intentado las reclamaciones que se exijan en casos especiales. Y la Ley Concursal tampoco exige expresamente el requerimiento de la reclamación previa para interponer demanda incidental frente a una Administración Pública.

En este contexto, la reclamación previa tenía difícil encaje en este proceso judicial propio, máxime porque la Ley 30/1992 determinaba que si planteada una reclamación ante las Administraciones Públicas, ésta no ha sido resuelta y no ha transcurrido el plazo en que deba entenderse desestimada, no podrá deducirse la misma pretensión ante la jurisdicción correspondiente³¹⁵. Carecía de sentido ralentizar el proceso concursal a la espera de la conclusión de ese plazo y por ello no era de aplicación.

³¹¹ Arts. 231 a 242, *bis* LC.

Título añadido por el art. 21.7 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, y actualizado por la Ley 25/2015, de 28 de julio.

³¹² Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en su Título VIII, "De las reclamaciones previas al ejercicio de las acciones civiles y laborales"; Capítulo II, "Reclamación previa a la vía judicial civil".

³¹³ Art. 120.1 de la Ley 30/1992, vigente hasta el 2 de octubre de 2016.

³¹⁴ El art. 403 LEC tiene como rúbrica: "Admisión y casos excepcionales de inadmisión de la demanda".

³¹⁵ Art. 12 de la derogada Ley 30/1992.

En la actualidad, ni la LEC 1/2000, ni la Ley 39/2015³¹⁶, ni la Ley Concursal recogen este requisito. Como bien señala el Preámbulo de la ley reguladora del procedimiento administrativo común³¹⁷, se trataba de un trámite que suponía una carga que dificultaba el ejercicio del derecho de los ciudadanos y, en especial, el acceso a la jurisdicción.

Legislativamente, pues, se ha clarificado la situación.

iii) Las diligencias preliminares

Las diligencias preliminares, reguladas en los arts. 256 a 263 LEC, tienen como fundamento servir a la parte para preparar el proceso, obteniendo una información que le es necesaria para cumplimentar alguno de los requisitos de la demanda.

En la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 no distaban mucho del completo desuso, al no considerarse de utilidad, dadas las escasas consecuencias de la negativa a llevar a cabo los comportamientos preparatorios previstos, pese a que el Tribunal considerara justificada la solicitud del interesado. Por estos motivos, algunas iniciativas de reforma procesal civil se inclinaron a prescindir de este instituto³¹⁸. La Ley de Enjuiciamiento Civil se asienta sobre el convencimiento de que caben medidas eficaces para la preparación del proceso. Por un lado, se amplían las diligencias que cabe solicitar, aunque sin llegar al extremo de que sean indeterminadas. Por otra parte, sin incurrir en excesos coercitivos, se prevén no obstante, respecto de la negativa injustificada, consecuencias prácticas de efectividad muy superior a la responsabilidad por daños y perjuicios³¹⁹.

Así, las diligencias preliminares tienen por objeto lograr una información necesaria sobre el fundamento mismo de la acción, es decir, información sobre circunstancias que permitan entablar la litis de forma satisfactoria, sin entrar a valorar sobre el contenido de la futura pretensión. Es por ello que cualquier petición que exceda de la previsión legal, afectando al fondo del litigio que se entablará, adelantando o asegurando una prueba, no puede admitirse como tal, pues si se pretende adelantar o asegurar prueba, debería solicitarse en el momento procesal oportuno y dentro del procedimiento principal. Por tanto, no pueden servir para constituir una prueba anticipada ni un aseguramiento de prueba, pues se trata de institutos jurídicos absolutamente distintos, con fundamentos totalmente diferentes y que, por ello, han sido recogidos en capítulos distintos.

Con independencia de su naturaleza jurídica³²⁰, las diligencias preliminares están reguladas en el Libro Segundo, "De los procesos declarativos", por lo que puede plantearse su aplicación a los incidentes concursales.

Del examen de las distintas clases de diligencias preliminares, ciertamente no me parece que estén pensadas para obtener una información que el demandante requiera para la presentación de una demanda incidental. Sin embargo, en atención a su ubicación en la Ley de Enjuiciamiento Civil, a la subsidiariedad de ésta respecto de la Ley Concursal y a la

³¹⁶ Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

³¹⁷ Preámbulo (V, ap. 20º).

³¹⁸ Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (X, ap. 9º).

³¹⁹ Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (X, ap. 10º).

³²⁰ Discute la doctrina si se trata de un acto de jurisdicción voluntaria o contenciosa. A la doctrina me remito por exceder del ámbito de estudio del presente trabajo.

naturaleza jurídica de proceso declarativo del incidente concursal, parece adecuado concluir que sí son de aplicación. Cuestión distinta será si son de utilidad o no respecto de las demandas incidentales que se puedan interponer o si nunca lleguen a utilizarse.

Debe tenerse en cuenta que pueden existir, por ejemplo, cuestiones acerca de las acciones de anulación³²¹, compensación de créditos y deudas del concursado³²² o resoluciones de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento³²³, en las que pudiera necesitarse una declaración, bajo juramento o promesa de decir verdad, sobre algún hecho relativo a su capacidad, representación o legitimación, cuyo conocimiento sea necesario para el pleito, o exhiba los documentos en los que conste dicha capacidad, representación o legitimación.

Del ámbito de aplicación de este proceso judicial propio, se extrae fácilmente que las diligencias preliminares han de tener cabida en el incidente concursal, con independencia de que en la práctica sean de mucha o poca utilidad. Aunque, posiblemente, el punto más interesante de las diligencias preliminares sea el relativo a la competencia para resolver las peticiones o solicitudes para su práctica: si corresponde al Juzgado de Primera Instancia, al Juzgado de lo Mercantil del domicilio de la persona que deba intervenir en la actuación preparatoria del juicio³²⁴ o el Juez del concurso.

El art. 8 LC dispone la competencia exclusiva y excluyente del Juez mercantil en las acciones con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado. Pero solamente sobre la demanda incidental, no sobre las diligencias preliminares preparatorias de la misma. Es por ello que todas las soluciones tienen suficientes argumentos para defenderse. La primera, atendiendo a que lo resuelto por el Juez civil tiene validez en el marco preparatorio de la demanda incidental. Las otras, igualmente, aunque la más razonable y práctica es defender la competencia del Juez del concurso.

b) La prueba en el incidente concursal fuera del acto de vista

i) La prueba anticipada

El art. 293.1 LEC³²⁵ establece que, *«previamente a la iniciación de cualquier proceso, el que pretenda incoarlo, o cualquiera de las partes durante el curso del mismo, podrá solicitar del tribunal la práctica anticipada de algún acto de prueba, cuando exista el temor fundado de que, por causa de las personas o por el estado de las cosas, dichos actos no puedan realizarse en el momento procesal generalmente previsto»*.

En el proceso civil, objetivamente, la prueba anticipada tiene como requisito el temor fundado de que en el acto de la vista no pueda practicarse la prueba, consistiendo su no

³²¹ Art. 40.7 LC.

³²² Art. 58 LC.

³²³ Art. 61.2 LC.

³²⁴ Art. 257 LEC.

³²⁵ En el Libro Segundo, "De los procesos declarativos"; Título Primero, "De las disposiciones comunes a los procesos declarativos"; Capítulo Quinto, "De la prueba disposiciones generales"; Sección Cuarta, "De la anticipación y del aseguramiento de la prueba".

protección en un estadio anterior en una grave lesión al derecho fundamental a la prueba protegido en el art. 24 CE.

En cuanto a su posible aplicación en este proceso judicial propio, debo plantear algunas cuestiones relacionadas con el acto de la vista.

El art. 194.4 LC establece que *«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»*.

Aunque sea solamente en la más pura teoría y no lleguen a solicitarse en la práctica, debe considerarse que en el incidente concursal, como proceso declarativo, pueden declararse como pertinentes y útiles cualesquiera medios de prueba establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, existiendo supuestos en los que puede coincidir el temor fundado³²⁶ de que en el acto de la vista no pueda practicarse la prueba que se solicita de forma anticipada con la interposición de una demanda incidental.

Creo que los arts. 194.4 LC y 293.1 LEC están condenados a entenderse.

Las normas que regulan los medios de prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil son de plena aplicación al incidente concursal, por lo que si un concreto medio de prueba no puede practicarse en el futuro acto de la vista, debe poder practicarse anticipadamente si el Juez del concurso lo entiende oportuno. Por tanto, me parece que la prueba anticipada es un instituto que debe estar al total servicio del incidente concursal de forma genérica, sin que su no utilización o escasa dimensión práctica impidan que sea de aplicación si un supuesto así lo requiere.

Si se solicita su práctica y el Juez del concurso estima fundada la petición³²⁷ y acuerda sobre su utilidad, pertinencia y licitud, dispondrá lo necesario para su práctica en función de si ya se ha interpuesto la demanda incidental o el proceso no está iniciado.

Cuestión distinta será que no exista ningún otro medio de prueba a practicar, por lo que no se citará al acto de la vista. Si existen más medios de prueba a practicar, se citará a dicho acto.

En cualquier caso, el Juez, como director procesal, y bajo el principio de flexibilidad, acordará lo procedente de forma razonada al caso concreto.

ii) El aseguramiento de la prueba

El art. 297.1 LEC determina que *«antes de la iniciación de cualquier proceso, el que pretenda incoarlo o cualquiera de los litigantes durante el curso del mismo, podrá pedir del tribunal la adopción, mediante providencia, de medidas de aseguramiento útiles para evitar que, por conductas humanas o acontecimientos naturales, que puedan destruir o alterar*

³²⁶ Téngase en cuenta el ejemplo ya clásico de pretender la declaración testifical y temer por la vida del testigo.

³²⁷ Art. 294.2 LEC.

objetos materiales o estados de cosas, resulte imposible en su momento practicar una prueba relevante o incluso carezca de sentido proponerla».

Como en el caso anterior, la parte puede proponer los medios de prueba que entienda asisten a su derecho, amparado dentro del derecho a la tutela judicial efectiva protegida constitucionalmente. El art. 298.1 LEC establece los requisitos necesarios para que el Juez del concurso pueda adoptar las medidas necesarias en cada caso para garantizar la práctica de la prueba³²⁸.

Uno de los requisitos atiende a la posibilidad, pertinencia y utilidad, por lo que el Juez debe realizar la valoración atendiendo a lo dispuesto en el art. 194.4.1º LC y, en consecuencia, las medidas para poder practicarla en el acto de vista al que se citará a las partes en virtud de lo determinado en ese mismo precepto.

La solicitud de aseguramiento de la prueba puede presentarse antes de la iniciación del proceso, con la demanda incidental o durante la tramitación de este proceso judicial propio. Como que en el incidente concursal la prueba se propone en los escritos de alegaciones, estaremos en otro caso, ante una excepción a la regla general, sin perjuicio de que, contestada la demanda incidental, se hayan propuesto otros medios de prueba y el Juez deba pronunciarse sobre la pertinencia y utilidad de los mismos. Se citará a las partes al acto de la vista, pues, al menos, el medio de prueba asegurado sí deberá practicarse.

Existe, igualmente, la regla general de que esta medida, de adoptarse, se hará previa audiencia de la persona que haya de soportarla e, iniciado el proceso, también oyendo al demandado o quien fuera a serlo. Este trámite, repito, como norma general, provoca un traslado adicional en el proceso incidental. Entiendo que, aun aumentando los actos procesales a realizar, de solicitarse estas medidas y declararse pertinentes y útiles, no existe circunstancia alguna que impida su tramitación conforme al art. 298 LEC.

c) Las medidas cautelares en el incidente concursal

El art. 721 LEC dispone que, *«bajo su responsabilidad, todo actor, principal o reconvenicional, podrá solicitar del Tribunal, conforme a lo dispuesto en este Título, la adopción de las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare. Las medidas cautelares previstas en este Título no podrán en ningún caso ser acordadas de oficio por el tribunal, sin perjuicio de lo que se disponga para los procesos especiales. Tampoco podrá éste acordar medidas más gravosas que las solicitadas».*

Las medidas cautelares tienen su fundamento en la duración del proceso y en la posible falta de adecuación a la realidad de lo acordado en la resolución que ponga fin a ese proceso. Se trata de un remedio arbitrado por el Derecho³²⁹, en orden a su eficacia,

³²⁸ Que la prueba que se pretende asegurar sea posible, pertinente y útil al tiempo de proponer su aseguramiento; que haya razones o motivos para temer que, de no adoptarse las medidas de aseguramiento, puede resultar imposible en el futuro la práctica de dicha prueba; y, que la medida de aseguramiento que se propone, u otra distinta que con la misma finalidad estime preferible el tribunal, pueda reputarse conducente y llevarse a cabo dentro de un tiempo breve y sin causar perjuicios graves y desproporcionados a las personas implicadas o a terceros.

³²⁹ RAMOS MÉNDEZ, F.; Op. cit. pág. 158.

que comprende no solamente la mera declaración de un derecho en la sentencia, sino que pueda cumplirse, al amparo de lo dispuesto en el art. 24.1 CE.

Para la búsqueda de esta fundamental finalidad, la Ley de Enjuiciamiento Civil ha regulado un conjunto unitario de preceptos, diseñando un modelo en el que se sientan con claridad las características generales de las medidas que puedan ser precisas³³⁰, así como sus requisitos³³¹, recogiendo un régimen abierto de medidas cautelares y no un sistema de número limitado o cerrado³³². Así, ha dibujado unos contornos para estas medidas y la forma de determinar su necesidad al caso concreto.

Si presentada la demanda incidental se debe emplazar a todos los demandados, tanto los designados en el escrito rector como a los que establece el art. 193 LC y a todos los que puedan ostentar interés legítimo en ese concreto proceso judicial propio y, según sostengo, se realiza de forma telemática y a través del Registro Público Concursal, no debería tener cabida las medidas cautelares en este proceso incidental.

Si dejamos un corto plazo para acumular las demandas incidentales, los diez días para la contestación a esas demandas, todo ello bajo la celeridad del proceso concursal, no existe tiempo material para que la sentencia incidental no pueda ser efectiva.

Sin embargo, la rapidez en la tramitación de un incidente concursal y el dictado de su sentencia de forma célere no deja de ser una quimera visto el panorama de nuestros Tribunales. Es por ello que, no sólo es aplicable, sino que la naturaleza del concurso y del tráfico mercantil hacen de las medidas cautelares una institución imprescindible.

Ya he avanzado que en la Ley Concursal originaria había nominado la utilización de las medidas cautelares sin haberlas regulado. Con la introducción por la Ley 38/2011 de nuevos supuestos en los que el Juez del concurso puede acordar medidas cautelares y no incorporándose ningún procedimiento a seguir, no cabe duda que en virtud de lo dispuesto en la Disposición Final Quinta de la Ley Concursal y al art. 4 LEC, su tramitación sigue lo determinado en los arts. 726 y ss. LEC.

En el incidente concursal, como proceso declarativo, se cumple la misión de resolver todas las cuestiones que se susciten durante el concurso y no tengan señalada en la Ley Concursal otra tramitación, pero también se ventilan por sus cauces los nuevos juicios declarativos que se dirijan contra el patrimonio del concursado. Es por ello que, ejercitándose acciones de complejidad extrema, puede existir el riesgo de que una tramitación que se extienda en el tiempo pueda poner en peligro el cumplimiento de la resolución judicial del proceso.

Y esa es la misión asignada a las medidas cautelares en nuestro orden procesal civil.

Los supuestos en que pueden ser aplicables son numerosos, pues las acciones que pueden deducirse en forma de demanda incidental y requerir de medidas cautelares son también numerosos.

³³⁰ Art. 726 LEC.

³³¹ Art. 728 LEC.

³³² Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (XVIII, ap. 2º).

Puedo citar, a título de ejemplo, con la jurisprudencia³³³, que del "carácter sistemático es la interpretación de la norma del art. 172.3 de la Ley Concursal en relación a la del art. 48.3 de la misma ley resulta claramente de su redacción, esta norma prevé una medida de carácter cautelar accesoria e instrumental de la pretensión del art. 172.3 de la Ley Concursal". Igualmente, el supuesto de la suspensión de contrato de industria suscrito por la concursada días antes de la declaración de concurso³³⁴; la suspensión provisional de la ejecución del plan de liquidación que se encuentra en trámite de apelación: "tiene evidente naturaleza cautelar"³³⁵; el embargo preventivo de participaciones y acciones al amparo del art. 48.ter LC³³⁶; o, con arreglo al art. 44 LC, y en previsión de eventuales retrasos en la constitución de la administración concursal, establecer, como medida cautelar, la obligación de presentar un informe mensual de actividad al concursado³³⁷.

La cantidad de medidas cautelares que se pueden aplicar (es una lista de *numerus apertus*), en relación con el ámbito de aplicación del incidente concursal, culmina en un amplio elenco de posibilidades cuya enumeración y análisis excede del presente estudio.

2) LA DEMANDA INCIDENTAL

El incidente concursal requiere de un acto procesal de parte iniciador del mismo. Con la presentación de la demanda incidental comienza la fase de alegaciones. Como el procedimiento civil, este proceso judicial propio se rige por el principio dispositivo y de justicia rogada, según el cual, los Tribunales deberán decidir los asuntos en virtud de las aportaciones de los hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales³³⁸.

La fase de alegaciones consiste en todas aquellas actuaciones procesales tendentes a establecer los términos del debate, a través de las cuales las partes introducen en el proceso los elementos fácticos y jurídicos que entienden les asisten a los efectos de conseguir el convencimiento del órgano jurisdiccional, fijando concretamente las pretensiones de cada una de ellas³³⁹.

Debe señalarse que existe un momento preclusivo para la introducción de hechos y fundamentos jurídicos en el debate procesal. No pueden incluirse nuevos elementos que alteren o aumenten las pretensiones, pues generaría indefensión en la adversa, debiéndose garantizar la contradicción y la posibilidad de que pueda proponerse prueba sobre esos hechos.

En principio, con las excepciones y precisiones que se detallarán, la demanda tiene como cometido, entre otros, determinar el objeto del proceso desde el punto de vista del demandante.

³³³ SAP de Madrid de 5 de febrero de 2008 y SJMer nº 4 de Ciudad Real, 71/2016, de 28 de noviembre.

³³⁴ Supuesto analizado en la SAP Barcelona 255/2016, de 24 de noviembre.

³³⁵ APP Tarragona 244/2016, de 3 de noviembre.

³³⁶ SJMer nº 1 de Vitoria, 203/2016, de 2 de noviembre.

³³⁷ SJMer nº 1 de Palma de Mallorca, 219/2015, de 17 de junio.

³³⁸ Art. 216 LEC.

³³⁹ En ese sentido, GOMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, ob. cit., pág. 95.

a) La necesidad de un acto iniciador del proceso incidental

En el incidente concursal, como proceso declarativo dentro de los ordenamientos procesal civil y concursal, corresponde la iniciativa procesal y la configuración del objeto del proceso a quienes ostenten y frente a quienes se pretenda una determinada tutela de derechos e intereses³⁴⁰.

La presentación de la demanda viene configurada como acto procesal de parte que inicia el proceso, pues no existe otra vía para conseguir la satisfacción de los propios intereses más que la de realizar el proceso y la demanda es el único modo de comenzarlo. Y, en este sentido, el art. 399 LEC -por remisión del art. 194 LC- es categórico: «*El juicio principiará por demanda [...]*», por lo que el incidente concursal principiará por demanda incidental.

b) La forma y contenido de la demanda incidental

De entrada, debe señalarse que la demanda incidental -como cualquier otra demanda- tiene forma escrita. Aunque el legislador concursal haya realizado reformas para buscar en este proceso judicial propio una tramitación escrita más rápida³⁴¹, ya desde buen origen, había diseñado un procedimiento incidental donde primaba la oralidad y en él ya se introdujo este acto procesal iniciador del proceso con carácter escrito³⁴².

La remisión del art. 194.1 LC a la presentación de la demanda incidental en la forma prevista en el art. 399 LEC implica necesariamente que se sigan las pautas de forma y contenido establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil para el juicio ordinario. Esta remisión legal excluye la presentación de una demanda sucinta³⁴³ ni un impreso normalizado en los términos del art. 437 LEC, apartados primero y segundo.

Estoy de acuerdo con la doctrina³⁴⁴ en el sentido de que la formalización de la demanda incidental en la forma prevista para el juicio ordinario -también de la contestación a la demanda-, favorece el enjuiciamiento ulterior de las cuestiones procesales y de los medios de prueba en el acto de vista, evitando que en ésta se destinen recursos a plantear nuevamente lo que ya está escrito, leído o que se expongan los fundamentos de lo que se pida. Pero, con mayores argumentos en el caso de que no sea necesario dicho acto oral.

El art. 399 LEC no establece cómo debe redactarse la demanda, por lo que se entiende generalmente que no es en absoluto formalista³⁴⁵. Sí dispone del contenido mínimo, por lo que cabe deducir fácilmente que la demanda incidental, para cumplir con los cometidos que tiene asignados, debe ser completa, sin necesidad de que sea extensa.

³⁴⁰ Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (VI, ap. 1º).

³⁴¹ Véase el Preámbulo de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (IV, ap. 5º).

³⁴² En este sentido, puede verse en el presente trabajo el capítulo relacionado con los principios de los procesos civil, concursal y el incidente concursal.

³⁴³ En este sentido se pronuncia la SAP Barcelona 27 de septiembre de 2006 (EDJ 2006/420806).

³⁴⁴ SENÉS MONTILLA, C.; art. 194; en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. y BELTRAN SANCHEZ, E. (Dir.); «*Comentario de la Ley Concursal*»; Vol. II; 1ª ed.; Madrid; Ed. Civitas Ediciones, S. L.; 2004; pág. 2815.

³⁴⁵ DE LA OLIVA SANTOS, A. y DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.; «*Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*»; 3ª ed.; Madrid; Ed. Universitaria Ramón Areces; 2004, 1ª reimpresión año 2008; pág. 274.

Siguiendo los usos forenses y a una lógica expresiva que conduzca a un certero entendimiento del Juzgador de un escrito de tanta trascendencia, nos ha hecho inclinarnos por estructurarla conforme ha desarrollado la doctrina³⁴⁶, siguiendo las pautas doctrino-legales de encabezamiento, hechos, Fundamentos de Derecho, petición y otrosíes. Sin embargo, para la demanda incidental, debe añadirse, si bien sin carácter obligatorio, por no ser determinante para su admisión, aunque sí trascendental para el actor, la inclusión de la solicitud de los medios de prueba.

Haré únicamente una sucinta referencia, pues son múltiples y excelentes los trabajos que se encuentran entre la doctrina y a los que me remito, sin perjuicio de tratar más adelante alguna especialidad:

ENCABEZAMIENTO.

Como la demanda es el acto procesal por medio del cual se ejercita la acción y se promueve la actividad jurisdiccional dentro de un procedimiento concursal ya iniciado, el encabezamiento de la misma supone una introducción, cumpliendo la función de localización de destino, tanto del lugar físico donde debe llegar, como el expediente que va a iniciar, los sujetos que van a protagonizarlo o la identificación de la acción planteada.

Respecto del órgano jurisdiccional, siendo nuestro proceso judicial propio un proceso declarativo inserto en el concurso, debe indicarse con claridad y precisión el Juzgado de lo Mercantil que conoce del proceso principal, el número del procedimiento concursal y señalarse de que se trata de una demanda iniciadora de un incidente concursal. La complejidad y voluminosidad del procedimiento concursal son motivos que justifican sobradamente esta exigencia.

Ubicada la demanda, se han de consignar claramente los datos y circunstancias de identificación del actor incidental (con su representación procesal y asistencia letrada) para que de forma indubitativa recaigan sobre él los derechos y las cargas que se deriven del proceso. No será indispensable consignar el domicilio, atendiendo a la necesidad de personación mediante Abogado y Procurador³⁴⁷, cuyos nombres sí deberán expresarse.

En cuanto al demandado incidental, deben consignarse claramente sus datos y circunstancias de identificación. Aunque, si se encuentran personados en el proceso principal, será suficiente su nombre, atendiendo a la también necesidad de representación procesal. En el caso del concursado y la administración concursal no requieren de dicha representación, si bien su identificación es fácil dentro del concurso en el que intervengan como tales.

Sin embargo, si se trata de terceros en el proceso principal, esto es, no personados en forma en el concurso y que deben ser traídos al incidente concursal, en este caso, se consignarán, además, las circunstancias precisas para su identificación, el domicilio o residencia en que puedan ser emplazados. Así, designará uno o varios lugares indicando el orden por el que, a su entender, puede efectuarse con éxito la comunicación, sin perjuicio de que, posteriormente, el demandado incidental pueda, una vez comparecido, designar un

³⁴⁶ Siguiendo a RAMOS MÉNDEZ, F.; op. cit. 451.

³⁴⁷ Art. 184 LC.

nuevo domicilio para sucesivas notificaciones. El actor incidental deberá indicar, además, cuantos datos conozca del demandado incidental y que puedan ser de utilidad para la localización de éste, como números de teléfono, de fax o similares³⁴⁸.

HECHOS.

Constituye la exposición de los hechos la parte fundamental del escrito de demanda, pues de ella dependerá el escrito de alegaciones de la adversa y, en consecuencia, el establecimiento de los hechos controvertidos, la práctica de los medios de prueba sobre éstos y la resolución judicial final del proceso sobre los que se pronunciará.

En la demanda incidental se expondrán numerados y separados los hechos que se narrarán de forma ordenada y clara con objeto de facilitar su admisión o negación por el demandado incidental al contestar. Con igual orden y claridad se expresarán los documentos, medios e instrumentos que se aporten en relación con los hechos que fundamenten las pretensiones y, finalmente, se formularán, valoraciones o razonamientos sobre éstos, si parecen convenientes para el derecho del litigante³⁴⁹.

Las demandas, por puras razones técnicas, es conveniente que sean lo más sucintas posible, sin omitir nada que resulte fundamental, reproduciendo escuetamente la historia del asunto³⁵⁰.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Los Fundamentos de Derecho, igualmente, se expondrán numerados y separados. Además de los fundamentos jurídicos que apoyen el relato de los hechos, se incluirán, con la adecuada separación, las alegaciones que procedan sobre capacidad de las partes, representación de ellas o del Procurador, jurisdicción, competencia y clase de juicio en que se deba sustanciar la demanda, así como sobre cualesquiera otros hechos de los que pueda depender la validez del juicio y la procedencia de una sentencia sobre el fondo³⁵¹.

Si bien la fundamentación jurídica no vincula al Tribunal³⁵², la Ley de Enjuiciamiento Civil considera requisito necesario establecer dicha fundamentación en cuanto al fondo del asunto, sus aspectos procesales y la acción que se ejercita o, incluso, respecto a las costas procesales.

Cuestión distinta radica en lo acertado de su precisión o extensión. Aunque en ocasiones tienen un valor trascendental, como puede ser en la determinación de la acción planteada que en algunas ocasiones no se desprende claramente del escrito de demanda. Y, así, por ejemplo, cabe citar la demanda incidental de rescisión del art. 72.4 LC o las relativas a la calificación de créditos contra la masa del art. 86.1.2º LC en las que deviene vital citar el concreto precepto en el que se fundamenta la acción.

³⁴⁸ Art. 155 LEC por remisión del art. 399.1 LEC.

³⁴⁹ Art. 399 LEC.

³⁵⁰ RAMOS MÉNDEZ, F.; Ob. cit. pág. 432.

³⁵¹ Art. 399.4 LEC.

³⁵² Valgan los aforismos *iura novit curia* o *da mihi factum et dabo tibi ius*.

PETICIÓN.

En el suplico se fijará con claridad y precisión lo que se pida. Cuando sean varios los pronunciamientos judiciales que se pretendan, se expresarán con la debida separación. Las peticiones formuladas subsidiariamente, para el caso de que las principales fuesen desestimadas, se harán constar por su orden y separadamente³⁵³.

La importancia en este apartado de la demanda de fijar con claridad y precisión lo que se pida, así como separar debidamente las pretensiones, tiene como fundamento ser la base de la respuesta que debe dar la sentencia y, por tanto, la congruencia de la misma.

SOLICITUD DE MEDIOS DE PRUEBA.

La Ley 38/2011 introdujo una modificación en el art. 194.4.1º LC. En la nueva redacción se establece que *«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»*.

Desde esa reforma, el momento procesal oportuno para proponer medios de prueba en los que fundamente el actor sus pretensiones es en el escrito de demanda incidental.

No debe confundirse, por ser un trámite diferente y con otro momento procesal, la proposición de prueba respecto de cuestiones que haya planteado el demandado incidental en su escrito, pues la Ley Concursal ya ha previsto un traslado al actor cuando en el escrito de contestación se plantearan cuestiones procesales o cualesquiera otras que el demandante entienda que debiere practicar prueba en audiencia ante el Tribunal.

OTROSÍES.

Aunque no existe mención alguna en el texto procesal civil o concursal, con la tradicional expresión forense “Otrosí digo”, se suelen incluir en el escrito de demanda peticiones accesorias, tras una breve referencia expositiva³⁵⁴.

FIRMA.

La demanda irá firmada por el Procurador (que encabeza el escrito de demanda por ser el representante del actor incidental), pero también por el Abogado³⁵⁵, a excepción de la administración concursal, que no requiere de representación procesal.

3) LA ACUMULACIÓN DE ACCIONES Y DE PROCESOS

La acumulación de acciones presupone la reunión en una sola demanda, por uno o varios sujetos, de todas aquellas pretensiones que les competan. La de procesos, por su parte, consiste en la reunión de varios procesos pendientes para conocerse de forma

³⁵³ Art. 399.5 LEC. En ese sentido se pronuncia la SAP Sevilla de 4 de septiembre de 2009 (EDJ 2009/298146).

³⁵⁴ RAMOS MÉNDEZ, F.; Op. cit. pág. 432.

³⁵⁵ Debe advertirse que el art. 31.1. *in fine* LEC establece que «no podrá proveerse a ninguna solicitud que no lleve la firma de Abogado».

unitaria. Se trata de una hipótesis de acumulación de acciones calificada por el hecho de haberse interpuesto por separado y haberse iniciado los procesos separadamente³⁵⁶.

El efecto principal de la acumulación³⁵⁷ consiste en que se discutirán todas las acciones o se seguirán todos los procesos en un mismo procedimiento y se resolverán en una única sentencia. Por tanto, su fundamento reside en la economía procesal y evitar resoluciones contradictorias³⁵⁸.

En sede del incidente concursal, la Ley habla de los juicios que se acumulen en virtud de lo previsto en el apartado primero del artículo 51³⁵⁹ o de cuando en un incidente se acumulen demandas cuyos pedimentos no resulten coincidentes³⁶⁰.

Para el concurso, la Ley 38/2011, de 10 de octubre, introdujo el Capítulo Tercero³⁶¹, donde insertó el ya existente art. 25 LC y los nuevos artículos 25 *bis* y 25 *ter*. En ellos, según su rúbrica, se regula la declaración conjunta de concurso de varios deudores y la acumulación de concursos.

Sin embargo, para el incidente concursal no existe una regulación general.

a) La acumulación de acciones

La Ley de Enjuiciamiento Civil diferencia entre acumulación de acciones objetiva y subjetiva.

La acumulación objetiva de acciones significa que *«el actor podrá acumular en la demanda cuantas acciones le competan contra el demandado, aunque provengan de diferentes títulos, siempre que aquéllas no sean incompatibles entre sí»*³⁶², aunque *«podrá acumular eventualmente acciones entre sí incompatibles, con expresión de la acción principal y de aquella otra u otras que ejercita para el solo evento de que la principal no se estime fundada»*³⁶³. De esta forma, las partes son idénticas y en el proceso se discutirán todas las acciones que uno pretenda frente a otro.

La acumulación subjetiva de acciones implica que *«podrán acumularse, ejercitándose simultáneamente, las acciones que uno tenga contra varios sujetos o varios contra uno, siempre que entre esas acciones exista un nexo por razón del título o causa de pedir. Se entenderá que el título o causa de pedir es idéntico o conexo cuando las acciones se funden en los mismos hechos»*³⁶⁴.

³⁵⁶ RAMOS MÉNDEZ, F.; ob. cit., pág. 452.

³⁵⁷ Así es la rúbrica del art. 71 LEC para la acumulación de acciones; pero, en el mismo sentido el art. 74 LC (“finalidad de la acumulación de procesos”).

³⁵⁸ En este sentido, ESCOLÀ i BESORA, M^a. E., Ob. cit. pág. 470 y FONS RODRÍGUEZ, C., Ob. cit. pág. 449.

³⁵⁹ Art. 192.1.2^o LC.

³⁶⁰ Art. 193.3 LC.

³⁶¹ Dentro del Título Primero, “De la declaración de concurso”; bajo la rúbrica “De los concursos conexos”.

³⁶² Art. 71.2 LEC.

³⁶³ Art. 71.4 LEC.

³⁶⁴ Art. 72 LEC.

En consonancia con ello, el art. 12 LEC, regulador del litisconsorcio, recoge la posibilidad de que varias personas puedan comparecer conjuntamente en juicio, tanto en la parte activa como en la parte pasiva.

Sin embargo, se trata de instituciones procesales diferentes. En el litisconsorcio, un solo objeto o acción obliga a demandar, de forma necesaria, a todos los sujetos conjuntamente considerados, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa.

Aunque de los preceptos referidos se desprende que la acumulación de acciones es una institución voluntaria³⁶⁵, el art. 73.2 LEC establece que «*también se acumularán en una misma demanda distintas acciones cuando así lo dispongan las leyes, para casos determinados*».

Tiene como momento preclusivo el escrito de contestación a la demanda³⁶⁶. Con carácter previo, podrá ampliarse la demanda para acumular nuevas acciones a las ya ejercitadas o para dirigirlas contra nuevos demandados³⁶⁷. En cualquier caso, contestada la demanda, ya ha precluido el momento de introducir todos los hechos que se consideren oportunos, quedando la litis, por tanto, totalmente planteada³⁶⁸.

b) La acumulación de procesos

Es una institución con una tramitación procesal compleja: se prevén alegaciones de las partes en todos los procesos a acumular, resolución judicial y los recursos correspondientes, así como la adecuación de todos ellos para que se sustancien de forma coordinada, adecuándose a los actos procesales pendientes en cada uno de ellos. E, incluso, tramitándose en distintos órganos jurisdiccionales, pueden existir discrepancias que resolverá el Tribunal inmediato superior jerárquico. A ello, hay que sumar que la duración y dificultad del único proceso resultante será mayor que la de cada uno de los acumulados individualmente considerado³⁶⁹.

Sin embargo, la posibilidad de pronunciamientos judiciales controvertidos sobre objetos conexos hace aconsejable que se sustancien de forma conjunta, pues además de ser imposible la ejecución de dos pronunciamientos incompatibles, conllevaría un descrédito evidente para la justicia³⁷⁰. Por ello, el fundamento del principio de economía procesal y la evitación de dos resoluciones contradictorias, son suficientes para la existencia y aplicación de este instituto procesal.

En caso de acumulación de procesos, “la conexión existente entre los procesos a acumular debe ser objetiva, esto es, que coincidan *causa petendi y/o petitum*, aunque los sujetos de los procesos a acumular sean diferentes³⁷¹”.

c) La acumulación en el incidente concursal

Viendo la previsión del legislador concursal respecto de la acumulación en la declaración de concurso o en la acumulación de concursos, podemos decir que esta institución es la regla general en el concurso como proceso principal.

Para el incidente concursal no existe una previsión general. Únicamente, de soslayo, en el art. 192.1.2º ó en el art. 193.3 LC. Sí, pero, debe resaltarse lo dispuesto en la

³⁶⁵ Art. 71.2 LEC, «el actor podrá acumular» y art. 72.1º LEC, «podrán acumularse (...)».

³⁶⁶ Art. 401.1 LEC.

³⁶⁷ Art. 401.2 LEC.

³⁶⁸ Ver SAP Murcia de 4 de mayo de 2012 (EDJ 2012/94043).

³⁶⁹ RAMOS MÉNDEZ, F.; ob. cit., pág. 452.

³⁷⁰ ESCOLÀ I BESORA, Mª. E.; ob. cit., pág. 470.

³⁷¹ ESCOLÀ I BESORA, Mª. E.; ob. cit., pág. 470.

En este mismo sentido, DE LA OLIVA SANTOS, A. y DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.; Ob. cit. pág. 198 y ss.

Disposición Adicional Cuarta, apartado séptimo, párrafo segundo, de la Ley Concursal, respecto de la impugnación de la homologación de los acuerdos de refinanciación, aludiendo a que «*todas las impugnaciones se tramitarán conjuntamente por el procedimiento del incidente concursal [...]»*.

La regulación precisa como institución de la acumulación se encuentra recogida en la Ley de Enjuiciamiento Civil, como otras instituciones, de forma sistemática y completa para su aplicación, subsidiariamente, al resto de procedimientos.

La acumulación de acciones y de procesos son dos instituciones distintas. La presentación de varias demandas incidentales por separado implica la incoación de dos procesos distintos, que si reúnen los requisitos establecidos por la Ley deben acumularse. Dada la naturaleza del concurso y su pluralidad de partes, la figura de la acumulación, hace que sea preferible su tratamiento conjunto.

La complejidad del concurso hace impensable que se tramiten conjuntamente ciertos incidentes concursales, incluso cuando la “coincidencia” pueda resultar evidente. Piénsese, por ejemplo, en el art. 96.5 LC, donde el legislador ofrece la posibilidad de acumular de oficio las demandas incidentales de impugnación del inventario y de la lista de acreedores³⁷², mientras que en el procedimiento abreviado se ordena la acumulación de todas ellas³⁷³. Pero también habrán casos en que no existirá dicha “coincidencia” y no podrán acumularse, pues se me hace difícil imaginar cómo se tramitarán de forma conjunta incidentes concursales tan dispares como la recusación de los administradores concursales³⁷⁴ o la oposición a la calificación del concurso³⁷⁵.

Así, como norma general para este proceso incidental sólo se hace referencia en el art. 192.1.2º LC, a los juicios que se acumulen en virtud de lo previsto en el apartado primero del art. 51 LC y en el art. 193.3 LC, a propósito de las partes en el incidente concursal, respecto de la acumulación de demandas cuyos pedimentos no resulten coincidentes.

Pero sí se hace referencia en algunos preceptos, así como algunos casos que me parecen interesantes y que paso a analizar sucintamente.

i) El supuesto del art. 96.5 LC

Este precepto viene referido a las impugnaciones del inventario y de la lista de acreedores, pudiendo el Juez del concurso acumularlas para resolverlas conjuntamente.

En el VII Congreso de Jueces de lo Mercantil se señaló “que todos los incidentes de impugnación de la lista de acreedores o del inventario se resuelvan en una única sentencia es absurdo, pues carecerá de toda coherencia interna al tratarse de impugnaciones por motivos claramente diversos y soluciones diferentes, estimatorias unas, desestimatorias

³⁷² El art. 96.5 LC establece que «*las impugnaciones se sustanciarán por los trámites del incidente concursal pudiendo el juez de oficio acumularlas para resolverlas conjuntamente»*.

³⁷³ El art. 191.4.4º LC dispone que «*si hubiera más de una impugnación, se acumularán de modo que se tramiten y resuelvan en una sola vista»*.

³⁷⁴ Art. 33.4 LC.

³⁷⁵ Art. 171.1 LC.

otras, en ocasiones con peticiones contradictorias derivadas de intereses contrapuestos de los acreedores; de muy escasa eficacia en lo que hace a la agilidad pretendida, pues se tratará de una sentencia integrada por partes absolutamente autónomas entre sí, tantas como impugnaciones haya que resolver, lo que no se traducirá en ahorro alguno del tiempo de la fase incidental; y procesalmente poco operativo, pues la apelación sigue siendo autónoma para cada uno de sus pronunciamientos, no ahorrándose la multiplicidad de recursos subsiguientes”.

Se trata de una herramienta al servicio del Juez del concurso para que pueda tramitar estas impugnaciones de forma simultánea, valorando si el concepto jurídico indeterminado “coincidencia” al caso concreto justifica esa unidad de tramitación o, por el contrario, la coherencia interna de las impugnaciones, la eficacia de la agilidad pretendida y la operatividad procesal le hacen inclinarse por una tramitación separada.

Si partimos de un planteamiento procesal civil, parece aconsejable -e incluso necesaria- la acumulación de las demandas incidentales para tramitarlas conjuntamente, evitando el dictado de resoluciones contradictorias. Sin embargo, desde un punto de vista concursal, es totalmente preferible que las demandas incidentales de impugnación a las que se refiere este precepto se tramiten -al menos en la mayoría de los casos- de forma separada. Las resoluciones a dictar no conllevarán diferencias irreconciliables, precisamente por la propia congruencia de las mismas. Y en cuanto a la economía procesal o la celeridad, la separación de los expedientes implicará clarificación, evitando aclaraciones, rectificación de errores o recursos de apelación innecesarios.

Por ello, la acumulación en el incidente concursal se convierte en una herramienta al servicio del Juez del concurso para que en los casos en que entienda que la acumulación de demandas incidentales de impugnación del inventario y de la lista de acreedores puede ser beneficiosa para la tramitación de las mismas, pueda así acordarlo.

ii) La impugnación del inventario y de la lista de acreedores en el procedimiento abreviado, art. 191.4 LC

Se establece en el art. 191 LC que, si hubiere impugnaciones del inventario y de la lista de acreedores, el Letrado de la Administración de Justicia formará pieza separada y, sin incoar incidente, dará traslado de las mismas al administrador concursal, quien aceptará la pretensión o, si se opone frontalmente a la misma, propondrá a su vez la prueba que considere pertinente; esto es, “contestará la demanda”, acumulándose las que se hubieren presentado, de modo que se tramiten y resuelvan en una sola vista³⁷⁶.

En este caso se adopta legalmente la obligación de acumular las impugnaciones, presumiblemente porque al regir el procedimiento abreviado en concursos de menor entidad, no es necesaria la evaluación del Juez del concurso respecto de la coherencia

³⁷⁶ Que se celebrará, o no, conforme a lo dispuesto en el art. 194.4 LC.

interna de las impugnaciones, se da por supuesta la agilidad pretendida y se consigue la operatividad procesal.

Durante el plazo de las impugnaciones, se concentran todas las demandas incidentales. Como en el caso anterior, pero por disposición legal, se agota el plazo de presentación para dar traslado de todas ellas a la administración concursal, realizándose una acumulación de acciones.

iii) El supuesto de acumulación de procesos respecto del art. 51.1 LC

El art. 192 LC dispone que se tramitarán por el cauce del incidente concursal los juicios que se acumulen en virtud de lo previsto en el art. 51.1 LC. Continúa estableciendo que *«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. Los incidentes concursales no suspenderán el procedimiento de concurso, sin perjuicio de que el juez, de oficio o a instancia de parte, acuerde la suspensión de aquellas actuaciones que estime puedan verse afectadas por la resolución que se dicte»*.

Con la reforma operada por la Ley 38/11 no existe una acumulación de procesos respecto de los que se refiere el art. 51.1 LC. No se acumulará ningún proceso, sino que la resolución definitiva se integrará en el concurso.

No ocurre lo mismo respecto de los juicios en tramitación por reclamación de daños y perjuicios a la persona jurídica concursada contra sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, y contra los auditores, siempre que se encuentren en primera instancia y no haya finalizado el acto de juicio o la vista. Si bien, estos juicios acumulados continuarán ante el Juez del concurso por los trámites del procedimiento por el que hubiera venido sustanciándose ante el Juzgado que inicialmente conocía del proceso³⁷⁷, con lo que no se produce una acumulación, sino una variación ministerio legis de la competencia del órgano jurisdiccional.

Existen, pero, tres cuestiones que me parecen destacables.

En primer lugar, la Ley de Enjuiciamiento Civil abre una puerta para que la acumulación se realice de oficio, dentro de la regla general de la acumulación a instancia de parte³⁷⁸. Esta posibilidad viene por remisión a los supuestos previstos en el art. 76 LEC, es decir, a las previsiones de la propia Ley, que es precisamente lo que ha previsto el legislador en la Ley Concursal: una previsión legal.

En segundo lugar, es requisito de la acumulación de procesos la homogeneidad del procedimiento. Tal como reza el art. 77.1 LEC, sólo podrán acumularse los *«procesos declarativos que se sustancien por los mismos trámites o cuya tramitación pueda unificarse sin pérdida de derechos procesales [...]»*. En este caso, no solamente la tramitación es

³⁷⁷ Los procesos declarativos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (juicio ordinario o verbal).

³⁷⁸ El art. 75 LEC determina que «la acumulación podrá ser solicitada por quien sea parte en cualquiera de los procesos cuya acumulación se pretende o será acordada de oficio por el Tribunal, siempre que se esté en alguno de los casos previstos en el artículo siguiente», esto es, el art. 76 LEC.

distinta, sino que la Ley Concursal ordena que se continúe por los cauces que se seguían por el Juez civil. Ahora bien, sería posible continuar los trámites por el incidente concursal, porque se dispone de los mecanismos procesales para ello³⁷⁹ sin merma de derechos procesales para las partes. Sólo el expreso mandato legal lo impide.

En tercer lugar, otro requisito consiste³⁸⁰ en que el Tribunal -en este caso el Juzgado de lo Mercantil- tenga competencia objetiva por razón de la materia o por razón de la cuantía para conocer de los procesos que se quieran acumular. No cabe duda que el Juez del concurso tiene competencia objetiva. Además, debo señalar³⁸¹ que se ha pretendido o concedido esta competencia objetiva por varias razones: por la trascendencia patrimonial que pueda tener para el concurso; porque se impide así que puedan existir decisiones en sentidos distintos; y porque en muchos casos la determinación de esta responsabilidad estará muy ligada a la posible responsabilidad concursal que el art. 172.bis LC establece para los administradores y liquidadores, de hecho y de derecho³⁸².

Por último, otro requisito estriba en que el proceso esté en primera instancia y no haya finalizado el acto de juicio o la vista. Aquí se encuentran en concordancia los arts. 51.1 LC y 77.4 LEC. Sin embargo, como he señalado³⁸³ la admisión de la acumulación debería concluir en el momento justo anterior al acto del juicio o de la vista, pues atendiendo al principio de inmediación, solamente los Jueces y Magistrados que hayan asistido al acto de la vista pueden dictar la consiguiente resolución judicial.

iv) La regla general de la acumulación del art. 193.3 LC

Aunque no exista una previsión que rijan de forma general, el art. 193.3 LC, en sede de “partes en el incidente”, establece que *«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»*.

Al no realizarse indicación alguna respecto a qué debe entenderse por “pedimentos que resulten o no coincidentes”, entiendo que debe acudir a la figura de la conexión o, como reza el art. 71 LEC, *a sensu contrario*, que sean compatibles entre sí.

Si atendemos a la conexión objetiva, el objeto del proceso será el mismo si existiese coincidencia en la *causa petendi* y en el *petitum*, aunque los sujetos sean distintos.

³⁷⁹ Como defenderé más adelante, pues cualquiera de los juicios declarativos ordinarios civiles y este proceso judicial propio son procesos con todas las garantías, tal y como prescribe nuestra Carta Magna.

³⁸⁰ Art. 77.2 LEC.

³⁸¹ Con DIAZ MARTÍNEZ, M.; “El incidente concursal. Un instrumento autónomo de la tutela en el concurso de acreedores”; Valencia; Ed. Tirant lo Blanch; 2012; pág. 49.

³⁸² El fin último es que el Juez del concurso tenga el conocimiento integral de la situación patrimonial del concursado y las consecuencias que se deriven, tanto de responsabilidades como de satisfacción de acreedores (se trata de una de las manifestaciones de la *vis attractiva concursus*).

³⁸³ SENÉS MONTILLA, C.; art. 194; en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. y BELTRAN SANCHEZ, E. (Dir.); “Comentario de la Ley Concursal”; Vol. II; 1ª ed.; Madrid; Ed. Civitas Ediciones, S. L.; 2004; pág. 2749.

Sobre la conexión subjetiva, debe estarse a los sujetos intervinientes, pudiéndose acumular las acciones que uno tenga contra varios o varios contra uno.

Me parece que puede entenderse que en el primer caso estaremos ante pedimentos coincidentes y en el segundo ante pedimentos no coincidentes. De esta forma, podría explicarse que el apartado tercero del art. 193 LC disponga el trámite de contestación a la demanda incidental -si el momento de su intervención lo permitiese- para todas aquellas pretensiones que a las que se opongan, expresando con claridad y precisión la tutela concreta que soliciten.

Todo lo anterior me permite entender que la acumulación en el incidente concursal es la norma general, dejando en manos del Juez del concurso la valoración de la conexidad o coincidencia de las acciones que se pretendan acumular. En consonancia, me parece que la acumulación de procesos en el incidente concursal ha desaparecido, por ser su tramitación más lenta y engorrosa; por ello, el legislador concursal ha establecido una disposición legal en la salvaguarda de los principios de celeridad y economía procesal, dentro de este proceso judicial propio³⁸⁴.

v) El supuesto de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley Concursal

Como he tenido ocasión de avanzar, la Disposición Adicional Cuarta, apartado séptimo, párrafo segundo, de la Ley Concursal, contiene una previsión para que las demandas incidentales de impugnación de los acuerdos de refinanciación homologados se tramiten conjuntamente.

Como también he expuesto, los acuerdos de refinanciación tienen como función evitar el proceso concursal, pero una vez homologados, se hace “inmune a las acciones de rescisión (Disp. Adic. 4ª. 1 y 1.3 LC), además de hacerlo extensible a los disidentes”³⁸⁵. De esta forma, el número de acreedores de pasivos financieros afectados por la homologación judicial que no han suscrito el acuerdo es acotado y, como máximo, del 49% de los pasivos financieros. El legislador ha optado por la tramitación conjunta de todas las demandas de impugnación que éstos pudieran interponer.

e) Existencia de acumulaciones en sentido distinto del modelo procesal civil

De lo expuesto hasta el momento, soy del parecer que el legislador concursal ha estimado que la regla general en este proceso judicial propio es la acumulación de acciones, excluyendo totalmente la acumulación de procesos por atentar contra el principio de celeridad que corona el proceso incidental, al ser una tramitación lenta y engorrosa, para nada ágil.

Por otro lado, *ministerio legis*, ha determinado la paralización -de facto- durante un corto tiempo la sustanciación de los incidentes concursales, a los efectos de poder aglutinar

³⁸⁴ Igualmente, en consonancia con la espera en la incoación de las demandas incidentales que he comentado en el capítulo anterior.

³⁸⁵ CORDÓN MORENO, Faustino; “Cuestiones procesales sobre el procedimiento para la homologación de los acuerdos de refinanciación”; en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Angel José y CAMPUZANO, Ana Belén; “Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán: liber amicorum”; Vol. II; 2015; pág. 1419.

todas las acciones que, coincidentes o no -dentro de unos márgenes-, se presenten, para tramitarlas de forma conjunta. Es por ello que, en ocasiones, impone al Juez del concurso³⁸⁶ la sustanciación conjunta, mientras que en otras le brinda la herramienta para que de oficio pueda acordar la acumulación³⁸⁷. Razones de economía procesal, así como un elemental principio de seguridad jurídica así lo aconsejan.

Es por ello que definiendo, como he avanzado respecto de las partes procesales, la notificación telemática y la publicidad concursal para que los legitimados tengan conocimiento de la demanda incidental, el emplazamiento por idénticos medios, extendiendo de esta manera la posibilidad de acumulación de acciones y la resolución conjunta de todas las pretensiones planteadas, bajo la tutela al caso concreto del Juez del concurso como director procesal.

De esta forma, la acumulación de acciones dejaría de tener especialidades concursales y la de procesos continuaría fuera del incidente concursal, para constituirse la acumulación como una institución propia y diferente para el proceso concursal.

4) EL JUICIO DE ADMISIBILIDAD

a) Introducción

En el incidente concursal, de forma distinta a lo regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil, es el Juez quien admite la demanda, en concordancia con su situación de director procesal que le ha atribuido la Ley Concursal.

En cualquier proceso civil se realiza el examen de los requisitos procesales que, de superarse, conlleva la admisión a trámite de la demanda. En el incidente concursal se ha ido más allá, realizándose un juicio de admisibilidad mucho más extenso, siendo que además de los requisitos generales, se examinará si la demanda incidental es impertinente, carente de entidad necesaria para tramitarse por vía incidental³⁸⁸; o se solicitan actos de administración o se impugnan por razones de oportunidad³⁸⁹; inadmitiéndose en estos casos la demanda *ad limine*.

b) Decisión sobre cuestiones procesales

i) Recepción por el Letrado de la Administración de Justicia

En los procesos declarativos civiles, el Letrado de la Administración de Justicia es el encargado de admitir las demandas en los procesos declarativos³⁹⁰, por lo que es el encargado de evaluar, entre otras cuestiones, si la demanda cumple con el contenido mínimo establecido en el art. 399 LEC, esto es, «los datos y circunstancias de identificación

³⁸⁶ Como sucede, por ejemplo, en la tramitación de la oposición a la calificación del concurso.

³⁸⁷ Como, por ejemplo, en la impugnación del inventario y de la lista de acreedores.

³⁸⁸ Art. 194.1 LC.

³⁸⁹ Art. 192.3 LC.

³⁹⁰ Para el juicio ordinario, art. 404.1 LEC. Para el juicio verbal, art. 440.1 LEC.

del actor y del demandado y el domicilio o residencia en que pueden ser emplazados, se expondrán numerados y separados los hechos y los fundamentos de derecho y se fijará con claridad y precisión lo que se pida».

Una vez admitida por el Letrado de la Administración de Justicia, como regla general, el Juez no tendrá contacto con la demanda hasta la audiencia previa al juicio ordinario o el acto de vista en el juicio verbal, si la hubiere.

En el incidente concursal, también recepciona el Letrado de la Administración de Justicia, como fedatario público dejará constancia de la entrada de la demanda en el órgano jurisdiccional. Pero, su análisis, aun existiendo, no será tan exhaustivo, pues la dirección procesal y, por tanto, de la admisión o no de la demanda incidental, se ha depositado en el Juez del concurso.

Sin embargo, existen cuestiones que en sede de este proceso judicial propio siguen siendo competencia del Letrado de la Administración de Justicia.

Respecto de la Oficina Judicial, le corresponde la formación del expediente, por lo que recepcionará la demanda incidental, formará el oportuno expediente y tomarán buena nota en los libros de registro de su interposición.

De lo establecido en los arts. 404.2 LEC, para el juicio ordinario, es función del Letrado de la Administración de Justicia examinar la jurisdicción y competencia internacional³⁹¹, competencia objetiva³⁹² y territorial³⁹³, dando cuenta inmediatamente al Juez del concurso cuando estime la falta de cualquiera de ellas.

Pero, también controlará cuestiones como la correcta postulación de los litigantes³⁹⁴, la presentación del número de copias por cuantos demandados existan³⁹⁵, la aportación de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil y contencioso-administrativo³⁹⁶, la indicación de la cuantía del incidente³⁹⁷, los documentos que acrediten la representación que el litigante se atribuye³⁹⁸, la existencia de documentos que la ley expresamente exija para la admisión de la demanda incidental³⁹⁹, etc., a cuyos efectos requerirá de subsanación respecto de los defectos advertidos.

³⁹¹ Arts. 37 y 38 LEC.

³⁹² Art. 48.1 LEC.

³⁹³ Art. 58 LEC.

³⁹⁴ Cuyo apoderamiento se realiza bajo la fe pública (notarial o judicial), controlando el Letrado de la Administración de Justicia que es quien recepciona el otorgamiento del poder para pleitos o quien lo verifica presencialmente.

³⁹⁵ Arts. 273 y 275 LEC.

³⁹⁶ Véase el art. 2.b) de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, que establece como hecho imponible de la tasa la interposición de demanda incidental en procesos concursales. Y, en su art. 5, que su devengo es en el momento de su presentación.

Pero, sobre todo, en su Preámbulo (III, ap. 1º) se señala que es competencia del Secretario Judicial comprobar en cada caso si efectivamente se ha producido el pago de la tasa.

³⁹⁷ El art. 254 LEC atribuye esa competencia al Letrado de la Administración de Justicia.

³⁹⁸ Art. 264.2º LEC.

³⁹⁹ Art. 266 LEC, todos sus apartados en relación al art. 269.2 LEC.

Una vez subsanados los defectos, transcurrido el plazo sin haberse atendido o si éstos fueran insubsanables, pasarán las actuaciones al Juez del concurso quien verificará los requisitos de la demanda y decidirá respecto de la admisión a trámite de la demanda incidental.

ii) La presentación de la demanda incidental sin la forma establecida en el art. 399 LEC

Como he señalado anteriormente, el legislador ha excluido la posibilidad de que el actor incidental presente la demanda de forma distinta a la prevista para el juicio ordinario civil. La generalidad de la jurisprudencia entiende que la misión de este escrito rector es introducir las pretensiones y el mínimo exigible es que la parte demandada pueda conocer y defenderse en todos y cada uno de los argumentos planteados de contrario, sin sufrir indefensión. Es decir, sólo debe estimarse la cuestión procesal, como cuestión de orden público, ex art. 403.1 LEC, en relación con el art. 399 LEC, cuando del contenido del escrito no se puedan inferir los elementos definidores del litigio, esto es, los sujetos, el objeto, lo que se pide y la causa de pedir.

Esta interpretación casa perfectamente con la laxa interpretación por el Tribunal Supremo, quien ha afirmado que en la inadmisión de la demanda no puede basarse en interpretaciones formalistas y desproporcionadas⁴⁰⁰, primando el acceso a la jurisdicción hasta el límite de la indefensión. Así, el Juez del concurso deberá valorar si en ella se reúnen los mínimos necesarios para su admisión, examinando si se han aportado los datos y circunstancias de identificación del actor y del demandado y el lugar y forma de emplazarlo, si se ha fijado con claridad y precisión lo que se pide, si los hechos están narrados de forma ordenada y clara, si los Fundamentos de Derecho se consignan con la adecuada separación, etc.

En esta dinámica, debe tenerse en cuenta que una demanda incidental completa, como ya he adelantado, con los requisitos del art. 399 LEC, no significa que sea extensa, sino únicamente que disponga de los mínimos exigidos por dicho precepto. Es así que debe estarse al caso concreto para poder valorar si los cumple. Así, por ejemplo, respecto de la identificación del demandado, si la demanda se dirige frente al deudor común o a la administración concursal en un concurso determinado, no será necesario ni identificar al demandado ni el lugar donde puede ser emplazado, pero sí especificar frente a quién se dirige la acción; los hechos y fundamentos de derecho se ceñirán a lo interesado y la solicitud será con claridad y precisión, sin posponer estos requisitos de la demanda incidental para un momento posterior.

⁴⁰⁰ En concordancia con el principio antiformalista previsto en el art. 11.3 LOPJ. Por ejemplo, en las SSTS de 20 de septiembre de 2012 (EDJ 2012/212329) ó 25 de mayo de 2010 (EDJ 2010/108568), siguiendo la línea de la STC 119/1998, de 4 de junio, dictada por el Pleno del Tribunal (EDJ 1998/14955).

iii) El no acompañamiento de los documentos expresamente exigidos por la Ley

El art. 403.3.1º LEC establece que no se admitirán las demandas cuando no se acompañen a ella los documentos que la ley expresamente exija para su admisión o no se hayan intentado conciliaciones, requerimientos, reclamaciones o consignaciones que se exijan en casos especiales.

Además de los supuestos de documentos que se exigen, como norma general en el proceso civil, a los que no haré específica alusión por exceder del ámbito del presente estudio, en la Ley Concursal se plantean algunos supuestos, como casos especiales. Sin ánimo de exhaustividad:

📖 En el caso del art. 40.7 LC, si la administración concursal no hubiese convalidado, confirmado o anulado los actos del deudor común que infrinjan las limitaciones establecidas respecto de las facultades patrimoniales de éste, los acreedores o quien haya sido parte en la relación contractual afectada por la infracción «podrá» requerir a la administración concursal para que se pronuncie y, de no proceder, interponer la correspondiente demanda o convalidar o confirmar el acto, estarán legitimados para la interposición de la correspondiente demanda incidental para su anulación.

Con la presentación de la demanda incidental deberá adjuntar dicho requerimiento a la administración concursal. Se trata de un defecto subsanable, que el Tribunal deberá requerir para su cumplimiento, conforme ha declarado la jurisprudencia⁴⁰¹.

📖 El art. 72.1 LC legitima a la administración concursal para el ejercicio de las acciones rescisorias y demás de impugnación. Y solamente legitima a los acreedores que hayan instado por escrito a este órgano concursal el ejercicio de alguna de estas acciones.

La legitimación subsidiaria de los acreedores se somete a haber 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 para ello, así como el transcurso de dos meses desde el requerimiento. En consecuencia, debe acreditarse documentalmente haber requerido a la administración concursal con anterioridad de dos meses a la interposición de la demanda incidental. Igualmente, se trata de un defecto subsanable.

📖 El art. 129 LC regula la tramitación de la oposición a la aprobación del convenio.

En el art. 128.4 LC, en sede de la oposición a la aprobación del convenio, niega la legitimación activa a quien habiendo asistido a la junta de acreedores no hubiere

⁴⁰¹ Entre otras resoluciones, la SAP Alicante de 16 de julio de 2012 (EDJ 2012/201906) o los AAP Valencia de 30 de abril de 2012 (EDJ 2012/150171) ó Madrid de 21 de junio de 2011 (EDJ 2011/169041).

denunciado la infracción legal en su constitución o celebración. Esta circunstancia deberá acreditarse⁴⁰².

La no presentación de los anteriores documentos, aunque la ley obligue a que se adjunten con la demanda⁴⁰³, deben considerarse como un defecto subsanable, a la luz de la interpretación conjunta de los preceptos reguladores de la admisión de la demanda con el derecho a la tutela judicial efectiva. Sin embargo, hay que tener en cuenta que una cosa es subsanar la no presentación de un documento y otra muy distinta que, en el plazo concedido para subsanar los defectos se aproveche para generar el documento que no se ha presentado con la demanda.

Pasado el plazo concedido por el Letrado de la Administración de Justicia para subsanar los defectos sin haberse verificado, la demanda incidental quedará a disposición del Juez para que acuerde sobre su inadmisión⁴⁰⁴.

iv) La no presentación de documentos sobre el fondo

En el proceso civil, la regla general es la presentación con la demanda de los documentos y otros escritos y objetos relativos al fondo del asunto, en que las partes funden su derecho a la tutela judicial que pretenden⁴⁰⁵, no pudiendo presentarse posteriormente⁴⁰⁶. El momento preclusivo es el acto de la vista o juicio⁴⁰⁷ -o de no celebrarse cuando queden los autos vistos para sentencia-, por lo que cualquier presentación extemporánea provocará que sean inadmitidos⁴⁰⁸.

El incidente concursal goza de una naturaleza de proceso autónomo, pero también de incidente respecto del concurso. Como proceso declarativo civil, todas estas normas le son aplicables. Pero, como proceso incidental, se ha planteado la cuestión sobre la necesidad de la presentación de los documentos o únicamente hacer referencia a los mismos respecto del procedimiento principal.

La carga de la prueba incumbe a la parte que la alega, pero ello no quiere decir que se deba necesariamente practicar de una forma determinada, sino que puede aportarse por cualquiera de los medios de prueba que se recogen en el art. 299 LEC⁴⁰⁹. De esta forma, quien presenta una demanda incidental puede solicitar en el procedimiento principal la

⁴⁰² Mediante la presentación de un testimonio del acta, según la previsión del art. 126.4 LC.

⁴⁰³ Véanse, entre otros, los arts. 403.3; 264 a 266; todos ellos LEC.

⁴⁰⁴ Art. 404.2.2º LC.

⁴⁰⁵ Art. 265.1.1º LEC.

⁴⁰⁶ Salvo lo dispuesto en los arts. 265 a 270 LEC.

⁴⁰⁷ Sin perjuicio de lo previsto en la regla tercera del art. 435 LEC, sobre diligencias finales en el juicio ordinario (art. 271.1 LEC).

⁴⁰⁸ Art. 272 LEC.

⁴⁰⁹ A este respecto, es de resaltar la SAP Girona de 8 de octubre de 2012 (EDJ 2012/272542) que señala que "como dice la sentencia de 11 de junio del 2011 de la Audiencia Provincial de Valencia la carga de la prueba de la inviabilidad objetiva incumbe a la parte que la alega, pero ello no quiere decir que se deba necesariamente practicar prueba durante el periodo probatorio (en estos casos en el juicio verbal que se solicite), ni tampoco que se tenga que practicar prueba pericial, pues no debe olvidarse que en el procedimiento concursal obra la contabilidad de la empresa y constan diversos informes de la Administración Concursal".

certificación o copias testimoniadas de los documentos que funden la tutela judicial que se pretende y aportarlos como prueba documental en el incidente concursal⁴¹⁰. El incidente concursal no puede considerarse como una pieza más de las secciones que integran el concurso como procedimiento principal, sino que al tratarse de un proceso declarativo, la prueba debe aportarse en la forma establecida en la Ley de Enjuiciamiento Civil para los juicios ordinarios civiles e idénticos plazos de preclusión en su presentación.

No obligar a la aportación documental con la demanda incidental puede facilitar al actor incidental en un primer momento, fundado en un genérico principio de economía procesal, pero “se puede con facilidad provocar una indefensión a las contrapartes que posiblemente no puedan identificar los documentos dispersos en un voluminoso expediente concursal, o puedan confundirse sin saber con claridad a cuáles se refiere, aparte de confundir al Juzgador”⁴¹¹.

Igualmente, se produce la circunstancia de que, dictada la correspondiente resolución judicial e interpuesto recurso de apelación, las actuaciones son remitidas a la Audiencia Provincial para su conocimiento. “Si no se han aportado los documentos en el mismo incidente, se produce un efecto que sería absurdo si sirviera la aportación de los mismos en otro momento y en otra pieza o sección del proceso concursal, y es que el órgano de apelación carecería del acceso a los mismos, no pudiendo ser examinados”⁴¹².

Aunque, debe apuntarse que no faltan resoluciones judiciales que se inclinan por la simple remisión⁴¹³, señalando que a raíz de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo⁴¹⁴, no se entiende precisa la nueva aportación física de los documentos en que la parte funda de su pretensión, toda vez que tal aportación ya se realizó en su momento, haciendo referencia expresa en los documentos⁴¹⁵. Así, se inclina por el carácter incidental de este proceso judicial propio.

Entiendo que son todos ellos argumentos -aun a favor y en contra- más que suficientes para desterrar la idea de una simple remisión de los medios de prueba, básicos en la resolución de un proceso declarativo.

Los documentos sobre el fondo siguen un régimen jurídico distinto al de los documentos procesales. Su no observancia no conlleva la inadmisión de la demanda incidental.

⁴¹⁰ En este sentido, véanse las SSAP Tarragona de 12 de septiembre de 2013 (EDJ 2013/212275), Girona de 8 de octubre de 2012 (EDJ 2012/272542), Pontevedra de 5 de mayo de 2011 (EDJ 2011/94411) y Huesca de 27 de octubre de 2009 (EDJ 2009/285205).

⁴¹¹ En este sentido, la SAP Baleares de 19 de febrero de 2008 (EDJ 2008/147836).

⁴¹² SSAP Pontevedra de 28 de octubre de 2011 (EDJ 2011/263819), 5 de mayo de 2011 (EDJ 2011/94411) ó 10 de diciembre de 2010 (EDJ 2010/308100).

⁴¹³ Por ejemplo, la SAP Baleares de 11 de julio de 2013 (EDJ 2013/161588).

⁴¹⁴ STS de 22 de abril de 2010 (EDJ 2010/61321), en sede de calificación del concurso, viene referida a un documento no aportado por la administración concursal,

⁴¹⁵ En el supuesto de la referencia a la SAP Baleares de 11 de julio de 2013, la actora propuso como documental que se tuvieran por aportados al presente incidente, los referidos documentos que acompañó al escrito de comunicación de créditos, y por la Administración concursal no se ha puesto en duda su correcta recepción.

El proceso seguirá por sus cauces sin esos documentos. El Juez resolverá sobre los mismos en la resolución judicial que ponga fin al incidente, de modo que si la tutela judicial que se pretende se fundamenta únicamente en los documentos no aportados en el momento inicial, procederá la desestimación de la demanda incidental, con la drástica consecuencia de que las sentencias que pongan fin a los incidentes concursales producirán los efectos de cosa juzgada y la probable condena en costas de la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones.

v) Mención de la prueba en la demanda incidental

La mención en la demanda incidental de los medios de prueba de que intente valerse el actor tiene también una vital trascendencia.

En la demanda deben proponerse los medios de prueba, expresándolos con separación⁴¹⁶. Los documentos, mencionándolos e incorporándolos a la misma⁴¹⁷; el interrogatorio de las partes, únicamente proponiéndolo; los testigos y/o peritos, en el escrito de demanda incidental deben indicarse quiénes se comprometen a presentar a juicio y cuáles han de ser citados por el Tribunal⁴¹⁸, facilitando, en este último caso, el domicilio o residencia en que hayan de ser citados⁴¹⁹. Igualmente, debe señalarse qué declaraciones e interrogatorios han de realizarse a través del auxilio judicial⁴²⁰.

En todos los casos, no está de más que, para cada uno de los medios de prueba, se inserte una sucinta fundamentación sobre los motivos por los que el proponente entiende su pertinencia y utilidad. Ello facilitará la resolución del Juez pronunciándose sobre su admisión.

Sin embargo, el art. 399 LEC no los incluye como requisito para la admisión del escrito rector y las disposiciones relativas al incidente concursal sólo condicionan su existencia en lo relativo a la celebración -o no- del acto de vista. Por ello, su falta de mención conlleva únicamente la falta de citación al acto de vista por no existir medios de prueba a practicar. Asimismo, como en el caso anterior, si no existe proposición de prueba, procederá la desestimación de la demanda incidental, con la drástica consecuencia de que las sentencias que pongan fin a los incidentes concursales producirán los efectos de cosa juzgada y la condena en costas de la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones.

c) Decisión sobre las cuestiones de fondo

i) Su posible inconstitucionalidad

Una vez presentada la demanda incidental y superado el primer examen de los requisitos procesales de forma satisfactoria -por otra parte, como cualquier demanda civil-,

⁴¹⁶ Art. 284.1º LEC.

⁴¹⁷ De cuya aportación ya me he referido en el apartado anterior.

⁴¹⁸ Art. 429.5.1º LEC.

⁴¹⁹ Art. 284.1º LEC.

⁴²⁰ Art. 429.5.2º LEC.

el Juez del concurso procederá a decidir sobre las cuestiones de fondo que pueden provocar la inadmisión *ad limine* de la demanda incidental.

En sede concursal, el legislador ha introducido el juicio de admisibilidad sustantivo, con el fundamento en “evitar el planteamiento de incidentes dilatorios que aunque no tienen efecto suspensivo del procedimiento, hacen más compleja su tramitación, encarecen el coste económico y temporal del concurso y requieren la atención de los órganos concursales”⁴²¹. Esta evitación de juicios innecesarios debe realizarse de forma restrictiva - por suponer la denegación de acceso a la jurisdicción-, motivarse suficientemente, de modo que la inadmisión no menoscabe el derecho a la tutela judicial efectiva, margen que el legislador ha lindado a través de unos conceptos jurídicos indeterminados. En todo caso, esta decisión será susceptible de ser recurrida en apelación.

En este proceso principal, *sui generis*, se ha considerado unánimemente necesaria la intervención del Estado. La celeridad, simplicidad y flexibilidad, se han constituido como abanderadas del procedimiento concursal, a lo que debe añadirse la necesidad de abaratamiento del coste del proceso, que incide directamente en la finalidad del concurso: la satisfacción, en la medida de lo posible, de los créditos. Con esta fundamentación, el legislador ha considerado oportuno intervenir otorgando un instrumento legal al Juez del concurso para inadmitir a trámite las demandas incidentales que atenten frontalmente o sean incompatibles con el derecho a la tutela judicial efectiva de los acreedores en su conjunto, sin merma de las garantías que exige la tutela judicial efectiva de todos los interesados⁴²².

Dentro del equilibrio de los derechos a la tutela judicial efectiva, la inadmisión *ad limine* respecto de una cuestión sin fondo sin “atender a ningún tipo de examen de prueba”⁴²³, es constitucionalmente discutible.

Desde la óptica del Tribunal Constitucional, el art. 24.1 CE consagra el derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los Juzgados y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión⁴²⁴. El

⁴²¹ SENÉS MONTILLA, C.; art. 194; en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. y BELTRAN SANCHEZ, E. (Dir.); “Comentario de la Ley Concursal”; Vol. II; 1ª ed.; Madrid; Ed. Civitas Ediciones, S. L.; 2004; pág. 2816.

⁴²² Exposición de Motivos de la Ley Concursal (X, ap. 1º).

⁴²³ LÓPEZ SÁNCHEZ, J.; “El proceso concursal”; Thomson Reuters, Ed. Aranzadi, S. A.; Navarra; 1ª ed.; 2012; pág. 386.

⁴²⁴ “Es doctrina reiterada de este Tribunal que el primer contenido del derecho a obtener la tutela de Jueces y Tribunales, en un orden cronológico y lógico, es el acceso a la jurisdicción, que se concreta en el derecho a ser parte en un proceso y a poder promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas (SSTC 220/1993, de 30 de junio, FJ 2; 34/1994, de 31 de enero, FJ 2; y 20/2012, de 16 de febrero, FJ 7, entre otras). Asimismo, hemos dicho que el derecho a la tutela judicial efectiva no es un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, sino que es un derecho prestacional y de configuración legal, cuyo ejercicio está sujeto a la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales que, en cada caso, haya establecido el legislador (SSTC 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 4; y 182/2004, de 2 de noviembre, FJ 2). Ello implica que el legislador cuenta con un ámbito de libertad amplio en la definición o determinación de las condiciones y consecuencias del acceso a la justicia, pues le incumbe configurar la actividad judicial y, más concretamente, el proceso en cuyo seno se ejercita el derecho fundamental ordenado a la satisfacción de pretensiones dirigidas a la defensa de derechos e intereses legítimos (STC 206/1987, de 21 de diciembre, FJ 5). En esta regulación, la ley podrá establecer límites al ejercicio del derecho fundamental que serán constitucionalmente válidos si, respetando su contenido esencial (art. 53.1 CE), están dirigidos a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan la adecuada proporcionalidad con la naturaleza del proceso y la finalidad perseguida (entre otras, SSTC 158/1987, de 20 de octubre, FJ 4; 32/1991, de 14 de febrero, FJ 4; y 133/2004, de 22 de julio, FJ 4). En principio, pues, el

mandato constitucional va dirigido a los órganos judiciales buscando una interpretación de todos los presupuestos procesales y requisitos condicionantes de modo que sea más favorable a la acción, esto es, a la admisión de la demanda. Pero, también es un mandato dirigido al legislador, a quien prohíbe que con normas excluyentes impida el acceso a la jurisdicción.

Pero, también es doctrina consolidada del Tribunal Constitucional que se cumplen los mínimos del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso al proceso, mediante una resolución judicial fundada suficientemente en Derecho, aunque la resolución sea de inadmisión⁴²⁵, sin ser formalista.

“Aunque -ha manifestado el Tribunal Constitucional- el contenido normal del derecho a la tutela judicial efectiva consiste en obtener una resolución de fondo, ello no impide que el derecho también se satisfaga cuando la resolución es de inadmisión, siempre que se dicte en aplicación razonada de una causa legal, debiendo el razonamiento responder a una interpretación de las normas legales de conformidad con la Constitución y en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental, pues, como hemos declarado también reiteradamente, en los supuestos en los que está en juego el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción, el canon de enjuiciamiento constitucional de las decisiones de inadmisión es más severo o estricto que el que rige el derecho de acceso a los recursos”⁴²⁶.

Personalmente, debo decantarme por su constitucionalidad. Creo que la inserción de una causa de inadmisión *ad limine*, dentro de un juicio de admisibilidad sustantivo, sólo puede sustentarse en un interés público importante. Me parece que los aspectos públicos del Derecho concursal son suficientemente acentuados como para justificar este juicio de admisibilidad.

El concurso se fundamenta en el interés general, entendiéndose necesaria la intervención del Estado para regular el estado de insolvencia de una persona natural o jurídica. El tráfico mercantil y el procedimiento concursal requieren de una máxima celeridad en el procedimiento, con la finalidad de evitar juicios innecesarios que inciden sobre el coste económico y temporal del concurso, y repercuten en todos los acreedores. Y es que el concurso protege el tráfico mercantil ya de por sí informado por la celeridad y seguridad jurídica, en sede económica y jurídica. Igualmente, no en pocos supuestos están

derecho reconocido en el art. 24.1 CE podría verse conculcado por aquellas disposiciones legales que impongan requisitos impeditivos u obstaculizadores del acceso a la jurisdicción, si tales trabas resultaran innecesarias, excesivas o carecen de razonabilidad o proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador (SSTC 60/1989, de 16 de marzo, FJ 4; 114/1992, de 14 de septiembre, FJ 3; y 273/2005, de 27 de octubre, FJ 5)”.

Sentencia tremendamente ilustrativa de la doctrina reiterada del Tribunal Constitucional, entre otras, en esta STC (Pleno) 52/2014, de 10 de abril de 2014, aun en sede de cuestión de inconstitucionalidad (2918-2005) de la segunda frase del art. 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa.

⁴²⁵ Véanse, en este sentido, el ATC (Pleno) de 29 de junio de 2006 (EDJ 2006/281423) ó STC de 17 de diciembre de 2007 (EDJ 2007/241106).

⁴²⁶ Por ejemplo, ATC de 13 de diciembre de 2004 (EDJ 2004/286905) en una dilatada doctrina del Tribunal Constitucional.

inmersas instituciones que también defienden el interés general⁴²⁷. La propia utilización de los escasos recursos humanos y materiales de la Administración de Justicia, la protección de la Economía en general eliminando los deudores que intervienen negativamente en el resto de operadores jurídicos, etc., también juegan un papel importante. Ante la ponderación entre el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante incidental y los intereses generales que se integran en el concurso, me parece buena opción decantarse, con matices, hacia estos últimos.

La resolución judicial que se dicte para inadmitir a trámite la demanda incidental por ser una cuestión sustantiva debe estar suficientemente motivada, amparada en una norma legal⁴²⁸ -como es el caso- y ser de aplicación extremadamente restrictiva. Y es susceptible de recurso de apelación. Así, el resto de derechos quedan salvaguardados ante la no tramitación de un juicio que, *a priori*, se considera “manifiestamente inidóneo”⁴²⁹.

El gran problema que se plantea sigue siendo que se trata de tres conceptos jurídicos indeterminados que nuestros Tribunales deberán ir delimitando al caso bajo los parámetros expuestos, lo cual, en principio, colma de inseguridad jurídica a todos los intervinientes en el concurso hasta que dichos conceptos sean “bien delimitados” por nuestra práctica forense.

ii) Planteamiento de una cuestión impertinente

El art. 194.2 LC dispone que si el Juez estima que la cuestión planteada es impertinente, resolverá, mediante auto, su inadmisión y acordará que se dé a la cuestión planteada la tramitación que corresponda.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define impertinente como “lo que no viene al caso, o que molesta de palabra o de obra”⁴³⁰.

⁴²⁷ Como es el caso, entre otras, de la Tesorería General de la Seguridad Social o la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

⁴²⁸ En este sentido, el art. 403.1 LEC dispone que «las demandas sólo se inadmitirán en los casos y por las causas expresamente previstas en esta Ley».

⁴²⁹ Siguiendo la expresión del AAP Madrid de 18 de octubre de 2013 (EDJ 2013/313003), “Hemos de recordar que el juez del concurso está dotado de especiales facultades a la hora de filtrar la admisión de demandas de incidente concursal (lo que puede hacerse extensivo a las pretensiones reconventionales, que no dejan de suponer la interposición de otra demanda con ocasión de haber sido previamente demandado). En concreto, el juicio de pertinencia que contempla el artículo 194.2 de la LC, referido a la cuestión con la que se pretende promover el incidente, el cual se configura como causa de no admisión “in limine litis” (a tenor de la regla general del artículo 403 de la LEC) de la demanda incidental (por lo que no peligra con ello el derecho a la tutela judicial cuya efectividad exige que sea garantizada el artículo 24 de la Constitución), da cabida no sólo al rechazo de plano de planteamientos faltos de relación con las actuaciones que incumben al proceso concursal sino que también faculta al juez del concurso, en aras a la más eficaz llevanza del mismo, para repeler de inicio aquellas pretensiones que resultasen claramente inidóneas. En consecuencia, al amparo de la previsión del artículo 194.2 de la LC puede el juez del concurso inadmitir una reconvencción que respondería a una palmaria falta de acción por parte del accionante.

⁴³⁰ **impertinente**. (Del lat. *impertinens*, *-entis*).

1. adj. Que no viene al caso, o que molesta de palabra o de obra. Apl. a pers., u. t. c. s.

2. adj. p. us. Excesivamente susceptible, que muestra desagrado por todo, y pide o hace cosas que están fuera de propósito. U. t. c. s.

3. m. pl. Anteojos con manija, usados por las señoras.

La expresión “impertinente” ha sido calificada como mejorable⁴³¹, al utilizarse en materia probatoria. Hubiera sido deseable la denominación por otro término, aun creado *ad hoc*.

Parece utilizada para designar los supuestos en los que resulte la falta de relación entre la demanda incidental y el concurso, en aquellos casos en los que manifiestamente conllevará una sentencia desestimatoria⁴³².

La jurisprudencia menor ha ido perfilando el concepto de impertinencia en sede concursal, al caso concreto. Así, por haber planteado modificación del contenido del inventario y la lista de acreedores en contra de lo establecido en el art. 97.1 LC⁴³³; por no permitir la Ley Concursal al concursado y demás legitimados impugnar el resto del contenido del informe⁴³⁴; una demanda incidental dirigida a asignar cuantía al crédito cuando el art. 87.3 LC dispone que no debe tener cuantía alguna, en tanto no se cumpla la condición o desaparezca la litigiosidad que lo hace contingente⁴³⁵; o, cuando la norma invocada no es de aplicación⁴³⁶.

Otros motivos de inadmisión por este concepto residen en la extemporaneidad⁴³⁷ de la demanda incidental, si bien cabe señalarse que su fundamentación también se encuentra en una norma legal concursal que prohíbe su interposición. Así, por ejemplo, una demanda incidental de reconocimiento de crédito concursal después de presentados los textos definitivos⁴³⁸; en la inclusión de un crédito en la lista de acreedores⁴³⁹; o basada en un trámite precluido y que no es posible reabrir⁴⁴⁰.

Por último, y sin ánimo de exhaustividad, también se ha inadmitido cuando el actor incidental tiene otro medio idóneo para solicitar la tutela pretendida. Por ejemplo, demanda incidental cuando puede consultar la lista de acreedores⁴⁴¹ o existe el trámite de la autorización judicial⁴⁴².

Existen algunos -pocos- singulares supuestos en los que el término impertinente sí puede aplicarse en modo distinto. El Tribunal Supremo⁴⁴³ ha tildado de impertinente la

⁴³¹ Véase, por ejemplo, GONZALEZ GARCÍA, J. M.; op. cit., pág.1614.

⁴³² BERCÍBAR MUTIOZÁBAL, J.R.; Op. cit., pág. 280. SERRA DOMINGUEZ, M.; “Comentarios a la Ley Concursal: con concordancias, jurisprudencia y formularios”; 1ª ed.; Editorial Bosch, S.A.; Barcelona; 2004; pág. 1922. DIAZ MARTÍNEZ, M.; “El incidente concursal. Un instrumento autónomo de la tutela en el concurso de acreedores”; Valencia; Ed. Tirant lo Blanch; 2012; pág. 105. CORDON MORENO, F.; “Proceso concursal”; 1ª ed.; Monografías Aranzadi nº 67; Navarra; Ed. Aranzadi, S.A.; 2003; pág. 226. SENÉS MONTILLA, C.; art. 194; en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. y BELTRAN SANCHEZ, E. (Dir.); “Comentario de la Ley Concursal”; Vol. II; 1ª ed.; Madrid; Ed. Civitas Ediciones, S. L.; 2004; pág. 2817. MASCARELL NAVARRO, M. J.; “El incidente concursal”, en Práctica de los Tribunales; Revista de Derecho Procesal Civil y Mercantil; págs. 14 a 30; Ed. La Ley; nº 6; 2004; pág. 20. LÓPEZ SÁNCHEZ, J.; Ob. cit. pág. 386.

⁴³³ Véase el AAP Madrid de 14 de diciembre de 2012 (EDJ 2012/309420).

⁴³⁴ StJMer Madrid de 11 de enero de 2011 (EDJ 2011/13227) ó AAP Madrid de 16 de octubre de 2008 (EDJ 2008/247787).

⁴³⁵ SAP A Coruña de 8 de octubre de 2009 (EDJ 2009/382192).

⁴³⁶ AJMer Alicante de 16 de abril de 2014, por economía procesal (EDJ 2014/63383).

⁴³⁷ Véase el AAP Madrid de 7 de marzo de 2008 (EDJ 2008/46413).

⁴³⁸ En este sentido, AAP Granada de 10 de octubre de 2012 (EDJ 2012/326616), 28 de septiembre de 2012 (EDJ 2012/324901) y 16 de julio de 2012 (EDJ 2012/324895); StJMer Barcelona de 1 de diciembre de 2009 (EDJ 2009/356048) ó SAP Barcelona de 19 de junio de 2009 (EDJ 2009/253936).

⁴³⁹ AAP Alicante de 18 de abril de 2012 (EDJ 2012/151371 y 151372).

⁴⁴⁰ AAP Asturias de 27 de diciembre de 2011 (EDJ 2011/339725).

⁴⁴¹ SAP Madrid de 5 de octubre de 2007 (EDJ 2007/278618).

⁴⁴² StJMer de 4 de septiembre de 2013 (EDJ 2013/211046) ó SAP Madrid de 25 de enero de 2013 (EDJ 2013/26268).

⁴⁴³ ATS 18 de febrero de 2014 (EDJ 2014/21227).

reiteración en vía distinta y simultánea de la misma pretensión. La jurisprudencia también ha declarado impertiente en el caso de que la impugnación del concursado busque ganar tiempo y prolongar la fase común (“roza la impertinencia”)⁴⁴⁴; o en los casos en que no existe controversia, con lo que no existe, siquiera, contradictorio⁴⁴⁵.

iii) Planteamiento de una cuestión carente de entidad necesaria para tramitarse por la vía incidental

La expresión “carente de entidad necesaria para tramitarse por vía incidental” como causa de inadmisión de la demanda incidental es un concepto difícil de determinar⁴⁴⁶, extremadamente oscuro.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define, entre otras, “entidad”⁴⁴⁷ como “valor o importancia de algo” y como “lo que constituye la esencia o la forma de una cosa”.

Si se atiende al “valor o importancia de algo”, nos encontramos dentro del concepto de impertinencia, tal y como ha señalado el Tribunal Supremo, que ya tiene su previsión específica en este apartado del precepto como causa de inadmisión y no tiene sentido que ambas expresiones se refieran al mismo supuesto.

Se han propuesto en la doctrina algunas posibles soluciones.

Se ha buscado su significado⁴⁴⁸ en una referencia a cuestiones que, en principio, estarían comprendidas en el ámbito del incidente concursal, pero que, a criterio del Juez del concurso son de “escasa importancia”. Este criterio, por sí solo, no me parece útil. Si estas cuestiones están comprendidas en el ámbito del incidente concursal, por aplicación del art. 192 LC deben ventilarse por sus cauces. No tiene sentido establecer una causa de inadmisión, como tampoco denegar el derecho a la tutela judicial efectiva -además de prohibirlo el art. 24 CE-, cuando en sede procesal civil, el legislador ha creado el juicio verbal, al que se remite en parte este proceso incidental, precisamente, por su singular simplicidad de lo controvertido y por su pequeño interés económico⁴⁴⁹.

O también se ha buscado en cuestiones que, siendo distintas de las que constituyen el objeto principal del proceso concursal, guardan con éste una relación inmediata, pero

⁴⁴⁴ StJMer Vigo de 17 de noviembre de 2010 (EDJ 2010/359588).

⁴⁴⁵ SAP Córdoba de 30 de octubre de 2012 (EDJ 2012/371148).

⁴⁴⁶ LOPEZ SANCHEZ, J.; Ob. cit. pág. 286.

⁴⁴⁷ **Entidad** (Del lat. mediev. *entitas*, *-tātis*).

1. f. Colectividad considerada como unidad. Especialmente, cualquier corporación, compañía, institución, etc., tomada como persona jurídica.

2. f. Valor o importancia de algo.

3. f. *Fil.* Lo que constituye la esencia o la forma de una cosa.

4. f. *Fil.* Ente o ser.

⁴⁴⁸ DE LA OLIVA SANTOS, A. y DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.; “*Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*”; 3ª ed.; Madrid; Ed. Universitaria Ramón Areces; 2004; pág. 90. Asimismo, ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J.; “*Nueva Ley Concursal: Ley 22/2003, de 9 de julio: comentarios, jurisprudencia aplicable y formularios*”; 2ª ed.; Barcelona; Ed. Bosch; 2004; pág. 286 ó MASCARELL NAVARRO, M. J.; “*El incidente concursal*”, en *Práctica de los Tribunales*; Revista de Derecho Procesal Civil y Mercantil; págs. 14 a 30; Ed. La Ley; nº 6; 2004; pág. 20.

⁴⁴⁹ Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (X, ap. 8º).

que no consistan en acciones civiles con trascendencia patrimonial del concursado⁴⁵⁰. Pero, las cuestiones que no tienen trascendencia patrimonial para el concursado, en virtud de lo dispuesto en el art. 8 LC, no son competencia del Juez del concurso, por lo que no son susceptibles de ser tramitadas por los cauces del incidente concursal. Pero, aun de interponerse, nos encontraríamos frente a una cuestión de falta de competencia objetiva, apreciable de oficio, tan pronto como sea advertida, por lo que ya no existirá un juicio de admisibilidad como el que estoy tratando.

Otra posibilidad⁴⁵¹ vendría referida a supuestos que tengan previsto en la Ley Concursal un trámite distinto al incidente concursal. Pero, no dejan de ser impertinentes, pues “no vienen al caso”.

En la jurisprudencia se pueden encontrar casos respecto de la interpretación de este concepto jurídico indeterminado.

Existen resoluciones en las que se entienden carentes de entidad necesaria para tramitarse por la vía incidental casos en los que un precepto legal veta a ese proceso en un momento determinado. Por ejemplo, el AAP Madrid de 14 de diciembre de 2012, respecto del art. 97.1 LC, que establece que “[...] quienes no impugnaren en tiempo y forma el inventario o la lista de acreedores no podrán plantear pretensiones de modificación del contenido de estos documentos [...]”⁴⁵².

Otras, por tener otros medios de acceso diferentes al jurisdiccional. Por ejemplo, la SAP Madrid de 5 de octubre de 2007 ha señalado que “entendiendo este Tribunal de segunda instancia, de acuerdo con el criterio mantenido por él juzgador “a quo” en la resolución impugnada, que se considera total y plenamente ajustado a derecho, que en el presente supuesto resulta de aplicación el contenido del artículo 194.2 de la Ley Concursal, que establece que puede inadmitirse la demanda si la cuestión planteada es impertinente o carece de la entidad necesaria para tramitarla por dicha vía incidental, dando a la cuestión planteada la tramitación que corresponda. Por ello para conocer si Telefónica Móviles resulta acreedora o no en su caso de la concursada por los conceptos indicados por la ahora apelante, resulta suficiente consultar la Lista de acreedores y en el caso de que la recurrente en virtud del aval pagara alguna cantidad a la citada Telefónica Móviles, y ésta tuviera reconocida la condición de acreedor del concurso por los conceptos satisfechos, se producirían las consecuencias legalmente establecidas en el artículo 87.6 de la Ley

⁴⁵⁰ DIAZ MARTÍNEZ, M.; “*El incidente concursal. Un instrumento autónomo de la tutela en el concurso de acreedores*”; Valencia; Ed. Tirant lo Blanch; 2012; pág. 106. En el mismo sentido, HERRERO PEREZAGUA, F.; “*Comentarios a la Ley Concursal. Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la reforma concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*”; Comentarios a los arts. 191 a 196 LC, págs. 1937 a 1969; BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. (Coord.); Vol. II; 1ª ed.; Madrid; Ed. Tecnos; 2004; págs. 1948, 1949 y 1955 y SENÉS MONTILLA, C.; art. 194; en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. y BELTRAN SANCHEZ, E. (Dir.); “*Comentario de la Ley Concursal*”; Vol. II; 1ª ed.; Madrid; Ed. Civitas Ediciones, S. L.; 2004; pág. 2817.

⁴⁵¹ En este sentido, SERRA DOMINGUEZ, M.; “*Comentarios a la Ley Concursal: con concordancias, jurisprudencia y formularios*”; 1ª ed.; Editorial Bosch, S.A.; Barcelona; 2004; pág. 1923; BEREĆÍBAR MUTIOZÁBAL, J.R., Ob. cit., pág. 280; SENÉS MONTILLA, C.; art. 194; en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. y BELTRAN SANCHEZ, E. (Dir.); “*Comentario de la Ley Concursal*”; Vol. II; 1ª ed.; Madrid; Ed. Civitas Ediciones, S. L.; 2004; pág. 2816; CORDON MORENO, F.; “*Proceso concursal*”; 1ª ed.; Monografías Aranzadi nº 67; Navarra; Ed. Aranzadi, S.A.; 2003; pág. 1955.

⁴⁵² EDJ 2007/278616.

Concursal, entendiendo por ello que no puede declararse simultáneamente la condición de acreedora de la actora de un lado por la ejecución de obras o prestación de servicios antes indicados, y de otro lado la inclusión del garantizado en la lista de acreedores con la calificación del crédito como ordinario, ya que resultan peticiones contradictorias⁴⁵³.

La SAP Navarra de 26 de noviembre de 2012 determina que “en cuanto a la primera de las pretensiones, la misma no es propia del incidente concursal previsto en el art. 154.2 de Ley Concursal (en su texto vigente en el momento de presentar la demanda) ni tiene la entidad necesaria para tramitarla por la vía genérica del incidente concursal (art. 194.2 LC) pues siendo una obligación legal de la administración concursal (art. 94.4 LC) hubiera bastado con poner de relieve la falta de la relación separada de créditos contra la masa en el informe presentado por la administración concursal para que el juzgado requiriera la subsanación de dicha omisión. No obstante, habiéndose tramitado el incidente, siendo la referida pretensión objeto del mismo y a la vista de que la administración concursal admite la omisión contenida en su informe por medio de su allanamiento, no se advierte obstáculo para acordar ahora lo que debió de haberse ordenado en su momento”⁴⁵⁴.

El AAP Madrid de 22 de junio de 2012 señala que “el Juzgado de lo Mercantil, mediante auto de fecha 2 de diciembre de 2010, inadmitió a trámite el incidente con apoyo en el artículo 194.2 de la Ley Concursal, al considerar que la cuestión planteada carecía de entidad para ser tramitada por la vía del incidente concursal por cuanto la administración concursal debía dar cumplimiento a lo acordado por la Audiencia Provincial sin necesidad de que se dictara otra sentencia sobre el mismo objeto y que la acomodación del plan de liquidación a los nuevos pagos era inherente a dicho efecto sin que fuera necesaria ninguna conminación expresa a tal fin”⁴⁵⁵.

El AAP A Coruña de 30 de marzo de 2012 dispuso que “el auto del Juzgado de lo Mercantil inadmitió a trámite la demanda, acogiendo al artículo 194.2 de la Ley Concursal, por estimar carente de entidad la cuestión planteada, dado que la privación del derecho de voto previsto en el artículo 122 en estos casos de adquisición derivativa no significaría excluir su importe del cómputo del pasivo para la constitución de la junta, al no establecerlo así la Ley y tenerse que interpretar restrictivamente aquella limitación”.

Continúa señalando que “ciertamente el art. 122.2 LC priva del derecho a voto a los acreedores que lo sean por la razón expuesta, pero no alcanza esta Sala la razón por la que de ello se derive que el importe de sus créditos no deban ser computados. Ha sido señalado que la finalidad de dicha norma es evitar que mediante operaciones convencionales de cambio de titularidades en los créditos algún acreedor conseguida un mayor poder de decisión el a junta con posible perjuicio para los restantes, lo que deriva de la desconfianza en el mercadeo de créditos del concursado y justifica la sanción de pérdida del derecho de voto, pero ninguna norma impone la conclusión que pretende el recurrente, ni se entiende por qué la privación del derecho de voto a alguno de los acreedores habría de reducir el apoyo necesario a la propuesta que se derivaría de la reducción del pasivo computable, con claro beneficio para aquélla.

⁴⁵³ EDJ 2007/278618.

⁴⁵⁴ EDJ 2012/367675.

⁴⁵⁵ EDJ 2012/168773.

“Conforme al art. 118.1 LC tienen derecho a la asistencia a la junta los acreedores que figuren en la relación de incluidos del texto definitivo de la lista a que se refiere el art. 94 LC, sin que pueda ser impugnada su inclusión en trámite posterior al previsto en el art. 96 LC por quien no lo haya hecho entonces (art. 97 LC), y conforme al art. 116.4 LC la junta se entenderá constituida con la concurrencia de acreedores incluidos en la lista, que titulen créditos por importe al menos de la mitad del pasivo ordinario del concurso; finalmente, el art. 124 establece que para que se considere aceptada por la junta una propuesta de convenio será necesario el voto favorable de, al menos, la mitad del pasivo ordinario del concurso. Nada dice, la ley de la exclusión del pasivo ostentados por los privados de voto por razón del art. 122.2 LC, y es lo cierto que cuando la ley quiere introducir matices o precisiones así o hace, como sucede con el cómputo del importe de los créditos privilegiados que voten a favor de la propuesta, como dispone el art. 124 LC último párrafo.

“En consecuencia, entiende esta Sala que no cabe la exclusión en el cómputo del pasivo del importe de los créditos ostentados por esta clase de acreedores, lo que conduce necesariamente a la insuficiencia de los apoyos que se discuten y al rechazo de la propuesta de convenio que se sometió a la consideración de la junta de acreedores, por lo que el recurso ha de ser rechazado”⁴⁵⁶.

También existen que aplican este concepto a cuestiones por ser estériles para el debate. Así, la StJMer Pontevedra de 30 de junio de 2011 habla de “sobre la base de lo expuesto hasta ahora, y prescindiendo de otros aspectos que, o bien no han sido debidamente expuestos en los escritos de alegaciones o carecen de la entidad necesaria para poder ser tenidos en cuenta a estos efectos (se entiende así estéril el debate durante la práctica de la prueba acerca del desaparecido libro de actas, o sobre la relevancia de la emisión de acciones con prima en la ampliación de capital prevista), no cabe duda de que las irregularidades apreciadas, señaladamente en su conjunto, integran el supuesto del invocado art. 164.2.1º de la LC”⁴⁵⁷.

Otras, cuando la norma invocada no es de aplicación. Por ejemplo, el AJMer Alicante de 16 de abril de 2014 determina que “por tanto, no es que este Juzgado no pueda a efectos prejudiciales analizar (art. 9 LC, 42 LEC y 10 LOPJ) si hay obstaculización contractual, sino que ello resulta superfluo porque la norma invocada (art. 92.7 LC) no es de aplicación. Si ello es así carece, por economía procesal, su admisión (art. 194.2 LC), sin que haya merma del derecho a la tutela judicial efectiva porque se adopte “ad limine”⁴⁵⁸.

Por último, en el caso de pretensiones que resulten claramente inidóneas. El AAP Madrid de 18 de octubre de 2013⁴⁵⁹ señala que “hemos de recordar que el juez del concurso está dotado de especiales facultades a la hora de filtrar la admisión de demandas de incidente concursal (lo que puede hacerse extensivo a las pretensiones

⁴⁵⁶ EDJ 2012/101441.

⁴⁵⁷ EDJ 2011/143963.

⁴⁵⁸ EDJ 2014/63383.

⁴⁵⁹ EDJ 2013/313003.

reconvencionales, que no dejan de suponer la interposición de otra demanda con ocasión de haber sido previamente demandado). En concreto, el juicio de pertinencia que contempla el artículo 194.2 de la LC, referido a la cuestión con la que se pretende promover el incidente, el cual se configura como causa de no admisión "in limine litis" (a tenor de la regla general del artículo 403 de la LEC) de la demanda incidental (por lo que no peligrará con ello el derecho a la tutela judicial cuya efectividad exige que sea garantizada el artículo 24 de la Constitución), da cabida no sólo al rechazo de plano de planteamientos faltos de relación con las actuaciones que incumben al proceso concursal sino que también faculta al juez del concurso, en aras a la más eficaz llevanza del mismo, para repeler de inicio aquellas pretensiones que resultasen claramente inidóneas. En consecuencia, al amparo de la previsión del artículo 194.2 de la LC puede el juez del concurso inadmitir una reconvencción que respondería a una palmaria falta de acción por parte del accionante”.

Por otro lado, es interesante resaltar la jurisprudencia que entiende que sí tiene entidad necesaria cuando la pretensión tiende a resolver una cuestión que se ha planteado en el proceso concursal y que puede condicionar su devenir ulterior.

En este sentido, la SAP Barcelona de 11 de octubre de 2012 señala que “el incidente sustanciado estimamos que tiene la necesaria entidad porque tiende a resolver una cuestión que se ha planteado en la sustanciación del proceso concursal y que puede condicionar su devenir ulterior: si el crédito y la deuda que se han reconocido a la instante se corresponden con la realidad. Interesa al concurso que esa cuestión quede resuelta con la mayor celeridad porque implica una incerteza incompatible con la finalidad que persigue el concurso. Por ello no creemos que sea acertado remitir a las partes a un proceso declarativo posterior cuando nada impide que se pueda resolver la cuestión en este incidente concursal”⁴⁶⁰.

Es factible que el concepto “carece de entidad necesaria para tramitarla por la vía incidental” es un concepto que se ha incluido para posibles supuestos que no son incardinables en el resto de conceptos jurídicos indeterminados establecidos, para ser utilizado por el Juez del concurso para no tramitar un incidente concursal que se estima innecesario o manifiestamente inidóneo.

iv) Actos de administración o impugnaciones por razones de oportunidad

El art. 192.3 LC establece que «no se admitirán los incidentes que tengan por objeto solicitar actos de administración o impugnarlos por razones de oportunidad».

Como puede percibirse a simple vista, su ubicación es distinta al de las dos anteriores causas de inadmisión, cosa que ya se produce desde la publicación de la Ley. Sin embargo, me parece que el fundamento del establecimiento de esta causa de inadmisión es idéntico a los dos anteriores, pues su admisión a trámite y posterior resolución

⁴⁶⁰ EDJ 2012/275497.

conllevaría entorpecer la ya compleja labor de tramitación del concurso y el trabajo de un órgano del concurso que está sometido a un breve plazo que, como el procedimiento principal, debe rendirse a la celeridad.

La genérica disposición de la impertinencia y la carencia de entidad necesaria para tramitarse por vía incidental a todos los supuestos potenciales, se ha ubicado a propósito de la “demanda incidental y admisión a trámite”⁴⁶¹, mientras que la especificidad de la solicitud de actos de administración o su impugnación por razones de oportunidad, lo ha llevado a ubicarlo en el “ámbito de aplicación del incidente concursal”⁴⁶².

No debe pasarse por alto que el art. 184.3 LC prevé la posibilidad de impugnar actos de la administración. Sin embargo, en la jurisprudencia encontramos la argumentación en cuanto a las funciones soberanas de la administración concursal, señalando que se trata de un órgano con capacidad discrecional para decidir sobre actos de administración y disposición que convienen a la mejor tutela de la masa activa del concurso⁴⁶³. La Ley Concursal le ha atribuido la función de adopción de decisiones de conveniencia y de oportunidad, no sometidas a control judicial revisor de lo actuado, aunque sí por la vía de una posible acción de responsabilidad por infracción de normas legales o exigidos por la jurisprudencia, por lo que es inadmisibles hacer que la administración concursal sea un mero órgano gestor de decisiones judiciales al pretender que sea el Juez del concurso -cuya preparación no incluye las materias propias de este órgano concursal- quien determine las condiciones económicas ajenas a su competencia⁴⁶⁴.

La Ley Concursal ha atribuido funciones muy importantes y ciertamente esenciales y para ello ha dotado a la administración concursal de una profesionalidad que abarca tanto materias jurídicas como económicas. En este sentido, le ha atribuido las facultades de administración y disposición sobre la masa activa del modo más conveniente para los intereses del concurso⁴⁶⁵, la determinación de los actos u operaciones propias del giro o tráfico de la actividad profesional o empresarial del deudor y su autorización con carácter general⁴⁶⁶, adoptar las medidas necesarias para la continuación de dicha actividad⁴⁶⁷, etc. Parece evidente que, no siendo el Juez del concurso -o no siéndole exigible- un economista, titulado mercantil o auditor de cuentas, las cuestiones sobre actos de administración deberían descansar y descansan en un órgano necesario del concurso y que el legislador ha creado como órgano cuasi jurisdiccional.

Ello no obsta para que exista un control judicial, aunque fuera del incidente concursal, por no haberlo previsto expresamente el legislador. Esto es, las materias ciertamente esenciales atribuidas a la administración concursal tienen un control jurisdiccional

⁴⁶¹ Rúbrica del art. 194 LC.

⁴⁶² Rúbrica del art. 192 LC. Este precepto versa, además, de la adecuación de los incidentes concursales respecto de las acumulaciones o la suspensión del procedimiento concursal.

⁴⁶³ En este sentido, SSAP Madrid de 19 de junio de 2009 (EDJ 2009/262137) ó de 25 de enero de 2013 (EDJ 2013/26268) y Pontevedra de 10 de diciembre de 2010 (EDJ 2010/308096). Asimismo, StJMer Oviedo de 4 de julio de 2006 (EDJ 2006/268776) ó AJMer Madrid de 4 de septiembre de 2013 (EDJ 2013/211046).

⁴⁶⁴ AAP Madrid de 24 de enero de 2012 (EDJ 2012/39754) ó StJMer Madrid de 30 de abril de 2013 (EDJ 2013/119069).

⁴⁶⁵ Art. 43.1 LC.

⁴⁶⁶ Art. 44.2 LC.

⁴⁶⁷ Art. 44.3 LC.

explícitamente previsto por la ley, pero, aquellas no tan trascendentales y que tienen una menor influencia en la finalidad del procedimiento concursal, quedarían vetadas por los trámites del incidente concursal.

En esta tesitura, el veto al acceso a la demanda incidental para la solicitud de actos de administración o impugnación de dichos actos por razones de oportunidad, por su ubicación y expresa previsión, deben tener una explicación diferente a los dos supuestos analizados anteriormente, aun participando del fundamento de evitar la tramitación de un proceso incidental.

En los casos de impertinencia encontrados es difícil enmarcar una solicitud de actos de administración o impugnación de éstos. Respecto de la carencia de entidad necesaria entiendo que sí la tiene, pues al haberse previsto a lo largo del articulado una canalización procesal específica, *ministerio legis*, se ha previsto que no tengan dicha entidad. La diferencia es, a mi juicio, que no queda al arbitrio del solicitante el momento en que decide interesar su pretensión y que no se tramitarán por los cauces del incidente concursal, regulándose en un precepto específico dentro del ámbito de aplicación de este proceso judicial propio.

v) Sólo una causa de inadmisión sustantiva

Creo que el diseño de este proceso judicial propio está pensado como un proceso declarativo que servirá de cauce para resolver materias potencialmente complejas, como las acciones de anulación de los actos del deudor que infrinjan las limitaciones establecidas respecto de sus facultades patrimoniales en la declaración de concurso⁴⁶⁸, las diferencias entre las partes en las solicitudes de resoluciones de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento⁴⁶⁹, las acciones resolutorias por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento⁴⁷⁰, las acciones rescisorias⁴⁷¹ y demás de impugnación de los actos perjudiciales para la masa efectuados por el deudor, la oposición a la calificación, o determinados nuevos juicios declarativos del art. 50.1 LC.

Las “cuestiones menores”, como las autorizaciones judiciales del art. 188 LC (al que se remiten numerosos preceptos), la fijación y modificación de la retribución de los administradores concursales⁴⁷², la disconformidad entre las decisiones de la administración concursal⁴⁷³, separación del cargo de los administradores concursales o revocación de los auxiliares delegados⁴⁷⁴, sobre el cierre de la totalidad o parte de las oficinas del deudor⁴⁷⁵, etc⁴⁷⁶, se ha diseñado para cada uno de ellos un procedimiento *ad hoc*.

El juicio de admisibilidad y la posibilidad de inadmitir las demandas incidentales por plantear cuestiones impertinentes o carentes de entidad necesaria para tramitarla por la vía

⁴⁶⁸ Art. 40.7 LC.

⁴⁶⁹ Art. 61.2 LC.

⁴⁷⁰ Art. 62 LC.

⁴⁷¹ Art. 72.4 LC.

⁴⁷² Art. 34 LC.

⁴⁷³ Art. 35.2 LC.

⁴⁷⁴ Art. 37.1 LC.

⁴⁷⁵ Art. 44 LC.

⁴⁷⁶ Asimismo, para una mayor exhaustividad nos remitimos al Capítulo Tercero del presente estudio.

incidental, se consituye como una herramienta inestimable al servicio del Juez del concurso en su situación de director procesal del concurso, a fin de “evitar el planteamiento de incidentes dilatorios que, aunque no tienen un efecto suspensivo del procedimiento, hacen más compleja su tramitación, encarecen el coste económico y temporal del concurso”⁴⁷⁷.

La falta de parámetros preestablecidos⁴⁷⁸ para estos conceptos jurídicos indeterminados y su dificultad en el deslinde, me permiten entender que no son causas que deban interpretarse por separado, sino que de la conjunción de todas ellas se vetan los cauces de este proceso judicial propio a aquellas pretensiones que no tienen cabida en la fluida, ágil y célere tramitación del procedimiento concursal, con independencia del supuesto concreto al que se refieran: sea por extemporaneidad de la pretensión, por la existencia de otro medio idóneo y más sencillo para solicitar la tutela pretendida, por un precepto legal que lo prohíba, etc.

Por ello es importante mantener la discrecionalidad del Juez del concurso, para que tenga la posibilidad de analizar, *ab initio*, las pretensiones que se deducen y, en atención a los intereses en juego el el procedimiento principal, y pueda evitar la tramitación de procesos incidentales en los que se soliciten cuestiones que deban ventilarse por un trámite distinto, se soliciten en un momento procesal manifiestamente inadecuado, no requieran la intervención de un órgano jurisdiccional, o, sencillamente, no incorporen un contenido procesal mínimo.

A pesar de pretender evitar una tramitación innecesaria y perturbadora de la fuida, ágil y célere tramitación del concurso, requerirá necesariamente, de una cognición judicial y el dictado de una resolución judicial definitiva.

5) LA INADMISIÓN DE LA DEMANDA INCIDENTAL

El juicio de admisibilidad de la demanda incidental, al ser más amplio que la civil, conlleva que, aunque la resolución judicial sea idéntica, en el sentido de inadmitir a trámite la pretensión y el archivo de las actuaciones, tendrá un fundamento distinto en función de que se trate del incumplimiento de los requisitos procesales de admisión o de la cuestión de fondo planteada.

Si el Juez del concurso, una vez requerido el actor incidental de subsanación o por ser el defecto insubsanable, entiende que no debe dársele trámite por motivos procesales, dictará auto inadmitiendo la demanda incidental⁴⁷⁹. Esta resolución se fundamentará en el art. 403.1 LEC⁴⁸⁰; el art. 404.2 LEC cuando se haya requerido de subsanación; así como en ambos casos en los preceptos en los que se regule el concreto requisito procesal infringido.

⁴⁷⁷ SENÉS MONTILLA, C.; art. 194; en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. y BELTRAN SANCHEZ, E. (Dir.); “Comentario de la Ley Concursal”; Vol. II; 1ª ed.; Madrid; Ed. Civitas Ediciones, S. L.; 2004; pág. 2816.

⁴⁷⁸ GARNICA MARTIN, J. F.; “La nueva Ley Concursal”; Cuadernos de Derecho Judicial; CGPJ; Escuela Judicial; nº XVIII; 2003; pág. 259.

⁴⁷⁹ El art. 206.1.2º LEC, en concordancia con lo dispuesto en el art. 245.1.b LOPJ, establece que se dictará una resolución judicial en forma de auto cuando se resuelva sobre la inadmisión de la demanda.

⁴⁸⁰ Dispone este precepto que «las demandas sólo se inadmitirán en los casos y por las causas expresamente previstas en esta Ley».

La cuestión es diferente si se trata de una de las causas por impertinencia o carencia de entidad necesaria para tramitarla por la vía incidental.

Si el Juez del concurso entiende que se trata de una cuestión impertinente o carece de entidad necesaria para tramitarla por la vía incidental, igualmente dictará una resolución judicial en forma de auto inadmitiendo la demanda incidental, pero en esa misma resolución acordará que se dé a la *«cuestión planteada la tramitación que corresponda»*. Esta resolución, aunque también puede tener apoyo en el art. 403.1 LEC⁴⁸¹, tendrá como fundamento el art. 194.2 LC, además de aquellos por los que el Juez del concurso entienda que tiene el carácter de impertinente o carece de entidad necesaria para tramitarla por la vía incidental.

La remisión a la *«tramitación que corresponda»*, alineada según el derecho a la tutela judicial efectiva, pretende que no quede sin respuesta jurisdiccional una solicitud de tutela de un justiciable, cargándole con una nueva interposición de su pretensión. El incidente concursal se archivará con un auto definitivo; así como una certificación del escrito y resolución, que se dirigirá allá donde deba tramitarse la pretensión interesada, sea en cualquiera de las secciones o en una pieza separada⁴⁸².

La inadmisión de la demanda incidental por entender que tiene por objeto *«solicitar actos de administración o impugnarlos por razones de oportunidad»*, igualmente, deberá ser por auto que puede apoyarse en el art. 403.1 LEC -como en los casos anteriores-, pero su fundamentación básica residirá en el art. 192.3 LC.

Al no haberse previsto expresamente una remisión a la tramitación que corresponda, entiendo que el legislador ha querido cerrar la puerta a este tipo de peticiones, para que se canalicen todas ellas en los momentos procesales determinados y previstos en la Ley Concursal. Así, la interposición de una demanda incidental con este objeto conllevará únicamente su inadmisión y el archivo de las actuaciones incidentales.

6) LA ADMISIÓN DE LA DEMANDA INCIDENTAL

Una vez superado el juicio de admisibilidad, el Juez del concurso *«dictará providencia admitiendo a trámite el incidente y acordando se emplace a las demás partes personadas, con entrega de copia de la demanda o demandas, para que en el plazo común de diez días contesten en la forma prevenida en el art. 405 LEC»*⁴⁸³.

El emplazamiento debe entenderse a realizar a aquellos sujetos frente a los que se dirige la demanda incidental. Sin embargo, el concurso tiene como esencia la pluralidad de sujetos y el interés general, por lo que para delimitar el concepto de *«demás partes personadas»* debo realizar dos matizaciones:

⁴⁸¹ El apartado primero de este precepto establece que *«las demandas sólo se inadmitirán en los casos y por las causas expresamente previstas en esta Ley»* (el resaltado es mío). En puridad, no es exacto, porque la causa de inadmisión no se encuentra en la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino en la Ley Concursal, aunque puede entenderse que, siendo de aplicación subsidiaria, como ordenamiento procesal común, tiene encaje.

⁴⁸² Salvo que el Juez entienda que no cabe tramitación alguna por los motivos que razonará en su resolución.

⁴⁸³ Art. 194.3 LC.

En primer lugar, no puede entenderse relacionado con el incidente concursal, pues al interponerse la demanda, únicamente está personado el actor incidental.

En segundo lugar, no es necesario personarse en forma en el concurso para comunicar créditos, formular alegaciones o asistir e intervenir en la Junta⁴⁸⁴, por lo que esta expresión alcanza a todos aquellos sujetos que estén personados en el concurso, pues el interés se les presume sólo por ello.

En la línea expositiva seguida en este trabajo, es parte fundamental la existencia de un breve plazo de tiempo para que el resto de partes personadas, de acreedores y quienes ostenten y acrediten interés legítimo, puedan interponer su demanda incidental defendiendo posiciones idénticas o coincidentes con las pretensiones de la actora. O, en el caso de los incidentes concursales donde se restringe la legitimación, tanto activa como pasiva, para que estos legitimados puedan interponer sus demandas incidentales si a su derecho conviene.

De esta forma, se elimina la coadyuvación, pero, sobre todo, la entrada de nuevos litigantes en cualquier momento de su tramitación, las contestaciones a la/s demanda/s incidental/es que podrán dirigirse frente a todas las pretensiones deducidas, las reconveniciones y los desajustes temporales se reducen, a costa únicamente de la incorporación de un breve espacio de tiempo.

Pero, esa misma falta de obligación de personarse en el procedimiento principal hace que deba tenerse en cuenta la existencia de sujetos no personados en el concurso y que pueden sostener posiciones contrarias a lo pedido por la actora -que tendrían la consideración de parte demandada en virtud de lo dispuesto en el art. 193 LC («*cualesquiera otras*»)-.

Si se entiende que existen numerosos preceptos en que la Ley Concursal⁴⁸⁵ ha otorgado, bien legitimación activa, bien legitimación pasiva, al deudor común, administración concursal, auxiliares delegados, acreedores, demás legitimados y quienes tengan y acrediten interés legítimo en el concurso, acreedores conforme al art. 7 LC y demás legitimados en concordancia con el art. 3.3 LC, me parece que debe brindárseles a quienes no se personen como actores incidentales para que puedan personarse, demandando o como parte demandada. Como he señalado en el capítulo referido a las partes procesales en el incidente concursal, el caríz de interés general que atesora el concurso como proceso universal ha llevado al legislador a extender la condición de parte demandada, por lo que el emplazamiento entiendo también debe extenderse para que quienes ostenten y acrediten interés legítimo puedan realizar alegaciones, por afectarles la resolución judicial que se dicte, sin que ello pueda entenderse en ningún caso al estilo de una acción popular penal.

⁴⁸⁴ Art. 184.3. *in fine* LEC.

⁴⁸⁵ Por ejemplo, arts. 33.4; 33.1; 40.7; 54.4; 61.2; etc.

Existiendo un sistema de publicidad concursal⁴⁸⁶, para aquellos sujetos no inicialmente designados en la demanda incidental en la parte pasiva ni personados en el concurso, creo que debe utilizarse a los mayores fines posibles. Y, en este sentido, el Real Decreto 892/2013 señala en su Preámbulo⁴⁸⁷ que “la publicidad de los concursos de acreedores es una consecuencia necesaria del carácter universal de los efectos del concurso de acreedores, que exige que el conocimiento de su declaración **y de los pormenores de su tramitación llegue a todos los posibles interesados**. Es por ello que la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, ha prestado especial atención a la publicidad del concurso de acreedores, que ha de permitir a estos conocer no sólo la existencia de un concurso que les afecta, **sino también la de todas las resoluciones que se aprueben a lo largo del proceso concursal y de las anotaciones que se han de practicar en los registros públicos jurídicos de personas y bienes**⁴⁸⁸”.

Además del anterior Real Decreto, los arts. 23 y 24 LC, en sede de la declaración de concurso y otros preceptos de la Ley Concursal⁴⁸⁹, hablan de publicidad y no de emplazamiento ni de actos de comunicación⁴⁹⁰. Igualmente, existen otros artículos⁴⁹¹ en los que se prevé otorgar a la resolución judicial dictada la publicidad, como mínimo, del Registro Público Concursal. Por ello entiendo que puede utilizarse sin problemas este medio para emplazar a todos estos sujetos potencialmente intervinientes en el concurso insertando una resolución procesal del Letrado de la Administración de Justicia o la resolución judicial en extracto⁴⁹², en el que se haga constar la identidad del actor incidental, la acción que se interpone y lo que se solicita -identificar la acción incidental- para que puedan contestar a la demanda incidental. No debe desatenderse el hecho de que, con la publicación del auto de declaración de concurso ya han tenido posibilidad de conocer el estado de insolvencia del deudor común y de poder estar pendientes del devenir de ese concreto concurso debido, precisamente, al interés legítimo que en este proceso judicial propio les legitima.

A este respecto, podría plantearse la inconstitucionalidad de que el primer acto procesal de un proceso declarativo se realice de forma no personal, puesto que los juicios requieren que la persona tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento en el que, aun no existiendo una pretensión directamente deducida frente a ellas, sí un proceso en el que puede intervenir en concepto de parte demandada. Y, de forma muy especial, los demandados que así sean designados en la demanda incidental.

Pero, el cariz cuasi público -o universal- que se reconoce al concurso y, de manera especial, a la condición de este incidente respecto al concurso, hacen que el primer conocimiento de la existencia del estado de insolvencia del deudor común se lleve a cabo

⁴⁸⁶ No solamente en el art. 198 LC; sino también el RD 892/2013, de 15 de noviembre, por el que se regula el Registro Público Concursal.

⁴⁸⁷ Apartado primero, párrafo primero.

⁴⁸⁸ La cursiva-negrita es de este trabajo.

⁴⁸⁹ Me refiero a los arts. 94 y 95 LC, de la lista de acreedores, de la impugnación del informe y de la documentación complementaria.

⁴⁹⁰ Como, por ejemplo, el art. 132 LC, de la sentencia aprobatoria del convenio; el art. 144 LC, de la apertura de la liquidación; el art. 177 LC, de la conclusión del concurso; así como el art. 215 LC.

⁴⁹¹ Como por ejemplo los arts. 40.4.2º; 1109.2.2º; 111.2; 132; 141; 144; 164; 177 ó 179, todos ellos LC.

⁴⁹² Expresión utilizada en varios de los apartados del art. 198 LC.

con la publicidad registral concursal o la complementaria -si así se decidiera- que se regula en el art. 23 LC. Así, conociendo los acreedores o terceros con interés legítimo que el deudor común ha pasado a ser concursado, pueden asumir la carga de consultar periódicamente el Registro Público Concursal para estar al corriente de las distintas resoluciones que se dicten en ese concurso y en el cual pudieran intervenir por asistirle así su derecho.

La ventaja práctica consiste en dar la oportunidad a los no personados de presentar su contestación a la demanda incidental -si no presentaron la demanda incidental como también entiendo pertinente-, en tiempo y forma, evitando la indefensión de no ser oído en un juicio en el que la resolución judicial le afectará, e incrementando la seguridad jurídica. Y, para el órgano judicial, no tener que emplazar de forma personal a aquellos cuyo domicilio no conste en el escrito de demanda incidental y la engorrosa y ralentizadora tarea de averiguación de domicilio hasta llegar al efectivo acto de comunicación.

Ello no obsta para que el Juez del concurso, como director procesal y garante de los derechos procesales, pueda acordar que se emplace de manera personal a algún sujeto no personado en el concurso y que de forma presumiblemente indubitada pueda tener interés en la resolución que se dictará. Y, como he mencionado, especialmente, a los demandados designados como tales en la demanda incidental.

CAPÍTULO QUINTO. POSTURAS DEL DEMANDADO INCIDENTAL

1) NO COMPARECENCIA DEL DEMANDADO INCIDENTAL

Una de las posibilidades que tiene el demandado incidental ante la interposición de una demanda es no comparecer. En este proceso judicial propio no tiene la misma consideración que en el proceso civil atendiendo a los diferentes fundamentos del emplazamiento.

a) Los demandados designados inicialmente

Cuando la llamada al proceso se realiza a través de la demanda incidental, es decir, igual que en el proceso civil, se aplican las normas generales. Así, de no contestar a la misma, se les declarará en rebeldía, conforme a la regla general establecida en el art. 496.1 LEC e incluida expresamente en el art. 438.1.1º, *in fine* LEC para el juicio verbal⁴⁹³.

Debe recordarse que «*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*»⁴⁹⁴, no disponiendo nada la Ley Concursal. En este proceso judicial propio, dado su carácter incidental respecto del concurso, en numerosas ocasiones la demanda se dirigirá frente a sujetos ya personados en los autos principales (administración concursal, deudor común, etc.). En estos supuestos, se verificará el emplazamiento y, de no comparecer, se declarará en rebeldía según las normas generales.

En los casos en los que se demande a un sujeto no personado en el concurso, también se procederá conforme a las normas procesales civiles, realizando un primer intento en el domicilio que deberá proporcionarse por el actor en el escrito de demanda incidental, una averiguación del domicilio por los medios oportunos a disposición del órgano

⁴⁹³ Introducida en la reforma operada por la Ley 42/2015.

⁴⁹⁴ Art. 496.2 LEC.

judicial y, de no conseguirse ningún domicilio que permita la personación del demandado, se realizará mediante edictos. Igualmente, una vez emplazado, si no comparece, se declarará en rebeldía según las normas generales.

«La resolución que declare la rebeldía se notificará al demandado por correo, si su domicilio fuere conocido y, si no lo fuere, mediante edictos. Hecha esta notificación, no se llevará a cabo ninguna otra, excepto la de la resolución que ponga fin al proceso»⁴⁹⁵.

b) Los demandados no inicialmente designados

El art. 193 LC establece que *«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»*.

Esta extensión legal de la condición de demandado entiendo que es consustancial a un proceso con pluralidad de partes como es el concurso, en el que se dirime un litigio de forma autónoma, aunque incidental. De ahí que el apartado tercero del art. 194 LC determine que *«en otro caso -esto es, si se admite la demanda incidental-, dictará providencia admitiendo a trámite el incidente y acordando se emplaze 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»*. Teniendo en cuenta que en el incidente concursal, proceso autónomo, en este momento procesal no existen más partes personadas, se está refiriendo a los personados en el proceso principal.

Creo que este emplazamiento no puede entenderse en idénticos términos a los establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, precisamente por constituir una extensión legal de la condición de demandado. Por ello, se trata de la posibilidad que se ofrece a los personados en el concurso para contestar a la demanda incidental si a su derecho conviene por sostener posiciones contrarias a lo pedido por la actora.

De esta forma, si el art. 496.1 LEC establece la rebeldía como falta de comparecencia en forma, y el art. 193 LC extiende la condición de demandado *ministerio legis* como posibilidad, no procede tal declaración. Únicamente, quien pudo comparecer y no lo hizo pierde esa expectativa procesal.

c) Los recursos para el demandado rebelde

«El demandado rebelde a quien haya sido notificada personalmente la sentencia, sólo podrá utilizar contra ella el recurso de apelación, y el extraordinario por infracción procesal o el de casación, cuando procedan, si los interpone dentro del plazo legal»⁴⁹⁶. Pero, cuando no le haya sido notificada personalmente la sentencia, se contará el plazo para interponer dichos recursos desde la publicación en el "Boletín Oficial del Estado", Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma o Boletín Oficial de la Provincia.

⁴⁹⁵ Art. 497.1 LEC.

⁴⁹⁶ Art. 500.1 LEC.

Esta previsión procesal civil, debe entenderse que para el incidente concursal se realizará mediante publicación en el Registro Público Concursal, que será el momento en que se iniciará el cómputo de los plazos para la interposición de los recursos, sin perjuicio de que el Juez del concurso acuerde una publicidad complementaria en los términos del art. 23 LC.

d) La rescisión de la sentencia incidental firme

La rescisión en el incidente concursal tiene muy difícil encaje, por no decir imposible.

Procede en los casos del art. 501 LEC⁴⁹⁷.

El primero de ellos -fuerza mayor ininterrumpida-, de existir⁴⁹⁸, conlleva a la apertura de un plazo de cuatro meses, que comenzará a contar desde el momento en que cese la fuerza mayor que hubiera impedido al rebelde su comparecencia y que puede extenderse hasta un máximo de dieciséis meses desde la notificación de la sentencia incidental⁴⁹⁹. Se trata de un supuesto incompatible con la celeridad que informa el procedimiento concursal (y de la seguridad jurídica en un proceso tan complejo), aunque ello no obsta para que exista la posibilidad de un proceso fuera del concurso en el que se diriman las causas que impidieron su personación y atenderlas si fueren merecedora de tutela.

El segundo tampoco es una posibilidad real. La Ley de Enjuiciamiento Civil prevé el requisito de la imputabilidad, que descarta su no recepción cuando ha sido entregada a una de las persona habilitadas expresamente por esa Ley⁵⁰⁰. Para el incidente concursal, debe encuadrarse dentro de la publicidad que se otorga al auto de declaración de concurso y demás resoluciones concursales que hacen mucho más improbable la posibilidad de desconocimiento. Pero, aun existiendo la posibilidad, también es incompatible con el proceso concursal, sin perjuicio de la posibilidad de un proceso declarativo posterior.

Y, el tercero, como en los casos anteriores, es más que improbable su existencia. Nos encontramos en la sociedad de la información, de acceso instantáneo a la misma en la mayoría de las ocasiones y con sujetos que se dedican al tráfico mercantil.

⁴⁹⁷ En caso de «fuerza mayor ininterrumpida, que impidió al rebelde comparecer en todo momento, aunque haya tenido conocimiento del pleito por haber sido citado o emplazado en forma»; en caso de «desconocimiento de la demanda y del pleito, cuando la citación o emplazamiento se hubieren practicado por cédula, a tenor del artículo 161, pero ésta no hubiese llegado a poder del demandado rebelde por causa que no le sea imputable»; y, por último, el «desconocimiento de la demanda y del pleito, cuando el demandado rebelde haya sido citado o emplazado por edictos y haya estado ausente del lugar en que se haya seguido el proceso y de cualquier otro lugar del Estado o de la Comunidad Autónoma, en cuyos Boletines Oficiales se hubiesen publicado aquéllos».

⁴⁹⁸ Se trata de una posibilidad ciertamente remota.

En este sentido, VERGER GRAU, J.; «La rebeldía»; en *Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*; ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. (Coord.); Vol. I; 1ª ed.; Barcelona; Ed. Economist & Jurist, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A.; 2000; pág. 157: «Aquí se trata de un supuesto extremadamente raro en nuestros días; haber recibido o el emplazamiento y haber conocido la existencia del pleito, pero no haber podido comparecer en ningún momento (¡desde la demanda hasta la sentencia!) debido a fuerza mayor».

⁴⁹⁹ Art. 502 LEC.

⁵⁰⁰ Art. 161.3 LEC.

A ello debe añadirse que la publicidad a través del Boletín Oficial del Estado⁵⁰¹ puede consultarse a través de Internet, desde cualquier punto del planeta. Cuestión distinta es el Registro Público Concursal, que sigue sin funcionar. Con su efectivo funcionamiento se conseguiría que la falta de publicidad y la imputabilidad al rebelde devendrían prácticamente nulas.

2) COMPARECENCIA Y NO CONTESTACIÓN A LA DEMANDA INCIDENTAL

Otra opción del demandado consiste en personarse en el incidente concursal y no contestar a la demanda.

En este caso, precluido el plazo establecido en el art. 194.3 LC, de forma que no podrá introducirse el material fáctico que entienda asiste a su derecho, ni tampoco proponerse los medios de prueba de los que la parte intente valerse, con la repercusión que ello pudiera tener en la sentencia que se dicte.

De la misma forma que en el caso anterior, por no frecuente, no deja de ser una opción del demandado para evitar los efectos perniciosos que pueden conllevar la declaración de rebeldía.

3) LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA INCIDENTAL

La contestación a la demanda incidental es un acto procesal en virtud del cual el demandado fija su posición frente a las pretensiones del actor en su escrito iniciador del proceso.

En este proceso judicial propio se redacta en la forma prevenida para el juicio ordinario⁵⁰².

La exigencia de una contestación *in extenso*, en unión con la demanda incidental en el mismo modo, favorece el enjuiciamiento ulterior de las cuestiones procesales, la determinación de los hechos controvertidos y la decisión respecto de los medios de prueba, teniendo el Juez conocimiento completo de todos los pormenores del proceso justo cuando las partes introducen sus alegaciones.

Antes de la entrada en vigor de la última reforma⁵⁰³ del art. 438.1 LEC, el prototípico juicio verbal no solamente era imperfecto, sino que generaba indefensión a la parte demandante⁵⁰⁴. La inclusión de la contestación en forma oral suponía que la parte actora

⁵⁰¹ A través de <http://boe.es> y la facilidad de acceso más allá del territorio nacional.

⁵⁰² Pues el art. 194.3 LC se remite directamente al art. 405 LEC y éste, a su vez, al art. 399 LEC.

⁵⁰³ Operada por la Ley 42/2015.

⁵⁰⁴ El Preámbulo de dicha Ley señala, en su apartado primero, 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, que son fruto de la aplicación práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil y que venían siendo demandadas por los diferentes operadores jurídicos”.

tenía conocimiento de las alegaciones procesales y sustantivas de la demandada en el “desarrollo de la vista” y debía acudir al juicio provista de todo el acervo probatorio disponible e imaginable en atención a las posibles alegaciones que podían realizarse de adverso. A ello debo añadir que, teniendo o no razón, la parte actora, se había visto abocada a solicitar la actuación de los Tribunales para ver satisfechos sus intereses.

Ahora, el juicio verbal incorpora la contestación a la demanda en forma escrita.

En nuestro proceso judicial propio, en el que la contestación a la demanda incidental ya era por escrito, después de la última gran reforma, incluye, además de las alegaciones de las partes, también las cuestiones procesales y los medios de prueba propuestos⁵⁰⁵.

a) El momento de la presentación de la contestación

El primer gran requisito a que está sujeta la contestación a la demanda incidental es el momento de su presentación, que consiste en el plazo común de diez días desde el emplazamiento⁵⁰⁶.

Ha sido norma de nuestros Tribunales⁵⁰⁷, que el plazo para la contestación a la demanda cuando existen varios demandados, es “común”, aunque no resulte “simultáneo”⁵⁰⁸, atendiendo al momento del emplazamiento que marca el *dies a quo* para el cómputo de ese plazo. El fundamento ínsito en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 de que los distintos demandados no gocen de un diferente plazo me parece que continúa vigente, atendiendo a lo dispuesto en el art. 404 LEC. Y por la remisión a las normas de la contestación a la demanda del juicio ordinario, es predicable respecto de lo establecido en el art. 194.3 LC.

El gran problema reside en la acumulación de demandas incidentales. Parece claro que debe determinarse un momento en que se fije el *dies a quo* para el comienzo del cómputo del plazo. Este momento vendrá determinado por la notificación de la resolución judicial en la que se admita a trámite la demanda incidental, otorgando un plazo para contestar.

Esta obviedad no deja de ocultar un problema práctico, a mi entender, de cierta trascendencia. En principio, debe estarse a la recepción de la célula de emplazamiento, salvo que -como es ciertamente habitual en la práctica forense- estando personados los demandados, la propia notificación de la resolución judicial, por vía telemática, sirva como

⁵⁰⁵ Cuestión introducida por el art. 194 LC, redactado por la Ley 38/2011, de 10 de octubre.

⁵⁰⁶ El plazo comienza a correr desde el día siguiente al emplazamiento, hasta las veinticuatro horas del décimo día, excluyendo de ellos los considerados inhábiles. Pero, al haberse eliminado la posibilidad de presentación en el servicio de guardia y para no recortar el plazo, éste queda prorrogado legalmente hasta las quince horas del día siguiente hábil al de su vencimiento. En consecuencia, a efectos prácticos son once días (10 + 1). En este sentido, véase art. 135 LEC, apartados primero y segundo.

⁵⁰⁷ Valga como ejemplo el ATS de 24 de octubre de 2013 (EDJ 2013/20116). Se pronuncian en el mismo sentido, entre otras resoluciones, la SAP Valencia de 16 de marzo de 1998 (EDJ 1998/56467) o los AAP Valencia de 21 de febrero de 2000 (EDJ 2000/7150) y Castellón de 22 de septiembre de 1999 (EDJ 1999/56467).

⁵⁰⁸ En este sentido, debe señalarse que el art. 404.1 LEC ya no establece, como lo hacía el artículo 530 la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, que «personado en forma el demandado, se le concederá un plazo de veinte días para que conteste a la demanda. Este plazo será común para todos los demandados cuando sean varios».

emplazamiento. Esto conlleva que los sujetos personados en el concurso, reciban el acto de comunicación en el mismo momento. Sin embargo, el resto tendrán un momento de inicio del cómputo distinto.

Además, el art. 193.3 LC establece que *«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»*.

De todo lo anterior se desprenden dos cuestiones importantes: el control del momento de iniciarse el cómputo del plazo y, como consecuencia, el establecimiento de la finalización del mismo.

Deviene fundamental que el órgano jurisdiccional lleve un exhaustivo control de las notificaciones de la resolución que acuerde el emplazamiento de las partes. No solamente a efectos del control de un plazo procesal que se constituye como una cuestión de orden público, sino para dictar una resolución procesal en el que se acuerde finalizado, o, al menos, indicando que se ha presentado fuera de plazo a los efectos de conocimiento del Juez.

Por otro lado, si existen varios plazos para contestación a la demanda, la tarea de armonizar los actos procesales venideros se complica, potenciando la comisión de errores por todos los operadores jurídicos. Piénsese en que las partes pueden realizar actos procesales entendiendo finalizado el plazo de contestación, puede el órgano judicial creer erróneamente que no faltan demandados por contestar, etc. Todo ello, puede suponer fácilmente un incremento de incidencias que, bien pueden generar actuaciones innecesarias, bien vulneraciones del derecho a la tutela judicial efectiva.

En la más estricta puridad procesal, cada vez que finalice un plazo para la contestación debería dictarse una resolución procesal haciendo constar esta circunstancia y dando cuenta al Juez. Dada la pluralidad de partes y la carga de trabajo de nuestros tribunales es a todas luces inviable y en la práctica forense no se realiza.

Se mejoraría mucho también en eficacia y seguridad jurídica si la Ley Concursal estableciera que el plazo para la contestación a la demanda comenzara, para los personados, una vez emplazados todos por vía telemática; y, para los no personados, a través de la publicación concursal, quedando residualmente en algunos casos el emplazamiento de la forma establecida en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Esta fórmula otorgaría un mayor y más fácil control por el órgano judicial del momento en que finaliza el plazo para la contestación a la demanda incidental, pudiendo dictar la siguiente resolución judicial⁵⁰⁹, sin mayores incidencias. Desgraciadamente, el Registro Público Concursal no ha funcionado satisfactoriamente nunca.

Por contra, los potenciales demandados no personados únicamente tienen la carga de consultar periódicamente el Registro Público Concursal, pues ya han tenido

⁵⁰⁹ Que dependerá de si se hubieren suscitado cuestiones procesales, hubiere de resolverse sobre medios de prueba, quedando las actuaciones para dictar sentencia sin más trámites, etc.

conocimiento de la situación de estado de insolvencia del deudor común a través de la primera publicidad del auto de declaración de concurso. Sin perjuicio, claro está, de ciertos supuestos numéricamente residuales en los que deba emplazarse a algunos sujetos que de forma presumiblemente indubitada puedan tener interés en la resolución que se dictará, a juicio del Juez del concurso evaluado al caso concreto.

b) Consideración especial a la averiguación del domicilio del demandado incidental

Mi inclinación hacia la necesidad de utilizar la publicidad concursal y a los medios telemáticos especialmente en el concurso, tiene una especial consideración en los supuestos en los que deba averiguarse el domicilio del demandado incidental.

Si el domicilio proporcionado por el actor deviene infructuoso, la Ley obliga al Letrado de la Administración de Justicia a realizar una búsqueda a través de los medios oportunos que tiene a su alcance⁵¹⁰. En numerosas ocasiones aparecen una infinidad de posibles domicilios⁵¹¹ con la obligación legal de intentar el acto de comunicación en ellos y que normalmente atenta directa y enormemente contra la celeridad que corona el procedimiento concursal. Debe señalarse que en las bases de datos que dispone el Letrado de la Administración de Justicia pueden aparecer varios domicilios distintos, sin que ninguno de ellos aparezca el momento de su inscripción⁵¹², por lo que es tarea imposible adivinar cuál de ellos tiene más probabilidades de ser el acertado, eternizándose el emplazamiento en forma personal en los casos en que ninguno de ellos sea el correcto o se acierte en el último de los domicilios intentados.

Esta posibilidad -para nada remota-, entiendo que proviene de un error en planteamiento legislativo procesal civil. Cualquier persona, natural o jurídica, tiene únicamente un domicilio⁵¹³ para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, sin perjuicio de que durante el procedimiento pueda designar uno distinto y únicamente para ese proceso pendiente; o, para las personas jurídicas designarse legalmente alguno más para facilitar los actos de comunicación y garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva⁵¹⁴.

⁵¹⁰ A través de la “averiguación domiciliaria integral” del Punto Neutro Judicial del Consejo General del Poder Judicial.

⁵¹¹ Cuya gran mayoría (todos menos uno, o todos) no son reales.

⁵¹² Salvo la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y el Instituto Nacional de Estadística (muy recientemente incorporado). Quedan, por tanto, otros que deben utilizarse, como el que consta en la Dirección General del Catastro, en la Dirección General de Tráfico, en la Tesorería General de la Seguridad Social, el Instituto Nacional de la Seguridad Social, en las bases de datos de la Policía Nacional, pudiendo existir más de uno o, en alguna ocasión, decenas.

⁵¹³ Aunque ejercite su facultad de modificarlo constantemente siempre tendrá uno solo.

⁵¹⁴ Para las personas jurídicas, atendiendo a los artículos. 9 a 11 de la Ley de Sociedades de Capital (Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, regulan el domicilio de las personas jurídicas, puede existir una discordancia entre domicilio registral y domicilio real, disponiendo que «en caso de discordancia entre el domicilio registral y el que correspondería según el artículo anterior, los terceros podrán considerar como domicilio cualquiera de ellos» (art. 10 LSC). O, incluso, considerarse como domicilio, de forma prevista legalmente, cualquiera de las sucursales que las personas jurídicas abran en cualquier lugar del territorio nacional.

Este domicilio, una vez inscrito, será el lugar para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, y, aquí concursales⁵¹⁵.

También debe tenerse en cuenta que, si la publicidad del auto de declaración de concurso se deja -en su mayor o menor extensión- en manos del Juez del concurso, pero en cualquier caso se garantiza su difusión nacional⁵¹⁶, se está intentando que la situación del estado de insolvencia del deudor común pueda llegar a conocimiento de todos aquellos que de forma directa o indirecta pueda afectar la declaración de concurso.

Por ello, si la persona natural o jurídica no atiende a su obligación de tener registralmente de forma correcta su domicilio, más la posibilidad que ofrece el ordenamiento procesal concursal de tener conocimiento de la declaración de concurso, de ser negativa la diligencia de emplazamiento, procede la declaración de rebeldía expresa y la comunicación edictal -si el legislador concursal así lo elige como opción-, y, a continuación, ya debe conllevar los efectos negativos que en Derecho procedan.

De todas formas, se trata de una regla general, pues existirán abundantes supuestos en los que deban extremarse las precauciones para atender al derecho de defensa del demandado.

A pesar de la severidad que pueda desprenderse de la lectura de los párrafos anteriores, es necesario que tanto el legislador como los justiciables, con carácter general, asuman que los actos de comunicación judiciales deben ser céleres y que las personas deben colaborar activamente con la Administración de Justicia. El establecimiento de un único domicilio para las personas implica un único intento de comunicación y aumenta la garantía de recepción del sujeto, teniendo en cuenta que los actos de comunicación están instaurados en sede del art. 24.1 CE. Pero, por otro lado, también implica que el órgano judicial en las consultas y las Administraciones Públicas encargadas del registro de los domicilios extremen su diligencia, pues tanto una persona natural puede variar frecuentemente de domicilio, como también son frecuentes los cambios de domicilio social en las personas jurídicas.

Esta simplicidad ayuda enormemente a la celeridad y seguridad jurídica preconizada por el legislador concursal. Una de las cuestiones más frustrantes en la práctica forense consiste en un proceso declarativo eternizándose en el tiempo por no poder localizar al demandado; más los constantes intentos de localización en lugares donde, *a priori*, ya se sospecha que la diligencia de emplazamiento va a ser negativa; sin olvidar los recursos que la Administración de Justicia emplea sin recompensa alguna⁵¹⁷.

Con ello, la publicación propuesta en extracto de la demanda incidental añade un plus a la posibilidad de que el demandado inicialmente designado y no emplazado pueda advertir la interposición de la demanda incidental.

⁵¹⁵ Teniendo, como tenemos el padrón municipal -para las personas naturales- y el Registro Mercantil -para las personas jurídicas- el resto atenta contra la celeridad del proceso en general y, aquí, contra la del incidente concursal y, por tanto, del procedimiento concursal.

⁵¹⁶ El art. 23.1.2º LC establece que «el extracto de la declaración de concurso se publicará, con la mayor urgencia y de forma gratuita, en el “Boletín Oficial del Estado”».

⁵¹⁷ No debe olvidarse que, en una diligencia de emplazamiento a través de exhorto, además del tiempo utilizado, intervienen entre siete y diez personas.

c) Contenido del escrito de contestación

Como quiera que el art. 194.3 LC establece, por remisión, que la contestación a la demanda incidental debe realizarse en la forma prevenida para el juicio ordinario, debo remitirme a lo señalado en el apartado tercero de este mismo capítulo del presente trabajo, para evitar reiteraciones innecesarias.

Sí debo señalar que el demandado incidental podrá alegar las excepciones procesales y materiales que tuviere por conveniente, así como todas aquellas que pongan de relieve cuanto obste para la válida prosecución y término del proceso mediante una sentencia de fondo⁵¹⁸.

Igualmente, podrá hacer constar que considera inadmisibile la acumulación de acciones, expresando las razones de su inadmisibilidad.

Es preciso recordar que, como todo escrito de contestación, el demandado debe utilizar una estructura determinada en la lógica temporal procesal. Esto es, encabezando los párrafos con el título al que se refiera (excepciones materiales, inadmisión de la acumulación de acciones, allanamiento, etc.), y utilizando expresiones a continuación como “correlativo al hecho primero de la demanda”, que remitan al lugar donde se encuentran los hechos narrados de contrario y a los que se hace referencia. Esta fórmula permite al Juez relacionar de forma rápida y eficaz el contenido de lo alegado por ambas partes sobre una concreta cuestión, con lo que la celeridad del incidente concursal -y del concurso- comenzará evitando que el Juez se pierda en un mar de alegaciones que sean difíciles de apreciar y coordinar, incumpliendo claramente las partes los dictados de los arts. 399 y 405, ambos LEC, máxime atendiendo a la pluralidad de sujetos que pueden intervenir en el procedimiento incidental.

En la contestación a la demanda, igual que en la demanda incidental, deberán proponerse los medios de prueba de los que la parte intente valerse. Y, atendiendo a lo establecido en el art. 194.4.1º LC, una pequeña valoración sobre los motivos por los que el proponente entiende que la prueba propuesta es pertinente y útil.

4) LA RECONVENCIÓN

a) Introducción

Otra de las opciones del demandado consiste en que «*al contestar a la demanda*», formule «*la pretensión o pretensiones que crea que le competen respecto del demandante*»⁵¹⁹.

La reconvencción consiste en el ejercicio de una acción que realiza el demandado a propósito de la contestación a la demanda. Es prácticamente unánime la opinión doctrinal y jurisdiccional que concibe la reconvencción como una demanda nueva y autónoma, acción

⁵¹⁸ Sobre capacidad, representación del actor incidental o del Procurador, jurisdicción o competencia.

⁵¹⁹ Art. 406.1 LEC.

contraria e independiente que ejercita el demandado y que podría ser tramitada en un proceso distinto.

El Tribunal Constitucional⁵²⁰ la ha concebido como una “nueva pretensión que acumula por el demandado a un proceso en curso, o lo que es lo mismo, una demanda nueva, que se valorará por separado, aunque se tramite en un mismo juicio que la demanda principal”.

b) La admisibilidad de la reconversión como norma general

Para el incidente concursal no existe previsión alguna sobre la posibilidad de interponer demanda reconvenicional, propiciándose un debate acerca de su procedencia.

En la doctrina se ha entendido que no cabe reconversión⁵²¹, sin perjuicio del derecho que asiste al demandado incidental contra el actor cuando proceda y sin perjuicio, asimismo, de la eventual acumulación de acciones incidentales que pudieran decretarse. O, también, que existe la reconversión a excepción de que el incidente concursal sea propiamente una cuestión incidental⁵²².

Existen poderosas razones que me hacen inclinarme por su admisibilidad como norma general.

La demanda y contestación incidentales se rigen por lo regulado para el juicio ordinario, por lo que la remisión en cuanto a los escritos de alegaciones a este tipo de juicio debe implicar la aplicación de la previsión del art. 406 LEC, sin perjuicio de su posible adecuación a las especialidades del procedimiento concursal.

No existe, ni ha existido, desde la entrada en vigor de la Ley Concursal, la exclusión de la posibilidad de reconvenir, en la remisión realizada por el art. 194.3 LC hacia el art. 406 LEC. Por ello, enlazando con el apartado primero de este último precepto, en virtud de la supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil por la Disposición Final Quinta de la Ley Concursal, *«al contestar a la demanda, el demandado podrá, por medio de reconversión, formular la pretensión o pretensiones que crea que le competen respecto del demandante [...] si existiere conexión entre sus pretensiones y las que sean objeto de la demanda principal»*.

Si con competencia del Juez del concurso se tramitan por los cauces del incidente concursal aquellas acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado que, de no mediar estado de insolvencia serían competencia del Juez de Primera Instancia, de admitirse generalizadamente la reconversión puede plantearse el problema de que el Juez del concurso no tenga competencia para conocer de la reconversión, por lo que debe estarse al caso concreto. Por ejemplo, en los casos de resolución contractual, la demanda reconvenicional no se dirigirá contra el patrimonio del concursado. O, en la impugnación del inventario por supuestas deudas, no cabe tampoco reconvenir por reclamación de cantidades por parte del deudor. En todos estos casos, y otros, precisamente, por falta de competencia del Juez del concurso.

⁵²⁰ STC 63/1992, de 29 de abril (EDJ 1992/4134)

⁵²¹ ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J.; “El incidente concursal”; Ob. cit. pág. 1255.

⁵²² GARNICA MARTIN, J. F.; en “Proceso concursal práctico...”; ob. cit., pág. 865.

El art. 193 LC permite la acumulación de (demandas) acciones cuyos pedimentos no sean coincidentes, por lo que si la tendencia es acumular todos los incidentes concursales (celeridad, economía procesal, etc.) y se atenúa la conexión respecto a la reconvención, ésta tiene toda la virtualidad de poderse interponer en este proceso judicial propio. “La exigencia que se contiene en el art. 193.3 LC de contestar a la demanda y expresar «con claridad y precisión la concreta tutela que soliciten» constituye otro argumento más para considerar que, efectivamente, puede el demandado formular reconvención de conformidad con lo dispuesto en el art. 406 LEC⁵²³”.

En esta postura la reconvención tiene una función importante.

Como ya he señalado, este proceso judicial propio tiene una doble naturaleza: de proceso declarativo, pero también de incidente. En el primero, la reconvención juega el papel de acumular pretensiones para ventilarse a través del mismo proceso, en la línea de celeridad marcada por el legislador concursal. En el segundo, cualquier cuestión a resolver es un incidente, con independencia de su complejidad o importancia, por lo que parto de la base de la no existencia de distinción entre los asuntos que se resuelvan; esto es, como base de inicio, no existen cuestiones incidentales en sentido estricto, pues todos los pedimentos son incidentales respecto del concurso.

De esta forma todas las pretensiones podrían acumularse, sean por vía reconvencional o acumulación de acciones o procesos. Todas ellas coinciden en un punto de conexidad respecto del concurso. No tiene sentido no acumularlas por razones que no sean de estricta conexidad o, con la expresión del art. 193.3 LC, que no sean para nada coincidentes, pues la celeridad y flexibilidad del concurso así lo exigen. Si bien será el Juez quien determinará razonadamente si la conexidad es tal como para que se tramiten bajo el mismo proceso incidental. Y, valorará, también, esa coincidencia en virtud de la competencia judicial que le atribuye la ley.

Es de destacar el supuesto analizado por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao, de 13 de noviembre de 2015. En el supuesto se formula demanda de impugnación de del inventario y de la lista de acreedores y la administración concursal, por vía reconvencional, aun con carácter subsidiario, interesa se acuerde resuelto el contrato originario del crédito reclamado y la responsabilidad de la actora. El fallo de la misma acuerda desestimar la primera de ellas y, en lo que aquí interesa, declarar la falta de competencia del Juzgado por corresponder a los Juzgados de Primera Instancia para conocer de la acción de responsabilidad contractual⁵²⁴.

De forma contraria, la SAP Badajoz de 12 de mayo de 2016, resolviendo un supuesto en el que el Juzgado de Primera Instancia resolvió la demanda y reconvención consistentes en reclamaciones de cantidad, estando una de las partes declarada en concurso, declarando la nulidad por virtud de lo dispuesto en el art. 238.1º LOPJ, conforme al cual son nulos de pleno derecho los actos procesales que se produzcan por o ante Tribunal con falta

⁵²³ Con DIAZ MARTÍNEZ, M.; *“El incidente concursal. Un instrumento autónomo de la tutela en el concurso de acreedores”*; Valencia; Ed. Tirant lo Blanch; 2012; pág. 110.

⁵²⁴ StJMer nº 2 de Bilbao, 280/2015, de 13 de noviembre.

de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional. Así, la parte se ha visto privada de la posibilidad de plantear su demanda ante el Juez del Concurso, lo que es contrario al derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión que proclama el art. 24 CE⁵²⁵.

c) Requisitos de la admisibilidad de la reconvencción

i) Momento procesal

Siguiendo con el hilo argumental, la fase de alegaciones se rige por las normas establecidas para el juicio ordinario, por lo que el elemento procesal oportuno para la reconvencción incidental será al contestar a la demanda incidental⁵²⁶.

La remisión del incidente concursal a las normas del juicio ordinario para la contestación a la demanda incidental hace de aplicación el art. 406.1 LEC, aunque con aplicación del plazo de diez días establecido en el art. 194.3 LC y art. 438.1.1º LEC.

ii) Conexidad

La reconvencción es, “en esencia, una nueva demanda”⁵²⁷, autónoma, distinta e independiente de la interpuesta por el actor, por lo que, en principio, es susceptible de ser ejercitada en otro proceso.

Nuestro Derecho se ha inclinado, desde antiguo, por acumular las acciones ejercitadas por el demandado, con fundamento en la economía procesal y en el riesgo de dictar resoluciones judiciales contradictorias. Con la Ley de Enjuiciamiento Civil se continuó con este criterio, manteniendo la economía procesal en aras de no multiplicar innecesariamente la actividad jurisdiccional y las cargas de todo tipo que un proceso conlleva⁵²⁸. Sin embargo, sólo se admite la reconvencción si existe conexión entre las pretensiones del demandado y las que sean objeto de la demanda principal⁵²⁹. Por ello, la cuestión básica está centrada en el concepto de conexidad y, en nuestro caso, que exista respecto de la demanda incidental.

En el proceso civil, en sede de acumulación de acciones⁵³⁰, se permite ejercitar simultáneamente el ejercicio de «*las acciones que uno tenga contra varios sujetos o varios contra uno, siempre que entre esas acciones exista un nexo por razón del título o causa de pedir. Se entenderá que el título o causa de pedir es idéntico o conexo cuando las acciones se funden en los mismos hechos*». Siguiendo este precepto, me parece que la aproximación a la conexión debe realizarse a través de los conceptos de petición y causa de pedir.

En cuanto al primer elemento, el *petitum* -solicitud de que se dicte una determinada resolución judicial- los pedimentos del actor y del demandado serán radicalmente distintos. Y, respecto del segundo elemento -una concreta petición- la conclusión será idéntica, pues

⁵²⁵ SAP Badajoz 117/2016, de 12 de mayo.

⁵²⁶ Art. 406.1 LEC.

⁵²⁷ En palabras del Tribunal Supremo, véanse las SSTS 29 de septiembre 2000 de (EDJ 2000/32592); 27 de octubre de 1992 (EDJ 1992/10496) ó 9 de mayo de 1988 (EDJ 1988/3855).

⁵²⁸ Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (VIII, ap. 2º).

⁵²⁹ El art. 406.1. *in fine* LEC.

⁵³⁰ Art. 72 LEC.

no es posible que ambos soliciten lo mismo existiendo una controversia respecto del objeto del proceso. Por ello, entiendo que la conexidad debe venir referida a los hechos que jurídicamente funden la pretensión. Es, en este sentido, que ambos litigantes podrán solicitar distinta petición basada en los mismos o parecidos hechos. Pero, lo que no será admisible es que esos hechos no estén en nada vinculados⁵³¹.

Nuestros Tribunales han delimitado el concepto de conexidad como esa vinculación entre las pretensiones de la reconvencción y las de la demanda principal, para que puedan ser resueltas en el mismo proceso, bajo «la preocupación por la efectividad de la tutela judicial efectiva»⁵³² y a la economía procesal de la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

“Por conexión objetiva no se puede entender que ambas pretensiones tengan su origen en un único título, sino que se estén dentro del marco de las relaciones jurídicas de igual naturaleza que vinculan a las partes y en cuyo ámbito se desenvuelven básica y habitualmente las relaciones entre ellas. Pues bien, en el presente caso se da esa conexidad porque las pretensiones que son objeto de la demanda principal y de la reconvencción, derivan de sendos contratos de ejecución de obra, de manera que aún cuando son dos títulos diferentes las acciones que en base a ellos se ejercitan no son incompatibles y, en definitiva, persiguen hacer efectivos derechos que surgen en el marco de esas relaciones jurídicas de igual naturaleza que vinculan a las partes y en cuyo ámbito se desenvuelven básica y habitualmente las relaciones entre ellas. Pues bien, en el presente caso se da esa conexidad porque las pretensiones que son objeto de la demanda principal y de la reconvencción, derivan de sendos contratos de ejecución de obra, de manera que aun cuando son dos títulos diferentes las acciones que en base a ellos se ejercitan no son incompatibles y, en definitiva, persiguen hacer efectivos derechos que surgen en el marco de esas relaciones jurídicas de naturaleza análoga a que antes hemos hecho referencia”⁵³³.

En sentido negativo, la jurisprudencia ha apreciado falta de conexidad al caso concreto. En sentido positivo, cabe resaltar una matización al término conexidad: “Como ya ha apuntado un acreditado sector de la doctrina, si bien el legislador no ha querido dar al demandado que reconviene la misma amplitud de facultades que tiene el demandante para acumular todas las acciones (artículo 71,2) es necesario dar un sentido amplio a la determinación de la «conexión» para no convertir en inútil la preocupación por la tutela judicial efectiva y en favor de la economía procesal del Legislador. Esto quiere decir que tanto si la reconvencción deriva de la misma relación jurídica, como también en el especial caso de que el demandado reconvenccional alegue compensación total o parcial del crédito del demandante, a pesar que derive de otra relación jurídica, habrá que considerarse las dos pretensiones conexas. Y este tratamiento de la compensación derivado de otra relación jurídica viene justificado por la redacción del artículo 408 de la Ley de Enjuiciamiento Civil,

⁵³¹ Siguiendo la argumentación de BERZOSA FRANCO, M^a. V.; en “*Demanda, “causa petendi” y objeto del proceso*”; 1^a ed.; Córdoba; Ed. El Almendro; Serie: Derecho y Justicia; Colección: Monografías de Derecho Procesal; 1984; pág. 228.

⁵³² Sivan como ejemplo las SSAP Baleares de 24 de febrero de 2015 (EDJ 2015/32533), Santa Cruz Tenerife de 27 de noviembre de 2014 (EDJ 2014/281996) ó Madrid de 20 de noviembre de 2014 (EDJ 2014/254084).

⁵³³ SAP Madrid de 17 de mayo de 2006 (EDJ 2006/335025).

donde está clara y manifiesta la preocupación del Legislador porque resulten resueltas las dos pretensiones en el mismo pleito⁵³⁴.

En esta línea, el Juez del concurso deberá apreciar si entiende existe esa conexidad y, en sus méritos, acordará o no la procedencia de la reconvenición.

iii) Explícita.

Prevé el art. 406.3 LEC que, con la finalidad de eliminar la reconvenición implícita, que *«se propondrá a continuación de la contestación y se acomodará a lo que para la demanda se establece en el artículo 399. La reconvenición habrá de expresar con claridad la concreta tutela judicial que se pretende obtener respecto del actor y, en su caso, de otros sujetos. En ningún caso se considerará formulada reconvenición en el escrito del demandado que finalice solicitando su absolución respecto de la pretensión o pretensiones de la demanda principal»*.

La jurisprudencia ha entendido que la reconvenición es explícita cuando “una vez contestada la demanda, con su correspondiente separación entre los hechos y los fundamentos de Derecho, se deduce en el mismo escrito, claramente diferenciada, una nueva demanda, contra el demandante (aunque ahora se admite también contra posibles litisconsortes del actor), sobre una cuestión conexa con el objeto del litigio, con una petición distinta a la mera absolución. Por el contrario, se considera implícita cuando no se hace esa separación en el escrito de contestación, y en el suplico, además de solicitarse en su caso la desestimación de la demanda, se realiza una petición nueva y distinta, que necesariamente supone un pronunciamiento judicial declarativo o condenatorio. La tendencia legislativa de los últimos años es la de no admitir reconveniciones implícitas, por los problemas que plantea⁵³⁵.

iv) Competencia del Juez del concurso

El art. 406.2 LEC determina que *«no se admitirá la reconvenición cuando el Juzgado carezca de competencia objetiva por razón de la materia o de la cuantía o cuando la acción que se ejercite deba ventilarse en juicio de diferente tipo o naturaleza. Sin embargo, podrá ejercitarse mediante reconvenición la acción conexa que, por razón de la cuantía [...]»*.

La doctrina⁵³⁶ ha entendido que la reconvenición incidental en los juicios declarativos en virtud de lo dispuesto en el art. 50.1 LC, resultará difícilmente admisible atendiendo a las normas reguladoras de su competencia objetiva⁵³⁷. Esta apreciación, considero, viene referida a la cantidad de reconveniciones planteadas ante los Tribunales y a su utilidad práctica. Jurídicamente, entiendo que la norma general será la del art. 406.1 LEC, mientras

⁵³⁴ AAP Girona de 18 de mayo de 2002 (EDJ 2002/48079).

⁵³⁵ Véanse las SSAP A Coruña de 9 de marzo de 2012 (EDJ 2012/39192); 7 de diciembre de 2011 (EDJ 2011/303040) y 13 de julio de 2007 (EDJ 2007/196577). En el mismo sentido, SSAP Baleares de 8 de febrero de 2011 (EDJ 2011/23793) y Sevilla de 3 de noviembre de 2008 (EDJ 2008/304001).

⁵³⁶ SENÉS MONTILLA, C.; art. 194; en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. y BELTRAN SANCHEZ, E. (Dir.); *“Comentario de la Ley Concursal”*; Vol. II; 1ª ed.; Madrid; Ed. Civitas Ediciones, S. L.; 2004; págs. 2819 y 2820.

⁵³⁷ Ex art. 8 LC y art. 86,ter LOPJ.

que la excepción será el art. 406.2 LEC, con independencia de su utilización ante los tribunales.

v) Tipo de juicio

El art. 406.2 LEC establece que «no se admitirá la reconvencción cuando el Juzgado carezca de competencia objetiva por razón de la materia o de la cuantía o cuando la acción que se ejercite deba ventilarse en juicio de diferente tipo o naturaleza».

Al respecto debe señalarse que no existe problema alguno, por cuanto únicamente se establece el incidente concursal como cauce procesal para ventilar todas las cuestiones que se susciten durante el concurso.

En los casos en que se intente reconvenir en cuanto tenga prevista otra tramitación, su inadmisión no vendrá determinada por el incumplimiento de algún requisito propio de la reconvencción, sino en aplicación de las causas de inadmisión de los arts. 192.3 ó 194.2, ambos LEC, dándosele a la cuestión planteada la tramitación que le corresponda.

vi) Sujetos demandados reconvenccionales incidentales

El art. 407.1 LEC establece que «la reconvencción podrá dirigirse también contra sujetos no demandantes, siempre que puedan considerarse litisconsortes voluntarios o necesarios del actor reconvenido por su relación con el objeto de la demanda reconvenccional».

Dado que la reconvencción es una acción que interpone el demandado, es decir, una demanda nueva y autónoma, independiente de la ejercitada por el demandante, debe recibir el mismo régimen jurídico que la demanda incidental. En consonancia, no solamente puede demandarse al actor incidental por su relación con el objeto de la demanda reconvenccional⁵³⁸, sino que podría demandarse incidentalmente a cualesquiera otros que sostengan posiciones contrarias a lo pedido por el demandado incidental reconvenccional⁵³⁹. Además, se permite que cualquier persona comparecida en forma en el concurso pudiera intervenir con plena autonomía coadyuvando con la parte actora incidental reconvenccional o la parte demandada incidental reconvenccional⁵⁴⁰.

Pero nos encontramos nuevamente con supuestos que exceden de la competencia objetiva del Juez del concurso. Siguiendo el art. 8 LC, "el Juez del concurso deberá conocer de las demandas en las que se ejerciten" (...) acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado..."⁵⁴¹. Puesto que el concurso está declarado, la demanda que se interponga deberá presentarse ante el Juez del concurso y dirigirse exclusivamente contra el concursado. No existe disposición legal que permita al Juez del concurso conocer de las acciones que se dirijan contra el patrimonio de un tercero. Si el demandante pretende un litisconsorcio pasivo voluntario a través de la acumulación

⁵³⁸ Art. 407.1 LEC.

⁵³⁹ Art. 193.1 LC.

⁵⁴⁰ Art. 193.2 LC.

⁵⁴¹ SAP Pontevedra de 5 de mayo de 2010 (EDJ 2010/189287).

subjetiva de acciones⁵⁴² se le debería requerir para desacomular⁵⁴³. No puede olvidarse que, para que pueda admitirse la acumulación de acciones, es menester, 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..."⁵⁴⁴.

Cuestión distinta es si operativamente es o no contraproducente.

Nos encontramos ante una institución procesal inserta en un procedimiento como el civil donde parte de un litigio entre dos sujetos, aunque no se desconozca la frecuente existencia de una pluralidad de actores y demandados. Si en el caso de impugnación de la lista de acreedores o del inventario se consideró por los Jueces de lo Mercantil la escasa eficacia en lo relativo a la agilidad pretendida, con mayor motivo entiendo que puede considerarse en los casos en los que a la acumulación se añadan varias reconvencciones.

La falta de competencia objetiva del Juez del concurso para conocer de ciertas pretensiones permite afirmar que se trata de un obstáculo insalvable que ni los principios de flexibilidad y celeridad permiten sortear.

Es por ello que abogo, en la línea de lo manifestado en esa parte del presente trabajo, que la admisión de la reconvencción conforme a los parámetros de la Ley de Enjuiciamiento Civil puede constituir la regla general, si bien debe otorgarse al Juez del concurso la herramienta de poder acordar su no admisión como tal en los casos en que la considere poco operativa o perniciosa su tramitación conjunta, aun bajo una resolución judicial suficientemente motivada.

d) Aspectos formales de la reconvencción

Como una demanda que es, se le aplican las normas relativas a la tasa judicial, copias, cuantía, poder para pleitos, etc., a cuyos comentarios en el presente trabajo me remito.

Por aplicación del art. 194.1 LC, en relación con el art. 406.3 LEC, la reconvencción incidental se propondrá a continuación de la contestación a la demanda incidental y se presentará en la forma prevista en el art. 399 LEC.

⁵⁴² Ex art. 72 LEC.

⁵⁴³ Ex art. 73.4 LC.

⁵⁴⁴ Continúa la SAP Pontevedra de 5 de mayo de 2010 diciendo que "la regla a la que nos acabamos de referir - la improcedencia de la acumulación subjetiva- puede tener una salvedad: la presencia de litisconsorcio pasivo necesario. La exigencia procesal de litisconsorcio pasivo necesario exigirá del Juez del concurso conocer de la acción ejercitada no sólo contra el concursado sino también respecto de aquellos codemandados que se hallen unidos a él por -como ha calificado el Tribunal Supremo-"una comunidad de relación jurídica". En tal caso, la exigencia procesal que deriva de tal figura jurídica, impide al Juez del concurso -a quien, como hemos visto, se atribuye competencia para conocer de la acción contra el concursado de manera exclusiva y excluyente- inhibirse del conocimiento de las acciones contra los demás que estén ligados al concursado por la mencionada "comunidad de relación jurídica". Para sustentar esta tesis baste citar el segundo fundamento de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 2 julio 1993, según el cual "el llamado litisconsorcio pasivo necesario es una figura de construcción eminentemente jurisprudencial regida por el designio de haber de cuidar los Tribunales de que el litigio se ventile con todos aquellos que puedan resultar afectados por la sentencia y en íntima dependencia con la búsqueda de la veracidad de la cosa juzgada que, a su vez, exige la presencia en el proceso de todos los que debieron ser parte en el mismo como interesados en la relación jurídica discutida, cual se requiere para impedir el riesgo de fallos contradictorios... y S. 6-11-1992. Dicha excepción se da 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 la sentencia necesariamente le ha de afectar (S. 23-3-1992)".

La reconvencción, al proponerse a continuación de la contestación a la demanda incidental, en el mismo cuerpo del escrito, no requerirá, respecto del encabezamiento, de la inclusión de ningún mínimo de localización, pues va dirigida al mismo órgano judicial y al mismo proceso incidental. Únicamente requerirá una mención que permita conocer que se trata, precisamente, de una reconvencción. A continuación se harán constar la acción que se ejercita; los datos y circunstancias de los demandados incidentales reconvenccionales que, de ser distintos al actor incidental, deberá identificarse suficientemente, con sus domicilios o residencias donde deben ser emplazados para contestar la demanda reconvenccional.

Se expondrán numerados y separados los hechos que se narrarán de forma ordenada y clara, así como la expresión de los documentos, medios e instrumentos que se aporten y se formularán valoraciones o razonamientos sobre éstos. También se expondrán numerados y separados los Fundamentos de Derecho en apoyo de los hechos relatados.

Se fijará con claridad y precisión lo que se pida. De ser varios los pronunciamientos judiciales que se pretendan, se expresarán con la debida separación. Las peticiones formuladas subsidiariamente, para el caso de que las principales fuesen desestimadas, se harán constar por su orden y separadamente.

Conforme a lo dispuesto en la Ley 38/2011, en la reconvencción incidental también deben proponerse los medios de prueba de que el demandado quiera hacerse valer en su nueva demanda autónoma e independiente. Puede contribuir a la celebración del acto de vista si esta demanda introduce medios de prueba que practicar⁵⁴⁵.

Después, se realizarán las alegaciones complementarias y se harán constar las firmas de Letrado y Procurador.

5) EL ALLANAMIENTO

a) Introducción

Se trata de una declaración de voluntad del demandado en virtud de la cual manifiesta su conformidad total con las pretensiones del actor. O, dicho en otros términos, aquella declaración del demandado por la que abandona su oposición a la pretensión del actor.

Siguiendo lo regulado en el art. 21 LEC, *«cuando el demandado se allane a todas las pretensiones del actor, el tribunal dictará sentencia condenatoria de acuerdo con lo solicitado por éste, pero si el allanamiento se hiciera en fraude de ley o supusiera renuncia contra el interés general o perjuicio de tercero, se dictará auto rechazándolo y seguirá el proceso adelante»*.

El Juez debe llevar a cabo un examen sobre el perjuicio que puede provocar el allanamiento. En este caso tiene especial relevancia el interés general, debido a que el concurso es un proceso con una intervención de ordenación del Estado, precisamente por él, dado todos los intereses que se tutelan. Igualmente, el perjuicio de tercero tiene el aliciente de que la finalidad última es la satisfacción de los créditos reclamados, por lo que

⁵⁴⁵ Previa declaración de pertinencia y utilidad.

perfectamente un tercero en un incidente concursal puede ser un acreedor en el procedimiento principal.

Además de los anteriores motivos, el hecho de que es un proceso incidental y en el principal existen más partes personadas, y más intereses a defender que los estrictos de los particulares intervinientes en el litigio, el examen del Juez del concurso será más exhaustivo.

b) Allanamiento parcial

El allanamiento puede ser parcial.

El apartado segundo del art. 21 LEC dispone que *«cuando se trate de un allanamiento parcial el tribunal, a instancia del demandante, podrá dictar de inmediato auto acogiendo las pretensiones que hayan sido objeto de dicho allanamiento. Para ello será necesario que, por la naturaleza de dichas pretensiones, sea posible un pronunciamiento separado que no prejuzgue las restantes cuestiones no allanadas, respecto de las cuales continuará el proceso. Este auto será ejecutable conforme a lo establecido en los artículos 517 y siguientes de esta Ley»*.

Es importante hacer un matiz temporal. Si el allanamiento parcial tiene cabida entre la interposición de la demanda incidental y la contestación a la misma y el traslado se da por diez días, no parece tener mucho sentido dictar una resolución judicial en forma de auto en ese espacio de tiempo cuando se va a dictar la sentencia incidental en un plazo inferior a veinte días⁵⁴⁶, salvo que se solicite la celebración del acto de la vista. En este caso, la resolución que lo acuerde delimitará también el objeto del proceso.

En la práctica el elemento temporal se difumina enormemente. Siendo que la resolución judicial a la que me refiero tiene formato de formulario, tampoco es una cuestión de primer orden, máxime cuando poco tiempo después se dicta una sentencia incidental que se hará eco de ese allanamiento parcial.

c) Costas procesales en el allanamiento

La Ley de Enjuiciamiento Civil dedica todo el artículo 395 a regular la condena en costas en caso de allanamiento. Determina que *«si el demandado se allanare a la demanda antes de contestarla, no procederá la imposición de costas salvo que el tribunal, razonándolo debidamente, aprecie mala fe en el demandado. Se entenderá que, en todo caso, existe mala fe, si antes de presentada la demanda se hubiese formulado al demandado requerimiento fehaciente y justificado de pago, o si se hubiera iniciado procedimiento de mediación o dirigido contra él solicitud de conciliación»*.

«Si el allanamiento se produjere tras la contestación a la demanda, se aplicará el apartado 1 del artículo anterior –la regla del vencimiento directo y sus excepciones–».

La apreciación de la mala fe tendrá incidencia en la masa activa o pasiva del concurso. En este sentido, el art. 84.2 LC, apartados segundo y tercero, de los créditos concursales y créditos contra la masa, establece la consideración de créditos contra la

⁵⁴⁶ Máximo veinte días: diez días que dispone el demandado incidental para contestación a la demanda y diez días para dictar sentencia incidental.

masa de aquellos gastos necesarios para la asistencia y representación del concursado y de la administración concursal en los incidentes concursales. Sin embargo, me remito más extensamente a las costas procesales que serán tratadas más extensamente en otro capítulo del presente trabajo.

CAPÍTULO SEXTO. FASE INTERMEDIA

El esquema lineal originario del incidente concursal ha quedado modificado con las reformas y la eliminación, como obligación, del acto de la vista. En el vigente texto, se ha establecido un trámite para la depuración de las cuestiones procesales, trámite que considero idóneo para el planteamiento de otros asuntos que no tienen cabida en ningún momento del proceso.

Por otro lado, la introducción del material fáctico no finaliza con la demanda incidental, la contestación a la demanda o la reconvencción. Siguiendo las directrices de la Ley de Enjuiciamiento Civil existe la posibilidad de realizar alegaciones complementarias o introducir hechos de nueva noticia.

Se trata de una fase que no se asemeja a ninguna establecida para el proceso civil, pues siendo escrita dista mucho de la audiencia previa recogida para el juicio ordinario, no existiendo para el juicio verbal.

El art. 194.4 LC dispone que *«[...] 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»*.

Estando entre la fase escrita de alegaciones o introducción del material fáctico y la fase oral de práctica de los medios de prueba, para distinguirla de ambas, me permito la licencia denominarla fase intermedia en este trabajo.

1) LAS CUESTIONES PROCESALES EN EL INCIDENTE CONCURSAL

En el juicio ordinario tiene lugar la audiencia previa al juicio, en la que, entre otras finalidades, se busca depurar la litis respecto de las cuestiones procesales⁵⁴⁷. En el juicio verbal, tras la última reforma⁵⁴⁸, dichas cuestiones se resolverán en el acto de vista⁵⁴⁹.

En el incidente concursal, no ocurre lo mismo.

Con la redacción original de la Ley Concursal, la única remisión a las cuestiones procesales venía por medio del art. 443 LEC⁵⁵⁰.

Mediante las reformas operadas en la tramitación del incidente concursal, restringiendo en todo lo posible la celebración de un acto de vista, se ha diseñado un paso escrito previo. Se ha seguido un camino distinto respecto del juicio verbal de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Para el incidente concursal, en realidad, no se trata de un trámite más en la fase de alegaciones, sino una suerte de “fase intermedia” donde se cumplimenta el examen y resolución de cuestiones procesales, una de las múltiples e importantes funciones de la audiencia previa al juicio, para la depuración de la litis a los efectos de poder dictar una sentencia de fondo. Su introducción tiene como fundamento el enorme interés del legislador concursal para eliminar, en la medida de lo posible, el acto de la vista, como opción para acrecentar la celeridad del proceso concursal a través de este proceso incidental⁵⁵¹.

Verificado el emplazamiento, con entrega de copia de la demanda, dispondrá de un plazo de diez días para contestar a la demanda incidental. En este escrito de alegaciones podrá plantear cuestiones procesales.

Del escrito de contestación a la demanda incidental se dará traslado a la demandante. La expresión utilizada⁵⁵² presupone una resolución que así lo acuerde, admitiéndola a trámite y concediendo al actor el plazo de cinco días para que pueda realizar las alegaciones que tenga por conveniente o recurrir la misma⁵⁵³.

2) ESTRUCTURA DEL TRÁMITE

Con la previsión del traslado al demandante y el plazo de cinco días para que realice alegaciones respecto de las cuestiones procesales, el art. 194.4.3º LC está alterando la

⁵⁴⁷ Arts. 414.1.3º y 416, ambos LEC.

⁵⁴⁸ Operada por la Ley 42/2015.

⁵⁴⁹ El art. 443.2 LEC, del desarrollo de la vista, dispone que «si las partes no hubiesen llegado a un acuerdo o no se mostrasen dispuestas a concluirlo de inmediato, el tribunal resolverá sobre las circunstancias que puedan impedir la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo de acuerdo con los artículos 416 y siguientes».

⁵⁵⁰ En ese caso, era de la opinión que cabía la posibilidad, ante la presencia de varias y complejas cuestiones procesales, de que el Juez del concurso pudiera señalar dos o más actos en su presencia: el primero, para resolver esas cuestiones procesales; y el segundo para la práctica de los medios de prueba.

⁵⁵¹ La Exposición de Motivos de la Ley 38/11 (IV, ap. 5º), en este sentido, señala que “Por otro lado, las modificaciones procesales alcanzan también al incidente concursal, que restringe aún más la posibilidad de celebrar una vista, como reflejo de la opción preferente de una tramitación escrita más rápida”.

⁵⁵² «(...) desde que se le dio traslado del mismo (...)» (art. 194.4.3º LC).

⁵⁵³ Por ejemplo, por haberse presentado fuera de plazo o con algún defecto que deba ser subsanado o sea insubsanable y la resolución no lo haya tenido en cuenta.

estructura de la fase de alegaciones de los juicios ordinarios regulados en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Para el incidente concursal, el art. 194.4.1º LC se remitía -y se remite- para el desarrollo de la vista, a lo dispuesto en el art. 443 LEC.

Este último precepto, en su apartado tercero, prevé la resolución de las cuestiones procesales como uno de los primeros actos del acto de la vista. La Ley Concursal se aparta de esta tramitación, extrayendo el planteamiento y resolución sobre las circunstancias que puedan impedir la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo del acto de la vista, realizándose por escrito.

3) OTRAS CUESTIONES PARA ESTE TRÁMITE

De la nueva dicción de la Ley Concursal únicamente se desprende que debe darse traslado al demandado incidental cuando *«en el escrito de contestación se plantearan cuestiones procesales o se suscitara por el demandante a la vista de este escrito»*.

Sin embargo, se ha señalado por la doctrina⁵⁵⁴, en cuanto al art. 427.1 LEC, de la posición de las partes ante los documentos presentados en la audiencia previa al juicio, que es el demandado incidental únicamente quien habrá tenido oportunidad de manifestar en su contestación si impugna los documentos aportados por el actor. Entiendo que este trámite de cuestiones procesales debe también servir para que el demandante incidental pueda pronunciarse sobre los documentos aportados de contrario y, si a su derecho conviene, proponer prueba acerca de su autenticidad.

Lo mismo ocurre con el apartado segundo de ese mismo precepto, en cuanto a los dictámenes periciales presentados por el demandado, pudiendo el actor admitirlos, contradecirlos o proponer que sean ampliados en los extremos que se determine.

El traslado, además del estricto planteamiento de las cuestiones procesales, puede permitir al demandante incidental impugnar los documentos aportados por la parte demandada incidental; aportar documentos, medios, instrumentos, dictámenes o informes relativos al fondo del asunto, cuyo interés o relevancia sólo se ponga de manifiesto a consecuencia de alegaciones efectuadas por el demandado en el escrito de contestación a la demanda incidental⁵⁵⁵; o aportar dictámenes periciales cuya necesidad o utilidad se ponga de manifiesto a causa de las alegaciones del demandado en la contestación a la demanda incidental⁵⁵⁶.

Esta posibilidad permite concebir el presente trámite, aquí denominado como “fase intermedia”, de forma distinta al esquema procesal para la resolución de cuestiones procesales regulado para los juicios declarativos en la Ley de Enjuiciamiento Civil,

⁵⁵⁴ CORDON MORENO, F.; “Modificaciones en la regulación del incidente concursal (artículo 194.4) y en el sistema de recursos (artículo 197.4, 5 y 6)”; Ob. cit. pág. 3.

En el mismo sentido, ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J.; “Aspectos procesales de la reforma de la Ley Concursal (Ley 38/2011)”; Ob. cit. pág. 55.

⁵⁵⁵ Art. 265.3 LEC.

⁵⁵⁶ Art. 338 LEC.

realizándose totalmente de forma escrita. Tal y como señaló el legislador en el Preámbulo de la Ley 38/2011, el acto oral de la vista queda para lo que genuinamente se creó, como señalaré más detenidamente, a través del art. 431 LEC⁵⁵⁷, esto es, la práctica de las pruebas y las conclusiones sobre éstas.

Caso similar ocurre con el art. 426 LEC, que permite, sin alterar sustancialmente sus pretensiones ni los fundamentos de éstas, efectuar alegaciones complementarias. Entiendo debe otorgarse al actor incidental, en el mismo trámite de los cinco días para que realice alegaciones respecto de las cuestiones procesales, con fundamento en el más elemental principio de audiencia, para que pueda aportar documentos y dictámenes que se justifiquen en razón de las alegaciones complementarias -apartado quinto-.

4) LA NECESIDAD DE UN MOMENTO PRECLUSIVO DE ALEGACIONES EN EL INCIDENTE CONCURSAL

En el proceso civil, la demanda y contestación a la demanda (y en su caso la reconvencción y su contestación) son los actos procesales a través de los cuales las partes introducen los elementos de hecho y de Derecho que delimitarán el objeto del proceso⁵⁵⁸, no pudiendo con posterioridad realizar modificaciones sustanciales.

Es necesario el señalamiento de un momento procesal a partir del cual no sea posible introducir en el proceso ni material fáctico ni jurídico, delimitándose definitivamente el objeto del proceso y la fijación definitiva de los hechos controvertidos para que sean objeto de prueba y resueltos en sentencia.

En el incidente concursal, procesalmente, es todavía más significativo, pues la introducción de nuevos elementos fácticos puede dar lugar a que se proponga prueba sobre los mismos, con la posibilidad de que se considere necesario el acto de la vista que, sin ellos, no hubiera dado lugar a su celebración, teniendo en cuenta la mayor celeridad buscada por el legislador.

Una vez contestada la demanda o la reconvencción incidentales y depuradas, en su caso, las cuestiones procesales en los términos expuestos, no podrá introducirse material fáctico o jurídico alguno. El art. 400 LEC, en sede de juicio ordinario, recoge la regla general de la preclusión de las alegaciones de hechos y fundamentos de Derecho en el escrito de contestación (a la demanda o reconvencción).

Al remitirse los preceptos del incidente concursal a los arts. 399 y 405 LEC, y habiéndose extraído el trámite de cuestiones procesales a un momento anterior y por escrito, toda la fase de alegaciones se regulará por las normas del juicio ordinario de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que el art. 400 LEC será de plena aplicación. Así, finalizado el plazo de contestación a la demanda incidental, precluirá el plazo alegatorio, no

⁵⁵⁷ Bajo la rúbrica "finalidad del juicio".

⁵⁵⁸ Arts. 399, 400 y 405 LEC.

pudiéndose introducir elementos fácticos ni jurídicos, salvo la posibilidad que arbitra el art. 412.2 LEC⁵⁵⁹ para las alegaciones complementarias y el art. 286 LEC para los hechos nuevos o de nueva noticia⁵⁶⁰ y la tramitación de las cuestiones procesales única y exclusivamente sobre ambos.

5) LAS ALEGACIONES COMPLEMENTARIAS

La Disposición Final Quinta de la Ley Concursal, párrafo segundo, dispone que «*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*». Y en este sentido, el art. 412 LEC establece la posibilidad de formular alegaciones complementarias con posterioridad a la presentación de los escritos de demanda y contestación. Sin embargo, añade: «[...] *en los términos previstos en la presente Ley*».

No existiendo en el incidente concursal tal trámite, esta última dicción plantea el problema de que, al circunscribirse únicamente a la ley procesal civil, no puede aplicarse de forma analógica lo previsto en el art. 426 LEC⁵⁶¹, en sede de la audiencia previa al juicio ordinario, para el incidente concursal.

En el juicio ordinario, donde se recoge esta institución, tiene como momento inicial una vez presentada la demanda y, como momento final, la audiencia previa al juicio⁵⁶².

Para el incidente concursal, deben realizarse una serie de puntualizaciones:

Si se prohíbe la posibilidad de introducir alegaciones complementarias después de acordarse de que queden los autos para dictar sentencia o para citar a las partes al acto de la vista, ya no cabrá la introducción de ningún elemento fáctico ni jurídico, pues el debate concluyó, y en ambos casos ya se han establecido los hechos relevantes sobre los que se han propuesto los medios de prueba.

Si se acuerda la existencia de una cuestión procesal que impida la continuación del proceso, no caben alegaciones complementarias. La resolución sobre las cuestiones procesales puede versar sobre distintos asuntos. Ninguno de los puntos que se traten⁵⁶³,

⁵⁵⁹ El art. 426 LEC, referido audiencia previa al juicio, permite que se formulen después de la contestación a la demanda.

⁵⁶⁰ En idéntico sentido, el art. 426.4 LEC, respecto de los hechos de nueva noticia en la audiencia previa al juicio.

⁵⁶¹ El art. 426 LEC, tiene como rúbrica "alegaciones complementarias y aclaratorias; pretensiones complementarias; hechos acaecidos o conocidos con posterioridad a la demanda y la contestación; presentación de documentos sobre dichos extremos".

Sus tres primeros apartados son del tenor literal siguiente: «*En la audiencia, los litigantes, sin alterar sustancialmente sus pretensiones ni los fundamentos de éstas expuestos en sus escritos, podrán efectuar alegaciones complementarias en relación con lo expuesto de contrario.*

«*También podrán las partes aclarar las alegaciones que hubieren formulado y rectificar extremos secundarios de sus pretensiones, siempre sin alterar éstas ni sus fundamentos.*

«*Si una parte pretendiere añadir alguna petición accesoria o complementaria de las formuladas en sus escritos, se admitirá tal adición si la parte contraria se muestra conforme. Si se opusiere, el tribunal decidirá sobre la admisibilidad de la adición, que sólo acordará cuando entienda que su planteamiento en la audiencia no impide a la parte contraria ejercitar su derecho de defensa en condiciones de igualdad*».

⁵⁶² Art. 426.1 LEC.

⁵⁶³ Falta de capacidad de los litigantes o de representación de sus diversas clases, cosa juzgada o litispendencia, falta del debido litisconsorcio, inadecuación del procedimiento, defecto legal en el modo de

puede provocar la modificación de lo pretendido. Si el Juez del concurso estima procedente el litisconsorcio, ordenará emplazar a los nuevos demandados, pero el propio art. 420.1.2º LEC ya prohíbe que se modifique⁵⁶⁴, y sólo se añada las imprescindibles para justificar las pretensiones contra los nuevos demandados y el *petitum* en aquello que sea necesario. En los casos de estimarse defectos en la demanda o escrito de contestación a la demanda incidentales, el art. 424 LEC tampoco permite alteración sustancial, permitiendo únicamente «*aclaraciones o precisiones oportunas*»⁵⁶⁵.

En conclusión, si el art. 412 LEC circunscribe esta institución únicamente al procedimiento civil, y el único momento procesal para realizar nuevas alegaciones se enmarca en el tiempo de emplazamiento para la contestación a la demanda incidental, no nos encontramos ante una alegación complementaria (hechos nuevos y distintos, posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquéllas se formularen), sino ante la ampliación de la demanda (elementos fácticos o jurídicos recogidos en el art. 399 LEC) que finaliza según lo dispuesto en el art. 400 LEC.

6) LOS HECHOS NUEVOS O DE NUEVA NOTICIA

Se trata de hechos ocurridos con posterioridad a la demanda o contestación, o que la parte hubiese conocido de su existencia con posterioridad a los escritos de alegaciones, hechos de relevancia para la decisión del incidente concursal y que la parte pretenda con él fundamentar sus pretensiones⁵⁶⁶.

El «*escrito de ampliación de hechos*»⁵⁶⁷ debe incluir una acreditación sobre la novedad del hecho o de su noticia posterior (de no ser así le alcanza la preclusión del art. 400 LEC), así como una justificación de la relevancia para la decisión del pleito y la mención de que pretende fundamentar sus pretensiones. Los mismos argumentos pueden predicarse si se realiza en el acto de la vista.

Si se trata de un hecho nuevo, el Juez realizará un juicio de admisibilidad respecto si se acredita cumplidamente con el escrito de ampliación de hechos. Se dará traslado a la parte demandada para que manifieste si reconoce como cierto el hecho alegado o lo niega, realizando ese juicio de admisibilidad respecto de la procedencia -o no- de tomarlo en consideración si, a la vista de las circunstancias y de las alegaciones de las demás partes, apareciese -o no- justificado que el hecho no se pudo alegar en los momentos procesales ordinariamente previstos.

El momento inicial para su alegación corresponde a la presentación de la demanda incidental, o ampliación de ésta, o de la contestación a la reconvención para el demandante

proponer la demanda o, en su caso, la reconvención, falta de claridad o precisión en la determinación de las partes o de la petición que se deduzca.

⁵⁶⁴ Dicho precepto establece que «*el demandante, al dirigir la demanda a los litisconsortes, sólo podrá añadir a las alegaciones de la demanda inicial aquellas otras imprescindibles para justificar las pretensiones contra los nuevos demandados, sin alterar sustancialmente la causa de pedir*».

⁵⁶⁵ El art. 424.1 *in fine* LEC.

⁵⁶⁶ Arts. 286 y 426.4 LEC.

⁵⁶⁷ Según la terminología del art. 286.1 LEC.

incidental; y, para el demandado, después de la contestación a la demanda o a la reconvencción. Evidentemente, porque si fuera anterior o se conociera antes, debería haberse incorporado con los citados escritos.

El momento final corresponde al acto del juicio, en virtud de lo dispuesto en el art. 433.1.2º LEC o en el inicio del plazo para dictar sentencia, tal y como dispone el art. 286.1 LEC.

En el incidente concursal este plazo dependerá de la resolución judicial que se dicte, bien quedar los autos para dictar la correspondiente sentencia incidental, bien citar a las partes al acto de la vista, bien acordar la existencia de un cuestión procesal que impida la continuación del proceso.

En el primer supuesto, finalizará⁵⁶⁸ en el momento en el que el Juez del concurso acuerde que quedan los autos para dictar sentencia, pues no es de aplicación la norma del juicio del art. 433.1.2º LEC, al existir una norma especial en la Ley Concursal en que se establece que no se citará a las partes al acto de la vista.

Lo mismo ocurrirá si se acuerda la no continuación del proceso por cuestiones procesales, salvo lo señalado en apartados anteriores respecto del litisconsorcio o la estimación de defectos en la demanda incidental.

Por el contrario, si se cita a las partes al acto de la vista, sí será de aplicación, practicándose en él los medios de prueba si no fuese reconocido como cierto el hecho nuevo o de nueva noticia por alguna de las partes, previa declaración de pertinencia y utilidad de esos medios de prueba.

⁵⁶⁸ Art. 286.1 LEC: «(...) antes de comenzar a transcurrir el plazo para dictar sentencia (...)» y art. 194 LC: «Sólo se citará a las partes para la vista (...). En otro caso, el juez dictará sentencia sin más trámites. (...) Si la decisión fuera la de continuar el proceso, dictará sentencia en el plazo de diez días».

CAPÍTULO SÉPTIMO. LA VISTA EN EL INCIDENTE CONCURSAL

1) INTRODUCCIÓN

El art. 194.4.1º. *in fine* LC determina que la vista «se desarrollará en la forma prevista en el art. 443 LEC para los juicios verbales»⁵⁶⁹.

Este precepto de la Ley de Enjuiciamiento Civil ha sido prácticamente modificado en su totalidad por la Ley 42/2015. Con anterioridad se diseñaba un acto de vista con multitud de funciones, realizando una máxima concentración de actos, atendiendo al hecho de que por los cauces del juicio verbal se ventilarán asuntos litigiosos desprovistos de complejidad o que reclaman una tutela con singular rapidez⁵⁷⁰. Pero ya en ese momento se concentraban todos los actos previstos para el juicio ordinario en la audiencia previa y el acto de la vista, presuponiendo la falta de complejidad y que ambos juicios son procesos con todas las garantías.

Hoy, se han previsto dos modificaciones que son de singular importancia respecto de nuestro proceso judicial propio. Por un lado, el nuevo redactado del art. 438.1.1º LEC prevé el traslado por diez días para que el demandado conteste conforme a lo dispuesto para el juicio ordinario. Por otro, si ninguna de las partes lo solicita, ni tampoco el Tribunal considera necesario, no se celebrará el acto de la vista. En ambos casos, de forma análoga a lo dispuesto para el incidente concursal.

Sin embargo, como tengo intención de justificar, no todas las funciones previstas en el art. 443 LEC tienen virtualidad para este proceso judicial propio y solamente tendrá como finalidad las recogidas en el art. 431 LEC, en sede del juicio ordinario.

⁵⁶⁹ Esta redacción se mantiene desde la reforma realizada por el nº 108 del artículo único de la Ley 38/2011.

⁵⁷⁰ Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (XII, ap. 3º).

2) LA REFORMA DE 2009

De buen inicio se estableció que, una vez contestada la demanda, el proceso continuaría conforme a los trámites del juicio verbal de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Esta previsión se acomodaba, en lo que aquí interesa, a la linealidad que marcan los juicios declarativos recogidos en esa Ley. En la práctica, algunos juzgados, como por ejemplo, los de lo Mercantil de Barcelona, daban traslado a las partes para que pudieran manifestar si consideraban necesaria la celebración de vista o bien si se trataba de una cuestión estrictamente jurídica, circunstancia no recogida explícitamente en la ley pero que otorgaba ciertas ventajas procesales y, en concreto, la celebración o no de vista, que el propio legislador ha incluido en el articulado concursal.

La idea del legislador concursal fue determinar una regulación subsidiaria genérica para todas las posibles circunstancias que pudieran plantearse en el acto de la vista mediante el más rápido de los juicios declarativos civiles.

En virtud de la reforma operada por el Real Decreto-Ley 3/2009, se exceptuó la regla general de celebración de vista. A partir de entonces, el Juez del concurso únicamente debía acordar citar para la vista cuando las partes la hubieran solicitado en sus escritos de demanda y contestación, previa declaración de pertinencia de los medios de prueba anunciados. Siendo la citada norma de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal, ante la evolución de la situación económica, se buscó agilizar los trámites procesales y reducir los costes de tramitación⁵⁷¹, sin olvidar la seguridad jurídica⁵⁷².

El acto de la vista, que hasta entonces se configuraba como obligatorio, quedó al arbitrio de la solicitud de las partes (aun a expensas de la decisión del Juez del concurso sobre la admisión de los medios de prueba). El legislador extrajo del art. 443 LEC, regulador del desarrollo de la vista en el juicio verbal civil⁵⁷³, la proposición y admisión o no de los medios de prueba recogida en el apartado cuarto de dicho precepto. De esta forma extrajo alguno de los contenidos de la remisión realizada a los «trámites del juicio verbal de la Ley de Enjuiciamiento Civil»⁵⁷⁴.

3) LA ACTUAL REDACCIÓN DEL ART. 194 LC

La Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal, introdujo el redactado actual, con la finalidad de corregir errores de enfoque detectados en la práctica y colmar las lagunas de la ley⁵⁷⁵, ayudar a que la situación de insolvencia no se demorase en el tiempo, simplificando y agilizando el procedimiento concursal⁵⁷⁶. Pero, estrictamente,

⁵⁷¹ Apartado sexto del Prólogo del Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo.

⁵⁷² Apartado séptimo del Prólogo del Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo.

⁵⁷³ Para el incidente concursal el legislador ya había extraído, de buen inicio, la contestación a la demanda.

⁵⁷⁴ Art. 194.4 LC en la versión vigente desde el 1 de abril de 2009 (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), y el 31 de diciembre de 2011 (al entrar en vigor la modificación operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal).

⁵⁷⁵ Preámbulo de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (II, ap. 1º).

⁵⁷⁶ Preámbulo de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (IV, ap. 1º).

para el incidente concursal, restringiendo aún más la posibilidad de celebrar una vista, como reflejo de la opción preferente de una tramitación estricta más rápida⁵⁷⁷.

Como no puede ser de otra manera, si existen hechos controvertidos (que sólo pueden existir si se contesta a la demanda), son relevantes para el Juez (deben incidir en las pretensiones deducidas) y existen medios de prueba declarados pertinentes y útiles, se celebrará el acto de la vista. Pero lo relacionado no es sino la más pura definición de vista: Un acto oral que «[...] tendrá por objeto la práctica de las pruebas de declaración de las partes, testifical, informes orales y contradictorios de peritos, reconocimiento judicial en su caso y reproducción de palabras, imágenes y sonidos. Asimismo, una vez practicadas las pruebas, en el juicio se formularán las conclusiones sobre éstas»⁵⁷⁸. Cualquier otra situación desemboca en una resolución judicial que pone fin al incidente concursal.

A esta solución ha ayudado sobremanera la opción preferente de tramitación escrita, introduciendo un trámite *sui generis* que incluye las otras originarias funciones de la vista, desarmonizando la anterior remisión al desarrollo de la vista por los trámites del juicio verbal de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Esta opción preferente de la tramitación escrita es la opción más acorde con la celeridad buscada. Aunque existan casos en los que deban consumirse todos los actos procesales, incluido el acto de la vista, en numerables ocasiones no existirán hechos controvertidos que sean relevantes para el Juez y medios de prueba declarados pertinentes y útiles, por lo que en el proceso se dejarán de practicar trámites innecesarios.

Resaltar aquí que no celebrar el acto de la vista evita la práctica de actos de comunicación que agotan muchos de los recursos de que dispone el órgano jurisdiccional⁵⁷⁹ y que requieren de un tiempo de verificación que deviene importantísimo para la celeridad del procedimiento.

4) EL DESARROLLO DE LA VISTA INCIDENTAL EN RELACIÓN AL ART. 443 LEC

a) La petición o ratificación de lo expuesto en la demanda incidental

Hasta la reforma operada por la Ley 42/2015, el acto de la vista en el juicio verbal incluía la contestación a la demanda en forma oral. El art. 443.1 LEC, en consecuencia, disponía 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»⁵⁸⁰. Con la nueva redacción, ya no se hace

⁵⁷⁷ Preámbulo de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (IV, ap. 5º).

⁵⁷⁸ Vide. art. 431 LEC.

⁵⁷⁹ En el Libro Blanco de la Justicia ya se hablaba de que era una opinión muy extendida en la práctica (en la apreciación común de todos los que han sido entrevistados), corroborada por los datos obtenidos por el Consejo General del Poder Judicial y por el trabajo de campo realizado para la confección de este Libro Blanco, es que los actos de comunicación constituyen una de las rémoras más importantes en el proceso civil.

Esa apreciación ya ha sido confirmada por el legislador civil, que señaló que “La preocupación por la eficacia de los actos de comunicación, factor de indebida tardanza en la resolución de no pocos litigios, lleva a la Ley a optar decididamente por otorgar relevancia a los domicilios que consten en el padrón o en entidades o Registros públicos, al entender que un comportamiento cívico y socialmente aceptable no se compadece con la indiferencia o el descuido de las personas respecto de esos domicilios” (Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (IX, ap. 6º).

⁵⁸⁰ Redacción a fecha inmediatamente anterior a la entrada en vigor de la Ley 42/2015.

mención alguna en el texto legal procesal civil. Para el incidente concursal, dado que la demanda incidental se interponía -y se interpone- de forma obligatoria según los dictados del art. 399 LEC, no era -ni es- necesario pedir ni ratificar lo solicitado en dichos escritos.

Se trata, pues, de un acto previsto para el juicio verbal civil que no tenía reflejo en la tramitación de la vista en el incidente concursal, dado que tampoco ahora se contempla, sigue sin verse reflejado en este proceso incidental.

b) Las cuestiones procesales

El art. 443.2 LEC anterior establecía que *«acto seguido, el demandado podrá formular las alegaciones que a su derecho convengan, comenzando, en su caso, por las cuestiones relativas a la acumulación de acciones que considerase inadmisibles, así como a cualquier otro hecho o circunstancia que pueda obstar a la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo.*

«El demandado no podrá impugnar en este momento la falta de jurisdicción o de competencia del Tribunal, que hubo de proponer en forma de declinatoria según lo dispuesto en el artículo 64 de la presente Ley, sin perjuicio de lo previsto sobre apreciación de oficio por el Tribunal de su falta de jurisdicción o de competencia». Igualmente, en el apartado tercero, para el demandante, *«[...] las que considerare necesario proponer acerca de la personalidad y representación del demandado».*

Con el nuevo redactado, este mismo apartado segundo del precepto, prevé un trámite oral para la depuración de cuestiones procesales, con remisión directa al art. 416 y ss. LEC.

En nuestro proceso judicial propio, como he avanzado, las cuestiones procesales han sido extraídas por el legislador concursal a un trámite anterior que he denominado “fase intermedia”. De esta forma, estas cuestiones quedarán resueltas por el Juez, siempre, con carácter previo a la hipotética celebración del acto de vista. Es por ello que ni la remisión tenía virtualidad respecto de estos extremos, ni la tiene en la actualidad.

c) El acuerdo entre las partes

La actual redacción del art. 443.1 LEC hace hincapié en la posibilidad de que el Tribunal averigüe si subsiste el litigio entre las partes. No en vano el objeto del proceso en el juicio verbal es de menor entidad y el acuerdo tiene más posibilidades de éxito.

Como ya he señalado, el proceso civil se apoya fuertemente en el principio dispositivo, plasmado, entre otras, en las figuras de la transacción judicial, la suspensión del proceso por estar las partes en vías de acuerdo, la renuncia, el desistimiento, el allanamiento o la satisfacción extraprocesal. En esta línea se han ido introduciendo reformas apoyando sistemas tendentes a llegar a acuerdos que eliminen el litigio -como la mediación o el arbitraje⁵⁸¹-. Y, con la Ley 42/2015 han llegado estos sistemas al interior del acto de la vista.

⁵⁸¹ Modificando, entre otros, los arts. 19.1; 206 ó 414, todos ellos LEC.

Además, la posibilidad de acuerdo está presente durante todo el procedimiento, por lo que la nueva previsión del art. 443.1 LEC no deja de ser un recordatorio a todos los operadores jurídicos para intentar potenciar la celeridad del proceso con la satisfacción más rápida de la tutela judicial efectiva y, de paso, desahogar la diezmada Administración de Justicia.

El Derecho concursal, como Derecho privado, incluye plenamente la posibilidad de acuerdo entre las partes. Y así se facilita en la práctica, y no en pocas ocasiones durante todo el proceso incidental y en este mismo acto procesal, tal y como tendré ocasión de exponer en el capítulo siguiente de este trabajo. En el proceso concursal concurre un interés general de los acreedores, que deberá tutelar el Juez a la hora de homologar los acuerdos, no solamente los de las partes incidentales.

d) Fijación de los hechos relevantes

El apartado tercero del redactado actual establece que, a continuación *«[...] se dará la palabra a las partes para realizar aclaraciones y fijar los hechos sobre los que exista contradicción»*.

El texto actual, aun distinto, no varía excesivamente del anterior.

Esta previsión para el juicio verbal tampoco tiene virtualidad ninguna en el seno del proceso incidental concursal. En él se citará a las partes al acto de la vista únicamente cuando se haya presentado escrito de contestación a la demanda, exista discusión sobre los hechos y éstos sean relevantes a juicio del Juez⁵⁸². Por este motivo, de celebrarse, los hechos controvertidos o relevantes ya estarán determinados con anterioridad.

e) Proposición y práctica de la prueba

El apartado tercero, primer inciso, dispone que *«[...] si no hubiere conformidad sobre todos ellos (hechos sobre los que exista contradicción), se propondrán las pruebas y se practicarán seguidamente las que resulten admitidas»*.

Y, el inciso segundo, que *«la proposición de prueba de las partes podrá completarse con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 429»*.

Debo separar dos cuestiones distintas.

El inciso primero no es de aplicación, pues la prueba relativa a los hechos sobre los que exista contradicción no tiene cabida en el incidente concursal, por cuanto el sentido de la celebración del acto de vista es únicamente porque ya se han determinado y resultan relevantes a criterio del Juez y así lo habrá acordado.

El segundo inciso se remite a la proposición y admisión en la audiencia previa del juicio ordinario. Esta remisión no es aplicable al incidente concursal, al haber sido ya resueltas tal y como se dispone en el art. 194.4 LC. La aplicación del art. 429.1 LEC no puede llevarse a cabo en este proceso judicial propio. La citación al acto de vista se produce, precisamente, por haberse verificado la existencia de hechos relevantes, por

⁵⁸² Art. 194.4.1º LC.

haber propuesto las partes los medios de prueba y haber sido éstos declarados pertinentes y útiles. Si la fase de proposición de la prueba se realiza antes de la citación a juicio, finalizará en ese momento.

Puede defenderse que, en base a este precepto procesal civil, si el Juez del concurso, a la vista de alguna circunstancia especial, lo entiende procedente y de forma motivada así lo acuerda, podrá proponerse y acordarse algún medio de prueba. Aunque entiendo que el trámite de proposición y admisión de prueba ordinario ha concluido, la trascendencia constitucional de la utilización de los medios de prueba, la búsqueda de la justicia material y la relevancia del proceso concursal, me permiten decantarme por su admisión.

Respecto de la práctica de los medios de prueba, debe aplicarse lo dispuesto en el art. 431 LEC: *«El juicio tendrá por objeto la práctica de las pruebas de declaración de las partes, testifical, informes orales y contradictorios de peritos, reconocimiento judicial en su caso y reproducción de palabras, imágenes y sonidos [...]»*.

f) Trámite de conclusiones

Hasta la reforma operada por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, existía una división de opiniones acerca de la vigencia del trámite de conclusiones en el juicio verbal. Tras dicha reforma, el art. 447.1.1º LEC ha establecido categóricamente que *«practicadas las pruebas, el Tribunal podrá conceder a las partes un turno de palabra para formular oralmente conclusiones [...]»*.

Con la inclusión de este trámite -así como la contestación a la demanda en forma escrita- el juicio verbal civil es mucho más parecido al juicio declarativo ordinario y otorga una participación mucho más activa al art. 431 LEC que, iniciando la regulación del acto de vista en el juicio ordinario, dispone que la finalidad del juicio es la práctica de las pruebas y la formulación de conclusiones.

Como puede apreciarse de su simple lectura, los arts. 447.1.1º y 431, ambos LEC, casan perfectamente. Aunque, el trámite en el juicio ordinario es obligatorio, en el juicio verbal queda a discreción del Juez.

Por tanto, en el incidente concursal, en el que se aplican subsidiariamente las normas del proceso civil, el trámite de conclusiones se celebrará según lo considere necesario el Juez del concurso.

5) ALGUNAS CUESTIONES DE LA CITACIÓN A LA VISTA EN EL INCIDENTE CONCURSAL

Con la transformación de la contestación a la demanda en el juicio verbal, de acto oral a tramitación escrita, el esquema incidental concursal se amolda mejor a las previsiones de la ley procesal civil para este juicio declarativo respecto del acto de la vista.

Está previsto que la citación en este juicio civil -si las partes se han pronunciado sobre la pertinencia de la celebración de la vista⁵⁸³- se realizará después del trámite de alegaciones y dentro de los cinco días siguientes. La vista habrá de tener lugar dentro del plazo de un mes⁵⁸⁴.

En el incidente concursal, con la reforma última, igualmente se citará a la vista después del trámite de alegaciones, incluyendo el escrito de cuestiones procesales y la resolución en la que el Juez del concurso fija los hechos controvertidos como relevantes - aunque en la práctica no se fijan-, admite las pruebas propuestas como pertinentes y útiles y ordena la celebración de este acto oral para poder practicar la declaración de las partes, testifical, informes orales y contradictorios de los peritos, reconocimiento judicial y/o reproducción de palabras, imágenes o sonidos.

Una vez acordada la celebración del acto de la vista, el Letrado de la Administración de Justicia, en función de los criterios generales y las concretas y específicas instrucciones recibidas por el Juez del concurso⁵⁸⁵, citará a las partes.

Se citará a todos los actores y demandados designados inicialmente. Asimismo, a las demás partes personadas que hubiesen contestado a la demanda. Este acto de comunicación se verificará, tal y como recoge la Ley de Enjuiciamiento Civil, bajo su terminología "citación a las partes", utilizada tanto en el juicio verbal como para el ordinario. En la práctica, la casi totalidad de citaciones se realizarán a través de sus representaciones procesales.

La premisa del art. 184 LC que permite a «*cualesquiera otros que tengan interés legítimo en el concurso*»⁵⁸⁶ comparecer para «*plantear incidentes [...] actuarán representados por procurador y asistidos de Letrado*»⁵⁸⁷, me ha llevado a sostener que deben ser emplazados para contestar a la demanda incidental a través del sistema de publicidad concursal. Ello me conduce a ser consecuente y entender que también debe extenderse a ellos la citación al acto de la vista, siempre y cuando hayan presentado contestación. La extensión legal de parte del art. 193.1 LC y la propuesta en base al art. 184 LC se plasma únicamente con el emplazamiento -"se les brinda la oportunidad de ser parte en el incidente concursal"-, pues si la finalidad es la práctica de la prueba y no han contestado tampoco la habrán propuesto.

En este marco, se les ha otorgado la posibilidad de acumular sus pretensiones una vez publicado el extracto de la demanda incidental para la parte activa del incidente concursal, se les ha emplazado a través de su representación procesal o bien les ha alcanzado el emplazamiento mediante la publicidad concursal. Por ello entiendo que ya se cumplen los requisitos constitucionales, pues la falta de citación es directa consecuencia de su falta de interés en participar en el concreto proceso judicial propio, que, en el proceso civil regido por el principio de instancia de parte, debe ser respetado.

⁵⁸³ Art. 438.4.1º LEC.

⁵⁸⁴ Art. 440.1.1º LEC.

⁵⁸⁵ Art. 182 LEC, aps. 2º y 4º.

⁵⁸⁶ Apartado cuarto.

⁵⁸⁷ Apartado tercero.

La citación, existiendo la previsión del art. 152.2 LEC, deberá realizarse mediante la correspondiente cédula. Sin embargo, los actos de comunicación a través de Procurador se realizan mediante notificación de la propia resolución en la que se acuerda el lugar, fecha y hora para comparecer y actuar⁵⁸⁸.

En caso de ser necesaria, la cédula de citación en los términos de dicho precepto es de completa aplicación al incidente concursal, aunque debe señalarse que algunas de las prevenciones que deben observarse en ella no tienen virtualidad en la mayoría (o muchos) de los incidentes concursales, por tratarse de supuestos muy específicos del juicio verbal civil tal y como está diseñado en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Sin embargo, el modelo procesal civil sirve de regulación subsidiaria, atendiendo a las múltiples cuestiones de distinta naturaleza que se pueden ventilar por los cauces de este proceso judicial propio. Por otro lado, la ingente cantidad de distintas citaciones que pueden llevarse a cabo por los órganos jurisdiccionales, conlleva la utilización de un modelo-formulario con todas las prevenciones, quedando algunas de ellas inservibles para el supuesto concreto, dada la imposibilidad material de confeccionar una cédula de citación para cada caso.

Siguiendo con este hilo argumental, como que las partes a citar al acto de la vista han interpuesto demanda incidental o han contestado a la misma y tienen, por tanto, representación procesal, la cédula se remitirá únicamente a los testigos y peritos cuya intervención se haya declarado pertinente y útil, siempre y cuando en la proposición de prueba no se haya hecho constar que las partes pueden presentarlos por ellas mismas y así lo harán.

6) LAS DILIGENCIAS FINALES

a) Introducción

La Exposición de Motivos Ley de Enjuiciamiento Civil⁵⁸⁹ señala que “como diligencias finales sólo serán admisibles las diligencias de prueba, debidamente propuestas y admitidas, que no se hubieren podido practicar por causas ajenas a la parte que las hubiera interesado”. Teniendo su reflejo, en el articulado, en los arts. 434 y 435, ambos LEC, a propósito de la sentencia en el juicio ordinario.

Su misión estriba en dar cumplimiento al mandato constitucional de obtención del derecho a la tutela judicial efectiva y, en concreto, a utilizar todos los medios de prueba pertinentes para su defensa. Para ello se arbitra el sistema de diligencias finales en los casos en que, habiéndose propuesto en tiempo y forma, un medio de prueba no se hubiera practicado por causas ajenas a quien la propuso; cuando existen hechos nuevos o de nueva noticia; o bien que se vuelvan a practicar cuando los actos de prueba anteriores no

⁵⁸⁸ Por una simple cuestión práctica: si para cada cédula de citación debe rellenarse el formulario, imprimirse, firmarse por el Letrado de la Administración de Justicia, unirse al expediente y notificarse vía LexNet (enviarlo a la bandeja virtual y validarse posteriormente), y existen infinidad de ellas, el ahorro en recursos es más que notable.

⁵⁸⁹ Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (XII, ap. 12º).

hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos⁵⁹⁰.

La resolución judicial que pone fin a un proceso declarativo decidirá el asunto en virtud de las pruebas⁵⁹¹, correspondiendo probar la certeza de los hechos, cuya consecuencia es la estimación o desestimación de las pretensiones aducidas⁵⁹² y debiendo contener una motivación suficiente expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conduzcan a la apreciación y valoración de las pruebas⁵⁹³. Así, la práctica de los medios de prueba, no sólo es importante, sino que deviene fundamental. Y, por tanto, también las diligencias finales, formando parte de la fase probatoria.

En estos términos, una vez introducidos los medios fácticos y jurídicos y propuesta la prueba, toda aquella que se declare legal, lícita, pertinente y útil, debe practicarse. Si por motivos que el legislador considera protegibles y que ha recogido en el art. 435 LEC no se puede proponer y/o practicar en el momento procesal oportuno, debe darse respuesta arbitrando un mecanismo para que se lleve a cabo: y ese mecanismo son las diligencias finales.

Por tanto, se trata de establecer una excepcional continuación del acto de la vista⁵⁹⁴ para practicar las diligencias propuestas, admitidas y no practicadas, a los efectos de completar el acervo probatorio de las partes, para culminar -sobre estos extremos- un proceso con todas las garantías.

b) La procedencia de las diligencias finales en el incidente concursal

Debo partir de la remisión del art. 194.4.1º LC, respecto del acto de la vista, al art. 443 LEC, en sede del juicio verbal civil.

La aplicación de las diligencias finales en el juicio verbal tiene dividida a la doctrina en base a distintos razonamientos. En la jurisprudencia⁵⁹⁵, el criterio casi unánime es que no caben en los juicios verbales, por haberse previsto únicamente para el juicio ordinario.

Tengo que posicionarme por su procedencia en el incidente concursal por la naturaleza del mismo y de las cuestiones que por sus cauces se ventilan, con independencia de que en la práctica se utilicen o no, por las razones que paso a exponer.

⁵⁹⁰ Art. 435.2 LEC.

⁵⁹¹ Art. 216 LEC.

⁵⁹² Art. 217 LEC.

⁵⁹³ Art. 218.2 LEC.

⁵⁹⁴ Sólo respecto a su práctica (art. 289.1 LEC) quedando las conclusiones sobre éstas, siguiendo la postura propuesta, sobre ellas por escrito (art. 436.1 LEC).

⁵⁹⁵ Por ejemplo, la STS de 22 de diciembre de 2009 (EDJ 2009/332137) y SAP Valencia de 14 de marzo de 2012 (EDJ 2012/156982).

i) La ubicación de las diligencias finales en sede incidental concursal

Después de la reforma operada en la Ley Concursal por la Ley 38/2011 y en la Ley de Enjuiciamiento Civil por la Ley 42/2015, se ha variado sustancialmente el contenido del art. 443 LEC de aplicación para el incidente concursal, salvo la práctica de los medios de prueba y las conclusiones sobre éstos.

Pero, además, en el art. 443.3.2º LEC el legislador ha dispuesto un párrafo en el que se remite al primer apartado del art. 429 LEC, en sede del juicio ordinario, que versa sobre la proposición y admisión de la prueba.

La remisión del incidente concursal al juicio verbal y éste al ordinario, donde se recogen las diligencias finales, son un argumento suficiente para su aplicación. A ello debe sumarse que las diligencias finales se practican como complemento del acervo probatorio, que se tienen que haber propuesto y admitido con anterioridad al acto de la vista y que en él no se hayan podido practicar, por lo que siendo el incidente concursal un proceso con todas las garantías, dichas diligencias deben practicarse.

ii) La disposición de los arts. 447.1 LEC y 196.1 LC

Puede entenderse que la remisión -ahora incorrecta bajo mi punto de vista- a las normas del art. 443 LEC hacen de aplicación lo dispuesto en el art. 447.1 LEC y, en ese sentido, el art. 196.1 LC.

Este último precepto procesal civil citado dispone que *«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»*. Este artículo debe interpretarse en el sentido de que todas las pruebas se tendrán por practicadas, precisamente, una vez finalizadas las diligencias finales.

La redacción del art. 196.1 LC camina en idéntico sentido: *«terminado el juicio, el juez dictará sentencia [...]»*. Por ello, si la “finalidad del juicio” en el incidente concursal es precisamente la práctica de los medios de prueba que hayan sido declarados pertinentes y útiles, sólo concluirá cuando toda ella se haya practicado, incluyendo un hipotético trámite de diligencias finales, por formar parte, como he señalado, a la fase probatorio.

iii) Necesidad por la complejidad de ciertas pretensiones deducidas

Una razón también poderosa para considerar la necesidad de las diligencias finales en el incidente concursal radica en el tipo de cuestiones que se pueden ventilar por sus cauces.

De no mediar concurso, no pocas cuestiones deberían tramitarse por las normas del juicio ordinario civil. En su articulado, la Ley Concursal, para muchas materias ciertamente complejas se remite a la regulación incidental concursal. La conjunción de esas tres premisas, creo que ya permite, e incluso hace necesario, que las diligencias finales tengan cabida en el incidente concursal.

Piénsese, por ejemplo, que en los nuevos juicios declarativos en los que, de no mediar estado de insolvencia, debieran seguirse por las normas del procedimiento ordinario, pasan ahora a tener un distinto tratamiento procesal en materia de diligencias finales, no pudiéndose practicar unos medios de prueba propuestos y admitidos por el Tribunal por haber “desaparecido” ese trámite al cambiar el cauce procesal.

La celeridad del procedimiento concursal no puede conllevar que un medio de prueba deje de practicarse, pues la sentencia incidental que se dicte decidirá el asunto en virtud de las pruebas practicadas y con efectos de cosa juzgada. Estoy convencido de que estaríamos ante una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de no poder utilizar todos los medios de prueba pertinentes, causando una evidente indefensión. Esto es, no creo que estuviéramos ante un proceso con todas las garantías.

c) Presupuestos para su admisión

i) A instancia de parte

Habiendo señalado que uno de los principios en los que se asienta el proceso civil es el de aportación de parte, entre el que se encuentra la facultad de las partes de introducir los elementos de prueba tendentes al convencimiento del Tribunal en la búsqueda de la satisfacción de la tutela judicial pretendida, y en virtud de lo dispuesto en el art. 435.1 LEC, las diligencias finales sólo pueden acordarse a instancia de parte.

ii) Actuaciones de prueba

He concluido que la vista en el incidente concursal únicamente tiene como finalidad la práctica de los medios de prueba declarados pertinentes y útiles (y la formulación de conclusiones sobre ésta), por lo que sólo pueden practicarse en las diligencias finales “actuaciones de prueba”, sin que sea momento procesal oportuno cualquier otro acto procesal.

iii) Propuestas y admitidas en tiempo y forma

Las diligencias finales consisten en medios de prueba y, como tales, deben proponerse en los escritos de alegaciones o posteriormente si se trata de hechos nuevos o de nueva noticia en el escrito de “ampliación de hechos”. Fuera de estos supuestos, la prueba propuesta debe inadmitirse por haber precluido el momento procesal ordinario para ello.

Debe dejarse constancia que las instituciones de la prueba anticipada y el aseguramiento de la prueba, tienen como misión que el medio de prueba de que intenten valerse las partes se llegue a practicar efectivamente. Si no se han practicado por causas ajenas a la parte que la hubiese propuesto, el Juez tendrá que analizar si la parte proponente pudo advertir el temor fundado de que la prueba no pudiera practicarse en el momento procesal ordinario, denegándola si pudo advertirlo. Igualmente, si pudo apreciar la posibilidad de solicitar el órgano judicial alguna medida para evitar la destrucción o

alteración de objetos materiales o estados de cosas, haciendo imposible la práctica de una prueba relevante o que carezca de sentido proponerla. En ambos casos para la parte, desde una perspectiva racional, sin exigir actividades adivinatorias respecto del medio de prueba.

Estas dos instituciones, de haberse podido solicitar, excluyen la posibilidad de una diligencia final. Y, además, existe la posibilidad temporal de practicarse en el momento ordinario.

iv) Imposibilidad por causas ajenas a la parte proponente

El principio de aportación de parte exige la introducción por las partes de los medios de prueba -aun con ayuda del órgano judicial-. Si por circunstancias imputables a la parte proponente no puede practicarse, las consecuencias negativas deben recaer sobre ella, tanto jurisdiccional como gubernativamente.

La Ley sólo puede dar amparo al supuesto en que, mediando buena fe, no puedan practicarse.

v) Referidas a hechos nuevos o de nueva noticia

Si los elementos fácticos se introducen con los escritos de demanda y contestación a la misma, pero el legislador permite que, hasta antes de comenzar a transcurrir el plazo para dictar sentencia, pueda introducirse algún hecho de relevancia para la decisión del pleito, por ocurrir o conocerse en ese momento, se produce una disfunción en el momento de proposición y práctica probatorias.

En primer lugar, porque se introducen nuevas alegaciones sobre las cuáles las partes no han podido proponer prueba, formando como formarán parte del contenido de la resolución final. Y, en segundo lugar, porque son hechos de relevancia para la decisión del pleito. Es por ello que, de convertirse en hechos controvertidos y relevantes debe brindarse la posibilidad de probarse intentando aproximarse a la unidad en el acto de la vista. De no conseguirse esta unidad de acto, se practicarán como diligencias finales en virtud de lo establecido en el art. 435.1.3º LEC.

vi) La excepción del apartado segundo del art. 435 LEC

El art. 435.2.1º LEC establece que *«excepcionalmente, el Tribunal podrá acordar, de oficio o a instancia de parte, que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos»*.

La excepción radica en la posibilidad de acordarse de oficio. Se encuentra dentro de las facultades de dirección otorgadas al Juez en el art. 429.1 LEC, en el que se prevé que el Juez *«ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente»*.

El fundamento, me parece, sigue siendo el mismo: el medio de prueba ya está introducido por las partes, pero por ministerio de la ley se atribuye al Juez la posibilidad de que vuelva a practicarse de forma satisfactoria. Se pretende que la prueba produzca los efectos a los que está llamada, que no son otros que permitir adquirir certeza de los hechos que pretenden probar.

CAPÍTULO OCTAVO. LA RESOLUCIÓN JUDICIAL QUE PONE FIN AL INCIDENTE CONCURSAL

1) INTRODUCCIÓN

El incidente concursal, por su naturaleza de proceso declarativo, sigue la dinámica establecida en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de forma que finaliza por una resolución judicial en forma de sentencia, una vez haya concluido su tramitación establecida en la Ley⁵⁹⁶. El art. 196 LC así lo dispone: «*terminado el juicio, el Juez dictará sentencia [...]»*.

Sin embargo, el proceso civil recoge varias instituciones que engloban una serie de situaciones procesales que suponen un óbice, dilatación, suspensión o paralización del proceso, respecto de la regular y ordinaria sucesión de actos del proceso en orden a la sentencia de fondo. Estas instituciones, bajo el principio dispositivo, han sido recogidas de manera mayoritaria por la doctrina en atención a su terminación anormal del proceso o crisis procesales⁵⁹⁷.

El poder de disposición de las partes en sede concursal y, por ende, en nuestro proceso judicial propio, se minimiza. La naturaleza jurídica del concurso, el interés del Estado en arbitrar y dejar en manos del Juez del concurso un procedimiento para canalizar el estado de insolvencia del deudor común, las pretensiones que se ventilan a través del incidente concursal, las continuas previsiones de la Ley Concursal al control judicial del poder de disposición de las partes o al poder de oficio del Juez en numerosos casos, la no admisibilidad de la compensación de créditos, son cuestiones que implican la reducción del poder dispositivo. Ello no obsta, sin embargo, para que sean aplicables las instituciones de terminación anormal del proceso o crisis procesales, si bien interpretándolas en sede concursal y con una valoración distinta de la estrictamente civil por parte del Juez.

⁵⁹⁶ Art. 206.1.3º LEC y art. 245.1.c) LOPJ.

⁵⁹⁷ Pueden citarse autores como CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y MORENO CATENA, V.; DE LA OLIVA SANTOS, A. y DIEZ-PICAZO GIMENEZ, I. ó GUASP DELGADO, J.

2) LA PREVISIÓN DEL ART. 196 LC

La remisión en bloque de la Disposición Final Quinta de la Ley Concursal a la Ley de Enjuiciamiento Civil supone, en lo que a la sentencia incidental se refiere, que le sean de aplicación los preceptos dedicados a las resoluciones judiciales, en especial, los requisitos internos de la sentencia y de sus efectos. Pero, también, otros, como los referidos a las costas procesales o los efectos de la cosa juzgada.

a) El plazo

El precepto que nos ocupa dispone que la sentencia incidental se dictará en el plazo de diez días.

Los juicios civiles tienen establecidos dos plazos para dictar sentencia: veinte días para el juicio ordinario⁵⁹⁸ y diez días en el caso del juicio verbal⁵⁹⁹.

El plazo previsto para el juicio ordinario me parece que sería el más adecuado para aplicarse al incidente concursal, pues en no pocos casos alberga cuestiones ciertamente complejas. Aunque, estructuralmente, debo inclinarme por el plazo establecido para el juicio verbal civil después de la reforma operada por la Ley 42/2015. Al asemejarse todavía más este proceso incidental al juicio verbal y la celeridad preconizada a ultranza por el legislador concursal, me parecen argumentos suficientes para ello.

En los casos en los que se resuelvan pretensiones complejas o se celebre acto de vista puede ser insuficiente. La expresión «*terminado el juicio*» del art. 196 LC, presupone la práctica de los medios de prueba, que deben valorarse motivadamente en la resolución final, expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen al juzgador a la apreciación y valoración de las pruebas, incidiendo en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en su conjunto.

Por otro lado, no debe olvidarse que la norma general de acumulación de demandas incidentales hace que en la sentencia, puedan resolverse varias pretensiones, con sus contradicciones correspondientes.

No me parece descabellado, a pesar de que en armonía el plazo de diez días lo considero adecuado, que se pueda optar por modificar por el plazo de veinte para el juicio ordinario. Dada dicha complejidad y siendo un “plazo de mínimos”, nada obsta para que el Juez pueda dictar la sentencia incidental antes de la finalización de ese plazo en los casos en que aquélla no exista.

Realmente, el plazo de diez días -y seguramente el de veinte- vista la sobrecarga de trabajo de los Juzgados, será más que difícil de cumplir, a pesar del esfuerzo dedicado. Si bien, se trata de un plazo meramente teórico, pues en la práctica no se cumple ninguno de ellos en la casi totalidad de los casos. Aunque, tratándose de un “plazo impropio”, según la conocida doctrina del Tribunal Supremo, el incumplimiento del mismo no arrastra

⁵⁹⁸ Art. 434.1 LEC.

⁵⁹⁹ Art. 447.1 LEC.

consecuencia alguna, aunque debería hacerse constar en la resolución. Ello, sin perjuicio de la corrección disciplinaria⁶⁰⁰ si no mediare justa causa⁶⁰¹.

b) Costas procesales

El art. 196 LEC hace expresa remisión a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, tanto en cuanto a su imposición como en lo relativo a su exacción. Por ello, son de aplicación los arts. 394 y ss. LEC, relativos a la condena en costas, pues es competencia del Juez pronunciarse al respecto en la resolución que ponga fin al procedimiento⁶⁰².

Cuestión distinta será el tratamiento concursal del crédito en costas al que me referiré en un capítulo específico.

c) Cosa juzgada.

El precepto que nos ocupa atribuye expresamente a las sentencias que pongan fin a los incidentes concursales los efectos de cosa juzgada, sobre los que incidiré algo más a lo largo del presente capítulo.

d) Otras cuestiones aplicables

Muy sucintamente, debo señalar que, también en virtud de la Disposición Final Quinta de la Ley Concursal y el art. 4 LEC, a la sentencia incidental le son aplicables los requisitos de forma que se establecen en los arts. 208.3 y 209, ambos LEC.

Asimismo, le es aplicable lo relativo a la invariabilidad, aclaración y corrección de las resoluciones judiciales⁶⁰³; o la subsanación y complemento de las sentencias defectuosas o incompletas⁶⁰⁴.

3) LA TERMINACIÓN DEL INCIDENTE CONCURSAL POR EL PODER DE DISPOSICIÓN DE LAS PARTES

De la lectura de las normas reguladoras del incidente concursal, se desprende fácilmente que el legislador concursal está buscando que finalice con una sentencia en que se resuelvan sobre el fondo las discrepancias de las partes. Esta orientación, sin embargo, puede verse modificada por la producción de unos hechos o por la realización de unos actos jurídicos que excluyan el dictado de la sentencia incidental.

a) Caducidad de la instancia

La caducidad de la instancia consiste en la terminación de un proceso, que se halla en estado de pendencia, por el transcurso de unos plazos legalmente fijados y por la falta

⁶⁰⁰ Conforme a lo dispuesto en los arts. 419.3; 418.10 ó 417.9 LOPJ.

art. 211.2 LEC.

⁶⁰¹ Art. 211.2 LEC.

⁶⁰² Art. 394.1 LC en primera instancia.

⁶⁰³ Art. 214 LEC.

⁶⁰⁴ Art. 215 LEC.

de realización, durante los mismos, de un acto de parte necesario para la reanudación del proceso.

En el caso del incidente concursal, estaríamos hablando del plazo de dos años⁶⁰⁵. Este instituto me parece incompatible con la celeridad del incidente concursal. Por una inactividad voluntaria de las partes no puede quedar paralizado este proceso judicial propio. El diseño del incidente concursal, en parte por las normas del juicio verbal, en parte por el principio de no suspensión del curso de las actuaciones⁶⁰⁶, o también por el sistema de recursos hace inviable su aplicación -o, mejor, su existencia-, quedando el impulso de oficio⁶⁰⁷ en manos del Juez del concurso como director procesal.

b) Satisfacción extraprocetal o carencia sobrevenida de objeto

El art. 22.1 LEC prevé que *«cuando, por circunstancias sobrevenidas a la demanda y a la reconvencción, dejare de haber interés legítimo en obtener la tutela judicial pretendida, porque se hayan satisfecho, fuera del proceso, las pretensiones del actor y, en su caso, del demandado reconviniente o por cualquier otra causa, se pondrá de manifiesto esta circunstancia [...]»*, dándose traslado a las demás partes.

La conjunción del cariz eminentemente económico del proceso concursal y el principio de universalidad hacen que, a priori, parezca ciertamente difícil encontrar algún supuesto en el cual el actor incidental dejare de tener interés legítimo en obtener la tutela judicial pretendida, porque se hayan satisfecho, fuera del incidente concursal, sus pretensiones o por cualquier otra causa, o si hubiere acuerdo entre las partes. La congelación de intereses, la prohibición de la compensación o, sencillamente, los intereses públicos en juego parecen ahondar en la idea de la inexistencia de esta institución en el incidente concursal.

Sin embargo, sí existen. A modo de ejemplo, puede citarse el supuesto de la firma de un acuerdo de refinanciación por la concursada, solicitando la homologación judicial para vincular a las entidades financiadoras disidentes. En dicho acuerdo se establecían tres condiciones resolutorias que se habían cumplido con anterioridad al dictado del auto de homologación. Si con esta resolución judicial se busca la protección frente a la rescisión concursal y la extensión de sus efectos a los acreedores financieros disidentes y el acuerdo ha quedado sin efecto, se ha producido una falta sobrevenida de objeto. Este supuesto, interesante desde el punto de vista procesal, está a la espera de un desenlace en la Audiencia Provincial⁶⁰⁸.

Lo mismo puede predicarse para una supuesta desaparición del objeto del proceso.

c) Desistimiento

Consiste en la declaración de voluntad del actor de no continuar con el proceso, terminándose éste en el estado en que se encuentre y sin que se dicte sentencia, por lo

⁶⁰⁵ Arts. 237.1 y 238, ambos LEC.

⁶⁰⁶ Art. 192.2 LC.

⁶⁰⁷ Art. 231 LEC.

⁶⁰⁸ Por Auto de 29 de junio de 2016 el Juzgado de lo Mercantil nº 10 de los de Barcelona (concurso voluntario 653/2013) estimaba recurso de reposición frente al anterior Auto homologando el acuerdo de refinanciación alcanzado, inadmitiéndolo, y por Auto de 15 de diciembre de 2016 la Audiencia Provincial estimó el recurso de queja, quedando las actuaciones para resolver por la misma.

que habiendo quedado imprejuizada la pretensión procesal, puede ser nuevamente formulada en un proceso posterior sin el óbice de los efectos de la cosa juzgada.

En el incidente concursal cabe el desistimiento, pues el actor incidental puede entender que a su derecho asiste no ejercitar la pretensión en ese momento y posponerla para un momento posterior si lo cree conveniente. Cosa distinta será si existe un momento posterior para poder deducir su pretensión, atendiendo a las circunstancias particulares del proceso y el estado de insolvencia que sufre el deudor común.

Una vez interpuesta la demanda incidental, el actor podrá desistir unilateralmente en cualquier momento y hasta que se dicte sentencia. Emplazados los demandados, deberá oírseles a los efectos de que presten su conformidad con el desistimiento⁶⁰⁹.

De prestar su conformidad, el art. 20.3 LEC prevé que sea el Letrado de la Administración de Justicia quien finalice el proceso. Entiendo que si la línea general de la Ley de Enjuiciamiento Civil es que el Letrado de la Administración de Justicia admita a trámite las demandas en los procesos declarativos y pueda finalizarlos cuando no exista controversia -como es el caso-, este precepto se encuentra en consonancia con ella. Pero, en el incidente concursal, la situación es distinta, pues es el Juez del concurso quien admite a trámite la demanda incidental, sin que se contemple en la Ley Concursal prácticamente ningún supuesto en el que finalice por una resolución procesal del Letrado de la Administración de Justicia. Es por ello que creo que el espíritu del trámite concursal es que finalizará por una resolución judicial en forma de auto dictada por el Juez del concurso, aunque existen órganos judiciales que concluyen por una resolución procesal en forma de Decreto en aplicación de lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

d) Transacción

La transacción consiste en un negocio jurídico en virtud del cual dos o más personas, mediante concesiones recíprocas, ponen fin a un pleito ya comenzado.

Sea judicial o extrajudicial, para que tenga efectos dentro del proceso requiere de la homologación judicial, que teniendo en cuenta la competencia objetiva del Juez del concurso se refiere a los procesos en los que la acción tenga trascendencia en el patrimonio del concursado, necesita un plus de control respecto de la transacción procesal civil.

El art. 19.1 LEC determina que *«los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán [...] transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero»*. Y, en este sentido, en el concurso, por su propia naturaleza, existen unos intereses públicos, así como una pluralidad de acreedores que pueden no ser parte en el incidente concursal.

⁶⁰⁹ Si bien la cuestión radicaré en la condena en costas (art. 396 LEC).

De esta forma, aunque Derecho concursal está inmerso en el Derecho privado, los límites del poder dispositivo de los litigantes son más férreos que los existentes en el proceso civil.

Puede creerse inexistente la posibilidad de que las partes puedan transaccionar en un incidente concursal, por la concurrencia del principio de continuación de la actividad profesional o empresarial -teniendo en cuenta que existe una valoración de la administración concursal y una regulación en el art. 44.1 LC-, o ir en contra del principio de universalidad y de la *par conditio creditorum*, contra las normas del procedimiento o derechos protegibles de terceros. Sin embargo, como en otros supuestos, no es así. No solamente es posible, sino que es una práctica habitual, incluso en la sección de calificación del concurso, sino que además se promueve activamente por el legislador.

Así, el art. 61.2.2º LC promueve la posibilidad de transacción entre las partes sobre el objeto del proceso. En sede de resolución de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, la Ley Concursal regula una comparecencia y, de existir acuerdo en cuanto a su resolución y efectos, se homologan por el Juez. Pero, quizás, lo más sorprendente es que en una materia, como la calificación del concurso, también cabe la transacción, incluso respecto de la declaración de culpabilidad. Uno de los ejemplos⁶¹⁰ que se han dado en la práctica, tiene como fundamento, por parte de la administración concursal, en el interés del concurso atendidas las dificultades previstas para cobrar el déficit concursal ante la incerteza sobre la resolución final del incidente concursal de calificación, así como la dilatación del procedimiento respecto de la masa activa.

e) Allanamiento

Se trata de una declaración de voluntad del demandado en virtud de la cual manifiesta su conformidad total con las pretensiones del actor. O, dicho en otros términos, aquella declaración del demandado por la que abandona su oposición a la pretensión del actor.

Aun siendo un acto procesal del demandado, tiene un tratamiento similar a la renuncia y el desistimiento.

Conlleva una resolución judicial acogiendo la pretensión del actor e insertándola en el procedimiento principal para su tratamiento concursal.

Se trata de una institución que en la práctica se da más habitualmente y a la que he tenido ocasión de referirme a propósito de las posibles actuaciones procesales del demandado incidental.

f) Renuncia

Consiste en un acto procesal del demandante en virtud del cual realiza una declaración de voluntad unilateral en el sentido de abandonar definitivamente la acción ejercitada o el derecho en que funde su pretensión.

⁶¹⁰ Auto 71/2014, de 8 de abril, dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 8 de los de Barcelona.

Igualmente, conlleva una resolución judicial acogiendo la pretensión del actor e insertándola en el procedimiento principal para su tratamiento concursal y, asimismo, un abandono definitivo de la acción y la pretensión que no podrá volver a reproducirse por evitarlo los efectos de la cosa juzgada.

4) LA COSA JUZGADA

a) Introducción

El proceso civil está diseñado como una concatenación lineal de actos procesales encaminados al dictado de una resolución judicial que resuelva sobre el fondo, caracterizándose por la existencia de numerosas resoluciones procesales que ordenan el procedimiento, finalizando por una judicial que le pone fin, resolviendo sobre las pretensiones deducidas por las partes.

Todas esas resoluciones ordenadoras del procedimiento tienen en común que son susceptibles de recurso⁶¹¹ y que, de no interponerse, adquirirán firmeza⁶¹². De este modo, las resoluciones judiciales firmes dictadas en un mismo proceso vincularán al Juez en aquello que haya acordado, habiendo de decidir posteriormente a partir de su presupuesto lógico, por haber pasado en autoridad de cosa juzgada⁶¹³. Para las partes, quedarán vinculadas por las decisiones que hayan consentido -por no haber recurrido- y aquellas contra las que no quepa recurso alguno⁶¹⁴.

Una de las cuestiones más interesantes que se plantean en este proceso judicial propio viene referida a la triple identidad. Está firmemente asentado en nuestro ordenamiento jurídico-procesal que la cosa juzgada afectará a las partes en el proceso y a las pretensiones de la demanda en los términos del art. 222 LEC. En este sentido, la sentencia incidental que, según el art. 196.4 LC tiene efectos de cosa juzgada, se integrará en el procedimiento principal, por lo que su invariabilidad afectará enormemente al concurso como proceso impregnado de un fuerte cariz de interés general, teniendo especial trascendencia la integración de la identidad subjetiva de las partes iniciales, las que lo sean por ampliación legal de la condición de parte, de quienes ostenten interés legítimo, los coadyuvantes que actúen con plena autonomía.

En ella deben conjugarse, entre otras, la seguridad jurídica, la imposibilidad de ser condenado sin otorgar la posibilidad de ser oído por extensión de los efectos legales de la sentencia incidental, que alcance a todos los posibles intervinientes vulnerando o impidiendo la celeridad del procedimiento concursal pudiendo reproducir nuevamente la

⁶¹¹ Art. 451 LEC.

⁶¹² El art. 207.3 LEC, de modo genérico, establece que «las resoluciones firmes pasan en autoridad de cosa juzgada y el tribunal del proceso en que hayan recaído deberá estar en todo caso a lo dispuesto en ellas». Y, a ello, debe añadirse el principio de invariabilidad de las resoluciones, dispuesto en el art. 214.1 LEC.

⁶¹³ Lo que se denomina cosa juzgada formal.

⁶¹⁴ En este sentido, MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. L., MONTÓN REDONDO, A. y BARONA VILAR, S.; *“Derecho Jurisdiccional I. Parte General”*; 18ª ed.; Ed. Tirant-lo Blanch; Valencia; 2010; pág. 477.

misma pretensión en otro idéntico proceso incidental, la condición de parte del coadyuvante, etc.

b) La cosa juzgada formal

Durante el proceso, el órgano jurisdiccional va dictando una serie de resoluciones - exceptuando aquí las que ponen fin al mismo-, que van adquiriendo firmeza, convirtiéndose en invariables e inimpugnables.

Se denomina cosa juzgada formal el efecto que producen dichas resoluciones dentro del proceso en que se dictaron, consistente en que el Tribunal del proceso en que haya recaído deberá estar en todo caso a lo dispuesto en ellas⁶¹⁵. Se trata de un efecto que implica que la resolución interlocutoria debe ser efectiva en su concreto contenido y dentro del proceso en el que se ha dictado, informando los sucesivos actos que se produzcan en el mismo⁶¹⁶.

Este efecto conlleva necesariamente que no pueda decidirse cuestión alguna de modo contrario a lo acordado en una resolución que haya alcanzado la autoridad de cosa juzgada, ni que las partes puedan contravenir los efectos derivados de dicha resolución judicial⁶¹⁷.

Este instituto tiene atribuida la función de garantizar, en su parcela, la seguridad jurídica y, de esta forma, que los actos procesales vayan cumpliendo con su función de regulación y ordenación del procedimiento hasta su finalización natural consistente en la resolución judicial final decidiendo sobre el fondo.

En el incidente concursal, como ocurre en el proceso civil, todas las resoluciones judiciales que se dicten -a excepción de la última que lo resuelve-, participan de los efectos de la cosa juzgada formal.

c) La cosa juzgada material

La cosa juzgada material alcanza a las resoluciones definitivas y firmes, extendiéndose sus efectos fuera del proceso en que se dicten⁶¹⁸ y alcanzando al resto de órganos jurisdiccionales, impidiendo que pueda plantearse una misma cuestión ya debatida por las partes y sobre la que ya ha habido una respuesta jurisdiccional.

Su fundamento consiste en la seguridad jurídica, impidiendo que un mismo litigio se reproduzca indefinidamente; así como en evitar que se dicten sentencias contradictorias, de forma que no pueden coexistir en armonía los fallos de ambas⁶¹⁹; o que se reiteren sin razón sentencias en el mismo sentido. Por ello el Tribunal Constitucional⁶²⁰ ha encuadrado

⁶¹⁵ Art. 207.3. *in fine* LEC.

⁶¹⁶ Ilustrativo, en este sentido es el AAP Baleares de 22 de febrero de 2011 (EDJ 2011/103125).

⁶¹⁷ En idéntico sentido, MONTERO AROCA, J. ob. cit., pág. 477.

⁶¹⁸ El legislador procesal civil avanzó en la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (IX, ap. 29) que entendía que "la cosa juzgada como un instrumento de naturaleza esencialmente procesal".

⁶¹⁹ SSTs de 25 de mayo de 1995 (EDJ 1995/2710) ó 7 de noviembre de 1992 (EDJ 1992/10990).

⁶²⁰ En este sentido, las SSTC 8/2014, de 27 de enero (EDJ 2014/3767), 106/2013, de 6 de mayo (EDJ 2013/75410) y 76/2013, de 8 de abril (EDJ 2013/53338); así como los AATC 175/2012, 1 de octubre (EDJ

el desconocimiento de la cosa juzgada material en un proceso posterior como vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, dando amparo a quien ya obtuvo una resolución judicial sobre el fondo del asunto y que no ha sido respectada por el órgano jurisdiccional.

Para que concurra la cosa juzgada material, en su efecto negativo, como excluyente de un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico, debe existir una triple identidad, esto es, identidad de personas, cosas y causa de pedir. Si no se dan todas ellas, puede producirse el efecto positivo o prejudicial⁶²¹, es decir, la vinculación a lo juzgado anteriormente, en la búsqueda de la armonía aconsejable de las sentencias que se pronuncien sobre el fondo en asuntos perjudicialmente conexos⁶²².

El incidente concursal ha sido diseñado por el legislador concursal como un proceso declarativo con remisión a los juicios ordinarios de la Ley de Enjuiciamiento Civil, culminando con su finalización por sentencia con efectos de cosa juzgada material.

Con la expresa dicción del art. 196.4 LC no cabe duda que la cosa juzgada material es perfectamente aplicable a la sentencia incidental, siempre y cuando, por supuesto, se den los requisitos legales que seguidamente se analizan, tanto para otros incidentes concursales como para cualesquiera procesos civiles con identidad de razón o como antecedentes lógicos.

i) La triple identidad: eadem personae

La identidad subjetiva es entendida como la igualdad en la persona de los litigantes, que habrán de ser los mismos; pero también la igualdad jurídica de éstos, es decir, en la condición o cualidad con la que actuaron en el proceso⁶²³.

La “más perfecta identidad entre las personas de los litigantes”⁶²⁴, que se encuentren en la posición activa o pasiva del proceso, viene referida a las partes del proceso, a sus herederos y causahabientes⁶²⁵.

En el incidente concursal tiene especial interés la adquisición del estatus de parte.

Las partes inicialmente designadas vienen determinadas en la demanda incidental, por lo que, con independencia de su actuación en este proceso judicial propio, quedan adscritos a esta perfecta identidad⁶²⁶, por la regla general del proceso civil.

Con la ampliación legal de la consideración de demandado que dispone el art. 193.1. *in fine* LC -«*cualesquiera otras partes*»-, queda en suspenso la concreción de la

2012/268851), 54/2007, de 19 de febrero (EDJ 2007/16813), 314/2005, de 18 de julio (EDJ 2005/263316), 244/2003, de 14 de julio (EDJ 2003/241600) y ATC 264/2002, de 9 de diciembre (EDJ 2002/114898).

⁶²¹ Véase, por ejemplo, la STS de 25 de mayo de 2010 (EDJ 2010/113266) y las que en ella se citan.

⁶²² En palabras de la SAP Madrid de 27 de noviembre de 2013 (EDJ 2013/292560).

⁶²³ Entre otras, las SSTS de 7 de marzo de 2013 (EDJ 2013/46671); 25 de febrero de 2011 (EDJ 2011/13863) u 8 de octubre de 2007 (EDJ 2007/188942).

⁶²⁴ Utilizando la terminología del derogado art. 1252 CC.

⁶²⁵ Añadiendo el art. 222 LEC a los sujetos no litigantes en los supuestos de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios y a socios no litigantes en los casos de impugnación de acuerdos societarios.

⁶²⁶ En el caso de acumulación de incidentes concursales, su consideración como parte también viene determinada por su designación en la demanda incidental, careciendo de relevancia el hecho de que se tramite acumulado en otro proceso incidental.

identidad subjetiva hasta finalizado el plazo para la contestación a la demanda. Quien presente escrito de contestación tendrá la consideración de parte, no así el resto.

El problema estriba en aquellos que, comparecidos en forma en el concurso, intervengan «*con plena autonomía en el incidente concursal coadyuvando con la parte que lo hubiese promovido o con la contraria*». La intervención procesal en la doctrina y jurisprudencia no siempre se ha interpretado llevando implícitamente la condición de parte⁶²⁷.

El art. 13.1 LEC permite que, mientras se encuentre pendiente un proceso, se admita como demandante o demandado, quien acredite tener un interés directo y legítimo en el resultado del pleito. Como señalé en el apartado correspondiente a las partes, es posición unánime de la doctrina que el art. 193.2 LC se está remitiendo a la figura de la intervención procesal del art. 13 LEC que permite que, mientras se encuentre pendiente un proceso, se admite como demandante o demandado a quien acredite tener un interés directo y legítimo en el resultado del pleito.

En el procedimiento concursal, especialmente en el incidente concursal, la seguridad jurídica y el principio de celeridad, deben complementarse sobremanera, pues, la exclusión de un ulterior proceso incidental cuyo objeto sea idéntico, deviene esencial.

Dado que la ley otorga a «*cualesquiera otras partes*» y a quienes ostentes y acrediten interés legítimo la oportunidad de personarse en este proceso judicial propio, la sentencia que finalice el incidente de una forma u otra les afectará.

El principio de celeridad no permite repetir juicios innecesarios y el “efecto vinculante, positivo o prejudicial” de la cosa juzgada, “implica que no puede resolverse en un proceso ulterior un concreto tema o punto litigioso de manera distinta a como ya quedó decidido en un proceso anterior entre las mismas partes, pues lo resuelto por la sentencia firme recaída en el proceso anterior, con respecto a dicho tema o punto litigioso, tiene efecto vinculante o prejudicial en el segundo proceso entre las mismas partes”⁶²⁸.

Sin embargo, que alcancen los efectos de la cosa juzgada material a quienes no participaron en el proceso, aun brindándoseles la oportunidad, es una cuestión que puede considerarse que vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. El actor tiene la carga de demandar a todos los afectados por la resolución judicial que se dicte en función de la tutela solicitada y, de no ser así, nos encontraríamos ante una falta de litisconsorcio pasivo necesario.

Seguramente, la fórmula más correcta consiste en que el actor incidental demande a todos aquellos sujetos de que serán afectados por la sentencia, que adquieren también el

⁶²⁷ En la doctrina concursalista se ha entendido, por un lado, que se trata de una intervención litisconsorcial (DÍAZ MARTÍNEZ, M.; “El incidente concursal. Un instrumento autónomo de la tutela en el concurso de acreedores”; ob. cit., pág. 88), pero también que el tercero se trata de un mero coadyuvante (ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J.; “El incidente concursal”; ob. cit., pág. 278). Por su parte, la jurisprudencia (por ejemplo, SAP Barcelona de 28 de septiembre de 2010 (EDJ 2010/384751) ha admitido la posibilidad de intervención, pero como adhesiva simple, aplicada al caso concreto.

⁶²⁸ En palabras de la SAP Sevilla de 28 de mayo de 2012 (EDJ 2012/219667).

estatus de parte los personados en el procedimiento principal y que sostengan posiciones contrarias a lo pedido por la actora o coadyuvando con ella y que a todos ellos alcancen los efectos de la cosa juzgada material. Para los casos en que se interponga demanda frente a los mismos sujetos y cuyos pedimentos pudieron haberse alegado en un proceso anterior⁶²⁹, existe fundamento jurídico para inadmitirlas por apreciación de cosa juzgada material.

De no encontrarse en ninguno de los supuestos anteriores, por no darse la triple identidad, deberán admitirse a trámite si cumplen con el resto de requisitos legales.

ii) La triple identidad: eadem res

El art. 222.1 LEC excluye un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico a otro anterior.

El objeto del proceso deviene fundamental en cualquier proceso declarativo.

De él dependen, por ejemplo, la determinación de la jurisdicción y competencia del Tribunal, el tipo de procedimiento a seguir, la conexidad de la reconvenición, la posibilidad de acumulaciones, la litispendencia, los medios de prueba a practicar, las cuestiones sobre las que debe pronunciarse la resolución judicial que finalizará el proceso o los recursos que caben contra la misma. Y, además, la relación para la averiguación -respecto de la cosa- de si dos procesos son idénticos.

Se determina mediante el material introducido por las partes a través de sus escritos de alegaciones. En ellos se narran los hechos, se formulan valoraciones sobre los documentos, medios e instrumentos que se aporten, los fundamentos de Derecho, se incluyen alegaciones sobre cuestiones de los que se pueda depender la validez del juicio y la procedencia de una sentencia sobre el fondo. Y, por último, la petición al órgano jurisdiccional.

En toda petición se solicita se dicte una resolución judicial sobre una cuestión determinada. Pero esa petición no es, por sí misma, un factor individualizador del objeto del proceso⁶³⁰, pues, aisladamente no permite delimitar la tutela concreta solicitada para poder identificar o excluirla ante cualquier otro proceso posterior en el que el mismo actor reclame al mismo demandado e interese la entrega de la misma cosa o el pago de la misma cantidad⁶³¹.

Por ello, el elemento objetivo⁶³² de la triple identidad debe buscarse en el bien jurídico cuya protección o conexión se solicita.

Puede ser material o inmaterial, consistir en la entrega de una cosa, el pago de una determinada cantidad, la declaración de que existe determinada relación jurídica, la realización de una conducta concreta, la abstención de la misma, etc. Tiene, por tanto, una

⁶²⁹ Ex art. 400.1 LEC.

⁶³⁰ BERZOSA FRANCO, M^a. V.; *“Demanda, “causa petendi” y objeto del proceso”*; 1^a ed.; Córdoba; Ed. El Almendro; Serie: Derecho y Justicia; Colección: Monografías de Derecho Procesal; 1984; pág. 228.

⁶³¹ En este marco se encuadra la afirmación de la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (IX, ap. 30^o).

⁶³² BERZOSA FRANCO, M^a. V.; *“Demanda, “causa petendi” y objeto del proceso”*; 1^a ed.; Córdoba; Ed. El Almendro; Serie: Derecho y Justicia; Colección: Monografías de Derecho Procesal; 1984; pág. 226.

doble vertiente: por un lado, la petición en sí misma que se trata en cada proceso⁶³³; y, correlativamente, lo dispuesto en la Parte Dispositiva de la resolución judicial sobre aquella petición.

iii) La triple identidad: eadem causa petendi

Como he señalado, las peticiones no nos sirven para delimitar concretamente un proceso determinado respecto a otro. Deben coincidir no solamente los hechos y su calificación jurídica, sino ante todo el fundamento o razón en Derecho⁶³⁴. Es decir, aunque los hechos y la calificación jurídica no forman parte de la causa de pedir⁶³⁵, aunque sí tienen la misión de individualizar el objeto del proceso para poder distinguir concretamente con claridad y precisión lo que se pida y poder diferenciarlo de cualquier otra petición que se realice en un proceso ulterior. Se trata del conjunto de acaecimientos fácticos de la vida real que origina la concreta petición, que aun coincidiendo (el objeto del proceso) en el elemento objetivo, lo convierten en original e individualizadamente distinto de cualquier otro.

d) Lo deducible

El art. 400 LEC introduce la obligación del actor de aducir en la demanda los diferentes hechos o fundamentos o títulos jurídicos en que pueda fundarse lo que se pida, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior⁶³⁶.

El legislador ha establecido la necesidad de que las partes litigantes aleguen todos los hechos que puedan llevar al Juez al convencimiento de su pretensión⁶³⁷ a través de sus escritos de alegaciones, los existentes y conocidos, y mediante los escritos de «ampliación de hechos» de los que ocurriesen o tuviesen conocimiento y que tuviesen relevancia para la decisión del pleito, hasta antes de comenzar a transcurrir el plazo para dictar la resolución judicial que ponga fin al proceso⁶³⁸.

Estos hechos no podrán alegarse en un proceso posterior. De ahí que también formen parte del elemento causal al que he hecho referencia en la causa de pedir, como excluyente de un nuevo proceso, siempre que exista respecto de los otros dos elementos

⁶³³ Igualmente, siguiendo a BERZOSA FRANCO, M^a. V.; “*Demanda, “causa petendi” y objeto del proceso*”; 1^a ed.; Córdoba; Ed. El Almendro; Serie: Derecho y Justicia; Colección: Monografías de Derecho Procesal; 1984; pág. 227.

⁶³⁴ En términos parecidos se expresa la SAP Sevilla de 28 de mayo de 2012 (EDJ 2012/219667).

⁶³⁵ En este sentido, BERZOSA FRANCO, M^a. V.; “*Demanda, “causa petendi” y objeto del proceso*”; ob. cit., pág. 29 a 53, así como en la pág. 228.

La jurisprudencia ha afirmado que, aunque una resolución judicial puede servir de apoyo a la otra, la causa de pedir es diferente, pues son dos acciones distintas (Véanse las SSTs 26 de noviembre de 2013 -EDJ 2013/280270-; 9 de enero de 2013 -EDJ 2013/4451-; 4 de enero de 2011 -EDJ 2011/237342-; ó 28 de junio de 2010 -EDJ 2010/152960-).

⁶³⁶ En consonancia con el art. 72 LEC, que establece que «podrán acumularse, ejercitándose simultáneamente, las acciones que uno tenga contra varios sujetos o varios contra uno, siempre que entre esas acciones exista un nexo por razón del título o causa de pedir. Se entenderá que el título o causa de pedir es idéntico o conexo cuando las acciones se funden en los mismos hechos». Y la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (VIII, ap. 2^o) que señala, además de la necesidad de seguridad jurídica, la “la escasa justificación de someter a los mismos justiciables a diferentes procesos y de provocar la correspondiente actividad de los órganos jurisdiccionales, cuando la cuestión o asunto litigioso razonablemente puede zanjarse en uno solo”.

⁶³⁷ BERZOSA FRANCO, M^a. V.; “*Demanda, “causa petendi” y objeto del proceso*”; ob. cit., pág. 176.

⁶³⁸ Art. 286.1 LEC.

una estricta identidad. En palabras del Tribunal Supremo⁶³⁹: “están protegidas por la cosa juzgada, tanto si han sido expresamente resueltas como si no habiendo sido objeto de resolución pueden estimarse implícitamente resueltas, por hallarse comprendidas en el *thema decidendi*”⁶⁴⁰.

e) El elemento temporal

A pesar de que la institución de la cosa juzgada sea de capital importancia, sobre todo, para la seguridad jurídica, la Ley de Enjuiciamiento Civil ha establecido en el artículo 222.2 que «se considerarán hechos nuevos y distintos, en relación con el fundamento de las referidas pretensiones, los posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquéllas se formularen».

De este precepto, parece deducirse que “la cosa juzgada no es una institución ilimitada en el tiempo, sino que está referida o circunscrita al estado de la cuestión sobre la que se ha juzgado en un momento determinado. Por ello, la determinación de cuál es ese momento es una cuestión trascendente, a la vez que una cuestión compleja. De su determinación depende el alcance de la cosa juzgada, pues la misma alcanza no sólo a lo efectivamente deducido en el proceso, sino también a lo que pudo ser hasta ese mismo momento histórico del proceso”⁶⁴¹.

Si he sostenido que la *causa petendi* individualizadora del objeto del proceso consiste en los acaecimientos fácticos de la vida real que origina una concreta petición, el devenir del tiempo conlleva a que otros acaecimientos fácticos de la vida real -que no dejan de ser hechos nuevos- modifiquen la pretensión del actor en este elemento causal, por lo que nos podemos encontrar ante la posibilidad de un nuevo proceso entre las mismas partes y con la misma pretensión, pero con la aparición de una nueva causa de pedir⁶⁴². En este caso, desaparecen los efectos de la cosa juzgada material, pero no por el transcurso del tiempo, sino por una alteración del objeto del proceso⁶⁴³ al no ser idéntica la triple identidad por modificación de la causa de pedir.

Por este motivo, no he incluido el factor temporal como elemento identificador de la cosa juzgada⁶⁴⁴, pues entiendo que los efectos de éstas son ilimitados en el tiempo⁶⁴⁵, y lo

⁶³⁹ STS de 6 de mayo de 2008 (EDJ 2008/128038).

⁶⁴⁰ En el mismo sentido se expresa SERRA DOMINGUEZ; “Comentarios al art. 1252 CC”; ob. cit., pág. 731.

⁶⁴¹ GARNICA MARTÍN, J. F.; en AA. VV.; “Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”; FERNÁNDEZ BALLESTEROS, RIFÁ SOLER y VALLS GOMBAU (Coords.); Ed. Atelier, Barcelona; 1ª ed.; 2000. ” (comentario al art. 222 LEC, punto nº 33); pág. 875.

⁶⁴² En este sentido,

MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. L., MONTÓN REDONDO, A. y BARONA VILAR, S.; “*Derecho Jurisdiccional II. Proceso civil*”; 18ª ed.; Ed. Tirant-lo Blanch; Valencia; 2010; pág. 492.

⁶⁴³ De forma análoga,

PÉREZ BENÍTEZ, J. J.; “*La regla de la preclusión del artículo 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*”; págs. 163 a 195; *Revista del Poder Judicial*, nº 78, 2005; pág. 173.

⁶⁴⁴ SERRA DOMINGUEZ, M.; “Comentarios a la Ley Concursal”; ob. cit., pág. 747.

⁶⁴⁵ Con MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. L., MONTÓN REDONDO, A. y BARONA VILAR, S.; “*Derecho Jurisdiccional II. Proceso civil*”; 18ª ed.; Ed. Tirant-lo Blanch; Valencia; 2010; pág. 492.

que el factor tiempo ha provocado es que “lo que se tenga que juzgar no sea ya, incluso aunque lo parezca, lo mismo que se juzgó”⁶⁴⁶.

En el incidente concursal, como proceso declarativo, su influencia es innegable. Atendiendo a su ámbito de aplicación, las situaciones que ampara procesalmente son innumerables y heterogéneas, como la resolución de contratos, acciones rescisorias, acciones de reintegración, etc. Pero, también, sobre el derecho de alimentos de las personas a las cuales el concursado tuviere deber legal de prestarlos⁶⁴⁷, la disolución de la sociedad o comunidad conyugal⁶⁴⁸, etc. La cognición judicial es la misma, sólo cambia la competencia del Juez y la integración de lo acordado dentro del concurso.

En este sentido, a los efectos de la cosa juzgada material en un proceso anterior, debe añadirse el elemento de la estado de insolvencia del deudor común a los elementos identificadores citados de la cosa juzgada, lo que permite plantearse si la situación de concursado, por sí sola, modifica la triple identidad.

Analizar al detalle esta circunstancia excede del ámbito del presente estudio, por lo que, a pesar de su interés, debe finalizar aquí. Sí puede afirmarse que la nueva situación del estado de insolvencia tiene posibilidades y probabilidades de alterar el objeto del proceso y el nexo causal, respecto de un anterior proceso civil, debido, precisamente a la cualidad o condición con la que el deudor común participa en el incidente concursal. Quizás por ello el legislador menciona las resoluciones dictadas en otros procesos para darles el tratamiento concursal que corresponda, salvando de esta forma la hipotética regla general de falta de triple identidad. Pero ello no puede estudiarse aquí más detalladamente.

⁶⁴⁶ DE LA OLIVA SANTOS, A.; “Sobre la cosa juzgada: civil contencioso-administrativa y penal, con examen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo”; Madrid; ”; Ed. Centro de Estudios Ramón Areces; 1991; pág. 83.

⁶⁴⁷ Art. 47.2 LC.

⁶⁴⁸ Art. 77.2 LC.

CAPÍTULO NOVENO. LAS COSTAS PROCESALES

1) INTRODUCCIÓN

El art. 119 CE establece que «*la justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar*». No obstante, la justicia no es gratuita.

Aunque la mayor parte del coste de la Justicia es asumido por el Estado y las Administraciones Públicas, las partes han de hacer frente a cantidades en algunos casos ciertamente importantes, como, por ejemplo, el pago de profesionales especializados en la defensa y representación de los derechos e intereses legítimos de los que por imperativo legal deben servirse⁶⁴⁹, el pago de depósitos para recurrir las resoluciones judiciales en el proceso incidental⁶⁵⁰ o el pago de las tasas judiciales⁶⁵¹.

El art. 196.2 LC dispone que «*la sentencia que recaiga en el incidente a que se refiere el artículo 194 -es decir, el incidente concursal ordinario- 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 [...]*».

Por tanto, una vez adquiera firmeza la resolución que condene en costas, la parte beneficiaria podrá solicitar su tasación, que se practicará por los trámites previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, determinando su cantidad líquida. Las sumas resultantes

⁶⁴⁹ El art. 184 LC obliga a actuar en el incidente concursal siempre representado por Procurador y asistido de Letrado al deudor común, a los acreedores y demás legitimados, así como a cualesquiera otros que tengan interés legítimo en el concurso.

⁶⁵⁰ En virtud de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

⁶⁵¹ El artículo 2.b) de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, establece que «constituye el hecho imponible de la tasa el ejercicio de la potestad jurisdiccional originada por el ejercicio de los siguientes actos procesales: (...) b) la demanda incidental en procesos concursales».

«serán inmediatamente exigibles, con independencia del estado en que se encuentre el concurso».

La propia dinámica del procedimiento concursal conlleva la posibilidad de existencia de múltiples incidentes concursales con la intervención de una pluralidad de partes. La condena en costas y la exigibilidad inmediata de las mismas puede provocar una modificación de la masa activa del concurso.

2) DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LAS COSTAS PROCESALES

a) Delimitación del concepto de costas procesales

La Ley de Enjuiciamiento Civil ha delimitado el concepto de gastos del proceso como aquellos desembolsos que tengan su origen directo e inmediato en la existencia de dicho proceso. Sin embargo, el concepto de costas procesales, de menor extensión, se ha venido conceptualizando a través de una extensa jurisprudencia, culminando la Ley de Enjuiciamiento Civil a través de una relación de conceptos que, por ministerio de la ley, forman parte de las costas procesales⁶⁵².

Así, serán “aquellos gastos necesarios e imprescindibles, autorizados por la Ley y repercutibles en el condenado a su pago”⁶⁵³, por lo que no todos los gastos procesales podrán ser reclamados para su satisfacción.

b) Naturaleza jurídica

La jurisprudencia⁶⁵⁴ se ha encargado de resaltar que las costas procesales no constituyen una sanción al condenado en costas, sino una manifestación más del derecho a la tutela judicial efectiva, garantizando la indemnidad de quien se ha visto en la necesidad de acudir a un procedimiento judicial, siendo que de esta forma no se ven mermados sus derechos por el pago de costas⁶⁵⁵.

⁶⁵² Según el art. 241 LEC, honorarios de la defensa y representación técnica cuando sean preceptivas; inserción de anuncios o edictos que de forma obligada deban publicarse en el curso del proceso; depósitos necesarios para la presentación de recursos; derechos de peritos y demás abonos que tengan que realizarse a personas que hayan intervenido en el proceso; copias, certificaciones, notas, testimonios y documentos análogos que hayan de solicitarse conforme a la Ley, salvo los que se reclamen por el tribunal a registros y protocolos públicos, que serán gratuitos; derechos arancelarios que deban abonarse como consecuencia de actuaciones necesarias para el desarrollo del proceso; y la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional, cuando sea preceptiva.

⁶⁵³ MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M. y PEDROSA PRECIADO, L.; “Manual práctico sobre la tasación de costas procesales”; Ediciones Experiencia; 3ª ed.; Barcelona; 2012; pág. 119.

⁶⁵⁴ Entre otras muchas, SSAP Murcia de 6 de noviembre de 2014 (EDJ 2014/264371); Sevilla de 28 de octubre de 2014 (EDJ 2014/278371) y 24 de julio de 2014 (EDJ 2014/183524); Barcelona de 4 de junio de 2014 (EDJ 2014/152809); Salamanca de 11 de marzo de 2014 (EDJ 2014/35155); Cuenca de 29 de enero 2014 (EDJ 2014/11011); La Rioja de 16 de enero de 2014 (EDJ 2014/12934); Las Palmas de 14 de octubre de 2013 (EDJ 2013/218412); Cantabria de 19 de septiembre de 2013 (EDJ 2013/222162) ó Madrid de 20 de junio de 2013 (EDJ 2013/145567).

⁶⁵⁵ Doctrina sentada por las SSTS de 7 de marzo de 1988 (EDJ 1988/1861) y 4 de julio de 1997 (EDJ 1997/6076), seguida en los AATC 29 de mayo de 2000 (EDJ 2000/34251) ó 22 de abril de 1991 (EDJ 1991/4155).

Es por ello que el nacimiento del derecho a ser beneficiario en costas nace del propio proceso y en él se crea el título que las genera, motivo por el cual la jurisprudencia⁶⁵⁶ ha manifestado reiteradamente que las costas procesales tienen naturaleza procesal. Lo anterior viene ratificado por el hecho de que las normas que regulan la imposición de costas, su tasación, aprobación y exacción están ubicadas en la Ley de Enjuiciamiento Civil; pero ante todo por su contenido, función y finalidad, dentro del proceso.

c) Caracteres

Las costas procesales son accesorias en el sentido de que su pronunciamiento lo es respecto de la resolución judicial en la que se contenga la condena. Adquieren independencia respecto de la resolución judicial en la que se incluyen, consistiendo en una declaración constitutiva de reembolso al beneficiario en costas por parte del condenado⁶⁵⁷, generando un crédito en favor del litigante vencedor⁶⁵⁸.

Se arbitra un procedimiento⁶⁵⁹ que permite liquidar la cuantía objeto de dicho crédito. Consiste en la solicitud de su tasación, la práctica de ésta y la resolución por parte del Letrado de la Administración de Justicia, que las aprobará si no hubiere controversia o resolverá sobre la misma. Esta resolución, en cualquier caso, es susceptible de recurso de revisión ante el Juez. A partir de ahí, en el incidente concursal, se genera un crédito inmediatamente exigible con independencia del estado en que se encuentre el concurso.

3) CONDENAS EN COSTAS

El art. 196.2 LC se remite a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto a la imposición en costas. Por ello, es de aplicación el art. 209.4º LEC que establece que el fallo de la sentencia incluirá el pronunciamiento sobre las costas. Como complemento, el art. 242.1 LEC se refiere a «cuando hubiere condena en costas» y el art. 394 y ss. LEC regula la regla general y diversos supuestos respecto «de la condena en costas»⁶⁶⁰.

Este pronunciamiento sobre las costas en la sentencia del incidente concursal obliga a que en los casos de reconvención, o en los mínimos casos de acumulación de acciones, se realice por separado para cada una de las pretensiones deducidas. Cada una de ellas se constituye como una relación jurídico-procesal independiente⁶⁶¹, pueden generar beneficiarios distintos y pueden influir de forma distinta en la masa activa del concurso.

⁶⁵⁶ Véanse las STSJCat 5 de febrero de 2009 (EDJ 2009/32109) y SSTS de 15 de diciembre de 2010 (EDJ 2010/269642); 22 de diciembre de 2009 (EDJ 2009/307246) ó AATS de 3 de junio de 2008 (EDJ 2008/93138) y 29 de abril de 2008 (EDJ 2008/77475).

⁶⁵⁷ VAZQUEZ SOTELO, J. L.; "Condena en costas"; en *"Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000"*; ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. (Coord.); Vol. I; 1ª ed.; Barcelona; Ed. Economist & Jurist, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A.; 2000; pág. 577.

⁶⁵⁸ STS 16-3-09.

⁶⁵⁹ En los arts. 242 a 246 LEC.

⁶⁶⁰ Rúbrica del Capítulo Octavo, del Título Primero del Libro Segundo de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

⁶⁶¹ Véase la SAP Ciudad Real de 20 de abril de 2010 (EDJ 2010/85374) a propósito de la condena en costas respecto de demanda y reconvención.

4) CRITERIOS DE IMPOSICIÓN

a) El criterio del vencimiento

Siguiendo lo dispuesto para el proceso civil, en el incidente concursal la regla será el criterio del vencimiento, imponiéndose las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones⁶⁶², aunque la jurisprudencia ha suavizado el rigor de este vencimiento objetivo y total, amoldándolo a la adecuación del fallo a lo pedido, de forma sustancial y no literal⁶⁶³. Y, asimismo, extendiéndolo a los supuestos en los que se desestima la pretensión principal, pero se estima la subsidiaria o alternativa⁶⁶⁴.

En la práctica, sin embargo, no suelen imponerse las costas en los incidentes concursales, máxime en los supuestos en los que debería condenarse a la administración concursal.

b) Serias dudas de hecho o de derecho

Como excepción a la regla general, el Tribunal puede apreciar y razonar que el caso era jurídicamente dudoso, teniendo en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares⁶⁶⁵.

Esta “discrecionalidad razonada”⁶⁶⁶ por el Tribunal, se circunscribe a las circunstancias excepcionales consistentes en dudas del caso y excepcionalidad de las mismas. Las primeras pueden consistir en la dificultad en la apreciación de los hechos (dudas de hecho), pero también en la solución jurídica del litigio (dudas de Derecho) de forma que las partes no hayan tenido más remedio que acudir a los Tribunales atendiendo a la imposibilidad de una solución extraprocesal⁶⁶⁷ por las varias interpretaciones admitidas por la jurisprudencia recaída en casos similares⁶⁶⁸.

La excepcionalidad viene dada, precisamente, porque las dudas deben producirse en el Juez, no siendo suficiente que éstas se planteen en las partes.

c) Estimación parcial con condena en costas

El art. 394.2 LEC dispone que «*si fuere parcial la estimación o desestimación de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, a no ser que hubiere méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad*».

La regla general que establece este precepto para la estimación parcial consiste en que el pronunciamiento sobre costas debe ser, precisamente, y de forma expresa, que no existe tal pronunciamiento.

⁶⁶² Art. 394.1.1º LEC.

⁶⁶³ Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2010 (EDJ 2010/288250), aunque era una doctrina que ya se había adoptado tiempo atrás –por ejemplo, STS de 2 de julio de 1991 (EDJ 1991/7136)-.

⁶⁶⁴ Como es el caso de la STS 27 de septiembre de 2005 (EDJ 2005/149438).

⁶⁶⁵ Art. 394.1.2º LEC.

⁶⁶⁶ Véanse las SSTS de 7 de febrero de 2003 (EDJ 2003/1556) ó 4 de diciembre de 2001 (EDJ 2001/44859), como ejemplo de una larga doctrina -por ejemplo, STS de 5 de noviembre de 1992 (EDJ 1992/10876).

⁶⁶⁷ SAP Lleida de 17 de septiembre de 2009 (EDJ 2009/255540).

⁶⁶⁸ SAP Córdoba 17 de septiembre de 2009 (EDJ 2009/325124).

Sin embargo, a continuación se exceptiona el supuesto en que uno de los litigantes hubiera litigado con temeridad. En este caso, el Tribunal -por tratarse de una excepción y en aplicación analógica del apartado primero de este precepto- deberá apreciar y así razonar, la existencia de méritos para imponer las costas.

La consecuencia de la imposición de costas por temeridad, económicamente, es considerable, pues no regirá el límite de la tercera parte de la cuantía del proceso establecida en el apartado tercero⁶⁶⁹. Así, la temeridad incluye tanto la actuación con mala fe, actuando sin fundamento alguno en la búsqueda de fines dilatorios o inmorales o un error judicial que le favorezca, como la actuación procesal sin haber indagado, siquiera elementalmente, los fundamentos de la pretensión que sostiene en el proceso⁶⁷⁰.

d) La condena en costas en el allanamiento

Si el demandado se allanare a todas las pretensiones del actor, debe diferenciarse el momento en que se produce tal allanamiento.

Si se produce antes de la contestación a la demanda, no habrá pronunciamiento en costas, a excepción hecha de que el Tribunal aprecie mala fe, debiéndolo razonar debidamente. Por el contrario, después de la contestación, existirá pronunciamiento en costas, salvo que se aprecien serias dudas de hecho o de Derecho, que también deberán ser razonadas debidamente, por remisión del art. 395.2 al art. 394.1, ambos LEC.

e) Condena en costas en caso de desistimiento

Igualmente, el pronunciamiento en costas en caso de desistimiento del actor, dependerá de lo manifestado por el demandado.

Si se produce antes del emplazamiento, el demandado no tendrá conocimiento de la interposición de la demanda, por lo que no ha incurrido en gastos de ningún tipo, no procede pronunciamiento alguno en costas. La misma consecuencia se dará si, personado el demandado, consiente dicho desistimiento.

En caso de que el demandado no consienta el desistimiento, procederá el pronunciamiento y el actor será condenado en todas las costas.

f) Satisfacción extraprocetal o carencia sobrevenida de objeto

El art. 22 LEC prevé la falta de interés de las partes en continuar el proceso, bien porque se hayan satisfecho extraproceto sus pretensiones, bien por cualquier otra causa, terminando el proceso sin que proceda condena en costas.

En el caso del incidente concursal, dentro del concurso como procedimiento impregnado de una gran carga de interés general, el Juez del concurso entiendo que deberá apreciar si las circunstancias atentan contra los fines del proceso concursal, pudiendo acordar que no procederá la finalización del proceso incidental, no aplicándose la

⁶⁶⁹ En virtud de lo dispuesto en el art. 394.3 LEC.

⁶⁷⁰ VAZQUEZ SOTELO, J. L.; ob. cit., págs. 588 y 589.

regla de este precepto. Aunque, de darse el caso, respecto de las costas procesales, no existirá pronunciamiento.

5) LA DETERMINACIÓN DEL IMPORTE DE LA CONDENA EN COSTAS

a) El procedimiento

Este estudio no abarca el exhaustivo examen de ningún otro proceso que no sea el incidente concursal. La determinación del importe de la condena en costas se realiza a través de un cauce procedimental regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuya finalidad es convertir esta condena en una cantidad líquida y exigible.

Para este trabajo, únicamente cabe recordar que se inicia a instancia de parte, presentando la solicitud de tasación de costas y los justificantes de haber satisfecho las cantidades cuyo reembolso reclame⁶⁷¹, así como minuta de los derechos y honorarios y cuenta detallada y justificada de los gastos que hubieren suplido⁶⁷². El Letrado de la Administración de Justicia practicará la tasación de costas⁶⁷³, dando traslado de ella a condenado y beneficiario por un plazo común de diez días⁶⁷⁴. Sea impugnada o no dicha tasación, dictará Decreto aprobando las costas, modificando o no la tasación practicada, susceptible de ser recurrida en revisión ante el Juez⁶⁷⁵.

En cualquier caso, el Decreto -o Auto resolviendo el recurso de revisión- contendrá un crédito en favor del beneficiario en costas que, en el procedimiento principal, constituirá un crédito contra la masa o masa activa.

b) La cuantía en el incidente concursal

La cuantía tiene una importancia capital, pues tanto los derechos de los Procuradores como los honorarios de Abogado se calculan partiendo de la cuantía del procedimiento. De ello dependerá el mayor o menor importe de las costas procesales y del nuevo crédito que se incorporará al proceso principal.

El concurso y el incidente concursal tienen cuantías distintas.

Para este proceso judicial propio, como cualquier otro proceso, la cuantía viene determinada por el interés económico del asunto. Y, también como en el resto de procesos, en determinados casos resultará muy complicada su determinación, por lo que, si falta ésta, siquiera de forma relativa, se considerará de cuantía indeterminada.

Existen supuestos, como las controversias que surjan respecto de la compensación de créditos y sus efectos, en los que sí puede determinarse el interés económico del asunto. Pero no ocurre lo mismo con la recusación de los administradores concursales, la solicitud de modificación de la lista de acreedores antes de que recaiga resolución por la que se apruebe la propuesta de convenio o se presente en el Juzgado informe final de las

⁶⁷¹ Art. 242.2 LEC.

⁶⁷² Art. 242.3 LEC.

⁶⁷³ Art. 243.1 LEC.

⁶⁷⁴ Art. 244.1 LEC.

⁶⁷⁵ Arts. 244.3 y 246.4.2º, ambos LEC.

operaciones liquidatorias realizadas, o, también, la infracción de las medidas prohibitivas o limitativas de las facultades de administración y disposición del deudor. Estas demandas, por regla general, tienen un interés económico difícilmente subsumible en las reglas recogidas en el art. 251 LEC.

Cuestión interesante, respecto de la cuantía, se produce en los incidentes concursales de calificación del concurso. La jurisprudencia⁶⁷⁶ ha entendido que “en el ámbito de la sección sexta del concurso [...] la calificación como culpable del concurso, constituye sin ningún género de dudas la razón de ser de esta sección sexta, lo que implica un procedimiento cuya cuantía nunca puede ser determinada”.

La heterogeneidad de supuestos tramitados por los cauces del incidente concursal es incuestionable, y cada uno de ellos seguirá las pautas determinadas en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Las costas procesales constituyen una institución procesal que se encuentra regulada de forma completa en la ley procesal civil y en la Ley Concursal únicamente deben recogerse las especialidades derivadas del proceso concursal. Ambos motivos son suficientes para desaconsejar una regulación específica. Así, serán nuestros Tribunales quienes perfilarán los casos en los que pueden presentarse problemas de adecuación atendiendo a dichas especialidades procesales concursales.

6) TRATAMIENTO CONCURSAL DEL CRÉDITO A FAVOR DEL LITIGANTE VENCEDOR

a) Introducción

Como en cualquier otro proceso, en tema de costas, en el incidente concursal existen dos posibilidades: que una de las partes sea beneficiada en costas o que no exista expresamente condena en costas para ninguna de ellas. En este último caso, cada parte abonará las suyas sin tener la posibilidad de reclamarlas.

Si existe condena en costas, pueden ser beneficiarios, tanto el deudor común, como la administración concursal, los acreedores o los terceros legitimados. En cualquier caso, las costas procesales serán inmediatamente exigibles, una vez firme la sentencia incidental, con independencia del estado en que se encuentre el concurso.

Para una exposición ordenada y clara, es preciso dividirla en varios supuestos posibles: en el caso de no haber expresa condena en costas, qué tratamiento deben tener los gastos y costas del deudor común y la administración concursal; y, en caso de existir condena, el tratamiento en función de quiénes sean los beneficiarios en costas distintos de los anteriores.

b) No existencia de expresa condena en costas

El art. 196.2 LC se remite en bloque, respecto a las costas procesales, a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por ello, cada parte pagará los gastos y costas causados

⁶⁷⁶ Por ejemplo, en el caso resuelto por el AAP de Pontevedra, (Secc. 1ª) nº 71/2010, de 31 de marzo (AC\2010\430).

a su instancia a medida que se vayan produciendo, sin posibilidad de poder repercutirlos a la adversa.

Por su parte, el art. 84.1 LC, en sus apartados segundo y tercero, refiere como créditos contra la masa «*los de costas y gastos judiciales necesarios para la [...] asistencia y representación del concursado y de la administración concursal durante toda la tramitación del procedimiento y sus incidentes, cuando su intervención sea legalmente obligatoria o se realice en interés de la masa [...]*» y «*los de costas y gastos judiciales ocasionados por la asistencia y representación del deudor, de la administración concursal o de acreedores legitimados en los juicios que, en interés de la masa, continúen o inicien conforme a lo dispuesto en esta Ley [...]*».

Al no existir condena en costas, es necesario analizar los gastos generados por la administración concursal y del deudor común.

El art. 27.1 LC establece la regla general de que la administración concursal estará integrada por un solo miembro, en el que puede no reunirse la condición de Abogado en ejercicio. En estos casos, la dirección técnica en los incidentes concursales deberá realizarse asignando Letrado⁶⁷⁷.

Al deudor común se le permite litigar en los incidentes concursales de forma separada de la administración concursal, pero deberá actuar siempre representado de Procurador y asistido de Letrado⁶⁷⁸.

En ambos casos, estos derechos y/o honorarios devengados por los profesionales que intervengan en el proceso incidental tienen la consideración de créditos contra la masa, pues aunque existan supuestos en los que su intervención pueda no ser «legalmente obligatoria», en todos ellos existirá una actuación en interés de la masa, sin perjuicio de que la última palabra al respecto la tendrá al caso concreto el Juez del concurso.

c) Condena en costas a acreedores o terceros legitimados

En los casos en que sean condenados en costas los acreedores o demás legitimados o terceros que tengan interés legítimo en el concurso, los beneficiarios -en lo que se refiere a esta exposición- serán el concursado o la administración concursal. El crédito tendrá una consideración distinta según cada uno de ellos.

i) La administración concursal como beneficiaria en costas

La administración concursal, al ser reconocida como parte a todos los efectos y en todas las secciones, las posibles costas por su intervención deberían serle atribuidas en calidad de parte beneficiaria. Y, por tanto, debe engrosar la masa activa del concurso, pues «*la dirección técnica en los incidentes concursales se entiende incluida en las funciones del Letrado miembro de la administración concursal*»⁶⁷⁹ y «*sólo podrán percibir por su intervención en el concurso las cantidades que resulten de la aplicación del arancel*»⁶⁸⁰.

⁶⁷⁷ Art. 184.5 LC.

⁶⁷⁸ Art. 184.2 LC.

⁶⁷⁹ Art. 184.5 *in fine* LC.

⁶⁸⁰ Art. 34.2.2º.a) LC.

El Tribunal Supremo⁶⁸¹ así lo ha reconocido al conceder legitimación al letrado de la administración concursal “como interesado” por tener un interés directo en el reconocimiento de las costas procesales como crédito contra la masa, facilitando así el cobro de sus honorarios.

Existen resoluciones⁶⁸² que señalan que dentro de las funciones del letrado-administrador están todas aquellas de índole legal y procesal, incluidas las relacionadas con los recursos que se interpongan dentro del procedimiento concursal, lo que determina que, en caso de existir condena en costas, se entienda que no existe gasto alguno que deba ser reintegrado, dado que el desembolso que para un particular puede suponer la contratación de un letrado que asuma la defensa no concurre en el supuesto en el que la administración concursal dispone de un letrado.

No necesita ser representada por Procurador.

ii) El deudor común como beneficiario en costas

El deudor común, que debe litigar representado por Procurador y asistido de Letrado, igualmente, ha de dotar a estos profesionales de los medios necesarios para el desarrollo de sus funciones. Debo señalar que es una situación que me parece difícil de que ocurra, o, al menos, muy atípica, pues si el deudor común se encuentra en estado de insolvencia, no debe disponer de fondos propios fuera del control de la masa activa del concurso. Incluso, entiendo que el Juez del concurso está facultado para la averiguación del origen de esos fondos en virtud de lo dispuesto en el art. 42 LC.

Pero, de darse el caso, como beneficiario en costas, se trata de un crédito que le corresponde y que debe agrandar la masa activa en virtud de lo establecido en el art. 76.1 LC, sin perjuicio del tratamiento concursal oportuno como crédito contra la masa. Aunque, económicamente, lo recibido por condena en costas es lo pagado a los profesionales intervinientes, pero como un derecho de la parte, no del letrado, tal y como recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo citada en el apartado anterior.

d) Condena en costas al deudor común y/o a la administración concursal

Otra posibilidad de condena en costas vendrá por la imposición al deudor común, a la administración concursal o a ambos. En cualquier caso, deberá tenerse en cuenta el art. 196.2 LC, que establece que «*serán inmediatamente exigibles, una vez firme la sentencia, con independencia del estado en que se encuentre el concurso*».

También será de aplicación el art. 84.2.3º LC que dispone que «*tendrán la consideración de créditos contra la masa los siguientes: [...] Los 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 [...]*».

Así, el acreedor o persona legitimada que resulte beneficiaria en costas, será quien dispondrá de un crédito contra la masa. Cabe recordar que dichos créditos, a tenor de lo

⁶⁸¹ STS 193/2017, de 16 de marzo (Roj: STS 985/17).

⁶⁸² Por ejemplo, la SAP de Gipuzkoa nº 181/2010, de 22 de febrero (LA LEY 214242/2010).

dispuesto en el art. 84.3 LC, *«cualquiera que sea su naturaleza y el estado del concurso, se pagarán a sus respectivos vencimientos. La administración concursal podrá alterar esta regla cuando lo considere conveniente para el interés del concurso y siempre que presuma que la masa activa resulta suficiente para la satisfacción de todos los créditos contra la masa»*.

CAPÍTULO DÉCIMO. LOS RECURSOS EN EL INCIDENTE CONCURSAL

1) INTRODUCCIÓN

El sistema de recursos regulado en la Ley Concursal, siguiendo la naturaleza del concurso, es muy complejo. Se regula en el art. 197 LC y es aplicable al incidente concursal. Aunque en dicho precepto se recogen todos los recursos frente a resoluciones judiciales dentro del procedimiento concursal, en este trabajo únicamente se estudiarán aquéllos que hacen referencia a este proceso judicial propio.

En la Exposición de Motivos de la Ley Concursal se anuncia bajo la pronta, eficaz y económica tramitación del concurso, y sin merma de la tutela judicial efectiva⁶⁸³, un sistema de recursos en el que, en principio, “sólo se admite el de reposición contra providencias y autos y el de apelación contra sentencias que aprueben o rechacen el convenio, su cumplimiento o incumplimiento y la conclusión del concurso, aunque en este recurso pueden volver a plantearse las cuestiones resueltas en reposición o en incidentes concursales durante la fase común o la de convenio. Contra las sentencias resolutorias de incidentes planteados con posterioridad o durante la fase de liquidación, cabrá también recurso de apelación”⁶⁸⁴.

“La principal preocupación del legislador a la hora de abordar la nueva regulación del proceso concursal se encontraba en desembarazar el procedimiento de recursos contra resoluciones interlocutorias que pudieran ralentizar la conveniente celeridad que ha de seguirse en su tramitación para llegar, lo antes posible, a un convenio. (...) Resulta evidente que, en una situación de crisis económica, el logro de una rápida solución comporta unas pérdidas menores que toda demora. (...) Esta circunstancia conduce a una

⁶⁸³ Exposición de Motivos de la Ley Concursal (X, ap. 1º).

⁶⁸⁴ Exposición de Motivos de la Ley Concursal (X, ap. 3º).

aceleración del procedimiento en busca del convenio. En cambio, en el momento en que se alcanza un acuerdo de solución de la crisis, el concurso experimenta una variación del ritmo de su tramitación que se traduce en una modificación del régimen general de recurribilidad de sus resoluciones⁶⁸⁵.

Con la intención de simplificar y agilizar el procedimiento concursal⁶⁸⁶, aportando una mayor seguridad jurídica⁶⁸⁷, la Ley 38/2011 modificó los apartados cuatro, quinto y sexto, del art. 197 LC, vigentes a día de hoy.

El legislador ha diseñado un sistema en el que la apelación diferida deviene fundamental. Este sistema de recursos y la limitación de acceso a la segunda instancia de ciertas resoluciones deben mantener el equilibrio entre obtener una eficacia y eficiencia mayores y proteger el derecho a la tutela judicial efectiva.

2) RECURSOS DURANTE LA TRAMITACIÓN DEL INCIDENTE CONCURSAL

a) Recursos contra la providencia admitiendo a trámite

Una vez superado el juicio de admisibilidad, tanto de requisitos procesales como sustantivos, el Juez del concurso dictará providencia admitiendo a trámite el incidente y acordando emplazar a las demás partes personadas para que contesten a la demanda.

Igual que en la Ley de Enjuiciamiento Civil, la resolución admitiendo a trámite no está excluida de recurso. De ahí que la parte actora, única personada en el incidente concursal, al ser notificada, dispondrá de un plazo de cinco días⁶⁸⁸ para interponer recurso. A mi juicio, si en la demanda incidental se realizan alegaciones -que no se resuelven en este momento procesal-, se solicita que se admita a trámite la demanda incidental -que se acuerda- y se propone prueba -que no se valora en ese instante-, difícilmente se interpondrá recurso alguno. Pero, como digo, la posibilidad existe.

Por ello, si así se hiciera, debería estar vetado, por el hecho de que no se cumple el primero de los requisitos necesarios para admitir a trámite el recurso de reposición frente a la referida providencia: el gravamen a la parte recurrente⁶⁸⁹ como requisito de legitimidad.

En el caso de la parte actora, porque se aviene a su petición de que se admita a trámite la demanda incidental, única parte personada en ese momento. Por ello, aunque de facto la resolución esté excluida de recurso por este motivo, entiendo que podría existir una previsión que así lo dispusiera.

En cuanto a la parte demandada incidental por entender que no debería haberse admitido a trámite el incidente concursal. Soy de la opinión que no cabe recurrir esta

⁶⁸⁵ LÓPEZ SÁNCHEZ, J.; ob. cit., págs. 405 y 406.

⁶⁸⁶ Preámbulo de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (IV, ap. 1º).

⁶⁸⁷ Preámbulo de la Ley 38/2011 (X, ap. 1º).

⁶⁸⁸ Entiéndase «hasta las quince horas del día hábil siguiente al vencimiento del plazo», en aplicación de lo dispuesto en el art. 135.1 LEC. Esto es, seis días.

⁶⁸⁹ Art. 448.1 LEC.

resolución en reposición⁶⁹⁰ por no estar personada en el incidente en el momento de su dictado y existir una posterior cognición judicial donde se dirimen las cuestiones procesales.

Con esta privación del recurso -que incide en el derecho a la tutela judicial efectiva- se evita un recurso -residual- que requeriría el traslado a las demás partes personadas y el dictado de un auto resolviéndolo. Teniendo en cuenta que durante el transcurso procesal del incidente concursal el Juez tendrá conocimiento de las alegaciones de la parte, no vulnerará el derecho a la tutela de la parte demandada. Además, permitir este recurso, aunque no tenga efectos suspensivos, como tampoco el incidente concursal respecto del procedimiento principal, distorsiona el tiempo de que dispone la parte para preparar su escrito de contestación a la demanda con la incertidumbre de que sea o no estimado. Porque, si se estima, conlleva la inadmisión de la demanda incidental y la conclusión del proceso incidental. Por ello es lo indicado que se resuelvan en el trámite de “fase intermedia” alegado como cuestión procesal.

En definitiva, un recurso de reposición frente a esta providencia entiendo no sería procedente. Ya ha existido una primera cognición judicial que ha valorado esa posibilidad; ralentizaría la finalización del incidente concursal⁶⁹¹; pero, como más importante, porque con posterioridad existirá una nueva valoración judicial de las alegaciones de las partes que será susceptible de recurso de apelación, lo que excluye la presencia de indefensión.

b) Recursos frente al auto que se pronuncia respecto de la intervención con plena autonomía

En el incidente concursal el legislador permite al comparecido en el concurso coadyuvar con cualquiera de las partes con plena autonomía.

Ya he señalado en otro lugar del presente trabajo que es posición unánime en la doctrina que el art. 193.2 LC se está remitiendo al art. 13 LEC. Y, de la conjunción de ambos preceptos, se puede concluir que se permite que, pendiente el proceso incidental, sea admitido como demandante o demandado incidentales, cualquier persona comparecida en el concurso que acredite interés directo y legítimo en el resultado del pleito, pero con audiencia a las partes personadas y dictando una resolución en forma de auto, que no está excluido de recurso.

Como señalé, sostengo que la figura del coadyuvante es más perturbadora que beneficiosa y, en cuanto a los recursos es donde mejor puede detectarse esta circunstancia. Permitir que cada vez que una persona comparecida en el concurso presente escrito, se dé traslado al resto de partes personadas y se dicte una resolución que, además, puede ser recurrida, no sólo es contraproducente para la simplicidad y celeridad de este proceso judicial propio, sino que partiendo de la base de la existencia de una pluralidad de acreedores, deudor común, administración concursal, posibilidad de terceros

⁶⁹⁰ En virtud de lo dispuesto en el art. 197.3 LC.

⁶⁹¹ Aunque el recurso de reposición no suspende el curso de las actuaciones, pero ralentiza en cuanto que el Juez del concurso debe resolver el mismo y ello supone sobrecarga de trabajo y ello supone destinar recursos del órgano judicial que merman su capacidad de resolución.

con interés legítimo, en algunos procedimientos concursales puede llegar a ser inacabable. Por ello, eliminada esta figura, no existiría resolución a dictar y, por tanto, tampoco recurso alguno. Sin embargo, al existir, cada vez que se presente un escrito de intervención en base al art. 193.2 LC lo correcto procesalmente es proceder a la tramitación del propio art. 13.2 LEC, aunque la práctica forense “liquide” esa intervención con un “resolución de modelo” agrupando los posibles escritos que vayan teniendo entrada.

Estos autos, como resoluciones interlocutorias, están encuadrados en el apartado tercero del art. 197 LC, siendo susceptibles de recurso de reposición y, éste, de formulación de protesta a los efectos de su reproducción en la apelación más próxima.

Por definición, no estoy de acuerdo con la existencia del recurso de reposición frente a las resoluciones interlocutorias, pues aunque no suspenden el curso del proceso, de facto, al destinarse recursos humanos y materiales, acaban ralentizando el curso del procedimiento. Por ello, conceptualmente, me parece una buena solución⁶⁹² la posibilidad de eliminar este recurso para pasar directamente a la protesta, pero no como se utiliza en la práctica a propósito de la apelación diferida, sino una protesta mínimamente fundamentada con una expresa facultad legal en favor del Juez del concurso para que pueda reponer en determinados casos la resolución dictada. De esta forma, se evitarían numerosos recursos de reposición cuya tramitación es muy engorrosa y merma en exceso los medios disponibles por el órgano jurisdiccional y que únicamente tienen, en caso de poca o nula fundamentación, la recriminación de la condena en costas.

Aunque, debo señalar que en la práctica existen numerosas resoluciones judiciales que requieren de recurso de reposición por cuanto revisten una importancia fundamental basada en la tutela judicial efectiva. Por eso, aunque conceptualmente me incline hacia la supresión del recurso de reposición en el sentido expuesto, la incidencia en un derecho tan fundamental como la tutela judicial efectiva y la práctica habitual en nuestros Tribunales me hace inclinarme hacia su mantenimiento.

⁶⁹² SAAVEDRA GALLO, P.; *“Del recurso de reposición”*; en *“Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”*; Vol. II; págs. 2257 a 2274; LORCA NAVARRETE, A. M^a. (Dir.); 1^a ed.; Ed. Lex Nova; Valladolid; julio 2000; págs. 2257 y 2258.

Este autor señala, a propósito del comentario respecto del recurso de reposición, que “ello no obsta para que empecemos reflexionando sobre la conveniencia o no de conservar un recurso no devolutivo en el proceso civil. Ciertamente se vienen esgrimiendo serias razones para su exclusión definitiva: introduce una mayor complejidad al proceso causándole un indudable retraso -no olvidemos que su origen está en el proceso común donde la impugnación de las resoluciones interlocutorias fueron la causa fundamental de las permanentes dilaciones, contribuyendo a la “leyenda negra” sobre ese proceso-, sin que se alcance a comprender del todo su necesidad. A favor se invocan motivos prácticos y de economía procesal: evita nulidades, se dice, planteables sólo por medio de un recurso devolutivo y ayuda a corregir los errores, no infrecuentes, en que incurran los jueces y Tribunales por la sobrecarga de trabajo que padecen; es decir, para sus defensores es un medio que colabora a un mejor desarrollo del proceso.

“En mi opinión -continúa-, esos argumentos no son suficientes en orden a la conservación de los recursos no devolutivos. La corrección de los posibles errores judiciales no requiere conservar un recurso para cada providencia que se dicte en el proceso. Basta, simplemente, con establecer un instrumento procesal (que no pasaría de un simple escrito) de advertencia o protesta ante el Juez, otorgando a éste la facultad de rectificar. Con ello nos evitaríamos los trámites de un recurso que, aun breve, ocupan al órgano jurisdiccional retrasando la sustanciación del proceso -razones por las que se ha prescindido de los recursos devolutivos en otros ordenamientos jurídicos- y también impediríamos la utilización abusiva -con claros fines dilatorios- a que nos tiene acostumbrada la práctica judicial en nuestro país”.

c) Recursos frente a la resolución judicial de acumulación de incidentes concursales

Como se ha expuesto, aunque la acumulación de acciones en el incidente concursal teóricamente es la regla general en base a razones de economía procesal y al principio de seguridad jurídica, en la práctica difícilmente se aplica.

En el caso de la impugnación del auto de homologación al que se refiere la Disposición Adicional Cuarta de la Ley Concursal (apartado séptimo) debe estarse expresamente a la necesidad de que sea recurrible en reposición, máxime cuando esta resolución no es susceptible de recurso de apelación. Si las razones expresadas han decantado mi inclinación hacia el mantenimiento de la reposición, cuanto más en el momento en que la tutela judicial efectiva no puede ser amparada por una resolución de segunda instancia.

En los supuestos de acumulación de incidentes concursales -de demandas incidentales- por ministerio de la ley, entiendo que no puede operar la regla del art. 197.3 LC, puesto que no se trata de una resolución judicial *strictu sensu*, sino que se está dictando una resolución con la literalidad legal, es decir, un mero formulario en el que se reproducen los dictados de la Ley Concursal⁶⁹³, sin decidir nada al respecto. Por ello me parece que, contra estas resoluciones, no cabe recurso alguno⁶⁹⁴.

En los supuestos en los que la ley brinda una herramienta para que el Juez del concurso acuerde la acumulación de demandas incidentales -como sería el supuesto específico de la impugnación del inventario y de la lista de acreedores o como entiendo que es la regla general-, el auto que así lo decida será susceptible de recurso de reposición y posterior formulación de protesta a los efectos de la apelación más próxima.

d) Recursos frente a la resolución citando a vista

Como se ha expresado en los apartados relativos a la demanda, contestación y reconvencción incidentales, las partes deben solicitar los medios de prueba de que intenten valerse.

Así, recepcionadas todas las contestaciones a las demandas, o transcurrido el plazo para ello, el Juez valorará, no solamente la existencia de discusión sobre los hechos y su relevancia, sino que habrá de acordar lo procedente respecto de la pertinencia y utilidad de los medios de prueba propuestos en los escritos de alegaciones. La resolución acordando la citación a vista deberá revestir la forma de auto⁶⁹⁵ por incluir la declaración respecto de los medios de prueba. Podrían dictarse dos resoluciones judiciales, pero entiendo que la economía procesal y la celeridad del proceso concursal no lo permiten. Como tal, la posibilidad de ser recurrida se circunscribe al art. 197.3 LC, con recurso de reposición y protesta, para acudir a la apelación más próxima. Y ello, en congruencia con lo expuesto anteriormente en la presentación de protesta.

⁶⁹³ Que en sede procesal civil se dictaría por el Secretario Judicial.

⁶⁹⁴ Contra la ley no cabe recurso. Cuestión distinta es que se considere necesaria una previsión al respecto en la Ley Concursal en buena técnica legislativa.

⁶⁹⁵ Art. 206.1.2º LEC.

La citación a juicio es competencia del Letrado de la Administración de Justicia⁶⁹⁶, lo que determinará una resolución procesal en la que se establecerá la fecha y hora de la vista, sujetándose a los criterios generales y a las concretas y específicas instrucciones recibidas del Juez del concurso, que será susceptible de recurso en los términos del art. 197.1 LC. Esto es, recurso de reposición en atención a lo determinado por el art. 451 LEC y, frente a éste, no se dará recurso alguno, sin perjuicio de reproducir la cuestión, necesariamente, en la primera audiencia ante el Tribunal tras la toma de decisión, tal y como dispone el art. 454.bis LEC, que será necesariamente en el acto de la vista. Sin embargo, siendo una resolución que únicamente indica la fecha y la hora de la vista, no encuentro otro argumento que no sea modificar la fecha. Si se trata de adelantarla, en la audiencia frente al Tribunal ya no tendrá sentido reproducir la cuestión. Si se trata de posponerla, debe solicitarse por escrito y será resuelta en función de los criterios establecidos en el art. 188 LEC.

Es cierto que la práctica forense nos tiene muy acostumbrados a que en la resolución judicial donde se acuerda la citación a la vista es el medio para indicar el día y la hora de celebración del juicio. Si se “aprovecha” el auto donde se razona la existencia de hechos relevantes y se declaran pertinentes y útiles los medios de prueba, se está realizando la citación por un órgano que no tiene competencia. Aunque, la trascendencia es prácticamente nula: primero, porque es el Juez quien establece las concretas y específicas instrucciones para el establecimiento de la fecha y la hora del señalamiento; y, segundo, porque la última palabra la tiene el Juez en la primera audiencia siguiente; por lo que, realmente, no existe posibilidad de un cambio de criterio entre ambos pronunciamientos.

e) Recursos frente a la resolución judicial que acuerda estar los autos listos para sentencia

En los casos en los que no se acuerde la citación para la vista, también debe existir una resolución judicial que revista la forma de auto, pues o no existe discusión sobre los hechos, entiende el Juez que no es relevante, o la única prueba admitida sea documental, o bien que los medios de prueba no sean declarados pertinentes y útiles. En cualquier caso, siempre existirá un pronunciamiento respecto de los medios de prueba, inadmitiéndolos o admitiendo la prueba documental, por lo que la resolución judicial debe revestir dicha forma.

Conforme a la regla general, cabrá recurso de reposición y protesta. En este caso, no debe eliminarse la reposición, pues se trata de la resolución sobre la pertinencia y utilidad de la prueba, supuesto que incide directamente en el derecho a la tutela judicial efectiva y podría generar indefensión a las partes.

f) Recursos frente a la resolución judicial resolviendo cuestiones procesales

Me quiero referir en este apartado a la previsión del art. 194.4.3⁶⁹⁷, que realiza una remisión 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, que

⁶⁹⁶ Véase el art. 182.4 LEC.

⁶⁹⁷ Introducido por Ley 38/2011, de 10 de octubre.

revestirá la forma de auto⁶⁹⁸. Este precepto establece que «*si la decisión fuera continuar el proceso, dictará sentencia en el plazo de diez días*».

Un hipotético recurso de reposición no paraliza los plazos y tiene oportunidad el Juez de pronunciarse si existiese alguna alegación en ese íterin. Es por ello que, cuando no se cite a vista, esto es, «*en otro caso*», «*el Juez dictará la sentencia sin más trámites*». Será en los recursos frente a la sentencia incidental cuando las partes podrán rebatir la resolución que se pronuncia respecto de las cuestiones procesales.

3) EL RECURSO DE APELACIÓN

El sistema de recursos viene a complementar la celeridad en el procedimiento concursal⁶⁹⁹. «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 las partes a concentrar y racionalizar sus motivos de disconformidad y facilita su resolución con la necesaria visión de conjunto»⁷⁰⁰.

Se establece un principio general limitativo de recursos devolutivos, aunque ello debe entenderse en el sentido de que “no significa en realidad la completa irrecurribilidad de las cuestiones objeto de esas resoluciones sino que cabe que se planteen nuevamente a través del recurso de apelación más próximo”⁷⁰¹.

En la práctica el legislador ha establecido unos momentos procesales determinados en los que se puede recurrir en apelación todas aquellas cuestiones en las que se han respetado los presupuestos procesales para que las actuaciones se “desplacen” a la Audiencia Provincial competente y resuelva todas ellas con esa “visión de conjunto”, sin perjuicio de establecer otras en las que considera oportuno disponer un recurso de apelación directo, excepciones que se concentran en los apartados cuarto y quinto del art. 197 Ley Concursal y otros a lo largo del articulado⁷⁰².

Con estos “recursos de apelación periódicos” consigue no paralizar el procedimiento concursal, estableciendo, a mi entender, un equilibrio entre la celeridad de este proceso y “no mermar las garantías procesales”.

En palabras del Tribunal Supremo⁷⁰³, “la apelación diferida, prevista en el artículo 197, apartado tercero, responde al deseo de evitar que el concurso pierda coherencia por la constante tramitación de recursos. Se busca la agrupación de los mismos, con el empleo de la técnica de excluir una apelación directa -salvo en determinados casos- y de admitir,

⁶⁹⁸ Vide, arts. 417.3 y 421.3 LEC.

⁶⁹⁹ Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (X, ap. 3º).

⁷⁰⁰ Exposición de Motivos de la Ley Concursal (X, ap. 6º).

⁷⁰¹ GARNICA MARTÍN, J. F.; “Los recursos en la nueva Ley Concursal”; ob. cit., pág. 25.

⁷⁰² Por ejemplo, en lo previsto, para el incidente concursal, en el art. 194.2 LC se prevé recurso de apelación directo frente al auto de inadmisión por estimar que la cuestión es impertinente o carente de entidad necesaria para tramitarse por la vía incidental, acordando que se dé a la cuestión planteada la tramitación que corresponda.

⁷⁰³ STS de 10 de mayo de 2012 (EDJ 2012/97392).

previa protesta, que una resolución más próxima que la admita (se refiere a la apelación) sirva de instrumento para posibilitar la tramitación de la diferida”.

En este trabajo no se analizará la tramitación del recurso de apelación, por remitirse la Ley Concursal a la Ley de Enjuiciamiento Civil y exceder de los necesarios límites de este estudio.

a) La posible inconstitucionalidad de la apelación diferida

Nuestro Tribunal Constitucional⁷⁰⁴ y el Tribunal Supremo⁷⁰⁵ han integrado el derecho fundamental a los recursos en el art. 24.1 CE, implícito en más genérico derecho a la tutela judicial efectiva. Sin embargo, lo han entendido como un “derecho de configuración legal”, pues los legisladores procesal civil y concursal, dentro de su política legislativa pueden determinar, tanto el número e índole de los recursos, como los requisitos que determinan su admisibilidad. No se trata de un derecho que nace directamente de la Constitución, sino que el legislador goza de un amplio margen de libertad para configurar el sistema de recursos contra las resoluciones judiciales⁷⁰⁶, a diferencia del derecho a la jurisdicción, especialmente protegido para que la pretensión tenga acceso a la cognición judicial.

En el ámbito concursal, el legislador no ha limitado el acceso a los recursos, sino que los ha diferido en el tiempo, lo que provoca, para este proceso judicial propio, que lo acordado se deba plantear nuevamente en el primer acceso al recurso de apelación y a través de unos requisitos procesales. Con ello se ha antepuesto el interés general del concurso como procedimiento principal, la visión en conjunto del órgano jurisdiccional de segunda instancia y la importancia de las resoluciones judiciales que se dicten en este tipo de procesos por su incidencia en una pluralidad de intervinientes.

Por ello entiendo que la apelación diferida, *per se*, no puede considerarse vulneradora de los derechos fundamentales de las partes. Diferente será si es aconsejable un número mayor o menor de resoluciones judiciales que tengan el acceso a la segunda instancia en función de la complejidad de cada concurso en concreto.

⁷⁰⁴ Desde el mítico ATC nº 349/1991, de 25 de noviembre (EDJ 1991/22497) o la STC 16/1992, de 3 de marzo (EDJ 1992/1215) y ATC nº 185/1993, de 14 de junio (EDJ 1993/23598); hasta llegar a las SSTC 203/2012, de 12 de noviembre (EDJ 2012/271376), 190/2012, de 29 de octubre (EDJ 2012/256218) y 130/2012, de 18 de junio (2012/138003).

⁷⁰⁵ Por ejemplo, en las SSTS (Pleno) de 7 de mayo de 2014 (EDJ 2014/96719), de 12 de febrero de 2014 (EDJ 2014/56579) y 19 diciembre 2013 (EDJ 2013/253138).

⁷⁰⁶ En la STC (Pleno) 37/1995, de 7 de febrero (EDJ 1995/110) se sienta la doctrina según la cual, “el sistema de recursos se incorpora a la tutela judicial en la configuración que le da cada una de esas leyes de enjuiciamiento reguladoras de los diferentes órdenes jurisdiccionales, sin que ni siquiera exista un derecho constitucional a disponer de tales medios de impugnación, siendo imaginable, posible y real la eventualidad de que no existan, salvo en lo penal (SSTC 140/85, 37/88 y 106/88). No puede encontrarse en la Constitución ninguna norma o principio que imponga la necesidad de una doble instancia o de unos determinados, recursos, siendo posible en abstracto su inexistencia o condicionar su admisibilidad al cumplimiento de ciertos requisitos. El establecimiento y regulación, en esta materia, pertenece al ámbito de libertad del legislador (STC 3/83)”.

“(…) Como consecuencia de ello -continúa dicha resolución-, el principio hermenéutico “pro actione” no opera con igual intensidad en la fase inicial del proceso, para acceder al sistema judicial, que en las sucesivas, conseguida que fue una primera respuesta judicial a la pretensión cuya es la sustancia medular de la tutela y su contenido esencial, sin importar que sea única o múltiple, según regulen las normas procesales el sistema de recursos. “Es distinto el enjuiciamiento que puedan recibir las normas obstaculizadoras o impeditivas del acceso a la jurisdicción o aquellas otras que limitan la admisibilidad de un recurso extraordinario contra una sentencia anterior dictada en un proceso celebrado con todas las garantías (STC 3/83 y 294/94)”.

En esa línea, caben citarse las SSTC (Pleno) 79/2012, de 17 de abril (EDJ 2012/80393), (Pleno) 20/2012, de 16 de febrero (EDJ 2012/25985) y 35/2011, de 28 de marzo (EDJ 2011/32901).

b) Requisitos para la interposición del recurso de apelación en la apelación más próxima

i) Legitimación del recurrente

Como primer gran requisito exigible, como en cualquier otro recurso, es que únicamente tienen acceso al recurso de apelación las partes⁷⁰⁷.

La intervención del tercero en el incidente concursal -y en general en todos los procesos- tiene diferentes interpretaciones en cuanto al alcance como parte. Ya he tenido ocasión de manifestar que la figura del coadyuvante es perturbadora y, en sede de recursos, es el lugar donde se percibe de forma más acentuada esta circunstancia. El acceso al recurso de apelación sólo está permitido a las partes, por lo que cualquier intervención en este proceso judicial propio, que no sea bajo este estatus, no otorgará legitimación para recurrir. La ambigüedad en la unión de los términos «coadyuvar» y «plena autonomía» puede dar lugar a esas diferentes interpretaciones, pero entiendo que el legislador ha pretendido que se coadyuve como parte procesal. Un ejemplo paradigmático reside en los recursos de apelación frente a las sentencias que ponen fin a los incidentes de calificación del concurso.

Sí debo señalar que el Tribunal Supremo ha restringido la intervención hasta el momento del dictado de la sentencia incidental, limitando “la legitimación para recurrir a quienes ya ostentan la cualidad de parte cuando recae sentencia”⁷⁰⁸.

ii) El gravamen

El segundo requisito es el gravamen, es decir, que a quien interponga el recurso de apelación le debe afectar la resolución judicial desfavorablemente⁷⁰⁹.

De no existir este gravamen, el Juez del concurso lo inadmitirá a trámite. La interpretación de este requisito debe realizarse de forma restrictiva, bajo un juicio de proporcionalidad⁷¹⁰, pues nos encontramos ante el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a los recursos. Por ello, se trata de una causa de inadmisión que solamente se acordará en casos ciertamente extremos y que debe concurrir en el momento de acceso a la apelación más próxima⁷¹¹.

⁷⁰⁷ Art. 448.1 LEC.

⁷⁰⁸ El Tribunal Supremo (Sentencia de 15 de junio de 2004) se ha manifestado en contra de que la intervención de terceros pueda tener lugar una vez finalizada la primera instancia, dictada la sentencia, entendiéndose que “(...) resulta evidente que la concepción que el legislador de la LECiv 1/2000 ha hecho de la intervención de terceros, inicialmente no demandantes ni demandados, de manera voluntaria (art. 13 LECiv/2000) o provocada (art. 14 LECiv/2000), se limita a la pendencia de la primera instancia (...) como lo corrobora la terminología de los elementos subjetivos que utiliza el art. 13 LECiv/2000: demandante o demandado; en cualquier caso, aunque se admitiera la intervención del tercero en momento ulterior a la sentencia definitiva de primer grado, el art. 448.1 LECiv/2000, es rotundo, como se ha considerado, al contraer la legitimación de las partes, (...) pues la firmeza de las resoluciones judiciales no puede depender de alguien que, pudiendo ser parte en la instancia, decide no intervenir oportunamente”.

⁷⁰⁹ Art. 448.1 LEC.

En este sentido, pueden citarse las SSAP Valladolid de 26 de abril de 2011 (EDJ 2011/95212); Madrid de 12 de marzo de 2010 (EDJ 2010/95647) y de 19 de enero de 2009 (EDJ 2009/29012), que señalan que “basta que un gravamen indirecto para poder recurrir la resolución.

⁷¹⁰ Véase, por ejemplo, la STC 21 julio 2014 (2014/129840).

⁷¹¹ STS 10 mayo 2012 (EDJ 2012/97392).

iii) Competencia del órgano judicial

Requisito indispensable es que el recurso se interponga ante el órgano que dictó la resolución recurrida y dirigido al Tribunal que deberá conocer del mismo⁷¹². Para el incidente concursal, se interpondrá ante el Juzgado de lo Mercantil que conoce del concurso en el que se ha tramitado el incidente en el que se ha dictado la resolución que se impugne y dirigido a la Audiencia Provincial a cuya circunscripción corresponde.

iv) Recurribilidad de la resolución judicial impugnada

Aun evidente, para interponer el recurso, es necesario que esté previsto en la Ley Concursal⁷¹³.

A lo largo de este estudio se hará mención a las resoluciones recurribles tanto en apelación directa como diferida.

v) Interposición en tiempo y forma.

El recurso se interpondrá en el plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de la resolución que se impugne⁷¹⁴.

En cuanto a la forma, «*en la interposición del recurso el apelante deberá exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna*»⁷¹⁵. Si se alegare infracción de normas o garantías procesales en la primera instancia, «el escrito de interposición deberá citar las normas que se consideren infringidas y alegar, en su caso, la indefensión sufrida».

Debe atenderse también a que son requisitos de forma la representación por Procurador⁷¹⁶, la asistencia de Letrado⁷¹⁷, la constitución del depósito para recurrir⁷¹⁸, la tasa Judicial por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil, contencioso-administrativo y social⁷¹⁹ o el traslado previo de copias⁷²⁰.

vi) ¿El recurso de reposición frente a la resolución que se apelará?

El art. 197.3 LC dispone que frente a las «*providencias y autos que dicte el Juez del concurso sólo cabrá el recurso de reposición*», y en el apartado cuarto, que «*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 [...]*».

⁷¹² Art. 458.1 LEC.

⁷¹³ Art. 458.3, en relación con el art. 448.1, ambos LEC y el art. 197, apartados cuarto y quinto, LC y otros a lo largo de su articulado en los que se hace referencia a este recurso.

⁷¹⁴ Art. 458.1 LEC.

⁷¹⁵ Art. 458.2 LEC.

⁷¹⁶ Art. 23.1 LEC.

⁷¹⁷ Art. 31.1 LEC.

⁷¹⁸ Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

⁷¹⁹ Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

⁷²⁰ Art. 275 LEC.

Puede plantearse si este recurso de reposición es requisito indispensable para el acceso a la apelación más próxima⁷²¹ por entender que la Ley Concursal así lo exige y que, de no haberse recurrido la parte ha consentido lo acordado -no existiendo gravamen- aunque se formule protesta. O, por el contrario, puede considerarse que es potestativo y que la protesta en forma es suficiente para interponer la correspondiente apelación más próxima⁷²².

La utilización de la expresión «*sólo cabrá el recurso de reposición*» del apartado tercero del art. 197 LC excluye cualquier otro recurso. Y, del apartado cuarto «*pero las partes podrán reproducir*» alude a la posibilidad de reproducir su pretensión en la apelación más próxima, en virtud del principio dispositivo, aunque esta última hace referencia a los autos resolutorios de recursos de reposición a los que la ley veta impugnación de forma directa.

Una interpretación conjunta de ambos preceptos encaja permitiendo recurso de reposición y apelación diferida. Sin embargo, me inclino por una solución en la que no se permita un recurso, como el de reposición, que no tiene efectos suspensivos⁷²³ respecto de la resolución recurrida, y menos en sede concursal donde la suspensión de las actuaciones debe acordarse expresamente por el Juez del concurso, restringiéndose a las que puedan verse afectadas por la resolución de segunda instancia⁷²⁴, por lo que tampoco suspenderá el curso de las actuaciones respecto de la apelación más próxima.

El recurso de reposición -con la doctrina que he citado-, por entender que debería ser eliminado, pues no tiene muchas probabilidades de éxito reproducir la cuestión ante el mismo órgano jurisdiccional se están destinando unos recursos que merman su capacidad de resolución y dificultan la celeridad que debe presidir el procedimiento concursal. La protesta, por su parte, tiene un único plazo de cinco días para mostrar la afectación desfavorable y el no consentimiento de la parte, sin más tramitación que su unión a las actuaciones. En ambos casos, además, quedarán pendientes de resolución.

Sostener la necesidad del recurso de reposición más protesta implica el mantenimiento de dos actos procesales de disconformidad frente a la resolución que se recurrirá en apelación y, el primero, ante el mismo órgano judicial. Por ello abogo por la eliminación de este recurso como obligatorio y previo -ni siquiera optativo-, exigiéndose únicamente la protesta, que deberá citarse obligatoriamente en el momento de interponerse el recurso de apelación. Sin perjuicio de prever legalmente, que el Juez del concurso, como director procesal del concurso, procedimiento con pronunciados tildes de interés general,

⁷²¹ Como entendió, por ejemplo, la SAP Toledo de 28 de abril de 2009 (EDJ 2009/98645): “Y en el supuesto de que sea de modo diferido siempre y cuando antes exista un recurso de reposición, que haya sido desestimado, y la correspondiente protesta, art. 197.2 y 3 que, por otro lado, es similar al que se contempla en la LEC, así el art. 455 señala qué resoluciones son recurribles y el art. 451 que dispone las que lo son en reposición, así como el art. 454 que se pronuncia sobre la posibilidad de reproducir en alzada aquellas cuestiones que hayan sido resueltas en un recurso de reposición contra la que no se pueda recurrir de modo directo en apelación.

⁷²² La SAP Castellón de 3 de diciembre de 2009 (EDJ 2009/365017) señala que “y, si bien pudo la parte intentar su reposición, optó por la directa interposición del recurso de apelación que, como vemos, no tiene aquí cabida, si bien pudo formular protesta en el plazo de cinco días para reproducir la cuestión en la apelación más próxima”.

⁷²³ Art. 451.3 LEC.

⁷²⁴ Art. 197.6 LC.

tenga la facultad en supuestos muy determinados de dar traslado al resto de las partes y dictar la resolución que corresponda.

vii) Protesta

Se constituye como un requisito de admisibilidad, atendiendo a su fundamento de quedar en las actuaciones constancia de que a la parte a quien le afecte desfavorablemente la resolución, no la consiente. Debe presentarse dentro de los cinco días siguientes al de la notificación de la resolución que se pretende recurrir.

La forma y contenido no vienen regulados en la Ley Concursal⁷²⁵. A falta de un acto oral previsto, debe presentarse por escrito por el Procurador asignado.

Respecto del contenido, no debe realizarse una interpretación formalista, aunque sí se requieren unos requisitos mínimos. Por preverlo el art. 458.2 LEC, aun en sede ya de la interposición del recurso, debe citarse la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna, pues el recurso de apelación queda vinculado y limitado a la hora de exponer las alegaciones en que se base la impugnación por el principio de congruencia. No entiendo razonable que el apelante extienda sus pretensiones a cuestiones sobre las que no ha manifestado su disconformidad y a las que la protesta no otorga cobertura.

Como cualquier otro escrito, requiere la firma de Abogado y Procurador.

viii) Impugnación formal de la resolución vehicular

Una vez presentada la protesta, el que será recurrente debe esperar a que se dicte una resolución que tenga acceso a la segunda instancia. En ese momento, dispondrá de veinte días desde el siguiente a la notificación de la resolución que tiene acceso a la apelación, para interponer el recurso⁷²⁶. Sin embargo, debe resaltarse que se está impugnando la resolución frente a la cual se protestó, y no la dictada y frente a la que formalmente se interpone el recurso, que únicamente “se limita a ser un mero asidero para el recurso que se pretende ejercitar”⁷²⁷.

Lo anterior conlleva a la consecuencia de que no existe gravamen frente a la resolución judicial a través de cuya impugnación se accede al recurso de apelación real, por lo que “la opinión generalizada en la doctrina y recogida ya por algún sector jurisprudencial, es que la razón de ser del sistema recogido en el art. 197 LC es la de diferir el momento para sustanciar el recurso, pero no condicionarlo a que exista una relación de “medio a fin” entre la resolución interlocutoria y la definitiva directamente apelable (...). Es, pues, una relación temporal y no conceptual”⁷²⁸.

A mi juicio, no nos encontramos ante un requisito.

No me parece que existan razones que expliquen la necesidad de interponer un recurso de apelación frente a una resolución para que se resuelva lo que se ha acordado

⁷²⁵ Siguiendo a GARNICA MARTIN, J. F.; “Los recursos en la nueva Ley Concursal”; Práctica de los Tribunales; nº 7; Sección Estudios; julio-agosto, 2004; Ed. La Ley (985/2004); pág. 228.

⁷²⁶ Art. 458.1 LEC.

⁷²⁷ En palabras de la SAP Badajoz de 3 de noviembre de 2011 (EDJ 2011/266678).

⁷²⁸ Por ejemplo, las SSAP Badajoz de 3 de noviembre de 2011 (EDJ 2011/266678); Zaragoza 8 de noviembre de 2007 (EDJ 2007/299318) ó Huesca de 18 de octubre de 2006 (EDJ 2006/313301).

en otra. No existe relación temporal, conceptual, de congruencia, ni de ningún otro tipo. Solamente, el precepto legal que determina diferir el acceso a la segunda instancia a determinadas resoluciones y el momento en que podrán acceder, que coincide con la apelación de una serie de resoluciones legalmente tasadas.

Posiblemente hubiera sido más fácil y esclarecedor, y jurídicamente más acorde, que el legislador hubiera establecido uno o varios momentos procesales⁷²⁹ en lo que, de existir protestas, se dicte una resolución “abriendo la apelación más próxima”, iniciándose un período en el que las partes podrían interponer su recurso de apelación frente a la resolución contra la que protestaron, dándose el trámite procesal al recurso.

Con ello se pueden conseguir, al menos, dos resultados beneficiosos. El primero, que la Audiencia Provincial pueda acordar que se sustancien todos ellos de forma conjunta, o, por el contrario, que sea el órgano de segunda instancia quien decida cómo se conocerán, atendiendo a la naturaleza de las resoluciones y pretensiones que integren los recursos de apelación interpuestos⁷³⁰. El segundo, porque no tiene sentido notificar la resolución judicial que sirve de vehículo a quienes no fueron parte en el proceso incidental y a quienes no afecta.

Entiendo, además, que el dictado de una resolución “abriendo la apelación más próxima”, permite un acto de comunicación más acorde a todos aquellos sujetos que presentaron protesta, abriéndose un plazo de interposición y remitiéndose al órgano competente una vez transcurrido el plazo de impugnación.

c) Los autos definitivos del incidente concursal y la apelación

En el proceso civil, las cuestiones incidentales finalizan con una resolución en forma de auto, que tendrá siempre el carácter de definitivo⁷³¹. El art. 393.5 LEC⁷³² determina que «cuando la cuestión se resuelva por medio de auto, si éste acordare poner fin al proceso, cabrá recurso de apelación, y si decidiere su continuación, no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de que la parte perjudicada pueda impugnar la resolución al apelar la sentencia definitiva». En consecuencia, esta resolución puede resolver el contenido de la cuestión sin ser susceptible de recurso alguno, sin perjuicio de que la parte perjudicada pueda impugnar la resolución definitiva en el pleito principal.

Este supuesto no puede plantearse en este proceso judicial propio, a pesar de su carácter incidental respecto del concurso. La resolución que lo resuelva será, de ordinario, una sentencia, en virtud de lo dispuesto en el art. 196 LC. A excepción, pero, de los casos

⁷²⁹ Por el mismo criterio por el que establece que algunas resoluciones deben acudir directamente a apelación y no deben diferirse.

⁷³⁰ En este sentido, comparto la opinión de GARNICA MARTIN, J. F.; “Los recursos en la nueva Ley Concursal”; *Práctica de los Tribunales*; nº 7; Sección Estudios; julio-agosto, 2004; Ed. La Ley (985/2004): “No creemos que sea razonable que los recursos de apelación pendientes se adhieran a recursos de apelación tales como el que procede contra la sentencia que pone fin a la Sección de calificación (art. 172.4), por dos razones: primera, porque es un recurso limitado a quienes hubieran sido parte en la propia sección; y segunda, porque el contenido de la resolución de esta Sección es muy específico y resulta poco conveniente mezclarlo con otras cuestiones. Si bien esta última objeción hemos de reconocer que no es peculiar de este caso concreto sino que es común a la mayor parte de los supuestos”. Ob. cit., pág. 228.

⁷³¹ Art. 206.2.2º LEC.

⁷³² “Admisión, sustanciación y decisión de las cuestiones incidentales”.

en los que se inadmite a trámite la demanda incidental, en cuyo caso los autos dictados finalizarán el proceso y tendrán igualmente el carácter de definitivos.

O, igualmente, cuando se dicte un auto homologando un acuerdo transaccional. Es interesante resaltar el supuesto analizado en la jurisprudencia⁷³³ en el caso de la estimación de un recurso de reposición frente a una providencia en la que se admitía a trámite la solicitud de un acuerdo de homologación, dictándose un auto en el que se inadmitió la tramitación de dicho acuerdo. En el auto resolviendo la queja recuerda que no es posible interponer recurso de reposición frente a los autos resolviendo reposición en la fase de liquidación. El Tribunal, sin embargo, estima el recurso de queja fundamentando que la solicitud de homologación del acuerdo de refinanciación, “resulta ajena a las concretas operaciones liquidatorias previstas en el plan y pese a haberse ampliado el plazo para presentar dicha solicitud antes de iniciar propiamente las operaciones de liquidación, ésta no se presenta en ejecución de dicho plan, sino precisamente para remover la situación de insolvencia e impedir la liquidación de la compañía”. Por tanto, cabe interponer recurso de apelación.

Debo hacer una breve referencia a estas resoluciones en forma de auto en función del precepto en que se fundamenten.

i) Referencia al auto del art. 194.2 LC

Esta norma prevé que, al presentarse una demanda incidental, si el Juez estima que la cuestión planteada es impertinente o carece de entidad necesaria para tramitarla por la vía incidental, acordará su inadmisión, pero también prevé que en dicha resolución se le dará a esa cuestión la tramitación que corresponda.

Procesalmente, la demanda incidental implica la apertura de un expediente autónomo, incidental al concurso y con una tramitación separada del procedimiento principal. Su recepción requiere de una resolución procesal del Letrado de la Administración de Justicia de presentación y, si es el caso, de requerimiento de aquellos defectos, respecto de los cuales sea competente, y que entienda sean subsanables. Una vez recepcionada la demanda y subsanados dichos defectos -o de no existir-, acordará en otra resolución la dación de cuenta.

Al dictarse la resolución judicial a la que se refiere este precepto, se archivará el incidente concursal, tanto inadmitiendo la demanda, como dándole a la cuestión la tramitación que corresponda.

En referencia al art. 194.2 LC, lo primero que cabe decir es que no ha sido armonizado por las reformas. El texto hace alusión al ahora segundo apartado, que dispone que «*los recursos contra las resoluciones dictadas por el Juez en el concurso se sustanciarán en la forma prevista por la Ley de Enjuiciamiento Civil, con las modificaciones que se indican a continuación y sin perjuicio de lo previsto en el artículo 64 de esta Ley*». Y sigue haciendo referencia a su tramitación, no al tipo de recurso que puede interponerse.

⁷³³ AAP Barcelona (Sección 15ª) 209/2016, de 15 de diciembre, resolviendo un recurso de queja.

En este sentido, la Ley Concursal no regula un régimen de recursos para los autos definitivos. La regla general establecida por el legislador concursal⁷³⁴ consiste en que frente a los autos dictados por el Juez del concurso sólo se admite recurso de reposición, siendo reproducible la cuestión en la apelación más próxima, con la oportuna protesta.

La mención del art. 194.2 LC a «*su inadmisión*» y «*recurso de apelación en los términos establecidos en el apartado 1 del artículo 197*», no permite aplicar esta regla general, como tampoco cabe pensar en extenderla a los autos definitivos. Por ello, en principio, sería de aplicación el art. 455 LEC, que prevé para ellos recurso de apelación, tramitándose preferentemente en los casos de inadmisión «*por falta de requisitos que la ley exija para casos especiales*».

Pero entiendo que la referencia al recurso de apelación directo, lejos de avalar la aplicación del art. 455 LEC, viene a ratificar la dificultad de su entendimiento. No tiene sentido prever expresamente un recurso de apelación frente a un auto definitivo si la regla general es la misma en el proceso civil. Máxime si la dicción de ambos preceptos permanece incólume desde la entrada en vigor de ambas leyes.

Igualmente, tampoco ayuda el hecho de que, al ordenar el texto concursal, «*que se dé a la cuestión planteada la tramitación que corresponda*», no se le está poniendo fin a la primera instancia en el sentido del art. 207.1 LEC, pues no está finalizando la cognición judicial, si no que ésta se realiza por otros trámites.

Sólo puede entenderse en el sentido de que el auto tenga acceso a un recurso de apelación directo en los términos del art. 455 LEC, quedando como cuestión a resolver qué incidencia tendrá la resolución de la Audiencia Provincial en la «*tramitación que corresponda*» que se le haya dado a la cuestión planteada y entendida como impertinente o carente de entidad necesaria para tramitarla por la vía incidental.

ii) El auto de inadmisión del art. 403.1 LEC

Como he señalado, la Ley Concursal no regula un régimen de recursos para los autos definitivos. Esta falta de regulación ya ha llevado a la jurisprudencia⁷³⁵ a salvar la laguna acudiendo a la subsidiariedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicando el art. 455 LEC y recurso de apelación directo. En la doctrina puede encontrarse una conclusión distinta, interpretada bajo la *voluntas legislatoris*, entendiendo que existe una “voluntad clara y explícita del legislador de excluir la recurribilidad en apelación de las resoluciones que les pongan término”⁷³⁶, en cuanto son autos definitivos.

Es posible que la voluntad del legislador concursal haya sido diferir el recurso de todos los autos dictados por el Juez del concurso, sin distinción -incluso- entre definitivos e interlocutorios. Pero entiendo que este proceso judicial propio, aun siendo incidental respecto del concurso, tiene el requisito de inadmisión de las demandas civiles, que se extiende a las causas recogidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil. En este sentido, por ejemplo, el art. 276.3 LEC exige que con la demanda se acompañen copias para las

⁷³⁴ Véase la Exposición de Motivos de la Ley Concursal (X, ap. 3º).

⁷³⁵ En este sentido, los AAAP Tarragona de 30 de diciembre de 2009 (EDJ 2009/365951); Madrid de 19 de julio de 2007 (EDJ 2007/320346) ó de 11 de junio de 2007 (EDJ 2007/289769)

⁷³⁶ LÓPEZ SÁNCHEZ, J.; ob. cit., pág. 415.

partes a quienes se dirija ésta, anudando a su omisión la consecuencia de no tenerse por presentada y, por tanto, la no admisión a trámite.

El incumplimiento de los requisitos procesales (falta de poder, copias para las partes, tasa judicial, etc.) tiene el efecto de cerrar el paso a la cognición judicial respecto de la pretensión y, como directamente consecuencia, una rápida revisión de la denegación del derecho a la tutela judicial efectiva en segunda instancia, atendiendo a ese derecho fundamental.

iii) El auto del art. 192.3 LC

A pesar de su distinta fundamentación, como he tenido ocasión de argumentar, la inadmisión de las demandas incidentales que tengan por objeto solicitar actos de administración o impugnarlos por razones de oportunidad, también implica una resolución judicial en forma de auto, que será definitivo.

Por el mismo posicionamiento del apartado anterior, entiendo aplicable el art. 455 LEC y, en consecuencia, la posibilidad de interponer frente a él recurso de apelación directo.

d) Las sentencias incidentales recurribles en apelación diferida

La apelación diferida, en virtud de lo dispuesto en el art. 197.4 LC, constituye la regla general para las sentencias que resuelvan los incidentes concursales en la fase común o en la de convenio. Por tanto, serán recurribles de esta forma todas aquellas dictadas en dichas fases siempre que la Ley Concursal no prevea recurso de apelación directa.

e) Las sentencias incidentales recurribles en apelación directa

El art. 197.4 LC establece procedente el recurso de apelación directo frente a las resoluciones judiciales que resuelvan acciones rescisorias y demás de impugnación⁷³⁷ y contra las sentencias incidentales respecto de los incidentes concursales frente a la decisión negatoria de la administración concursal de entregar los bienes de propiedad ajena que se encuentren en poder del concursado y sobre los cuáles éste no tenga derecho de uso, garantía o retención⁷³⁸.

Por otra parte, el apartado quinto del mismo precepto, prevé recurso de apelación directo frente a las sentencias incidentales que aprueben el convenio o las que resuelvan incidentes concursales planteados con posterioridad o durante la fase de liquidación.

Fuera del art. 197.4 LC se dispone que «*la sentencia que estime la oposición por infracción legal en el contenido del convenio o inviabilidad objetiva de su cumplimiento declarará rechazado el convenio. Contra la misma podrá presentarse recurso de apelación*»⁷³⁹. Igualmente, es susceptible de recurso de apelación la sentencia incidental que resuelva el incidente concursal en que se solicite la declaración de incumplimiento del

⁷³⁷ Art. 72.4 LC.

⁷³⁸ Art. 80.2 LC.

⁷³⁹ Art. 129.3 LC.

convenio⁷⁴⁰. Por último, la sentencia incidental que resuelva la calificación también es susceptible de recurso de apelación directo⁷⁴¹.

Mención aparte requiere el recurso dispuesto para la sentencia incidental que resuelva la oposición a la conclusión del concurso, pues la Ley Concursal⁷⁴² establece que «*cabrán los recursos previstos en esta ley para las sentencias dictadas en incidentes concursales*». Esta sentencia de oposición se puede dictar en cualquier estadio del procedimiento⁷⁴³, por lo que dependerá de ese momento el fundamento y su tramitación. Si se produce con posterioridad o durante la liquidación seguirá la apelación directa dispuesta en el art. 197.5 LC. Si se dicta por insuficiencia de la masa, a propósito del auto de declaración de concurso, también será directamente apelable por establecerlo específicamente el art. 176.4.2º LC.

En cualquier otro supuesto, le será de aplicación el citado apartado cuarto del art. 197 LC, reproduciéndose en la apelación más próxima, mediando protesta. A salvo, por razones obvias, cuando concluya el concurso, en cuyo caso no existirá apelación diferida.

Esta solución no me parece acorde con una regulación unitaria para los recursos a interponer frente a todas las resoluciones judiciales que acuerden la conclusión del concurso, pues en cualquier caso pone fin la procedimiento concursal. Entiendo que el problema radica en la desafortunada redacción del art. 177.2 LC, pues aun siguiendo el régimen general no existe ninguna apelación más próxima concluido el concurso. Por ello, sería más preciso establecer que frente a la conclusión del concurso cabe interponer recurso de apelación directo, en cualquier estado del procedimiento concursal.

Y, con la doctrina⁷⁴⁴, la previsión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal contra las sentencias incidentales dictadas por las Audiencias Provinciales relativas a la conclusión del concurso⁷⁴⁵, así como “la extensión del recurso de apelación contra la sentencia que resuelva la oposición a la conclusión del concurso a los procedimientos concursales que se encuentren en tramitación a la entrada en vigor de la Ley Concursal”⁷⁴⁶, son argumentos de peso para considerar que la sentencia que nos ocupa, sea cual fuere el estado del proceso concursal en que se dicte, será susceptible de recurso de apelación.

⁷⁴⁰ Art. 140.3 LC.

⁷⁴¹ Art. 172.4 LC.

⁷⁴² Art. 177.2 LC.

⁷⁴³ Art. 176.1.3º y 4º LC.

⁷⁴⁴ SENÉS MONTILLA, C.; “La tramitación del procedimiento concursal”; ob. cit., pág. 607 y DIAZ MARTÍNEZ, M.; «El incidente concursal. Un instrumento autónomo...»; ob. cit., págs. 137 y 138.

⁷⁴⁵ Art. 197.7 LC.

⁷⁴⁶ Disposición Transitoria Primera, apartado primero, de la Ley Concursal.

Véase, igualmente, DIAZ MARTÍNEZ, M.; «El incidente concursal. Un instrumento autónomo...»; ob. cit., pág. 138.

4) LOS RECURSOS EXTRAORDINARIOS POR INFRACCIÓN PROCESAL Y DE CASACIÓN

a) Introducción

La Ley Concursal, siguiendo el esquema del ordenamiento procesal civil, ha introducido la posibilidad de interponer los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, “de acuerdo con los criterios de admisión previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil”⁷⁴⁷. Como recursos extraordinarios que son, sólo es posible interponerlos frente a determinadas resoluciones judiciales tasadas y por motivos también tasados.

Como en el recurso de apelación, en los recursos extraordinarios, tampoco haré referencia a su tramitación, por remitirse la Ley Concursal a la Ley de Enjuiciamiento Civil y exceder de los límites del presente trabajo.

b) Requisitos de admisión del recurso extraordinario por infracción procesal

Los criterios de admisión forman parte del sistema de recursos⁷⁴⁸ y el Tribunal Supremo ha dictado un acuerdo para su clasificación, así como para el mejor funcionamiento de la actividad jurisdiccional, al que se hará referencia en los siguientes apartados.

i) Legitimación del recurrente

Como cualquier otro recurso, quien interponga el extraordinario por infracción procesal deberá tener legitimación. En virtud de lo dispuesto en el art. 448.1 LEC, la ostentan las partes procesales.

Nuevamente se reproducen aquí los problemas prácticos que se plantean con la institución del coadyuvante. Para evitar reiteraciones, me remito a lo expuesto sobre la misma en el apartado 2.b) del presente capítulo.

ii) Gravamen

Igual que el resto de recursos, el art. 448.1 LEC exige el requisito de que la parte pueda recurrir contra las resoluciones judiciales que les acten desfavorablemente.

En este sentido, entiendo que únicamente existe gravamen si la parte ha utilizado todos los medios legales a su alcance para la subsanación del defecto procesal que se entiende infringido⁷⁴⁹, pues de otro modo la parte habrá consentido la resolución y ya no podrá mostrar su disconformidad.

⁷⁴⁷ Art. 197.7 LC.

⁷⁴⁸ Según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 150/2004, 114/2009 y 10/2012, entre otras).

⁷⁴⁹ Art. 469.2 LEC.

iii) Competencia del Tribunal

Debe interponerse ante la Audiencia Provincial que dictó la resolución que se pretende recurrir⁷⁵⁰. Transitoriamente, en tanto no se confiera competencia a los Tribunales Superiores de Justicia para conocer del recurso que nos ocupa, corresponderá resolverlo a la Sala Civil del Tribunal Supremo.

iv) Recurribilidad de la resolución judicial impugnada

Para interponer este recurso extraordinario, es requisito que la resolución esté comprendida en las citadas en el art. 197.7 LC, respecto de las cuales trataré algo más detalladamente a lo largo de las páginas siguientes.

v) No reiteración de recursos

En los casos en que, estimado el recurso extraordinario por infracción procesal, la Audiencia Provincial dicte sentencia, no puede interponerse nuevo recurso fundado en las mismas infracciones y cuestiones que fueron objeto del primer recurso.

vi) Interposición en tiempo y forma

El recurso debe interponerse en el plazo de veinte días hábiles desde el día siguiente al de la notificación de la resolución que se impugne⁷⁵¹.

Hasta fechas recientes no se exigía una manera determinada de interponerse. Mediante el Acuerdo de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal del Pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017 se han establecido nuevos requisitos de forma.

Para el recurso de casación, respecto de la extensión del escrito de interposición, la Sala Primera señala la necesidad del estricto cumplimiento del art. 481.1 LEC, esto es, «[...] se expondrán, con la necesaria extensión, los fundamentos [...]», entendiéndose la Sala que “no se cumple este requisito cuando la argumentación sea esquemática o demasiado escueta, pero tampoco cuando sea tan extensa que impida conocer el verdadero fundamento del motivo”⁷⁵². Como curiosidad, este Acuerdo regula una extensión de 25 páginas, regulando el tipo de letra y el interlineado a utilizar para la medida designada.

Por otro lado, para ambos recursos extraordinarios, y en cuanto a la estructura del escrito de interposición, deben ordenarse bien los motivos, formulándose cada uno de ellos de forma separada y numerados correlativamente. Se prohíbe, igualmente, la formación de submotivos.

Ambos recursos deben prepararse separando el escrito de interposición en dos partes perfectamente diferenciadas. En la primera, se deberá precisar la norma que habilita a la parte recurrente para interponer el respectivo recurso. En la segunda, se expondrán los

⁷⁵⁰ Art. 468 LEC.

⁷⁵¹ Art. 470.1 LEC.

⁷⁵² Acuerdo de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 27 de enero de 2017, pág. 5.

motivos del recurso que constarán de un encabezamiento y un desarrollo, que deberán cumplir los requisitos que el propio Acuerdo establece⁷⁵³.

⁷⁵³ El Acuerdo de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 27 de enero de 2017 (ap. III,2), págs. 6 a 11, dispone que “El encabezamiento de cada motivo deberá condensar sus elementos esenciales, de forma que puedan ser comprendidos sin necesidad de acudir al estudio de su fundamentación.

2.1. Recurso extraordinario por infracción procesal

El encabezamiento de cada motivo contendrá:

- a) El motivo, de los cuatro previstos en el art. 469.1 LEC, en que se ampara.
- b) La cita precisa de la norma infringida. No podrá acumularse la cita de preceptos heterogéneos en un mismo motivo. No será suficiente que la norma infringida pueda deducirse del desarrollo del motivo.
- c) El resumen de la infracción cometida (cómo, por qué y en qué ha sido infringida o desconocida la norma citada).
- d) El intento de subsanación de la infracción en la instancia o instancias correspondientes, cuando haya sido posible, y el resultado de dicho intento.
- e) La identificación concreta de la indefensión material producida si el recurso se interpone por los ordinales 3º y 4º del art. 469.1 LEC.

2.2. Recurso de casación

- A) Requisitos comunes a todos los supuestos:
 - a) La cita precisa de la norma infringida, aunque haya sido identificada en otro lugar del recurso. No podrá acumularse la cita de preceptos heterogéneos en un mismo motivo. No será suficiente que la norma infringida pueda deducirse del desarrollo del motivo.
 - b) El resumen de la infracción cometida (cómo, por qué y en qué ha sido infringida o desconocida la norma citada).
- B) En el recurso de casación contra sentencias dictadas en procedimientos de cuantía superior a 600.000 € la justificación de que el procedimiento se ha tramitado por razón de la cuantía (y no de la materia) y el importe preciso de esta.
- C) En el recurso de casación por interés casacional, la modalidad de interés casacional invocada (oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplicación de norma de vigencia inferior a cinco años).

3. Requisitos del desarrollo de cada motivo del recurso

3.1. Requisitos comunes a ambos recursos

En el desarrollo de cada motivo se expondrán, con la necesaria extensión, los fundamentos del mismo (arts. 471 y 481 LEC). Una extensión excesiva, en los términos del apartado III.1, puede ser considerada innecesaria y, en consecuencia, puede dar lugar a la inadmisión del recurso. La sala considera que, por lo general, es suficiente una extensión de veinticinco páginas con interlineado 1,5 y fuente Times New Roman con un tamaño de 12 puntos en el texto y de 10 puntos en las notas a pie de página o en la transcripción literal de preceptos o párrafos de sentencias que se incorporen.

El objeto del desarrollo será la exposición razonada de la infracción o vulneración denunciada en el encabezamiento y de cómo influyó en el resultado del proceso. No podrá apartarse del contenido esencial del encabezamiento y deberá tener la razonable claridad expositiva para permitir la identificación del problema jurídico planteado y para fundamentar adecuadamente la infracción del ordenamiento jurídico alegada en relación con la norma, derecho fundamental, principio general del derecho o jurisprudencia aplicable al caso que se denuncien como vulnerados.

3.2. Requisitos del recurso extraordinario por infracción procesal

En el desarrollo de cada motivo se deberá hacer referencia exacta a las actuaciones sustanciadas en primera y segunda instancia con indicación de la resolución judicial supuestamente infractora; cuando se trate de un error fáctico, patente e inmediatamente verificable en la valoración de la prueba, se deberá indicar la prueba concreta, incluso con referencia al folio de las actuaciones o al minuto del soporte audiovisual, y exponer cómo, dónde o cuándo se ha producido el error.

3.3. Requisitos del recurso de casación

A) Requisitos generales

- a) La infracción de norma o jurisprudencia aplicable al caso debe ser relevante para el fallo, atendida la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida.
- b) Cuando se alegue más de una infracción, cada una de ellas deberá ser formulada en un motivo distinto, y todos ellos habrán de ser numerados correlativamente. Los motivos no podrán dividirse en submotivos.
- c) No cabe la cita de un precepto seguido de fórmulas tales como “y siguientes”, “y concordantes” o similares para identificar la infracción cuando comporte ambigüedad o indefinición. Tampoco cabe la cita de preceptos heterogéneos en un mismo motivo, ni la cita de preceptos de carácter genérico que pueda comportar ambigüedad o indefinición.

-
- d) La norma citada como infringida debe ser sustantiva y no procesal. El recurso de casación civil no puede fundarse en normas administrativas, penales o laborales que no se pongan en relación con una norma civil.
- e) Los motivos del recurso de casación deben respetar la valoración de la prueba contenida en la sentencia recurrida, lo que implica:
- que no se puede pretender una revisión de los hechos probados ni una nueva valoración probatoria.
 - que no pueden fundarse implícita o explícitamente en hechos distintos de los declarados probados en la sentencia recurrida, ni en la omisión total o parcial de los hechos que la Audiencia Provincial considere acreditados (petición de principio o hacer supuesto de la cuestión).
- f) Los motivos del recurso deben respetar el ámbito de la discusión jurídica habida en la instancia (art. 477.1 LEC), lo que implica:
- que no pueden suscitarse cuestiones nuevas, entendiendo por tales tanto las que se planteen por primera vez en el recurso de casación como las indebidamente planteadas en la segunda instancia.
 - que no pueden plantearse cuestiones que no afecten a la *ratio decidendi* de la sentencia.
- B) Requisitos específicos del recurso de casación por interés casacional en cualquiera de sus modalidades El recurso de casación por interés casacional va encaminado a la fijación de doctrina jurisprudencial (art. 487.3 LEC). A los requisitos comunes a todo recurso de casación hay que añadir los siguientes:
- a) La justificación, con la necesaria claridad, de la concurrencia del interés casacional.
- b) Debe tenerse en cuenta que el recurso no puede ser admitido, entre otros supuestos, si la oposición a la jurisprudencia invocada o pretendida carece de consecuencias para la decisión del litigio, atendida la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida; si el criterio aplicable para resolver el problema planteado depende única o sustancialmente de las circunstancias fácticas de cada caso; o si la aplicación de la jurisprudencia invocada o pretendida solo puede llevar a una modificación del fallo mediante la omisión total o parcial o de los hechos que la Audiencia Provincial considere probados.
- C) Requisitos específicos del recurso de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo
- a) El concepto de jurisprudencia comporta, en principio, reiteración en la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo. Es necesario, en consecuencia, que en el escrito de interposición se citen dos o más sentencias de la Sala Primera y que se razone cómo, cuándo y en qué sentido la sentencia recurrida ha vulnerado o desconocido la jurisprudencia que se establece en ellas. Debe existir identidad de razón entre las cuestiones resueltas por las sentencias citadas y el caso objeto del recurso. Cuando se trate de sentencias del Pleno o de sentencias dictadas fijando doctrina por razón de interés casacional, bastará la cita de una sola sentencia, pero siempre que no exista ninguna sentencia posterior que haya modificado su criterio de decisión. No obstante, no será imprescindible la cita de sentencias cuando, a criterio de la Sala Primera del Tribunal Supremo, la parte recurrente justifique debidamente la necesidad de establecer jurisprudencia o modificar la ya establecida en relación con el problema jurídico planteado porque haya evolucionado la realidad social o la común opinión de la comunidad jurídica sobre una determinada materia. Esta excepción tiene el carácter extraordinario que se desprende de su naturaleza. Por ello, el recurso no será admisible cuando la Sala Primera del Tribunal Supremo no considere que su jurisprudencia deba ser modificada.
- b) Las sentencias de la sala deben ser identificadas por su número y fecha (vg. sentencia 699/2016, de 24 de noviembre) o, excepcionalmente, si no tuviera número, por su fecha y el número del recurso (vg. sentencia de 8 de marzo de 2002, recurso núm. 2970/1996). Se extraerá su contenido y, de incluir citas literales, se limitarán a los bloques relevantes para resolver el problema jurídico planteado. Es recomendable la cita jurisprudencial únicamente en lo que interese confrontar con la resolución recurrida.
- c) El criterio de las sentencias invocadas en el escrito de interposición del recurso de casación no tiene carácter jurisprudencial cuando exista doctrina formulada en sentencias más recientes que se separen de aquél.
- D) Requisitos específicos del recurso de casación por interés casacional por contradicción entre Audiencias Provinciales
- El concepto de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales comporta la existencia de criterios dispares entre secciones de Audiencias mantenidos cada uno con la suficiente extensión e igual nivel de trascendencia, de modo que puedan calificarse

vii) Protesta

El art. 469.2 LEC dispone que «*sólo procederá el recurso extraordinario por infracción procesal cuando, de ser posible, ésta o la vulneración del artículo 24 de la Constitución se hayan denunciado en la instancia y cuando, de haberse producido en la primera, la denuncia se haya reproducido en la segunda instancia. Además, si la violación de derecho fundamental hubiere producido falta o defecto subsanable, deberá haberse pedido la subsanación en la instancia o instancias oportunas*».

Esta necesidad, como requisito de procedibilidad (cabrá recurso extraordinario por infracción procesal, «*de acuerdo con los criterios de admisión previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil*»⁷⁵⁴), se encuentra alineada con la protesta exigida a los efectos de la apelación más próxima. Por ello me parece que, por pura congruencia, la “denuncia en primera y segunda instancia”, deben revestir en el marco concursal la forma de protesta.

Como he señalado, entiendo que debe presentarse por escrito, firmada por Abogado y Procurador, citándose mínimamente la infracción procesal o vulneración cometida, a los efectos de que el recurrente se ciña a dicha infracción o vulneración producida y a la que extiende la protesta su cobertura como requisito de admisión.

viii) Otras causas de inadmisión

La Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal, modificó de manera sustancial la regulación en la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto de los recursos que nos ocupan, creando la exigencia de desarrollar una labor procesal más compleja para dirimir la admisibilidad de los recursos discerniendo la existencia de un interés casacional

como jurisprudencia operativa en el grado jurisdiccional correspondiente a estos tribunales. En consecuencia, tiene que acreditarse que existen soluciones diferentes para el mismo problema por parte de distintas Audiencias y que no existe jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre dicho problema.

- a) La parte recurrente debe expresar el problema jurídico sobre el que existe la contradicción que alega, indicar de qué modo se produce esta y exponer la identidad de razón entre cada punto del problema jurídico resuelto en la sentencia recurrida y aquel sobre el que versa la jurisprudencia contradictoria invocada.
 - b) Debe invocar al menos dos sentencias dictadas por una misma sección de una Audiencia en las que se decida colegiadamente en un sentido y al menos otras dos, procedentes también de una misma sección de una Audiencia, diferente de la primera, en las que se decida colegiadamente en sentido contrario. En uno de estos dos grupos debe figurar la sentencia recurrida. Este requisito se flexibilizará cuando el elevado número de secciones de una Audiencia Provincial dificulte objetivamente su cumplimiento. No obstante, no será imprescindible la cita de sentencias con los requisitos indicados cuando, a criterio de la Sala Primera, conste de manera notoria la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre el problema jurídico planteado. Para ello es necesario que el problema haya sido debidamente puntualizado por la parte recurrente y se haya justificado la existencia de un criterio dispar entre Audiencias mediante la cita de sentencias contrapuestas.
- E) Requisitos específicos del interés casacional por norma de vigencia inferior a cinco años
- a) Se identificará el problema jurídico sobre el que no exista jurisprudencia y que haya sido resuelto o debiera haberlo sido mediante la aplicación de una norma de menos de cinco años de vigencia.
 - b) El cómputo de los cinco años de vigencia de la norma aplicable debe efectuarse tomando como *dies a quo* la fecha de su entrada en vigor y como *dies ad quem* la fecha en que la norma fue invocada por primera vez en el procedimiento.
 - c) Se justificará que no existe doctrina jurisprudencial de la Sala Primera Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

⁷⁵⁴ Art. 197.7 LC.

frente al carácter más objetivo que revestía -y seguirá revistiendo excepcionalmente- el criterio de la cuantía como modalidad de acceso al recurso.

En el nuevo Acuerdo de 27 de enero de 2017 se ha realizado un listado respecto de la concurrencia de causas de inadmisión, divididas en aquellas que son comunes para ambos recursos⁷⁵⁵, las específicas para el recurso extraordinario por infracción procesal⁷⁵⁶, así como las específicas para el recurso de casación, a las que me referiré en el siguiente apartado.

⁷⁵⁵ El Acuerdo de la Sala Primera de fecha 27 de enero de 2017, pág. 11, establece como causas de inadmisión comunes a ambos recursos, las siguientes:

- a) No reunir la resolución de que se trate los requisitos establecidos para ser recurrible.
- b) Falta de postulación (arts. 23 y 31 LEC).
- c) Interposición de los recursos fuera de plazo (arts. 470.1 y 479.1 LEC).
- d) Falta de constitución del depósito para recurrir o de la debida subsanación de tal omisión (DA 15ª LOPJ).
- e) Falta de cumplimiento de los presupuestos para recurrir en los casos especiales previstos en el art. 449 LEC.
- f) Inexistencia de gravamen para recurrir (art. 473.2.1, en relación con el art. 448.1 LEC).
- g) Incumplimiento de los requisitos del encabezamiento de los motivos (arts. 473.2 y 483.2 LEC).
- h) Incumplimiento de los requisitos de desarrollo de los motivos (arts. 473.2 y 483.2 LEC).
- i) Discordancia entre el encabezamiento y el desarrollo de los motivos (arts. 473.2 y 483.2 LEC).
- j) Formulación del recurso con manifiesto abuso del derecho o cuando entrañe fraude procesal (art. 11.2 LOPJ).
- k) Carencia manifiesta de fundamento (arts. 473.2.2 y 483.2.4º LEC).

La verificación de las causas a) a f) corresponderá, en primer término, a la Audiencia Provincial ante la que se interponga el recurso.

⁷⁵⁶ El Acuerdo de la Sala Primera, págs. 11 a 13, dispone, como causas de inadmisión del recurso extraordinario por infracción procesal, las siguientes:

2.1. Carencia manifiesta de fundamento (art. 473.2 LEC).

A modo de ejemplo, se han considerado carentes manifiestamente de fundamento las siguientes impugnaciones:

- a) Incongruencia: solicitar que el tribunal se pronuncie sobre pretensiones irrelevantes; combatir el mayor o menor acierto jurídico de la resolución; pretender que es incongruente un pronunciamiento que adolezca de error evidente, cuando no se ha solicitado aclaración; pretender que el tribunal dé respuesta a una cuestión que ha sido suscitada por la otra parte; alegar que -salvo supuestos excepcionales- una sentencia absolutoria es incongruente; no tener en cuenta el recurrente las subsanaciones y complementos llevados a cabo en la audiencia previa; alegar incongruencia porque la sentencia recurrida imponga la restitución como consecuencia de la nulidad o resolución del contrato aunque no haya petición expresa; alegar como incongruencia interna la discrepancia sobre el fondo; alegar incongruencia omisiva cuando las pretensiones aparezcan claramente rechazadas de forma implícita.
- b) Falta de motivación, motivación defectuosa, arbitraria, ilógica o irrazonable: confundirla con una discrepancia con la argumentación de la resolución impugnada.
- c) Pretender una nueva valoración de la prueba sin darse ninguno de los casos excepcionales de error a que se ha hecho referencia o intentar por este medio una revisión del juicio jurídico.

2.2. Cuando se interponga recurso extraordinario por infracción procesal contra una sentencia con fundamento en que cabe contra ella recurso de casación por interés casacional y no se formule conjuntamente un recurso de casación por interés casacional (DF 16ª.1.2ª LEC) o el recurso de casación presentado conjuntamente no sea admitido (DF 16.1.5ª II LEC). La verificación de esta causa corresponderá, en primer término, a la Audiencia Provincial ante la que se interponga el recurso.

2.3. La falta de identificación en el escrito de interposición de cuál es la sentencia impugnada o su identificación de forma confusa (art. 470.1 LEC).

2.4. Cuando no se exponga razonadamente la infracción o vulneración cometida o no se exprese de qué manera influyó en el resultado del proceso (art. 471 LEC). Debe considerarse comprendida en esta causa de inadmisión la alegación en el escrito de interposición del recurso de infracciones procesales respecto de las cuales no se justifique que comportan una efectiva indefensión para la parte o que determinan la nulidad de actuaciones.

2.5. Cuando se planteen cuestiones sustantivas -no procesales- propias del recurso de casación (art. 473.2.1 LEC, en relación con el art. 469.1 LEC).

2.6. En el supuesto del art. 467 LEC.

c) Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal

Este recurso tiene como finalidad asegurar la regularidad en el cumplimiento de las formas y garantías procesales. Para ello, el art. 469 LEC vehicula este objetivo a través de cuatro motivos:

«1.º Infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva o funcional.

«2.º Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia.

«3.º Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión.

«4.º Vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución».

d) Los requisitos de admisión del recurso de casación

i) Legitimación del recurrente

Como en otros supuestos, tendrán legitimación las partes procesales en virtud de lo dispuesto en el art. 448.1 LEC. En cuanto al coadyuvante, doy por reproducido aquí lo ya señalado en otros apartados de este trabajo.

ii) Gravamen

Como en el resto de recursos y en aplicación, nuevamente, del art. 448.1 LEC, debe existir un gravamen, esto es, un interés en recurrir por haber sufrido un perjuicio que “resulta constitucionalmente inobjetable”⁷⁵⁷. Existe una copiosa jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de los casos en que se produce o no gravamen, atendiendo al caso concreto. Únicamente destacar que el perjuicio puede ser directo o indirecto y procede tanto de la Parte Dispositiva como de los Fundamentos de Derecho que sean determinantes del Fallo⁷⁵⁸.

«Cualquier infracción que no consista en la afectación desfavorable por infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso»⁷⁵⁹ no producirá un gravamen que habilite la interposición del presente recurso.

iii) Competencia del órgano judicial

Debe interponerse ante la Audiencia Provincial que dictó la resolución que se pretende recurrir y dirigirla al Tribunal Supremo, competente para conocer del recurso.

⁷⁵⁷ STC 157/2003, de 15 de septiembre (QSJ 2003/89794).

⁷⁵⁸ Me remito a lo señalado por MASCARELL NAVARRO, M.J.; “El derecho a recurrir en casación”; en “El recurso de casación civil”; BELLIDO PENADÉS, R. (Dir.); ob. cit., págs. 29 a 85.

⁷⁵⁹ Art. 477.1 LEC.

iv) Recurribilidad de la resolución judicial

Para recurrir, es necesario que la resolución sea impugnada en el marco del art. 197 LC, respecto de las cuales trataré algo más detalladamente a lo largo de las páginas siguientes.

v) Interposición en tiempo y forma

El recurso deberá interponerse en el plazo de veinte días contados desde el día hábil siguiente al de la notificación de la resolución que se impugne⁷⁶⁰.

En cuanto a la forma, siguiendo el planteamiento anterior, requerirá que se incluyan y acrediten la representación por Procurador, asistencia de Letrado, la constitución del depósito para recurrir, la tasa judicial por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil, contencioso-administrativo y social, así como el traslado previo de copias. Además, debe acompañarse *«certificación de la sentencia impugnada y, cuando sea procedente, texto de las sentencias que se aduzcan como fundamento del interés casacional»*⁷⁶¹.

Específicamente, en el escrito de interposición del recurso de casación se expresará el supuesto, de los previstos legalmente en el art. 477.2 LEC, conforme al que se pretende recurrir la sentencia; se expondrán, con la necesaria extensión, los fundamentos del recurso y se habrá de manifestar razonadamente cuanto se refiera al tiempo de vigencia de la norma y a la inexistencia de doctrina jurisprudencial relativa a la norma que se estime infringida.

vi) Otras causas de inadmisión

El art. 483 LEC, en sede de la decisión sobre la admisión del recurso, prevé una serie de causas de inadmisión.

Se considera improcedente -y como consecuencia inadmisibles- si la sentencia no fuera recurrible o por cualquier otro defecto de forma no subsanable; o si el escrito de interposición del recurso no cumpliera los requisitos establecidos, para los distintos casos, en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Igualmente, *«si el asunto no alcanzase la cuantía requerida, o no existiere interés casacional por inexistencia de oposición a doctrina jurisprudencial, por falta de jurisprudencia contradictoria o si la norma que se pretende infringida llevase vigente más de cinco años o, a juicio de la Sala, existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre dicha norma o sobre otra anterior de contenido igual o similar»*.

Aquí debo hacerme eco del Acuerdo de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 27 de enero de 2017, en cuyo listado, respecto de la concurrencia de causas de inadmisión del recurso de casación, se han incluido una serie de motivos, incluyendo los

⁷⁶⁰ Art. 479.1 LEC.

⁷⁶¹ Art. 481.2 LEC.

comunes a ambos recursos extraordinarios (ya mencionados), así como otros específicos para el propio recurso de casación⁷⁶².

e) Los motivos del recurso de casación

El recurso de casación pretende la correcta aplicación de la jurisprudencia y de las normas sustantivas dentro del proceso.

El eje de la reforma operada por la Ley 37/2011⁷⁶³ radica en la universalización del recurso de casación por razón del interés casacional, que es la modalidad que mejor permite al Tribunal Supremo “cumplir de forma más eficaz los fines legalmente establecidos”⁷⁶⁴, reduciendo el recurso de casación por razón de la cuantía a una modalidad excepcional, garantizando la igualdad entre todos los litigantes, cualquiera que sea el nivel económico del asunto⁷⁶⁵.

i) Las sentencias dictadas para la tutela civil de los derechos fundamentales

Este motivo, basado en la vulneración de los derechos fundamentales sustantivos⁷⁶⁶, no tiene aplicación en el procedimiento concursal, incluido en exclusiva en el orden jurisdiccional civil.

⁷⁶² El Acuerdo de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 27 de enero de 2017, págs. 13 y 14. Como causas de inadmisión del recurso de casación se establecen las siguientes:

3.1. La carencia manifiesta de fundamento (art. 483.2.4º LEC). A modo de ejemplo se considerarán supuestos de carencia manifiesta de fundamento los siguientes:

- a) La alteración de la base fáctica de la sentencia.
- b) El planteamiento de cuestiones nuevas.
- c) Plantear cuestiones que no afecten a la *ratio decidendi* de la sentencia (rebatir argumentos que no constituyen la razón determinante de la sentencia recurrida).
- d) Impugnar la interpretación del contrato sin atenerse a los requisitos establecidos por la jurisprudencia para el acceso al recurso de casación (ser la interpretación arbitraria, irrazonable, ilógica o contraria a un precepto legal).
- e) La petición de principio o hacer supuesto de la cuestión, esto es, formular una impugnación dando por sentado lo que falta por demostrar.
- f) La falta de efecto útil del motivo.
- g) La falta de concreción en el desarrollo argumental.
- h) La mezcla de cuestiones heterogéneas.
- i) La falta de identificación de la infracción alegada.

3.2. La resolución de otros recursos sustancialmente iguales en sentido contrario al pretendido por el recurrente (art. 483.2.4º LEC). El carácter sobrevenido de la doctrina jurisprudencial podrá tomarse en consideración para resolver sobre las costas.

3.3. La interposición de un recurso de casación contra la misma sentencia ante un TSJ (art. 478.2 LEC).

3.4. En el recurso de casación para la tutela judicial civil de los derechos fundamentales: no haberse dictado la sentencia recurrida en un proceso de tutela judicial civil de los derechos fundamentales (art. 477.2.1 LEC en relación con art. 249.1.2º LEC).

3.5. En el recurso de casación por razón de la cuantía: la insuficiencia de la cuantía del asunto, por no ser superior a 600.000 €, ser indeterminada o inestimable o haber aceptado las partes implícita o explícitamente que la cuantía del asunto haya permanecido como indeterminada o inestimable sin que exista resolución en contrario (art. 477.2.2º LEC).

3.6. En el recurso de casación por razón de interés casacional, la falta de acreditación del interés casacional (art. 483.2.3º LEC).

⁷⁶³ Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal.

⁷⁶⁴ Preámbulo de la Ley 37/2011 (III, ap. 11º).

⁷⁶⁵ El anterior Acuerdo al actualmente vigente de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 30 de diciembre de 2011, pág. 1.

⁷⁶⁶ Los derechos fundamentales del art. 24 CE quedan excluidos de la casación y circunscritos en el recurso extraordinario por infracción procesal.

ii) Las sentencias cuya cuantía excediere de 600.000,00 euros

En la demanda incidental, en aplicación de lo dispuesto en el art. 253 LEC, el actor debe indicar la cuantía del proceso, aunque debe señalarse que en el art. 252 LEC se establecen las reglas especiales en casos de procesos con pluralidad de partes, que es la premisa ordinaria inicial de la que parte el incidente concursal.

Si la reforma operada por la Ley 37/2011 ha relegado a la casación civil por razón de la cuantía a una modalidad excepcional y se universaliza el recurso de casación por razón del interés casacional, debo concluir que la previsión del apartado séptimo del art. 197.7 LC sobre las sentencias de las Audiencias Provinciales que tienen acceso a la casación, excluyen el motivo de la cuantía.

Me parece excesivamente difícil de determinar qué cuantía tendrá un incidente concursal relativo a la aprobación o cumplimiento de un convenio, o de calificación o conclusión del concurso. Es cierto que en algunos de los incidentes concursales que prevé la legislación concursal se pueden realizar esfuerzos para determinar una cuantía que pueda ser de aplicación, pero creo que jurídicamente es más seguro dar por excluido este motivo y acudir, directamente al interés casacional, que legalmente, la Ley Concursal ha destinado a una serie de resoluciones.

iii) El interés casacional

Como he señalado, el legislador ha entendido que el recurso de casación por razón del interés casacional es la modalidad que mejor permite al Tribunal Supremo "cumplir de forma más eficaz los fines legalmente establecidos". Y es el único que se utiliza en vía concursal.

El Tribunal Supremo conceptuó el interés casacional. Así, señaló que "el "interés casacional" tipificado en el art. 477.3 LEC contempla en primer término la oposición de la sentencia recurrida a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, lo que hace necesario citar dos o más sentencias de la Sala Primera, razonándose cómo, cuándo y en qué sentido ha sido vulnerada la doctrina de cada una de ellas; en cuanto a la "jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales", por tal debe entenderse la relativa a un punto o cuestión jurídica, sobre el que exista un criterio dispar entre Audiencias Provinciales o Secciones orgánicas de la misma o diferentes Audiencias, exigiéndose dos sentencias firmes de uno de esos órganos jurisdiccionales, decidiendo en sentido contrario al contenido en el fallo de otras dos sentencias, también firmes, de diferente tribunal de apelación, por lo cual la diversidad de respuestas judiciales, en razón a fundamentos de derecho contrapuestos, debe producirse en controversias sustancialmente iguales, lo que requiere expresar la materia en que existe la contradicción y de qué modo se produce ésta, así como exponer la identidad entre cada punto resuelto en la sentencia que se pretende recurrir y aquel sobre el que existe la jurisprudencia contradictoria que se invoca; por lo que respecta a las normas con menos de cinco años de vigencia, el cómputo debe efectuarse

tomando como "dies a quo" la fecha de su entrada en vigor, mientras que el "dies ad quem" será la fecha en que se dicte la sentencia recurrida"⁷⁶⁷.

Aunque, legalmente, el art. 477.3 establece que «se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido. Cuando se trate de recursos de casación de los que deba conocer un Tribunal Superior de Justicia, se entenderá que también existe interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial o no exista dicha doctrina del Tribunal Superior sobre normas de Derecho especial de la Comunidad Autónoma correspondiente».

Por ello entiendo que el art. 197.7 LC, con independencia de la cuantía del incidente concursal, ha otorgado *ministerio legis* interés casacional a las «sentencias dictadas por las audiencias relativas a la aprobación o cumplimiento del convenio, a la calificación o conclusión del concurso, o que resuelvan acciones de las comprendidas en las secciones tercera y cuarta» que cumplan con el criterio dispuesto en el art. 477.3 LEC.

El propósito de no excluir ninguna de estas resoluciones, permitiendo la disparidad no deseable de criterios jurisprudenciales; así como la relevancia de crear una autorizada doctrina jurisprudencial; además de los apuntados en apartados anteriores; son motivos que me permiten concluir la existencia de un único motivo de acceso al recurso de casación, esto es, el interés casacional.

f) Resoluciones recurribles

El art. 197 LC establece que caben ambos recursos «contra las sentencias dictadas por las audiencias relativas a la aprobación o cumplimiento del convenio, a la calificación o conclusión del concurso, o que resuelvan acciones de las comprendidas en las secciones tercera y cuarta».

i) Sentencias relativas a la aprobación del convenio

En la Ley Concursal se prevé expresamente que, «transcurrido el plazo de oposición sin que se hubiese formulado ninguna, el juez dictará sentencia aprobando el convenio aceptado por la junta, salvo lo establecido en el artículo siguiente»⁷⁶⁸.

Igualmente, prevé que la oposición a la aprobación judicial del convenio «se ventilará por los cauces del incidente concursal y se resolverá mediante sentencia que aprobará o

⁷⁶⁷ En el Acuerdo adoptado por los Magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo en Junta General de 12 de diciembre de 2000 respecto de los "Criterios sobre recurribilidad, admisión y régimen transitorio en relación con los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, regulados en la nueva ley de enjuiciamiento civil". El Acuerdo adoptado por la Sala Primera en 2017 no ha entrado sobre este cómputo.

⁷⁶⁸ Art. 130 LC.

Aun tratándose de una sentencia relativa a la aprobación del convenio, las partes han consentido la resolución judicial y no procede frente a ella recurso alguno.

*rechazará el convenio aceptado»*⁷⁶⁹. En caso de desestimación de la oposición, cabrá recurso de apelación directo que se tramitará con carácter preferente⁷⁷⁰ y, frente a la resolución que lo resuelva, cabrá recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación⁷⁷¹.

La propuesta anticipada de convenio no tiene asignado momento procesal alguno⁷⁷², pudiéndose presentar, incluso, con la solicitud de concurso voluntario. Si no existe oposición, el Juez dictará sentencia aprobatoria⁷⁷³. Como en los casos anteriores, las partes han consentido la resolución judicial y no procede frente a ella recurso alguno.

De presentarse oposición, se tramitará por los cauces del incidente concursal, dictándose sentencia susceptible de recurso de apelación y frente a la que lo resuelva, recurso extraordinario por infracción procesal y casación.

ii) Sentencias relativas al cumplimiento del convenio

El art. 140 LC establece que *«cualquier acreedor que estime incumplido el convenio en lo que le afecte podrá solicitar del juez la declaración de incumplimiento»*, que *« se tramitará por el cauce del incidente concursal»*⁷⁷⁴ y, frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial cabrá interponer los recursos que en este apartado nos ocupan.

iii) La sentencia de calificación del concurso

De no archivarse las actuaciones en la Sección Sexta⁷⁷⁵, “se dará audiencia al deudor” y se emplazará a todas aquellas personas que, según resulte de lo actuado, pudieran ser afectadas por la calificación del concurso o declaradas cómplices⁷⁷⁶.

Si no se formula oposición, se dictará sentencia. De formularse, se sustanciará por los trámites del incidente concursal. En ambos casos, la sentencia incidental declarando el concurso como fortuito o culpable, así como sus otros pronunciamientos, será directamente apelable⁷⁷⁷. Y, frente a la resolución dictada por la Audiencia Provincial, cabrán tanto el recurso extraordinario por infracción procesal como el de casación.

iv) Las sentencias incidentales que resuelvan acciones de las comprendidas en la Sección Tercera

El art. 183 LC establece que *«la Sección Tercera comprenderá lo relativo a la determinación de la masa activa, a las autorizaciones para la enajenación de bienes y derechos de la masa activa, a la sustanciación, decisión y ejecución de las acciones de reintegración y de reducción y a las deudas de la masa»*.

Se incluyen:

⁷⁶⁹ Art. 129.1 LC.

⁷⁷⁰ Art. 197.5 LC.

⁷⁷¹ Art. 197.7 LC.

⁷⁷² Art. 106.2 LC.

⁷⁷³ Art. 109.2 LC.

⁷⁷⁴ Art. 140.2, en relación con el art. 197.5, ambos LC.

⁷⁷⁵ De conformidad con lo dispuesto en el art. 170.1 LC.

⁷⁷⁶ Art. 170.2 LC.

⁷⁷⁷ Art. 172 LC.

📖 Las acciones rescisorias y demás de impugnación de los actor perjudiciales para la masa efectuados por el deudor⁷⁷⁸.

Esta sentencia no tiene anudado un recurso en su articulado, por lo que debe acudirse a la norma general de recursos procedentes que sí viene exceptuada, atribuyéndole la posibilidad de interposición de recurso de apelación directo que se tramitará con carácter preferente⁷⁷⁹. Frente a esta resolución, se podrán interponer recurso extraordinario por infracción procesal y de casación.

📖 La acción de anulación de los actos del deudor común que infrinjan las limitaciones establecidas respecto de las facultades patrimoniales en la declaración de concurso⁷⁸⁰.

En el precepto que regula esta acción no se establece especialidad alguna en materia de recursos, por lo que debe acudirse al sistema general. Dado que se produce la caducidad de esta acción con el cumplimiento del convenio por el deudor común o con la finalización de la liquidación⁷⁸¹, accederán al recurso de apelación, bien en apelación más próxima, bien directamente, en función del momento del dictado de la sentencia incidental, en consonancia con lo dispuesto en el art. 197.5 LC. Cabrá contra ella los recursos que nos ocupan.

📖 Las controversias que surjan respecto de la compensación de créditos y deudas del concursado y sus efectos⁷⁸².

Produciendo efectos la compensación en el caso de que sus requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración de concurso, la resolución de este incidente concursal tiene -o puede tener- incidencia en la masa activa del concurso.

No existiendo especialidad alguna, seguirá igualmente, el sistema general en materia de recursos.

📖 Las diferencias que se susciten respecto de la resolución de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte, si se solicita por estimarla conveniente al interés del concurso⁷⁸³.

📖 La acción resolutoria por incumplimiento posterior a la declaración de concurso de cualquiera de las partes de los contratos con obligaciones recíprocas de tracto sucesivo pendientes de cumplimiento⁷⁸⁴.

Como en las anteriores, no habiendo previsión expresa, seguirá el sistema general de recursos.

📖 Las acciones rescisorias y demás de impugnación de los actos perjudiciales para la masas efectuados por el deudor⁷⁸⁵.

Por disposición expresa del apartado cuarto del art. 197 LC, la sentencia incidental que se dicte será recurrible en apelación directa. Y, la resolución dictada por la Audiencia

⁷⁷⁸ Art. 72.4 LC.

⁷⁷⁹ Art. 97.4 LC.

⁷⁸⁰ Art. 40.7 LC.

⁷⁸¹ Art. 40.7. *in fine* LC.

⁷⁸² Art. 58.2º LC.

⁷⁸³ Art. 61.2 LC.

⁷⁸⁴ Art. 62.2 LC.

⁷⁸⁵ Art. 72.4 LC.

Provincial, será susceptible de los recursos extraordinarios por infracción procesal y casación.

📖 La impugnación de la decisión de la administración concursal de integrar en la masa activa los saldos acreedores de cuentas en las que el concursado figure como titular indistinto⁷⁸⁶.

Como en los casos anteriores, no habiendo previsión específica, seguirán la norma general en materia de recursos.

📖 La impugnación de la decisión denegatoria de la administración concursal de entregar a sus legítimos titulares, a su solicitud, los bienes de propiedad ajena que se encuentren en poder del concursado y sobre los cuales éste no tenga derecho de uso, garantía o retención⁷⁸⁷.

v) Las sentencias incidentales que resuelvan acciones de las comprendidas en la Sección Cuarta

La Sección Cuarta comprende todo «*lo relativo a la determinación de la masa pasiva, a la comunicación, reconocimiento, graduación y clasificación de los créditos concursales y al pago de los acreedores. En esta sección se incluirán también, en pieza separada, los juicios declarativos contra el deudor que se hubieran acumulado al concurso de acreedores y las ejecuciones que se inicien o se reanuden contra el concursado*»⁷⁸⁸.

Así, se incluirán:

- 📖 Los juicios declarativos ejercitados por los acreedores y que se hayan acumulado al concurso en virtud de lo dispuesto en los arts. 50 y 51 LC.
- 📖 Las acciones relativas a la calificación o al pago de los créditos contra la masa⁷⁸⁹.
- 📖 Todas las cuestiones que se susciten en materia de reconocimiento de créditos⁷⁹⁰.
- 📖 La oposición a la decisión de la administración concursal sobre las comunicaciones de créditos posteriores a la puesta de manifiesto de los textos definitivos⁷⁹¹.⁷⁹²
- 📖 Solicitud de modificación de la lista de acreedores antes de que recaiga resolución por la que se apruebe la propuesta de convenio o se presente en el Juzgado el informe final justificativo de las operaciones

⁷⁸⁶ Art. 79. LC.

⁷⁸⁷ Art. 80.2 LC.

⁷⁸⁸ Art. 183.4º LC.

⁷⁸⁹ Art. 84.4 LC.

Introducido *ex novo* por el artículo único.57, de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

⁷⁹⁰ Art. 86.1.2º LC.

⁷⁹¹ Art. 96.bis.3º LC.

⁷⁹² Introducido por el artículo único.68, de la Ley 38/2011.

liquidatorias realizadas⁷⁹³ o informe haciendo constar que la masa activa es insuficiente para el pago de los créditos contra la masa⁷⁹⁴.

 Las impugnaciones del inventario y de la lista de acreedores.

5) EL RECURSO DE QUEJA

El recurso de queja procede contra los autos en los que el Tribunal haya dictado resolución denegando la tramitación de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o de casación⁷⁹⁵. Dado que afectan al acceso a la jurisdicción, se tramitarán con carácter preferente.

i) Legitimación del recurrente

La legitimación para la interposición del presente recurso corresponderá a quien haya interpuesto uno de los citados recursos y le haya sido denegado.

ii) El gravamen

El requisito del gravamen consiste, precisamente, en la denegación de la admisión a trámite del recurso interpuesto, por afectarle desfavorablemente la inadmisión.

iii) Competencia del órgano judicial

El recurso se interpondrá ante el órgano al que corresponda resolver del recurso no tramitado.

A excepción del resto de los recursos, no se interpone ante el órgano que dictó la resolución recurrible. Esta circunstancia se debe al sistema establecido, de recursos devolutivos, en los que el órgano jurisdiccional que debe resolver no ha tenido conocimiento, ni de la interposición del recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o de casación, ni de su inadmisión.

iv) Recurribilidad de la resolución judicial impugnada

Son recurribles en queja todos los autos dictados por los órganos judiciales competentes para su admisión, que inadmitan recursos de apelación, extraordinario por infracción procesal o de casación.

v) Interposición en tiempo y forma.

El recurso se interpondrá en el plazo de 10 días desde la notificación de la resolución que deniega la tramitación de cualquiera de los tres recursos citados.

Al escrito de interposición del recurso deberá acompañarse copia testimoniada de la resolución recurrida.

⁷⁹³ Art. 152.2 LC.

⁷⁹⁴ Art. 97.bis.2º LC, introducido por el artículo único.70, de la Ley 38/2011. Art. 176.bis.2º LC.

⁷⁹⁵ Art. 494.1º LEC.

vi) Sustanciación y decisión.

El Tribunal competente para el conocimiento del recurso de queja resolverá sobre él en el plazo de 5 días.

Si considerase bien denegada la tramitación del recurso, mandará ponerlo en conocimiento del tribunal correspondiente, para que conste en los autos. Si la estimase mal denegada, ordenará a dicho tribunal que continúe con la tramitación.

Contra el auto que resuelva el recurso de queja no se dará recurso alguno⁷⁹⁶.

⁷⁹⁶ Art. 495 LEC, apartados segundo y tercero.

CAPÍTULO UNDÉCIMO. EN ESPECIAL, EL INCIDENTE CONCURSAL DE IMPUGNACIÓN DEL INVENTARIO Y DE LA LISTA DE ACREEDORES

1) INTRODUCCIÓN

Por su relevancia práctica, he destinado uno de los capítulos finales de este trabajo al incidente de impugnación del inventario y de la lista de acreedores.

El Estado ha arbitrado un mecanismo para convertir una eventual multiplicidad de ejecuciones singulares en un proceso ordenado, con la misión, entre otras, de determinar las masas activa y pasiva. Para la fijación del inventario y de la lista de acreedores, el reconocimiento y clasificación de los créditos son básicos en la tramitación del concurso, por lo que se constituyen como pieza esencial del mismo. Y, por otro lado, porcentualmente, son muy numerosos estos incidentes.

Por último, sobre todo desde la última reforma, contiene una serie de especialidades dignas de resaltar, aun de forma sucinta.

2) ¿DISTINTAS IMPUGNACIONES DEL INVENTARIO Y LA LISTA DE ACREEDORES?

Dentro del Capítulo III, Título IV de la Ley Concursal (“De la comunicación y reconocimiento de créditos”) se establece un complejo sistema que incluye la elaboración del inventario y de la lista de acreedores y la posibilidad de impugnación hasta llegar a los textos definitivos inmutables.

Corresponde a la administración concursal determinar la inclusión o exclusión en la lista de acreedores de los créditos puestos de manifiesto en el procedimiento⁷⁹⁷ (por

⁷⁹⁷ Art. 86.1 LC.

insinuación y por la documentación presentada por el deudor común), clasificándolos según lo dispuesto en la Ley Concursal.

La Ley 38/2011 llevó a cabo la última gran reforma del régimen de impugnación del inventario y la lista de acreedores, con ánimo de contribuir a que “la solución de la insolvencia no se retrase en el tiempo, algo que no hace sino perjudicar al concursado y a sus acreedores al minorar el valor de sus bienes de cuya realización depende su cobro, eliminar posibilidades de garantizar su viabilidad y aumentar los costes. Para ello, se simplifica y agiliza el procedimiento concursal (...)”⁷⁹⁸. Así, “ha flexibilizado de forma importante el régimen de comunicación de créditos e impugnación del informe de la administración concursal”⁷⁹⁹.

En sede de impugnación del informe, se prevé en el art. 96.5 LC la posibilidad de impugnar el inventario y la lista de acreedores, justo después de la comunicación de los créditos, por lo que el informe presentado por la administración concursal tendrá el carácter de provisional. Debe resaltarse que, después de las impugnaciones y hasta la presentación de los textos definitivos, podrán comunicarse nuevos créditos sobre los que resolverá la administración concursal, tramitándose la impugnación igualmente por los cauces del incidente concursal. Se prevé, además, un procedimiento de modificación de la lista de acreedores⁸⁰⁰, a través de una solicitud sobre la que resolverá la administración concursal, siendo asimismo susceptible de impugnación y, de la misma forma, tramitándose en la forma prevista para este proceso judicial propio.

De lo anterior se colige que existe la posibilidad de interponer una demanda incidental de impugnación del inventario y la lista de acreedores en tres momentos distintos del procedimiento concursal. Primero, el régimen ordinario de impugnación. Segundo, se abre la posibilidad de reconocer nuevos créditos en el estado de insolvencia, atendiendo a la situación de modificación que puede sufrir la masa activa por la continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor común aunando el tratamiento concursal de todos los acreedores. Y, tercero, la admisión de nuevas comunicaciones que no fueron deducidas en tiempo y forma.

Nos encontramos ante un proceso en el que pueden llegar a discutirse hasta en tres ocasiones el orden y calificación definitivos de los créditos. Procedimentalmente, sin más consideración, no puede tener buena acogida, aunque tengo que avanzar que sustantivamente deba acogerse por necesidad de adecuarlo a la realidad judicial. Así, en la más estricta valoración procesal, si se trata de un proceso basado en la celeridad y simplicidad, parece evidente que debe existir un momento más o menos amplio para la comunicación de los créditos y, presentado el informe y el inventario y la lista de

Lo que la jurisprudencia ha denominado acto de naturaleza cuasi jurisdiccional (véase, por ejemplo, la SAP Barcelona de 20 de marzo de 2013 (EDJ 2013/69455)).

⁷⁹⁸ Preámbulo de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (IV, ap. 1º).

⁷⁹⁹ En palabras de la SAP Cuenca de 30 de abril de 2013 (EDJ 2013/93491).

⁸⁰⁰ Art. 97.bis LC, introducido por la Ley 38/2011.

acreedores, otro momento más o menos amplio para que puedan presentarse las impugnaciones, teniendo en cuenta la ingente cantidad de acreedores que pueden llegar a interponer sus demandas incidentales y las personas que se verán afectadas por la resolución judicial a dictar.

Sin embargo, sustantivamente, la situación cambia radicalmente.

El legislador concursal ha considerado excesivamente rigorista el régimen de comunicación de créditos, otorgando la posibilidad de que se modifique la lista de acreedores después de quedar definitiva, según el modelo originario. Como en otros supuestos, el legislador comenzó con un procedimiento que se articuló de forma lineal a semejanza del proceso civil, para incrementar, con la práctica forense, la influencia del principio de flexibilidad que prima en el proceso concursal.

El Tribunal Supremo ha interpretado que la redacción del art. 92.1 LC permite distinguir entre los créditos insinuados tardíamente (fuera de los plazos previstos en los arts. 21.1.5 y 85, ambos LC y antes de la lista provisional) y los no comunicados oportunamente, y que respecto a éstos es posible utilizar la vía de la impugnación de la lista de acreedores para conseguir su inclusión, aunque lo sería con carácter de subordinado (no constando en la documentación del deudor común)⁸⁰¹. Los créditos subordinados ya son, entre otros, los comunicados tardíamente o los no comunicados que sean incluidos en la lista de acreedores por comunicaciones posteriores de la administración concursal o por el Juez del concurso al resolver sobre alguna impugnación de esa lista de acreedores -con las excepciones que establece el propio art. 92.1º LC al que se remite el art. 96.bis LC-.

La opción de posibilitar la calificación de los créditos «*cuya existencia resultare de la documentación del deudor, los que consten en documento con fuerza ejecutiva, los créditos asegurados con garantía real inscrita en registro público, los que constaren de otro modo en el concurso o en otro procedimiento judicial, y aquellos otros para cuya determinación sea precisa la actuación de comprobación de las Administraciones públicas*»⁸⁰², entiendo

⁸⁰¹ STS (Pleno) de 13 de mayo de 2011 (EDJ 2011/86071).

Señala esta resolución lo siguiente: "Ambos órganos judiciales han entendido que las palabras "comunicación tardía" y "falta de comunicación oportuna" empleadas en la redacción del artículo 92, apartado 1, describen un mismo supuesto: el de los créditos comunicados fuera del plazo del mes señalado para ello, pero antes del vencimiento del de la presentación del informe. Y, además, que la demanda de impugnación no puede servir como instrumento de comunicación de un crédito no incluido ni, en todo caso, el incidente de impugnación como trámite adecuado para incorporarlo a la lista.

"Sin embargo, es evidente que la regla primera del artículo 92, además de referirse a los créditos "comunicados tardíamente (...) incluidos por la administración concursal en la lista de acreedores", se refiere a los que, "no habiendo sido comunicados oportunamente", puede incorporar a dicha lista "el Juez al resolver sobre la impugnación" de la misma. Con lo que abre al intérprete una segunda posibilidad: la de entender que los créditos pueden ser incluidos en la lista por el Juez al decidir sobre su impugnación, aunque no hubieran sido comunicados antes -y, claro está, no resultaren de los libros o documentos del deudor ni constaren en el concurso de otro modo-.

"Esta segunda es la interpretación que nos parece la adecuada.

"Es indudable que la lectura del artículo 92, apartado 1, advierte de un intento del legislador de distinguir entre créditos comunicados a la administración concursal, tardíamente, y créditos no comunicados a la misma. A ello se une que - a diferencia de lo que sucede en el supuesto del artículo 97, apartado 1 - el efecto preclusivo que ha sido declarado en ambas instancias no aparece establecido claramente en la mencionada norma.

"Finalmente, si de las reglas pasamos a los principios, en cuanto mandatos de optimización de aquellas, se advierte fácilmente que las ventajas de dicha preclusión se obtienen con la menos cruenta sanción de subordinación que el propio artículo 92, apartado 1, vincula al incumplimiento de la carga de comunicación oportuna impuesta a los acreedores".

⁸⁰² Art. 92.1º. *in fine* LC.

que requiere de una nueva posibilidad de impugnación en atención a todos los acreedores y demás interesados a los que pueda afectar en su orden de pago y cuantía.

Insisto, como opción legislativa sustantiva, me parece razonable, pues así lo ha aconsejado la práctica forense, aunque, procedimentalmente, atente contra la celeridad y simplicidad del procedimiento concursal.

3) LA IMPUGNACIÓN DEL ART. 96.5 LC

a) Notificación del proyecto de inventario y la lista de acreedores

El art. 95.1 LC prevé la comunicación de la administración concursal a los acreedores, informándoles sobre el proyecto de inventario y de la lista de acreedores, para que puedan solicitar la rectificación de cualquier error o complemento de los datos comunicados.

Esta comunicación y solicitud tienen como misión que el informe que se presentará al Juez sea lo más fiel a la realidad, minimizando -o eliminando- los errores que pudiera adolecer el informe o complementando los datos en él existentes.

b) La publicidad del informe

Presentado el informe y la documentación complementaria, «se notificará a quienes se hayan personado en el concurso en el domicilio señalado a efectos de notificaciones y se publicará en el Registro Público Concursal y en el tablón de anuncios del Juzgado»⁸⁰³, o, de acordarlo el Juez, mediante «cualquier publicidad complementaria que considere imprescindible»⁸⁰⁴.

La notificación a los personados se realiza a través del sistema electrónico LexNet y para la generalidad de intervinientes a través del Registro Público Concursal, también de forma telemática. La previsión de la notificación en el tablón de anuncios del Juzgado es tan antigua como inservible, por lo que abogo por suprimirla por consistir en una labor que merma recursos⁸⁰⁵ sin fruto alguno.

La distorsión se plantea en el momento en que se prevén hasta cuatro formas distintas de notificación, clarificando que el plazo de impugnación comenzará a contar a partir del acto de comunicación a través de la representación procesal, el Registro Público Concursal o en estrados, y para el resto de los interesados desde la última de las publicaciones complementarias.

⁸⁰³ Art. 95.2 LC.

⁸⁰⁴ Art. 96.5 LC.

⁸⁰⁵ Una sola notificación en estrados puede no suponer excesivo esfuerzo, pero cuando éstas se multiplican por los diferentes procesos que se tramitan se convierten en demasiados recursos utilizados y el volumen de trabajo de los órganos jurisdiccionales mercantiles permite inclinarse por su supresión, atendiendo a la poca efectividad que han mostrado a lo largo de los años. En otros apartados me he mostrado partidario de la utilización del Registro Público Concursal en buen funcionamiento.

Encontrándonos como estamos en el siglo XXI, no puedo imaginar qué publicaciones complementarias tengan más facilidad de comunicación que el Registro Público Concursal tal y como ha sido diseñado por el Real Decreto 892/2013⁸⁰⁶, a través del principio de unidad de información, incluyendo las resoluciones procesales que se adopten a lo largo del proceso -incluyendo el informe que nos ocupa-.

Este acceso a través de Internet se produce hoy en día con un simple teléfono móvil, en prácticamente cualquier punto del planeta. Por ello entiendo que el legislador podría haber omitido la publicación complementaria -y la de estrados por obsoleta-, aunque me da la sensación que los diez años de retraso en la puesta en funcionamiento del Registro Público Concursal bien han valido esta previsión.

La única notificación a través de LexNet y del Registro unificarían el inicio del cómputo del plazo para impugnar, además de simplificar el trabajo del órgano judicial, lo que ahorraría múltiples disfunciones y errores en la práctica.

c) Las demandas incidentales de impugnación del inventario y de la lista de acreedores

La presentación del informe "provisional" ya constituye un acto de naturaleza procesal dentro del concurso como procedimiento principal. Si se formula alguna impugnación será cuando se iniciará el incidente concursal, lo que, procesalmente, implica la incoación de un proceso incidental autónomo que concluirá con una sentencia resolutoria del incidente, cuyo testimonio se llevará, además, al proceso principal.

Así, si las impugnaciones del inventario y de la lista de acreedores se sustancian por los trámites del incidente concursal, la solicitud debe revestir la forma de demanda incidental, tal y como está regulada en el art. 399 LEC por remisión del art. 194.1 LC.

El legislador ha previsto la facultad para que el Juez pueda acumular las demandas incidentales de impugnación del inventario y de la lista de acreedores, para resolverlas conjuntamente. Sin embargo, esto no es más que una reiteración de la regla general del incidente concursal, que es la acumulación de incidentes concursales⁸⁰⁷.

Siendo coherente con lo afirmado en capítulos anteriores, debo confirmar lo ya razonado. En este proceso colectivo como es el concurso, presidido por el principio de celeridad típico del tráfico mercantil y por economía procesal, todas las demandas incidentales deberían tener una difusión mediante la publicidad concursal existente, a efectos de que aquellos que pretendan intervenir con la parte que promueva el incidente puedan acumular sus pretensiones a la del actor incidental. Y, en este caso, con mayor razón, pues la conexidad -o coincidencia- es evidente y a todos los acreedores afectará la resolución final que haya de dictarse.

⁸⁰⁶ Real Decreto 892/2013, de 15 de noviembre, por el que se regula el Registro Público Concursal.

⁸⁰⁷ Ya he tenido ocasión de sostener que la premisa de la que parte el legislador concursal es la reunión de varias pretensiones para que sean resueltas de forma conjunta, que ya era la regla general en la Ley de Enjuiciamiento Civil y que en la Ley Concursal se ha potenciado al estar el tráfico mercantil más necesitado de celeridad y seguridad jurídica. Por ello, la complejidad del concurso -sobre todo subjetivamente- ha convertido a la institución de la acumulación en pieza básica y, bajo mi punto de vista, en una institución diferente de la regulada para el proceso civil.

4) LA IMPUGNACIÓN DEL ART. 96.BIS.3 LC

a) Las comunicaciones posteriores de créditos

La Ley 38/2011 abrió la posibilidad a que se pudieran presentar comunicaciones de nuevos créditos una vez concluido el plazo de impugnación y hasta la presentación de los textos definitivos.

Aunque procesalmente -como ya he señalado- no me parece adecuado que vuelvan a plantearse cuestiones acerca del reconocimiento y graduación de créditos, he de reconocer que la naturaleza del concurso permite plantearse si es conveniente y, así, el legislador se ha mostrado favorable a permitir la modificación de la lista de acreedores -que no del inventario- en los casos relacionados en el art. 97 LC «*además de en los demás supuestos previstos en esta ley*»⁸⁰⁸.

Como comunicación de créditos que es, pertenece al concurso como procedimiento principal.

b) La lista de acreedores definitiva y su publicación

Respecto de las nuevas comunicaciones, la administración concursal resolverá sobre ellas y redactará una lista de acreedores definitiva que presentará la Juez del concurso, también dentro del procedimiento principal.

La Ley Concursal se refiere a la «*puesta de manifiesto de los textos definitivos*», para comenzar el cómputo del plazo para formular oposición.

Aquellos acreedores que hayan presentado comunicación de sus créditos deben tener acceso a la lista de acreedores definitiva, tanto si se les ha reconocido su crédito, como si no, para su conocimiento. Todos ellos tendrán legitimación activa para poder impugnar la lista de acreedores, bien por la falta de reconocimiento, bien por su disconformidad con él.

La regla general es que la comunicación tardía conlleva el reconocimiento de los créditos como subordinados. En este sentido, el art. 96.bis.1 LC establece que se exceptúan aquellos créditos en los «*que el acreedor justifique no haber tenido noticia antes de su existencia, en cuyo caso se clasificarán según su naturaleza*». La posibilidad de modificarse la calificación asignada por la ley de forma general implica que deba dársele a la lista de acreedores la misma publicidad que a la provisional. Y, además, a mi juicio, también incide en la legitimación pasiva. Entiendo que también deberá extenderse la condición de demandado incidental -y con ello el emplazamiento a que se refiere el art. 194.3 LC-, al existir la posibilidad de que se vean afectados el resto de acreedores.

De esta forma, se armoniza con este precepto lo dispuesto en materia de publicidad de informes, resoluciones judiciales, demandas incidentales, tal y como he ido exponiendo a lo largo del presente estudio.

⁸⁰⁸ Apartado tercero del art. 97 LC.

c) Las demandas incidentales de impugnación de la lista de acreedores definitiva

El art. 96.bis.3 LC dispone que el plazo de diez días desde la puesta de manifiesto de los textos definitivos, puede formularse oposición, dándole la tramitación del incidente concursal.

Remitiéndose a este proceso judicial propio, la oposición debe tener la forma de demanda incidental que, como he tenido ocasión de señalar, se presentará en la forma prevenida en el art. 399 LEC.

Por ser la regla general dentro del incidente concursal, pero sobre todo por disponerlo así el art. 96.5 LC, es de aplicación la posibilidad de que el Juez del concurso acumule las demandas incidentales para resolverlas conjuntamente. El objeto de este específico incidente concursal versará sobre comunicaciones posteriores presentadas, por lo que la conexidad entre todas ellas está garantizada. Con esta acumulación como herramienta al servicio del Juez, este podrá decidir si es procedente al caso concreto en aras a la celeridad, economía procesal y evitar el dictado de sentencias incidentales incompatibles entre sí.

Como consecuencia de la salvedad del art. 96.bis.1 LC -«salvo que el acreedor justifique no haber tenido noticia antes de su existencia, en cuyo caso se clasificarán según su naturaleza»-, la resolución que se dicte puede afectar a los mismos sujetos a los que pudiera afectar la resolución judicial definitiva en la impugnación a que se refiere el art. 96.5 LC. Por ello me parece fundamental que se notifique «a quienes se hayan personado en el concurso en el domicilio señalado a efectos de notificaciones y se publicará en el Registro Público Concursal y en el tablón de anuncios del juzgado. Además, la administración concursal comunicará telemáticamente el informe a los acreedores de cuya dirección electrónica se tenga conocimiento»⁸⁰⁹. Así, una vez practicada la notificación y presentadas las demandas incidentales, con un plazo prudencial para poder acumularlas si el Juez lo estima conveniente, debe otorgárseles la preceptiva difusión en abstracto mediante el sistema de publicidad concursal para que todos aquellos que pudieron intervenir en el incidente concursal de impugnación del inventario y de la lista de acreedores tengan también oportunidad de contestar a la demanda incidental si a su derecho conviene. Por supuesto, será el Juez quien realizará el control en cuanto a si se dan los casos en que los que el actor incidental justifique no haber tenido noticia antes de la existencia del crédito.

5) LA IMPUGNACIÓN DEL ART. 97.BIS.2 LC

También en la Ley 38/2011 ha previsto el legislador concursal la posibilidad de modificación del texto definitivo de la lista de acreedores en unos momentos y por unas causas determinadas.

⁸⁰⁹ Art. 95.2 LC.

a) Presentación de la solicitud

Los acreedores que presenten dicha modificación deben solicitarla por escrito «con justificación de la modificación pretendida, así como de la concurrencia de las circunstancias previstas en este artículo»⁸¹⁰.

El escrito no debe revestir la forma de demanda incidental, pues no se inicia el incidente.

b) Informe de la administración concursal

Si el informe es favorable, la Ley Concursal prevé el traslado del mismo a las partes personadas. El legislador, en el art. 96.1 LC, otorga legitimación activa para impugnar la lista de acreedores a las «*las partes personadas*» y a los «*demás interesados*», mientras que en este precepto sólo legitima a las partes personadas. Estamos ante una modificación de los textos definitivos que ya se han puesto de manifiesto y las partes personadas y demás interesados han tenido oportunidad de impugnar el inventario de la lista de acreedores. Por este motivo se limita la legitimación a quienes no se han personado con anterioridad, demostrando no ostentar un interés que sea digno de tutela.

Por un principio de sencillez procedimental, entiendo que debe brindarse la posibilidad a quien ostente y acredite interés legítimo pueda interponer demanda incidental, tal y como se prevé en el art. 96.1 LC, sin limitarlo en ningún caso a las partes personadas. Este interés residirá en aquellos sujetos a quienes afecte la resolución judicial que se dicte, es decir, en el resultado del pleito. Por ello, durante este trabajo he insistido en que se utilice la publicidad concursal y permitir que los interesados legítimamente tengan acceso al informe expresado.

c) Las alegaciones al informe favorable o desfavorable de modificación de la lista de acreedores definitiva y la interposición de demanda incidental

En el capítulo referido al ámbito de aplicación, he incluido este trámite entre aquellos a los que la Ley Concursal remite a los cauces del incidente concursal.

Del informe favorable -prevé el art. 97.bis.2 LC- se dará traslado a las partes personadas.

En este escenario, se están regulando tres posibilidades. Una, que se promueva incidente concursal frente a la falta de reconocimiento del crédito. Dos, que no se efectúen alegaciones o no sean contrarias a la pretensión formulada, en cuyo caso «*el juez acordará la modificación por medio de auto sin ulterior recurso*». Y, tres, «*en otro caso*», resolviendo el Juez «*por medio de auto contra el que cabe interponer recurso de apelación*».

A pesar de que el legislador esté utilizando la fórmula “solicitud”, si nos encontramos ante un incidente concursal, «*el solicitante*» debe interponer demanda incidental. Como señalé, es obligatorio que se trate de una demanda completa, sin necesidad de que sea extensa. Así, incluirá el nombre de quien la presenta, dirigida a los demandados incidentales, una breve exposición de hechos, el artículo aplicado y la solicitud al Juez del

⁸¹⁰ Art. 97.bis.1.2º LC.

concurso de que, previos los trámites legales, se dicte sentencia acordando la modificación. Además, propondrá la prueba en que quiera basar sus alegaciones, pues aun no siendo un requisito que pueda provocar su inadmisión a trámite, sustentará las pretensiones del actor incidental en caso de que se conteste a la demanda y deban practicarse en el acto de la vista.

Respecto de la acumulación, siendo varios los solicitantes y resueltos de forma contraria al reconocimiento, entiendo aplicable la regla general, pudiendo el Juez del concurso acumularlas para resolverlas conjuntamente.

6) LA IMPUGNACIÓN DEL ART. 191.4 LC

En el procedimiento abreviado se acortan los plazos en la tramitación. El administrador concursal deberá presentar el inventario de bienes y derechos de la masa activa en un plazo de 15 días desde la aceptación del cargo, y el informe del art. 75 LC en el plazo de un mes⁸¹¹.

El Letrado de la Administración de Justicia formará pieza separada para la tramitación de las impugnaciones. De las demandas incidentales de impugnación dará traslado al administrador concursal. Pero, la gran especialidad del procedimiento abreviado, en este sentido, radica en que, a pesar de interpuestas, no se incoará incidente concursal⁸¹².

De esta forma, se establece un trámite previo destinado a que la administración concursal valore las pretensiones deducidas y, con ello, evitar la tramitación de este proceso incidental. Si el administrador concursal acepta las pretensiones, las incorporará a los textos definitivos. De no ser así, deberá contestar a las demandas incidentales en los términos previstos en el art. 194.3 LC⁸¹³, debiendo proponer los medios de prueba de los que intenten valerse.

El resto de la tramitación se realizará por los cauces *«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»*.

Por último, debe hacerse mención al art. 191.4 LC, que establece que *«en todo lo no regulado expresamente en este capítulo se aplicarán las normas previstas para el procedimiento ordinario»*.

⁸¹¹ De forma excepcional y razonada, prorrogable por un plazo que no exceda de otros 15 días.

⁸¹² Art. 191.4.1º LC.

⁸¹³ Es decir, en la forma prevenida en el art. 405 LEC.

CAPÍTULO DUODÉCIMO. EN ESPECIAL, EL INCIDENTE CONCURSAL DE CALIFICACIÓN DEL CONCURSO

1) INTRODUCCIÓN

El segundo tipo de incidente que he querido destacar es el de la calificación del concurso, debido a su especial singularidad.

La calificación del concurso se limita “a supuestos muy concretos: la aprobación de un convenio que, por la cuantía de la quita o la duración de la espera, resulte especialmente gravoso para los acreedores, y la apertura de la liquidación”⁸¹⁴. El legislador ha estimado oportuno valorar la conducta del deudor común en aquellos casos en los que exige al acreedor un especial sacrificio. Es en estos casos en los que se inserta este especial incidente concursal.

La singularidad de la calificación del concurso se refleja en el hecho de que tiene asignado en exclusiva un título y una sección en la Ley Concursal. Tiene naturaleza sancionatoria, pues aunque lo que se declara fortuito o culpable es el propio concurso, la resolución judicial que se dicte “habrá de determinar las personas afectadas y, en su caso, las declaradas cómplices; impondrá a todas aquéllas la inhabilitación para administrar bienes ajenos y para representar a cualquier persona, sanción que será temporal, durante un período de dos a 15 años; les impondrá, asimismo, la pérdida de cualquier derecho que tuvieran como acreedores concursales o de la masa y la condena a devolver los bienes y derechos que indebidamente hubieren obtenido del deudor o recibido de la masa activa, más la de indemnizar los daños y perjuicios causados”⁸¹⁵.

Desde otra perspectiva, su importancia se ve reflejada en los intereses en juego en esta Sección: “Los intereses afectados por las pretensiones que pueden ejercitarse en la sección de calificación del concurso son variados: unos son públicos, los que se satisfacen con la calificación y la inhabilitación; otros son generales del concurso, que se satisfacen con la pérdida de derechos de las personas afectadas por la calificación y de los cómplices en el concurso; y otros particulares de los acreedores cuyos créditos no hayan sido

⁸¹⁴ Exposición de Motivos de la Ley Concursal (VIII, ap. 1º, *in fine*).

⁸¹⁵ En este sentido, la Exposición de Motivos de la Ley Concursal (VIII, ap. 4º, *in fine*) y los arts. 172, 172.bis y 173, todos ellos, de la Ley Concursal.

satisfechos con la liquidación, que se satisfarán con la condena a los administradores a pagarlos, total o parcialmente”⁸¹⁶.

El legislador concursal ha optado por el establecimiento de un sistema legal específico de presunciones. Aunque en la práctica no es exactamente así, en la Exposición señaló que “La ley formula el criterio general de calificación del concurso como culpable y la continuación enuncia una serie de supuestos que, en todo caso, determinan esa calificación, por su intrínseca naturaleza, y otra de supuestos que, salvo prueba en contrario, son presuntivos de dolo o culpa grave, por constituir incumplimiento de determinadas obligaciones legales relativas al concurso”⁸¹⁷.

En cuanto a las cuestiones procesales de este incidente concursal, se plantean -entre otras- la intervención como parte del Ministerio Fiscal únicamente para esta Sección Sexta. Se permite que no presente su dictamen, teniendo como tiene naturaleza sancionatoria, aunque sólo sea en la esfera civil, y le otorga una consecuencia legalmente establecida a esa falta de emisión de su dictamen⁸¹⁸. Otra cuestión procesal interesante reside en la determinación de cuál será la demanda incidental que inicie este proceso judicial propio, a los efectos de estructurar todo el proceso incidental y aplicar las normas subsidiarias que correspondan.

2) FINALIDAD, CARÁCTER Y NATURALEZA JURÍDICA

a) Finalidad

La calificación no es una finalidad fundamental del concurso, pues, como ya avancé en su momento, ésta es la satisfacción ordenada y en la medida de lo posible de los créditos comunicados, aunque puede tener una influencia notable si la sentencia incidental se pronuncia, por ejemplo, respecto de *«la pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa y la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados»*⁸¹⁹.

Sí tiene una fuerte dosis de interés público y una mayor o menor importancia práctica, pues no deja de tener una función disuasoria o preventiva de actuaciones reprochables en el tráfico mercantil que la Ley tipifica⁸²⁰. Aunque, debe recordarse que las causas de la insolvencia se analizan dentro de la esfera civil, y que la calificación del concurso «no

⁸¹⁶ AAP Barcelona 1 de septiembre de 2008 (EDJ 2008/266010).

⁸¹⁷ Exposición de Motivos de la Ley Concursal (VIII, ap. 3º).

⁸¹⁸ Art. 169.2. *in fine* LC.

⁸¹⁹ Art. 172.2.3º LC.

⁸²⁰ SAP A Coruña de 28 de febrero de 2013 (EDJ 2013/51223): “La calificación no es la finalidad fundamental del concurso, sin perjuicio de su dosis de interés público y de su mayor o menor importancia práctica, incluso disuasoria o preventiva de actuaciones reprochables en el tráfico jurídico y mercantil que la Ley tipifica”.

En el mismo sentido, las SSAP Pontevedra de 20 de noviembre de 2014 (EDJ 2014/118999), 13 de noviembre de 2014 (EDJ 2014/270403), Murcia de 19 de junio de 2014 (EDJ 2014/137186) ó Baleares de 20 de diciembre de 2013 (EDJ 2013/273085).

vinculará a los jueces y tribunales del orden jurisdiccional penal que, en su caso, entiendan de actuaciones del deudor que pudieran ser constitutivas de delito»⁸²¹.

b) Carácter

Como cualquier incidente concursal, se trata de un proceso declarativo, de carácter plenario. Y, como tal, es un proceso especial, aunque, respecto de los demás incidentes concursales, tiene unas especialidades procesales exclusivas y un objeto muy concreto, al servicio del concurso en las finalidades que le son propias y que el legislador concursal le ha asignado dentro del mismo.

c) Naturaleza jurídica

En consonancia con lo expuesto para la naturaleza jurídica del genérico incidente concursal ordinario, nos encontramos ante un proceso judicial propio, un procedimiento que participa de una naturaleza jurídica *sui generis*, como procedimiento único, incidental respecto del concurso y singular por cuanto no tiene identidad con ningún otro incidente ni proceso. Sin embargo, es todavía más especial, especialísimo. Su singularidad reside en la trascendencia en la persona del deudor común y otros sujetos respecto a la depuración de responsabilidades, su ubicación en exclusiva en un único Título dentro de la Ley Concursal, su específico objeto, la intervención del Ministerio Fiscal y el carácter sancionador de la resolución judicial que se dicte, acumulándose una responsabilidad civil por daños y perjuicios, o la presencia de la coadyuvación o el poder dispositivo de las partes.

3) LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL

Mucho se ha escrito acerca de la responsabilidad del deudor común y otros sujetos respecto de la generación o agravación del estado de insolvencia y los pronunciamientos de la sentencia de calificación. En el presente trabajo sólo se incidirá en aquellos aspectos procesales destacables de este incidente concursal, por razones lógicas de limitación de este estudio.

La Ley 38/2011 pretendió “precisar el régimen jurídico de algunos aspectos concretos del concurso”. Así, por ejemplo, “la regulación de la responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles durante el concurso, tratando de armonizar los diferentes sistemas de responsabilidad de administradores que pueden convivir durante su tramitación: la responsabilidad por daños a la sociedad, que ahora habrá de ser exigida necesariamente por la administración concursal, y la denominada responsabilidad concursal por el déficit de la liquidación, que se mantiene, aunque con importantes precisiones en su régimen jurídico que tratan de resolver los principales problemas que la aplicación ha suscitado en nuestros tribunales”⁸²².

⁸²¹ Art. 163.2 LC.

⁸²² Preámbulo de la Ley 38/2011 (VIII, ap. 1º).

Véase, también, el art. 8.7º LC; art. 48.quáter LC; o el art. 172.bis LC.

La responsabilidad concursal⁸²³ se extiende a la determinación de las personas afectadas por la calificación y las declaradas cómplices; la inhabilitación de dichas personas y la pérdida de cualquier derecho que tuvieran como acreedores concursales o de la masa y la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados -también en el caso de que no tuvieran la condición de acreedores o los daños y perjuicios causados o si no tuvieran la condición de acreedores-⁸²⁴.

De esta forma, la calificación del concurso y su responsabilidad concursal se integran en el procedimiento principal para la protección del interés general -inhabilitación- y la satisfacción de los acreedores -pérdida de cualquier bien o derecho y/o restitución de lo obtenido indebidamente-, sin perjuicio de la ya comentada función disuasoria o preventiva que también defienden el interés público.

4) LA INSERCIÓN DE LA SECCIÓN DE CALIFICACIÓN EN EL CONCURSO

Siguiendo la propuesta planteada, si el concurso como procedimiento principal tiene como misión la declaración de concurso, la determinación del activo y el pasivo del deudor común y la satisfacción de los acreedores en la medida de lo posible, sin perjuicio de un acuerdo entre todos ellos, puede parecer que la Sección Sexta no forme parte de aquél. Sin embargo, he señalado que el procedimiento concursal es un proceso *sui generis*. El interés general que se salvaguarda y las pretensiones que pueden ejercitarse en la sección de calificación, justifican sobradamente su integración en el concurso como procedimiento principal.

Como ha declarado la jurisprudencia⁸²⁵, en el concurso no solamente se tratan intereses públicos y otros generales, sino también particulares de los acreedores cuyos créditos no han sido satisfechos con la liquidación, que se satisfarán con la eventual condena a los administradores a pagarlos, total o parcialmente. Esta incidencia notable en el procedimiento principal ha justificado que la sección de calificación sea merecedora de integrarse en el concurso como una sección más, y su naturaleza sancionatoria la ha llevado a ubicarla en un Título específico separado del resto de secciones.

Esta ambivalencia me lleva a considerarla como una sección más del concurso, pero, en cierta medida autónoma.

⁸²³ A pesar de la concreta rúbrica del art. 172. *bis* LC.

⁸²⁴ Se articula como un caso de responsabilidad-sanción claramente finalista, la de ser garantía última para los acreedores, eliminando los obstáculos que se les presentarían al tener que acudir a las acciones de responsabilidad societaria, al cobro de sus créditos con cargo a los acreedores declarados culpables de la situación impeditiva de la ordinaria satisfacción de los mismos (SAP Alicante de 31 de julio de 2012 -EDJ 2012/187390-).

⁸²⁵ El ya citado AAP Barcelona de 1 de septiembre de 2008 (EDJ 2008/26010).

5) EL ESQUEMA PROCEDIMENTAL

En otros incidentes concursales el legislador ha optado por tramitar el proceso incidental a propósito de la oposición de uno de los legitimados⁸²⁶, de forma que la demanda incidental vendrá constituida por quien entienda que no procede la actuación correspondiente.

En la calificación del concurso esta cuestión es mucho más compleja.

Dictada la resolución que acuerde la formación de la Sección Sexta, se produce un emplazamiento a cualquier acreedor o persona que acredite interés legítimo para que se persone, siendo parte en dicha sección, pudiendo alegar por escrito cuanto considere relevante para la calificación del concurso como culpable⁸²⁷.

Con posterioridad existe otro emplazamiento a la administración concursal para que presente un informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso, con propuesta de resolución. Tras el informe de la administración concursal, se da traslado al Ministerio Fiscal para que emita su dictamen⁸²⁸.

Pero, además, si la administración concursal o el Ministerio Fiscal, o ambos, calificaran el concurso como culpable, se prevé un nuevo emplazamiento, ahora al deudor y a todas las personas que pudieran ser afectadas por dicha calificación o declaradas cómplices, a fin de que comparezcan en la Sección -si no lo hubieran hecho con anterioridad-, otorgándoles otro emplazamiento a los comparecidos para que puedan alegar lo que a su derecho convenga.

No será hasta la formulación de la oposición del deudor o algunos de los comparecidos cuando la Ley Concursal establece que se sustanciará por los trámites del incidente concursal⁸²⁹, dictándose también sentencia incidental de calificación si no se formula oposición⁸³⁰.

La integración de todos estos preceptos con la regulación del incidente concursal, plantea algunos interrogantes.

a) La demanda incidental en la calificación del concurso

Como proceso declarativo, este proceso judicial propio principia por demanda, que se presentará en la forma prevista en el art. 399 LEC.

Para determinar quién y de qué forma se inicia este proceso incidental, se han señalado muchas soluciones. Así, por ejemplo, se ha indicado que el legislador ha querido limitar la legitimación a la pretensión de la solicitud en la calificación del concurso a la administración concursal y al Ministerio Fiscal⁸³¹; que el informe de la administración

⁸²⁶ Por ejemplo, los arts. 61.2; 96.bis.3º; 129.1; 152; 171.1; 176.2.2º; 176.bis.3.3º; 181.3, todos ellos LC.

⁸²⁷ Art. 168.1 LC.

⁸²⁸ Art. 169 LC.

⁸²⁹ Art. 171.1 LC.

⁸³⁰ Art. 171.2 LC.

⁸³¹ La SAP Albacete de 31 de julio de 2012 (EDJ 2012/187390) señala que "ha de indicarse que en materia de calificación, están en juego no solo intereses privados sino también públicos, vinculados a la propia calificación y a la sanción de inhabilitación del culpable, y generales, y es por ello que el legislador ha querido limitar la

concurstal como una propuesta y la oposición como una verdadera demanda⁸³²; que el informe ha de deducirse en forma de demanda⁸³³; que tanto el informe como el dictamen participan de la naturaleza de una demanda⁸³⁴; que la acción corresponde únicamente a la administración concursal y el Ministerio Fiscal y la intervención de los interesados personados no puede ir más allá de las alegaciones iniciales con la finalidad de ilustrarles⁸³⁵; entre otras muchas interpretaciones.

Varias son las cuestiones a tener en cuenta. El legislador concursal ha afirmado que “la oposición se sustanciará por los trámites del incidente concursal”⁸³⁶. La regulación de los arts. 169 y 170, ambos LC, prevén la presentación del informe y el dictamen, dando audiencia al deudor por diez días y emplazando a todas las personas que, según resulte de lo actuado, pudieran ser afectadas por la calificación del concurso o declaradas cómplices,

legitimación a la pretensión de tales solicitudes a la Administración concursal y al Ministerio Fiscal, impidiendo formas de acumulación de pretensiones de particulares.

“En efecto, el artículo, el art. 169 LC limita la legitimación originaria para solicitar la calificación y además excluye cualquier forma de legitimación subsidiaria. Es, conforme al art 170 LC, la pretensión o del Ministerio Fiscal o de la Administración concursal el dispositivo legal exclusivo, determinante de la decisión sobre la calificación, de modo que aún en el caso de omisión de funciones por la Administración concursal y por el Ministerio fiscal, los otros interesados en la calificación carecen de legitimación para formular pretensión de calificación.

“Y las mismas razones que justifican la restricción de la legitimación para accionar en la calificación en virtud del principio dispositivo la condena y moderación del porcentaje de responsabilidad ex artículo 172.3 de la Ley Concursal ha de hacerse sin rebasar los límites solicitados por la Administración concursal y por el Ministerio Fiscal en la calificación”.

⁸³² La SAP Orense de 31 de julio de 2012 (EDJ 2012/189145) señala que “en el ámbito del incidente concursal que regula el artículo 171 de la Ley Concursal, el informe emitido por la Administración Concursal en la Sección de calificación ha de considerarse como una propuesta, siendo la oposición del deudor, formulada frente a tal calificación, la verdadera demanda que inicia el incidente concursal, de la que se dará traslado a la Administración Concursal para contestarla, como en efecto tuvo lugar mediante providencia dictada en 21 de septiembre de 2009”.

⁸³³ La SAP Pontevedra 26 de julio de 2012 (EDJ 2012/185246) determina que “el informe de la administración concursal y el dictamen del fiscal se configuran como actos formales a medio de los cuales se ejercita la correspondiente pretensión, por lo que su papel es el mismo que en el proceso desempeña la demanda. Hemos dicho en otro lugar que, en nuestra opinión, no debe verse en la terminología legal otra cosa que el apego a los vocablos de la legislación histórica, sin que de ellos quepa deducir efecto jurídico alguno. El art. 169.1 alude a “informe razonado y documentado” porque ésta era la forma en que los textos previgentes aludían al acto que ponía en marcha el proceso de calificación, con su forma inquisitiva”.

⁸³⁴ La SAP Valladolid de 5 de noviembre de 2013 (EDJ 2013/229531) señala que “por tanto el informe de la administración concursal y el dictamen del ministerio fiscal participan en tal sentido de la naturaleza de una demanda y deben reunir los elementos esenciales que a este escrito procesal le son propios, especificando con claridad el petitum y la causa petendi, la calificación concreta que se pide, así como el resto de pronunciamientos que se solicitan de la sentencia de calificación, y las razones que lo justifican.

“El ministerio fiscal en su dictamen puede adherirse al informe de la administración concursal o discrepar del mismo, oponiéndose a la calificación interesada, y caso de interesarse la declaración de culpabilidad, a los pronunciamientos complementarios. En la medida en que está legitimado para pedir una calificación concreta y el resto de los pronunciamientos sobre los que tendría que pronunciarse la sentencia de calificación (art. 172.2 LC), su dictamen puede estructurarse en forma de demanda o similar al informe de los administradores concursales. Mas en todo caso deberá contener una petición clara y precisa de los pronunciamientos que interesa se recojan por la sentencia de calificación y de las razones que los justifican, aunque sea por remisión a las alegaciones fácticas y jurídicas formuladas por el informe de la administración concursal, si es que coincide con ellas, o en último extremo por remisión a los escritos presentados por alguno de los acreedores interesados que hayan comparecido y alegado, si es que no coincide con la Administración Concursal”.

⁸³⁵ La SAP Valladolid de 18 de febrero de 2013 (EDJ 2013/44865) determina que “la acción enderezada a determinar el carácter culpable del concurso, así como las personas que merecen tal calificación o la de cómplices, entendemos corresponde únicamente al Ministerio Fiscal y a la Administración Concursal. La intervención de los interesados personados no puede ir más allá de las alegaciones iniciales previstas en el art. 168 LC, con la finalidad de ilustrar a la Administración Concursal y al Ministerio Fiscal acerca de aquello que consideren relevante, mas sin que puedan determinar los culpables, las causas ni las consecuencias de esta culpabilidad”.

⁸³⁶ Exposición de Motivos de la Ley Concursal (VIII, ap. 4º), pero también art. 171.1 LC.

a fin de que, en plazo de cinco días, comparezcan en la sección⁸³⁷; pero, es a los comparecidos a quienes se concede un plazo de diez días para que aleguen cuanto convenga a su derecho. Y, a los que no comparecieren, se les declarará en rebeldía.

Ciertamente, existen argumentos a favor y en contra de considerar el informe y dictamen o los escritos de oposición como demandas incidentales y algunas salvedades a realizar.

En la jurisprudencia, el Tribunal Supremo⁸³⁸ ha señalado que “[...] el informe puede ser recabado por la instante del procedimiento y aportarlo con su escrito de demanda, en este caso con el escrito de la administración concursal que cumple la misma función en la calificación concursal (art. 169 LC)⁸³⁹. Y otros órganos judiciales tratan asimismo el informe de la administración concursal como demanda incidental⁸⁴⁰.

Debo avanzar que, al ser un incidente concursal *sui generis* dentro del concurso, me inclino por entender que el informe de la administración concursal constituye la demanda en el incidente de calificación del concurso. El dictamen del Ministerio Fiscal, por la propia naturaleza de este órgano y al prever el propio legislador unas consecuencias a su falta de presentación, no considero pueda constituirse como demanda.

i) El trámite de alegaciones del art. 168 LC

Entre la publicación de la resolución judicial que acuerde la apertura o reapertura de la Sección Sexta y el informe y dictamen se insertan los escritos de cualquier acreedor o persona que acredite interés legítimo para personarse y poner de manifiesto cuanto considere relevante para la calificación del concurso como culpable.

Esta posibilidad de personación y su ubicación procesal, entiendo que sólo puede tener sentido como un trámite especial en esta sección, encaminado a “ilustrar” a la administración concursal y al Ministerio Fiscal a los efectos de realizar, respectivamente, su informe y dictamen.

Estos escritos no pueden tener la naturaleza de demanda de este incidente, por cuanto en ellos no existe una calificación como fortuito ni culpable y, en consecuencia, no existe petición alguna al órgano judicial. Se trata, a mi entender, de un trámite especial en un incidente concursal *sui generis* especialísimo dentro de un proceso *sui generis* como es el concurso.

⁸³⁷ Art. 170.2 LC.

⁸³⁸ Por ejemplo, la STS 202/2017, de 29 de marzo.

⁸³⁹ Aunque cabe precisar que otras resoluciones, como por ejemplo, la STS 5/2016, de 27 de enero, aun en los Antecedentes de Hecho, se refiere a la “demanda incidental de oposición a la calificación del concurso”.

⁸⁴⁰ Por ejemplo, la SAP Pontevedra 104/2017, de 10 de abril, señala que “[...] la sentencia estimó parcialmente la demanda presentada por la Administración concursal y el Ministerio Fiscal contra la sociedad en concurso, los administradores sociales y otras sociedades, calificando el concurso como culpable y declarando personas afectadas por esta calificación a los dos administradores de derecho y al administrador de hecho, absolviendo a las demás entidades demandadas cuya responsabilidad se interesaba a título de cómplices”.

O la StJMer de Madrid de 21 de marzo de 2017 que se refiere durante toda la resolución a los “demandantes de calificación culpable”, la administración concursal y el Ministerio Fiscal; y como demandados y personas afectadas por la calificación, la concursada.

ii) El dictamen de la administración concursal y el informe del Ministerio Fiscal como demanda incidental en la calificación del concurso

La jurisprudencia ha ido entendiendo en resoluciones anteriores a la reforma operada por la Ley 38/2011, que ambos documentos “hacen las veces de demanda incidental” o que el “escrito o los escritos de oposición hacen las veces de contestación a la demanda”⁸⁴¹ y que tanto la administración concursal como el Ministerio Fiscal “tienen la llave de la calificación, pues a ellos les corresponden formular la petición concreta y las consecuencias de esta calificación”⁸⁴². Pero la contundencia del Tribunal Supremo⁸⁴³ viene determinada al considerar que el informe de la administración concursal no es una demanda incidental, pero “*cumple la misma función en la calificación concursal*”.

Incluso, el propio legislador parece avalar esta interpretación, pues son la administración concursal y el Ministerio Fiscal quienes introducen la petición de que se declare el concurso como fortuito o culpable. Y, en este caso, «*dará audiencia al deudor por plazo de diez días y ordenará emplazar a todas las personas que, según resulte de lo actuado, pudieran ser afectadas por la calificación del concurso o declaradas cómplices, a fin de que, en plazo de cinco días, comparezcan en la sección si no lo hubieran hecho con anterioridad*»⁸⁴⁴. «*A quienes comparezcan en plazo el Secretario judicial les dará vista del contenido de la sección para que, dentro de los diez días siguientes, aleguen cuanto convenga a su derecho. Si comparecieren con posterioridad al vencimiento del plazo, les tendrá por parte sin retroceder el curso de las actuaciones. Si no comparecieren, el Secretario judicial los declarará en rebeldía y seguirán su curso las actuaciones sin volver a citarlos*»⁸⁴⁵.

Si el informe y el dictamen coinciden en calificar el concurso como fortuito, «*sin más trámites*», el Juez ordenará el archivo de la Sección Sexta. No existe ningún

⁸⁴¹ Véase, por ejemplo, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de A Coruña de 20 de junio de 2006 (EDJ 2006/359706).

⁸⁴² AAP Barcelona de 1 de septiembre de 2008 (EDJ 2008/266010).

El texto íntegro es del tenor literal siguiente: “A pesar de que estos intereses que se ejercitan en la sección de calificación del concurso no son estrictamente públicos, pues, como hemos visto, los hay generales del concurso y particulares de algunos acreedores concursales, la legitimación para ejercitar estas acciones se restringe a la administración concursal. 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 de los créditos 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 corresponden formular la petición concreta y las consecuencias de esta calificación”.

⁸⁴³ En la citada STS 202/2017, de 29 de marzo.

Interesante a estos efectos es también la STS (Pleno) de 22 de abril de 2010, que señala que “en cuanto al segundo aspecto, relativo a la alegación de incongruencia “extra petita” por alteración de la “causa petendi”, debe señalarse, por un lado, que evidentemente se aprecia una inclusión tácita (rectius “implícita”) en el Informe de la Administración Concursal que se revela singularmente en el apartado F), en cuanto se refiere al hecho de la disposición de la cantidad de 1.750.000 euros (que se extrajeron de la tesorería de la empresa sin contrapartida) como “determinante de la agravación” de la insolvencia, lo que encaja plenamente en el precepto del art. 164.1 LC; y debe resaltarse, por otro lado, que para la concurrencia del supuesto genérico de culpabilidad del concurso no resulta ineludible, otra cosa es que sea conveniente, 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 cubre el supuesto normativo, siendo suficiente que en la fundamentación consten los hechos relevantes para la adecuada calificación y que claramente resulten expresivos de la causa correspondiente, como sucede en el caso”.

⁸⁴⁴ Párrafo segundo del art. 170 LC.

⁸⁴⁵ Párrafo tercero del art. 170 LC.

emplazamiento, por lo que la tramitación tiene más similitud al procedimiento diseñado para las autorizaciones judiciales que a un proceso declarativo autónomo como es este proceso incidental.

Por otro lado, la nueva redacción del art. 194.4 LC limita el acto de la vista a aquellos supuestos en los que «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». Ello presupone que, tanto el informe como el dictamen, no solamente deben ceñirse a lo dispuesto en el art. 399 LEC, sino que además deben proponerse los medios de prueba en los que fundamente sus pretensiones para el caso de existencia de oposición, pues si existe ésta y se convoca a acto de vista, será necesario que estén propuestos para que el Juez del concurso pueda pronunciarse sobre su pertinencia y utilidad y citar a dicho acto oral.

A ello debe añadirse que si se reapertura la sección de calificación por incumplimiento del convenio⁸⁴⁶, «*el informe de la administración concursal y, en su caso, el dictamen del Ministerio Fiscal se limitarán a determinar las causas del incumplimiento y si el concurso debe ser calificado como culpable*»⁸⁴⁷, obviando los requisitos del art. 399 LEC y, sobre todo, los medios de prueba de que intenten valerse.

iii) Los escritos de oposición como demanda incidental de calificación del concurso

A la vista de la redacción del art. 171.1 LC: «*si el deudor o alguno de los comparecidos formulase oposición, se sustanciará por los trámites del incidente concursal*», puede parecer que se les concede a estos escritos la naturaleza de demanda, pues sin su interposición no comenzarían los trámites del incidente concursal.

Si los escritos de oposición son considerados como demanda incidental, debería darse traslado a la administración concursal, emplazándola por un plazo de diez días -en aplicación de lo dispuesto en el art. 194.3 LC- para contestar. Sin embargo, no sucede así en la práctica y, por ello, no existe una contestación a la demanda, faltando el principio contradictorio, básico para que un procedimiento pueda considerarse como un proceso con todas las garantías.

El orden cronológico de este incidente concursal viene establecido en el art. 170.2 LC. En caso de que el informe considere el concurso como culpable, «*el juez dará audiencia al deudor por plazo de diez días y ordenará emplazar a todas las personas que, según resulte de lo actuado, pudieran ser afectadas por la calificación del concurso o declaradas cómplices [...]*». Esto es, de forma análoga a lo establecido en el art. 194.3 LC para el incidente concursal ordinario.

Y, a continuación, la declaración de rebeldía para quienes no comparecieron. La declaración de rebeldía, pero, tiene difícil o imposible encaje de realizarse esta consideración. Si los escritos de oposición son considerados como la demanda incidental de este concreto proceso judicial propio, no cabe en ningún caso la declaración de rebeldía,

⁸⁴⁶ Art. 167.2 LC.

⁸⁴⁷ Art. 169.3 LC.

pues estando regulada para el proceso civil, el art. 496 LEC la considera como consecuencia «*al demandado que no comparezca en forma en la fecha o en el plazo señalado en la citación o emplazamiento*». En nuestro orden procesal civil, regido por el principio dispositivo, no puede declararse rebelde a un sujeto que elige la opción de no interponer una demanda, argumento que ratifica nuevamente que los escritos de oposición no pueden considerarse como demanda, sino como contestación.

Es así que se trata de un especialísimo incidente concursal con un objeto procesal también especial, por su carácter sancionador civil, donde existe un primer emplazamiento “ilustrativo”, un segundo para que la administración concursal presente un informe, y un tercero para que se presenten los escritos de oposición, que es cuando realmente comienza el incidente concursal de calificación del concurso. Pero, a pesar de este último detalle, en la tramitación de este especial proceso incidental, es el informe de la administración concursal el que realmente realiza las funciones de demanda.

b) Partes y legitimación en la calificación del concurso

El art. 184 LC reconoce la condición de parte de forma genérica para el proceso concursal. Para esta sección de calificación otorga dicha condición, además del deudor común y la administración concursal, al Ministerio Fiscal.

Para el resto de intervinientes, podrán personarse en la Sección Sexta sin necesidad de hacerlo en el procedimiento principal, aunque sólo sea para no incrementar el gasto al personado que no pretenda llevar a cabo acto procesal alguno en el proceso concursal.

Como he expuesto, el art. 170.2 LC prevé un trámite de emplazamiento «*a todas las personas que, según resulte de lo actuado, pudieran ser afectadas por la calificación del concurso o declaradas cómplices, a fin de que, en plazo de cinco días, comparezcan en la sección si no lo hubieran hecho con anterioridad*». Quienes comparezcan en esta Sección adquirirán el estatus de parte en este incidente concursal, como sucede en otros incidentes.

La norma general en el incidente concursal ordinario, no rige para este específico proceso judicial propio. Para la parte actora incidental se limita a la administración concursal, siendo la ubicación del Ministerio Fiscal la de defensor de la legalidad según su estatuto; mientras que la parte demandada se reserva a quienes puedan ser afectadas por la sentencia que se dicte. Así, el incidente concursal de calificación del concurso se aparta claramente del esquema general en materia de partes, constituyendo un claro ejemplo de que coexiste el hecho de que no existe otro supuesto en el que la personación en un incidente concursal disponga de un acto procesal específica e individualizado, regulado *ex professo*, como ocurre en el citado apartado segundo del art. 170 LC.

i) La administración concursal

Partiendo de lo dispuesto en el art. 184 LC, la administración concursal ostenta la condición de parte en esta Sección. Y, según lo expuesto, le corresponde legitimación

activa, siendo parte legítima (y exclusiva) para presentar el informe a que se refiere el art. 169.1 LC y que realiza la función de demanda incidental.

Defenderá los intereses generales del concurso solicitando *«la pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa y la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados»*, como *«a los cómplices que no tuvieran la condición de acreedores a la indemnización de los daños y perjuicios causados»*⁸⁴⁸.

Pero también defenderá los intereses públicos, interesando la inhabilitación de las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices, a que se refiere el apartado segundo del art. 172 LC. Así como los intereses particulares, siquiera indirectamente, pues al defender los generales del concurso y la primera finalidad de éste, velará por la satisfacción de los créditos que no hayan sido cubiertos.

ii) El Ministerio Fiscal

En la sección de calificación se dilucidan unos intereses públicos que justifican la intervención del Ministerio Fiscal, atendida la naturaleza sancionatoria civil de este incidente concursal.

Como se ha indicado, la administración concursal defiende también intereses públicos, pero lo hará desde su posición de parte actora incidental, introduciendo las pretensiones a este respecto y, en su caso, proponiendo y practicando los medios de prueba que estime asisten a su derecho. La participación del Ministerio Fiscal no se produce mediante legitimación activa, ni pasiva, sino en esa posición intermedia que le supone ser el garante de la legalidad, defendiendo tanto la sanción civil de los demandados como solicitando el archivo de las actuaciones mediante su dictamen en un momento procesal determinado legalmente o, con posterioridad, a la vista de lo actuado.

Esta ubicación reside en la misión que le otorga el art. 1 EOMF⁸⁴⁹ y en el hecho que en un proceso declarativo dentro del órgano jurisdiccional civil no puede tener el valor de demanda incidental un dictamen en el que se prevé por la Ley de forma expresa las consecuencias de la omisión en su presentación. La naturaleza sancionatoria civil de la sección de calificación justifica su intervención en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, pero no como demandante ni demandado incidental, aun reconociéndosele la condición de parte.

⁸⁴⁸ Art. 172 LC, párrafos tercero del apartado segundo y apartado tercero, así como art. 172.bis.1.1º LC.

⁸⁴⁹ Este precepto establece que *«el Ministerio Fiscal tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales, y procurar ante éstos la satisfacción del interés social»*.

iii) El deudor común

Al deudor común también se le reconoce su condición de parte en todas las secciones, sin necesidad de comparecencia en forma.

En la tramitación de esta Sección⁸⁵⁰ se prevé “darle audiencia” y también se le legitima para formular oposición⁸⁵¹. Por ello, se encontrará siempre en la parte pasiva de este proceso incidental.

iv) Los emplazados comparecidos

En el trámite de comparecencia, al que ya me he referido, los emplazados dispondrán de un plazo de diez días para formular oposición.

Quienes presenten escritos de oposición tendrán la consideración de parte pasiva en este incidente concursal.

v) Los emplazados no comparecidos

Una vez emplazados para comparecer y para que aleguen cuanto convenga a su derecho, quienes pudieran ser afectados por la calificación del concurso o declaradas cómplices y no comparecieren en este incidente concursal, serán declarados en rebeldía y seguirán su curso las actuaciones sin volver a citarlos.

La Ley Concursal, en su conjunto, no es prolija en la previsión respecto de la declaración de rebeldía de las partes procesales concursales en el procedimiento principal ni en los incidentes concursales.

Si el informe de la administración concursal se entiende como demanda en el presente incidente, la previsión del art. 170.3 LC me parece que reproduce la regla general. Si presentada la demanda incidental, el demandado no comparece en forma en el plazo señalado, el art. 496 LEC ya prevé dicha consecuencia. A mi juicio se ha previsto de forma aclaratoria, aunque procesalmente la Ley Concursal no me parece que haya aclarado algunos conceptos del incidente concursal que quizás sí requerirían de una expresa mención debido, precisamente, a su especialidad.

El efecto de la rebeldía será que el Letrado de la Administración de Justicia no les dará vista del contenido de la Sección, entre otros motivos, por no ser parte en este incidente. Aunque, pueden personarse en cualquier instante dentro del término de diez días para presentar el escrito de oposición, ilustrándose de las actuaciones en la Oficina Judicial, sin que el plazo se detenga.

La trascendencia de no comparecer en el plazo de diez días, puede ser considerable. A partir de ese momento, no podrán presentar escrito de oposición, por lo que, de no mediar otros escritos, el Juez del concurso dictará sentencia. De existir otros, podrá participar como parte durante el resto de la tramitación del incidente concursal, aunque su intervención en este proceso incidental difícilmente será decisiva.

⁸⁵⁰ Art. 170.2 LC.

⁸⁵¹ Art. 171.1 LC.

Por otro lado, seguir las actuaciones sin volver a citarlo, no es más que plasmar en la Ley Concursal lo ya dispuesto en el art. 499 LEC. Sin embargo, lo que no se prevé es si la resolución que declara la rebeldía se notificará por correo, mediante edictos⁸⁵², por publicidad concursal o sencillamente con la expresión «*sin volver a citarlos*»⁸⁵³ está suprimiendo esa notificación. Pero, tampoco, si la sentencia incidental a los declarados rebeldes se notifica personalmente o si se encontrare en paradero desconocido a través del Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma o del Estado⁸⁵⁴ o la publicación en el Registro Público Concursal colma ya esta necesidad. Y, en el sistema de recursos, nada se prevé al ejercicio por el demandado rebelde de los recursos ordinarios y la rescisión de la sentencia firme a instancias del rebelde, a que se refieren los arts. 500 y 501 LEC, aunque los primeros contarán a partir de la publicación en el Registro Público Concursal y el segundo es totalmente incompatible con el procedimiento concursal, si bien, esta es una materia que excede del presente trabajo.

vi) Acreedores y personas que acrediten interés legítimo

El art. 168.1 LC prevé la posibilidad de que «[...] cualquier acreedor o persona que acredite interés legítimo» se persone y adquiera la condición de parte en la sección, una vez publicada la resolución judicial que ordene su formación.

De entrada, los intereses de los acreedores cuyos créditos no han sido satisfechos, y su reconocimiento como parte, parece que permita la legitimación para intervenir en este proceso incidental. Igual ocurre con el interés legítimo que se protege en el precepto citado.

Sin embargo, entiendo que únicamente se les está reconociendo la posibilidad de alegar «por escrito cuanto considere relevante para la calificación del concurso como culpable». Por tanto, ni se les emplaza para formular escrito de oposición, ni en ningún momento se les brinda la oportunidad de interponer demanda incidental. Creo que, únicamente, pueden “ilustrar” a la administración concursal y al Juez del concurso respecto de todos aquellos pronunciamientos que, en virtud de lo dispuesto en el art. 172 LC, deberá contener la sentencia incidental de calificación del concurso.

Cuestión distinta es su participación como coadyuvantes. Ya me incliné por la supresión de la intervención procesal en el incidente concursal.

La Ley Concursal no elimina la intervención procesal reconocida como norma general para el incidente concursal ordinario. Sin embargo, la dicción del art. 168.1 LC («*podrá personarse y ser parte en la sección*»), entiendo que no permite una actuación más allá que bajo este estatus, si bien únicamente en la parte activa.

El íter procedimental de otorgar la oportunidad de alegar cuanto se considere relevante para la calificación del concurso como culpable, la presentación del informe, seguido del traslado al Ministerio Fiscal, su no publicación y dar vista para escritos de oposición, me parece suficiente para considerar que no es posible coadyuvar con la parte

⁸⁵² Según establece el art. 497.1 LEC.

⁸⁵³ Como se prevé en el art. 170.3 LC.

⁸⁵⁴ Según lo dispuesto en el art. 497.2 LEC.

actora. Sin embargo, coadyuvar en la parte pasiva, en principio, sí lo entiendo posible, aunque no sea partidario, precisamente por la remisión directa a los cauces del incidente concursal que sí prevén esta institución procesal.

De todas formas, cabe perfectamente la interpretación de que el art. 168.1 LC elimine esa posibilidad.

c) El poder de disposición de las partes

El poder de disposición en el concurso no es idéntico al proceso civil, pues, los intereses en juego en el procedimiento concursal y el interés general protegible a que se refiere el art. 19.1 LEC hacen que adopte otra dimensión en el concurso. Pero en el caso del incidente concursal de calificación este poder de disposición todavía tiene diferencias más acentuadas.

Para comenzar, la administración concursal tiene obligación legal de presentar un informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso con propuesta de resolución (sea calificado como fortuito o culpable). Esta obligación legal, limita la posibilidad de que pueda transaccionar, renunciar o desistir, instituciones que reflejan el “poder de disposición de las partes sobre el proceso y sobre sus pretensiones”⁸⁵⁵. Defendiendo los intereses generales del concurso y los particulares de los acreedores, los límites de estas instituciones son distintos respecto del proceso civil.

Sin embargo, como indiqué en el capítulo octavo de este estudio, a propósito de la finalización del incidente concursal, el poder de disposición de las partes, aunque pudiera parecer inexistente, es utilizado y, además, de forma habitual, incluso respecto de la declaración de culpabilidad. Uno de los muchos ejemplos⁸⁵⁶ -que en dicho capítulo cité- tiene como fundamento, por parte de la administración concursal, el interés del concurso, atendidas las dificultades previstas para cobrar el déficit concursal ante la incerteza sobre la resolución final del incidente concursal de calificación, así como la dilatación del procedimiento respecto de la masa activa.

Si la función del Ministerio Fiscal es presentar un dictamen y ser garante de la legalidad en este proceso judicial propio donde se ponen en juego intereses públicos, su posición no puede pasar por disponer del objeto del proceso, sino únicamente solicitar se declare fortuito o culpable.

En cuanto al deudor común, el auto de declaración de concurso se pronunciará sobre sus facultades de administración y disposición respecto de su patrimonio, pudiendo ser anulados los actos que infrinjan esta limitación. Pero esta disminución de su capacidad para administrar no entra en el ámbito de actuación del Ministerio Fiscal, pues en la Sección Sexta –única en la que es parte el Ministerio Público- no se dispone de activos del concurso, por lo que su actuación se limitará a cuestiones o bienes personales del deudor.

⁸⁵⁵ Rúbrica del Capítulo Cuarto del Título Primero del Libro Primero de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que contiene los arts. 19 a 22.

⁸⁵⁶ Auto 71/2014, de 8 de abril, dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 8 de los de Barcelona.

Las personas emplazadas pueden presentar oposición, o pueden no hacerlo. Fuera de estas dos opciones sólo cabría el allanamiento a todas -o algunas- pretensiones del actor. En la primera, ya se prevé el trámite de no presentar escrito y dictar sentencia incidental el Juez. En la segunda, se seguirá con los cauces del incidente concursal y, respecto de las alegaciones, se valorarán igualmente en sentencia.

Para los acreedores, se prevé que intervengan en el trámite de alegaciones del art. 168.1 LC. Aunque se les otorga la condición de parte, se les veta la posibilidad de interponer demanda incidental de calificación del concurso y sus escritos pueden influir en el informe y dictamen a presentar, por lo que no introducen elementos fácticos ni jurídicamente relevantes en el litigio, lo que conlleva a que no podrán tampoco disponer de él.

La jurisprudencia mayoritaria⁸⁵⁷ ha entendido que, a pesar de reconocérsele la condición de parte, no pueden sostener posiciones distintas a las de la administración concursal y el Ministerio Fiscal, a pesar de haberseles reconocido la condición de parte, al haberseles reconocido legalmente un trámite extraordinario para que puedan “ilustrar” a quien tiene reconocida legitimación activa para introducir en su escrito rector de este proceso judicial propio «cuanto considere relevante para la calificación del concurso como culpable». Por ello, sus alegaciones no tendrían entrada en el incidente concursal sino a través de la administración concursal. Pero, esta situación es a mi juicio sólo incardinable en los casos en los que se personen pero no presenten escrito de oposición.

Como conclusión, la naturaleza sancionadora, aun civil (inhabilitación) que lleva anudada una acción de responsabilidad concursal que repercutirá tanto en los intereses generales del concurso (pérdida de derechos o bienes respecto del deudor común y daños y perjuicios causados, etc.) como en la satisfacción de los créditos comunicados y reconocidos, varía las lindes de las instituciones referidas al poder de disposición de las partes sobre el proceso y sus pretensiones tal y como son utilizadas en el proceso civil, aunque permite un amplio margen para que puedan disponer del objeto en este especialísimo incidente concursal.

d) El objeto del proceso de la calificación del concurso y el acto de la vista

i) El objeto del proceso

En el proceso civil y en el incidente concursal ordinario regulado en el art. 192 y ss. LC, el objeto del proceso se fija a través de los escritos de alegaciones de las partes, surgiendo los hechos controvertidos que serán objeto de prueba y resueltos en sentencia.

En la calificación del concurso no es exactamente así, debido a los intereses en juego. El objeto se delimita a través del dictamen de la administración concursal y los escritos de oposición presentados, como típicos escritos de alegaciones. Pero también el

⁸⁵⁷ Sirva de ejemplo, la SAP Orense de 8 de octubre de 2013 (EDJ 2013/243459).

informe del Ministerio Fiscal (o su consecuencia legal en caso de no presentación). A ello debe añadirse que las alegaciones de «*cualquier acreedor o persona que acredite interés legítimo*» y que no presenten escrito de oposición, sólo tendrán entrada a través del dictamen y el informe.

ii) La reconvencción

El art. 406 y ss. LEC permiten la reconvencción, formulando las pretensiones que el demandado crea le competen respecto de los demandantes. Igualmente, en este trabajo, ya razoné porqué entendía aplicable este precepto al incidente concursal, si bien en toda la Ley Concursal no se hace referencia a esta institución.

Sin embargo, la propia naturaleza de este concreto proceso judicial propio, su ubicación en exclusiva en un único Título de la Ley Concursal, con un tramitación muy específica y, sobre todo, su específico objeto y la restricción en la legitimación, tanto activa como pasiva, hacen inviable la posibilidad de reconocer la posibilidad de formulación de reconvencción en este incidente concursal de calificación del concurso.

iii) El acto de la vista

La modificación del art. 194.4 LC por la Ley 38/2011, de 10 de octubre ha restringido la posibilidad de celebración del acto de vista.

En este caso, la administración concursal viene obligada a la presentación de su informe, el Ministerio Fiscal su informe y los emplazados comparecidos su escrito de oposición. A la vista de todos ellos, y siguiendo la línea general del incidente concursal ordinario, si existe discusión sobre los hechos y éstos son relevantes para el Juez, con carácter previo a declarar los medios de prueba pertinentes y útiles y, por tanto, citando al acto de vista, el Juez requerirá a las partes para que propongan los medios de prueba de que intenten valerse. Tras la valoración de éstos, se citará a este acto oral en función de las finalidades del mismo establecidas en el art. 431 LEC, esto es, únicamente para «*práctica de las pruebas de declaración de las partes, testifical, informes orales y contradictorios de peritos, reconocimiento judicial en su caso y reproducción de palabras, imágenes y sonidos. Asimismo, una vez practicadas las pruebas, en el juicio se formularán las conclusiones sobre éstas*».

e) El sistema de presunciones en el incidente concursal de calificación del concurso

El concurso es un proceso *sui generis* a través del cual el Estado arbitra un mecanismo de satisfacción ordenada de los créditos, incluyendo la resolución de cuestiones no estrictamente “civiles o mercantiles” -pero sí “concursoales”- como la modificación de los contratos de trabajo, contratos colectivos, intervención de las comunicaciones, deber de residencia del deudor persona natural en la población de su domicilio, el arresto domiciliario o la entrada y registro en el domicilio del deudor. La

Sección Sexta se ubica dentro de estos parámetros, en atención a los intereses en juego, su naturaleza y los pronunciamientos de la sentencia incidental.

En esta tesitura, la solución del legislador concursal es también *sui generis* para este incidente concursal. “La ley formula el criterio general de calificación del concurso como culpable y la continuación enuncia una serie de supuestos que, en todo caso, determinan esa calificación, por su intrínseca naturaleza, y otra de supuestos que, salvo prueba en contrario, son presuntivos de dolo o culpa grave, por constituir incumplimiento de determinadas obligaciones legales relativas al concurso”⁸⁵⁸. A pesar de la gran cantidad de comentarios doctrinales al respecto, es oportuno acudir a la jurisprudencia del Tribunal Supremo que inició la doctrina jurisprudencial de los dos criterios de calificación del concurso: “La Ley 22/2.003 sigue dos criterios para describir la causa de que el concurso deba ser calificado como culpable.

“Conforme a uno de ellos, previsto en el apartado 1 del artículo 164, la calificación depende de que la conducta, dolosa o gravemente culposa, del deudor o de sus representantes legales o, en caso de tratarse de una persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, haya producido un específico resultado externo: la generación o la agravación del estado de insolvencia del concursado.

“Según el otro, previsto en el apartado 2 del mismo artículo, la calificación es ajena a la producción del referido resultado y está condicionada a la ejecución por el sujeto agente de alguna de las conductas descritas en la propia norma.

“Este mandato de que el concurso se califique como culpable “en todo caso (...), cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos”, evidencia que la ejecución de las conductas, positivas o negativas, que se describen en los seis ordinales de la norma, es determinante de aquella calificación por sí sola - esto es, aunque no haya generado o agravado el estado de insolvencia del concursado o concursada-.

“Por ello, recurriendo a los conceptos tradicionales, puede decirse que el legislador describió en la primera norma un tipo de daño y, en la segunda, uno -varios- de mera actividad, respecto de aquella consecuencia”⁸⁵⁹.

La norma del art. 164.1 LC establece una presunción *iuris tantum* (complementada con lo dispuesto en el art. 165 LC⁸⁶⁰) que requiere para su estimación, un comportamiento activo o pasivo del deudor o sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho; que ese comportamiento tenga una carga de antijuridicidad elevada, ya que ha de ser a título de dolo o culpa grave, no bastando ningún otro grado de negligencia; un resultado: la generación o agravación del estado de insolvencia, definido como “imposibilidad de cumplir regularmente las obligaciones exigibles” (art. 2.2 LC); y la relación de causalidad entre el comportamiento del sujeto afectado por la calificación y el resultado, es decir, que la generación o agravación del estado de insolvencia se deba a la actuación del declarado culpable⁸⁶¹.

⁸⁵⁸ Exposición de Motivos de la Ley Concursal (VIII, ap. 3º).

⁸⁵⁹ STS 644/2011, de 6 de octubre (EDJ 2011/242185).

⁸⁶⁰ En este sentido, es también conocida la STS 614/2011, de 17 de noviembre (EDJ 2011/286973).

⁸⁶¹ SAP Salamanca 23-7-12 (EDJ 2012/175233).

Por su parte, el art. 164.2 LC establece una serie de presunciones *iuris et de iure*, por lo que no admiten prueba en contrario⁸⁶², de lo que se infiere que abarca todos los elementos exigidos para la declaración de concurso⁸⁶³, tipificando una serie de conductas, cuya realización resulta suficiente para atribuir la calificación culpable del concurso, con independencia de si dichas conductas han generado o agravado la insolvencia, y que si en su realización el deudor ha incurrido en dolo o culpa grave⁸⁶⁴.

El establecimiento de un sistema como éste de presunciones viene motivado por los problemas de prueba⁸⁶⁵ que se generan en este tipo de conductas. Y, a pesar de ser un proceso contradictorio, se justifica por el hecho de que las consecuencias de la calificación exceden de la mera satisfacción de un interés particular, incluyendo los intereses públicos y los generales del concurso.

En el primer caso -pues en el segundo no cabe prueba en contrario-, se exige un mínimo de prueba de la existencia de los requisitos exigidos. Sólo es necesario introducir en el proceso la “hipótesis de hecho⁸⁶⁶” que establece la norma y los requisitos exigidos, pues queda dispensado de la prueba del hecho, quedando en manos del deudor y las personas afectadas desvirtuar el hecho -o los requisitos-, incluso llegando a probar la inexistencia del hecho presunto, o el enlace que ha de haber entre el hecho que se presume y el hecho establecido en la norma concursal⁸⁶⁷.

La StJMer Murcia 11-1-13 (EDJ 2013/57705): a) la existencia de un comportamiento, activo u omisivo del deudor, o de lo que la ley denomina personas afectadas; b) la generación o agravación de un estado de insolvencia; c) la imputación de la conducta a título de dolo o culpa; y d) la existencia de una vinculación causal entre la conducta y el resultado dañoso.

⁸⁶² De la expresión empleada por el precepto: «En todo caso, el concurso se calificará como culpable (...)».

⁸⁶³ SAP Salamanca 23 de julio de 2012 (EDJ 2012/175233).

⁸⁶⁴ SAP Barcelona 19 de marzo de 2007.

⁸⁶⁵ SAP Zaragoza 29 de octubre de 2012 (EDJ 2012/338792).

⁸⁶⁶ Extraído de la SAP Pontevedra 20 de enero de 2012 (EDJ 2012/5290).

⁸⁶⁷ Vide. art. 385 LEC, de las presunciones legales.

CONCLUSIONES

I

El incidente concursal es un “*proceso judicial propio*”, por cuanto es un proceso, es judicial y es propio, porque tiene una connotación de individualidad, autónomo, con su propia tramitación, incidental respecto del concurso y exclusivo de éste.

II

Es un proceso declarativo, plenario y especial, que no suspende el curso de las actuaciones del procedimiento principal.

III

El deudor común dispone de un estatus especial, de concursado. Se trata de una “*capacidad procesal concursal*” a la situación en que se encuentra el deudor mientras tiene la condición de concursado, con independencia de que sea variada por el Juez del concurso durante la tramitación del procedimiento.

IV

La figura del coadyuvante no es necesaria y es más perturbadora que beneficiosa. Bajo los principios concursales es preferible alargar prudencialmente los plazos de admisión a trámite de la demanda y contestación a la demanda y darle publicidad concursal y eliminar la figura del coadyuvante.

V

Instituciones como la conciliación previa y la reclamación previa no tienen encaje en este proceso incidental.

VI

Las diligencias preliminares, la prueba anticipada, el aseguramiento de la prueba o las medidas cautelares deben estar presentes en el incidente concursal, con independencia de que su utilización pueda ser escasa o nula en la práctica.

VII

La acumulación de incidentes concursales en teoría puede parecer la situación ideal para su tramitación, sin embargo, en la práctica no sólo es desaconsejable, sino que la acumulación de ciertos incidentes provoca una situación caótica. La idoneidad de su utilización debe quedar en manos del Juez al caso concreto.

VIII

Las causas de inadmisión de la demanda incidental (impertinente, carente de entidad necesaria para tramitarse por vía incidental o impugnación de actos de administración o por razones de oportunidad) tienen cabida constitucional y se complementan con los principios

de celeridad y flexibilidad presentes en el concurso. Es posible que queden por resolver muchos supuestos particulares para que tengamos una idea de la extensión de todos estos términos, porque, de facto, las tres causas de inadmisión actúan como una única causa.

IX

Para la contestación a la demanda, dada la extensión legal del concepto de parte demandada, debe primar la ampliación razonable del plazo para contestar con una adecuada publicidad concursal para brindar la oportunidad a que quienes ostenten y acrediten interés legítimo puedan realizar alegaciones, por afectarles la resolución judicial que se dicte. Con ello también se consigue un mejor control del órgano jurisdiccional respecto de los plazos procesales (cuestión de orden público) y, por tanto, se consigue mayor eficacia y seguridad jurídica.

X

Debe mejorarse el sistema de búsqueda del domicilio del demandado incidental tal y como está regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Para ello la publicidad concursal puede desempeñar un papel importante.

XI

La declaración de rebeldía opera únicamente respecto de los demandados incidentales designados en la demanda. No así, para aquellos a quienes alcanza la extensión legal de demandado. La rescisión de la sentencia para el rebelde, atendiendo a los medios para consultar la publicidad concursal y el Boletín Oficial del Estado, hace que no tengan operatividad práctica.

XII

La regla general es la admisión de la reconvencción en el incidente concursal.

XIII

Después del trámite de contestación a la demanda, comienza la que he denominado “fase intermedia”, caracterizada por la resolución de cuestiones procesales y evitar en la medida de lo posible el acto de la vista. Pero este trámite debiera contener otros, que ayuden a garantizar los principios básicos de todo proceso. Así, por ejemplo, la posibilidad de que el demandante incidental pudiera pronunciarse sobre los documentos aportados con la contestación, o pronunciarse sobre los informes periciales presentados por el demandado, aportar documentos o dictámenes que acrediten ciertas cuestiones negadas de adverso, etc.

XIV

Dado el iter procesal del incidente concursal, la institución de la ampliación de la demanda desaparece, integrándose en la ampliación de la contestación a la demanda.

XV

Las funciones del acto de la vista en el incidente concursal coinciden exactamente con las establecidas en el art. 431 LEC, bajo la rúbrica: “de la finalidad del juicio”.

XVI

Las diligencias finales tienen cabida en el incidente concursal desde el momento en que forman parte del acerbo probatorio, de lo contrario dejaría de ser un proceso con todas las garantías, justamente, por no poder practicar la parte todas las pruebas acordadas y no realizadas sin culpa de la parte que las propuso.

XVII

La conjunción del principio de universalidad, la prohibición de la compensación o, sencillamente, los intereses públicos en juego, limitan el poder de disposición de las partes en el incidente concursal, pero no desaparece, extendiéndose incluso, a la propia calificación del concurso.

XVIII

La heterogeneidad de los objetos que se ventilan en los incidentes concursales desaconseja una regulación específica de la cuantía.

XIX

La apelación diferida no vulnera los derechos fundamentales de las partes. Diferente cuestión es si es aconsejable un número mayor o menor de resoluciones judiciales que tengan el acceso a la segunda instancia en función de la complejidad de la controversia.

XX

Es interesante plantear la eliminación del recurso de reposición en la apelación diferida para dejar únicamente la protesta, otorgando la posibilidad de rectificación al Juez del concurso para poder rectificar ciertos errores cometidos.

XXI

Existen tres momentos procesales para interponer la demanda de impugnación del inventario y de la lista de acreedores, y hasta en tres ocasiones puede llegar a discutirse el orden y calificación de créditos. Aunque procesalmente va contra el principio de seguridad jurídica, razones sustantivas justifican su existencia.

XXII

Las publicaciones de los textos definitivos deben realizarse a través de la publicidad concursal y en la sociedad de la información en la que nos encontramos, cualquier otra publicidad adicional no aporta nada extra a aquélla.

XXIII

El informe de la administración concursal constituye la demanda en el incidente de calificación del concurso, aunque efectivamente éste comience una vez presentados los escritos de oposición.

XXIV

La naturaleza sancionatoria del incidente concursal de calificación del concurso no es óbice para que funcione activamente el poder dispositivo de las partes, incluido, precisamente, respecto de los pronunciamientos sancionadores.

BIBLIOGRAFÍA. INDICE DE AUTORES

ALMAGRO NOSETE, J.; *“Consideraciones de Derecho Procesal”*; 1ª ed.; Barcelona; Ed. Bosch; 1988. ISBN: 8476980329.

ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J.; *“El incidente concursal”*; en Revista Jurídica de Catalunya; nº 4, 2004; número monográfico de LLei Concursal. ISSN: 0210-4296.

ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J.; *“Nueva Ley Concursal: Ley 22/2003, de 9 de julio: comentarios, jurisprudencia aplicable y formularios”*; 2ª ed.; Barcelona; Ed. Bosch; 2004. ISBN: 8497900707.

ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J.; *“Aspectos procesales de la reforma de la Ley Concursal (Ley 38/2011)”*; en Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal; nº 16, Sección Estudios, Primer semestre de 2012, págs. 43-66, Ed. La Ley (224/2012). ISSN: 2254-9005.

ALVAREZ ALCORCON, J.; *“Las diligencias preliminares”*; en “Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000”; ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. (Coord.); Vol. II; 1ª ed.; Barcelona; Ed. Economist & Jurist, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A.; 2000; págs. 29 a 70. ISBN: 849954508X.

ASENCIO MELLADO, J. Mª.; *“Derecho Procesal Civil”*; (Manuales); Valencia; Ed. Tirant lo blanc; 2008. ISBN: 9788498768732.

BERECÍBAR MUTIOZÁBAL, J.R.; PRIOR GARCÍA, I; y FERNÁNDEZ DE RETAMA GOROSTIZAGOIZA, D.; *«Comentarios a la Nueva Ley Concursal»*; Ed. Quantor; 2004; *“Del incidente concursal”*, págs. 275 a 285.

BERZOSA FRANCOS, Mª. V.; *“Los principios informadores del procedimiento en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”*; en “Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000”; ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, Jaume (Coord.); Vol. I; 1ª ed.; Barcelona; Ed. Economist & Jurist, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A.; 2000; págs. 589 a 604. ISBN: 8495545071.

BERZOSA FRANCO, M^a. V.; “*Demanda, “causa petendi” y objeto del proceso*”; 1^a ed.; Córdoba; Ed. El Almendro; Serie: Derecho y Justicia; Colección: Monografías de Derecho Procesal; 1984. ISBN: 8486047249.

CALDERÓN CUADRADO, M^a. P.; “*art. 9*”; en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. y BELTRAN SANCHEZ, E. (Dir.); “*Comentario de la Ley Concursal*”; Vol. I; 1^a ed.; Madrid; Ed. Civitas Ediciones, S. L.; 2004; págs. 287-310. ISBN: 8447023214.

CALVO SÁNCHEZ, M^a C.; “*El procedimiento abreviado y el incidente concursal en la nueva Ley 22/2003, de 9 de julio*”; en “*Estudios de derecho de obligaciones: Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*”; LLAMAS POMBO, E. (Coord.); 1^a ed.; Madrid; Editorial La Ley; diciembre; 2006. ISBN: 8497257527.

CORBAL FERNANDEZ, J.; Presentación al Libro “*Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*”; Manuales de Formación Continuada; nº 6; CGPJ; Madrid; 2000; págs. 1 a 18. ISBN 8489230374.

CORDON MORENO, F.; “*Proceso concursal*”; 1^a ed.; Monografías Aranzadi nº 67; Navarra; Ed. Aranzadi, S.A.; 2003. ISBN: 8497672712.

CORDON MORENO, F.; “*Modificaciones en la regulación del incidente concursal (artículo 194.4) y en el sistema de recursos (artículo 197.4, 5 y 6)*”; Análisis GA&P; octubre; 2011; <http://www.gomezacebo-pombo.com/index.php/es/conocimiento/analisis>.

CORDÓN MORENO, F.; “*Cuestiones procesales sobre el procedimiento para la homologación de los acuerdos de refinanciación*”; en Rojo Fernández-Río, Angel José y Campuzano, Ana Belén; “*Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán: liber amicorum*”; Vol. II; 2015; págs. 1407-1425.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y MORENO CATENA, V.; “*Derecho Procesal Civil. Parte General*”; 2^a ed.; Ed. Tirant lo Blanch; Valencia; 2004. ISBN: 848456441X.

DE LA OLIVA SANTOS, A. y DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.; “*Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*”; 3^a ed.; Madrid; Ed. Universitaria Ramón Areces; 2004, 1^a reimpresión año 2008. ISBN: 9788480046473.

DE LA OLIVA SANTOS, A. y DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y VEGAS TORRES, J.; “*Derecho Procesal Civil. Procesos especiales*”; 3^a ed.; Madrid; Ed. Universitaria Ramón Areces; 2005; 1^a reimpresión año 2008. ISBN: 9788480047227.

DE LA OLIVA SANTOS, A.; “*Sobre la cosa juzgada: civil contencioso-administrativa y penal, con examen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*”; Madrid; Ed. Centro de Estudios Ramón Areces; 1991. ISBN: 8487191819.

DE OTTO y PARDO, I.; “*Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*”; 1^a ed.; Barcelona; Ed. Ariel; 1987. ISBN: 8434415305.

DIAZ MARTÍNEZ, M.; “*El proceso concursal*”; Madrid; Ed., Ramón Areces, 2006. ISBN: 8848004750X.

DIAZ MARTÍNEZ, M.; “*El incidente concursal. Un instrumento autónomo de la tutela en el concurso de acreedores*”; Valencia; Ed. Tirant lo Blanch; 2012. ISBN: 9788490331569.

DIEZ-PICAZO GIMENEZ, I.; VEGAS TORRES, J.; “*Derecho Procesal Civil. Derecho concursal. Arbitraje*”; Madrid; Ed. Universitaria Ramón Areces; 2004. ISBN: 848004640X.

ESCOLÀ I BESORA, M^a. E.; “*La acumulación de procesos*”; en “*Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*”; ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. (Coord.); Vol. I; 1^a ed.; Barcelona; Ed. Economist & Jurist, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A.; 2000; págs. 469 a 496. ISBN: 849954071.

ETXARANDIO HERRERA, E. J.; “*Efectos constitutivos del estatus del deudor*”; en “*Manual de Derecho Concursal*”; 2^a ed.; Madrid; Ed. La Ley 8277/2010; mayo 2009.

FAIRÉN GUILLÉN, V.; “*Doctrina general del Derecho Procesal (Hacia una teoría y Ley Procesal Generales)*”; 5^a ed.; Barcelona; Ed. Bosch; 1990. ISBN: 8476981147.

FAIRÉN GUILLÉN, V.; “*Notas sobre el principio de concentración*”; en “*Estudios de Derecho Procesal*”; Vol. 45; Serie C; Ed. Revista de Derecho privado; Ed. Edersa; Madrid; 1955. ISSN: 0034-7922.

FONS RODRÍGUEZ, C.; “*La acumulación de acciones*”; “*Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*”; ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. (Coord.); Vol. I; 1^a ed.; Barcelona; Ed. Economist & Jurist, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A.; 2000; págs. 447 a 464. ISBN: 8495545071.

GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A.; “*La calificación del concurso*”; págs. 483-558; en “*Revista del Poder Judicial*”; CGPJ, Centro de documentación judicial; 5^a época; número especial XVIII: la Ley Concursal; 2004. ISSN: 1139-2819.

GARNICA MARTIN, J. F.; en AA. VV.; “*Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*”; FERNÁNDEZ BALLESTEROS, RIFÁ SOLER y VALLS GOMBAU (Coords.); Ed. Atelier, Barcelona; 1^a ed.; 2000.

GARNICA MARTIN, J. F.; “*La nueva Ley Concursal*”; Cuadernos de Derecho Judicial; CGPJ; Escuela Judicial; nº XVIII; 2003. ISBN: 8496228584.

GARNICA MARTIN, J. F.; en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A. (Coord.); “*Proceso concursal práctico. Comentarios a la nueva Ley Concursal*”; Ed. Iurgium; Madrid; 2004.

GARNICA MARTIN, J. F.; “*Los recursos en la nueva Ley Concursal*”; *Práctica de los Tribunales*; nº 7; Sección Estudios; julio-agosto, 2004; Ed. La Ley (985/2004).

GIMENO SENDRA, V.; “*Fundamentos de Derecho Procesal*”; Ed. Civitas; Madrid; 1981; págs. 180 y ss. También en “*Derecho Procesal Civil. I. Proceso de declaración. Parte General*”; Ed. Colex; 2^a ed.; 2007.

GIMENO SENDRA, V.; “*Derecho Procesal Civil I: El proceso de declaración. Parte General. Adaptado a la LO 1/2009 y a la Ley 13/2009, de reforma de la Oficina Judicial y de las Leyes de Enjuiciamiento*”; 3^a ed.; Ed. Colex; Madrid; febrero de 2010. ISBN: 9788483422298.

GIMENO-BAYÓN COBOS, R. y GIMENO VALENTÍN-GAMAZO, J.; “*Algunas cuestiones sobre la comunicación de los créditos concursales*”; en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*; Nº 12, Sección Varia; Primer semestre de 2010; Ed. La Ley; 41/2010.p; págs. 219 a 253. ISSN: 1698-4188.

GÓMEZ COLOMER, J. L.; Prólogo en “*La aplicación práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000*”; Ed. Tirant lo Blanch; Valencia; 2003. ISBN: 9788484427360.

GOMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F.; “*El proceso civil*”; 4^a ed.; Ed. Forum; Oviedo; 2005. ISBN: 8487586546.

GOMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V.; "Derecho Procesal Civil"; 8ª ed.; Vol. I; Ed. Artes Gráficas y Ediciones; Madrid; 1979. ISBN: 8440082630.

GONZÁLEZ CANO, Mª I.; «El nuevo tratamiento procesal de la insolvencia y la fase común del proceso concursal»; Tirant monografías, nº 401; Ed. Tirant lo Blanc; Valencia, 2006. ISBN: 8484564711.

GONZALEZ GARCÍA, J. M.; en "El concurso de acreedores: adaptado a la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal"; PULGAR EZQUERRA, J. (Dir.); Ed. La Ley; Madrid; 2012. ISBN: 9788481264418.

GUASP DELGADO, J. y ARAGONESES ALONSO, P.; "Derecho Procesal Civil. Introducción, Parte General y Procesos Declarativos y de Ejecución Ordinarios"; Vol. I; 4ª ed.; Madrid; Ed. Civitas; 1998. ISBN: 8447010112.

GUERRA SANMARTÍN, J.; "Lecciones de Derecho Procesal. Introducción"; Ed. Universidad de Deusto; Bilbao; 1ª ed.; 1992. ISBN: 8474852234.

GUZMAN FLUJA, V. "El poder judicial en la Constitución" (Tema 2); págs. 51 a 54; en "Manual de organización judicial"; MORENO CATENA, V. (Dir.); 3ª ed.; Ed. Tirant lo Blanch; Valencia; 2008. ISBN: 9788498763607.

HERRERO PEREZAGUA, J. F.; "Comentarios a la Ley Concursal. Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la reforma concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial"; Comentarios a los arts. 191 a 196 LC, págs. 1937 a 1969; BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. (Coord.); Vol. II; 1ª ed.; Madrid; Ed. Tecnos; 2004.

JIMÉNEZ SAVURIDO C.; en AA.VV., JIMÉNEZ SAVURIDO CRISTINA (Dir.); "La nueva regulación concursal"; Ed. Colex; 2004; págs. 456 a 463.

JOVÉ PONS, Mª A.; "El proceso civil con pluralidad de partes.Litisconsorcio"; en "Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000"; ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. (Coord.); Vol. I; 1ª ed.; Barcelona; Ed. Economist & Jurist, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A.; 2000; págs. 117 a 151. ISBN: 8495545071.

LARROSA AMANTE, M.A.; "Capacidad procesal y capacidad para ser parte"; en "Las partes. Problemática procesal"; SALAS CARCELLER, A. (Dir.); Cuadernos de Derecho Judicial; CGPJ; Madrid; XIX; 2005. ISBN: 8496518493.

LÓPEZ SÁNCHEZ, J.; "El proceso concursal"; Thomson Reuters, Ed. Aranzadi, S. A.; Navarra; 1ª ed.; 2012. ISBN: 9788499031149.

LÓPEZ DEL MORAL ECHEVERRÍA, J. L.; en "Comentarios a la Legislación Concursal"; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. y GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (Dirs.); comentario a los arts. 192 a 196 LC; Vol. III, págs. 3125 a 3135 y 3167 a 3186; 1ª ed.; Valladolid; octubre, 2004. ISBN: 8484066053.

MARINA COLL, R. y CADENAS DE GEA, C.; "El incidente concursal"; Ed. La Ley (Colección básicos La Ley); nº 57; Málaga; 2012.

MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., GARCÍA MURCIA, J.; "Derecho del Trabajo"; 17ª ed.; Ed. Tecnos; Madrid; 2008. ISBN: 9788430947676.

MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M. y PEDROSA PRECIADO, L.; *“Manual práctico sobre la tasación de costas procesales”*; Ediciones Experiencia; 3ª ed.; Barcelona; 2012. ISBN: 9788415179771.

MARTÍNEZ ROSADO, J.; *“La compraventa de bienes muebles con reserva de dominio en el concurso”*; Ed. La Ley; Monografía 2/2005; Monografía asociada a la Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. ISSN: 1698-4188.

MASCARELL NAVARRO, M. J.; *“El incidente concursal”*, en *Práctica de los Tribunales; Revista de Derecho Procesal Civil y Mercantil*; págs. 14 a 30; Ed. La Ley; nº 6; 2004. ISSN: 16981488.

MASCARELL NAVARRO, M. J.; *“El derecho a recurrir en casación”*; en *“El recurso de casación civil”*; BELLIDO PENADÉS, R. (Dir.); págs. 29 a 85; 1ª ed.; Madrid; Wolters Kluwer, Ed. La Ley; noviembre 2014. ISBN: 9788490203767.

MASCARELL NAVARRO, M. J.; *“El derecho a recurrir en casación y por infracción procesal de los terceros intervinientes”*; en *“El recurso de casación civil”*; BONET NAVARRO, J. (Dir.); págs. 313 a 324; 1ª ed.; Thomson Reuters, Ed. Aranzadi, S. A.; Navarra; 2010. ISBN: 97884990362801.

MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. L., MONTÓN REDONDO, A. y BARONA VILAR, S.; *“Derecho Jurisdiccional I. Parte General”*; 18ª ed.; Ed. Tirant-lo Blanch; Valencia; 2010. ISBN: 9788498767537.

MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. L., MONTÓN REDONDO, A. y BARONA VILAR, S.; *“Derecho Jurisdiccional II. Proceso civil”*; 18ª ed.; Ed. Tirant-lo Blanch; Valencia; 2010. ISBN: 9788498767865.

MORENO CATENA, V. (Dir.); *“Manual de organización judicial”*; 3ª ed.; Valencia; Ed. Tirant-lo blanc; 2008. ISBN: 9788498763607.

MORÓN PALOMINO, M.; *“Derecho Procesal Civil (Cuestiones fundamentales)”*; Ed. Marcial Pons; Madrid; 1993. ISBN: 8472481794.

OLIVENCIA RUIZ, M. (Dir.); *“La declaración del concurso”*, en *nueva Ley Concursal; Estudios de Derecho Judicial; Consejo General del Poder Judicial*; número 59, Madrid, 2005. ISBN: 8496228932.

ORELLANA CANO, N. A.; *“Real Decreto-Ley 3/2009: Aspectos procesales de la reforma concursal (o reformas procesales en materia concursal)”*; en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Nº 11, Segundo semestre de 2009, págs. 143 a 155, Ed. La Ley (14008/2009). ISSN: 1698-4188.

ORTELLS RAMOS, M. y ARMENGOT VILAPLANA, A.; *“Introducción al Derecho Procesal”*; Manual Universitario; págs. 317 a 375; 4ª ed.; Thomson Reuters, Ed. Aranzadi, S. A.; Navarra; 2014. ISBN: 9788490594209.

ORTELLS RAMOS, M. y BELLIDO PENADÉS, R.; *“La demanda, la contestación y otras alegaciones”*; en *“Derecho Procesal Civil”*; págs. 277 a 305; 8ª ed.; Thomson Reuters, Ed. Aranzadi, S. A.; Navarra; septiembre 2008. ISBN: 9788483557563.

ORTEGO PÉREZ, F.; *“El juicio de acusación”*; 1ª ed.; Barcelona; Ed. Atelier; 2007. ISBN: 9788496758292.

PÉREZ BENÍTEZ, J. J.; “*La regla de la preclusión del artículo 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*”; págs. 163 a 195; Revista del Poder Judicial, nº 78, 2005. ISSN: 1139-2819.

PEREZ DAUDÍ, V.; “*Las medidas cautelares*”; en “*Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*”; ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. (Coord.); Vol. III; 1ª ed.; Barcelona; Ed. Economist & Jurist, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A.; 2000; págs. 543 a 684. ISBN: 8495545098.

PRIETO CASTRO y FERRÁNDIZ, L.; “*Derecho Procesal Civil*”; 4ª ed.; Ed. Tecnos; Madrid; 1988. ISBN: 8430915273.

PRIETO CASTRO y FERRÁNDIZ, L.; “*Tratado de Derecho Procesal*”; Vol. II; 2ª ed.; Ed. Aranzadi, S. A.; Pamplona; 1985. ISBN: 8470162799.

RAMOS MÉNDEZ, F.; “*Derecho Procesal Civil*”; Vol. I; 5ª ed.; Ed. Bosch; Barcelona; 1992. ISBN: 8476982259.

REDONDO GARCÍA, F.; “*Disposiciones generales sobre las partes*”; en “*Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*”; ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. (Coord.); Vol. I; 1ª ed.; Barcelona; Ed. Economist & Jurist, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A.; 2000; págs. 589 a 614. ISBN: 8495545071.

REDONDO GARCÍA, F.; arts. 192 a 196 LC; en “*Proceso concursal*”; SALA REIXACHS, A.; MACHADO PLAZAS, J.; VILA FLORENSA, P. (Coords.); 1ª ed.; L'Hospitalet de Llobregat; Ed. Bosch; mayo 2013. ISBN: 9788497903004.

ROMERO SANZ DE MADRID, C.; “*Derecho concursal*”; 1ª ed.; Thomson Civitas, Ed. Aranzadi, S. A.; Navarra; 2005. ISBN: 8447023125.

SAAVEDRA GALLO, P.; “*Del recurso de reposición*”; en “*Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*”; Vol. II; págs. 2257 a 2274; LORCA NAVARRETE, A. Mª. (Dir.); 1ª ed.; Ed. Lex Nova; Valladolid; julio 2000. ISBN: 8484062090.

SANCHEZ RUS, H, y SANCHEZ RUS, A.; “art. 56”; en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. y BELTRAN SANCHEZ, E. (Dir.); “*Comentario de la Ley Concursal*”; Vol. I; 1ª ed.; Madrid; Ed. Civitas Ediciones, S. L.; 2004; págs. 1032 a 1065. ISBN: 8447023214.

SERRA DOMINGUEZ, M.; “*Comentarios a la Ley Concursal: con concordancias, jurisprudencia y formularios*”; 1ª ed.; Editorial Bosch, S.A.; Barcelona; 2004. ISBN: 8497900588. (FALTA EL TÍTULO DE SU PARTE Y LAS PÁGINAS).

SERRA DOMÍNGUEZ, M; “Partes en el proceso”; en Nueva Enciclopedia Jurídica; T. XIX.

SERRA DOMÍNGUEZ, M; “Comentarios al art. 1252 CC”, en “Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales”, Ed. Edersa, 1991, Manuel Albaladejo (Dir.), Tomo XVI, vol 2º.

SENÉS MONTILLA, C.; art. 194; en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. y BELTRAN SANCHEZ, E. (Dir.); “*Comentario de la Ley Concursal*”; Vol. II; 1ª ed.; Madrid; Ed. Civitas Ediciones, S. L.; 2004; págs. 2814 a 2820. ISBN: 8447023222.

SENÉS MONTILLA, C.; “*Las partes en el proceso civil*”; en “*Disposiciones generales relativas a los juicios civiles en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*”; Escuela Judicial; CGPJ; Cuadernos de Derecho Judicial; Madrid; 2000. ISBN: 8489324808.

SENÉS MONTILLA, C.; “*La tramitación del procedimiento concursal*”; Revista del Poder Judicial: la Ley Concursal; Nº especial; 2004. ISBN: 977113928100.

SUAREZ BLAVIA, A.; *“El concurso de acreedores”*; 1ª ed.; Barcelona; Ed. CEDECS; diciembre 2004. ISBN: 8495665336.

TIRADO MARTÍ, I.; art. 76; en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. y BELTRAN SANCHEZ, E. (Dir.); *“Comentario de la Ley Concursal”*; Vol. I; 1ª ed.; Madrid; Ed. Civitas Ediciones, S. L.; 2004; págs. 1357 a 1406. ISBN: 8447023214.

VAZQUEZ SOTELO, J. L.; *“Condena en costas”*; en *“Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000”*; ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. (Coord.); Vol. I; 1ª ed.; Barcelona; Ed. Economist & Jurist, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A.; 2000; págs. 571 a 601. ISBN: 849954508X.

VERGER GRAU, J.; *“La rebeldía”*; en *“Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000”*; ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. (Coord.); Vol. I; 1ª ed.; Barcelona; Ed. Economist & Jurist, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A.; 2000; págs. 93 a 126. ISBN: 849954508X.

TAMBIÉN SE CITA:

El Sr. José María Michavila Núñez, en Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados; 11 de octubre de 2001; Comisiones; nº 338; nº expediente: 121/000047; pág. 10823.

Dictamen del Consejo de Estado, referencia 64/2002 (JUSTICIA) al Anteproyecto de Ley Concursal aprobado el 21 de marzo de 2002; pág. 7.

Acuerdo de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal de fecha 30 de diciembre de 2011.

Acuerdo de la Sala Primera del Tribunal Supremo de criterios sobre recurribilidad, admisión y régimen transitorio en relación con los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, regulados en la nueva ley de enjuiciamiento civil de fecha 12 de diciembre de 2000.

JURISPRUDENCIA CITADA

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC (Pleno) 52/2014, de 10 de abril (QSJ 2014/56893)
STC (Pleno) 79/2012, de 17 de abril (QSJ 2012/80393)
STC (Pleno) 20/2012, de 16 de febrero (QSJ 2012/25985)
STC (Pleno) 119/1998, de 4 de junio (QSJ 1998/14955)
STC (Pleno) 37/1995, de 7 de febrero (QSJ 1995/110)
STC (Pleno) 104/1989, de 8 junio (QSJ 1989/5847)

STC 129/2014, de 21 de julio (QSJ 2014/129840)
STC 8/2014, de 27 de enero (QSJ 2014/3767)
STC 106/2013, de 6 de mayo (QSJ 2013/75410)
STC 76/2013, de 8 de abril (QSJ 2013/53338)
STC 203/2012, de 12 de noviembre (QSJ 2012/271376)
STC 190/2012, de 29 de octubre (QSJ 2012/256218)
STC 130/2012, de 18 de junio (QSJ 2012/138003)
STC 10/2012, de 30 de enero (BOE núm. 47, de 24 de de febrer de 2012). ECLI:ES:TC:2012:10
STC 35/2011, de 28 de marzo (QSJ 2011/32901)
STC 114/2009, de 14 de mayo (BOE núm. 137, de 06 de de juny de 2009). ECLI:ES:TC:2009:114
STC 251/2007, de 17 de diciembre (QSJ 2007/241106)
STC 241/2007, de 10 de diciembre (QSJ 2007/212758)
STC 287/2005, de 7 de noviembre (QSJ 2005/187761)
STC 150/2004, de 20 de septiembre, (BOE núm. 255, de 22 de d'octubre de 2004).
ECLI:ES:TC:2004:150
STC 225/2003, de 15 de diciembre (QSJ 2003/172083)
STC 157/2003, de 15 de septiembre (QSJ 2003/89794)
STC 149/1995, de 16 de octubre (QSJ 1995/5509)
STC 34/1994, de 31 de enero (QSJ 1994/677)
STC 220/1993, de 30 de junio (QSJ 1993/6462)
STC 63/1992, de 29 de abril (QSJ 1992/4134)
STC 16/1992, de 3 de marzo (QSJ 1992/1215)
STC 1/1989, de 16 enero (QSJ 1989/171)
STC 202/1988, de 31 octubre (QSJ 1988/518)

ATC (Pleno) 204/2006, de 29 de junio (QSJ 2006/281423)
ATC 175/2012, 1 de octubre (QSJ 2012/268851)
ATC 54/2007, de 19 de febrero (QSJ 2007/16813)
ATC 314/2005, de 18 de julio (QSJ 2005/263316)

ATC 502/2004, de 13 de diciembre (QSJ 2004/286905)
ATC 244/2003, de 14 de julio (QSJ 2003/241600)
ATC 264/2002, de 9 de diciembre (QSJ 2002/114898)
ATC 131/2000, de 29 de mayo (QSJ 2000/34251)
ATC 185/1993, de 14 de junio (QSJ 1993/23598)
ATC de 22 de abril de 1991 (QSJ 1991/4155)
ATC 349/1991, de 25 noviembre (QSJ 1991/22497)

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO

STS (Pleno) de 7 de mayo de 2014 (EDJ 2014/96719)
STS (Pleno) de 12 de febrero de 2014 (EDJ 2014/56579)
STS (Pleno) de 19 diciembre 2013 (EDJ 2013/253138)
STS (Pleno) de 20 de diciembre de 2011 (EDJ 2011/313631)
STS (Pleno) de 13 de mayo de 2011 (EDJ 2011/86071)
STS (Pleno) de 22 de abril de 2010 (EDJ 2010/61321)

STS 202/2017, de 29 de marzo. Id Cendoj: 28079110012017100195
STS 193/2017, de 16 de marzo. Id Cendoj: 28079110012017100184
STS 5/2016, de 27 de enero, Id Cendoj: 28079110012016100005
STS de 26 de noviembre de 2013 (EDJ 2013/280270)
STS de 7 de marzo de 2013 (EDJ 2013/46671)
STS de 9 de enero de 2013 (EDJ 2013/4451)
STS de 20 de septiembre de 2012 (EDJ 2012/212329)
STS de 10 de mayo de 2012 (EDJ 2012/97392)
STS de 6 de octubre de 2011 (EDJ 2011/242185)
STS de 17 de noviembre de 2011 (EDJ 2011/286973)
STS de 25 de febrero de 2011 (EDJ 2011/13863)
STS de 4 de enero de 2011 (EDJ 2011/237342)
STS de 15 de diciembre de 2010 (EDJ 2010/269642)
STS de 30 de noviembre de 2010 (EDJ 2010/288250)
STS de 28 de junio de 2010 (EDJ 2010/152960)
STS de 25 de mayo de 2010 (EDJ 2010/108568)
STS de 25 de mayo de 2010 (EDJ 2010/113266)
STS 22 de abril de 2010 (EDJ 2010/61321)
STS de 22 de diciembre de 2009 (EDJ 2009/332137)
STS de 22 de diciembre de 2009 (EDJ 2009/307246)
STS de 16 de marzo de 2009 (EDJ 2009/25480)
STS de 6 de mayo de 2008 (EDJ 2008/128038)
STS de 8 de octubre de 2007 (EDJ 2007/188942)
STS de 27 de septiembre de 2005 (EDJ 2005/149438)
STS de 7 de febrero de 2003 (EDJ 2003/1556)
STS de 4 de diciembre de 2001 (EDJ 2001/44859)
STS de 29 de septiembre de 2000 (EDJ 2000/32592)
STS de 4 de julio de 1997 (EDJ 1997/6076)
STS de 25 de mayo de 1995 (EDJ 1995/2710)
STS de 7 de noviembre de 1992 (EDJ 1992/10990)
STS de 5 de noviembre de 1992 (EDJ 1992/10876)
STS de 27 de octubre de 1992 (EDJ 1992/10496)
STS de 2 de julio de 1991 (EDJ 1991/7136)
STS de 9 de mayo de 1988 (EDJ 1988/3855)
STS de 7 de marzo de 1988 (EDJ 1988/1861)
STS de 9 de junio de 1986 (EDJ 1986/3906)

ATS de 18 de febrero de 2014 (EDJ 2014/21227)
ATS de 24 de octubre de 2013 (EDJ 2013/20116)
ATS de 1 de junio de 2010 (EDJ 2010/114849)
ATS de 3 de junio de 2008 (EDJ 2008/93138)
ATS de 29 de abril de 2008 (EDJ 2008/77475)

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN

Sentencia de 5 de diciembre de 2016 (publicada en el BOE de 12 de enero de 2017)

RESOLUCIONES DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

STSJCat de 5 de febrero de 2009 (EDJ 2009/32109)

RESOLUCIONES DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES

SAP Pontevedra 104/2017, de 10 de abril. Id Cendoj: 36038370012017100169
SAP Barcelona 255/2016, de 24 de noviembre. Id Cendoj: 08019370152016100211
SAP Badajoz 117/2016, de 12 de mayo. Id Cendoj: 06083370032016100171
SAP Oviedo de 24 de noviembre de 2015 Id Cendoj: 33044370052015100365
SAP Baleares de 24 de febrero de 2015 (EDJ 2015/32533)
SAP Santa Cruz Tenerife 27 de noviembre de 2014 (EDJ 2014/281996)
SAP Madrid de 20 de noviembre de 2014 (EDJ 2014/254084)
SAP Pontevedra de 20 de noviembre de 2014 (EDJ 2014/118999)
SAP Pontevedra de 20 de noviembre de 2014 (EDJ 2014/269396)
SAP Pontevedra de 20 de noviembre de 2014 (EDJ 2014/269397)
SAP Pontevedra de 13 de noviembre de 2014 (EDJ 2014/270403)
SAP Murcia de 6 de noviembre de 2014 (EDJ 2014/264371)
SAP Sevilla de 28 de octubre de 2014 (EDJ 2014/278371)
SAP Sevilla de 24 de julio de 2014 (EDJ 2014/183524)
SAP Murcia de 19 de junio de 2014 (EDJ 2014/137186)
SAP Barcelona de 4 de junio de 2014 (EDJ 2014/152809)
SAP Salamanca de 11 de marzo de 2014 (EDJ 2014/35155)
SAP Cuenca de 29 de enero de 2014 (EDJ 2014/11011)
SAP La Rioja de 16 de enero de 2014 (EDJ 2014/12934)
SAP Baleares de 20 de diciembre de 2013 (EDJ 2013/273085)
SAP Madrid de 27 noviembre 2013 (EDJ 2013/292560)
SAP Valladolid de 5 de noviembre de 2013 (EDJ 2013/229531)
SAP Las Palmas de 14 de octubre de 2013 (EDJ 2013/218412)
SAP Orense de 8 de octubre de 2013 (EDJ 2013/243459)
SAP Cantabria de 19 de septiembre de 2013 (EDJ 2013/222162)
SAP Tarragona de 12 de septiembre de 2013 (EDJ 2013/212275)
SAP Baleares de 11 de julio de 2013 (EDJ 2013/161588)
SAP Madrid de 20 de junio de 2013 (EDJ 2013/145567)
SAP de Zamora de 17 de junio de 2013 (EDJ 2013/131037)
SAP Cuenca de 30 de abril de 2013 (EDJ 2013/93491)
SAP A Coruña de 15 de abril de 2013 (EDJ 2013/79854)
SAP Barcelona de 20 de marzo de 2013 (EDJ 2013/69455)
SAP Barcelona de 13 de marzo de 2013 (EDJ 2013/86403)
SAP A Coruña de 28 de febrero de 2013 (EDJ 2013/51223)
SAP Valladolid de 18 de febrero de 2013 (EDJ 2013/44865)
SAP Baleares 15 de febrero 2013 (EDJ 2013/63180)
SAP Madrid de 25 de enero de 2013 (EDJ 2013/26268)
SAP Pontevedra de 22 de enero de 2013 (EDJ 2013/8208)
SAP Baleares de 28 de diciembre de 2012 (EDJ 2012/319820)
SAP Baleares de 29 de noviembre de 2012 (EDJ 2012/285504)
SAP Navarra de 26 de noviembre de 2012 (EDJ 2012/367675)
SAP Córdoba de 30 de octubre de 2012 (EDJ 2012/371148)
SAP Zaragoza 29 de octubre de 2012 (EDJ 2012/338792)
SAP Barcelona de 11 de octubre de 2012 (EDJ 2012/275497)
SAP Girona de 8 de octubre de 2012 (EDJ 2012/272542)
SAP Alicante de 31 de julio de 2012 (EDJ 2012/187390)
SAP Albacete de 31 de julio de 2012 (EDJ 2012/187390)
SAP Orense de 31 de julio de 2012 (EDJ 2012/189145)

SAP Pontevedra 26 de julio de 2012 (EDJ 2012/185246)
SAP Salamanca de 23 de julio de 2012 (EDJ 2012/175233)
SAP Alicante de 16 de julio de 2012 (EDJ 2012/201906)
SAP Sevilla de 28 de mayo de 2012 (EDJ 2012/219667)
SAP Murcia de 4 de mayo de 2012 (EDJ 2012/94043)
SAP Murcia de 26 de abril de 2012 (EDJ 2012/115977)
SAP Valencia de 14 de marzo de 2012 (EDJ 2012/156982)
SAP A Coruña de 9 de marzo de 2012 (EDJ 2012/39192)
SAP Pontevedra 20 de enero de 2012 (EDJ 2012/5290)
SAP A Coruña de 7 de diciembre de 2011 (EDJ 2011/303040)
SAP Badajoz de 3 noviembre de 2011 (EDJ 2011/266678)
SAP Pontevedra de 28 de octubre de 2011 (EDJ 2011/263819)
SAP Pontevedra de 5 de mayo de 2011 (EDJ 2011/94411)
SAP Valladolid de 26 de abril de 2011 (EDJ 2011/95212)
SAP Cádiz de 15 de abril de 2011 (EDJ 2011/257529)
SAP Baleares de 8 de febrero de 2011 (EDJ 2011/23793)
SAP Barcelona de 28 de enero de 2011 (EDJ 2011/30001)
SAP Pontevedra 26 de enero de 2011 (EDJ 2011/27118)
SAP Córdoba de 18 de enero de 2011 (EDJ 2011/247728)
SAP Pontevedra de 10 de diciembre de 2010 (EDJ 2010/308100)
SAP Pontevedra de 10 de diciembre de 2010 (EDJ 2010/308096)
SAP Barcelona de 28 de septiembre de 2010 (EDJ 2010/384751)
SAP Madrid de 7 de julio de 2010 (EDJ 2010/182145)
SAP Pontevedra de 5 de mayo de 2010 (EDJ 2010/189287)
SAP Madrid de 12 de marzo de 2010 (EDJ 2010/95647)
SAP A Coruña de 22 de abril de 2010 (EDJ 2010/187074)
SAP Ciudad Real de 20 de abril de 2010 (EDJ 2010/85374)
SAP de Gipuzkoa nº 181/2010, de 22 de febrero (LA LEY 214242/2010).
SAP Pontevedra de 16 de diciembre de 2009 (EDJ 2009/336531)
SAP Pontevedra de 15 de diciembre de 2009 (EDJ 2009/336529)
SAP Castellón de 3 de diciembre de 2009 (EDJ 2009/365017)
SAP Huesca de 27 de octubre de 2009 (EDJ 2009/285205)
SAP A Coruña de 8 de octubre de 2009 (EDJ 2009/382192)
SAP Lleida 17 de septiembre de 2009 (EDJ 2009/255540)
SAP Córdoba 17 de septiembre de 2009 (EDJ 2009/325124)
SAP Sevilla de 4 de septiembre de 2009 (EDJ 2009/298146)
SAP Madrid de 19 de junio de 2009 (EDJ 2009/262137)
SAP Barcelona de 19 de junio de 2009 (EDJ 2009/253936)
SAP Girona de 28 de mayo de 2009 (EDJ 2009/208444)
SAP Toledo de 28 de abril de 2009 (EDJ 2009/98645)
SAP Asturias 20 de febrero de 2009 (EDJ 2009/47388)
SAP Madrid de 19 de enero de 2009 (EDJ 2009/29012)
SAP Sevilla de 2 de diciembre de 2008 (EDJ 2008/353887)
SAP Sevilla de 3 de noviembre de 2008 (EDJ 2008/304001)
SAP Baleares de 19 de febrero de 2008 (EDJ 2008/147836)
SAP de Madrid de 5 de febrero de 2008. Id Cendoj: 28079370282008100034
SAP Santa Cruz de Tenerife 18 de enero de 2008 (EDJ 2008/23976)
SAP Zaragoza de 8 de noviembre de 2007 (EDJ 2007/299318)
SAP Madrid de 5 de octubre de 2007 (EDJ 2007/278618)
SAP A Coruña de 13 de julio de 2007 (EDJ 2007/196577)
SAP Jaén de 7 de mayo de 2007 (EDJ 2007/224185)
SAP Barcelona de 19 de marzo de 2007 (EDJ 2007/130169)
SAP Pontevedra de 8 de febrero de 2007 (EDJ 2007/373362)
SAP Huesca de 18 de octubre de 2006 (EDJ 2006/313301)
SAP Barcelona de 27 de septiembre de 2006 (EDJ 2006/420806)
SAP Baleares de 13 de junio de 2006 (EDJ 2006/103137)
SAP Madrid de 17 de mayo de 2006 (EDJ 2006/335025)
SAP Málaga de 7 de julio de 2005 (EDJ 2005/160471)
SAP Valencia de 16 de marzo de 1998 (EDJ 1998/56467)

AAP Barcelona (Sección 15ª) de 15 de diciembre de 2016
AAP Barcelona (Sección 15ª) 209/2016, de 15 de diciembre
APP Tarragona 244/2016, de 3 de noviembre. Id Cendoj: 43148370012016200132
AAP Madrid de 18 de octubre de 2013 (EDJ 2013/313003)
AAP Madrid de 14 de diciembre de 2012 (EDJ 2012/309420)
AAP Madrid de 14 de diciembre de 2012 (EDJ 2007/278616)
AAP Granada de 10 de octubre de 2012 (EDJ 2012/326616)
AAP Granada de 28 de septiembre de 2012 (EDJ 2012/324901)
AAP Granada de 16 de julio de 2012 (EDJ 2012/324895)
AAP Madrid de 22 de junio de 2012 (EDJ 2012/168773)
AAP Valencia de 30 de abril de 2012 (EDJ 2012/150171)
AAP Alicante de 18 de abril de 2012 (EDJ 2012/151371)
AAP Alicante de 18 de abril de 2012 (EDJ 2012/151372)
AAP A Coruña de 30 de marzo de 2012 (EDJ 2012/101441)
AAP Madrid de 24 de enero de 2012 (EDJ 2012/39754)
AAP Asturias de 27 de diciembre de 2011 (EDJ 2011/339725)
AAP Madrid de 21 de junio de 2011 (EDJ 2011/169041)
AAP Baleares de 22 de febrero de 2011 (EDJ 2011/103125)
AAP de Pontevedra, (Secc. 1ª) nº 71/2010, de 31 de marzo (AC\2010\430)
AAP Tarragona de 30 de diciembre de 2009 (EDJ 2009/365951)
AAP Madrid de 16 de octubre de 2008 (EDJ 2008/247787)
AAP Barcelona de 1 de septiembre de 2008 (EDJ 2008/266010)
AAP Barcelona de 26 de junio de 2008 (EDJ 2008/169238)
AAP Madrid de 7 de marzo de 2008 (EDJ 2008/46413)
AAP Madrid de 19 de julio de 2007 (EDJ 2007/320346)
AAP Madrid de 11 de junio de 2007 (EDJ 2007/289769)
AAP Barcelona de 19 de octubre de 2006 (EDJ 2006/431092)
AAP Girona de 18 de mayo de 2002 (EDJ 2002/48079)
AAP Valencia de 21 de febrero de 2000 (EDJ 2000/7150)
AAP Castellón de 22 de septiembre de 1999 (EDJ 1999/56467)

RESOLUCIONES DE LOS JUZGADOS DE LO MERCANTIL

StJMer de Madrid de 21 de marzo de 2017. Id Cendoj: 28079470062017100001
StJMer nº 4 de Ciudad Real, 71/2016, de 28 de noviembre Id Cendoj: 13034410042016100021
StJMer nº 1 de Vitoria, 203/2016, de 2 de noviembre. Id Cendoj: 01059420072016100201
StJMer nº 1 de Palma de Mallorca, 219/2015, de 17 de junio. Id Cendoj: 07040470012015100209
StJMer nº 2 de Bilbao, 280/2015, de 13 de noviembre. Id Cendoj: 48020470022015100279
StJMer Barcelona 71/2014, de 8 de abril.
StJMer Madrid de 4 de septiembre de 2013 (EDJ 2013/211046)
StJMer Madrid de 30 de abril de 2013 (EDJ 2013/119069)
StJMer Murcia de 11 de enero de 2013 (EDJ 2013/57705)
StJMer Pontevedra de 30 de junio de 2011 (EDJ 2011/143963)
StJMer Madrid de 11 de enero de 2011 (EDJ 2011/13228)
StJMer Madrid de 11 de enero de 2011 (EDJ 2011/13227)
StJMer Vigo de 17 de noviembre de 2010 (EDJ 2010/359588)
StJMer Madrid de 25 de enero de 2010 (EDJ 2010/18067)
StJMer Barcelona de 1 de diciembre de 2009 (EDJ 2009/356048)
StJMer Palma de Mallorca de 11 de noviembre de 2009 (EDJ 2009/307731)
StJMer Madrid de 23 de enero de 2009 (EDJ 2009/21025)
StJMer Palma de Mallorca de 17 de enero de 2008 (EDJ 2008/6227)
StJMer Palma de Mallorca de 9 de octubre de 2007 (EDJ 2007/285165)
StJMer Oviedo de 5 de marzo de 2007 (EDJ 2007/290464)
StJMer A Coruña de 20 de junio de 2006 (EDJ 2006/35j9706)
StJMer Oviedo de 4 de julio de 2006 (EDJ 2006/268776)

AJMer Barcelona de 29 de junio de 2016

AJMer Alicante de 16 de abril de 2014 (EDJ 2014/63383)

AJMer Madrid de 4 de septiembre de 2013 (EDJ 2013/211046)

AJMer nº 1 de Granada, de 30 de septiembre de 2011 (LA LEY 183817/2011).