

INTRODUCCIÓN

En atención a la magnitud patrimonial sobre la que puede recaer la ejecución y, sobre todo, a la situación económica del deudor, la doctrina tradicional suele distinguir entre la ejecución singular, individual o aislada y la ejecución universal, general o colectiva.

La ejecución singular presupone que un solo acreedor exige, en su propio nombre y “para sí”, de modo coactivo sobre el patrimonio del deudor, el cumplimiento de su derecho insatisfecho. Este acreedor, provisto de título ejecutivo, solicita el embargo y la venta, en pública subasta, del bien o bienes del deudor, para con el producto obtenido lograr la debida satisfacción de su derecho.

Si el deudor posee una pluralidad de acreedores, cada uno de ellos podrá solicitar su embargo respectivo y, si el deudor dispone de bienes suficientes para trabarlos a favor de cada uno de ellos, podrán hacer efectivos sus derechos, cada uno por su parte, hasta obtener el cumplimiento coactivo de la totalidad de las deudas del sujeto pasivo. Por lo tanto, si el deudor se encuentra posibilitado para atender regularmente sus deudas, no hay inconveniente alguno para que cada uno de los acreedores solicite y obtenga la satisfacción de sus créditos mediante el ejercicio individual y aislado de sus pretensiones solutorias.

La situación cambia radicalmente cuando, poseyendo el deudor una pluralidad de acreedores, se encuentra en una situación de insolvencia patrimonial que le imposibilita atender regularmente sus obligaciones exigibles.

En este estado patrimonial del deudor la prosecución de una pluralidad de ejecuciones singulares por parte de cada uno de los acreedores produciría graves inconvenientes, tanto para el ejecutado, por el incremento de gastos y correlativa disminución de su patrimonio que generarían los diversos procesos independientes, como para los acreedores, que podrían resultar afectados en sus expectativas por el agotamiento del patrimonio del deudor, provocado por la mayor audacia o diligencia de otros que quizás fueran los últimos en preferencia por el origen o naturaleza de sus créditos.

Para evitar estos resultados injustos, cuando el deudor no puede pagar a la generalidad de sus acreedores, se sustituye el sistema individualista de las ejecuciones solutorias aisladas por otro sistema de ejecución colectiva, general o concursal a favor de todos ellos, caracterizado por recaer sobre la totalidad del patrimonio del

deudor y por someter a la generalidad de los acreedores a la comunidad de pérdidas, que puedan derivarse de la insolvencia del deudor.

Ahora bien, como la liquidación aislada del patrimonio del deudor puede ser contraproducente para los intereses de los propios acreedores, a quienes puede convenir su conservación y la de la empresa o actividad económica a la que sirven, en determinadas circunstancias resulta preferible evitar aquellas consecuencias y llegar a un convenio con el deudor para el pago de las deudas.

Por esta razón, la doctrina moderna prefiere utilizar la expresión «procedimiento concursal», en lugar de «ejecución universal o colectiva», para referirse a todos los supuestos de concurrencia de una pluralidad de acreedores frente al patrimonio del deudor común.

El régimen legal que regula dicho proceso concursal («*concurso de acreedores*», en la nueva terminología legal) se haya contenido en un único texto legal, la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio (BOE núm. 164, de 10 de julio de 2003), que se acompaña de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio (BOE núm. 164, de 10 de julio de 2003), que recoge las disposiciones de la reforma concursal que, por su naturaleza (restricciones de derechos fundamentales del concursado) o por afectar a normas vigentes de este carácter (LOPJ, con la creación de los nuevos Juzgados de lo Mercantil), requieren dicho rango.

Se aborda, así, la tan anhelada, como necesaria reforma global de nuestro decimonónico y obsoleto Derecho concursal, lo que va a permitir adaptar nuestra legislación en materia concursal a las nuevas necesidades de los tiempos actuales, al igual que lo han hecho los países de nuestro entorno.

Con ello es previsible que se superen algunos de los muchos y muy variados defectos de que adolecía la derogada normativa concursal y que comprendían desde la situación caótica de las fuentes, dispersas en sus aspectos sustantivos y procesales en cuerpos legales muy distintos (C.Com. de 1829 y 1885, LEC de 1881 y LSP de 1922, entre otros), hasta su inadecuación a la realidad social y económica de nuestro tiempo.

Este ya de «por sí» insatisfactorio sistema jurídico había sido desdibujado por la LSP de 1922, que permitió que situaciones de auténtica y definitiva insolvencia se solucionasen mediante los más variados convenios, frecuentemente propiciados en la práctica por maniobras de mala fe, abusos y simulaciones, con absoluta impunidad de los responsables de esa situación de crisis económica.

Con el fin de hacer frente a esa situación caótica, la LC ha creado un único procedimiento —el concurso de acreedores—, que será aplicable a todo tipo de deudores, ya sea persona física o jurídica, comerciante o no, y que tendrá también un único presupuesto objetivo: la insolvencia del deudor, entendida como la imposibilidad para hacer frente regularmente al pago de sus obligaciones exigibles.

Así, pues, el eje central sobre el que pivota la reforma es el de la unidad, que se proyecta en tres vertientes: *unidad legal*, regulando en un solo texto legal los espec-

tos materiales y procesales del concurso; *unidad de disciplina*, superando la diversidad de procedimientos concursales para comerciantes y no comerciantes y *unidad del procedimiento* de concurso, que se consigue en virtud de la flexibilidad de que la Ley lo dota, que permite su adecuación a diversas situaciones y soluciones e impone la de su presupuesto objetivo, identificado con la insolvencia.

Novedad importante de la LC es la simplificación de la estructura orgánica del concurso, por cuanto tan solo el Juez de lo Mercantil y la administración concursal constituyen órganos necesarios en el procedimiento, quedando limitada la intervención de la junta de acreedores a la fase de convenio, siempre y cuando no se haya aprobado por el sistema de adhesiones escritas una propuesta anticipada de convenio.

Al Juez de lo Mercantil, «órgano rector del procedimiento», se le atribuye la competencia objetiva para conocer del proceso concursal en primera instancia, así como para el conocimiento de las acciones (civiles e, incluso, de naturaleza social), ejecuciones, medidas cautelares, cuestiones e incidentes que se susciten con ocasión de la apertura del concurso y estén relacionadas con él.

Asimismo, la LO 8/2003, de 9 de julio, para la reforma concursal contempla en su artículo primero la posibilidad de que el Juez Mercantil pueda adoptar una serie de medidas que, como nota esencial a todas ellas, restringen determinados derechos fundamentales de la persona del deudor, como lo son los de libertad, secreto de las comunicaciones, inviolabilidad del domicilio y libre residencia y circulación por el territorio nacional, e incluso, en el caso del deudor persona jurídica, los de sus administradores o liquidadores.

La LC reconoce legitimación activa para iniciar el procedimiento concursal tanto al propio deudor, como a cualquiera de sus acreedores, distinguiéndose así entre concurso voluntario y concurso necesario, y estableciendo diferencias procedimentales en cada uno de los casos.

En los supuestos de concurso voluntario, se establece, como una importante novedad en nuestro Derecho concursal, un sistema de comprobación *a priori* de las distintas formas de insolvencia que el deudor puede alegar (actual o inminente), revistiendo dicha comprobación carácter necesario y no eventual, debiendo preceder en todo caso a la declaración de concurso. Así, pues, la declaración de concurso a solicitud del deudor no se produce de forma automática, sino que, por el contrario, el Juez debe dictar auto declarando el concurso solo si, a la vista de la documentación presentada, comprueba la existencia de una situación de fondo de insolvencia actual, determinante del deber del deudor de solicitar el concurso, o inminente, que faculta al deudor a solicitar el concurso.

En el concurso necesario, corresponde al acreedor instante la carga de probar alguno de los hechos externos reveladores de la situación de insolvencia, contenidos taxativamente en el art. 2.4 LC, sin perjuicio de que el deudor pueda proponer prueba encaminada a desvirtuarlos; por el contrario, probados tales hechos, la insol-

vencia se presume, aun cuando *iuris tantum*, haciéndose recaer sobre el deudor la carga de probar su situación de solvencia.

A tal efecto, la LC diseña un auténtico procedimiento especial a seguir ante la solicitud por un acreedor (u otro legitimado distinto al deudor) de la declaración de concurso, en el que cabe distinguir dos fases: la admisión a trámite de la solicitud, destinada a efectuar un control de su legalidad formal, y la resolución sobre la procedencia de la declaración de concurso, previo emplazamiento del deudor, con traslado de la solicitud de concurso, que podrá adoptar distintas conductas: allanarse a la pretensión del solicitante, no formular oposición en plazo y oponerse en plazo. Tras la reforma operada por Ley 38/2011, se contempla la declaración de concurso sin audiencia del deudor cuando la solicitud hubiera sido presentada por un acreedor y se fundara en un embargo o en una investigación de patrimonio infructuoso o que hubiere dado lugar a una declaración administrativa o judicial de insolvencia (art. 15.1 LC).

En ambos supuestos –concurso voluntario y necesario–, el auto que admite la declaración de concurso es una resolución judicial de naturaleza constitutiva, por la que se crea una nueva situación jurídica procesal y material (la de concurso), que afecta subjetivamente al deudor, a sus acreedores y a terceras personas, como pueden serlo el cónyuge, los herederos, los accionistas y socios del concursado.

En efecto, dicha resolución crea una situación jurídica en la que el concursado puede quedar privado de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio e incluso afectado en el ejercicio de determinados derechos fundamentales que afectan a su persona y que determina la denominada *vis attractiva* del proceso concursal, que despliega sus efectos no solo en relación con las ejecuciones y/o apremios que pretendan iniciarse o seguirse contra el patrimonio del deudor, sino también a los procesos declarativos que se inicien contra el concursado una vez declarado el concurso e, incluso, en determinados supuestos, a los que se hallen ya en tramitación al declararse el concurso.

Junto a dichos efectos, la declaración de concurso podrá afectar también a determinados actos que, concluidos con anterioridad a dicha declaración, resulten perjudiciales para la masa activa. En este sentido, el sistema de reintegración contenido en la regulación anterior ha sido fundamentalmente modificado, suprimiéndose la sanción de ineficacia general prevista en el art. 878.2 C.Com. y, con ella, la retroacción como expediente de reintegración de la masa, por unas acciones de rescisión específicas que, teniendo en cuenta la naturaleza objetiva de los actos o contratos concernidos, permitan satisfacer el interés de los acreedores sin tener que llegar a las drásticas consecuencias que implicaba la retroacción, la cual, por su inevitable imprecisión, afectaba seriamente a la seguridad del tráfico jurídico.

Constada la insolvencia del deudor mediante la declaración de concurso y suspendido, en virtud de esta declaración, el régimen general de pagos y reclamaciones individuales, resulta preciso poner en marcha los mecanismos concursales tendentes a lograr la efectividad de los distintos créditos de forma proporcional y equitativa, sin otra preferencia que aquella que la Ley expresamente reconozca.

Pero, con anterioridad a tomar la decisión entorno a cuál sea la solución del concurso que más convenga a los intereses del concurso y, muy especialmente, a la satisfacción de los acreedores, se hace preciso determinar, con la mayor exactitud posible, cuáles son los activos de los que dispone el deudor y cuál el pasivo al que hay que hacer frente, lo que tiene lugar en la fase común del concurso, que se inicia con el auto de declaración de concurso y concluye con la presentación del informe de la administración concursal.

Convenio y liquidación constituyen las soluciones del concurso previstas en la Ley, siendo el convenio la forma prioritaria de resolución del procedimiento orientado a la satisfacción de los acreedores en el marco de la continuación de la actividad y la conservación de la empresa del concursado, destacando entre las medidas previstas para facilitar esta solución la admisión de la propuesta anticipada de convenio, que el deudor puede presentar con la propia solicitud de concurso voluntario o, en el caso de concurso necesario, hasta la expiración del plazo de comunicación de créditos, acompañado de la adhesión de los acreedores, lo que permite su aprobación judicial durante la fase común, con un notoria economía de tiempo, y evita un agravamiento en el deterioro de la situación patrimonial del concursado.

En caso de no aprobarse la propuesta anticipada, ni el concursado optar por la liquidación de su patrimonio, la fase de convenio se abre una vez concluido el trámite de impugnación del inventario y de la lista de acreedores.

La liquidación en el concurso de acreedores, se configura como una solución alternativa a la de convenio a la que puede optar el deudor, en cualquier momento, si bien, cuando su apertura tiene lugar de oficio o a solicitud de la administración concursal o de los acreedores, se configura como una solución excepcional que solo opera cuando no se alcance o se frustre la ejecución de un convenio.

La fase de liquidación tiene por objeto, como su propio nombre indica, la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso para con el producto obtenido proceder a su distribución entre los acreedores por el orden de preferencia establecido legalmente, realización que tiene lugar de conformidad con el plan de liquidación elaborado por la administración concursal.

En el caso de no aprobarse el plan de liquidación y, en su caso, en lo que no prevea el plan aprobado, se aplicarán supletoriamente las reglas legales sobre realización de bienes y derechos de la masa activa del concurso, en donde, al igual que sucede con el plan de liquidación, se reflejan la voluntad del legislador de conservación de las empresas o unidades productivas de bienes o servicios integrados en la masa, fomentando la trasmisión global de la empresa y la conservación de los puestos de trabajo.

La aprobación de un convenio que, por la cuantía de la quita o la duración de la espera, resulte especialmente gravoso, y la apertura de la liquidación, dan lugar a la formación de la sección de calificación, reservándose la calificación de culpable a los casos en los que en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiere mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes lega-

les, de sus administradores o liquidadores, de hecho y de derecho, apoderados generales, y de quienes hubieren tenido estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso.

La declaración del concurso como culpable origina el nacimiento de una serie de efectos, tanto personales como patrimoniales, que habrán de ser declarados en la misma sentencia de calificación, destacando la posibilidad de que el Juez condene a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales de la persona jurídica, y a quienes hubieren tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración de concurso, a la cobertura, total o parcial, del déficit, condicionándose dicho pronunciamiento a la concurrencia de una serie de presupuestos.

Pieza básica en el sistema concursal y principal novedad que en materia procesal introduce la Ley Concursal lo es el incidente concursal, proceso declarativo especial de la competencia del Juez del concurso, dotado de sustantividad propia e inspirado en los procesos ordinarios contemplados en la LEC 1/2000, por cuyos cauces se van a tramitar todas las cuestiones que se susciten durante el concurso y no tengan señalada en esta Ley otra tramitación, siendo relativamente escasos los asuntos que disponen de un procedimiento específico para su resolución.

Por el incidente concursal han de tramitarse también los procesos declarativos que se pretendan iniciar contra el concursado y versen sobre materias que entren dentro de la competencia exclusiva y excluyente del Juez del concurso.

Como especialidad del incidente concursal destaca la defectuosa regulación que se efectúa en relación con la intervención de las partes, así como el particular régimen de admisibilidad de la demanda incidental, que no se corresponde con el contemplado en la LEC.

La Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, ha sido objeto de modificación 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.

Las modificaciones contenidas en dicho Real Decreto-Ley pretenden, tal y como señala su propia Exposición de Motivos, facilitar la refinanciación de las empresas que puedan atravesar dificultades financieras que no hagan ineludible una situación de insolvencia, además de agilizar los trámites procesales, reducir los costes de la tramitación y mejorar la posición jurídica de los trabajadores de empresas concursadas que se vean afectadas por procedimientos colectivos.

La implantación de la nueva Oficina judicial y la correlativa distribución de competencias entre Jueces y Secretarios judiciales ha exigido adaptar nuestra legislación procesal a las previsiones que ya contiene la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativas a las Oficinas Judiciales y a los Secretarios judiciales, y a dicha reforma integral de nuestras leyes procesales se dirige la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, en cuyo artículo decimoséptimo se introducen numerosas modificaciones en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

Por su parte, la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, ha llevado a cabo una reforma global de la Ley Concursal que, tomando como referencia la situación económica actual, introduce una serie de importantes modificaciones con las que se pretende, en esencia, revertir la actual tendencia de que casi un 95% de los concursos declarados concluyan en liquidación.

Ello se persigue, tal y como señala PULGAR, a través de dos vías: de un lado, mediante la potenciación de los institutos concursales como alternativas al concurso e incentivación de la financiación de empresas en crisis y, de otro, propiciándose las soluciones conservativas al concurso de acreedores.

En efecto, la solución conservativa al concurso se intenta potenciar con la introducción de una serie de medidas, tales como: la incentivación temprana de concursos necesarios mediante incremento del privilegio del acreedor instante y automática declaración de concurso necesario en el supuesto del art. 15.1 LC, la simplificación y agilización temporal del procedimiento, regulándose comunicaciones telemáticas de créditos, permitiéndose la continuación del procedimiento cuando las impugnaciones no superen el 20% del pasivo, favoreciendo enajenaciones, daciones en pago, así como liquidaciones globales en fase común, pero, sobre todo, introduciéndose un auténtico procedimiento abreviado que permite distintos itinerarios conservativos y liquidativos dentro del concurso y regulándose el denominado «concurso sin masa» o «concurso del concurso».

Más recientemente, la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización da nueva redacción a seis artículos de la LC (3.1, 5 bis apartados 1, 3 y 4; 15.3.1º; 71.6.2º; 178.2; 198.1) y añade a la misma un nuevo Título X y dos Disposiciones Adicionales.

En dicho Título X se regula un procedimiento extrajudicial con la finalidad de que el deudor alcance un acuerdo negociado con sus acreedores destinado a reestructurar su pasivo a través de la nueva figura del mediador concursal.

Por su parte, la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial (en lo esencial, convalida el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo), modifica varios preceptos de la Ley Concursal con el objetivo esencial de mejorar el marco legal concursual de los acuerdos de refinanciación, dotándoles de la eficacia y seguridad jurídica necesarias para acometer reestructuraciones financieras de la empresa. Al mismo tiempo, se reforma el sistema de designación de la administración concursal, cuyo funcionamiento será desarrollado mediante reglamentos y se introducen modificaciones en los principios rectores de la remuneración de la administración concursal, incorporando el principio de eficiencia, con el que se pretende asegurar que la remuneración de la administración concursal tenga en cuenta la calidad y los resultados de su trabajo.

Por último, el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, con el fin garantizar la plena coherencia del conjunto de la normativa concursal después de las novedades introducidas en sede preconcursal.

sal por el RDL 4/2014, de 7 de marzo (convalidado por Ley 17/2014, de 30 de septiembre), introduce una serie de modificaciones relativas, fundamentalmente, al convenio concursal y a la liquidación, con las que se persigue, en última instancia, facilitar en la mayor medida posible la continuidad de las empresas económicamente viables, lo cual ha de redundar no solo en beneficio de las propias empresas, sino de la economía en general y, muy especial, en el mantenimiento del empleo.