

EL PROCESO DE DECLARACIÓN DEL CONCURSO SEGÚN LA NUEVA LEY CONCURSAL

Tomás López-Fragoso Álvarez
Universidad de La Laguna

RESUMEN

El trabajo estudia el proceso de declaración del concurso según la nueva Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Se expone su naturaleza jurídica y sus presupuestos procesales y materiales, así como el procedimiento judicial para declarar un concurso, tanto a petición del propio deudor (concurso voluntario), como a petición de los acreedores u otros legitimados activos (concurso necesario).

PALABRAS CLAVE: insolvencia, proceso de ejecución universal, Derecho Concursal, proceso de declaración del concurso, procedimiento.

ABSTRACT

The work studies the process of declaration of insolvency according to the new Law 22/2003, of July 9, Concursal. There are exposed its juridical nature and its procedural and material budgets, as well as the judicial procedure to declare a insolvency, so much by request of the own debtor (voluntary process of insolvency), as like by request of the creditors or other legitimized (necessary process of insolvency).

KEY WORDS: insolvency, process of universal execution, law of insolvency, process of declaration of the insolvency, procedure.

1. INTRODUCCIÓN

El proceso concursal es un proceso de ejecución universal. En general, cualquier proceso de ejecución parte de una anterior sentencia de condena y se dirige a hacer cumplir coactivamente las prestaciones a que es condenado el ejecutado. Existen también procesos de ejecución cuyo presupuesto es un título ejecutivo extrajudicial, como puede ser una letra de cambio. Frente a estas reglas generales el proceso concursal no parte de título ejecutivo alguno, ni judicial ni extrajudicial, puesto que no exige una sentencia declarativa anterior al proceso de ejecución universal, ni cabe la posibilidad de un título ejecutivo concursal extrajudicial: la situación jurídica de concurso sólo puede obtenerse judicialmente.

Las fases comunes del concurso, que la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante LC) denomina secciones del concurso, dependen de una previa declaración de concurso frente al deudor común, pero esta declaración no se obtiene en

un proceso declarativo previo, sino que se tramita dentro del propio proceso concursal como un incidente del mismo, incidente que cabe calificar de previo pronunciamiento. La LC denomina a esta fase declarativa previa «procedimiento de declaración del concurso», y la regula en sus artículos 8 a 25. En realidad debería denominarse «proceso de declaración del concurso», pues se trata de un auténtico proceso, aunque se tramite como cuestión incidental, con su propio procedimiento.

Nos encontramos ante un proceso declarativo que tiende a obtener una resolución del órgano jurisdiccional que declare al deudor en situación de concurso. Proceso declarativo de naturaleza constitutiva, puesto que se ejercita una pretensión que tiene por finalidad modificar la situación jurídica en la que se encuentra el deudor antes de dicha declaración y, por lo tanto, lo constituye en un nuevo estado jurídico: el de concursado. Nueva situación jurídica de concursado que no puede originarse más que a través de este proceso declarativo incidental. No cabe acudir a otro proceso declarativo para su obtención y tal declaración depende de la concurrencia de los presupuestos materiales señalados por la LC.

2. EL PROCESO DE DECLARACIÓN DEL CONCURSO

El proceso de declaración del concurso (proceso declarativo y constitutivo) se tramita como incidente dentro del proceso concursal, y de tal declaración depende la tramitación ordinaria o común del proceso concursal. Como tal proceso debe cumplir con determinados presupuestos y requisitos, y en concreto:

- Presupuestos procesales: jurisdicción y competencia.
- Presupuestos materiales: legitimación y presupuestos legales para la declaración del concurso (hechos constitutivos de la pretensión de declaración del concurso).
- Procedimiento: según los trámites señalados por la LC.

Nosotros nos ocuparemos de estos presupuestos en las siguientes páginas, teniendo en cuenta que nos limitaremos a ofrecer una visión global de este proceso de declaración del concurso.

2.1. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

Conocen del proceso de declaración del concurso los Juzgados de lo Mercantil (art. 8 LC), nuevo órgano jurisdiccional creado por la LO 8/2003 para la Reforma concursal, que añade al art. 86 LOPJ dos nuevos números: arts. 86 bis y 86 ter¹.

¹ Artículo segundo 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: Artículo segundo. Modificaciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Se añade un nuevo artículo 86 bis, con la siguiente redacción:

Juzgados especializados dentro del orden jurisdiccional civil con competencia exclusiva y excluyente sobre todos los aspectos del concurso. La LC instaura un régimen jurídico unitario para cualquier situación de insolvencia y atribuye el conocimiento de todas estas cuestiones a los Juzgados de lo Mercantil. Competen-

1. Con carácter general, en cada provincia, con jurisdicción en toda ella y sede en su capital, habrá uno o varios juzgados de lo mercantil.

2. También podrán establecerse en poblaciones distintas de la capital de provincia cuando, atendidas la población, la existencia de núcleos industriales o mercantiles y la actividad económica, lo aconsejen, delimitándose en cada caso el ámbito de su jurisdicción.

3. Podrán establecerse juzgados de lo mercantil que extiendan su jurisdicción a dos o más provincias de la misma comunidad autónoma, con la salvedad de lo previsto en el apartado 4 de este artículo.

4. Los juzgados de lo mercantil de Alicante tendrán competencia, además, para conocer, en primera instancia y de forma exclusiva, de todos aquellos litigios que se promuevan al amparo de lo previsto en los Reglamentos números 40/94, del Consejo de la Unión Europea, de 20 de diciembre de 1993, sobre la marca comunitaria, y 6/2002, del Consejo de la Unión Europea, de 12 de diciembre de 2001, sobre los dibujos y modelos comunitarios. En el ejercicio de esta competencia, dichos Juzgados extenderán su jurisdicción a todo el territorio nacional, y a estos solos efectos se denominarán Juzgados de Marca Comunitaria.

Se añade un nuevo artículo 86 ter, con la siguiente redacción:

1. Los juzgados de lo mercantil conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, en los términos previstos en su Ley reguladora.

En todo caso, la jurisdicción del juez del concurso será exclusiva y excluyente en las siguientes materias:

Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Con el mismo alcance conocerá de la acción a que se refiere el artículo 17.1 de la Ley Concursal. Las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado, así como la suspensión o extinción de contratos de alta dirección, sin perjuicio de que cuando estas medidas supongan modificar las condiciones establecidas en convenio colectivo aplicable a estos contratos se requerirá el acuerdo de los representantes de los trabajadores. En el enjuiciamiento de estas materias, y sin perjuicio de la aplicación de las normas específicas de la Ley Concursal, deberán tenerse en cuenta los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria y del proceso laboral. Toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado. Toda medida cautelar que afecte al patrimonio del concursado, excepto las que se adopten en los procesos civiles que quedan excluidos de su jurisdicción en el número 1. Las que en el procedimiento concursal debe adoptar en relación con la asistencia jurídica gratuita. Las acciones tendentes a exigir responsabilidad civil a los administradores sociales, a los auditores o, en su caso, a los liquidadores, por los perjuicios causados al concursado durante el procedimiento.

2. Los juzgados de lo mercantil conocerán, asimismo, de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de:

Las demandas en las que se ejerciten acciones relativas a competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual y publicidad, así como todas aquellas cuestiones que dentro de este orden jurisdiccional se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas. Las pretensiones que se promuevan al amparo de la normativa en materia de transportes, nacional o internacional. Aquellas pretensiones relativas a la aplicación del Derecho Marítimo. Las acciones relativas a condiciones generales de la contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia. Los recursos contra las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de recurso contra la calificación del Registrador Mercantil, con arreglo a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria para este procedimiento. De los procedimientos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea y de su derecho derivado. Cuantas incidencias o pretensiones se promuevan como consecuencia de la aplicación de la normativa vigente sobre arbitraje en las materias a las que se refiere este apartado.



cia exclusiva y excluyente pues conocen de todas las cuestiones relacionadas con el concurso de un deudor y ningún otro órgano jurisdiccional puede conocer de estas cuestiones. Aunque esta nota de exclusividad en sentido positivo hay que precisarla, dado que a los Juzgados de lo Mercantil se les atribuye por el legislador (art.86 ter LOPJ) otras competencias objetivas distintas del concurso, como las pretensiones «en las que se ejerciten acciones relativas a competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual y publicidad, así como todas aquellas cuestiones que dentro de este orden jurisdiccional se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas»².

Como regla general la circunscripción de los Juzgados de lo Mercantil se extiende a la provincia, y su sede radica en la capital de provincia. Como excepción a la regla general se permite que la jurisdicción de un Juzgado de lo Mercantil se extienda a más de una provincia o a un territorio menor que el de una provincia, y también que su sede radique en una población distinta de la capital de provincia, siempre que el número de habitantes, los núcleos industriales o mercantiles o las actividades económicas así lo aconsejen³.

Así, en el caso de la provincia de Santa Cruz de Tenerife, podría haberse decidido que el Juzgado de lo Mercantil de Santa Cruz de Tenerife tuviera su sede en alguna población del sur de la isla de Tenerife. En la actualidad, sin embargo, no se ha hecho uso de esta posibilidad para los Juzgados de lo Mercantil radicados en Canarias, Comunidad donde se crean dos Juzgados de lo Mercantil, uno en Santa Cruz de Tenerife y el otro en Las Palmas de Gran Canaria, y, por lo que respecta al Juzgado de lo Mercantil de Santa Cruz de Tenerife, con jurisdicción en toda la provincia, tiene su sede en Santa Cruz de Tenerife⁴.

La LC regula en su art. 10 la competencia judicial internacional, para el caso de un concurso con elementos extranjeros, haciendo suyas las soluciones del Reglamento 1346/ 2000 de la UE sobre insolvencia⁵.

La competencia territorial se regula también en el art. 10 LC. Son de destacar respecto de este presupuesto procesal que los fueros legales son imperativos, no admitiéndose, en consecuencia, pactos sumisorios, y el Juez Mercantil tiene que examinar de oficio su competencia territorial. Respecto a los fueros legales se establece un fuero principal —el del Juzgado de lo Mercantil en cuyo territorio tenga el

² V. art. 86 ter 2 LOPJ, según redacción del artículo segundo 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, el cual puede consultarse supra en la nota número 1.

³ V. supra nota número 1.

⁴ V. Real Decreto 1649/2004, de 9 de julio, por el que se dispone la creación de una plaza de magistrado, de la sección octava de la Audiencia Provincial de Alicante, y la creación y constitución de determinados juzgados, todos ellos con competencia mercantil, correspondientes a la programación del año 2004 (*BOE* núm. 168, martes 13 julio 2004). V. Ley de Demarcación y Planta Judicial, según redacción de la Disposición Adicional 11ª LO 19/2003.

⁵ El Reglamento 1346/2000 de la UE puede consultarse en el siguiente vínculo <http://www.arrakis.es/~karras/LEX017.doc>.

deudor «el centro de sus intereses principales» (lugar donde el deudor ejerza de manera habitual y reconocida por terceros la administración de sus intereses, y cuando se trate de una persona jurídica se entiende que el centro de intereses coincide con su domicilio social)—. Cuando el proceso lo inicie un legitimado distinto del deudor, se establece un fuero electivo para estos legitimados, cuando no coincidan el centro de los intereses principales y el domicilio del deudor, como es el Juzgado de lo Mercantil del domicilio o del territorio donde ejerza la administración de sus intereses el deudor. Aun controlando de oficio el Juez de lo mercantil su competencia territorial, las partes pasivas pueden denunciar la falta de competencia territorial mediante declinatoria, que deberá presentarse ante el propio Juzgado de lo Mercantil que esté conociendo del concurso. Declinatoria que se regula en el art. 12 LC, y de cuyo régimen jurídico hay que destacar:

- Plazo: debe presentarse en un plazo de 5 días desde el emplazamiento al deudor o de 10 días desde la última publicación que deba realizarse de la declaración del concurso (de la que nos ocuparemos posteriormente).
- La declinatoria se tramita como incidente no suspensivo (frente al régimen general de declinatoria en LEC⁶)
- Si se estima la falta de competencia territorial:
 - El Juez Mercantil debe indicar el órgano competente
 - Debe emplazar ante dicho tribunal a las partes con remisión de todo lo actuado.
 - Todo lo actuado es válido hasta que el Juzgado declare su falta de competencia territorial.

2.2. LEGITIMACIÓN

La legitimación activa de las partes para solicitar la declaración de concurso se regula en el art. 3 LC. De la legitimación pasiva nos ocuparemos más adelante, cuando expongamos la tramitación del procedimiento de declaración del concurso, distinguiendo su régimen jurídico según quien haya iniciado el proceso.

Como regla general están legitimados activamente el propio deudor y cualquiera de sus acreedores⁷. Cuando la declaración de concurso la pretenda una per-

⁶ V. art. 64 LEC

⁷ El art. 3 LC dispone:

1. Para solicitar la declaración de concurso están legitimados el deudor y cualquiera de sus acreedores. Si el deudor fuera persona jurídica, será competente para decidir sobre la solicitud el órgano de administración o de liquidación.

2. Por excepción a lo dispuesto en el apartado anterior, no está legitimado el acreedor que, dentro de los seis meses anteriores a la presentación de la solicitud, hubiera adquirido el crédito por actos inter vivos y a título singular, después de su vencimiento.



sona jurídica estará legitimado el órgano de administración o de liquidación, no siendo necesario convocar junta de socios o de accionistas para adoptar el acuerdo de presentar la pretensión de declaración del concurso.

Para exponer el régimen de la legitimación activa hay que partir de una distinción de especial importancia, tanto respecto a las personas legitimadas como por los efectos procesales que se unen a dicha distinción, como es la que diferencia entre un concurso voluntario y un concurso necesario, según señala el art. 22 LC.

- A) *Concurso voluntario*: la primera solicitud de declaración del concurso la presenta el propio deudor.
- B) *Concurso necesario*: se determina por exclusión al concurso voluntario y, así, están legitimados cualquiera de los otros legitimados distintos del deudor señalados en el art. 3 LC, según vimos.

A) *Concurso voluntario*

La legitimación corresponde al deudor. El deudor, como sucede con respecto a cualquier problema de legitimación, debe afirmar (y probar) encontrarse en la situación que el legislador señala para poder declararse el concurso:

- El deudor debe afirmar encontrarse en situación de insolvencia, esto es, no poder hacer frente a sus obligaciones exigibles (art. 5 LC): presupuesto material de declaración de concurso.
- El deudor viene obligado a solicitar su declaración de concurso desde que conozca su situación de insolvencia. El legislador presume que conoce dicha situación cuando acaezcan cualquiera de los hechos que legitiman a los acreedores para solicitar la declaración de concurso necesario del deudor.
- Respecto a la legitimación del deudor se regula la especialidad de poder éste solicitar su declaración de concurso cuando afirme no su insolvencia actual, sino una insolvencia inminente, la cual se produce, según señala el art. 2 LC, cuando el deudor prevea que no podrá cumplir con sus obligaciones cuando éstas sean exigibles.

3. Para solicitar la declaración de concurso de una persona jurídica, están también legitimados los socios, miembros o integrantes que sean personalmente responsables, conforme a la legislación vigente, de las deudas de aquélla.

4. Los acreedores del deudor fallecido, los herederos de éste y el administrador de la herencia podrán solicitar la declaración de concurso de la herencia no aceptada pura y simplemente. La solicitud formulada por un heredero producirá los efectos de la aceptación de la herencia a beneficio de inventario.

5. El acreedor podrá instar la declaración judicial conjunta de concurso de varios de sus deudores cuando exista confusión de patrimonios entre éstos, o, siendo éstos personas jurídicas, formen parte del mismo grupo, con identidad sustancial de sus miembros y unidad en la toma de decisiones.



B) *Concurso necesario*

Están legitimados activamente para solicitar la declaración de concurso frente al deudor cualquiera de sus acreedores (u otros sujetos señalados por el art. 3 LC). En este caso la legitimación no se basa en afirmar directamente la insolvencia del deudor, sino en afirmar la existencia de signos externos que indiquen la situación de insolvencia del deudor, como son la existencia de una ejecución singular en la que no puedan embargarse bienes suficientes para el pago, en el sobreseimiento general en el pago de sus obligaciones, o de ejecuciones pendientes que afecten en general al patrimonio del deudor (art. 2 LC).

Las distintas situaciones que el legislador contempla para legitimar, bien al propio deudor, bien a los restantes legitimados activos, principalmente a los acreedores, se basan en el hecho de que la legitimación debe, en principio, ser probada por los actores, y la carga de la prueba se distribuye teniendo en cuenta esta distinción entre concurso voluntario y necesario, como luego veremos.

Por lo que respecta a la legitimación pasiva, la solicitud de declaración del concurso no se dirige, en todo caso y desde el principio del proceso, frente a un legitimado pasivo, pero ello no significa que nos encontremos ante un auto proceso, sino ante un auténtico proceso con dualidad de posiciones, pero dada la naturaleza del proceso de declaración del concurso, y así también de la pretensión ejercitada, la parte pasiva puede no contradecir dicha solicitud, sin que ello signifique que nos encontremos ante una auto proceso o con un proceso con un única parte. La especialidad radica en la posibilidad de ejercitar la contradicción de una manera especial, como veremos. Pero desde ahora cabe afirmar que no cabe un auto proceso de declaración del concurso. Tampoco se admite que el proceso de declaración de concurso se inicie de oficio. Los sujetos legitimados, sobre todo el deudor, pueden venir obligados a iniciar el proceso de declaración de concurso, aunque con rigor más que de una obligación nos encontramos ante una carga procesal, por los efectos perjudiciales que se le pueden irrogar al deudor por el hecho de no instar la declaración de concurso (p. ej. su calificación como concurso culpable ex art. 165 LC). Los legitimados activos deben alegar y probar la situación de insolvencia, o los signos externos que permiten deducir dicha insolvencia, y el deudor puede oponerse a la solicitud presentada por los otros legitimados, y éstos podrán oponerse a la solicitud del deudor, si bien después del auto que declare en concurso al deudor recurriendo dicha declaración, tal y como veremos a continuación al ocuparnos de la solicitud de declaración del concurso.

2.3. SOLICITUD DE DECLARACIÓN DE CONCURSO

Los legitimados deben alegar y probar los presupuestos de la declaración de concurso, o sea, deben probar los hechos que sirven para fundamentar la solicitud de concurso.

Aunque la LC habla expresamente de «solicitud» para referirse a la petición inicial de declaración del concurso (art. 6 LC), esta solicitud no deja de contener



una pretensión constitutiva, y, como tal, el acto de iniciación de la fase de declaración puede calificarse como una «demanda», y podrá tener el contenido propio de una demanda ex art. 399 LEC.

Esta «solicitud» debe reunir los siguientes presupuestos:

– Procesales:

- El Juzgado de lo mercantil ante el que se presente la solicitud debe tener competencia internacional, objetiva y territorial, según ya vimos.
- Postulación: la solicitud debe venir firmada por letrado y presentada por procurador. En general la capacidad de postulación exige venir asistido por letrado y representado por procurador (art. 184 LC), representación que puede otorgarse apud acta como en cualquier otro proceso.

– Materiales:

a) La solicitud la presenta el deudor (concurso voluntario):

El deudor debe acompañar a la solicitud los documentos señalados en el art. 6 LC:

- Memoria económica y jurídica
- Inventario de bienes y derechos
- Relación de acreedores
- Libros contables, en el caso de venir obligado a su llevanza.

El deudor debe probar su insolvencia, para lo cual podrá basarse en los documentos que presenta con su solicitud, aun cuando los acreedores no puedan ejercitar su derecho de contradicción hasta el auto que declara el concurso.

b) La solicitud la presentan los acreedores (concurso necesario):

En la solicitud deberán contenerse los siguientes datos (art. 7 LC):

- Indicación del deudor.
- Circunstancias de su crédito.
- Hechos que permiten acreditar la insolvencia del deudor (hechos que deberán ser probados por el acreedor por cualquier medio de prueba, pero no basta la prueba testifical).
- Medios de prueba de los que intenten valerse.

2.4. TRAMITACIÓN DE LA SOLICITUD

Presentada dicha solicitud de declaración de concurso deberá examinarla el Juez de lo Mercantil, el mismo día de su presentación o el siguiente día hábil. Si comprueba la falta de algún documento, o algún defecto de forma, otorgará un plazo de subsanación de 5 días. Si en este plazo no se produce la subsanación, se



declarará la inadmisión de la solicitud mediante auto. Frente al auto de inadmisión cabe recurso de reposición, según señalan los artículos 13.2 y 14.3 LC, lo cual es criticable, puesto que debería admitirse recurso de apelación al tratarse de un auto definitivo que pone término al proceso ex art. 455.1 LEC.

Admitida a trámite la solicitud, deberá el proveer el Juez Mercantil sobre su estimación:

a) Concurso voluntario: declarará por auto en concurso al deudor —siempre que estime probado su presupuesto objetivo, esto es, su insolvencia—. Si considera que no se ha acreditado la insolvencia, dictará un auto de desestimación de la declaración de concurso, frente al cual cabe interponer recurso de reposición, tipo de recurso que merece la misma crítica, y por los mismos motivos, que la efectuada respecto al auto de inadmisión de la solicitud.

En el caso de un concurso voluntario no dejarán de presentarse dificultades en la práctica para que el Juzgado de lo Mercantil pueda apreciar la concurrencia de los presupuestos objetivos de este tipo de concurso. La LC no admite, tal y como sucedía en el anterior modelo de la suspensión de pagos, el nombramiento de un profesional (auditor de cuentas, economista, etc.) para que le asista. Esta dificultad puede ser uno de los motivos que llevaron al legislador a crear este órgano judicial especializado, al cual se le supone una preparación especializada, especialmente en materia económica.

b) Concurso necesario: presentada la solicitud por uno de los legitimados distintos del deudor para instar la declaración de concurso necesario, el juez deberá emplazar al deudor, como legitimado pasivo, para su comparecencia en el proceso por término de 5 días, con entrega de la solicitud y permitiéndole el examen de las actuaciones. Dentro de dicho plazo podrá el deudor adoptar diversas actitudes frente a la solicitud de declaración de concurso necesario, y a saber:

- *Allanarse*: si el deudor muestra su conformidad con la solicitud del actor, se procederá a la estimación de la declaración de concurso.
- *No comparecer o no oponerse a la solicitud*: se entiende que el deudor admite la pretensión de declaración de concurso. Este efecto supone otra excepción al régimen general de la LEC, según el cual la falta de comparecencia se asimila a una oposición tácita a la pretensión, gravando al actor con la carga de la alegación y de la prueba de los hechos constitutivos de su pretensión⁸. Además de alejarse del régimen jurídico procesal que, como regla, informa la situación de rebeldía, esta solución de la LC es criticable, puesto que asimila la falta de comparecencia, o de oposición a la pretensión de los legitimados para la declaración de un concurso necesario, a una admisión de los hechos

⁸ V. art. 497.2 LEC.



constitutivos de la declaración del concurso, equiparándola a una acción confesoria, siendo lo cierto, como llevamos sosteniendo a lo largo de este estudio, que nos encontramos, en todo caso, ante una pretensión constitutiva, para cuya estimación deben concurrir los presupuestos objetivos de dicha pretensión, y, así, en el caso de un concurso voluntario, el juez debe comprobar, en todo caso, la concurrencia de tales presupuestos.

- *Oposición del deudor*: si el deudor comparece y se opone a la solicitud de concurso presentada por los otros legitimados activos, el juez citará a las partes a una vista, a la cual deberán comparecer con los medios de prueba de los que intenten valerse y puedan practicarse en la vista. En el caso del deudor, deberá éste comparecer con sus libros contables si estuviera obligado a su llevanza. La oposición del deudor podrá referirse a dos aspectos diversos, en concordancia con lo ya dicho sobre los documentos que deberán acompañarse para acreditar la situación de insolvencia del deudor, con repercusión sobre el régimen de la carga de la prueba (art. 18 LC):
 - Si el deudor niega la existencia del hecho que fundamenta la declaración de concurso, el acreedor o los otros legitimados activos vendrán gravados con la carga de la prueba de la concurrencia del hecho constitutivo.
 - Si el deudor admite la existencia de dicho hecho constitutivo, pero niega encontrarse en situación de insolvencia, vendrá gravado con la carga de la prueba de su solvencia. En el caso de venir el deudor obligado a llevar contabilidad, la solvencia del deudor habrá de basarla en dicha contabilidad llevada conforme a derecho.

2.5. VISTA (ART. 19 LC)

Dentro de los 10 días siguientes a la formulación de oposición por parte del deudor, el juez convocará a las partes a una vista. La vista se celebrará bajo los principios de unidad de acto, y, así, según los principios de oralidad, concentración e inmediación.

Si las partes no comparecen a la vista, hay que distinguir el caso en que no comparezca el deudor o los otros legitimados:

- a) No comparece el deudor: se dicta un auto declarando el concurso.
- b) No comparece el acreedor u otros legitimados:
 - a. Si el Juez Mercantil estima que no concurren los presupuestos para la declaración de concurso, dictará un auto sobreseyendo las actuaciones.
 - b. Si el Juez Mercantil estima que concurren dichos presupuestos, y de las actuaciones se desprende la existencia de otros acreedores, deberá otorgarles un plazo de 5 días para presentar alegaciones, pudiendo declarar el concurso sobre la base de las alegaciones que formulen los otros acreedores.

- c. Comparece el deudor: el deudor puede consignar los créditos vencidos de los acreedores solicitantes de la declaración del concurso. La consignación se basa en el hecho de que el deudor ha alegado su solvencia y, por ello, debe cumplir con sus obligaciones. La consignación producirá el sobrestamiento de las actuaciones. Si la consignación no se produce, o habiéndose realizado los acreedores ratifican su petición de declaración del concurso, se dará lugar a la tramitación normal de la vista: alegaciones y prueba. Respecto de la prueba, podrán las partes proponer nuevas pruebas o ratificar las ya propuestas. Las pruebas se practicarán en el acto, como regla, pero cabe la posibilidad de la práctica de otros medios de prueba, con suspensión de la vista, por un plazo de 20 días. Los medios de prueba se practicarán y valorarán según las normas generales sobre prueba de la LEC⁹, por lo que no tiene sentido la previsión expresa contenida en el art. 19 LC sobre la posibilidad del juez de interrogar por sí mismo a las partes, testigos o peritos.

2.6. RESOLUCIÓN DE LA SOLICITUD DE DECLARACIÓN DE CONCURSO POR EL JUEZ

Tras la práctica de las pruebas, o transcurrido el plazo para su práctica, el Juzgado de lo Mercantil dictará un auto estimando o desestimando la petición de declaración del concurso, en un plazo de 3 días.

Si se desestima la solicitud la imposición de costas se rige por el principio del vencimiento, con la posibilidad excepcional de que el juez considere y motive la existencia de dudas de derecho o de hecho en el caso.

El deudor puede, una vez firme el auto que desestima la solicitud, exigir la indemnización de los daños y perjuicios que le hubiere ocasionado la solicitud de declaración de concurso, petición que se tramitará a través del procedimiento de liquidación de daños y perjuicios de los art. 712 y ss. LEC.

Si la solicitud se estima las costas se impondrán al deudor, con la consideración de créditos contra la masa, por lo que se abonarán antes que los créditos concursales.

Frente a estas resoluciones del Juez de lo Mercantil, caben los siguientes recursos:

- Frente al contenido principal del auto que declara el concurso o desestima la solicitud de tal declaración, cabe recurso de apelación en un solo efecto, aunque el juez puede, frente al criterio general de la LEC¹⁰, decidir que la apelación produzca efecto suspensivo.
- Otros pronunciamientos del auto distintos de su contenido principal: cabe recurso de reposición.

⁹ V. art. 281 y ss. LEC.

¹⁰ V. art. 456.2 LEC

Está legitimada para recurrir el auto desestimatorio la parte que solicitó la declaración de concurso, mientras que frente al auto estimatorio están legitimados el deudor y cualquier persona con interés legítimo.

2.6.1. *Contenido del auto que declara el concurso (art. 21 LC)*

El auto que declara el concurso tiene como contenido principal tal declaración judicial del concurso o la desestimación de la petición de dicha declaración. Si el auto declara el concurso, junto con dicho contenido principal, el juez deberá pronunciarse en el mismo sobre los extremos señalados en el art. 21 LC, y en especial:

- El carácter necesario o voluntario del concurso.
- Los efectos sobre las facultades de administración y disposición del deudor sobre su patrimonio. Teniendo en cuenta que, como regla, el concurso voluntario se acompaña con un régimen de intervención de dichas facultades, mientras que un concurso necesario supondrá la sustitución de dichas facultades por los administradores (art. 40 LC).
- Nombramiento y facultades de los administradores concursales.
- En el caso de un concurso necesario, el juez requerirá al deudor para que presente los documentos que fundamentan la solicitud de un concurso voluntario.
- Medidas cautelares: el juez se pronunciará, no sólo sobre el mantenimiento de las medidas cautelares ya acordadas a instancia de parte, sino, que también podrá acordarlas de oficio para garantizar la integridad del patrimonio del deudor, hasta la aceptación de sus cargos por los administradores.
- Decidirá el juez, siempre que concurren los presupuestos para su decisión, sobre la tramitación del concurso mediante el procedimiento abreviado¹¹.
- Comunicaciones, notificaciones y publicidad general de la declaración de concurso, de la que nos ocuparemos en el siguiente epígrafe.

El auto es ejecutivo, aunque no sea firme, y da lugar a la apertura inmediata de la fase común de tramitación del concurso (actuaciones previstas en las Secciones 2ª, 3ª y 4ª de la LC).

2.6.2. *Publicidad del auto que declara el concurso (arts. 23 y 24 LC)*

En un proceso universal de ejecución como es el concurso, es evidente la importancia que adquiere la publicidad que de dicha situación jurídica en la que es

¹¹ Personas físicas o personas jurídicas, en este caso siempre que esté autorizado a presentar balance abreviado, y, en ambos supuestos, siempre que su pasivo se estime que no supera el millón de euros (art. 190 LC).



constituido el deudor se haga, a los efectos de permitir su conocimiento general por las personas que pudieran formalizar algún negocio o relación jurídica patrimonial con el concursado, y, sobre todo, para permitir a los acreedores que no son parte del proceso concursal personarse en él.

El juez, y también los administradores concursales, deberán comunicar personalmente a los acreedores cuya existencia conste en las actuaciones la declaración de concurso.

Pero también previene el legislador una publicidad general de la declaración de concurso. El auto de declaración de concurso se publicará en el *BOE* y también en uno de los diarios de mayor difusión en la provincia donde el deudor tenga el centro de sus intereses y, en su caso, en el de su domicilio. De la publicación edictal se encargará el procurador del solicitante de la declaración de concurso. Los gastos, aun siendo créditos contra la masa, deberán ser costeados inicialmente por dicho procurador. Cabe, no obstante, utilizar cualquier medio de comunicación telemático, electrónico o informático, aunque para ello es necesario ex art. 23 LC el oportuno desarrollo reglamentario para permitir estos procedimientos de publicidad a distancia.

La declaración de concurso se inscribirá en los Registros Públicos oportunos (publicidad registral), según dispone el art. 24 LC. La declaración de concurso se inscribirá en los Registros Públicos siguientes:

- Si el concursado es una persona física, la declaración se inscribirá en el Registro Civil.
- Si se trata de una persona jurídica, de una sociedad irregular o de comerciantes, la declaración se inscribirá en el Registro mercantil. En el caso de sociedades irregulares, por ser obligatoria su inscripción en el Registro Mercantil y no haberse realizado ésta, el juez ordenará, además de la inscripción de la declaración del concurso, la propia inscripción originaria.

En ambos supuestos, y respecto a bienes y derechos del deudor inscritos en Registros Públicos (Registro de la Propiedad, Registro de Bienes Muebles, etc.), se ordenará la anotación preventiva de declaración de concurso. En relación con estas inscripciones registrales, la LC no contempla la posibilidad, como ocurre respecto a la publicidad general en el *BOE* y en periódicos no oficiales, de servirse de medios telemáticos, electrónicos o informáticos, aunque es notoria su importancia, y creemos que podrán utilizarse, bien por analogía, bien por aplicación de la normativa procesal general¹². Así, podrá utilizarse la firma electrónica avanzada para comunicarse con los Registradores de la Propiedad¹³.

¹² V. art. 135.5 LEC.

¹³ V. Instrucción de 19 de octubre de 2000, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre el uso de la firma electrónica de los fedatarios públicos.

2.7. MEDIDAS CAUTELARES

En la fase de declaración del concurso, y hasta que los administradores concursales acepten sus cargos, es de especial importancia la posibilidad de adoptar medidas cautelares que garanticen la integridad del patrimonio del deudor. Hay que distinguir entre: a) las medidas cautelares que pueden adoptarse desde la admisión a trámite de la solicitud de declaración del concurso, y b) las que pueden adoptarse en el auto que declara el concurso.

- a) Antes de la declaración del concurso, según señala el art. 17 LC, sólo cabe adoptar medidas cautelares a instancia de alguna de las partes legitimadas para solicitar la declaración de concurso necesario. Estas medidas cautelares se registrarán por la LEC¹⁴, y podrán mantenerse hasta que el Juez Mercantil estime o desestime la petición de declaración del concurso. El Juez puede exigir fianza al solicitante de las medidas para garantizar la reparación de los daños y perjuicios que su adopción pudiera ocasionar al deudor cuando la petición de concurso es finalmente desestimada.
- b) En el propio auto que declara el concurso, según dispone el art. 24.1.4º LC, puede el Juez Mercantil acordar el mantenimiento de las medidas cautelares que hubiera adoptado anteriormente. También podrá el Juez Mercantil adoptar nuevas medidas cautelares, de oficio o a instancia de parte, hasta que los administradores tomen posesión de sus cargos.

Ha de tenerse en cuenta, además, que, tal y como previene el art. 1 de la LO 8/2003 de Reforma concursal, también podrá acordar el juez, desde la admisión a trámite de la solicitud de declaración de concurso necesario, medidas restrictivas de derechos fundamentales del deudor, a saber: libertad de circulación y residencia, entrada y registro domiciliario e intervención de las comunicaciones¹⁵.

2.8. ACUMULACIÓN DE CONCURSOS (ART. 25 LC)

El art. 25 LC se ocupa del régimen procesal de la acumulación de concursos para su tramitación en un único procedimiento concursal por razones de conexión entre los concursos que se acumulan.

¹⁴ V. art. 721 y ss.

¹⁵ V. art. 41 LC.