

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

**DOTTORATO DI RICERCA IN
ISTITUZIONI E MERCATI, DIRITTI E TUTELE**

Ciclo XXVII

Settore Concorsuale di afferenza: 12/F1 DIRITTO PROCESSUALE CIVILE

Settore Scientifico disciplinare: IUS/15 DIRITTO PROCESSUALE CIVILE

**IL CURATORE FALLIMENTARE COME SOGGETTO DEL PROCESSO
GIURISDIZIONALE SPAGNOLO**

LA SUA POSIZIONE NELLA DETERMINAZIONE DEL PATRIMONIO CONCORSALE

Presentata da: SALVADOR TOMÁS TOMÁS

Coordinatore Dottorato

Relatore

GIULIO ILUMINATI

PAOLO BIAVATI

Esame finale anno 2014

**IL CURATORE FALLIMENTARE COME SOGGETTO DEL
PROCESSO GIURISDIZIONALE SPAGNOLO
LA SUA POSIZIONE NELLA DETERMINAZIONE DEL
PATRIMONIO CONCURSUALE**

Presentata da: SALVADOR TOMÁS TOMÁS

Relatore: Prof. PAOLO BIAVATI

AGRADECIMIENTOS

A lo largo del duro camino que supone la realización de una tesis doctoral, con renuncias pero también gozos, han sido muchas las personas que, por fortuna, me han acompañado.

Este es el momento en el que puedo mostrar mi agradecimiento más profundo a las personas y a las instituciones que a lo largo de estos años tanto me han enseñado y regalado, no sólo en lo académico sino también, y fundamentalmente, en lo personal.

La primera muestra de agradecimiento debe ir dirigida, Don Gil Álvarez de Albornoz. A él, ejemplo de generosidad, debo dar gracias por dotarme del regalo más preciado y enriquecedor que he podido vivir y compartir: mis dos semestres en el Real Colegio de España en Bolonia. A su persona debo gratitud y lealtad de por vida.

En segundo lugar, a mi Sr. Rector, el Magnífico Don José Guillermo García-Valdecasas y Andrada-Vanderwilde, por sus enseñanzas, por su bondad y por su cariño. Por hacerme vivir experiencias que sólo él me ha podido transmitir y legatario de infinidad de recuerdos que me inundan de lágrimas con sólo pensarlos. A mi querido Sr. Rector, gracias de corazón.

En mi andadura en el *Alma Mater Studiorum*, debo especialmente dar las gracias a mi maestro italiano, el profesor Paolo Biavati, por su atención constante y extraordinaria dirección. Por su dedicación a mi persona y su amable acogimiento.

También debo agradecer su atención a la profesora Elena Zucconi Galli-Fonseca, Coordinadora del «*Curriculum de Diritto Processuale Civile*» dentro del dottorado di ricerca «*Istituzioni e Mercati, Diritti e Tutele*» al que pertenezco, por su trato exquisito y atenta disponibilidad.

Mi vocación universitaria no hubiera sido posible sin la dedicación y enseñanzas que, durante algunos años, me han transmitido mis maestros españoles, Fernando Jiménez Conde y Gemma García-Rostán. Su

generosidad y magisterio, académico y personal, su cariño diario y la confianza que han depositado en mí, han acrecentado mi pasión por la Universidad y la labor investigadora. Mi lealtad y agradecimiento más sincero.

A mis amigos, Antonio Gea, José Luis Guillamón, Pepa Cavanilles y otros muchos, por mis largas ausencias y agobios permanentes. Especialmente, en el tiempo de redacción de esta tesis, a Rafa Castillo por su ayuda y sus enseñanzas diarias y, sobre todo, gracias a Carmen, por su confianza, por su bondad, por su apoyo y por su atención incondicional en estos duros meses.

Debo dar las gracias, asimismo, a las personas que han compartido mi maravillosa experiencia en Bolonia: a mis viejos, a mis coetáneos y a mis nuevos. En especial, a aquellas personas que ahora son parte esencial de mi vida: a Juan Pablo Murga, por lo que he crecido a su lado, por las cosas compartidas, por su generosidad y su apoyo ilimitado en todo momento; a Gustavo Díaz, por su lealtad, su cariño y afecto diario, por hacerme el padrino más afortunado y, sobre todo, participe de su grandeza; a Enrique Gandía, por su confianza y sus enseñanzas jurídicas y personales; a Alejandro Montón por su bondad y esa otra cultura que sólo algunos pueden entender; a Raúl Sebastián por su dedicación y fe ciega en mí; a José Manuel Macarro, por mostrarme siempre el lado positivo de las cosas; a Gabriel Macanás, por sus genialidades y buen fondo; a Manuel Parada, por su arte; a Cipriano García, por ser ejemplo de superación diaria; y, en fin, a otros amigos que han hecho de mi estancia en Bolonia un recuerdo imborrable. A todos ellos, mi amistad y mi agradecimiento más profundo.

Por último, mi familia. A mis padres, Gloria y Salvador, por enseñarme los valores del trabajo y la bondad. Por hacerme la persona que soy hoy, por su amor incondicional y por estar a mi lado en todo momento, para lo bueno y, sobre todo, para lo malo. A mi hermano Pablo, por su inquebrantable lealtad, su cariño y por hacerme participe a cada momento de su transparencia y nobleza. A mis abuelos, Salvador, Raimundo, María y Hortensia, mi debilidad. A mis tíos y primos, a todos sin excepción, que me muestran cada día lo

afortunado que soy de formar parte de la familia que tengo. Sin ellos, nada hubiera sido posible. A todos ellos, pues, pertenece esta tesis.

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	11
PREMESSA.....	17
RIASSUNTO CAPITOLO I	27

CAPÍTULO I

GÉNESIS Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS ÓRGANOS DE ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS REMOTOS	35
1.1. Consideraciones preliminares	35
1.2. El <i>curator bonorum</i> , el <i>magister bonorum</i> , el <i>emptor bonorum</i> y el <i>curator bonis distrahendis</i> en el Derecho Romano.....	36
1.3. Otras figuras afines en los ordenamientos jurídicos existentes desde la Edad Media hasta la Codificación	40
1.3.1. Desde la caída del Imperio Romano hasta los estatutos del medievo italiano	40
1.3.2. El Derecho francés, la codificación y su influencia en la configuración del Derecho Concursal español.....	44
2. RÉGIMEN DE LOS ÓRGANOS AFINES A LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL EN EL SISTEMA PRECEDENTE E INFLUENCIA EN SU ACTUAL CONFIGURACIÓN.....	54
2.1. Estado de la cuestión	54

2.2. Los interventores judiciales	56
2.3. El comisario	68
2.4. El depositario-administrador	70
2.5. La sindicatura	74
2.6. Influencia del régimen precedente en la conformación del régimen actual	84
RIASSUNTO CAPITOLO II	89

CAPÍTULO II

CONSTITUCIÓN Y RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ACTUAL ADMINISTRACIÓN CONCURSAL EN ESPAÑA

1. EL AUTO DE DECLARACIÓN DEL CONCURSO Y LA CONSTITUCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL	97
1.1. El auto de declaración del concurso como presupuesto para el nacimiento de la administración concursal	97
1.2. La eficacia del auto de declaración del concurso y la formación de la fase común	104
1.3. La constitución del órgano de administración concursal	107
2. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL	110
2.1. Consideraciones generales	110
2.2. La composición y el nombramiento de la administración concursal ...	113
2.2.1. Composición	114
2.2.2. Nombramiento	126
3. EL ESTATUTO JURÍDICO DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL	129

4. CARACTERIZACIÓN Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL EN EL RÉGIMEN VIGENTE. RELACIÓN CON OTROS SUJETOS DEL CONCURSO Y DELIMITACIÓN DE SUS COMPETENCIAS	140
4.1. Caracterización del órgano de administración concursal	140
4.2. La naturaleza jurídica de la administración concursal	145
4.3. La relación de la administración concursal con otros sujetos del concurso	152
4.3.1. Consideraciones previas	152
4.3.2. La relación entre la administración concursal y el deudor	153
4.3.3. La relación entre la administración concursal y los acreedores... ..	158
4.3.4. La relación entre la administración concursal y el juez	161
4.4. La delimitación de las competencias de la administración concursal	166
4.5. Las funciones de la administración concursal	168
5. UN APUNTE DE DERECHO COMPARADO. LOS ÓRGANOS DE ADMINISTRACIÓN CONCURSAL EN OTROS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS.....	175
5.1. La importancia del órgano de administración concursal en algunos países de referencia	175
5.2. Italia	177
5.3. Alemania.....	181
5.4. Francia.....	186
5.5. Inglaterra.....	187
5.6. Estados Unidos	189
RIASSUNTO CAPITOLO III	193

CAPÍTULO III

LIMITACIÓN DE LAS FACULTADES PATRIMONIALES DEL DEUDOR Y CREACIÓN DEL PATRIMONIO CONCURSAL

POSICIÓN JURÍDICO PROCESAL DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

1.EL CONCURSO DE ACREEDORES COMO PROCESO. PLANTEAMIENTO GENERAL.....	211
2. EL DEUDOR Y LA LIMITACIÓN DE SUS FACULTADES DE ADMINISTRACIÓN Y DISPOSICIÓN PATRIMONIAL CONSECUENCIA DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO ..	212
2.1. Consideraciones previas	212
2.2. El artículo 40 de la Ley Concursal	213
2.3. La naturaleza jurídica de la limitación a las facultades de administración y disposición patrimonial del deudor	216
2.3.1. El estado de la cuestión en el régimen precedente.....	216
2.3.2. El status jurídico del deudor en la Ley Concursal	219
2.3.3. La repercusión de la naturaleza jurídica de las facultades de administración y disposición patrimonial del deudor en la administración concursal.....	226
3.LA MASA CONCURSAL. SU PERSONIFICACIÓN EN EL CONCURSO.....	229
3.1. Aproximación a la naturaleza jurídica del patrimonio concursal.....	229
3.2. Génesis del patrimonio concursal. Su necesaria personificación.....	231
3.2.1. La atribución de personalidad jurídica a la masa concursal en el régimen precedente	231
3.2.2. La formación del patrimonio concursal y su intervención en el proceso	232
4.UNA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE PARTE EN EL PROCESO CONCURSAL	241

4.1. Introducción	241
4.2. Aproximación al concepto de parte	242
4.2.1. Consideraciones preliminares	242
4.2.2. Posiciones doctrinales acerca del concepto de parte procesal....	242
4.2.3. Los principios rectores del proceso respecto a las partes	245
4.3. Las partes en el proceso concursal	246
4.3.1. Contextualización	246
4.3.2. Los sujetos del proceso concursal	247
4.3.3. El vínculo entre el patrimonio concursal y la administración concursal.....	256
4.4. Legitimación, representación necesaria y administración concursal..	262
4.4.1. Consideraciones previas	262
4.4.2. Posiciones en torno a la legitimación	263
4.4.3. Legitimación y administración concursal.....	266
4.4.4. La regulación jurídica existente en los regímenes de quiebra o suspensión de pagos con anterioridad a la entrada en vigor de la LEC 1/2000	266
4.4.5. Solución en el régimen vigente: la administración concursal ¿legitimada o representante necesaria?.....	273
4.4.6. Un apunte sobre el distinto tratamiento procesal que merecen la legitimación y la representación necesaria	282
4.5. El régimen de intervención de las facultades de administración y disposición patrimonial y la posición jurídico procesal de la administración concursal	283

4.5.1. Estado de la cuestión	283
4.5.2. Argumentos en contra de la aplicación de los postulados descritos en el régimen de suspensión al régimen de intervención.....	283
4.5.3. Argumentos a favor de la aplicación de los postulados descritos para el régimen de suspensión al régimen de intervención	285
4.5.4. La posición jurídico procesal del deudor y de la administración concursal en el régimen de intervención.....	292
4.6. Sobre las partes en el proceso concursal. El deudor y los administradores concursales	298
4.6.1. Estado de la cuestión	298
4.6.2. ¿Podemos hablar de partes en el proceso concursal?	298
RIASSUNTO CAPITOLO IV	303

CAPÍTULO IV

LA DECLARACIÓN DE CONCURSO Y LA ACTUACIÓN PROCESAL DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL EN LOS PROCESOS DECLARATIVOS PENDIENTES Y NUEVOS

1. PLANTEAMIENTO GENERAL.....	323
2. ARTÍCULOS 50, 51 Y 54 LC: UBICACIÓN SISTEMÁTICA Y ÁMBITO DE APLICACIÓN TEMPORAL	325
2.1. Ubicación sistemática.....	325
2.2. Ámbito de aplicación temporal de los artículos 50, 51 y 54 LC.....	328
3. LA ACTUACIÓN PROCESAL DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL EN LOS PROCESOS DECLARATIVOS EN TRÁMITE EN EL MOMENTO LA DECLARACIÓN DE CONCURSO: EL ARTÍCULO 51 LC.....	332
3.1. Consideraciones previas	332

3.2. Eventual integración al proceso concursal de los procesos declarativos en trámite en el momento de la declaración de concurso	333
3.2.1. Contextualización	333
3.2.2. Excepciones a la regla general: requisitos para la efectiva integración de los procesos declarativos pendientes.....	335
3.2.3. El procedimiento de integración de los procesos declarativos en trámite en el momento de la declaración de concurso: legitimación y actuación procesal de la administración concursal	341
3.3. La actuación procesal de la administración concursal en los procesos declarativos pendientes en el momento de la declaración de concurso	354
3.3.1. Aproximación a los apartados 2 y 3 del artículo 51 LC	354
3.3.2. La posición y la actuación procesal de la administración concursal en los procesos declarativos en trámite en el momento de la declaración de concurso decretado el régimen de suspensión de las facultades patrimoniales del deudor	356
3.3.3. La posición y la actuación procesal de la administración concursal en los procesos declarativos en trámite en el momento de la declaración de concurso decretado el régimen de intervención de las facultades patrimoniales del deudor	391
4. LA ACTUACIÓN PROCESAL DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL EN LOS PROCESOS NUEVOS TRAS LA DECLARACIÓN DE CONCURSO: LOS ARTÍCULOS 50 Y 54 LC	405
4.1. Consideraciones previas	405
4.2. La actuación procesal de la administración concursal en los procesos declarativos nuevos ex artículo 54 LC	406
4.2.1. Introducción.....	406

4.2.2. La actuación procesal de la administración concursal en el ejercicio de nuevas acciones ex artículo 54 LC decretado el régimen de suspensión	407
4.2.3. La actuación procesal de la administración concursal decretado el régimen de intervención en los supuestos del artículo 54.2 LC.....	420
4.3. La actuación procesal de la administración concursal en los procesos declarativos nuevos ex artículo 50 LC	427
4.3.1. Régimen aplicable.....	427
4.3.2. La actuación procesal de la administración concursal en los procesos nuevos iniciados por tercero ante el juez del concurso	430
4.3.3. La actuación procesal de la administración concursal en los procesos nuevos iniciados por tercero ante juez distinto del juez del concurso.....	432
RIASSUNTO CAPITOLO V	439

CAPÍTULO V

OTRAS ACTUACIONES PROCESALES DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL EN LA FORMACIÓN DE LAS MASAS ACTIVA Y PASIVA DEL CONCURSO

1. PLANTEAMIENTO GENERAL.....	451
2. EL EJERCICIO DE ACCIONES DE REINTEGRACIÓN POR LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL. EN PARTICULAR, SOBRE EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN RESCISORIA CONCURSAL Y OTRAS ACCIONES DE IMPUGNACIÓN	454
2.1. Régimen general	454
2.2. La legitimación para el ejercicio de las acciones de reintegración	457
2.2.1. Introducción.....	457

2.2.2. La legitimación principal concedida a la administración concursal.....	460
3. LA POSICIÓN JURÍDICO PROCESAL DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL EN LA IMPUGNACIÓN DE LA LISTA DE ACREEDORES Y EL INVENTARIO	476
3.1. Ideas preliminares	476
3.2. La formación del inventario y su alcance en el concurso	478
3.3. La formación de la lista de acreedores y su alcance en el concurso ..	479
3.4. La impugnación del inventario y la lista de acreedores	480
CONCLUSIONI.....	493
JURISPRUDENCIA.....	503
BIBLIOGRAFÍA	517

ABREVIATURAS

AAP	Auto de la Audiencia Provincial
AJM	Auto del Juzgado de lo Mercantil
AP	Audiencia Provincial
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
CC	Código Civil
CCom/1829	Código de Comercio de 1829
CCom/1885	Código de Comercio de 1885
CE	Constitución Española
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores
CP	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
DD	Disposición derogatoria
DF	Disposición final
DT	Disposición transitoria
ESUG	<i>Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen</i>
INE	Instituto Nacional de Estadística

InsO	<i>Insolvenzordnung vom 5 Oktober 1994</i>
LC	Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LEC/1881	Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881
LECr	Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal
Legg. fall.	Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267 «Legge fallimentare»
LJCA	Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa
LJS	Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
LPI	Real Decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia
LSP	Ley de 26 de julio de 1922, de Suspensión de Pagos

RAE	Real Academia Española
RDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado
ROAC	Registro Oficial de Auditores de Cuentas
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SJM	Sentencia del Juzgado de lo Mercantil
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TRLSC	Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
11 US Code	U.S. Code Title 11 Bankruptcy
ZPO	Zivilprozessordnung

PREMESSA

PREMESSA**1. Giustificazione della tesi**

Come sappiamo, la situazione giuridica nella quale consiste il fallimento genera effetti sui rapporti giuridici sostanziali e processuali nei quali si veda colpito il patrimonio del debitore.

Qualsiasi ricerca che si pretenda di affrontare nell'ambito del Diritto fallimentare è particolarmente difficile: si tratta di una materia a metà strada tra il Diritto sostanziale e il Diritto processuale. Entrambi sono «compagni di viaggio» nel fallimento¹.

Tradizionalmente, l'istituzione fallimentare si è studiata con un marcato carattere sostanziale. Indubbiamente, il fallimento è stato studiato con maggiore profondità dalla dottrina privatista. Al contrario, la scienza processuale gli ha prestato scarsa attenzione.

Questa realtà ha avuto, in Spagna, due risultati: da un lato, le commissioni di codificazione per l'elaborazione di leggi fallimentari non hanno contato con processualisti tra i suoi membri; dall'altro, strettamente connesso con l'anteriore, la Legge Fallimentare ha importanti difetti processuali.

Entrambi i motivi giustificano il presente lavoro che si concentrerà, con il necessario appoggio sul Diritto sostanziale, su questioni di natura processuale. In particolare, la nostra ricerca ha per titolo «**Il curatore fallimentare come soggetto del processo giurisdizionale spagnolo. La sua posizione nella determinazione del patrimonio concorsuale**».

Da tempi immemori, la presenza di soggetti incaricati dell'amministrazione del patrimonio del fallito è stata consustanziale all'esistenza di processi destinati ad attenuare gli effetti che sui creditori causava il mancato pagamento

¹ Cfr. SPIOTTA, *Il curatore fallimentare*, Zanichelli, Bologna, 2006, p. 1.

di un debitore. Tradizionalmente, questi soggetti hanno avuto un ruolo molto importante nel corretto sviluppo del fallimento, divenendo oggi il “motore” del fallimento.

Al curatore fallimentare sono state concesse azioni diverse, sviluppando un ruolo di difficile catalogazione. Insieme alle azioni per la giusta delimitazione del patrimonio concorsuale, la gestione e amministrazione dello stesso, gli è conferita, tra le altre, la liquidazione fallimentare. Tutto questo rende difficile la determinazione della sua natura giuridica e, per quanto riguarda la nostra ricerca, l’ottenimento di un’idea chiara sulla sua posizione giuridica nel processo fallimentare.

Il vasto ruolo attribuito al curatore fallimentare ci porta a stringere la nostra ricerca. In particolare, a concentrarla sull’analisi di quelle attuazioni che sviluppa a proposito della determinazione del patrimonio concorsuale.

Il processo concorsuale come strumento attraverso il quale l’Ordinamento giuridico spagnolo concede a certi soggetti una speciale tutela giurisdizionale conseguenza della dichiarazione di fallimento di una persona, si articola in un procedimento formato da *incidentes* e *piezas* con diversi oggetti. La finalità del fallimento è chiara: la soddisfazione dei creditori.

Per raggiungere quest’obiettivo si sono stabilite due soluzioni: il concordato e la liquidazione, entrambi articolate come fasi dello stesso procedimento. Tuttavia, come fase preliminare, si richiede la determinazione di quali sono i beni e diritti che esistono per soddisfare i creditori del debitore (massa attiva del fallimento) e quali sono i crediti la cui soddisfazione si pretende nel fallimento (massa passiva del fallimento). Queste attuazioni hanno luogo nella c.d. *fase común* del fallimento, dove il curatore fallimentare ha un ruolo principale. Su questa fase concentreremo il nostro lavoro.

Quello della posizione giuridico-processuale del curatore fallimentare nella determinazione del patrimonio concorsuale è un tema molto complesso che evidenzia sfide significative. La difficoltà della nostra ricerca risiede sia nella mancanza di accordo unanime della dottrina sulla natura di certe istituzioni -alle

quali facciamo riferimento per costruire il nostro studio- che nel fatto che ci troviamo davanti a concetti –come quello di patrimonio concorsuale- che non sono ancora strettamente radicati all'interno della dottrina.

La realtà descritta concerne alla nostra ricerca in due sensi: (I) in un senso positivo, in quanto ci permette di realizzare un lavoro innovativo per proseguire nella determinazione di nuovi concetti che, sebbene già sostenuti tradizionalmente dalla dottrina, si sono riconosciuti solo ora; così, il nostro studio si costituisce in un nuovo contributo per l'evoluzione di queste idee; (II) in un senso negativo, in quanto l'approcciarsi a un ambito dove esistono ancora idee non consolidate e realizzare una costruzione giuridica sulla base di quelle, su qualche aspetto, fa sì che il nostro lavoro possa generare importanti conflitti dottrinali. Tuttavia, assumiamo i rischi che una ricerca così abbisogna per proseguire nello sviluppo dell'Ordinamento giuridico spagnolo. Soltanto così potremmo rispondere alle esigenze che, negli anni, chiede la società e, di conseguenza, il Diritto.

Il tema scelto, costituisce, in definitiva, oggetto idoneo per la realizzazione di una ricerca in profondità e completa degna del grado di dottore di ricerca.

2. L'oggetto dello studio

È difficile e importante sia dotare il nostro lavoro di un contenuto adeguato che la determinazione del metodo a seguire nella sua esposizione e sviluppo.

Al fine di ottenere una maggiore chiarezza espositiva che ci permetta di compiere l'obiettivo che perseguiamo con la nostra ricerca, abbiamo strutturato il nostro lavoro in cinque capitoli il cui contenuto, all'incirca, sarebbe:

Nel Capitolo I, intitolato «**Génesis y evolución histórica de los órganos de administración concursal**» si tratteranno le linee generali che, attraverso la storia, hanno definito gli organi d'amministrazione patrimoniale.

A nostro avviso, l'analisi degli antecedenti storici è il punto di partenza necessario per capire l'origine di qualsiasi istituzione. Una ricerca rigorosa non può dimenticare le legislazioni precedenti: in esse si trova sia l'origine di

preziosi contributi dottrinali e criteri giurisdizionali di successo che lacune normative ed errori del passato².

In Spagna, fino all'entrata in vigore della *Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal* (LC), dove il legislatore si sceglie i principi di unità legale, di disciplina e di sistema, esistevano quattro procedimenti per risolvere le situazioni d'insolvenza patrimoniale. Rispetto ai commercianti, si prevedevano la *suspensión de pagos* e la *quiebra*. Parimenti, rispetto ai non commercianti, si contemplavano la *quita y espera* e il *concurso de acreedores*. Di questi quattro procedimenti, ci concentreremo nelle istituzioni di *suspensión de pagos* e *quiebra* facendo qualche riferimento al *concurso de acreedores*. In particolare, ci soffermeremo nello studio delle figure di *interventor judicial*, *comisario*, *depositario-administrador* e *síndico* per verificare in che misura le funzioni sviluppate dall'odierna *administración concursal* sono simili da quelle sviluppate da coloro.

Il Capitolo II è intitolato «**Constitución y régimen jurídico de la actual administración concursal en España**». In questa sede, analizzeremo la risoluzione che dichiara il fallimento come presupposto per la nascita del curatore fallimentare. Studieremo, egualmente, il regime giuridico del curatore fallimentare, il suo statuto giuridico e le sue funzioni. Altresì, analizzeremo il rapporto del curatore fallimentare con il fallito, i creditori e il giudice. Per ultimo, sebbene brevemente, realizzeremo uno studio di Diritto comparato, analizzando il ruolo sviluppato dagli organi di amministrazione fallimentare di alcuni ordinamenti giuridici di riferimento.

Il fallimento è un processo che si sviluppa con una pluralità di soggetti. A delimitare chi sono e segnalare quelli che tengono la condizione di parte nel processo fallimentare, dedicheremo il Capitolo III, nominato «**Limitaciones de**

² Si veda JIMÉNEZ CONDE, «el investigador que pretende aportar algo nuevo a la ciencia del Derecho no debe contentarse, en principio, con analizar los caracteres externos y vigentes del tema concreto cuyo estudio se propone, so pena de incurrir en un superficialismo que le impida ver y conocer a fondo su esencia, razón de ser y finalidad. El quehacer científico requiere, para ser tal, que se agote en lo posible la materia sobre la que se trabaja» («Precedentes del error de derecho en la apreciación de las pruebas como motivo de casación (I)», *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, n° 4, octubre-diciembre, 1977, p. 788).

las facultades patrimoniales del deudor y creación del patrimonio concursal. Posición jurídico procesal de la administración concursal».

Indubbiamente, la declaración de fallimento produce efectos sui soggetti che intervengono nel processo concorsuale. Attraverso il Capitolo III cercheremo di scoprire la posizione giuridica che, conseguenza di quella dichiarazione, hanno il debitore, il patrimonio concorsuale e, soprattutto, il curatore fallimentare.

La Legge fallimentare spagnola segue un modello dove, anche se esiste un unico procedimento fallimentare, si contemplano due regimi con diversa intensità per quanto riguarda le facoltà patrimoniali del fallito. Da un lato, disciplina il regime di *intervención*, dove il fallito conserva le facoltà di amministrazione e disposizione sul patrimonio concorsuale, essendo sottomesso all'autorizzazione e conformità del curatore fallimentare (artt. 40.1, 51.3 e 54.2 LC). Dall'altro, regola il regime di *suspensión*, dove il fallito si vede sospeso nell'esercizio delle sue facoltà di amministrazione e disposizione patrimoniale, essendo conferite esse al curatore fallimentare (artt. 40.2, 51.2 e 54.1 LC).

Allo studio della natura giuridica delle limitazioni delle facoltà patrimoniali del debitore, destineremo parte del Capitolo III. La sua categorizzazione influirà in maniera decisiva sulla configurazione della posizione giuridica del curatore fallimentare nel processo.

Nello stesso modo, sempre nel Capitolo III, analizzeremo un elemento fondamentale per il nostro lavoro: la creazione del patrimonio concorsuale. Il riconoscimento della capacità per essere parte, attribuito dall'art. 6.1.4° LEC, e la mancanza di sostegno materiale per agire nel processo, sono aspetti da controllare al momento di fissare la suddetta posizione del curatore fallimentare. Sempre al Capitolo III, ci occuperemo di analizzare l'istituzione processuale in virtù della quale il curatore agisce.

Nel Capitolo IV, intitolato «**La declaración de concurso y la actuación procesal de la administración concursal en los procesos declarativos**

pendientes y nuevos», analizzeremo l'attuazione e la posizione giuridico-processuale del curatore fallimentare nei processi dichiarativi in corso nel momento della dichiarazione di fallimento (art. 51 LC), così come il regime generale dei processi da iniziare nei quali si esercitano azioni con trascendenza sul patrimonio fallimentare (artt. 50 e 54 LC).

Per ultimo, nel Capitolo V, «**Otras actuaciones procesales de la administración concursal en la formación de las masas activa y pasiva del concurso»**, analizzeremo la posizione giuridico-processuale che occupa il curatore fallimentare negli incidenti concorsuali che si possono concretizzare in pendenza di fallimento, con occasione della necessaria conformazione delle masse attiva e passiva del patrimonio fallimentare. In particolare, ci pronunceremo sulla posizione giuridico-processuale che detiene il curatore fallimentare nelle azioni di reintegrazione ex artt. 71 a 73 LC, così come la sua posizione di fronte all'eventuale impugnazione dell'inventario o l'elenco dei creditori che il curatore fallimentare deve presentare.

3. Metodologia di lavoro

Per rendere più facile la lettura della nostra tesi di ricerca, ci pare d'importanza rendersi conto delle seguenti precisioni di metodologia:

Dobbiamo avvertire, in primo luogo, che il Diritto fallimentare è uno strumento giuridico per ottenere uno scopo preciso: la soluzione di crisi economiche. Quello del Diritto fallimentare è un ambito giuridico strettamente strumentale e, di conseguenza, il curatore fallimentare è concepito come uno strumento allo scopo di raggiungere i fini del fallimento. Tutte le conclusioni che avremo sul regime giuridico e la posizione del curatore fallimentare nel processo verranno condizionate da quell'interesse fallimentare.

In secondo luogo, siamo coscienti del fatto che paragonare l'istituzione fallimentare tra due o più ordinamenti giuridici costituisce una mansione particolarmente complessa, perché richiederebbe conoscere sia il Diritto fallimentare di ogni Paese che altri settori propri di ogni ordinamento giuridico come il Diritto civile, commerciale o processuale.

In particolare, la configurazione degli organi di amministrazione patrimoniale nei sistemi giuridici spagnolo e italiano –con importanti differenze tra di loro, senza dimenticarci, ovviamente, delle somiglianze-, rende difficile l’elaborazione di uno studio comparato. Come esempio, possiamo sottolineare la considerazione del curatore fallimentare italiano come pubblico ufficiale, di difficile adattamento all’interno dell’Ordinamento giuridico spagnolo, dove invece è prioritaria la sua natura privata.

Questi motivi ci servono per scartare il suddetto studio comparato fra gli ordinamenti giuridici spagnolo e italiano. I benefici che l’Ordinamento giuridico spagnolo potrebbe riportare da uno studio comparato che facesse riferimento al modello italiano, si vedono soddisfatti nella nostra ricerca in quanto i frequenti riferimenti all’Ordinamento giuridico italiano che faremo possono servire d’ispirazione al modello spagnolo.

In terzo luogo, un’importante questione da controllare nella nostra ricerca sarebbe il doppio regime di *suspensión* o *intervención* nelle facoltà di amministrazione e disposizione del fallito legalmente riconosciute. La posizione giuridico processuale del curatore fallimentare può variare considerevolmente in funzione di qual sia il regime stabilito dal giudice. Anche se questa dualità di sistemi non implica che possiamo parlare di due organi di amministrazione patrimoniale diversi –in entrambi casi l’organo sarebbe il medesimo-, per garantire un’esposizione più chiara, realizzeremo un’analisi separata del ruolo che sviluppa il curatore fallimentare, sia in uno che nell’altro regime.

Certamente, la maggior parte della dottrina ha destinato la sua attenzione al regime di *suspensión* –per il fatto di essere il regime più severo con il debitore-. A nostro avviso, tuttavia, entrambi i regimi hanno la stessa importanza per quanto riguarda la nostra ricerca. Per questo motivo, aspireremo a rispondere adeguatamente, allo stesso livello, alle incognite che presentano entrambi. Senza pregiudicare questa dualità, consideriamo che la tesi che sosteniamo sulla posizione giuridica del curatore fallimentare nel fallimento, se possibile, deve aspirare a spiegare l’intero organo.

Dobbiamo sottolineare che nell'analisi, riflessione e posteriore descrizione di queste linee, abbiamo il timore di sostenere, rispetto a entrambi i regimi, tesi mai sostenute. Però, assumeremo i rischi di questo lavoro con il convincimento del fatto che gli argomenti sviluppati avranno la sufficiente solvenza per arricchire il panorama scientifico e stimolare il legislatore nell'indagine di soluzioni responsabili, adattate al Diritto e, innanzitutto, non contrarie né alla logica né alla ragione.

Per quanto riguarda le fonti normative, utilizzeremo sia la regolazione precedente sia quella in vigore. Per quanto riguarda il regime precedente, analizzeremo, fondamentalmente, il *Código di Comercio de 1829*, la *Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881*, il *Código di Comercio de 1885*, il *Código Civil* e la *Ley de 26 de julio de 1922, de Suspensión de Pagos*. Per quanto concerne il regime in vigore, realizzeremo un esame minuzioso di tutti i precetti della LC che sono in connessione con il nostro oggetto. Ugualmente, ci serviremo dell'evoluzione normativa sperimentata dalla LC in vigore e, in particolare, delle riforme realizzate dalla *Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal*.

Insieme a quanto annotato in precedenza, è importante evidenziare che nella nostra ricerca realizzeremo un importante lavoro d'integrazione normativa. In questo modo, la *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil* (LEC), norma d'applicazione suppletoria della LC (disposizione finale quinta LC), ha svolto un ruolo centrale per colmare le lacune legali esistenti nella normativa fallimentare.

D'altra parte, non possiamo dimenticare l'analisi della giurisprudenza più rilevante in materia fallimentare. In particolare, di alcune sentenze del *Tribunal Supremo* e di altre risoluzioni –sentenze e ordinanze- pronunciate dai *Juzgados de lo Mercantil*.

Attueremo anche un'analisi ed uno studio bibliografico, sia di opere generali che monografie, nonché di articoli di riviste specializzate in Diritto fallimentare e processuale civile, spagnole e straniere –fondamentalmente italiane –.

Infine, vorremo sottolineare che, per facilitare la comprensione del nostro studio, all'inizio di ogni capitolo faremo un breve riassunto in italiano sul contenuto di essi. Nei riassunti dei capitoli I e II utilizzeremo il concetto stabilito dalla legislazione spagnola in vigore, cioè, *administracion concursal*. Vogliamo, con questo, differenziarla da altre figure che, in Spagna, esistevano nel regime precedente. Nei capitoli III, IV e V, utilizzeremo, invece, il concetto di curatore fallimentare, anche se con questo faremo riferimento all'organo di amministrazione spagnolo. L'utilizzazione della nozione di curatore fallimentare in essi risponde al fatto che si tratta, anche se con certe differenze, della figura equivalente in Italia all'*administración concursal* spagnola.

RIASSUNTO CAPITOLO I

1. Antecedenti storici remoti

Da tempi immemori sono stati creati procedimenti allo scopo di ridurre i danni che, rispetto ai creditori, poteva provocare nel traffico giuridico la mancanza di pagamento di un debitore insolvente. In questo contesto, è stata una costante l'esistenza di organi con una funzione strumentale rivolta alla soddisfazione degli interessi del fallimento.

Nel Diritto Romano, i procedimenti di esecuzione prevedevano diverse istituzioni con funzioni di amministrazione, gestione, reintegrazione e liquidazione del patrimonio del debitore. Già nella *bonorum venditio* –primo procedimento di esecuzione patrimoniale del Diritto pretorio-, si designava un *curator bonorum* che svolgeva atti conservativi e di reintegrazione patrimoniale. Insieme al *curator bonorum*, si contemplava la designazione di un *magister bonorum* per la vendita dei beni del debitore. Esisteva anche un *emptor bonorum* che, sostituendosi al debitore, pagava i suoi debiti (nella misura in cui ciò fosse stato possibile).

Dopo la *bonorum venditio* e fino all'istituzione della *cessio bonorum*, la *bonorum distractio* è stata l'istituzione più utilizzata. In questa, insieme al *curator bonorum*, esisteva il *curator bonis distrahendis* –il quale aveva un ruolo simile all'*emptor bonorum* della *bonorum venditio*-.

Anche se durante il Basso Medioevo c'era stato un rafforzamento della presenza dell'organo giudiziale, con il recepimento del *Derecho Común* nei primi statuti municipali delle città italiane sono apparsi organi *ad hoc* incaricati di gestire la massa patrimoniale. Così, ad esempio, negli statuti di Firenze, Lucca e Bologna si parlava dei sindaci. Con funzioni molto simili ad essi, sono nati i deputati a Siena e Genova, gli ambasciatori a Roma e i curatori nel Piemonte.

Questi organi, che si sostituivano al debitore, avevano poteri allo scopo di proteggere i creditori, avendo altresì anche funzioni di carattere giurisdizionale.

Dopo il Secolo XIII, nel *Derecho Franco*, sono state trovate delle regole elaborate dai commercianti delle fiere che creavano istituzioni orientate alla liquidazione dei beni. Questo sistema prevedeva, in caso di sospetto di fuga del debitore, la possibilità di mettere i beni sotto sequestro da parte della giustizia, lasciando l'amministrazione dei beni alle guardie delle fiere. Loro dovevano occuparsi della liquidazione dei beni sequestrati e del pagamento dei crediti.

Per quanto riguarda il Diritto Spagnolo, troviamo il primo procedimento indirizzato a garantire e soddisfare i diritti dei creditori nelle *Ordenanzas de los Consellers y Prohombres de Barcelona sobre fallidos* di 17 novembre 1445. In questa legislazione si prevedeva l'istituzione di un curatore, che s'incaricava di inventariare e vendere i beni in pubblica subasta, e di un depositario, che si occupava della loro custodia. A volte non era facile delimitare le funzioni che, nella pratica, corrispondevano all'uno e all'altro. Nel *Derecho castellano* è apparso, nella *Pragmática di Felipe II* di 1590, la figura di un depositario nominato per il giudice.

In linea di continuità è venuto in essere quello che viene comunemente considerato il primo trattato sul fallimento, il *Labyrinthus creditorum* di SALGADO DE SOMOZA. Con quest'opera si pretendeva una regolazione del fallimento ampia, disciplinando e sistematizzando quello che fino a quel momento era stato previsto. In questo testo si contemplava il processo iniziato per i debitori insolventi, quello che oggi è conosciuto, in Spagna, come fallimento volontario.

In un primo momento, con la dichiarazione di fallimento si produceva soltanto l'inabilitazione del debitore per la gestione del proprio patrimonio, non esistendo una perdita della sua capacità a stare in giudizio. Nella pratica, questo potenzialmente poteva causare frodi nell'ambito processuale. In questa situazione, si rendeva necessario nominare, oltre al curatore dei beni, un curatore, definito *ad litem*, che compensava la mancanza di capacità a stare in giudizio del fallito. Nelle evoluzioni normative successive, le funzioni svolte da

entrambi verranno assegnate ad un unico soggetto. Questo fatto difficoltava la determinazione della natura giuridica del curatore –difficoltà oggi rappresentate dalle complesse teorie dottrinali costruite attraverso la natura giuridica dell'odierna *administración concursal*–.

A causa della ripercussione che ha avuto il *Code* di 1807 nel Diritto Fallimentare spagnolo, conviene analizzare brevemente il sistema contemplato in quella legislazione. Il sistema previsto nel *Code* di 1807 si concentrava, fondamentalmente, nella designazione di un *juge-commissaire* tra i membri del tribunale che dichiarava il fallimento, momento in cui si considerava aperto, e uno o vari *agents*, designati tra i propri creditori del fallito e orientati all'amministrazione del fallimento fino alla designazione dei *syndics provisoires*. A questi ultimi corrispondeva l'elaborazione dell'inventario, la verifica e il riconoscimento dei crediti, dopo di che si passava all'amministrazione definitiva, momento nel quale, nel caso venisse raggiunto il *concordat*, sarebbero stati restituiti al debitore i poteri d'amministrazione. In caso contrario, attraverso il *contrat d'union*, venivano designati ai *syndics définitifs* che, in quanto rappresentanti dell'insieme di creditori, s'incaricavano della liquidazione dell'azienda. Anni dopo, la Legge francese di 28 maggio de 1838 avrebbe rimosso ai creditori il potere di elezione della *sindicatura*, limitando i loro diritti all'emissione di un'opinione.

Il sistema istaurato dal *Code* di 1807 –anteriore alla riforma di 1838- verrà successivamente riprodotto dal nostro *Código de Comercio* di 1829 (CCom/1829) e dalla *Ley de Enjuiciamiento Civil* di 1881 (LEC/1881), tanto che per molti anni, la legislazione spagnola è stata una delle poche al mondo a conservare la *sindicatura* come “organo di rappresentazione e mandato dei creditori” essenzialmente privato. Gli altri Paesi hanno modificato in seguito le proprie leggi fallimentari allo scopo di dare a curatori, sindaci e amministratori certa impronta pubblica.

2. Regime degli organi assimilabili *all'administración concursal* nel sistema precedente e influenza nella sua attuale configurazione

Fino all'entrata in vigore della LC esistevano quattro procedimenti per le situazioni d'insolvenza patrimoniale. Rispetto ai commercianti, si prevedeva la *suspensión de pagos* e la *quiebra*. Rispetto ai no commercianti, si contemplava la *quita y espera* e il *concurso de acreedores*.

Tra questi procedimenti, ci concentreremo specialmente sulle istituzioni di *quiebra* e *suspensión de pagos*, facendo qualche riferimento all'antico *concurso de acreedores*. In particolare, ci soffermeremo nello studio delle figure dell'*interventor judicial*, *comisario*, *depositario-administrador* e *síndico*. Il nostro obiettivo si concentra nella descrizione del ruolo di quelle figure, antecedenti dell'odierna *administración concursal*, della loro natura, del loro statuto giuridico e delle loro funzioni, con speciale riferimento a quelle che posteriormente saranno oggetto di studio nei prossimi capitoli.

Nell'affrontare la descrizione di questi organi dobbiamo renderci conto della differenza essenziale tra le istituzioni di *quiebra* e *suspensión de pagos*. Mentre la finalità della *quiebra*, nella cui intervenivano un *depositario*, tre *síndicos* e un *comisario*, era la liquidazione dei beni del debitore e il pagamento ai creditori, nella *suspensión de pagos*, dove c'erano tre *interventores judiciales*, si cercava di arrivare all'adozione di un accordo, tra il creditore e il fallito, orientato a evitare la liquidazione forzata.

Evidentemente, tale diverso scopo e concezione comportavano un diverso regime con riguardo ai poteri del debitore nei confronti del suo patrimonio. Mentre che nella *suspensión de pagos* il debitore conservava l'amministrazione e direzione dei suoi affari, nella *quiebra* era necessario designare un organo che si facesse carico del patrimonio rimasto senza gestire.

Nella *suspensión de pagos* giocavano un ruolo centrale gli *interventores judiciales*. Erano soggetti con una funzione pubblica che aiutavano il giudice nell'esercizio delle sue competenze e che agivano con marcate funzioni

orientate a informare e attuare di collegamento tra l'organo giurisdizionale, il fallito e i creditori.

Il *comisario*, organo esclusivo della *quiebra*, era un delegato del giudice che lo aiutava, anch'esso, nell'esercizio delle sue competenze, essenzialmente di natura amministrativa. Quest'organo attuava di collegamento tra il giudice, i *síndicos* e il *quebrado*, ed esercitava un potere di direzione e risoluzione nella gestione del patrimonio.

Il *depositario-administrador* era un organo provvisorio interno, incaricato della conservazione e custodia dei beni fino alla designazione dei *síndicos*. Per quanto riguarda la sua natura giuridica, s'intendeva che il *depositario-administrador* era un organo ausiliare del giudice con una funzione strumentale di cooperazione orientata a facilitare la presa di decisioni. Ai *depositarios* corrispondeva la rappresentazione processuale del *quebrado* fino alla designazione dei *síndicos*.

Tra gli organi della *quiebra*, la *sindicatura* è, per la rilevanza delle sue funzioni, quello più importante. La complessità della sua attività, orientata alla rappresentanza, conservazione, vendita e distribuzione dei beni che conformavano la massa attiva del fallimento, rendeva quest'organo, tra tutti i descritti in relazione con il processo di *quiebra*, quello più simile all'odierna *administración concursal*. I *síndicos* avevano un potere d'amministrazione e disposizione sui beni del debitore, nonché funzioni di liquidazione e rappresentazione della *quiebra*, sotto il controllo del *comisario*.

In considerazione di tali premesse, arriviamo alla conclusione di che non esiste una separazione radicale tra la regolazione vecchia e quell'attuale. La LC è nata, in grande misura, dalla conoscenza dei successi e degli errori della regolazione precedente.

CAPÍTULO I

GÉNESIS Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS ÓRGANOS DE ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS REMOTOS³

1.1. Consideraciones preliminares

Desde tiempos remotos se han previsto procesos dirigidos a reducir los daños que, respecto a una multitud de acreedores, podía ocasionar en el tráfico jurídico el impago generalizado de un deudor insolvente.

A lo largo de la historia, en todas las legislaciones, ha existido siempre la preocupación por garantizar la satisfacción del crédito de los acreedores. A tal fin, con las particularidades de cada momento, se han ideado sistemas que, adaptándose a la situación jurídica de deudores y acreedores, permitieran tutelar los intereses en conflicto. Para ello, con independencia del modelo empleado y la perspectiva publicista o privatista seguida, se han creado órganos dirigidos a perseguir tal fin.

³ No pretendemos en estas breves páginas ofrecer una exposición detallada del papel que llevaban a cabo los órganos de gestión del patrimonio concursal, pues son muchas las diferencias que presentan dependiendo del periodo al que hagamos referencia. Queremos, por el contrario, dibujar las líneas generales que a lo largo de la historia han tenido aquéllos, si bien sin el rigor que los planteamientos metodológicos historiográficos exigen. A los fines de nuestra investigación, entendemos preciso describir sucintamente el recorrido de tales órganos, prestando especial atención a las labores que aquéllos realizaban en lo que hoy se conoce como fase común del concurso. En definitiva, pretendemos conocer el origen de algunos de los problemas que se nos plantean en la actualidad.

El provecho que puede obtenerse del análisis histórico no consiste simplemente en la utilidad de la experiencia del pasado para determinar la conducta que se ha de seguir en el presente, sino en la comprensión de este mismo presente. Como cada periodo, cada institución tiene sus raíces, normalmente, en la época anterior. Así, una explicación completa del estado de cada momento o institución, no puede procurarse más que por el conocimiento de la serie de estados precedentes (cfr. PÉREZ BUSTAMANTE, *Compendio de Historia Universal*, Ediciones Atlas, Madrid, 1977, pp. 11 y ss.). En este sentido, como ya señalara EHRLICH, «el camino hacia la comprensión más profunda de la naturaleza del presente lleva a la comprensión del pasado»; añadimos nosotros, y viceversa (*I fondamenti della sociologia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1976, p. 604).

Aunque la concepción de los procedimientos concursales establecidos en cada época ha ido variando, en todos ellos, atendiendo al desarrollo económico, al grado de civilización apreciable y al tratamiento que la persona del deudor concursado recibía, se han arbitrado técnicas que, de un modo u otro, se dirigían a separar al deudor de la administración y disposición de sus bienes⁴. En todos estos procedimientos, con distinta intensidad, ha sido una constante histórica la existencia de órganos con una función instrumental dirigida a la satisfacción de los intereses del concurso.

1.2. El *curator bonorum*, el *magister bonorum*, el *emptor bonorum* y el *curator bonis distrahendis* en el Derecho Romano

En Derecho Romano, los procedimientos de ejecución establecidos preveían figuras con funciones de administración, gestión, reintegración y liquidación del patrimonio del deudor. Las primeras manifestaciones de ejecución patrimonial del deudor las encontramos en el Derecho Pretorio con la *bonorum venditio*⁵. Ya en este procedimiento, consistente en la unión de los acreedores sobre los bienes de un deudor común -*missio in rem*- con el objeto

⁴ Desde el Derecho Romano hasta la actualidad, con saltos y retrocesos, se ha producido una progresiva tendencia hacia la patrimonialización de las sanciones impuestas al deudor concursado. En un principio, la primera institución conocida en Derecho Romano, la *manus iniectio*, preveía un sistema de ejecución estrictamente personal (sobre el particular, vid. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, CEDAM, Padova, 1947, pp. 247 y ss.; SCHETTINI, *Legge fallimentare e compiti del curatore*, G. Abruzzini, Roma, 1960, pp. 75 y 76; ALEJANDRE GARCÍA, *La quiebra en el Derecho histórico español anterior a la Codificación*, n° 7, Publicaciones de la Universidad de Sevilla. Anales de la Universidad Hispalense, Sevilla, 1970, pp. 3 y ss.; y PÉREZ ÁLVAREZ, *La bonorum venditio. Estudio sobre el concurso de acreedores en Derecho Romano clásico*, MIRA-UAM, Madrid, 2000, pp. 44 y ss.). De tales instrumentos punitivos sobre la vida o la libertad del deudor se evolucionó progresivamente hacia un sistema, también punitivo, pero de carácter estrictamente patrimonial. Aunque en él se seguía manteniendo la responsabilidad personal subsidiaria, llegó un punto en que ésta terminó desapareciendo, permaneciendo únicamente una responsabilidad con función resarcitoria o meramente reparadora (vid., al respecto, la evolución descrita en la obra de CAPILLA RONCERO, *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito*, Fundación Universitaria de Jerez, Cádiz, 1989, pp. 129 y ss.). Sobre el origen exacto de la ejecución patrimonial no existe un consenso doctrinal (vid. en tal sentido la nota al pie 4 y la bibliografía allí citada del trabajo de MARTÍNEZ FLÓREZ, «Las técnicas para limitar el ejercicio de las facultades patrimoniales del concursado desde el Derecho Romano a la Codificación», *Anuario de Derecho Concursal*, n° 4, 2005, pp. 317 y 318; en este último trabajo se realiza un análisis exhaustivo del tratamiento al que era sometido el quebrado o concursado y de las limitaciones en sus facultades desde el Derecho Romano hasta la codificación).

⁵ El origen de esta ejecución patrimonial se atribuye al Pretor Rutilio. Sin embargo, Gayo lo considera introductor pero no creador de la misma (cfr. ALEJANDRE GARCÍA, *La quiebra...*, cit., p. 26).

de conservarlos *-rei servandae causa-*, se designaba al frente del patrimonio a un *curator bonorum*⁶. La función de éste, órgano eventual del referido procedimiento de ejecución clásico, era fundamentalmente la realización de actos conservativos y de reintegración del patrimonio. Su nombramiento, realizado por el pretor a petición de la mayoría de acreedores, se producía en los supuestos en los que era necesaria la venta de algún objeto que pudiera deteriorarse, la satisfacción de créditos gravosos, la defensa del deudor contra las acciones de los acreedores o el ejercicio de las acciones del deudor sujetas a plazo preclusivo.

La *bonorum venditio* se iniciaba con la *missio in bona*⁷, en virtud de la cual se abría un procedimiento pretorio donde los acreedores adquirían la *custodia et observatio* y la administración de los bienes del deudor⁸. Tras este trámite inicial, se producía la venta global de los bienes del deudor al *emptor bonorum*. Éste, fingiendo una *successio in universum ius*, sustituía al deudor, que devenía infame, y se comprometía a pagar las deudas en la medida en que alcanzase el producto de la venta⁹. Es para la realización de ésta cuando aparece el *magister bonorum*¹⁰, elegido por mayoría en el seno de la asamblea de acreedores. El *magister* debía inventariar los bienes y verificar los créditos y

⁶ Sobre el *curator bonorum* vid. SOLAZZI, *Il concorso dei creditori nel diritto romano*, tomo II, E. Jovene, Napoli, 1938, pp. 1 a 60; y PÉREZ ÁLVAREZ, *La bonorum...*, cit., pp. 194 y ss. También interesantes las referencias de PÉREZ ÁLVAREZ contenidas, respecto al texto dictado por Paulo, en «Observaciones sobre D.17.1.22.10 (Paul. I. XXXII ad ed.)», *Revue internationale des droits de l'antiquité*, nº 45, 1998, pp. 335 a 386.

⁷ Como señalara SOZA «el estudio de la *bonorum venditio* suele iniciarse con el análisis de los trámites procedimentales que conducen a ella, pues tal venta no constituye un acto aislado, sino el resultado de dichos trámites. En efecto, el procedimiento que culmina con la venta global del patrimonio se inicia con la llamada *missio in bona*, que tiene lugar cuando uno de los acreedores la pide, invocando alguna de las causas previstas para tal efecto» (*Procedimiento concursal. La posición jurídica del Bonorum Emptor*, Dykinson, Madrid, 2008, p. 38).

⁸ Durante la denominada *missio in bona*, que tenía una duración de 30 días, salvo en caso de muerte que quedaba reducida a 15, se llevaba a cabo la *proscriptio* y, con ella, se colocaban anuncios en la ciudad para avisar de tal circunstancia a acreedores, familia y amigos del deudor.

⁹ Con la *bonorum venditio* el deudor no quedaba liberado sino que todavía debía responder de aquella parte que los acreedores no hubieran podido cobrar del *bonorum emptor*. En el caso de adquisición de nuevos bienes, se podía proceder contra él a través de una nueva *bonorum venditio* por la parte no cobrada (vid. ALEJANDRE GARCÍA, *La quiebra...*, cit., p. 26).

¹⁰ La venta se realizaba, después de 10 o 15 días, en subasta y por la totalidad del patrimonio (vid. ALEJANDRE GARCÍA, *La quiebra...*, cit., pp. 25 y ss.).

los privilegios que venían establecidos en la *lex venditionis* -aprobada por los acreedores y posteriormente publicada-¹¹.

Por su parte, el *curator bonorum*, a diferencia de lo que ocurría con el *magister bonorum*, que solo representaba a los acreedores que hubiesen participado en las reuniones previas a la venta, se erigía en órgano de la masa activa y sus relaciones con los acreedores entraban dentro del campo de la representación¹². En ocasiones actuaba como representante de los acreedores y otras como representante del deudor insolvente¹³.

La inicial institución de la *bonorum venditio*, imperante en un primer tiempo, va dejando progresivamente paso a la *bonorum distractio*¹⁴ que, hasta la llegada de la *cessio bonorum*¹⁵, se convertiría en la institución más utilizada. El

¹¹ No existe acuerdo unánime acerca de si, tras la nominación del *magister bonorum*, el *curator bonorum* permanecía en el cargo (en este sentido, vid. SCHETTINI, *Legge fallimentare...*, cit., p. 79). Es también cuestión peliaguda determinar si el *magister bonorum* era el encargado de repartir el patrimonio entre los acreedores, entendiendo la doctrina mayoritaria que el *bonorum emptor* era el encargado de pagar los créditos directamente a los acreedores –sin pasar por el *magister bonorum*- (en este sentido, ARMUZZI, «Il “magister” e il “curator” della bonorum venditio (contributo allo studio del concorso nel diritto romano)», *Archivio Giuridico*, LXXII, 1904, pp. 481 y ss.; y PÉREZ ÁLVAREZ, «Observaciones...», cit., pp. 360, nota al pie 13 y los argumentos allí esgrimidos).

¹² Cfr. PÉREZ ÁLVAREZ, «Observaciones...», cit., pp. 371 y 372.

¹³ Cfr. ARMUZZI, «Il “magister”...», cit., p. 494.

¹⁴ La *bonorum distractio*, a diferencia de lo que ocurría con la *bonorum venditio* –donde se producía la venta de los bienes del deudor en bloque-, consistía en la venta aislada de los bienes y permitía al deudor recuperar el remanente sobrante una vez satisfechos los acreedores (vid., en tal sentido, SOZA, *Procedimiento concursal...*, cit., p. 147). Esta institución se aplicó por primera vez en la época clásica en tres supuestos: (i) deudores que pertenecían al orden senatorial (*clarae personae, distractio bonorum ex Senatus consulto*); (ii) cuando lo acordaban los acreedores después de nombrar al *curator* (*distractio bonorum ex privato consilio*); y (iii) cuando el pupilo se abstenía de la herencia paterna (*distractio bonorum ex edicto*). El segundo de los supuestos indicados encuentra base en el texto de Neracio (D. 27.10.9: «potestas ipsorum est utrum velint eligendi»). Sobre la base del mismo parece desprenderse que los acreedores tenían la facultad de optar tanto por la *bonorum venditio* como por la *bonorum distractio* (vid. PÉREZ ÁLVAREZ, «Observaciones...», cit., pp. 366 y ss.). Aunque inicialmente la *bonorum distractio* tenía un carácter privilegiado, se iría extendiendo paulatinamente hasta acabar suplantando a la *bonorum venditio*.

¹⁵ Con la *cessio bonorum*, introducida con la *Lex Iulia* del emperador Augusto en el 737 y de gran influencia en el Derecho español, el deudor podía eludir la prisión por deudas y la nota de infamia declarando en forma solemne ante el magistrado que ponía sus bienes a disposición de los acreedores, cediéndolos para que se cobrasen los créditos con el producto de la venta. Los acreedores no adquirían un derecho de propiedad, que mantenía el deudor, sino un derecho a promover la venta para satisfacer sus créditos con el precio. De esta forma, podemos observar como, en Derecho Romano, dominaba el principio privatista (sobre esta última consideración, vid. GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, tomo II, 6ª ed., Imprenta Aguirre, Madrid, 1974, pp. 378 y 379).

curator bonis distrahendis representaba, en la *bonorum distractio*, la figura equivalente al *emptor bonorum* de la *bonorum venditio*¹⁶.

En la referida modalidad de ejecución no se nombraba a un *magister*, sino que era el mismo *curator bonorum* quien procedía a la venta de los bienes individuales sin injerencia alguna de la autoridad pública ni formalización a través de subasta pública¹⁷. Así, en el Derecho Justiniano, siendo la *bonorum distractio* la institución más generalizada, se mantuvo el nombramiento de un *curator bonorum* al que se encomendaba la administración de los bienes, el ejercicio de acciones patrimoniales y la venta del patrimonio. En este periodo, la *missio in possessionem* se constituía como la primera fase de una suerte de procedimiento concursal¹⁸ que, debiendo solicitarse por varios acreedores, tenía una duración de dos o cuatro años en función de si éstos tenían el domicilio en la misma o en diferente provincia al lugar donde se desarrollaba aquella. Durante este periodo se hacía necesario el nombramiento del referido *curator bonorum* que se encargase de la gestión del patrimonio¹⁹.

¹⁶ RAMÍREZ entendía que, en esta época, los acreedores podían optar entre la *bonorum distractio* con su *curator bonis distrahendis* y el sistema o procedimiento de ventas al detalle, y la *bonorum venditio*, con el *emptor bonorum* y la venta del total patrimonio en bloque -y de una vez- (*La quiebra. Derecho Concursal Español*, tomo II, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1998, pp. 90 y 91).

¹⁷ Aun cuando en la venta de los bienes no existía injerencia de la autoridad pública, la misma se realizaba bajo la vigilancia de los acreedores y tras la declaración jurada de haber obrado correcta y honestamente en la venta (cfr. ROCCO, *Il fallimento: teoria generale ed origine storica*, Giuffrè, Milano, 1962, pp. 163 y 164). De proceder al reparto entre los acreedores el juez procedía a tal cometido atendiendo a los derechos de prelación (cfr. ALEJANDRE GARCÍA, *La quiebra...*, cit., p. 26).

¹⁸ Dentro del procedimiento de la *bonorum distractio* se distinguen, al igual que sucedía con la *bonorum venditio*, dos fases claramente diferenciadas, de un lado, la *missio in possessionem* y, de otro, la venta propiamente dicha (vid. ZAMBRANA MORAL, *Historia legislativa y doctrinal de la cesión bonorum y de la cesión de bienes*, tesis doctoral, Universidad de Málaga, 1999, disponible en <http://www.biblioteca.uma.es/bbl/doc/tesisuma/16276115.pdf>, p. 146).

¹⁹ Al respecto discrepa SOLAZZI, al entender que no era necesario tal nombramiento y que tanto la administración como la venta de los bienes podían ser realizadas por los acreedores (*Il concorso...*, cit., pp. 59 y 60 y también en *Il concorso dei creditori nel diritto romano*, tomo IV, E. Jovene, Napoli, 1943, pp. 207 y ss.). Sobre el referido periodo, advierte ROCCO que el *curator bonorum* era designado por el pretor a propuesta de la mayoría de acreedores y no directamente por éstos como ocurría en el Derecho clásico. Asimismo, entiende que la venta, previamente autorizada por el juez, era realizada por el *curator bonorum* (*Il fallimento...*, cit., pp. 163 y 164).

1.3. Otras figuras afines en los ordenamientos jurídicos existentes desde la Edad Media hasta la Codificación

1.3.1. Desde la caída del Imperio Romano hasta los estatutos del medievo italiano

Con la caída del Imperio Romano y la invasión bárbara no se conoce figura que ostentara las funciones de administración, gestión y reintegración del patrimonio concursal, aunque las reminiscencias del anterior sistema romano provocaron que, en un primer momento, el *curator bonorum* siguiera ejerciendo sus funciones²⁰.

Durante la Baja Edad Media, la ejecución patrimonial se contemplaría en todas las legislaciones bárbaras a través del sistema de cesión de bienes en sus distintas manifestaciones²¹.

La concepción jurídico-pública de este tipo de procedimientos, patente en el Derecho visigodo, en el Derecho franco y también en el Derecho estatutario italiano, provocó un fortalecimiento de la presencia del órgano judicial, el cual, como autoridad pública y en términos generales, se encargaba de incautar el patrimonio y distribuirlo entre los acreedores -o, al menos, de que este reparto se hiciera bajo su supervisión-.

²⁰ En este tiempo, el procedimiento justinianeo de concurso deja de tener aplicación en Occidente, no existiendo en la Alta Edad Media un procedimiento de ejecución patrimonial universal frente a los deudores. La legislación bárbara contemplaba, por el contrario, dos sistemas ejecutivos: uno patrimonial, aplicable con carácter prioritario en caso de insolvencia del deudor; y otro personal, de carácter subsidiario. Así aparece en el *Liber Iudiciorum* (Ley V, 6, 5) en el que se establecía que si el deudor tenía varios acreedores y sus bienes no eran suficientes para satisfacer el crédito de todos ellos, aquél debía servirles de por vida (prisión-servidumbre). De otro lado, la *Lex Salica* (Título 58) reconocía el derecho de vida y muerte sobre el deudor que no tenía bienes bastantes para pagar a sus acreedores. En este tiempo, tanto en la *Lex Burgundiorum* como en la *Lex Salica* se preveía un papel intenso por parte del *giudice*, encargado y responsable de ejercitar toda la actividad de gestión y secuestro del patrimonio. Sin embargo, no hemos encontrado dentro de la legislación bárbara ninguna figura diseñada para llevar a cabo la gestión y liquidación del patrimonio del deudor más allá del papel que en un primer momento pudiera llevar a cabo el *curator*.

²¹ Como afirma ALEJANDRE GARCÍA «no hay constancia de que el Derecho Romano vulgar se ocupase de regular este procedimiento, y de los códigos visigodos solo la *Lex Romana Visigothorum* recoge un texto sobre la institución cuya aplicación práctica es también dudosa. Cuando se generaliza este sistema es sobre todo en el siglo XIII, si bien algunos trámites de la cesión habían sido conocidos en textos anteriores a esta fecha» (*La quiebra...*, cit., p. 27).

Con la recepción del Derecho común en los primeros estatutos municipales de las ciudades italianas encontramos, asimismo, figuras encargadas de la gestión del patrimonio concursal. Junto a la cesión de bienes²², aparecen en los siglos XIII y XIV algunos estatutos de mercaderes para atender las necesidades del comercio²³. El *ius mercatorum* se erigió entonces en el ordenamiento jurídico de la economía mercantil, necesario para contribuir a la autodisciplina interna de los comerciantes así como para resolver otros extremos como la efectiva reintegración del patrimonio del deudor insolvente²⁴.

En aquellos estatutos medievales encontramos sujetos que se encargaban de la gestión de la masa patrimonial. El secuestro del patrimonio del deudor, implantado en aquel tiempo ante el riesgo de fuga, requería el nombramiento

²² En Italia este procedimiento de cesión de bienes se recogía en las leyes estatutarias municipales del siglo XIII, siguiendo las líneas directrices marcadas por el Derecho Romano, si bien disciplinado con mayor severidad. En España, Castilla contempló esta figura en *Las Partidas* (V, XV, 1), con una fuerte influencia del Derecho Romano. En Cataluña, Aragón y Navarra las fuentes se ocuparon escasamente de regular esta institución. El Derecho que se aplicaba era, con alguna ampliación o particularidad, el Romano. Así, entre otros, en el *Código de las Costums de Tortosa* o en las *Ordenanzas de los Consellers*, se preveía que, una vez formada la masa de bienes, se nombrase a un *curator* particular para que ejerciera las funciones encomendadas bajo la vigilancia del juez. Aquél, que podía ser cualquier persona, incluso un acreedor, era nombrado por los acreedores por mayoría de votos y confirmado, posteriormente, por el juez. Solo si entre éstos no se alcanzaba un acuerdo, podía el juez hacer la designación directamente. En este sentido, advierte ALEJANDRE GARCÍA que las *Ordenanzas de los Consellers* establecían que el citado *curator*, al aceptar el cargo, debía prestar caución sobre el buen gobierno de la masa de bienes que administraba hasta su posterior distribución, a tenor de lo dispuesto en la sentencia de graduación o del acuerdo concertado entre deudor y acreedores. La función que a este *curator* se le daba en la práctica era asimilable a la que se le atribuía en la *bonorum distractio*, esta es, la venta de los bienes pero sin posibilidad de ejercitar ninguna acción, salvo que expresamente se le hubiera atribuido tal cometido (*La quiebra...*, cit., p. 40).

²³ Se entiende que el verdadero concurso, tal y como hoy es concebido, es heredero de aquel Derecho estatutario. Cfr. SANTARELLI, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, CEDAM, Padova, 1964, pp. 24 y ss.; PECORELLA y GUALAZZINI, «Fallimento (storia)», *Enciclopedia del Diritto*, tomo XVI, 1967, p. 220; y BONSIGNORI, «Inattualità del fallimento», *Rivista di Diritto fallimentare e delle società commerciali*, fasc. I, 1978, pp. 429 y ss. También interesantes las precisiones de BISBAL MÉNDEZ, *La empresa en crisis y el Derecho de quiebras (una aproximación económica y jurídica a los procedimientos de conservación de empresas)*, Real Colegio de España, Bologna, 1986, pp. 90 y ss. La influencia de los estatutos italianos es clara tanto en Francia y Alemania como en el área del *Common Law*. Sin embargo, en España debemos destacar cierta independencia, pues ya en las XII Partidas de Alfonso X el Sabio (Partida V, tít. XV) encontramos un proceso de cesión de bienes muy similar al romano (vid. ROSSI, *Il fallimento nel diritto americano*, CEDAM, Padova, 1956, p. 9). Ello no es motivo, sin embargo, para descartar la influencia italiana, pues el primer procedimiento de quiebra en España se localiza en Cataluña –en la Ley de Cortes de Lérida de 1301–, muy probablemente influenciada por la ubicación geográfica y económica de las ciudades del mediterráneo y el tráfico mercantil.

²⁴ Vid. BISBAL MÉNDEZ, *La empresa...*, cit., p. 92.

de un sujeto responsable de la administración, la venta de los bienes y el pago a los acreedores. La iniciación del proceso llevaba consigo la aprehensión del patrimonio del deudor por parte de la autoridad pública²⁵ y su atribución a órganos que se creaban *ad hoc* para que procedieran a su administración, liquidación -mediante la venta del patrimonio y el cobro de los créditos- y distribución de lo recabado entre los acreedores. Estos órganos reemplazaban al fallido desposeído de su patrimonio, siendo dotados de facultades en orden a proteger el interés de los acreedores, cualificado como público.

Venezia, anticipándose al resto de regiones, mantuvo en los órganos jurisdiccionales –*giudici del petition* y *sopraconsoli*- las funciones ejecutivas²⁶. Sin embargo, estas mismas funciones, en otras ciudades del Veneto, venían siendo ejercidas por los *capi dei creditor* –órganos creados *ad hoc*- en un ejercicio de competencias no claramente delimitadas entre aquéllos y éstos²⁷.

En un momento posterior aparecieron también órganos creados *ad hoc* en el resto de ciudades italianas. Así, por ejemplo, en los estatutos de Firenze, Lucca y Bologna se contienen referencias a los *sindici*²⁸. Con funciones muy

²⁵ Los estatutos del medievo italiano preveían la obligación de la autoridad pública –órgano judicial o notario- de proceder al secuestro del patrimonio cuando se daba la situación de insolvencia. Dicho secuestro se concebía como una medida dirigida a privar al deudor de la administración y la disponibilidad de sus bienes (cfr. MARTÍNEZ FLÓREZ, «Las técnicas...», cit., p. 325).

²⁶ En los estatutos *dei giudizi di petition* de 1244, en el que se contenían las normas venecianas del momento, las labores de administración y liquidación se asignaban al *giudice di petition* y al *sopraconsole*. Vid. al respecto CASSANDRO, *Le rappresaglie e il fallimento a Venezia nei secoli XIII-XIV*, S. Lattes, Torino, 1938, especialmente pp. 109, 110, y 127 y ss. También las referencias contenidas en ROCCO, *Il fallimento...*, cit., pp. 189, 190, 192, nota al pie 102, y pp. 194 y 195, nota al pie 111. Algo confuso, en cambio, SCETTINI al reconocer, ya en estos estatutos, la figura del *curator* con una función de venta y distribución del patrimonio (*Legge fallimentare...*, cit., p. 84).

²⁷ Cfr. SANTARELLI, *Per la storia...*, cit., p. 317. Este autor afirma que si bien en Venezia el cumplimiento de los actos ejecutivos singulares así como su control se mantuvo como competencia de los órganos jurisdiccionales, en otras zonas de la misma región del Veneto tuvo acogida la orientación general del resto de legisladores italianos de constituir órganos *ad hoc* para la realización de las operaciones ejecutivas.

²⁸ En Firenze, encontramos esta figura en los estatutos *del capitano del popolo* de 1322, en los estatutos *de la Repubblica* de 1495 y en los estatutos de los *mercanti di Firenze* de 1585. En este último se preveía que en aquellos pequeños concursos en los que no se considerara necesario nombrar síndicos, la administración se atribuyera a los *sei di mercanzia* –órgano jurisdiccional de Firenze-. En Lucca, las referencias a los *sindici* aparecen en los estatutos de los *mercanti di Lucca* de 1376 y de 1556, si bien en el primero se preveía que la distribución de lo recabado por la venta realizada entre los acreedores debía ser solicitada al *camarlingo* -tesorero- como mercader elegido cada cierto tiempo por los órganos jurisdiccionales de esta

similares aparecen los *deputati* en Siena y Genova²⁹, los *ambasciatori* en Roma³⁰ y los *economi* y los *curatori* en las Constituciones Piamontesas de 1723 y en las leyes derivadas de ésta³¹. La única excepción de la época se encuentra en los estatutos de Ferrara de 1566, en los que se establecía que el juez podía nombrar a un *curator bonis* solo para los supuestos en los que el deudor no compareciese ante aquél, lo que hace pensar que, en caso de que se produjera ésta por parte del fallido, debía procederse a la liquidación de su patrimonio bajo la dirección del juez³².

Algunos de estos órganos asumieron funciones de carácter jurisdiccional que iban más allá de la mera gestión y liquidación patrimonial, elemento común en todas las figuras enunciadas. Así, entre otros, los estatutos florentinos de 1415 ya establecían funciones de carácter jurisdiccional; funciones que se consolidarían en los estatutos de 1585, en los que se atribuía a los *sindici* la competencia para comprobar, con autoridad de cosa juzgada, los presupuestos de declaración del concurso, el importe de las deudas y los créditos del concursado, así como el eventual derecho de alimentos de la mujer del fallido. Todos los litigios en los que era parte el deudor concursado que, en el momento de la declaración se encontraban pendientes ante los *arti maggiori*, pasaban al conocimiento de los *sindici*, cuyas decisiones podían ser impugnadas frente a los *sei di mercanzia*³³.

legislación -el *maggior consolo* y otros *consoli* de la *Corte dei mercanti*-. Por último, en Bologna, encontramos las referidas figuras en los estatutos de los *mercanti di Bologna* de 1509.

²⁹ En Siena, las referencias a los *deputati* aparecen en los estatutos de los *mercanti di Siena* de 1616. En Genova, esta figura quedaba recogida en sus estatutos de 1589 y 1632.

³⁰ Aparecen regulados en los estatutos de *mercanti di Roma* de 1317 y de 1363.

³¹ Recogido en la Ley de *Piemonte* de 1770, así como en los *stati estensi* de 1755 -*Editto di Francesco III* de 7 de julio de 1755- y en los *stati estensi* de 1790 -*Legge di Ercole III* del 28 de agosto de 1790-. En la obra de ROCCO, sobre la referida figura en el aludido periodo, se afirma que «Il loro carattere giuridico risulta piuttosto ambiguo: talora sono considerati come pubblici ufficiali; ma l'ingerenza dell'autorità nella loro nomina e nell'esercizio delle loro funzioni accentua quasi dovunque la natura pubblicistica del loro ufficio» (*Il fallimento...*, cit., p. 193). Vid. también las referencias contenidas de los estatutos en la misma obra (pp. 191 y ss., notas al pie 101, 102, 104, 105, 108 y 111).

³² Cfr. SANTARELLI, *Per la storia...*, cit., pp. 319 y 320.

³³ En los estatutos mercantiles de Siena de 1616 los *deputati* tenían la facultad para proceder, junto con el *capitano di giustizia*, al juicio penal frente al deudor concursado y sus colaboradores, pudiendo emitir órdenes de detención y competencia para el ejercicio de la acción revocatoria y la verificación de créditos (Cfr. SANTARELLI, *Per la storia...*, cit., pp. 320 y 321).

A partir del siglo XIII, en el Derecho franco, fuertemente influenciado por los estatutos italianos, encontramos una serie de reglas elaboradas por los comerciantes de las ferias de Champagne, Brie y Lyon donde se instituían figuras orientadas a la liquidación de los bienes. El sistema allí previsto contemplaba, en caso de sospecha de fuga del deudor, la posibilidad de poner los bienes bajo el secuestro de la justicia, quedando la administración confiada a los guardias de las ferias. Éstos debían proceder a la liquidación de los bienes secuestrados y al pago de los créditos impagados.

Un procedimiento más detallado de la quiebra lo encontramos en el compendio de reglas que, desde el siglo XVII, venían siendo aplicadas en las ferias de Lyon, centro comercial del Reino de Francia³⁴. En aquéllas se preveía el nombramiento, por parte de los acreedores, de entre dos o tres síndicos - *députez*- que administraban la masa durante el procedimiento³⁵. Si los acreedores no se reunían, o haciéndolo no llegaban a nombrar síndicos, el Presidente del Tribunal nombraba de oficio a un curador (*curateur*) con las mismas facultades de que gozaban aquéllos³⁶. A unos y otros les correspondía, asimismo, elaborar el inventario de los bienes del deudor³⁷ y la liquidación de éstos para el pago a los acreedores; liquidación que solo tenía lugar cuando no se celebraba el convenio entre el deudor y aquéllos³⁸.

1.3.2. El Derecho francés, la codificación y su influencia en la configuración del Derecho Concursal español

Aun cuando la *Ordonnance* de 1673 (art. 9 del Título XI) contenía escasas referencias a los órganos elegidos por los acreedores, se preveían, junto a la

³⁴ El procedimiento lo encontramos en el Capítulo XXII de *Le stile de la jurisdiction royale estable dans la ville de Lyon et presentement unie au Consulat pour la conservation des privilèges royaux des foires* (que puede consultarse en DUPOUY, *Le Droit des faillites en France avant le Code de commerce*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1960, pp. 219 a 225). Sobre el mismo, vid. BISBAL MÉNDEZ, *La empresa...*, cit., pp. 104 a 109.

³⁵ El art. CLIX de *Le stile* establecía: «Le nombre de ces Députez n'est d'ordinaire que de deux ou de trois mais leur devoir est de régir et d'administrer, suivant le pouvoir qui leur en est donné, les biens et les facultez du débiteur comme il faisoit luy mesme avant sa fuite, de procurer l'avantage des créanciers et d'éviter leur dommage».

³⁶ Vid. art. CLI de *Le stile*.

³⁷ Vid. art. CLII. de *Le stile*.

³⁸ Vid. art. CLV y CLVI de *Le stile*.

posibilidad de ejercitar acciones individuales para la satisfacción de créditos, diversos modelos de satisfacción colectiva. Aparecen así los *procureur* – también llamados *syndics*- como representantes que, obrando en nombre de ellos y asistidos de dos directores (*directeurs*), eran nombrados por los acreedores a través de un contrato de unión en el que éstos renunciaban al ejercicio de acciones individuales³⁹. Se preveía también, pese a las lagunas de las que adolecía la normativa en lo que a la liquidación del activo se refiere⁴⁰, la posibilidad de otorgar poder a un único acreedor para que fuera éste quien liquidara la totalidad del patrimonio del deudor en nombre de los restantes acreedores y bajo la vigilancia del tribunal.

Dentro del Derecho español, en lo que entonces era el Reino de Aragón, encontramos la primera figura de quiebra, tal y como en la actualidad es conceptualizado el concurso, esto es, como procedimiento dirigido a garantizar y satisfacer los derechos de los acreedores, en las Ordenanzas de los Consellers y Prohombres de Barcelona sobre fallidos de 17 de noviembre de 1445⁴¹. Esta legislación preveía la figura de un curador, nombrado por los acreedores, con el fin de que elaborara un inventario de los bienes del quebrado⁴² antes de

³⁹ Vid. DUPOUY, *Le Droit...*, cit., pp. 170 y ss.; y BISBAL MÉNDEZ, *La empresa...*, cit., pp. 111 y ss.

⁴⁰ En profundidad, vid. BISBAL MÉNDEZ, *La empresa...*, cit., p. 190 y la bibliografía allí citada.

⁴¹ No obstante, la quiebra, en lo que hoy es España, si bien dirigida exclusivamente a banqueros, se reguló por primera vez en 1299 con una Ley de Cortes de Barcelona, bajo el reinado de Jaime II. Con las Cortes de Montblanc de 1333, bajo el reinado de Alfonso III, se disciplinó una quiebra también dirigida a otros mercaderes y comerciantes. Ambas pueden consultarse en VIVES I CEBRIÀ, *Traducción al castellano de los Usatges y demás derechos de Cataluña que no están derogados o no son notoriamente inútiles*, 2ª ed., Barcelona, 1864. La aparición en Cataluña de la quiebra en 1299 no supuso la desaparición del procedimiento de cesión de bienes entonces vigente, pues desde aquél momento coexistirían dos instituciones: (i) de una parte, la quiebra, aplicable solo a los banqueros y, a partir de 1333, a los comerciantes y mercaderes; y (ii), de otra, la cesión, que rige la insolvencia de los demás deudores a los que la quiebra no afecta. Sobre este extremo y sobre la relación entre la legislación catalana de quiebras y la posible influencia de los estatutos de las ciudades italianas en los mismos, vid. ALEJANDRE GARCÍA, *La quiebra...*, cit., pp. 62 y ss.

⁴² Es la primera vez que nos encontramos con la obligación de realizar el inventario de bienes en una legislación catalana de quiebras. En la regulación anterior no se exigía el nombramiento de un curador; tan solo encontramos un procedimiento de quiebra necesaria en la que, tras su declaración, se procedía inmediatamente al embargo u ocupación de los bienes del deudor sin inventario alguno. Una muestra de aquella obligación de realizar inventario la encontramos en el procedimiento seguido en 1616 contra los quebrados Moxons, que puede consultarse en ALEJANDRE GARCÍA, *La quiebra...*, cit., p.78 y nota al pie 173.

proceder a su venta en pública subasta⁴³. También existen referencias a determinados supuestos de quiebra en los que, realizado el inventario de los bienes del quebrado, el juez nombraba a un depositario encargado de la custodia de los mismos. Las obligaciones atribuidas a éste eran las de conservación y entrega del depósito cuantas veces lo solicitase el tribunal, debiendo prestar fianza o garantía al hacerse cargo de la masa de los bienes⁴⁴.

En Derecho castellano⁴⁵ aparece, en la Pragmática de Felipe II de 1590, la figura de un depositario nombrado por el juez. Éste debía ser persona lega, llana y abonada, esto es, persona que no gozara ni del fuero eclesiástico ni del de nobleza y que además tuviera hacienda responsable⁴⁶. Aquella legislación se preocupaba de señalar cuáles eran las funciones del depositario; así, beneficiar dichos bienes y cobrar las deudas que le fueran debidas (operaciones que, de un modo u otro, convertían a éste en un verdadero administrador de la quiebra). Sin embargo, se preveía en esta legislación, con la finalidad de atender a una eficaz gestión del patrimonio, la facultad del juez

⁴³ Sobre la venta de los bienes, al margen de la Constitución de 1321 en la que se encomendaba ésta a la Corte del lugar donde se encontrasen, nada dicen las leyes de Cortes de Gerona de 1321. Habría que esperar a las referidas Ordenanzas de Barcelona de 1445 donde se contemplaba que los bienes serían vendidos por el curador *al enquant públich al mas donant* en pública subasta –esto es, al mejor postor-. Sobre la distribución del líquido obtenido en subasta, la legislación de Cortes se limitaba a señalar que con el mismo serían pagados los acreedores, sin indicar si era al juez o al curador a quien competía tal atribución.

⁴⁴ Vid. ALEJANDRE GARCÍA, *La quiebra...*, cit., p. 78 y nota al pie 174. En el Consulado de Burgos de 1494 también se contemplaba la figura del depositario tras la ocupación de los libros y papeles y el inventariado de los bienes del deudor. Asimismo, en la Pragmática de 18 de julio de 1590 se reconocía la figura de un depositario lego con el objeto de beneficiar los bienes y cobrar las deudas que fueran debidas al deudor. En este sentido, vid. MARTÍNEZ FLÓREZ, «Las técnicas...», cit., pp. 328 y 329, notas al pie 42, 46 y 47.

⁴⁵ La primera Ley de quiebras del Derecho castellano propiamente dicha es la que se confeccionaría en Valladolid en 1548 bajo el reinado de Juana I de Castilla. No obstante, ya encontramos en las Pragmáticas de los Reyes Católicos de 26 de julio de 1490 y de Don Carlos y Doña Juana de 9 de junio de 1502 procedimientos de quiebra si bien referidos a la insolvencia de mercaderes y cambiadores. No se indicaba en aquéllas, sin embargo, un procedimiento para el pago a los acreedores ni de las medidas a adoptar para garantizar sus derechos.

⁴⁶ El nombramiento del depositario por el juez se producía, o bien al proceder al embargo de los bienes, de modo que aquél los recibiera después de embargados, o antes del embargo, realizándose éste en presencia del depositario. En este último supuesto, a medida que los bienes se iban embargando se entregaban al depositario, siendo ésta la forma más habitual de proceder (vid. ALEJANDRE GARCÍA, *La quiebra...*, cit., pp. 103 y ss. y los documentos contenidos en pp. 197 a 199).

de nombrar además a un administrador de los bienes⁴⁷. La tarea que se le encomendaba consistía, básicamente, en la custodia de los bienes, en el depósito de los mismos –cuando el juez lo solicitara-, así como en la expedición de los certificados que versaran sobre los bienes encomendados a su protección.

Aun previéndose en la legislación la existencia de ambas figuras, el ejercicio por el administrador de funciones relativas al depósito de los bienes, planteó problemas en orden a la delimitación de los cometidos que, en la práctica, correspondían a administrador y depositario. A este problema se une el hecho de que, en ocasiones, muchas de las funciones relativas a la administración eran encomendadas por el juez a otras personas distintas del depositario⁴⁸.

En línea de continuidad, aparece el generalmente considerado primer tratado de concurso, el *Labyrinthus creditorum* de SALGADO DE SOMOZA⁴⁹. En él se hace referencia –en el Capítulo XIV, parte I, relativa a la situación jurídica del concursado- al administrador del patrimonio⁵⁰. En virtud de este compendio normativo, omnicompreensivo y heredero de muchos aspectos de la legislación hasta entonces vigente, el deudor común cedía sus bienes, que quedaban bajo la potestad del Senado, responsable de su secuestro y custodia⁵¹. Para ello se

⁴⁷ En otros sistemas de nuestro entorno se contemplaba, asimismo, la figura de un curador. Así, en el Derecho alemán de los siglos XVI y XVII, con una clara influencia del Derecho italiano, se preveía que, en los supuestos de fuga del deudor, se ordenase el secuestro inmediato del patrimonio del quebrado. El curador, nombrado por los acreedores, se encargaba de conservar y administrar el patrimonio hasta que se procedía a su liquidación y posterior pago a los acreedores. Figura afín encontramos en el Derecho austríaco de los siglos XVII y XVIII, donde se establecía el secuestro y depósito de los bienes del quebrado como parte inicial de la quiebra, así como la privación de sus facultades de administración y disposición (vid. MARTÍNEZ FLÓREZ, «Las técnicas...», cit., nota al pie 51 y las fuentes allí indicadas).

⁴⁸ Vid. ALEJANDRE GARCÍA, *La quiebra...*, cit., pp. 105 y 106 y el documento XIX sito en las pp. 158 y 159, donde se recoge que, en la quiebra del banquero Juan de la Cueva en el S. XVII, se encargó el cobro de los créditos a los oficiales dependientes del banco: «nadie puede asser la dicha cobranza con mayor yntelijencia que los oficiales del dicho banco, como personas que an asistido al despacho del y que tienen conocimyento de las personas que deben los dichos pesos».

⁴⁹ Con la obra de SALGADO DE SOMOZA se plantea una regulación de la quiebra amplia, supliendo lagunas y disciplinando y sistematizando lo que hasta entonces estaba previsto. En dicho texto se contempla el proceso iniciado por el deudor insolvente, lo que hoy se conoce como concurso voluntario.

⁵⁰ En particular, de los cuatro libros o partes de que consta el *Labyrinthus creditorum*, el tercero se ocupa de la enajenación de los bienes y de los síndicos.

⁵¹ El secuestro de los bienes se hacía por oficio del juez. El deudor mantenía la posesión y la propiedad pero perdía la custodia, la administración y la disposición de su patrimonio.

nombraba por el tribunal, con el parecer de los acreedores⁵², a un depositario-administrador⁵³ encargado del depósito de tales bienes, impidiendo al deudor la posibilidad de administrar o disponer de ellos⁵⁴. El cargo de depositario era voluntario y remunerado, previéndose la posibilidad de renunciar al mismo y estableciéndose un régimen de responsabilidad en caso de incumplimiento de las funciones asignadas⁵⁵.

Con la declaración de la quiebra se producía, bajo pena de nulidad de todo lo actuado, la inhabilitación del quebrado, su incapacitación total para la gestión, disposición o enajenación de cualquiera de los bienes que integraban

⁵² El nombramiento de depositario-administrador podía recaer en cualquiera de los acreedores del quebrado que fuese persona abonada (no incurso ni en el fuero eclesiástico ni en el de nobleza). Se prohibía que ejerciesen el cargo los oficiales, los ministros de la curia o las mujeres. La prohibición impuesta sobre los dos primeros encuentra su razón de ser en la consideración de que aquéllos no podían desatender su oficio, en tanto que las labores de administración eran de dedicación considerable, y, de otro, atendiendo al hecho de que, existiendo vínculos entre los ministros u oficiales, aquél que litigara con ellos difícilmente encontraría en los demás oficiales apoyo alguno. En el tercero de los supuestos, el fundamento reside en la incapacidad atribuida a las mujeres en aquel tiempo (cfr. ALEJANDRE GARCÍA, *La quiebra...*, cit., p.107).

⁵³ El nombramiento del administrador por el tribunal atendiendo al criterio de los acreedores es una de las notas en las que se basa ROCCO para fundar la falta de originalidad de la obra de Salgado de Somoza y atribuir la verdadera raíz de las vigentes legislaciones europeas al Derecho estatutario de las ciudades italianas (*Il fallimento...*, cit., 195). Sobre esta cuestión, vid. también ALEJANDRE GARCÍA, *La quiebra...*, cit., pp. 91 y ss.

Sobre la problemática planteada *supra* en torno al ejercicio por el administrador de funciones atribuibles al depositario se pronuncia el propio SALGADO DE SOMOZA. Así, ALEJANDRE GARCÍA advierte que «SALGADO recoge los argumentos contrarios a la consideración de depositario que tuviera el administrador, enfocando el problema al estudiar la figura de éste. Dichos argumentos tienen en cuenta las siguientes premisas: (i) en el depósito, la posesión de los bienes pasa al depositario, circunstancia que no sucede en el supuesto que nos ocupa; y (ii) el depósito es un contrato gratuito por el cual una persona se compromete a custodiar una cosa y devolverla cuando le sea exigida, en tanto que la gratuidad no se da en la administración, ya que desde el momento en que el administrador percibe un salario o merced como pago de su trabajo, el posible depósito pasaría a ser un arrendamiento. No obstante estos razonamientos, un hecho es cierto: los bienes del quebrado no pueden permanecer bajo su poder, porque ello supondrá dejar abierta la puerta al fraude. Para evitarlo, han de constituirse en depósito y es el mismo administrador quien va a desempeñar la función de depositario, al margen de cualquier consideración jurídica. El administrador mantiene bajo depósito los bienes de la quiebra, hasta su distribución o venta, ordenada mediante decreto judicial. Apoyándose en esta realidad, argumenta SALGADO contra las opiniones anteriores, acudiendo a la distinción entre el depósito clásico, voluntario, a cuyas características no responde el que se constituye en la persona del administrador en el caso que nos ocupa, y el depósito necesario que no exige aquellos requisitos. A este segundo tipo responde, a juicio del jurista, el depósito que se constituye en la quiebra» (*La quiebra...*, cit., p. 105).

⁵⁴ Con el secuestro y depósito de los bienes ante el administrador designado, el deudor quedaba privado de la facultad de enajenar y de administrar; de hacerlo, lo contratado devenía inválido.

⁵⁵ Con mayor profundidad, vid. ALEJANDRE GARCÍA, *La quiebra...*, cit., pp. 106 y 107.

su patrimonio. No se producía, sin embargo, una pérdida de la capacidad procesal por parte de aquél, que seguía manteniendo las acciones activas y pasivas como si no hubiera cedido los bienes⁵⁶.

A partir de entonces se inició un proceso evolutivo, todavía de importancia en la actualidad, que permite comprender la influencia del cometido atribuido a la figura del *curator*, tanto en su vertiente sustantiva como procesal, en el sistema vigente. En un primer momento, el concursado solo veía mermadas sus facultades de administración y disposición, conservando, por el contrario, su capacidad procesal. En la práctica ello originó connivencias y fraudes entre deudor y determinados acreedores en el ámbito forense –v. gr., entre otros, el allanamiento del deudor frente a pretensiones de terceros-. Ante tal coyuntura, se estimó necesario el nombramiento, junto al *curator* de los bienes, de un *curator ad litem (contradictor)* que integraba la capacidad procesal del concursado⁵⁷.

En evoluciones normativas posteriores, las funciones desempeñadas por ambos serían atribuidas a un único sujeto. Este hecho ocasionó ciertas dificultades en la determinación de la naturaleza jurídica del *curator*, hoy representadas en las complejas teorías doctrinales construidas en torno a la naturaleza jurídica de la actual administración concursal.

En las *Ordenanzas del Consulado de Bilbao de 1737* se reproduce un modelo similar. En primer término, se nombraba a un depositario interino por el prior y los cónsules, al que se le entregaba el patrimonio embargado (ley 12), procediéndose inmediatamente a convocar a los acreedores con el objeto de que confirmasen a éstos como síndicos comisarios o procediesen al nombramiento de unos distintos (ley 13). Los síndicos comisarios se hacían

⁵⁶ La razón de ello la encontramos en el hecho de que el deudor no perdía el dominio sino la custodia, la administración y la disposición, hasta que no se procediera a la venta de los bienes, pudiendo ejercitar todas las acciones reales o personales, al igual que éstas podían ir dirigidas contra él (así, vid. MARTÍNEZ FLÓREZ, «Las técnicas...», cit., pp. 332 y ss.). Esta posibilidad de ejercitar acciones revertía, en todo caso, sobre sus acreedores, de modo que lo obtenido con su ejercicio iba a parar a la masa concursal (núms. 46 a 59 de la obra de SALGADO DE SOMOZA).

⁵⁷ En este sentido, vid. MARTÍNEZ FLÓREZ, «Las técnicas...», cit., pp. 332 y 333 y, especialmente, nota al pie 60.

cargo de los libros y papeles del quebrado y examinaban, por sí o a través de peritos, las circunstancias que concurrían en los acreedores y en sus respectivos créditos⁵⁸. Examinados todos los libros, realizaban cuantas diligencias fueran necesarias para el cobro de los mismos (ley 17), debiendo formular el estado de la situación patrimonial –memoria general de deudas y de bienes- (ley 19) para la posterior discusión de la solución a adoptar –convenio o liquidación- en junta de acreedores.

Las *Ordenanzas del Consulado de San Sebastián* de 1766 y las del *Consulado de Santander* de 1774 siguen, sobre la materia, un régimen análogo. Esquema que, en líneas generales, aparece reproducido en el *Proyecto de Ordenanzas en cuatro Tratados que componen un Código, formado por encargo del Consulado de Cádiz de D. Jerónimo Quintanilla Pérez*⁵⁹, donde, tras el embargo e inventariado de las existencias por el cónsul -acompañado del escribano y teniente alguacil-, se convocaba a la junta de acreedores para que procediera al nombramiento de los síndicos del concurso. Las *Ordenanzas del Consulado de Málaga* de 1825⁶⁰, que nunca llegaron a estar vigentes, establecieron un sistema orgánico de importancia (inspirado en el *Code* de 1807 -en el que nos detendremos a continuación-, y posteriormente reconocido en el *Código de Sáenz de Andino* de 1829). Este sistema estaba constituido inicialmente por un depositario, nombrado por el tribunal, y uno o más síndicos, elegidos en la primera junta de acreedores⁶¹.

⁵⁸ Para ello debían poner en conocimiento de los acreedores la situación de quiebra del deudor, a fin de que pudieran hacer valer sus créditos frente al mismo (vid. ALEJANDRE GARCÍA, *La quiebra...*, cit., pp. 130 y 131).

⁵⁹ Disponibles en el Archivo de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia.

⁶⁰ Estas Ordenanzas han sido publicadas por GARCÍA ESPAÑA, «Documentos para la historia económica y mercantil de Málaga (siglos XVIII y XIX)», *Historia, instituciones, documentos*, nº 2, 1975, pp. 43 y ss. Una diferencia sustancial de las Ordenanzas de Málaga con el régimen precedente –Ordenanzas de Bilbao, Ordenanzas de San Sebastián y Código de D. Jerónimo Quintanilla Pérez- es que la suspensión de pagos prevista en aquélla se reconocía como una clase de quiebra, y no como un «atraso» (vid. OLIVENCIA RUIZ, «La suspensión de pagos y la quiebra en el Código de Comercio», *Centenario del Código de comercio*, tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1986, pp. 348 y ss.; y MARTÍNEZ FLÓREZ, *Las interdicciones legales del quebrado*, Civitas, Madrid, 1993, p. 60). Sobre la estructura orgánica de las Ordenanzas de Málaga, vid. CORDONES RAMÍREZ y AURIOLES MARTÍN, *La quiebra en las Ordenanzas Consulares de Málaga*, Cámara de Comercio. Universidad de Málaga, Málaga, 1987, pp. 139 y ss.

⁶¹ El depositario asumía funciones de custodia sobre los bienes que no podían asegurarse con el sobrellave (art. 1083), mientras que a los síndicos les correspondía asumir la administración

Por la repercusión que tuvo el *Code* de 1807 en el Derecho Concursal español, conviene analizar, aun sucintamente, el sistema previsto en aquella legislación. Ésta, intentando eliminar los fraudes del régimen precedente y obedeciendo a la preocupación expresada por el codificador sobre la falta de control público en el procedimiento de quiebra, contemplaba la figura de los *agents*, los *syndics provisoires* y los *syndics définitifs*, estableciendo por primera vez un régimen detallado del órgano de administración patrimonial, bajo la dirección y vigilancia de un *juge-commissaire*⁶². El sistema previsto en el *Code* de 1807 consistía, grosso modo, en el nombramiento de un *juge-commissaire* de entre los miembros del Tribunal que declaraba la quiebra, momento a partir del cual ésta se consideraba abierta, y uno o varios *agents* (art. 454 del *Code*), nombrados entre los propios acreedores del quebrado y dedicados a la administración de la quiebra hasta el nombramiento de los *syndics provisoires* (art. 459 del *Code*). Los *agents*, en defecto del deudor, llevaban a cabo las labores de conservación necesarias, el examen de la documentación y la contabilidad, así como la elaboración del balance. Tras ello, el *juge-commissaire* convocaba a los acreedores que resultaban de la lista confeccionada por los *agents* (art. 476 del *Code*), en la que figuraban los posibles candidatos al cargo de *syndics provisoires*, cuya elección correspondía en último término al Tribunal (art. 480 del *Code*). A éstos competía la elaboración del inventario, la verificación y el reconocimiento de créditos, tras lo cual se pasaba a la administración definitiva, momento en el que, si se alcanzaba el *concordat* -convenio-, se devolvían al deudor las facultades de administración (art. 519 del *Code*). En caso contrario, a través del

de los bienes del quebrado (art. 1089 y 1091). El número de síndicos dependía de la voluntad de los electores y de las necesidades y tamaño del concurso (art. 1090).

⁶² En la discusión del proyecto del *Code*, en consonancia con el principio de separación del deudor de la administración de sus bienes, se propuso confiar ésta a un *curateur* hasta que el tribunal designara a los *syndics provisoires*, momento en el cual dicho *curateur* pasaba a ocuparse de la vigilancia de éstos. Sin embargo, esta propuesta no llegó a aprobarse por ser excesivamente burocrática. Se optó, entonces, por un modelo en el que la administración pasaba en un primer momento al juez, a la espera de la decisión que tomaran los acreedores. Más adelante, se ideó la creación de un *juge-commissaire* bajo cuya vigilancia los *agents administrateurs* llevaban a cabo la gestión de los bienes. Éstos últimos ejercían su labor sometidos a los *controleurs*, designados por el tribunal de entre los acreedores. Este sistema, sin embargo, tampoco ofreció los resultados esperados (cfr. BISBAL MÉNDEZ, *La empresa...*, cit., pp. 124 y 125).

contrat d'union, se nombraba a los *syndics définitifs* que, como representantes del conjunto de acreedores, se encargaban de la liquidación de la empresa (art. 527 del *Code*)⁶³.

El modelo del *Code* de 1807 que, para evitar que los síndicos hicieran de su cargo una profesión habitual, lastre presente en la confección de todas las legislaciones, exigía el nombramiento de los síndicos por los acreedores y les negaba el derecho de remuneración, no dio a Francia buenos resultados. Por este motivo, la Ley francesa de 28 de mayo de 1838 acabaría retirando a los acreedores el poder de elección de la sindicatura, limitando sus derechos a la emisión de una opinión⁶⁴.

El sistema instaurado por el *Code* de 1807 –anterior a la reforma de 1838– sería posteriormente reproducido por nuestro Código de Comercio de 1829 (en adelante, CCom/1829) y por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (en adelante, LEC/1881), hasta tal punto que, durante décadas, la legislación española fue una de las pocas del mundo que mantuvo la sindicatura como “órgano de representación y mandato de los acreedores”⁶⁵ esencialmente privado. El resto de países han ido instituyendo o modificando sucesivamente sus leyes concursales con una clara tendencia a dar a curadores, síndicos y administradores una cierta impronta pública en íntima dependencia con los órganos jurisdiccionales de la quiebra⁶⁶.

⁶³ Cfr. BISBAL MÉNDEZ., *La empresa...*, cit., pp. 124 y 125.

⁶⁴ En esta reforma de 1838 se suprimieron, además, los *agents*. Con la misma, los acreedores pasan a ostentar una función consultiva en el nombramiento de los *syndics définitifs* (art. 462 del texto reformado). Sobre el particular, vid. BISBAL MÉNDEZ, *La empresa...*, cit., p. 134.

⁶⁵ En estas líneas queremos poner énfasis en el carácter privado del órgano de administración concursal, sin entrar en pormenores –en los que más adelante nos detendremos– sobre su naturaleza jurídica, siendo conscientes de que el carácter público o privado de una institución representa una parte importante de ésta. De ahí, el entrecomillado de la sindicatura como órgano de representación de los acreedores; aseveración que ni era pacífica en la doctrina ni es compartida por el que suscribe. Sobre la discusión doctrinal al respecto vid. las pp. 79 y 80, nota al pie 139, del presente trabajo.

⁶⁶ Cfr. TORRES DE CRUELLES cuando refleja una tendencia hacia la funcionarización de esta figura («Consideración procesal de los Síndicos de la quiebra», *Revista General de Derecho*, nº 162, 1958, p. 281). Durante mucho tiempo la elección de la sindicatura por la junta de acreedores en España se convirtió en una auténtica excepción dentro del panorama concursal comparado. Por el contrario, en la mayoría de países de nuestro entorno, entre los que podemos destacar, Italia, Alemania, Bélgica, Francia, Argentina o Chile, el nombramiento se producía por el órgano jurisdiccional (en este sentido, vid. TIRADO MARTÍ, «La sindicatura concursal», *La reforma de la*

Otros regímenes, por el contrario, establecían un sistema mixto. Así ocurría en Inglaterra donde el *Board of Trade* –Ministerio de Hacienda- designaba, con carácter permanente y próximo a cada Tribunal, un *official receiver* encargado de administrar y verificar las operaciones de comprobación del activo y del pasivo. En el caso de que no fuera posible alcanzar el *scheme of arrangement* -convenio-, éste cesaba en sus funciones que pasaban al *trustee in bankruptcy*, sujeto elegido por los acreedores para la venta, liquidación y distribución del activo⁶⁷.

Dentro del Ordenamiento jurídico español, y a la vista de la evolución expuesta, el Derecho Concursal ha experimentado un desarrollo considerable. En el régimen precedente al actual, fuertemente influenciado por el *Code* francés de 1807, convivimos durante más de un siglo con una regulación anacrónica y asistemática que adolecía de importantes lagunas y, sobre todo, de contradicciones entre textos normativos, que se superponían unos con otros. Al estudio de las figuras de este régimen dedicaremos el siguiente epígrafe.

legislación concursal: jornadas sobre la reforma de la legislación concursal, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO (dir.), Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 155 y ss.). En la actualidad, Alemania parece invertir esta tendencia. El país germano aprobó a finales de 2011 una Ley para la mejora de la reestructuración de empresas –que entró en vigor el 1 de marzo de 2012- (*Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen* –en adelante, ESUG-). Esta Ley vino a modificar sustancialmente algunos preceptos de la *Insolvenzordnung vom 5. Oktober 1994* (en adelante, InsO) reforzando la intervención de los acreedores en el proceso de nombramiento del administrador concursal. Aunque la designación se sigue realizando por el juez, según la nueva normativa, la regla general es que se constituya un comité de acreedores en la fase inicial del procedimiento y que sea éste quien establezca los requisitos y criterios que debe reunir el administrador concursal. El juez puede apartarse de lo establecido por el comité de acreedores pero en tal caso deberá motivarlo suficientemente (art. 56.a apartado segundo InsO). Al respecto, vid. FERRÉ FALCÓ y KELLER, «La reforma de la legislación concursal en Alemania», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 27, 2012, pp. 329 y 330). Sobre tal particular, vid. pp. 184 y 185, nota al pie 329.

⁶⁷ Vid. BISBAL MÉNDEZ, *La empresa...*, pp. 63 y ss.

2. RÉGIMEN DE LOS ÓRGANOS AFINES A LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL EN EL SISTEMA PRECEDENTE E INFLUENCIA EN SU ACTUAL CONFIGURACIÓN

2.1. Estado de la cuestión

En las páginas que anteceden hemos comprobado que, desde el Derecho Romano hasta la actualidad, se han ideado figuras con una función instrumental dirigida a la satisfacción de los intereses del concurso. Aunque con saltos y retrocesos, en función de las particularidades del momento histórico al que nos refiramos, todas ellas han presentado como denominador común la labor de administración, gestión y conformación del patrimonio del deudor, así como, en muchos casos, la función de liquidación del conjunto patrimonial en aras a garantizar la satisfacción de aquellos intereses. Podemos, pues, concluir que esta institución no ha sufrido demasiadas modificaciones, presentando, a lo largo del tiempo y en los diferentes ordenamientos jurídicos, unas atribuciones similares, si bien con diferencias de grado y matiz.

Hasta la entrada en vigor de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante, LC) existían cuatro procedimientos para las situaciones de insolvencia patrimonial. Respecto de los comerciantes, se preveía la suspensión de pagos y la quiebra. Respecto de los no comerciantes, se contemplaba la quita y espera y el concurso de acreedores. La regulación de estas figuras se realizaba de manera dispersa y atemporal⁶⁸.

De estos cuatro procedimientos, nos centraremos especialmente en las instituciones de quiebra y suspensión de pagos, con algunas referencias al

⁶⁸ Respecto a los no comerciantes: de un lado, el convenio de quita y espera se encontraba disciplinado en la LEC/1881, Sección Primera del Título XII del Libro II (arts. 1130 a 1155); de otro, el concurso de acreedores aparecía regulado en dos textos normativos, por una parte, en el Código Civil (en adelante, CC), en concreto, en el Título XVII del Libro IV (arts. 1911 a 1929) y, por otra, en la LEC/1881, en particular, secciones segunda a novena del Título XII del Libro II (arts. 1156 a 1317). En lo referido a los comerciantes, la situación era todavía más caótica. La suspensión de pagos se regulaba por una Ley especial, la Ley de 26 de julio de 1922, de Suspensión de Pagos (en adelante, LSP). En cambio, la quiebra se contemplaba en tres textos normativos diferentes, estos son: en el CCom/1829, en los Títulos I a XII del Libro IV (arts. 1001 a 1177); en la LEC/1881, en el Título XIII del Libro II (arts. 1318 a 1396); y en el Código de Comercio de 1885 (en adelante, CCom/1885), secciones segunda a séptima del Título I del Libro IV (arts. 874 a 929).

antiguo concurso de acreedores. En particular, nos detendremos en el estudio de las figuras del interventor judicial, comisario, depositario-administrador y síndico. Nuestro objeto se centra en describir la labor de tales figuras, antecesoras de la actual administración concursal, su naturaleza, su estatuto jurídico y funciones, con especial dedicación a aquéllas que posteriormente serán objeto de estudio en sucesivos capítulos. Pretendemos, de este modo, comprobar en qué medida las funciones atribuidas en la actualidad a la administración concursal son herederas de aquéllas que, en el régimen precedente, eran asignadas a interventores, comisarios, depositarios y síndicos.

A la hora de afrontar la descripción de estos órganos debemos tener en cuenta la diferencia esencial entre las instituciones de quiebra y suspensión de pagos. Mientras que la finalidad de la quiebra, en la que intervenían un depositario, tres síndicos y un comisario, era la liquidación de los bienes del deudor y el pago a los acreedores⁶⁹, en la suspensión de pagos, donde operaban tres interventores judiciales, se perseguía la adopción de un convenio, entre los acreedores y el suspenso, dirigido a evitar la liquidación forzosa.

Indudablemente, ese distinto fin y concepción llevaba aparejado un régimen diferente en lo que a las facultades del deudor respecto a su patrimonio se refiere. Mientras que en la suspensión de pagos el deudor conservaba, en virtud del art. 6 LSP, la administración y gerencia de sus negocios, en la quiebra, por el contrario, se hacía necesario nombrar a un órgano que se encargara del patrimonio que quedaba sin gestor.

⁶⁹ Debemos no obstante matizar que aunque el fin normal al que se dirigía la antigua institución de quiebra era la liquidación, se permitía la posibilidad de que se pudiese alcanzar un convenio entre el quebrado y sus acreedores. Así aparecía disciplinado en los arts. 1147 a 1167 CCom/1829, arts. 1389 a 1396 LEC/1881 y arts. 898 a 907 CCom/1885.

2.2. Los interventores judiciales

En la suspensión de pagos, entendida como expediente de evitación de la quiebra⁷⁰, jugaban un papel central los interventores judiciales⁷¹. Se trataba, a diferencia de lo que ocurría con los síndicos de la quiebra, de sujetos con una marcada función pública que auxiliaban al juez en el ejercicio de sus cometidos⁷². Algunos, si bien de manera más discutible, los calificaban funcionarios delegados del juez⁷³.

⁷⁰ Aun cuando escapa al objeto de nuestro estudio determinar la naturaleza jurídica del procedimiento de suspensión de pagos, sí entendemos oportuno evidenciar la tradicional discusión en torno a su consideración como verdadero proceso o como simple expediente de jurisdicción voluntaria. Sobre su consideración como verdadero proceso jurisdiccional se pronuncia GUASP DELGADO, *Derecho Procesal Civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956, p. 1268. Como expediente de jurisdicción voluntaria lo consideran GÓMEZ ORBANEJA Y HERCE QUEMADA, *Derecho Procesal Civil*, Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1960, p. 596; PRIETO-CASTRO, *Derecho Procesal Civil*, tomo II, Revista de Derecho Privado, 1964, pp. 478 y ss.; y, de manera menos contundente, SERRA DOMÍNGUEZ, «El interventor judicial en la Ley de Suspensión de Pagos», *Estudios de Derecho Procesal*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1969, pp. 657 y ss., p. 659, nota al pie 7 (artículo también publicado en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, tomo XIII, Barcelona, 1967, pp. 501 a 508). Por último, TORRES DE CRUELLES, negando su naturaleza de expediente de jurisdicción voluntaria, entendía que la agilidad de la institución no podía ser encuadrada en un molde teórico, pues, a su juicio, la suspensión de pagos era una quiebra abreviada que tendía a un posible convenio (*La suspensión de pagos*, Bosch, Barcelona, 1957, p. 120).

⁷¹ Para SERRA DOMÍNGUEZ los interventores realizaban un papel de primer orden, convirtiéndose, a su juicio, en el centro de gravedad de la institución. Hasta tal punto es así que, en su opinión, tal y como afirmaron otros respecto a los síndicos, el resultado de la suspensión de pagos dependía del acierto en la designación de los interventores («El interventor judicial...», cit., pp. 157 y 158). En el mismo sentido, vid. BERTRÁN Y MUSITU, *La suspensión de pagos del Banco de Barcelona*, Unión Librera de Editores, Barcelona, 1923, p. 43.

⁷² Ya en su momento, la Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante, STS) de 8 de noviembre de 1941 [RJ 1941, 1223] señaló que «sus funciones de información y fiscalización son, en cierto modo, auxiliares de las que el juez está llamado a cumplir». También el Auto de la Audiencia Provincial (en adelante, AAP) de Murcia de 2 de octubre de 1997 [AC 1997, 2272] fijaba que «la naturaleza jurídica de la función del interventor es la de auxiliar del Juez». Para GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA se trataba de un auxiliar administrativo del juez (*Derecho Procesal Civil*, cit., p. 600). En contra de esta consideración, SERRA DOMÍNGUEZ entendía que el adjetivo “administrativo” se prestaba a confusión, por cuanto la intervención era una facultad inferior a ésta y que muchas de las funciones que las leyes atribuían al interventor excedían del ámbito administrativo -v. gr. su actuación como parte formal en determinados casos- («El interventor judicial...», cit., pp. 657 y 658). Por su parte, CARRERAS LLANSANA lo calificaba como órgano colaborador del juez («El Juez y la Sindicatura del concurso», *La reforma del Derecho de quiebra. Jornadas sobre la reforma del Derecho concursal*, Civitas, Madrid, 1982, p. 257).

⁷³ Su consideración como tales, y no solo como auxiliares del juez, supone ir un paso más allá en la intensidad de las labores que se les reconocían. Sobre este particular, vid. GALLEGO SÁNCHEZ, *La intervención judicial en la suspensión de pagos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 61 y 62. Entre los argumentos a favor de esta concepción encontramos, entre otros, (i) la naturaleza de su cargo, de eminente carácter público (GUASP DELGADO, *Derecho Procesal Civil. Parte Especial*, tomo II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, pp. 611 y ss.); (ii) el hecho

La designación de los interventores judiciales, dos de los cuales eran peritos y uno acreedor (art. 4.2 LSP), era realizada directamente por el juez, sin intervención alguna ni del deudor ni de los acreedores, en la misma providencia en que se tenía por solicitada la suspensión de pagos. No obstante, se les reconocía a uno y a otros la posibilidad de impugnar su nombramiento (art. 4.4 LSP).

En lo que a sus funciones se refiere, su labor era equiparada en muchos aspectos a la que llevaban a cabo los síndicos de la quiebra⁷⁴. Hasta tal punto es la equiparación, que muchas de las teorías construidas acerca de la naturaleza jurídica de los síndicos se han empleado para explicar, en aquellos puntos comunes, la naturaleza de los interventores judiciales.

En general, la doctrina ha mantenido dos tesis en orden a delimitar la naturaleza jurídica de los interventores judiciales⁷⁵: (a) la teoría de la representación, en la que, atendiendo a si ésta recaía sobre la masa de

de que el nombramiento se efectúe directamente por el juez; y (III) el ejercicio de funciones de intervención, inspección e informe al órgano jurisdiccional que, por no poder realizarlas él mismo, las delegaba en éstos. También partidarios de dotarles de esta naturaleza, GARRIGUES, *Curso de Derecho...*, cit., p. 489; y VACAS MEDINA, «La reforma del Derecho Concursal español», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 8 (ejemplar dedicado a: Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal), 1985, p. 73.

⁷⁴ Esta analogía entre interventores y síndicos la encontramos, sobre todo, cuando se le confiaba al interventor, con la correspondiente autorización judicial, el ejercicio de las acciones convenientes al interés del patrimonio del suspenso y, para los casos en los que ya se hubiera declarado la insolvencia definitiva, el desempeño de aquellas funciones que, en la quiebra, venían siendo atribuidas a los síndicos y al comisario referidas al ejercicio de acciones de impugnación de aquellos actos del suspenso realizados en el denominado periodo sospechoso (art. 21 LSP). Y, fundamentalmente, cuando actuaban ejercitando derechos que no les correspondían, sino que eran propios del suspenso o de los acreedores. Esta similitud ha sido puesta de manifiesto, entre otros, por POLO DíEZ, «Comentario a la STS de 8 de noviembre de 1941», *Revista de Derecho Privado*, XXVI, 1942, p. 64; GUASP DELGADO, *Derecho Procesal Civil*, cit., p. 1274; GARRIGUES, *Curso de Derecho...*, cit., p. 487; y CARRERAS LLANSANA, «El Juez y la Sindicatura...», cit., pp. 258 y 259.

No obstante, existían entre ambas figuras diferencias sustanciales. La fundamental separación entre síndicos e interventores, su distinto carácter y naturaleza, así como su esfera de actuación y sistema de nombramiento -que, en coherencia, se les reconocía-, radicaba en la inhabilitación que sufría el quebrado en la quiebra, no presente en la suspensión de pagos, donde el deudor mantenía la administración de su patrimonio (vid. PRIETO-CASTRO, *Derecho Procesal Civil*, cit., p. 481 y *Derecho Concursal. Procedimientos sucesorios. Jurisdicción voluntaria. Medidas cautelares*, Tecnos, Madrid, 1978, p. 86).

⁷⁵ Dentro de la doctrina italiana, COTTINO ha considerado la discusión sobre la naturaleza jurídica de estos órganos como una cuestión vieja y teórica (*Diritto Commerciale*, tomo II, CEDAM, Padova, 1978, p. 555). Una exposición detallada sobre las teorías explicativas de la naturaleza jurídica de la referida figura puede consultarse en GALLEGU SÁNCHEZ, *La intervención...*, cit., pp. 33 a 67.

acreedores o sobre el deudor, se distinguía entre teoría de la delegación y teoría del representante, respectivamente⁷⁶; y (b) la teoría del órgano, que se basaba en la consideración de los interventores como órgano necesario en el proceso de suspensión de pagos para el ejercicio de las concretas funciones que le fueran encomendadas. En atención a si éste debía ser considerado como órgano judicial del Estado o, por el contrario, como órgano auxiliar del juez, aparecían, a su vez, distintas construcciones doctrinales⁷⁷.

Ante el mal acomodo de estas teorías surgieron otras, si bien ninguna de ellas consiguió el plácet unánime de la doctrina⁷⁸. A pesar de ello, la mayor

⁷⁶ Como funciones encuadrables dentro de la primera, podemos señalar supuestos como los contemplados en el art. 21 LSP -que se remitía a los arts. 1366 y 1377 LEC/1881- para el ejercicio de las acciones de impugnación de los actos realizados por el suspenso en el periodo sospechoso, o en el art. 22 LSP, cuando se fijaba su intervención en la pieza separada que se formaba para sustanciar las reclamaciones a la lista de acreedores formuladas por éstos cuando invocaban los derechos reconocidos en los arts. 908 a 910 CCom/1885 (sobre esta teoría, con mayor grado de detalle, vid. TORRES DE CRUELLES y MÁS Y CALVET, *La suspensión de pagos*, Bosch, Barcelona, 1995, pp. 138 y ss.). Dentro de la segunda, advertimos el supuesto contemplado en el art. 5 LSP, en virtud del cual se habilitaba a los interventores, por el juez, a ejercitar acciones «por sí mismos en defensa de la masa» cuando, pese a la autorización judicial y el informe de los interventores, el deudor no actuaba. En la práctica, esta teoría no tuvo éxito –en ninguna de sus dos vertientes-, pues no ofrecía una visión de conjunto que contemplara todas las funciones desempeñadas por éstos.

⁷⁷ En particular, aparecen dos subteorías. La primera de ellas se apoyaba en la doctrina italiana en torno a la figura del *commisario giudiziale* y su papel en el *concordato preventivo*, entendiendo que éste formaba parte de un *ufficio fallimentare* que podía sustituir, en ejercicio de las funciones de ejecución colectiva, tanto al deudor como a los acreedores. La sustitución operaba así, según esta teoría, sobre el *ufficio fallimentare* de manera unitaria, distribuyéndose su ejercicio entre los órganos del mismo (esta teoría puede consultarse, entre otros, en PROVINCIALI, *Trattato di Diritto Fallimentare*, tomo I, Giuffrè, Milano, 1974, pp. 95 y ss., 661 y 662; y en FERRI, *Manuale di Diritto Commerciale*, UTET, Torino, 1982, pp. 552 y ss., y 585). Por el contrario, la segunda subteoría, referida a los interventores como órganos auxiliares del juez, se construía partiendo de las similitudes con el *commisario* del sistema italiano. Esta teoría se formuló habida cuenta de la imposibilidad de conceptualizar a aquel órgano como componente del *ufficio fallimentare* (en tanto que no era un órgano judicial). Así, quedó configurado el *commisario* como un órgano auxiliar del juez que intervenía en el procedimiento desarrollando funciones de control y consulta (en este sentido, vid. AUDINO, «Commentario all'articolo 165», *Commentario breve alla legge Fallimentare*, MAFFEI ALBERTI (dir.), 6ª ed., CEDAM, Padova, 2013, p. 1105). De la similitud existente entre los interventores judiciales y el comisario, tanto en el modo de nombramiento como en las funciones encomendadas, se deriva la consideración de los interventores como órganos auxiliares del juez.

⁷⁸ Así, encontramos la denominada «nueva teoría del órgano» o «nueva teoría de la representación» (creada por SCHMIDT). De acuerdo con ella, la posición del administrador variaba en función de si nos encontrábamos ante el concurso de una persona física o, por el contrario, de una persona jurídica. En los concursos de personas físicas, el órgano de administración era un representante de la masa concursal, mientras que cuando se trataba del concurso de una persona jurídica, aquél era un órgano de administración y representación obligatorio. En consecuencia, el órgano de administración de una sociedad anónima no actuaba como un tercero “junto” a la sociedad, sino como un órgano “en” la sociedad y “para” la

parte de la jurisprudencia se mostró partidaria de la teoría del órgano y, en particular, de su consideración como órgano auxiliar del juez⁷⁹.

Los cometidos de este órgano aparecían delimitados en la LSP. De la lectura de los preceptos contenidos en tal texto normativo se desprende la independencia del mismo respecto al deudor y los acreedores, dibujándose como un órgano claramente subordinado al juez que actuaba con marcadas funciones dirigidas a informar⁸⁰ y a actuar de enlace entre el órgano

sociedad. Sobre esta cuestión, vid. SCHMIDT, «Derecho de sociedades y Derecho concursal en Alemania –problemas de organización en sociedades anónimas insolventes–», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 5, 2006, p. 2, edición online (laleydigital.laley.es).

⁷⁹ La jurisprudencia descartó la consideración de esta figura como representante de las partes. Sobre la no representación del deudor suspenso, vid. la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, RDGRN) de 20 de febrero de 1987 [RJ 1987, 1068]. En lo referido a la no representación de los acreedores, vid. la STS 8 de noviembre de 1941 [RJ 1941, 1223] en la que se establecía que «no es exacto que los interventores en la suspensión de pagos tengan la condición de representantes de los acreedores, porque esta tesis va en contra de las normas que regulan su nombramiento y condicionan su actuación, y así su designación es obra del juez exclusivamente, sin intervención de los acreedores ni del suspenso». Y ello aun cuando se ha reconocido por la jurisprudencia que la finalidad de la intervención es la fiscalización y control de las actividades del suspenso para «procurar, tanto en interés de los acreedores como del propio deudor, la obtención de los mejores resultados posibles de su patrimonio industrial». Respecto a su consideración como órgano auxiliar del juez, junto a las resoluciones expuestas en la p. 56, nota al pie 72, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (en adelante, STSJ) (Sala de lo Civil y Penal) de Navarra de 11 de noviembre de 1995 [RJ 1995, 8643] afirmaba que «la “communis opinio” viene declarando que la naturaleza jurídica de los interventores judiciales se configura como una función auxiliar del juez en la misión de fiscalizar las operaciones comerciales de la suspenso, en aras a la consecución de un convenio con sus acreedores, si fuere posible; carácter que ha sido preconizado por distintas resoluciones jurisdiccionales en las que se ha venido manteniendo que las facultades del juez en la suspensión de pagos, tanto las de carácter jurisdiccional como de carácter administrativo, permiten la fiscalización e intervención de las operaciones del comerciante suspenso (...), que aun cuando, normalmente, son efectuadas por los interventores judiciales designados, auxiliares de aquél, nada impide que el juez pueda asumirlas directamente (...). En definitiva, la naturaleza jurídica o el carácter de la función de los interventores judiciales en el expediente de suspensión de pagos es la de auxiliares de la que la Ley atribuye al juez».

⁸⁰ FERRER MARTÍN entendía que, por la labor de fiscalización e información que tenían atribuidas los interventores, su carácter y naturaleza era similar a la de los peritos designados por el juez («La intervención de las operaciones del deudor en los procedimientos de suspensión de pagos», *Revista de Derecho Procesal*, nº 1, 1961, pp. 95 y ss.). En este sentido, SERRA DOMÍNGUEZ equiparaba, en el ejercicio de aquellas funciones de carácter auxiliar, a interventores y peritos en tanto que suplían, como hacen aquéllos en su concreta rama, el posible desconocimiento del juzgador en las operaciones del comercio («El interventor judicial...», cit., pp. 657 y ss.). En la misma línea, la STSJ (Sala de lo Civil y Penal) de Navarra de 11 de noviembre de 1995 [RJ 1995, 8643] establecía que «su carácter y naturaleza jurídica es similar a la de los peritos designados por el Juez, de forma directa o por insaculación, en los procesos contenciosos, cuya misión es la de auxiliar al Órgano Jurisdiccional, ilustrándose, sin fuerza vinculante, sobre las circunstancias que acaecieron en los supuestos controvertidos».

jurisdiccional, el suspenso y los acreedores⁸¹. En general, la actuación de los interventores, matizada por el interés público, se orientaba más hacia el “abstracto interés comercial” que al interés particular del suspenso y de sus acreedores⁸². Sin embargo, debemos advertir que, en ocasiones, el amplio abanico de cometidos atribuidos a los interventores se dirigía a una labor adicional de ayuda a los acreedores y al propio deudor.

Por lo acertada de su sistemática, nos apoyamos en la clasificación que de las funciones que los interventores llevaban a cabo realizó SERRA DOMÍNGUEZ⁸³. Este autor distinguía entre: (a) funciones de auxilio al juez⁸⁴; (b) función de auxilio a los acreedores⁸⁵; (c) funciones interventoras⁸⁶; y (d) funciones de dirección procesal⁸⁷.

En lo atinente a las funciones de auxilio al juez, una importante labor que llevaban a cabo los interventores era la emisión de un informe o dictamen que, versando sobre determinados extremos contables, se pronunciaba acerca de las posibles causas generadoras de la suspensión (art. 8 LSP)⁸⁸. En concreto, se analizaban cuestiones como la exactitud del activo y pasivo del balance, los créditos incluidos en uno y otro, así como el estado de la contabilidad del suspenso⁸⁹.

⁸¹ Como ya describiera uno de los inspiradores de la LSP, BERTRÁN Y MUSITU, «para evitar la intromisión de diferentes intereses en este procedimiento y como medio de garantía de la masa pasiva, con objeto de dar al juez elementos técnicos para sus resoluciones, creó lo que pudiéramos llamar un órgano de relación, de fiscalización, de garantía para todos, esto es, la comisión de interventores» (*La suspensión de pagos...*, cit., p. 43).

⁸² Cfr. la STS de 8 de noviembre de 1941 [RJ 1941, 1223].

⁸³ Cfr. SERRA DOMÍNGUEZ, «El interventor judicial...», cit., pp. 658 a 664. Las funciones acometidas por los interventores también fueron resumidas por la jurisprudencia, así, entre otras, la STS (Sala de lo Civil) de 4 de diciembre de 1992 [RJ 1992, 10390] establecía que los interventores llevaban a cabo una labor de «inspección, intervención en las operaciones mercantiles y comerciales, informes al Juez, e incluso asesoramiento respecto a la conveniencia de ejercitar acciones en defensa e interés del patrimonio del suspenso».

⁸⁴ Arts. 2.1, 5.1, 5.3, 5.4, 8, 9.5, 12, 13, 14, 15, 18, y 19.2 LSP.

⁸⁵ Art. 11 LSP.

⁸⁶ Arts. 5.2 y 6 LSP.

⁸⁷ Arts. 5 *in fine*, 11.2, 20 y 21.2 LSP.

⁸⁸ A tenor de lo indicado en la STS de 25 de noviembre de 1968 [RJ 1968, 5539] este informe, por su carácter informativo, no contenía la demostración irrefutable de un hecho cierto, por lo que no se erigía en documento auténtico.

⁸⁹ Siguiendo a CORDÓN MORENO, podemos afirmar que no se trataba de que los interventores elaborasen un nuevo balance, sino de que informaran sobre: (a) las distintas partidas que

La importancia del dictamen, que servía para determinar la existencia de los presupuestos legales de la declaración de suspensión de pagos, era tal que en función del mismo el juez admitía o denegaba la solicitud de aquélla⁹⁰. Este informe debía venir acompañado del balance “definitivo” y la lista de acreedores, junto con una relación de créditos según su calificación jurídica (art. 8.2 LSP)⁹¹.

Por lo que respecta a la función de auxilio a los acreedores, los interventores, con carácter general, se veían obligados a proporcionarles ayuda cuando éstos lo requerían⁹². Se puede apreciar una concreción de dicha labor en el art. 11 LSP, relativo a la impugnación de créditos incluidos por el deudor en la relación de créditos. En ella se preveía el auxilio de los interventores a los

integraban el activo del balance presentado por el deudor con las correcciones pertinentes; (b) la valoración que, de los bienes que integraban el activo, había efectuado el deudor en el momento de declaración de la suspensión de pagos; y (c) la exactitud de los créditos integrantes del pasivo y su naturaleza (*Suspensión de pagos y quiebra. Una visión jurisprudencial*, 3ª ed., Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 88).

⁹⁰ Como consecuencia de la importancia de este informe, la Ley preveía determinadas sanciones ante el incumplimiento de la entrega del mismo en plazo; plazo que, determinado por el juez, debía oscilar entre veinte y sesenta días (art. 8.1 LSP). En este sentido, preceptuaba el art. 8.4 LSP que «si los interventores no presentan el informe en el plazo que se les haya señalado, además de la responsabilidad penal que les corresponda, el Interventor acreedor perderá su crédito, y los peritos incurrirán en incapacidad para desempeñar el cargo durante dos años». Sobre la pérdida de crédito del interventor acreedor ha señalado parte de la doctrina que se trataba de una sanción que afectaba a todos los créditos concursales del interventor –incluidos los créditos con derecho de abstención– gozasen o no del derecho de ejecución separada, quedando únicamente excluidos los créditos contra la masa anteriores o posteriores a la aplicación de la sanción –téngase en cuenta que la LSP no prohibía la inhabilitación para seguir contratando con el deudor– (sobre este particular, vid. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, «La declaración judicial de la suspensión de pagos», *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, tomo III, La Ley, Madrid, 1994, p. 2306). Para CORDÓN MORENO esta interpretación es discutible atendiendo a la falta de concreción de la Ley en cuanto al tipo de crédito («el interventor perderá su crédito») y a la interpretación que, de manera restrictiva, debe hacerse de las normas sancionadoras (*Suspensión de pagos...*, cit., pp. 90 y 91).

⁹¹ Este balance definitivo (que no es tal, pues se reconocía la posibilidad de impugnación de créditos y la solicitud de inclusión o exclusión de éstos -siendo el juez quien decidía en último término-) debía presentarlo, en todo caso, el deudor con el escrito de solicitud. La jurisprudencia rechazó que, incumplida por parte del deudor esta obligación, pudiera ser presentado dicho balance por los interventores (vid. CORDÓN MORENO, *Suspensión de pagos...*, cit., p. 92). La lista provisional de acreedores también debía presentarla el deudor. Por el contrario, la relación de créditos según su calificación jurídica era confeccionada por los interventores.

⁹² Su negativa a proporcionar tal ayuda podía, a juicio de SERRA DOMÍNGUEZ, ser sancionada judicialmente como causa constitutiva de negligencia en el ejercicio de funciones («El interventor judicial...», cit., p. 661).

acreedores, en tanto que debían proporcionarles los datos necesarios para poder ejercitar la referida impugnación⁹³.

En lo que atañe a las funciones interventoras, éstas perseguían mantener la actividad comercial del suspenso mediante la adopción de decisiones dirigidas a evitar el menoscabo de la masa patrimonial, garantía de los acreedores. En el ejercicio de esta labor, la LSP preveía en varios preceptos las reglas generales que debían regir la actuación de los interventores. De una parte, intervenían todas las operaciones que el suspenso pudiera llevar a cabo con arreglo a la Ley (art. 5.2 LSP). De otra, indicaban al juzgado las limitaciones y medidas que consideraban adecuadas, en función de las distintas circunstancias, para cada caso concreto. El juez decretaba las referidas limitaciones, que podían llegar hasta la propia suspensión y sustitución del deudor suspenso (art. 6.1 LSP)⁹⁴. Mientras no se adoptasen aquéllas por parte del juez, el art. 6.2 LSP preveía que los interventores, con carácter subsidiario y provisional, llevasen a cabo las siguientes actuaciones: (a) la verificación de todo cobro que tuviera que efectuar el comerciante, así como cualquier operación, endoso y protesto de efectos mercantiles; (b) la prestación de conformidad respecto de todas las obligaciones que pretendiera contraer el suspenso, así como respecto a los contratos y pagos que efectuara; y (c) la continuación de las operaciones ordinarias de su tráfico.

Por último, nos referiremos a las funciones de dirección procesal, íntimamente ligadas con la limitación que la declaración de suspensión de pagos originaba en el ámbito jurídico del suspenso.

⁹³ El art. 11.5 LSP preveía que, para el ejercicio del derecho de impugnación que se concedía a los acreedores, la comisión interventora estaba obligada a facilitarles cuantos antecedentes y datos pidiesen con relación a los libros y papeles del suspenso.

⁹⁴ Para SERRA DOMÍNGUEZ esta flexibilidad en la determinación de las medidas era considerada certera. Para este autor, la intervención de una empresa en ningún caso podía efectuarse con sometimiento a unas normas rígidas, sino que requería un examen caso por caso. Sin embargo, en la práctica, pese a esta consideración, se terminaban aplicando, en la mayoría de supuestos, las reglas supletorias («El interventor judicial...», cit., pp. 661 y 662). Ello provocaba que, en no pocas ocasiones, se frustraran los fines de la intervención.

A diferencia de lo que sucedía con la quiebra, la declaración de suspensión de pagos no producía en el deudor incapacidad alguna de obrar⁹⁵. Las restricciones a las facultades del suspenso quedaban dibujadas atendiendo a las atribuciones que legalmente eran conferidas a los interventores o, en su caso, a través de las medidas que el juez imponía al deudor en el auto de declaración de la suspensión de pagos.

Pero en el ámbito procesal sí existían importantes limitaciones para el deudor. Así, el art. 5 *in fine* LSP asignaba a los interventores la proposición del ejercicio de aquellas acciones que fueran convenientes al interés del patrimonio del suspenso, bien a iniciativa propia o bien a iniciativa de cualquier acreedor, pudiendo, mediante la correspondiente autorización judicial, ejercitarlas por sí mismos si así lo demandaba el interés de la masa.

⁹⁵ Cfr. en tal sentido la STS (Sala de lo Civil) de 5 de marzo de 1991 [RJ 1991, 2030]. En términos similares, vid. la STS (Sala de lo Civil) de 19 de abril de 1993 [RJ 1993, 2890] que reconocía que el deudor en la suspensión de pagos «conserva intacta su capacidad de obrar»; la STS (Sala de lo Civil) de 1 de diciembre de 1989 [RJ 1989, 8787] que declaraba, asimismo, que «la suspensión de pagos, a diferencia de lo que ocurre con el concurso y con la quiebra - arts. 1914 del Código Civil y 878 del CCom/1885, respectivamente-, no priva al suspenso de la administración de sus bienes y gerencia de sus negocios -art. 6 LSP- conservando su capacidad de obrar, aunque haya de contar con el concurso de los interventores para determinadas operaciones»; la STS (Sala de lo Civil) de 23 de octubre de 1991 [RJ 1991, 7235] que aseveraba que «a través del expediente de suspensión de pagos se pretende llegar a un convenio entre el deudor y sus acreedores que permita al primero la liquidación de sus deudas, por lo que no se hace necesaria declaración alguna de incapacidad del suspenso»; la STS (Sala de lo Civil) de 18 de diciembre de 1995 [RJ 1995, 9148] que señalaba que «la declaración de suspensión de pagos no produce limitación alguna de la capacidad jurídica del suspenso»; y, por último, la STS (Sala de lo Civil) de 6 de marzo de 1998 [RJ 1998, 1121] que consideraba que «los interventores no tienen que completar la capacidad jurídico procesal del suspenso, ya que la ley no la limita –aunque en cierto modo la controla-». Esta postura diverge, al menos parcialmente, con la doctrina mayoritaria de la época, para quienes la intervención del suspenso suponía una limitación de la capacidad de obrar. Entre otros, FERRER MARTÍN, «La intervención...», cit., p. 85; SAGRERA TIZÓN, *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos*, tomo I, Bosch, Barcelona, 1974, pp. 421 a 425; y GALLEGU SÁNCHEZ, *La intervención...*, cit., pp. 377 y 378. Especialmente llamativas resultan las palabras de GARRIGUES para quien la situación del deudor era una situación patrimonial entre la libre disponibilidad y la inhabilitación patrimonial propia de la quiebra -art. 878 CCom/1885- (*Curso de Derecho...*, cit., p. 482).

No obstante, y aun cuando la jurisprudencia mayoritaria reconocía que el deudor conservaba intacta su capacidad de obrar, encontramos otros pronunciamientos jurisdiccionales (STS (Sala de lo Civil) de 19 de abril de 1993 [RJ 1993, 2890]) en las que se reconocía que el deudor «no es plenamente libre, sino que con operatividad controlada, a fin de procurar tanto, en su propio interés como en el de los acreedores y mientras se halle sujeto al procedimiento, la mejor positivación económica y rentabilidad de los bienes que efectivamente posea, para así atender de manera lo más eficaz posible a las deudas contraídas, lo que quiere decir que dicha posesión ha de ser de disponibilidad efectiva y de posible realización».

Ante este precepto, doctrina y jurisprudencia se plantearon cómo se veía afectada la capacidad del suspenso en el ámbito forense al objeto de determinar si era preciso que los interventores prestaran su conformidad cuando aquél actuaba en calidad de demandante o de demandado⁹⁶.

En los supuestos en los que el proceso se iniciaba antes de la declaración de suspensión de pagos, la doctrina y la jurisprudencia se mostraron partidarias de entender que tal situación no constituía falta de capacidad sobrevenida del deudor con independencia de su posición en el foro⁹⁷.

Tampoco cabía duda de la capacidad procesal del deudor cuando éste actuaba como demandado en los procesos iniciados tras la declaración de suspensión de pagos⁹⁸. Sin embargo, es en los procesos que se promovían

⁹⁶ Sobre tal cuestión se pronunciaron, entre otras, la STS (Sala de lo Civil) de 23 de octubre de 1991 [RJ 1991, 7235] en la que se establecía que, a través del expediente de suspensión de pagos, «no se hace necesaria declaración alguna de incapacidad del suspenso (...) lo que, desde el punto de vista procesal, determina que el suspenso se halle legitimado para actuar en juicio, ya sea como demandante o como demandado, si bien en el primer caso con los requisitos que establece el art. 5 LSP, de forma que los interventores designados de acuerdo con el art. 4 LSP no tienen en modo alguno la representación del suspenso». En el mismo sentido, vid. entre otras, la STS (Sala de lo Civil) de 9 de abril de 1985 [RJ 1985, 1686], la STS (Sala de lo Civil) de 5 de marzo de 1991 [RJ 1991, 2030], la STS (Sala de lo Civil) de 4 de diciembre de 1992 [RJ 1992, 10390] y la STS (Sala de lo Civil) de 18 de diciembre de 1995 [RJ 1995, 9148].

⁹⁷ Cfr. CORDÓN MORENO, *Suspensión de pagos...*, cit., p. 80. Vid. en tal sentido la STS (Sala de lo Civil) de 9 de abril de 1985 [RJ 1985, 1686] cuando afirmaba que «la circunstancia de que el suspenso prescinda de poner en conocimiento de los interventores la existencia de un proceso pendiente al comenzar sus funciones ese órgano de la suspensión de pagos, no es hipótesis subsumible en el número cuarto del artículo cinco de la Ley especial, ni provocaría falta de capacidad para ser parte o inexistencia de capacidad procesal (...); no dispuesta en la ley de mil novecientos veintidós una limitación de la capacidad procesal del suspenso, a diferencia de lo ordenado en el artículo ciento cuarenta y uno del Anteproyecto de Ley Concursal, sobre todo lo que concierne a la posición pasiva en el litigio, pues el párrafo cuarto del artículo cinco se contrae a “las reclamaciones que el suspenso pretenda entablar”, que además únicamente se traduce en la exigencia de que estén precedidas por el informe de los interventores al juez».

⁹⁸ Toda la jurisprudencia mantuvo este criterio. En particular, la STS (Sala de lo Civil) de 1 de diciembre de 1989 [RJ 1989, 8787] señalaba que «la suspensión de pagos (...) no priva al suspenso de la administración de sus bienes y gerencia de sus negocios (...) conservando su capacidad de obrar (...) y su aptitud para ser sujeto pasivo en el litigio sin necesidad de que se promueva esa colaboración ya que la Ley especial ninguna limitación contiene al respecto». Por su parte, como ya advertíamos, en la STS (Sala de lo Civil) de 6 de marzo de 1998 [RJ 1998, 1121] se plasmaba que «los interventores no tienen que completar la capacidad jurídica procesal del suspenso, ya que la Ley no la limita –aunque en cierto modo la controla– y sobre todo en lo que concierne a su posición pasiva en el litigio entablado contra el mismo». Asimismo, la STS (Sala de lo Civil) de 5 de marzo de 1991 [RJ 1991, 2030] en dos lugares: (i) «el suspenso de pagos no queda afectado de incapacidad alguna de obrar (...) y en cuanto al precepto legal aducido no se refiere al otorgamiento de poderes por el suspenso en que haya de participar el interventor del procedimiento de suspensión de pagos, sino que se refiere a una

tras la declaración de la suspensión de pagos por el deudor en calidad de demandante donde era controvertido determinar si éste conservaba su capacidad procesal y, por ende, si era o no necesaria la autorización de los interventores para el ejercicio de acciones⁹⁹. El núcleo de la disputa radicaba en la vaguedad de los términos de la regla cuarta del art. 5 LSP, que atribuía a los interventores el deber de informar al juez acerca de la procedencia de las reclamaciones que el suspenso pretendiera entablar en defensa o reclamación de sus derechos ante terceros.

En el tenor de este artículo se basó parte de la jurisprudencia para entender que el suspenso podía ejercitar acciones en todo caso¹⁰⁰. Otra corriente

atribución de los interventores para proponer el ejercicio de acciones convenientes al patrimonio del suspenso, pero no a supuestos como el debatido, en que no se trata de ejercicio de acciones, sino de defenderse en juicio contra la acción ejercitada por terceros»; y (ii) «aun con posterioridad a la suspensión de pagos pueden ser entablados juicios ordinarios contra el suspenso, por lo mismo que el interesado no pierde la administración de sus bienes; la circunstancia de que aquél prescinda de poner en conocimiento de los interventores la existencia de un procedimiento pendiente no es hipótesis subsumible en el núm. 4 del art. 5 de la Ley Especial, ni provocaría falta de capacidad procesal (...) la Ley no limita la capacidad procesal del suspenso, sobre todo en lo que concierne a la posición pasiva en el litigio, pues el núm. 4 del art. 5 se refiere a las “reclamaciones que el suspenso pueda entablar”, y la nulidad dispuesta en el penúltimo párrafo del art. 6 de la misma Ley se circunscribe a las operaciones que se designan y a cualquier pago». En el mismo sentido, entre otras, la STS (Sala de lo Civil) de 1 de diciembre de 1989 [RJ 1989, 8787] y la STS (Sala de lo Civil) de 23 octubre de 1991 [RJ 1991, 7235]. En otro orden de ideas, íntimamente ligado a ello, los interventores no tenían que concurrir con el suspenso para el otorgamiento de poderes para pleitos (así, la STS (Sala de lo Civil) de 5 de marzo de 1991 [RJ 1991, 2030]; la STS (Sala de lo Civil) de 4 de diciembre de 1992 [RJ 1992, 10390]; y la STS (Sala de lo Civil) de 18 de diciembre de 1995 [RJ 1995, 9148]). En este contexto, tampoco era posible aducir, por la parte contraria, la falta de litisconsorcio pasivo necesario cuando no se demandaba a los interventores (sobre este aspecto, vid. la STS (Sala de lo Civil) de 6 de marzo de 1998 [RJ 1998, 1121]). Sobre el particular, si bien implícitamente, vid. también la STS (Sala de lo Civil) de 9 de abril de 1985 [RJ 1985, 1686]; la STS (Sala de lo Civil) de 1 diciembre de 1989 [RJ 1989, 8787]; y la STS (Sala de lo Civil) de 23 de octubre de 1991 [RJ 1991, 7235].

⁹⁹ Sí estaba claro, o al menos así lo consideraba la jurisprudencia, que no era necesario que el juez autorizara el ejercicio de tales acciones. Lo reconocían de manera expresa, entre otras, la STS (Sala de lo Civil) de 8 de julio de 1985 [RJ 1985, 3645] y la STS (Sala de lo Civil) de 11 de febrero de 1988 [RJ 1988, 940]. Esta última sentencia limitaba la necesidad de autorización judicial a los supuestos en los que fueran los interventores los que ejercitasen las acciones. Sobre esta última consideración, de la misma opinión, vid. TORRES DE CRUELLS Y MÁS Y CALVET, *La suspensión...*, cit., pp. 93 y 94.

¹⁰⁰ Así, la STS (Sala de lo Civil) de 18 de diciembre de 1995 [RJ 1995, 9148] señalaba que el hecho de «que los interventores tengan atribución para proponer y aun ejercitar acciones convenientes al patrimonio del suspenso, no priva a éste de ejercitarlas por sí mismo, sin perjuicio de que los interventores informen de ello al Juez, cumpliendo lo dispuesto en el artículo 5, número 4». Por su parte, la STS (Sala de lo Civil) de 4 de diciembre de 1992 [RJ 1992, 10390] establecía que «las funciones que les asigna la Ley a los interventores son las de inspección (...) e incluso asesoramiento respecto a la conveniencia de ejercitar acciones en defensa e interés del patrimonio del suspenso, pero sin que en ningún caso se limite la

jurisprudencial, por el contrario, consideraba que la autorización de los interventores era requisito de procedibilidad para el ejercicio de acciones¹⁰¹.

Por otra parte, en cuanto al régimen de ineficacia de aquellos actos que realizaba el deudor sin la presencia de los interventores, podemos afirmar que era un tanto equívoco. La prescripción de nulidad prevista en el art. 6.3 LSP¹⁰², parecía clara respecto a los actos contenidos en el art. 6.2 LSP¹⁰³. En virtud de este precepto, el suspenso debía ajustar sus operaciones a las siguientes reglas: verificar, con el concurso de los interventores, todo cobro que hubiera de hacer, así como cualquier operación de aceptación, endoso o protesto de efectos comerciales; contar con el acuerdo de los interventores para contraer obligaciones, celebrar contratos o verificar pagos; y continuar, con el acuerdo de los interventores, las operaciones ordinarias de su tráfico, pudiendo incluso

capacidad de ejercicio del suspenso frente a tercero, como claramente se desprende de la misma regla 4.ª del art. 5». Más clarificadora era la STS (Sala de lo Civil) de 5 de marzo de 1991 [RJ 1991, 2030] que determinaba que «la nulidad dispuesta en el penúltimo párrafo del art. 6 de la misma Ley se circunscribe a las operaciones que se designan y “a cualquier pago”» excluyendo, implícitamente, cualquier otro tipo de actividad. La misma sentencia añadía «máxime cuando la Ley no declara expresamente la nulidad de tales actos realizados por el suspenso, por lo que, a lo más, serían anulables en tanto no se ejercite la oportuna acción de nulidad, como se deduce de la interpretación jurisprudencial del art. 6.3 del Código Civil».

¹⁰¹ Así, entre otras, la STS (Sala de lo Civil) de 11 de febrero de 1988 [RJ 1988, 940] señalaba que «es suficiente la propuesta y consiguiente autorización de los interventores, sin precisión de autorización del Juez solamente requerido, como se deduce de la simple lectura del artículo 5 de la Ley de 26 de julio de 1922, en el supuesto, que no es el actualmente producido, de que las acciones se ejerciten por los interventores». Por su parte, de la lectura de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 18 de abril de 1986 [RJ 1986, 2796] se extrae la idea de que si bien nada dice la norma sobre la necesidad de autorización de los interventores, ésta es condición indispensable para el ejercicio de acciones, ya que el informe, al que sí se refería la Ley, carecería de otro modo de sentido. Apostilla esta sentencia que la referida autorización no significa más que la posibilidad de actuación del suspenso que, por su situación, necesita completar su personalidad con la asistencia de los interventores a fin de no incurrir en la nulidad e ineficacia a que alude el art. 6 LSP. Nuestro parecer es contrario a lo expuesto en esta última sentencia: de una parte, por lo innecesario de completar la personalidad del suspenso pues, como ya señalábamos *supra*, no quedaba limitada su capacidad; y, de otro, por el régimen de nulidad que, como veremos seguidamente, solo es extensible a las operaciones a las que se refiere el art. 6.2 LSP.

¹⁰² El art. 6.3 LSP establecía que «el suspenso que practicare cualesquiera de las operaciones indicadas en este artículo sin el concurso o acuerdo de los Interventores o verificase cualquier pago sin la autorización expresa del juez antes de que los Interventores tomen posesión de su cargo, incurrirá en la responsabilidad definida en el artículo 548 del Código Penal y los actos y contratos que realice serán nulos e ineficaces».

¹⁰³ La aludida claridad se muestra, por ejemplo, en la STS (Sala de lo Civil) de 9 abril de 1985 [RJ 1985, 1686] cuando establece que «tampoco cabe desconocer que la nulidad dispuesta en el penúltimo párrafo, *in fine*, del artículo seis de la Ley especial, se circunscribe a las operaciones del comerciante aludidas *nominatim* en las tres reglas que el precepto contiene y a “cualquier pago”».

proceder a la venta de los bienes cuando fuese necesario. Aunque algunas corrientes jurisprudenciales mantuvieron posturas contrarias¹⁰⁴, a grandes rasgos, podemos afirmar que, aun siendo una cuestión controvertida, parece que el régimen de nulidad solo era extensible a las operaciones referidas en el art. 6.2 LSP, siendo para el resto de operaciones aplicable el régimen de anulabilidad.

De otro lado, entendemos oportuno recordar que aunque la labor de los interventores judiciales abarcaba todo el procedimiento de suspensión de pagos, en el momento en el que se alcanzaba el convenio, éstos, como auxiliares del juez, cesaban en sus funciones (art. 15 LSP). Sin embargo, podían seguir ejerciendo cometidos dentro de los límites establecidos en el convenio¹⁰⁵.

El cargo de interventor judicial, obligatorio en virtud del art. 4.3 LSP, era retribuido, en función de la importancia del caudal y los trabajos que se fueran a desempeñar, con un límite máximo de 100 pesetas diarias (art. 7 LSP). Este importe, aplicable en el momento en que se dictó la norma, requería, dada su larga vigencia, su adaptación a la realidad social del momento¹⁰⁶.

¹⁰⁴ La cuestión no era pacífica por cuanto en la STS (Sala de lo Civil) de 22 de abril de 1987 [RJ 1987, 2722] se fijaba que «los actos del suspenso sin el concurso o acuerdo de los interventores lo único que crearían es la posibilidad de que éstos o, en su caso, los acreedores, ejercitasen las correspondientes acciones legales en orden a la ineficacia de tales actos si les resultaren perjudiciales, pues (...) no se da aquí, como ocurre en la quiebra, una inhabilitación equiparable a la incapacidad (artículo 828 del Código de Comercio), sino una actuación de los interventores similar a una “autoritas interpositio”». Esta sentencia no excluía las operaciones del art. 6.2 LSP, si bien la claridad del art. 6.3 LSP nos hace pensar que se debe más a un descuido que a una afirmación meditada.

¹⁰⁵ Interesantes al respecto las consideraciones de SERRA DOMÍNGUEZ que distinguía, de manera clara, entre los interventores que eran designados en la misma providencia en que se tenía por solicitada la declaración de suspensión de pagos y aquellos otros designados por los acreedores y el deudor en el acto de convenio -o con posterioridad-. Señalaba este autor que solo los primeros son verdaderos interventores judiciales, atribuyéndoles a los segundos una naturaleza contractual –como representante de los acreedores o del deudor y con las facultades y atribuciones que ambos le confieran- no predicable respecto de los primeros («El interventor judicial...», cit., pp. 663, nota al pie 11, y 664 y 665). De la misma consideración, la RDGRN de 29 de septiembre de 1983 [RJ 1983, 7018] que establecía de manera clara que los nombrados tras la fase de convenio «ya no son representantes del Juez, sino que operan en nombre de los acreedores». Sobre la imposibilidad de que los interventores judiciales, aun teniendo en cuenta el interés público que representan, continuasen y extendieran su función a la fase de convenio, vid. POLO DÍEZ, «Comentario...», cit., en particular, pp. 62, 65 y 66).

¹⁰⁶ Sobre la necesidad de adaptación a los tiempos, vid. SAGRERA TIZÓN, *Comentarios...*, cit., pp. 683 y 684; PRIETO-CASTRO, *Derecho Concursal...*, cit., p. 484; y TORRES DE CRUELLS y MÁS Y

En los capítulos siguientes comprobaremos que las funciones que ejercitaban los interventores judiciales se mantienen, a grandes rasgos, cuando en el sistema actual se decreta el régimen de intervención.

2.3. El comisario

El comisario, órgano exclusivo de la quiebra, era un delegado del juez que auxiliaba a éste en el ejercicio de sus competencias, esencialmente de naturaleza administrativa. Este órgano actuaba de enlace entre el juez, los síndicos y el quebrado, y ejercía un poder de dirección y resolución en la gestión del patrimonio (art.1363 LEC/1881)¹⁰⁷.

Dentro de la quiebra, el comisario se erigía en un verdadero representante del juez, el cual, al no poder estar presente en todos los procedimientos incoados e incidencias, necesitaba de representantes y delegados¹⁰⁸. Esta es la razón de que las atribuciones que tradicionalmente eran conferidas en exclusiva a los jueces de la quiebra se desgajasen en funciones de contenido netamente judicial, que seguían siendo ejercidas por aquéllos, y en funciones de dirección con un marcado carácter administrativo, que pasaron a ser

CALVET, *La suspensión...*, cit., pp. 117 y 118. Sobre los criterios a seguir para llevar a cabo tal adecuación, vid. GALLEGO SÁNCHEZ, *La intervención...*, cit., pp. 115 y 116. En la práctica, los tribunales fueron reacios a admitir criterios de actualización de base nominalista –así la Sentencia de la Audiencia Provincial (en adelante, SAP) de Oviedo de 13 de febrero de 1989 (citada por GALLEGO SÁNCHEZ en las páginas indicadas de la citada obra)-. Por el contrario, se reconocía en un gran número de supuestos la posibilidad de que el juez fijara libremente los honorarios, sin quedar sujeto a los fijados por los colegios profesionales ni a los posibles acuerdos entre interventores y deudor –vid. la STSJ (Sala de lo Civil y Penal) de Navarra de 11 de noviembre de 1995 [RJ 1995, 8643] y el AAP de Murcia de 2 de octubre de 1997 [AC 1997, 2272]-. En sentido contrario, vid. la SAP de Oviedo de 13 de febrero de 1953 (citada por Gallego Sánchez en las páginas indicadas de la citada obra) que habilitaba a que tales honorarios fuesen fijados por interventores y deudor o por sus representantes en autos.

¹⁰⁷ En este sentido, la STS de 29 de diciembre de 1927 [*III Jurisprudencia Civil*, Tomo 179 (7º de 1927), Diciembre, Colección Completa de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo (en los recursos de nulidad, casación civil e injusticia notarial y en materia de competencias desde la organización de aquéllos en 1838 hasta el día; resoluciones hipotecarias dictadas por la Dirección General de los Registros y fallos del Supremo Tribunal de la Rota, cuya publicación se autorice) y por la Dirección General de los Registros y del Notariado, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Instituto Editorial Reus, S.A., Madrid, 1929, pp. 789 a 811] ya perfilaba la figura del comisario como un órgano de mediación entre el juez y el quebrado.

¹⁰⁸ Sobre la necesidad de la figura se pronuncia CARRERAS LLANSANA, «El Juez y la Sindicatura...», cit., p. 251. A su juicio, la figura del comisario debía ser eliminada para que fuese el juez quien, además de dirigir el procedimiento, coordinase, vigilase e impulsara las funciones atribuidas a los demás órganos concursales.

desempeñadas por el comisario¹⁰⁹; de ahí que inicialmente se denominase a este órgano como «juez-comisario»¹¹⁰.

El inicio de sus actuaciones comenzaba tras la comunicación de su nombramiento en el auto de declaración de la quiebra (art. 1334 LEC/1881). El cargo de comisario podía ser ejercido por cualquier comerciante matriculado idóneo para el cargo (art. 1044.1 CCom/1829)¹¹¹; de no existir éste en el lugar del juicio, dichas funciones venían desempeñadas por el juez de primera instancia (art.1333.1 y 2 LEC/1881)¹¹².

Dentro del elenco de tareas que le eran encomendadas podemos distinguir dos grandes bloques. En primer lugar, aquellas funciones que le eran atribuidas como delegado del juez, entre las que destacan, a título de ejemplo: preparar la celebración de juntas (arts. 1342 y 1345 LEC/1881) y ostentar su presidencia (art. 1346 LEC/1881); verificar los créditos y elaborar la lista de acreedores; ocupar los bienes y papeles de la quiebra (art. 1334 LEC/1881), así como proceder a la autorización de los actos pertinentes (art. 1045 CCom/1829); dictar providencias interinas y urgentes para su aseguramiento o conservación (arts. 1354 LEC/1881 y 1045.2 CCom/1829); autorizar la extracción de efectos o dinero y los ingresos (arts. 1352 y 1353 LEC/1881) y las ventas urgentes o gastos indispensables (arts. 1354 LEC/1881); así como decidir sobre el ejercicio de las acciones de la masa (art.1367 LEC/1881). En segundo lugar, otras de cariz inspector y asesor, entre las que podemos mencionar: examinar los libros y documentos del quebrado (art. 1045.4 CCom/1829); inspeccionar

¹⁰⁹ La fórmula empleada para las resoluciones dictadas por el comisario en el ejercicio de las facultades decisorias que le competían era la providencia, frente a la que se reconocía la posibilidad de impugnación ante el juez de la quiebra.

¹¹⁰ Esta denominación procede de la Ley de Enjuiciamiento sobre negocios y causas de comercio de 1830. Por disposición del Decreto-Ley de Unificación de Fueros de 1868 se suprimió aquélla, utilizándose desde entonces la expresión «comisario».

¹¹¹ En virtud del art. 1333.3 LEC/1881 se establecía que, en el caso de que se tratase de la quiebra de una entidad aseguradora -persona individual o colectiva-, con independencia de las ramas de seguros o reaseguros a que se dedicase, «el nombramiento de Comisario de la misma habrá de recaer en uno de los Inspectores del Cuerpo Técnico de Inspección Mercantil y de Seguros, o en un aspirante del mismo Cuerpo, para lo cual el Juez oficiará a la jefatura Superior de Comercio y Seguros, encomendándole que haga la designación y la participe al Juzgado, a fin de que éste pueda extender su nombramiento y comunicárselo».

¹¹² Las funciones asignadas a éstos se detallaban en el art. 1045 CCom/1829. Se exceptionaba de las mismas aquellas dispuestas en el número 4º del mismo precepto y otras que, en el antiguo concurso de acreedores, eran propias de los síndicos o del depositario.

las operaciones del depositario y de los síndicos (art. 1045.5 CCom/1829); e informar al juez sobre las cuentas (art. 1356 LEC/1881), las transacciones (art. 1360 LEC/1881), la administración de la quiebra (art. 1362 LEC/1881) y la calificación de ésta (art. 1382 LEC/1881)¹¹³.

Aunque nada contemplaba la Ley, se entendía que el comisario podía ser removido por el propio juez y recusado por las mismas causas previstas para los órganos jurisdiccionales. Se trataba de un cargo gratuito y, como tal, voluntario. Podía, pues, no ser aceptado y su renuncia era posible en todo momento.

2.4. El depositario-administrador

El depositario-administrador era un órgano provisional interino¹¹⁴, que se encargaba de la conservación y custodia de los bienes hasta el nombramiento de los síndicos¹¹⁵. Su designación se efectuaba en el mismo acto en el que se

¹¹³ Un listado de las funciones que llevaban a cabo los comisarios puede encontrarse en CORDÓN MORENO, *Suspensión de pagos...*, cit., pp. 173 y 174 y GARRIGUES, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 444 y 445.

¹¹⁴ Esta figura era considerada por la jurisprudencia mayoritaria de la época como un órgano del propio proceso. De manera excepcional, se postuló en sentido contrario la STS de 24 de junio de 1957 (núm. 151) [*Jurisprudencia Civil*, Tomo LXI, Mayo-Junio 1957, Colección Completa de las Resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo (en los recursos de casación civil y revisión y en materia de competencias) y por la Dirección General de los Registros y del Notariado, Arreglada y anotada por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Instituto Editorial Reus Centro de Enseñanza y Publicaciones, S.A., Madrid, 1960, pp. 1791 a 1801] donde se afirmaba al hacer referencia a la figura del depositario «que, por no ser propiamente órgano del procedimiento especial de quiebra, habrá de ejercer solo provisionalmente tal cometido».

Pese a su consideración como órgano del proceso, la supresión del mismo ha sido una constante en los distintos intentos reformadores acometidos, aduciendo razones de lo más variadas como el aumento de los costes directos, la mayor duración del procedimiento o la complejidad de la estructura orgánica. Vid., al respecto, TIRADO MARTÍ, «La sindicatura...», cit., p. 156.

¹¹⁵ La STS 19 de abril de 1919 (núm. 24) [*Jurisprudencia Civil*, Tomo 146 (2º de 1919), Abril a Junio, Colección Completa de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en los recursos de nulidad, casación civil e injusticia notarial y en materia de competencias desde la organización de aquéllos en 1838 hasta el día; resoluciones hipotecarias dictadas por la Dirección General de los Registros y fallos del Supremo Tribunal de la Rota, cuya publicación se autorice, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Instituto Editorial Reus, S.A., Madrid, 1921, pp. 128 a 137] afirmaba que el depositario-administrador era un representante de la masa hasta el momento de la designación de los síndicos. Esta sentencia mantiene que, sin perjuicio de las atribuciones que otorgaban a los síndicos los arts. 1218 y concordantes de la LEC/1881, era también obligación preceptiva (que imponía al depositario-administrador el art. 1181 LEC/1881) cobrar los créditos que existían a favor de la masa de la quiebra, cuya representación ostentaba mientras los síndicos no tomaban posesión de su cargo.

declaraba la quiebra y en persona de la confianza del juzgado (art. 1044 CCom/1829)¹¹⁶. El ejercicio de esta labor debía recaer en persona de crédito, responsabilidad y aptitud, fuese o no acreedor del concursado (art. 1179 LEC/1881)¹¹⁷.

En cuanto a su naturaleza jurídica, se entendía que el depositario-administrador era un órgano auxiliar del juez¹¹⁸ con una función instrumental de cooperación dirigida a facilitar la toma de decisiones por parte de aquél. Pese a sus equiparaciones doctrinales con los síndicos, esta figura no podía ser calificada como un “síndico anticipado”, pues no participaba de su misma naturaleza. Asumía, por razón del encargo judicial que recibía, una función que podemos denominar oficial¹¹⁹.

¹¹⁶ Al igual que ocurría con el comisario, en el caso de entidades aseguradoras -persona individual o colectiva-, el nombramiento del depositario debía recaer en inspector del cuerpo técnico de inspección mercantil y de seguros, designado igualmente por la jefatura superior, nombrado por el Juez y que recayera en persona distinta del comisario. Dicho depositario desempeñaba sus funciones sin prestar fianza, entendiéndose que la que tenía prestada por razón de su cargo de inspector quedaba afecta también a las responsabilidades que contrajera como depositario (art. 1333 *in fine* LEC/1881).

¹¹⁷ Este precepto era igualmente aplicable a la quiebra atendiendo a la supletoriedad prevista en el art. 1319 LEC/1881.

¹¹⁸ En este sentido, vid. URÍA GONZÁLEZ, *La quiebra de la “Barcelona Traction”*, Artes Gráficas Quintanilla, Barcelona, 1953, p. 156.

¹¹⁹ Autores como GUASP DELGADO definían a los depositarios como «encargados judiciales» en los que predominaba su carácter público (*La quiebra de la “Barcelona Traction Light and Power Cº. Ltd.”*, Imprenta Elzeviriana, Barcelona, 1952, pp. 239 a 241, especialmente, 240 y, en particular, la nota al pie 1 donde el autor explica el origen *carnelettiano* de la figura). En cuanto a su naturaleza jurídica, partiendo de la división fundamental entre órganos que pertenecen a la categoría jurisdiccional y aquellos que se refieren a las partes, el depositario-administrador habrá de adscribirse a la primera, pues aun cuando no componía directamente el órgano jurisdiccional que intervenía en la quiebra, no se colocaba del lado de los que piden, sino de los que satisfacen y, en consecuencia, no le correspondía ni la calificación de parte ni de interesado. Aun no teniendo una función decisoria, ni participación en ésta por delegación - como hacía el comisario-, cooperaba instrumentalmente en la consecución de dicha decisión, auxiliando al órgano jurisdiccional. La teoría de los auxiliares del órgano jurisdiccional, que se circunscribe a aquéllos que prestan una función administrativa y permanente de servicio a los órganos de la justicia, parece dejar fuera a estos sujetos que, en cada caso concreto y en virtud de un específico llamamiento judicial, asumían la realización de ciertas funciones procesales. Sin embargo, de ser correctamente construida, dicha teoría debería incluir en su seno, junto con aquellos elementos permanentes, a los que auxiliaban al órgano en virtud de una designación particular. Esta es la categoría que, en efecto, la moderna doctrina procesal conoce como “encargados judiciales”, figura en la que se eleva a un primer plano la significación que, para la intervención de éstos, tiene el encargo específico que en cada caso reciben del juez. Siendo así, podemos concluir que, como encargados judiciales, los depositarios-administradores no eran ni representantes ni mandatarios de ninguna de las partes.

Las funciones asignadas al depositario eran: la administración de los bienes (arts. 1181.2.1º LEC/1881 y 1046.1.5º CCom/1829), procurando que los mismos generasen las rentas, productos o utilidades que correspondiera, custodiándolos y conservándolos, de suerte que no sufrieran menoscabo; la representación de la quiebra hasta que los síndicos tomasen posesión de su cargo (art. 1181.1 LEC/1881); la consecución efectiva de los créditos que tuviese a su favor el quebrado (art. 1181.2.2º LEC/1881); y la proposición al juez para la enajenación de los bienes muebles que no pudieran conservarse (art. 1181.2.3º LEC/1881). En este contexto, entendemos que, al igual que ocurría con los síndicos, se podía predicar respecto de éstos una sustitución del deudor y, en consecuencia, una legitimación indirecta para realizar aquellos actos de disposición sobre los bienes que fueran necesarios así como para ejercitar acciones u oponer excepciones judiciales.

Como advertíamos, a los depositarios correspondía la representación de la quiebra hasta el nombramiento de los síndicos¹²⁰. En la quiebra, la inhabilitación del quebrado se producía, tanto en el ámbito sustantivo como en el procesal, desde la declaración judicial de la misma o, en su caso, desde la fecha de retroacción.

¹²⁰ Vid., entre otros, GARCÍA VALDECASAS, *Dictamen sobre la quiebra "Barcelona Traction Light and Power Cº. Ltd"*, Elzeviriana, Barcelona, 1953, pp. 382 y 383 y RAMÍREZ, *La quiebra...*, cit., p. 416. Para PRIETO-CASTRO los depositarios eran representantes de la quiebra en el sentido lato de la expresión, hasta que se constituía la sindicatura (*Derecho Concursal...*, cit., p. 34). En esta línea, la jurisprudencia se ha pronunciado en diversas ocasiones, así las STS de 17 de diciembre de 1931 (núm. 99) [*III Jurisprudencia Civil*, Tomo 201 (4º de 1931), Noviembre y Diciembre, Colección Completa de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo (en los recursos de nulidad, casación civil e injusticia notarial y en materia de competencias desde la organización de aquéllos en 1838 hasta el día; resoluciones hipotecarias dictadas por la Dirección General de los Registros y fallos del Supremo Tribunal de la Rota, cuya publicación se autorice) y por la Dirección General de los Registros y del Notariado, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Instituto Editorial Reus, S.A., Madrid, 1932, pp. 654 a 661], STS de 27 de febrero de 1960 (núm. 142) [*Jurisprudencia Civil*, Enero-Febrero 1960, Tomo LXXXV, Ministerio de Justicia, Colección Legislativa de España, Primera Serie, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1960, pp. 875 a 882], STS de 4 de mayo de 1988 (núm. 364) [*Jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil*, Consejo General del Poder Judicial, 1988, Segundo trimestre, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1990, pp. 475 a 480] y STS de 7 de febrero de 1994 [RJ 1994, 914]. Esta representación era asimismo reconocida en el art. 1181 LEC/1881, relativo al antiguo concurso de acreedores, aplicable a la quiebra atendiendo a la supletoriedad prevista en el art. 1319 LEC/1881.

En su momento se planteó cierta discusión en torno a si el depositario estaba facultado para continuar con los procesos singulares en trámite -desde la declaración de la quiebra hasta el nombramiento de los síndicos- o si, por el contrario, el quebrado conservaba la necesaria capacidad procesal para continuar él mismo con tales procesos¹²¹. Sobre esta cuestión, nos interesa conocer cuál fue la opción por la que se decantaron doctrina y jurisprudencia en orden a determinar si los depositarios asumían esta función.

De entre las funciones atribuidas al depositario, no existía mención expresa a la posibilidad de continuar con los procesos pendientes, si bien podía colegirse tal facultad del resto de atribuciones. Así se desprende de su consideración como administrador provisional del patrimonio, de su facultad para el cobro de los créditos (arts. 1050 CCom/1829 y 1181 LEC/1881) y de las propias connotaciones del término administrador, que no quedaban limitadas a una mera acepción civilista del término, sino que trascendían al ámbito procesal¹²². De la obligación de conservar el patrimonio se deduce, asimismo, que el depositario debía estar facultado para ejercitar, por vía de acción o de excepción, todos los remedios procesales pertinentes para evitar que saliera indebidamente del patrimonio un bien de la masa. Del mismo modo, sostenemos que su consideración como representante de la quiebra -hasta que los síndicos tomasen posesión de su cargo-, debía serlo a todos los efectos¹²³. En consecuencia, podemos afirmar que la continuación de los procesos

¹²¹ Sobre tal discusión, vid. MARTÍNEZ FLÓREZ, «Sobre la naturaleza y comienzo de la inhabilitación del quebrado en el ámbito procesal (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1998)», *Tribunales de Justicia. Revista Española de Derecho Procesal*, nº 6, 1999, pp. 534 a 536.

¹²² A este respecto GUASP DELGADO afirmaba que «no es cierto, por lo tanto, que en nuestra legislación los órganos de la quiebra que se mencionan sean meros administradores, en sentido privado, de los bienes de la masa. La terminología, como tantas otras veces, induce a error por trasplante precipitado de las figuras del Derecho Civil al Derecho del proceso. Los administradores de una ejecución, no solo administran, sino que, dentro del régimen que la ley establece para ello, disponen y esto es tanto una consecuencia teórica del concepto mismo de administración en relación con la función procesal, como una aplicación estricta de preceptos determinados de nuestro derecho positivo» (*La quiebra...*, cit., pp. 272 a 278 y, en especial, 275). También interesantes los apuntes que, sobre el término administración y su alcance, realizaron POLO DÍEZ y BALLBÉ PRUNES, *La quiebra de "Barcelona Traction"*, Talleres Gráficos Mariano Galve, Barcelona, 1951, pp. 53 a 58.

¹²³ Cfr. MARTÍNEZ FLÓREZ, «Sobre la naturaleza...», cit., p. 534.

pendientes en el momento en el que se declaraba aquélla correspondía a los depositarios-administradores¹²⁴.

El depositario, una vez cesaba en el ejercicio de sus funciones, debía rendir cuenta de su gestión a los síndicos. Su aprobación correspondía al juez, previo informe del comisario y audiencia a aquéllos (art. 1082 CCom/1829). Asimismo, en tanto que ejercían unas funciones similares a las desempeñadas por los síndicos, le eran exigibles las mismas responsabilidades (arts. 1101 a 1106 CCom/1829).

Se trataba de un cargo retribuido¹²⁵ y voluntario que requería aceptación expresa. Debía ser jurado y precisaba la prestación de fianza si así lo consideraba el juez (art. 1180 LEC/1881). Era, por tanto, posible su renuncia con aplicación, en este caso, de las normas sobre remoción previstas en los arts. 1348 y 1349 LEC/1881 para los síndicos.

2.5. La sindicatura

De entre los órganos presentes en la quiebra, la sindicatura es, por la relevancia de sus funciones, el de mayor importancia. La complejidad de la actividad a ellos encomendada, dirigida a la representación, conservación, venta y distribución de los bienes que integraban la masa activa del concurso, hacía que este órgano fuera el que acogía, de entre todos los descritos en

¹²⁴ En sentido contrario, vid. la STS (Sala de lo Civil) de 26 de mayo de 1988 [RJ 1988, 4343] que reconocía al quebrado la posibilidad de continuar con los procesos en trámite en el intervalo que iba desde la declaración de la quiebra hasta el nombramiento de los síndicos, momento en el que su intervención podía beneficiar los intereses de sus acreedores. Esta última cuestión escapa a toda lógica, pues tal juicio -el de beneficiar a los acreedores- solo lo podremos conocer a posteriori. La finalidad de la inhabilitación del quebrado era precisamente proteger a los acreedores de un posible detrimento de la masa patrimonial, fundamento que quedaba en todo punto desvirtuado si se habilitaba a los mismos a intervenir en los referidos procesos en trámite. La presencia de esta finalidad en todos los ordenamientos contemporáneos puede leerse en MARTÍNEZ FLÓREZ, *La inhabilitación del quebrado (ámbito temporal)*, Aranzadi, Navarra, 2002, p. 18, y, en especial, notas al pie 2 y 3, y las referencias españolas y extranjeras allí contenidas.

¹²⁵ La remuneración se llevaba a cabo a través de una compensación en forma de dietas, en proporción a la entidad y circunstancias de los bienes confiados a su custodia. Tenían además derecho a percibir determinados porcentajes por cobranzas, ventas y productos líquidos de administración (art. 1184 LEC/1881), así como el reintegro de aquellos gastos necesarios para el desempeño de su cargo (art. 1056 CCom/1829).

relación con el proceso de quiebra, unos trazos más similares a los presentados por la actual administración concursal.

El nombramiento de los síndicos se llevaba a cabo por y entre los acreedores en la primera junta general (art. 1044.7 CCom/1829)¹²⁶.

La sindicatura era un órgano de composición trimembre¹²⁷. Sus integrantes debían ser comerciantes y acreedores con derecho propio¹²⁸. Una vez

¹²⁶ Para proceder al nombramiento de los síndicos, el comisario presentaba al juez el estado de los acreedores del quebrado, formado en los tres días siguientes a la declaración de la quiebra (art. 1342 LEC/1881). Para la presentación de aquel estado, el comisario, en el caso de quiebra voluntaria, se servía del balance que debía presentar el deudor (art. 1019 CCom/1829) o, en el caso de quiebra necesaria, de lo que resultase del libro mayor (en el caso de no haberlo, se servía de los demás libros y papeles del quebrado) (art. 1063 CCom/1829). Atendiendo al estado de los acreedores, y teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 1062 CCom/1829, el juez fijaba el día para la celebración de la primera junta general en la que se procedía al nombramiento de los síndicos (art. 1342 LEC/1881). En esta situación, el art. 1346 LEC/1881 nos parece fundamental por dos razones: (i) por cuanto disponía cómo tenía que desarrollarse la junta para el nombramiento de los síndicos, remitiendo a los arts. 1067, 1069 y 1070 CCom/1829; y (ii) en orden a determinar el número de síndicos –remitiéndose al art. 1068 CCom/1829-.

¹²⁷ Pese a que a priori la composición de la sindicatura era trimembre, atendiendo al tenor de algunos de los preceptos que regulaban la quiebra, parte de la doctrina se manifestó en sentido contrario. El panorama era el siguiente: del art. 1346 LEC/1881, párrafo primero, parecía desprenderse que el número de síndicos era de tres en todo caso -la correlación con el art. 1068 CCom/1829 era clara, «para toda quiebra se nombrarán tres síndicos, sin que se pueda disminuir ni aumentar este número»-; por el contrario, el último párrafo del art. 1346 LEC/1881, respecto de las quiebras de las personas o entidades aseguradoras, señalaba que «los síndicos elegidos *habrán* de ser tres» (la cursiva es nuestra) lo que podía hacer pensar que el número de éstos en el resto de supuestos podía ser diverso. Respecto al concurso de acreedores, el art. 1210 LEC/1881 preveía que «para todo concurso se nombrarán tres síndicos, sin que se pueda disminuir ni aumentar este número. Exceptúese el caso en que todos los acreedores concurrentes a la junta convengan en nombrar uno o dos Síndicos y hagan la elección precisamente por unanimidad». Sobre la aplicación de este precepto no existía acuerdo unánime en la doctrina. A juicio de TORRES DE CRUELLS, la norma no era aplicable «Consideración procesal de los síndicos de la quiebra», *Revista General de Derecho*, nº 163, 1958, p. 387). Sin embargo, algunos autores admitían la posibilidad de que en el caso de que los acreedores fueran dos, o hubiera acuerdo entre aquéllos que figuraban en la lista confeccionada, el número se redujera a dos o a uno (vid. en tal sentido, RIVES Y MARTÍ, *Teoría y práctica de actuaciones judiciales en materia de concurso de acreedores y quiebras*, tomo II, Reus, Madrid, 1954, p. 331).

¹²⁸ El sistema español adolecía de importantes incongruencias en relación a la competencia y a los trámites para el nombramiento de los síndicos por la superposición de la LEC/1881 –en sus títulos XII, sobre el concurso de acreedores y XIII, referido a la quiebra- y el CCom/1829 –en su Libro IV-. Junto a ello, el nombramiento por la junta de acreedores acarreaba una serie de problemas que hicieron que este método electivo fuera una excepción dentro de los modernos sistemas concursales. Sobre tales problemas, vid. TIRADO MARTÍ, «La sindicatura...», cit., pp. 155 y ss. De otro lado, el art. 1215 LEC/1881 establecía que «la elección de los Síndicos ha de recaer necesariamente en acreedores varones mayores de veinticinco años, que se hallen presentes, que lo sean por derecho propio y no en representación de otro, que no tengan conocida preferencia ni la pretendan y que residan en lugar del juicio. Solo a falta de acreedores por derecho propio podrán ser elegidos los representantes de otros. Si no hubiere

nombrados, previa aceptación y juramento de desempeño fiel y correcto, tomaban posesión de su cargo¹²⁹.

Los síndicos asumían el poder de administración y disposición sobre los bienes del deudor, así como las funciones de liquidación y representación de la quiebra, bajo el control y fiscalización del comisario. Como señalaba el art. 878 CCom/1885, declarada la quiebra, el quebrado quedaba inhabilitado para la administración de sus bienes. Consecuencia de esta inhabilitación se hacía necesaria la constitución de un órgano con poder de administración y disposición que persiguiera la satisfacción de los acreedores y que al mismo tiempo coadyuvara y colaborara con el juez proporcionándole elementos para su toma de decisiones¹³⁰.

La naturaleza y carácter de la sindicatura concursal ha sido una cuestión profundamente discutida, con construcciones teóricas de lo más variadas. En primer término, la teoría de la representación, con sus múltiples variantes: la sindicatura como órgano de representación de los acreedores (teoría de la delegación)¹³¹; de representación del deudor (teoría del representante)¹³²; o, incluso, de representación de múltiples partes¹³³. En segundo término, la teoría

más que acreedores conocidamente preferentes o que sostengan serlo, y representantes de otros comunes, la elección deberá recaer en éstos». Para la interpretación de este precepto, vid. CORDÓN MORENO, *Suspensión de pagos...*, cit., pp. 177 y 178.

¹²⁹ El nombramiento de los síndicos podía ser impugnado. En este sentido, el art. 1347 LEC/1881 remitía a los arts. 1220 a 1224 de la misma Ley, donde se establecían los legitimados, las causas y la forma de proceder a la misma. El art. 1224 LEC/1881 prescribía que la impugnación al nombramiento no suponía la suspensión del juicio de quiebra ni que los nombrados no entraran a ejercer sus funciones.

¹³⁰ Sobre este aspecto, vid., entre otros, SATTA, *Instituciones del Derecho de quiebra*, FONTANARROSA (traducido por), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1951, p. 117 y TORRES DE CRUELLES, «Consideración procesal...», cit., pp. 280 y 281.

¹³¹ La sindicatura como representante de los acreedores es defendida, entre otros, por KOLHER y SEUFFER en Alemania; por TORRES DE CRUELLES, GONZÁLEZ HUEBRA y MARTÍ DE EIXALA en España; y por PARRY en Argentina.

¹³² La sindicatura como representante del deudor es defendida, entre otros, por JAEGER, THOMAS, PUTZO, LENT, y VON TOUR en Alemania; por POLO DíEZ, CASTÁN TOBEÑAS y MARTÍNEZ FLÓREZ en España; y por ZAPPAROLI en Italia.

¹³³ Defendida, entre otros, por RINTELEN, CAEN y RENAULT. En España, POLO DíEZ y BALLBÉ PRUNES parecen decantarse por esta teoría al advertir que: «los síndicos de la quiebra son representantes de los intereses de ésta y de la masa de acreedores y administradores legales de su patrimonio» (*La quiebra...*, cit., p. 46). Parte de la jurisprudencia se ha pronunciado a favor de esta teoría, vid. en tal sentido la STS de 17 de febrero de 1909 (núm. 92) [*Jurisprudencia Civil*, Tomo 113 (1º de 1909), Enero y Febrero, Colección Completa de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en los recursos de nulidad, casación civil e

orgánica, en la que se distinguía entre el síndico como representante de una entidad jurídica formada por la masa concursal¹³⁴; como titular de un oficio o

injusticia notarial y en materia de competencias desde la organización de aquéllos en 1838 hasta el día; resoluciones hipotecarias dictadas por la Dirección General de los Registros y fallos del Supremo Tribunal de la Rota, cuya publicación se autorice, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Impr. De La Revista De Legislación, Madrid, 1910, pp. 617 a 625] donde se establecía que a los síndicos correspondía la representación del deudor y de los acreedores, defendiendo, en exclusiva, todos los derechos de la quiebra, así como el ejercicio de las acciones y excepciones que le competieran. En el mismo sentido, vid. las STS de 17 de junio de 1887 [*Jurisprudencia Civil*, Tomo 62, Colección Completa de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en los recursos de nulidad, casación civil e injusticia notarial y en materia de competencias desde la organización de aquéllos en 1838 hasta el día, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Impr. De La Revista De Legislación, Madrid, 1888, pp. 18 a 25], STS de 3 de octubre de 1901 [*Jurisprudencia Civil*, Tomo 92 (2º de 1901), Junio a Diciembre, Colección Completa de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en los recursos de nulidad, casación civil e injusticia notarial y en materia de competencias desde la organización de aquéllos en 1838 hasta el día; resoluciones hipotecarias dictadas por la Dirección General de los Registros y fallos del Supremo Tribunal de la Rota, cuya publicación se autorice, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Impr. De La Revista De Legislación, Madrid, 1902, pp. 211 a 215] y STS de 17 de diciembre de 1931 (núm. 19) [*III Jurisprudencia Civil*, Tomo 199 (2º de 1931), Marzo y Abril, Colección Completa de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo (en los recursos de nulidad, casación civil e injusticia notarial y en materia de competencias desde la organización de aquéllos en 1838 hasta el día; resoluciones hipotecarias dictadas por la Dirección General de los Registros y fallos del Supremo Tribunal de la Rota, cuya publicación se autorice) y por la Dirección General de los Registros y del Notariado, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Instituto Editorial Reus, S.A., Madrid, 1932, pp. 119 a 131] en las que se afirmaba que los síndicos ostentaban la representación conjunta del quebrado de una parte y de los acreedores de otra. La STS de 22 de junio de 1929 (núm. 166) [*III Jurisprudencia Civil*, Tomo 189 (8º de 1929), Mayo y Junio, Colección Completa de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo (en los recursos de nulidad, casación civil e injusticia notarial y en materia de competencias desde la organización de aquéllos en 1838 hasta el día; resoluciones hipotecarias dictadas por la Dirección General de los Registros y fallos del Supremo Tribunal de la Rota, cuya publicación se autorice) y por la Dirección General de los Registros y del Notariado, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Instituto Editorial Reus, S.A., Madrid, 1929, pp. 1005 a 1011] se postularon a favor de entender que los síndicos realizaban funciones de representación de los acreedores y del capital del quebrado, así como de gestión, administración y disposición del patrimonio.

¹³⁴ De esta consideración, vid. las STS de 17 de marzo de 1910 (núm. 78) [*Jurisprudencia Civil*, Tomo 117 (1º de 1910), Enero a Abril, Colección Completa de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en los recursos de nulidad, casación civil e injusticia notarial y en materia de competencias desde la organización de aquéllos en 1838 hasta el día; resoluciones hipotecarias dictadas por la Dirección General de los Registros y fallos del Supremo Tribunal de la Rota, cuya publicación se autorice, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Impr. De La Revista De Legislación, Madrid, 1912, pp. 471 a 476], STS de 19 de abril de 1919 (núm. 24) [*Jurisprudencia Civil*, Tomo 146 (2º de 1919), Abril a Junio, Colección Completa de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en los recursos de nulidad, casación civil e injusticia notarial y en materia de competencias desde la organización de aquéllos en 1838 hasta el día; resoluciones hipotecarias dictadas por la Dirección General de los Registros y fallos del Supremo Tribunal de la Rota, cuya publicación se autorice, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Instituto Editorial Reus, S.A., Madrid, 1921, pp. 128 a 137], STS de 16 de febrero de 1933 (núm. 96) [*III Jurisprudencia Civil*, Tomo 207 (1º de 1933), Enero y Febrero, Colección Completa de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo (en los recursos de nulidad, casación civil e injusticia notarial y en materia de competencias desde la organización de aquéllos en 1838 hasta el día; resoluciones hipotecarias dictadas por la

cargo de Derecho privado¹³⁵; o como órgano público que defendía los intereses de la quiebra¹³⁶. Por último, no incompatible con algunas de las anteriores, apareció la teoría del síndico como sustituto del deudor (teoría de la sustitución)¹³⁷. En la doctrina, ninguna de las teorías enunciadas tuvo una total

Dirección General de los Registros y fallos del Supremo Tribunal de la Rota, cuya publicación se autorice) y por la Dirección General de los Registros y del Notariado, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Instituto Editorial Reus, S.A., Madrid, 1933, pp. 610 a 616] y STS de 10 de marzo de 1944 (núm. 12) [*Jurisprudencia Civil*, Tomo VI, Marzo-Mayo 1944, Colección Completa de las Resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo (en los recursos de casación civil y revisión y en materia de competencias) y por la Dirección General de los Registros y del Notariado bajo la dirección del Excmo. Sr. D. José Castán Tobeñas, Arreglada y anotada por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Instituto Editorial Reus Centro de Enseñanza y Publicaciones, S.A., Madrid, 1944, pp. 124 a 150]. Con alguna matización, vid. la configuración de los síndicos como representantes de los intereses de la quiebra en la STS de 3 de enero de 1933 (núm. 4) [*III Jurisprudencia Civil*, Tomo 207 (1º de 1933), Enero y Febrero, Colección Completa de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo (en los recursos de nulidad, casación civil e injusticia notarial y en materia de competencias desde la organización de aquéllos en 1838 hasta el día; resoluciones hipotecarias dictadas por la Dirección General de los Registros y fallos del Supremo Tribunal de la Rota, cuya publicación se autorice) y por la Dirección General de los Registros y del Notariado, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Instituto Editorial Reus, S.A., Madrid, 1933, pp. 22 a 31].

¹³⁵ Sostenida por DÖLLE, HANISCH, HENCKEL y SCHMIDT, que ya en su momento planteó la teoría orgánica modificada, apuntada por nosotros al tratar la naturaleza jurídica de los interventores judiciales (vid. nota al pie 78).

¹³⁶ Esta última vertiente de la teoría orgánica encontró una especial acogida en la doctrina italiana. Vid., en particular, TEDESCHI, «Il curatore fallimentare», *Rivista di Diritto Civile*, nº 2, 1972, pp. 242 y ss.; PROVINCIALI, *Trattato di diritto...*, cit., pp. 97 y ss., 663 y ss. y 698 y ss.; y DEL VECCHIO, «Il curatore fallimentare come terzo ed avente causa del fallito», *Rivista di Diritto fallimentare e delle società commerciali*, fasc. 3-4, 1984, pp. 237 y ss. Dentro de esta teoría se reconocía la posibilidad de sustitución del deudor o de los acreedores, si bien dentro del marco de las funciones que le competían.

¹³⁷ La teoría de la sustitución, procedente de la doctrina alemana, se introdujo en España por influencia de ciertos autores italianos, entre ellos, CARNELUTTI, «Espropiazione del creditore», *Studi in diritto commerciale in onore di Cesare Vivante*, tomo I, Società editrice del Foro italiano, Roma, 1931, p. 253; SATTA, *Instituciones del Derecho...*, cit., p. 117 y PROVINCIALI, *Trattato di Diritto...*, p. 338 –pp. 206 y 207 en la edición de 1951–). En Italia esta teoría tenía plena cabida por cuanto la sustitución de facultades no se realizaba solo respecto de los síndicos sino para el conjunto de órganos integrantes del denominado *ufficio fallimentare*. Partidarios de esta postura encontramos a BRUNETTI, *Tratado de Quiebras*, RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ (traducido por), Porrúa Hnos., México D. F., 1945, p. 130; RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, tomo II, Instituto Tecnológico de Monterrey, Monterrey, 1947, p. 721; y POLO DÍEZ y BALLBÉ PRUNES para quienes «el síndico, sin dejar de representar los intereses de la quiebra y de la masa de acreedores, que le atribuyen el Derecho y la jurisprudencia españolas, cuando proyecta su actuación sobre el patrimonio del quebrado, especialmente en funciones de administración, ostenta, en síntesis, por vía de sustitución, como titular de ejercicio, todas y cada una de las facultades que correspondían al deudor y de las que éste ha sido desposeído en virtud de la declaración de la quiebra» (*La quiebra...*, cit., pp. 51; interesantes también 49 y 50); y CARRERAS LLANSANA, «El Juez y la Sindicatura...», cit., pp. 257, 263 y 268 y ss. En la jurisprudencia encontramos pronunciamientos de similar índole. Así, la sustitución es acogida por la RDGRN de 19 de septiembre de 1921 [*Anuario de 1921*, Dirección General de los Registros y del Notariado, Ministerio de Gracia y Justicia, Administración, Imprenta de Estanislao Maestre, Madrid, 1922, pp. 244 a 248] y por un número considerable de sentencias, entre otras, las STS de 10 de marzo de 1944 (núm. 12) [*Jurisprudencia Civil*, Tomo VI, Marzo-

aceptación pues, en cada una de ellas, se contemplaba, con exclusión de las demás, una sola de las facetas que su compleja función presentaba¹³⁸. Habida cuenta de lo expuesto, la jurisprudencia, con cambios continuados de rumbo, no aportó una solución clara.

Respecto a su carácter, público o privado, tampoco han sido unánimes las opiniones, si bien la mayoría consensuaba un marcado carácter privado derivado tanto del modo de nombramiento y composición –por los acreedores y entre los acreedores- como del conjunto de funciones que venían ejerciendo¹³⁹.

Mayo 1944, Colección Completa de las Resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo (en los recursos de casación civil y revisión y en materia de competencias) y por la Dirección General de los Registros y del Notariado bajo la dirección del Excmo. Sr. D. José Castán Tobeñas, Arreglada y anotada por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Instituto Editorial Reus Centro de Enseñanza y Publicaciones, S.A., Madrid, 1944, pp. 124 a 150], STS de 20 de diciembre de 1952 (núm. 102) [*Jurisprudencia Civil*, Tomo XL, Octubre-Diciembre 1952, Colección Completa de las Resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo (en los recursos de casación civil y revisión y en materia de competencias) y por la Dirección General de los Registros y del Notariado, Arreglada y anotada por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Instituto Editorial Reus Centro de Enseñanza y Publicaciones, S.A., Madrid, 1955, pp. 972 a 1002] y STS de 24 junio de 1957 (núm. 151) [*Jurisprudencia Civil*, Tomo LXI, Mayo-Junio 1957, Colección Completa de las Resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo (en los recursos de casación civil y revisión y en materia de competencias) y por la Dirección General de los Registros y del Notariado, Arreglada y anotada por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Instituto Editorial Reus Centro de Enseñanza y Publicaciones, S.A., Madrid, 1960, pp. 1791 a 1801].

¹³⁸ En este sentido, vid. DE LA PLAZA NAVARRO, *Derecho Procesal Civil Español*, tomo II, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 687. Del mismo modo, POLO DÍEZ y BALLBÉ PRUNES (*La quiebra...*, cit., pp. 45 y 46) y CARRERAS LLANSANA para quien el origen de las diversas teorías formuladas por la doctrina provenían especialmente de querer dar una solución doctrinal única a un fenómeno que presenta facetas diversas. Para este último autor, los síndicos representaban a los acreedores, de quienes recibían su nombramiento, asumiendo, cuando tomaban posesión de su cargo, la legitimación indirecta o por sustitución para realizar sobre el patrimonio del concursado o quebrado aquellos actos de disposición que fueran precisos, así como la posibilidad de ejercitar sus acciones procesales o comparecer en juicio como sustitutos del deudor demandado («El Juez y la Sindicatura...», cit., p. 257). Para un grupo considerable de autores, en definitiva, el síndico no representaba ni al quebrado ni a los acreedores, ni tampoco a una masa personalizada de bienes o patrimonio autónomo. En opinión de GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA el administrador no representaba al sujeto, ni a los acreedores ni al deudor, sino a los bienes, sin que en ningún caso se pudiera considerar tampoco representante legal de ese patrimonio (*Derecho Procesal Civil*, cit., p. 600). GUASP DELGADO, aunque de la misma opinión, añadía que, en ciertas ocasiones, representaban a las partes (*Derecho Procesal Civil. Parte Especial*, cit., pp. 611 y ss.). Asevera asimismo, respecto de los síndicos, que «puede no estimarse, por lo menos parcialmente, como componente del órgano jurisdiccional, ni principal ni auxiliar, sino como parte, y parte, no *ex officio*, ni en representación, sino sustitutiva de titulares indeterminados de los intereses afectados en la masa» (*La quiebra...*, cit., p. 239 y, en particular, la nota al pie 1).

¹³⁹ DE LA PLAZA NAVARRO sostenía que los síndicos tenían una condición mixta, pública y privada, pues, aun siendo privado su origen y privadas las funciones de representación que ejercían, tenían un matiz público por cuanto su función se dirigía a asegurar, en provecho común, el patrimonio comercial por encima de los intereses de acreedores y deudores

En lo que a las funciones se refiere, siguiendo la sistemática propuesta por GARRIGUES¹⁴⁰, podemos discernir dos grandes bloques. De una parte, las facultades de gestión y administración dirigidas a la satisfacción del fin de la quiebra, esto es, a la distribución del importe líquido de la masa activa¹⁴¹, así:

(*Derecho Procesal...*, cit., pp. 687 y ss.). En términos similares se pronunciaba TORRES DE CRUELLS, para quien «la naturaleza de los síndicos (...) es esencialmente privada, pero con una tutela de Derecho Público y cumpliendo, excepcionalmente, alguna función de este carácter», pues si bien la elección se efectúa por los acreedores, su posesión, la credencial y entrega de bienes deriva del juez o de su auxiliar más directo, el comisario («Consideración procesal...», cit., pp. 285 y 286). También dejan entrever esta naturaleza privada POLO DíEZ y BALLBÉ PRUNES al sostener que «el desapoderamiento del quebrado no se establece tanto como sanción, cuanto como garantía de los derechos de los acreedores: el desapoderamiento del deudor lo es precisamente para transferir, correlativa y automáticamente, a los acreedores la administración de su patrimonio. Pero en la imposibilidad de que todos y cada uno de los afectados por la insolvencia puedan llevar a cabo esa función de gobierno, surge y se justifica la figura del síndico» (*La quiebra...*, cit., pp. 45 y ss., y los argumentos allí esgrimidos sobre su carácter privado). Del mismo modo, la jurisprudencia parecía decantarse por el carácter privado del órgano, habida cuenta de aserciones que dejaban palmariamente claro que el interés primero que satisface la sindicatura es el de los acreedores (STS de 29 de diciembre de 1927 [*III Jurisprudencia Civil*, Tomo 179 (7º de 1927), Diciembre, Colección Completa de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo (en los recursos de nulidad, casación civil e injusticia notarial y en materia de competencias desde la organización de aquéllos en 1838 hasta el día; resoluciones hipotecarias dictadas por la Dirección General de los Registros y fallos del Supremo Tribunal de la Rota, cuya publicación se autorice) y por la Dirección General de los Registros y del Notariado, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Instituto Editorial Reus, S.A., Madrid, 1929, pp. 789 a 811] y STS de 7 de febrero de 1957 (núm. 99) [*Jurisprudencia Civil*, Tomo LIX, Enero-Febrero 1957, Colección Completa de las Resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo (en los recursos de casación civil y revisión y en materia de competencias) y por la Dirección General de los Registros y del Notariado, Arreglada y anotada por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Instituto Editorial Reus Centro de Enseñanza y Publicaciones, S.A., Madrid, 1959, pp. 1101 a 1102]), en coherencia con la máxima de que «el interés colectivo de la masa de acreedores se impone al individual de los mismos» (STS de 1 de marzo de 1929 (núm. 3) [*III Jurisprudencia Civil*, Tomo 188 (2º de 1929), Marzo y Abril, Colección Completa de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo (en los recursos de nulidad, casación civil e injusticia notarial y en materia de competencias desde la organización de aquéllos en 1838 hasta el día; resoluciones hipotecarias dictadas por la Dirección General de los Registros y fallos del Supremo Tribunal de la Rota, cuya publicación se autorice) y por la Dirección General de los Registros y del Notariado, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Instituto Editorial Reus, S.A., Madrid, 1929, pp. 18 a 25]).

¹⁴⁰ Cfr. GARRIGUES, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 445 y 446. Igual clasificación acoge DE LA PLAZA NAVARRO, *Derecho Procesal...*, cit., pp. 682 y 683.

¹⁴¹ Sobre el alcance que tiene el término administración en la quiebra, son interesantes al respecto las consideraciones realizadas por POLO DíEZ y BALLBÉ PRUNES. Estos autores aseveran que el concepto de administración empleado no es el proporcionado por la dogmática civil, sino que es mucho más amplio, por cuanto comprende todos aquellos actos que resulten necesarios para alcanzar el fin último de este procedimiento concursal, esto es, la enajenación de los bienes para la distribución de su producto entre los acreedores. «La adecuación de medios a fines es lo que configura como administración la total actividad de los Síndicos» y, por tanto, «todo acto que tienda a la conservación de los bienes o a la realización de los mismos es, por ende, en la quiebra, un acto de administración, permitido y obligado» para aquéllos (*La quiebra...*, cit., pp. 54 y ss.). Vid. también las consideraciones efectuadas por GUASP DELGADO, para quien «la administración en un proceso concursal, sea concurso de acreedores o sea una quiebra es, efectivamente, una designación sintética de un grupo de diligencias de la que en

el cobro de los créditos, la enajenación y realización de los bienes (art. 1218.3º y 4º LEC/1881), la administración de los bienes de la masa (art. 1218.2º LEC/1881), la formación del inventario (art. 1355 LEC/1881), el examen de los créditos, la proposición para su reconocimiento y su graduación (art. 1218.5º LEC/1881), la preparación de las acciones de reintegración de la masa (art. 1368 LEC/1881), la formación de un estado general de los créditos a cargo de la quiebra previo informe sobre la justificación de cada crédito contra la misma (art. 1380 LEC/1881), la promoción de la convocatoria así como la celebración de las juntas de acreedores en los casos en los que se considerara necesario. De otra, las facultades de representación referidas tanto al ámbito sustantivo – contractual- como al procesal. Respecto a las primeras, los síndicos podían celebrar contratos nuevos con terceros o asumir la ejecución de aquellos otros que el quebrado hubiera pactado. En lo atinente a las segundas, los síndicos representaban a la quiebra tanto en juicio como fuera de él (art. 1218.1 LEC/1881 en relación con el art. 1319 LEC/1881), ejerciendo las acciones y oponiendo las excepciones o medios de defensa que les competieran. Asumían la representación en juicio en los incidentes sobre reconocimiento y graduación de créditos (arts. 1264 y 1381 LEC/1881), en la causa criminal contra el quebrado (art. 1387 LEC/1881) y en el ejercicio de acciones de impugnación por los actos realizados por aquél en periodo sospechoso (arts. 1366 y ss. LEC/1881).

Como ya adelantábamos *supra*, del art. 878.1 CCom/1885 se desprendía que, declarada la quiebra, el quebrado quedaba inhabilitado para la administración de sus bienes¹⁴². No había, sin embargo, norma alguna, ni

estos casos de ejecución general se practican» y «la administración es aquí un concepto que el derecho positivo, como no puede por menos y cualquiera que sea su posición frente a los términos generales del problema, utiliza en sentido porcesal o, si se quiere, judicial, como aplicación de medios a fines procesales, es decir, al cometido que las cosas en cuestión tienen asignadas dentro del proceso. Como en una ejecución general, la finalidad de la cosa es la de ser realizada a los efectos de la satisfacción al acreedor, las actividades de realización no hacen más que proporcionar el instrumento necesario para llevar a cabo tal cometido y de aquí que sean administración en sentido procesal y no disposición, las cesiones, enajenaciones o trasposos a que antes se hacía referencia» (*La quiebra...*, cit., pp. 272 y ss. y, especialmente, 273 y 274).

¹⁴² Sin embargo, la dicción del art. 878.2 CCom/1885 -«todos sus actos de dominio y administración posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra serán nulos»- llevó a cuestionar a la doctrina si esa inhabilitación se producía desde la declaración

sustantiva ni procesal, que determinara si el sujeto declarado en quiebra tenía capacidad procesal. Esta falta de reconocimiento expreso no supone, empero, que el quebrado quede habilitado para comparecer en juicio, habida cuenta de la atribución que se hacía a los síndicos para continuar e iniciar el ejercicio de acciones y excepciones civiles relativas a los bienes comprendidos en el patrimonio concursal (arts. 1073.5, 1090 y 1091 CCom/1829 y art. 1218.1 LEC/1881).

De la unión de estas atribuciones con la inhabilitación efectuada para la administración de sus bienes se deduce una falta de capacidad para comparecer en juicio del quebrado¹⁴³; inhabilitación que imposibilitaba, así, que un sujeto declarado en quiebra pudiese intervenir como actor o como demandado en aquellos procesos que afectaban al patrimonio concursal.

Pese a la falta de claridad en el ámbito forense, otro argumento que podía sostener la falta de capacidad procesal del quebrado se asentaba sobre la consideración, advertida por la doctrina, de que dentro del término

judicial de quiebra, siguiendo el modelo de la Ley francesa de 28 de mayo de 1838 (*Des faillites et banqueroutes*) (art. 443), o si se iniciaba en un periodo anterior con la retroacción de las actuaciones. De la primera opinión encontramos, entre otros, a MASSAGUER FUENTES, *La reintegración de la masa en los procedimientos concursales*, Bosch, Barcelona, 1986, p. 65 y SANCHO GARGALLO, *La retroacción de la quiebra*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 43 y ss. En favor de la segunda tesis se decantaron, entre otros, GARCÍA VALDECASAS, *Dictamen sobre la quiebra...*, cit., p. 302; RAMÍREZ, *La quiebra...*, cit., p. 824; y ALCOVER GARAU, *La retroacción de la quiebra*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pp. 25 y ss. Esta cuestión fue abordada monográficamente por MARTÍNEZ FLÓREZ, *La inhabilitación...*, cit., especialmente, pp. 25 y ss. De otro lado, la jurisprudencia fue partidaria, en muchas de sus resoluciones, de retrotraer la inhabilitación al momento de cesión de pagos, así, las STS de 7 de marzo de 1931 (núm. 19) [*III Jurisprudencia Civil*, Tomo 199 (2º de 1931), Marzo y Abril, Colección Completa de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo (en los recursos de nulidad, casación civil e injusticia notarial y en materia de competencias desde la organización de aquéllos en 1838 hasta el día; resoluciones hipotecarias dictadas por la Dirección General de los Registros y fallos del Supremo Tribunal de la Rota, cuya publicación se autorice) y por la Dirección General de los Registros y del Notariado, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Instituto Editorial Reus, S.A., Madrid, 1932, pp. 119 a 131], STS de 29 de octubre de 1962 (núm. 764) [*Jurisprudencia Civil*, Enero-Febrero 1960, Tomo LXXXV, Ministerio de Justicia, Colección Legislativa de España, Primera Serie, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1960, pp. 875 a 882], STS de 13 de julio de 1984 (núm. 4649) [*Jurisprudencia Civil*, Mayo-Julio 1984, Ministerio de Justicia, Colección Legislativa de España, Primera Serie, Centro de Publicaciones, Madrid, 1985, pp. 3412 a 3428] y STS de 15 de noviembre de 1991 (núm. 820) [*Jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil*, Consejo General del Poder Judicial, 1991, Cuarto trimestre, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1993, pp. 754 a 757].

¹⁴³ Así lo ha puesto de manifiesto la jurisprudencia en varias ocasiones, entre ellas, la STS (Sala de lo Civil) de 7 de febrero de 1994 [RJ 1994, 914].

administración –actos de administración y disposición- de los bienes del patrimonio concursal debían incluirse los actos que se pudieran realizar tanto dentro como fuera del proceso¹⁴⁴. Lógicamente, si se inhabilitaba al quebrado para la administración de los bienes con el fin de proteger a los acreedores, esta protección no solo debía limitarse al ámbito comercial –extraprocesal-, sino que debía ser extensible al ámbito forense, con la correspondiente atribución de facultades a los síndicos –o a los depositarios-administradores hasta su nombramiento-; pues si actos de disposición fraudulenta de los bienes podían realizarse en el comercio, de igual modo podían tener lugar en el ámbito procesal –al allanarse, al renunciar o al desistir-.

De otro lado, parece meridianamente claro que no nos encontramos propiamente ante un supuesto de incapacitación, ni en el ámbito sustantivo ni en el procesal¹⁴⁵. Sin embargo, se ha discutido acerca de si la referida falta de aptitud para comparecer en juicio debía entenderse, más que como una limitación a la capacidad procesal, como una inhabilitación para administrar o disponer¹⁴⁶¹⁴⁷. No podemos hablar, en rigor, de incapacidad procesal, pues es cuestionable afirmar que le estuviera vedada al quebrado la imposibilidad de comparecer en toda clase de juicio. Esta limitación se circunscribía

¹⁴⁴ Cfr. GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Civil* (con HERCE QUEMADA), tomo I, 8ª ed., Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1979, p. 383; y PRIETO-CASTRO, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, 2º ed., Aranzadi, Pamplona, 1985, pp. 295, 296 y 319.

¹⁴⁵ No podía afirmarse que el quebrado estuviera incapacitado en el sentido de los arts. 200 y ss. CC, ya que éste no sufría «enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma» ni ningún otro tipo de incapacidad de obrar.

¹⁴⁶ Sobre esta segunda opción, de manera destacada, MARTÍNEZ FLÓREZ, para quien, la incapacidad, frente a la inhabilitación para administrar y disponer de los bienes integrantes de la masa de la quiebra, constituye una cualidad personal e intrínseca del sujeto, abstracta y general. El hecho de que la inhabilitación no sea una cualidad personal del sujeto, sino una limitación impuesta al titular del patrimonio destinado a un fin específico -la satisfacción de los acreedores-, permite explicar que, en los casos en los que el patrimonio cambiaba de titular, por sucesión mortis causa, la inhabilitación seguía siendo efectiva respecto al adquirente, cuestión ésta no predicable respecto a la incapacidad. Además, la inhabilitación no era una cualidad abstracta y general pues, fuera del ámbito estrictamente patrimonial, el quebrado podía realizar, válidamente, cualquier acto jurídico («Sobre la naturaleza...», cit., p. 532).

¹⁴⁷ Como tendremos ocasión de analizar, si bien la incapacidad ha sido del todo denostada como opción viable en el régimen actual, todavía siguen abiertos los debates sobre si nos hallamos ante un supuesto de prohibición de administrar y disponer o, por el contrario, ante una limitación de la capacidad de obrar. Los supuestos de inhabilitación previstos en el sistema anterior (art. 878 CCom/1885 y 1912 CC) se reservan, en el régimen vigente, a la sanción de carácter temporal que, sobre las personas afectadas, se derivan de aquellos concursos calificados como culpables.

exclusivamente a aquellos supuestos que podían tener repercusión en el ámbito patrimonial. Por ello, la doctrina mayoritaria de aquel tiempo, compartida por el que suscribe, aseveraba que de lo que se privaba al quebrado era de la legitimación *ad processum* y no de su capacidad procesal¹⁴⁸.

Por último, conviene señalar que los síndicos podían ser separados del cargo por el juez, a instancia de cualquier acreedor o del propio comisario, cuando cometieran abusos en el ejercicio de sus funciones (art. 1348 LEC/1881)¹⁴⁹. Los síndicos tenían derecho de remuneración (art. 1219 LEC/1881) y debían rendir cuenta de su gestión al finalizar el ejercicio del cargo (arts. 1362 y 1364 LEC/1881 y 1134 y 1135 CCom/1829).

2.6. Influencia del régimen precedente en la conformación del régimen actual

Sentadas las premisas de los órganos actuantes en el régimen precedente, llegamos a la conclusión que no existe un corte radical entre las anteriores disposiciones y las actuales, sino que la LC nace, en gran medida, del conocimiento de los aciertos y los errores de la regulación anterior. De ahí la importancia de describir, si bien someramente, cuál era el papel que estos órganos venían desempeñando para, de este modo, sentar las bases nuestro estudio.

En coherencia con el principio de unidad –de disciplina y de sistema- que implantó la LC¹⁵⁰, la figura de la administración concursal vino a refundir el

¹⁴⁸ Así, se han pronunciado, entre otros, GUASP DELGADO al afirmar que «más que pérdida de la capacidad, lo que hay es privación, al concursado o quebrado, de la legitimación procesal para litigar sobre sus bienes, puesto que el concursado o quebrado puede comparecer en juicio, dentro del concurso o quiebra, para defender sus derechos, y, fuera de él, para actuar en litigios que no guarden relación con los intereses patrimoniales sometidos a ejecución colectiva. Se trata, por lo tanto, de una pura imposibilidad fundada en el desapoderamiento que sufre de sus bienes y que transmite a los órganos del concurso o quiebra las facultades procesales correspondientes no en representación, sino en sustitución de los que en el futuro hayan de ser titulares de los bienes sobre los que el concurso o quiebra recae» (*Derecho Procesal Civil*, cit., p. 181).

¹⁴⁹ Para el procedimiento y las causas de sustitución, vid. arts. 1225 y 1226 LEC/1881. Respecto a posibles abusos de los síndicos en la administración del concurso y las facultades conferidas al juez al respecto, vid. art. 1233 LEC/1881.

¹⁵⁰ La simplificación de procedimientos era una de las finalidades que pretendía la reforma acometida con la LC que, en particular, buscaba pasar a un modelo unitario frente a la

maremágnum de funciones que en el anterior sistema concursal tenían atribuidos, de una parte, los interventores judiciales en el procedimiento de suspensión de pagos y, de otra, los síndicos, depositarios y comisarios y, en parte, la junta de acreedores, en los procesos de quiebra¹⁵¹.

Aunque, como hemos comprobado, a todos ellos se les asignaban funciones de control y conservación del patrimonio del concursado para asegurar una adecuada gestión de los negocios, conviene advertir, no obstante, que la regulación de la administración concursal supuso tanto cierta ruptura con la sindicatura de la quiebra como cierta reforma respecto al régimen previsto para los interventores judiciales en la suspensión de pagos¹⁵².

Aunque el conjunto de labores que se atribuyen a la administración concursal es más próximo al régimen de los interventores judiciales, ésta lleva a cabo labores de liquidación de suma importancia para el concurso que en el régimen precedente eran solo previstas para los síndicos¹⁵³. Éstos contaban con una función de mayor recorrido que los interventores judiciales, en tanto

diversidad de procedimientos anteriores, partiendo de un único presupuesto subjetivo que no distinguiera en función de la cualidad de comerciante (o no) del deudor. Esta tendencia se aprecia en la Exposición de Motivos de la referida Ley cuando señala que «la superación de la diversidad de instituciones concursales para comerciantes y no comerciantes es una fórmula que (...) viene determinada por la tendencia a simplificar el procedimiento, sin que ello suponga ignorar determinadas especialidades del concurso de los empresarios sometidos a un estatuto propio -llevar a cabo la obligación de la contabilidad, inscripción en el Registro Mercantil- y de la existencia en la masa activa de unidades productivas de bienes o de servicios, especialidades que son tenidas en cuenta a lo largo de la regulación del concurso, desde su solicitud hasta su solución mediante convenio o liquidación».

¹⁵¹ TIRADO MARTÍ define, respecto al Proyecto de Ley Concursal de 23 de julio de 2002 (publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* (en adelante, BOCG), Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, núm. 101-1), de «arriesgada» la fusión que, en el nuevo órgano de administración, se produce entre síndicos e interventores del régimen precedente, originándose, a su juicio, una «generalización no adecuadamente lograda de soluciones específicas y con algunas incoherencias tan evidentes que resultan llamativas» («La sindicatura...», cit., p. 153 y, en particular, nota al pie 9).

¹⁵² Cfr. NÚÑEZ LOZANO, «La administración del concurso», *Ley 22/2003, concursal: puntos críticos*, ELORZA GUERRERO y GUERRERO LEBRÓN (coords.), Ministerio de Ciencia e Innovación, Madrid, 2009, p. 39.

¹⁵³ En este sentido, conviene advertir que cuando la Exposición de Motivos (Apartado IV) de la LC señala «la administración concursal se regula conforme a un modelo totalmente diferente del hasta ahora en vigor» parece estar pensando exclusivamente en la sindicatura del régimen de quiebra, pues la composición, tareas y nombramiento de los interventores judiciales recuerdan al modelo de administración concursal implantado con la LC.

que asumían, además de la liquidación del patrimonio existente, su reparto entre los acreedores¹⁵⁴.

Con el régimen legal establecido en la LC, se produjo un importante cambio cuantitativo y cualitativo en las funciones asignadas al órgano de administración concursal¹⁵⁵. De este modo, la figura de la administración concursal, no exenta de problemas en lo que a su configuración terminológica se refiere¹⁵⁶, pasa a tener un haz de funciones mucho más claro que el previsto

¹⁵⁴ Vid. CORTADAS ARBAT, LLATJÓS SANUY, CAPDEVILA FRANCÀS Y CAPDEVILA DALMAU, *La administración concursal*, Bosch, Barcelona, 2005, p. 15.

¹⁵⁵ Recordemos que la Exposición de Motivos de la LC establecía en su apartado IV que «la Ley simplifica la estructura orgánica del concurso. Solo el juez y la administración concursal constituyen órganos necesarios en el procedimiento (...) La reducción de los órganos concursales tiene como lógica consecuencia la atribución a éstos de amplias e importantes competencias (...) A la administración concursal se encomiendan funciones muy importantes». Por su parte, la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, recoge en su Preámbulo (apartado VII) que «la Ley es consciente de la importancia del papel que desempeñan en este ámbito los administradores concursales y busca una mayor profesionalización, al tiempo que realza sus funciones y responsabilidad. Puede destacarse, así, la potenciación que se efectúa de las funciones de la administración concursal».

¹⁵⁶ La terminología empleada por el legislador para referirse a este órgano ha suscitado, desde su origen, enconadas polémicas. Aunque en la confección de la nueva figura en el Anteproyecto de la vigente LC la denominación utilizada fue la de “administración judicial”, la confusión conceptual respecto a otras figuras contempladas en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC) –nótese que la Sección Séptima del Capítulo III del Título IV se denomina «de la administración judicial» (arts. 630 a 633)- motivó la modificación nominal de la figura, desde entonces conocida como “administración concursal”. Esta alteración fue fruto de la enmienda núm. 595 presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados (publicado en el BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, serie A: Proyectos de Ley, de 2 de diciembre de 2002, núm. 101-15, p. 328). A nuestro juicio, el cambio es acertado. Mantener la inicial denominación hubiera desembocado en inevitables cuestionamientos sobre la consideración del órgano de administración como órgano judicial. Así, las reticencias y peticiones de modificación no tardaron en llegar; el respeto a la tradición concursal española y la confusión que respecto de terceros podía producir la nueva expresión fueron los pilares sobre los que se sustentaron las críticas. El empleo del nuevo vocablo parece sugerir que la principal función del órgano sea la de administrar el patrimonio del deudor declarado en concurso. Sin embargo, como sabemos, la regla general en los concursos voluntarios es la conservación por el deudor de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, desempeñando el «administrador» el papel de mero interventor. Esta realidad y la vigilancia o control que, sobre el patrimonio del deudor, ejerce de manera inexcusable este órgano, quizá hubiera hecho más acorde con la naturaleza de la función ejercida la denominación de “interventor” (sobre este extremo, *vid.* PRADA GAYOSO, «La administración concursal», *Revista del Poder Judicial*, nº extra 18, 2004, p. 59). La apariencia de continuidad implícita en el vocablo «administrador» también ha sido objeto de crítica. En puridad, el órgano de administración no goza de esta característica en todo momento; su función de “administrador” en el seno del proceso concursal varía de manera notable tras la fase común: bien porque se alcance un convenio –con la suspensión de sus funciones o la delimitación de las mismas en el mismo-, bien porque éste no se haya logrado y la administración asuma las funciones de liquidación del patrimonio. Desde este punto de vista sería conveniente un cambio terminológico. Reconocidas entidades y organismos abogaron por el término de “síndicos” o “interventores” en función de las concretas competencias asignadas

para los órganos del régimen precedente. En coherencia con ello, presenta, respecto al sistema anterior, un carácter mucho más profesionalizado, no solo por la formación exigida sino también por cuanto sus decisiones afectan de manera directa al devenir del propio concurso¹⁵⁷. En definitiva, el órgano de administración se presenta con un carácter más completo, previéndose, en consonancia, un régimen de responsabilidad más estricto.

El ámbito de alcance de la labor de administración está en gran medida vinculado a la decisión judicial de suspensión o intervención de las facultades del deudor. En caso de que el deudor se vea sometido al primero de los regímenes indicados (art. 40.1 LC), verá suspendidas sus facultades de administración y disposición sobre los bienes y derechos integrantes de la masa activa. Por el contrario, en el caso de que se decrete la intervención (art. 40.2 LC), el concursado sigue manteniendo la administración y disposición de

–suspensión o intervención-. Razones de peso apoyaban esta opción: es el criterio lógico si tenemos en cuenta la esencia de los poderes atribuidos; y también atendiendo al hecho de que el tercero ajeno al concurso que se relacionara con los administradores podría saber, con la simple denominación de éstos, el alcance de las facultades asignadas. Sin embargo, el encaje de la conceptualización en el grueso de la reforma no parece certero. De un lado, porque contrariaba la finalidad de simplificación orgánica perseguida por la LC; de otro, porque suponía alejarse del principio de unidad de sistema que con la reforma se pretendía instaurar. La enmienda núm. 255 planteada por el Grupo Parlamentario Socialista (publicado en el BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, serie A: Proyectos de Ley, de 2 de diciembre de 2002, núm. 101-15, p. 189) propuso que la denominación única fuera la de “sindicatura”. Se aducía en la enmienda que el término “administración judicial” podía generar confusión en personas de escasa formación jurídica. Argumento, a nuestro juicio, infundado pues difícilmente puede un lego en Derecho llegar a discernir entre “síndico” e “interventor” y, sin embargo, pueda llevarle a confusión el término «administrador judicial» (vid. al respecto, las consideraciones de MARTÍNEZ JIMÉNEZ y SIERRA NOGUERO, «Los órganos del concurso y la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal», *Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, tomo II, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 1429 y YANES YANES, «La administración concursal», *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003*, GARCÍA VILLAVARDE, ALONSO UREBA y PULGAR EZQUERRA (dirs.), Dilex, Madrid, 2003, p. 182). Por lo expuesto, parece que el término “administradores”, con las oportunas reservas, se postuló como el más idóneo para el régimen legal que se pretendía implantar. Su carácter neutro, carente de referencias que pudieran asociarse a la regulación precedente, permite colegir que esta opción es la más acertada. También resultan interesantes en lo relativo al problema terminológico de la administración concursal, las consideraciones contenidas en el Informe sobre el Anteproyecto de Ley Concursal presentado por el Consejo General del Poder Judicial (en adelante, CGPJ), de 10 de octubre de 2001, y en el Dictamen emitido por el Consejo de Estado, de 21 de marzo de 2002 (*La reforma de la legislación concursal: jornadas sobre la reforma de la legislación concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO (dir.), Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 359 y ss.).

¹⁵⁷ Véanse sin más las funciones de carácter técnico que le son atribuidas. Funciones que recuerdan tanto a algunas de las que ejercían los interventores judiciales en la suspensión de pagos como a aquellas asignadas a los comisarios en la quiebra.

sus bienes, si bien con la necesaria autorización o conformidad de la administración concursal para la realización eficaz de determinados actos. De lo expuesto se desprende que la suspensión se asemeja, *mutatis mutandi*, a la quiebra y al antiguo concurso de acreedores, mientras que la intervención hace lo propio respecto a la suspensión de pagos¹⁵⁸.

¹⁵⁸ Al igual que ocurría con la antigua quiebra, en el régimen de suspensión se confía la administración y gestión del patrimonio a los administradores concursales. Sin embargo, en el régimen de intervención, como podíamos encontrar en la suspensión de pagos, se consideraba aconsejable mantener la administración de los bienes por el suspenso, previa adopción de medidas de precaución y vigilancia dirigidas a evitar una mala administración por parte del concursado. En la suspensión de pagos, si se dejaba continuar en la administración al suspenso, no era para que se agravase la situación económica de su patrimonio sino para que, mejor conocedor de su negocio y de la marcha del mismo, pudiera remontar dificultades, quizás momentáneas y fortuitas, y acrecentar aquél en beneficio común del deudor y los acreedores. Es muy probable que el origen del actual régimen de intervención radique en aquel fin previsto en la suspensión de pagos. Los administradores limitan su actuación a una inspección y vigilancia de la administración por parte del suspenso, concurriendo con el deudor a todos los actos de gestión de su patrimonio (vid. GUILARTE MARTÍN-CALERO, *La capacidad del deudor concursado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, p. 14).

RIASSUNTO CAPITOLO II

1. Risoluzione dichiarativa di fallimento e costituzione dell'*administración concursal*

Con la risoluzione dichiarativa di fallimento comincia l'andatura dell'*administración concursal*. La dichiarazione del fallimento limita i poteri del debitore, sia sostantivi che processuali, svolgendo l'*administración concursal*, da questo momento, un ruolo molto rilevante nell'efficace sviluppo del processo. Dalla risoluzione dichiarativa di fallimento deriva, quindi, non soltanto la propria esistenza dell'*administración concursal* ma anche le sue funzioni.

Il fallimento si sviluppa attraverso un procedimento *ex lege* prefissato, suddiviso in sezioni, che s'inizia con la risoluzione dichiarativa di fallimento come atto che regge il processo. L'art. 21.2 LC ci dice che la risoluzione produce i suoi effetti immediatamente, aprendo la *fase común* procedurale del fallimento, che comprende le attuazioni contemplate nei quattro primi titoli della LC, essendo esecutiva nonostante essa non sia definitiva. Le rubriche dei titoli compresi nella fase indicata sono rispettivamente: "Della dichiarazione fallimentare"; "Dell'*administración concursal*"; "Degli effetti della dichiarazione fallimentare"; e "Del parere dell'*administración concursal* e della determinazione delle masse attive e passive del fallimento".

Per avere la condizione di *administrador concursal* non è sufficiente la designazione giudiziale. È necessaria l'accettazione da parte degli amministratori davanti al giudice attraverso la propria comparizione. Tale accettazione diventa una condizione d'efficacia della risoluzione giudiziale sulla quale si rende effettiva la loro designazione. È una *condicio iuris* di carattere sospensivo che diventa effettiva solamente dopo l'atto d'accettazione. Soltanto quando avverrà questa, e di conseguenza si sarà perfezionata la designazione, potrà essere considerata costituita l'*administración concursal*, potendo, da quel

momento, esercitare funzioni ostentando quella condizione, sebbene con effetti retroattivi al momento in cui è stata dettata la risoluzione dichiarativa di fallimento.

2. Il regime giuridico dell'*administración concursal*

Il regime giuridico dell'*administración concursal* è contenuto, fondamentalmente, nel Titolo II della LC sotto la rubrica dell'*administración concursal* (artt. 26 a 39). Questo Titolo, dopo un precetto dedicato alla formazione della sezione seconda (art. 26), si compone di due capitoli destinati, il primo, alla designazione degli *administradores concursales* (artt. 27 a 33) ed, il secondo, a regolare il loro statuto giuridico (artt. 34 a 39). Nonostante lo sforzo realizzato dal legislatore di concentrare in un unico Titolo la regolazione dell'*administración concursal*, la mancanza di una norma che includa in modo dettagliato le funzioni a loro attribuite produce inevitabilmente una dispersione normativa nel suo trattamento.

Nell'analizzare il regime giuridico dell'*administración concursal* nel sistema vigente cerchiamo di offrire una visione il più possibile rigorosa, ma senza dimenticare che l'oggetto della nostra tesi non è analizzarne lo statuto giuridico, questione prettamente sostanziale, bensì fissare le basi per capire il ruolo svolto dalla *administración concursal* nella *fase común* del fallimento.

Di fronte al sistema collegiale di *administración concursal* stabilito dalla LC, tradizione dell'Ordinamento giuridico spagnolo, siamo arrivati, con la Legge 38/2011, a un sistema nel quale l'*administración concursal* è integrata -in principio- da un unico membro. Costui dovrà essere in possesso di alcune delle seguenti caratteristiche: essere avvocato con cinque anni d'esperienza professionale effettiva nell'esercizio che abbia accreditato una formazione specializzata in Diritto Fallimentare; essere economista, commercialista o revisore di conti con cinque anni d'esperienza professionale effettiva che possa dimostrare la propria specializzazione in Diritto fallimentare (art. 27.1.1° y 2° LC).

Inoltre, dalla regolazione attuale, si deduce una netta preferenza per la persona giuridica *administrador concursal*.

Per quanto riguarda al soggetto incaricato di procedere alla designazione dei membri integranti dell'organo di amministrazione, è effettuata direttamente dal giudice tra coloro che avessero manifestato la propria disponibilità per esercitare la funzione nei suoi rispettivi registri.

3. Lo statuto giuridico dell'*administración concursal*

Il Capitolo II –retribuzione (art. 34), esercizio delle attribuzioni (art. 35), responsabilità (art. 36), separazione (art. 37), nuova nomina (art. 38), reclami (art. 39)- del Titolo II LC ha come rubrica Statuto giuridico degli *administradores concursales*. Anche se i precetti dedicati alle incapacità, incompatibilità e divieti (artt. 28 e 29.2), accettazione (art. 29) e ricusazione (art. 33) sono inseriti nel Capitolo I (Della designazione degli *administradores concursales*), a nostro avviso, per un trattamento sistematico più adeguato, devono essere analizzati tutti insieme in questo epigrafe. Queste particolarità non vengono dettagliate nel riassunto. Rimandiamo, quindi, al testo principale della tesi.

4. Caratterizzazione e natura giuridica dell'*administración concursal* nel regime vigente. Rapporti con altri soggetti del fallimento e delimitazione delle sue competenze

La corretta delimitazione delle competenze dell'*administración concursal* e la sua adeguata ordinazione nel seno del processo fallimentare è talmente importante che da essa dipende in grande misura la validità del fallimento come istituzione regolatrice delle situazioni di crisi aziendale. Basta guardare il numero di funzioni che sono attribuite all'*administración concursal* in ogni fase del fallimento, per arrivare alla conclusione che, in ogni momento, il suo sviluppo dipende fortemente della sua attuazione. Possiamo affermare che, almeno in parte, l'esistenza del fallimento è giustificato se *l'administración concursal* è capace di sviluppare efficacemente le sue eterogenee funzioni ad essa assegnate.

Come già rilevato dall'Exposición de Motivos (paragrafo IV) della LC soltanto il giudice e l'*administración concursal* sono organi necessari nel procedimento. Mentre il primo è l'organo rettore di tutto il processo, l'*administración concursal* assume un ruolo di assistenza e ausilio di carattere tecnico, che anche se sottoposto alla supervisione permanente del primo, vanta competenze e funzioni proprie conferendogli una certa autonomia e stabilità. È un organo che ha funzioni di gestione nell'attività del debitore secondo il regime stabilito, *intervención o sustitución*, e di difesa dei creditori, senza dimenticare un'importante funzione di cooperazione e di assistenza al giudice.

La considerazione dell'*administración concursal* come organo necessario e permanente del procedimento deriva dalla sua ineluttabile presenza in tutte le fasi del processo. In particolare, all'interno della *fase común* la sua presenza ha uno speciale significato.

Anche se, in considerazione dell'interesse che persegue, si potrebbe pensare che l'*administración concursal* ha un carattere privato, quest'affermazione deve essere precisata. Da una parte, perché la designazione è realizzata dal giudice per imposizione della legge e non dalla *junta de acreedores* come occorreva con i sindaci. Dall'altra, perché le funzioni attribuite all'*administración concursal* sono assimilabili a quelle di coloro che sviluppano funzioni pubbliche. Rafforza quest'ultima considerazione il fatto che il legislatore fornisca agli *administradores concursales* determinate garanzie d'indipendenza, imparzialità e, in definitiva, di disinteresse obiettivo, simili a quelle assegnate a chi sviluppa funzioni pubbliche.

Il rapporto dell'*administración concursal* con il debitore fallimentare è la più conflittuale di tutte. La difficoltà di questo rapporto proviene, fondamentalmente, dal regime di *sustitución o intervención* stabilito dal giudice e dalla configurazione di poteri che, rispetto al patrimonio del debitore, possiede l'*administración concursal*.

Il rapporto dei creditori con l'organo di amministrazione fallimentare è un elemento decisivo per la sua configurazione. Il fallimento s'indirizza, in primo

luogo, per raggiungere la soddisfazione dell'interesse dei creditori articolando un sistema di gestione ed esercizio di azioni che permette di aumentare il valore della massa attiva per procedere successivamente alla ripartizione. In questo senso, gli amministratori diventano uno strumento di aggressione processuale contro il patrimonio del debitore esercitando azioni che, prima della dichiarazione di fallimento, corrispondevano, *uti singuli*, ai creditori (art. 48 bis LC). Come sappiamo, dopo la risoluzione dichiarativa di fallimento che lo dichiara, i creditori sono raggruppati *ex lege*, rinunciando in modo collettivo all'esercizio di azioni che prima appartenevano loro. Da questo momento, i creditori passano a conformare la massa di creditori o massa passiva del fallimento con un trattamento diverso regolato dal principio della *par condicio creditorum*.

Per quanto riguarda al giudice fallimentare, *l'administración concursal* esercita anche un ruolo importante in tutte le fasi del fallimento, aiutandolo e collaborando con lui. Il giudice e *l'administración concursal* hanno la stessa finalità, e cioè cercare l'interesse del fallimento. Tuttavia, mentre il giudice gode di natura pubblica –essendo investito come garante ultimo della legalità–, l'organo d'amministrazione presenta, come già sottolineato, una natura privata.

Per ultimo, ci soffermeremo sull'analisi dell'ambito di competenza dell'organo *d'administración concursal*. A questo scopo cercheremo di delimitare i contorni precisi entro i quali deve agire il suddetto organo.

Le competenze dell'*administración concursal* sono circoscritti sotto un doppio profilo: da un lato, la perdita di legittimazione del debitore -con precisazioni secondo il regime decretato- e dei creditori, in considerazione del fatto che le stesse attuazioni non possono essere svolte contemporaneamente o alternativamente né dall'amministratore e il fallito né dall'amministratore e i creditori; dall'altro, la ricerca dell'interesse fallimentare, rappresentato dalla determinazione della massa attiva.

Con la riforma operata dalla Legge 38/2011, sono state potenziate le funzioni attribuite all'*administración concursal*, ampliandosi in maniera considerevole le facoltà conferite in tutte le fasi del processo.

Il compito iniziale dell'*administración concursal* è quello di controllare la gestione del debitore. L'*administración concursal* rappresenta in giudizio la massa fallimentare. Un ulteriore importante funzione attribuita riguarda la riorganizzazione e il risanamento della massa fallimentare allo scopo di garantire la soddisfazione dei creditori. Un altro blocco di funzioni attribuiti all'*administración concursal* è quello di effettuare informazione all'interno del processo. Inoltre, l'*administración concursal* ha funzioni di coordinazione e controllo all'interno del procedimento stesso.

5. Un'annotazione di diritto comparato. Gli organi di amministrazione fallimentare in altri paesi

Nei sistemi fallimentari attuali dei diversi Paesi, soggetti negli ultimi tempi a importanti riforme, l'organo d'amministrazione ha diverse funzioni, essendo, insieme all'organo giurisdizionale, l'istituzione centrale del procedimento.

Come elemento comune a tutti questi sistemi, possiamo sottolineare che, dato l'alto livello di partecipazione dell'organo d'amministrazione nella maggior parte delle pratiche del procedimento e la sua esistenza strumentale ai fini del fallimento, dalla sua configurazione e regolazione attraverso il processo dipende in grande misura il successo (o l'insuccesso) della soluzione fallimentare.

In considerazione di questa premessa e del fatto che il legislatore spagnolo, nel configurare i suoi organi d'amministrazione fallimentare si è ispirato ad altri ordinamenti giuridici, si rende necessario osservare la configurazione giuridica assegnata a tali organi nei diversi Paesi. Su questo punto rimandiamo ancora al testo principale della tesi.

CAPÍTULO II

CONSTITUCIÓN Y RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ACTUAL ADMINISTRACIÓN CONCURSAL EN ESPAÑA

1. EL AUTO DE DECLARACIÓN DEL CONCURSO Y LA CONSTITUCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

1.1. El auto de declaración del concurso como presupuesto para el nacimiento de la administración concursal

Con el auto de declaración del concurso comienza la andadura de la administración concursal¹⁵⁹. Su nacimiento responde a uno de los efectos legales que derivan del pronunciamiento jurisdiccional estimatorio de la pretensión que se ejercita al solicitar el concurso, cuya *causa petendi* es la insolvencia del deudor.

En la actualidad, la naturaleza constitutiva del auto de declaración del concurso es algo pacíficamente admitido¹⁶⁰¹⁶¹. La pretensión que se ejercita

¹⁵⁹ En este sentido vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, «Aproximación al proceso de declaración de quiebra», *Revista de Derecho Mercantil*, nº 146, 1977, pp. 479 y ss. En la línea marcada por este autor se ha posicionado la doctrina más autorizada, entre otros, OLIVENCIA RUIZ cuando señala que «el concurso es un estado jurídico que necesita de una declaración judicial, sobre la base de un estado económico de insolvencia (presupuesto), y que da origen a un procedimiento» («Facultades del juez y voluntad de las partes en el procedimiento de declaración de concurso», *Revista del Poder Judicial*, nº extra 18, 2004, p. 37); RIFÁ SOLER para quien «solo existe concurso si existe un auto judicial que en ese estado lo constituye» «Comentario al artículo 21», *Derecho Concursal Práctico*, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (dir.), Iurgium, Madrid, 2004, p. 136); ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y TIRADO MARTÍ, «Comentario al artículo 21», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, pp. 472 y 473; y PÉREZ DEL BLANCO, *Efectos procesales de la declaración del concurso. La vis atractiva concursal*, Reus, Madrid, 2007, pp. 16 a 18.

En el Ordenamiento jurídico italiano, la declaración de *fallimento* se realiza por medio de sentencia. En este sentido, el art. 16 del Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267, «Legge fallimentare» (en adelante, Legg. fall.) establece que: «il tribunale dichiara il fallimento con sentenza, con la quale (...) nomina il curatore».

¹⁶⁰ La naturaleza jurídica del auto ha sido profundamente debatida (para una breve exposición de las posturas doctrinales sobre la naturaleza jurídica del auto de declaración, si bien referidas a la institución de quiebra, vid. MARCOS GONZÁLEZ LECUONA, *La declaración formal de quiebra y sus efectos*, Cedecs, Barcelona, 1997, pp. 221 a 230). Son conocidos los esfuerzos que parte de la doctrina ha realizado para intentar explicar el proceso concursal como un proceso de ejecución, si bien, en la actualidad, es pacífica o, al menos generalmente admitida, su naturaleza constitutiva (entre otros muchos, RIFÁ SOLER, «Comentario al artículo 21», cit., p.

136; PEITEADO MARISCAL, *La declaración de concurso*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, p. 207; y ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y TIRADO MARTÍ, «Comentario al artículo 21», cit., p. 473. Para estos últimos «la naturaleza del auto desborda los límites de la ejecución»). De manera novedosa se pronunció al respecto CORTÉS DOMÍNGUEZ en su trabajo «Aproximación...», cit., pp. 474 y ss., especialmente nota al pie 19, con las referencias al Derecho foráneo y patrio allí contenidas. Este autor articuló una construcción doctrinal a través de lo que denomina el derecho a pedir el cambio jurídico -que no el derecho al cambio jurídico- y que formula como un «verdadero derecho potestativo que tanto tienen determinados acreedores frente al deudor, como éste de frente a los acreedores» (pp. 476, especialmente, nota al pie 22, 477, 482 y 483). De nuevo sobre el carácter constitutivo vid. del mismo autor, en el actual régimen, «La naturaleza jurídica de la declaración judicial de concurso», *Tratado de Derecho Mercantil*, OLIVENCIA RUIZ, FERNÁNDEZ-NÓVOA y JIMÉNEZ DE PARGA (dirs.); JIMÉNEZ SÁNCHEZ (coord.), vol. 7 (*Derecho Procesal Concursal*), Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 21 y la referencía allí contenida al art. 522 LEC en la que encuentra cobijo la teoría expuesta casi tres décadas antes: «que el concurso no es una actividad ejecutiva estaba ya claro en la legislación derogada en 2003. La mal llamada entonces ejecución universal o general, fue el resultado de un deficiente análisis de nuestra legislación. Lo que entonces era claro, y así lo defendimos (...), lo es ahora mucho más, pues toda la actividad que lleva a cabo el órgano judicial tras el auto declarando el concurso, no es sino una manifestación del principio general que recoge el art. 522 LEC de la necesidad y oportunidad de llevar a cabo actuaciones judiciales para dar eficacia a las resoluciones judiciales constitutivas. Podríamos decir que el art. 522 LEC es una norma en blanco, que en el caso del concurso, se concreta en todas y cada una de aquellas normas que regulan dicho procedimiento, y las actuaciones contenidas en el mismo, posteriores al auto declarando el concurso. Esa actividad no es ejecutiva, es una actividad jurisdiccional, de muy variado signo, que debe llevar a cabo el órgano judicial para que la creación de la situación jurídica de concursado no quede ineficaz». También de interés en torno a la naturaleza constitutiva del auto y el derecho a pedir el cambio jurídico en el nuevo régimen, las pp. 24 y ss. Relevantes asimismo las reflexiones que sobre la naturaleza del auto realiza PULGAR EZQUERRA, para quien esta resolución tiene no solo un carácter constitutivo sino también declarativo. Naturaleza ésta que funda sobre la base de que el auto se dirige a la realización de la función jurisdiccional declarativa en tanto que declara la preexistencia de una situación jurídica determinada a través de la comprobación de los presupuestos de la declaración de concurso (*El concurso de acreedores. La declaración*, La Ley, Madrid, 2009, p. 809). No compartimos este último extremo, pues lo que hace el auto es declarar que se dan los presupuestos para constituir una nueva situación jurídica, el concurso. En todo caso, el auto estimatorio conllevaría la declaración implícita de que concurren los presupuestos para la declaración de aquél. Pero ello no supone, a nuestro juicio, que nos encontremos ante una actividad declarativa, pues la pretensión que se ejercita es constitutiva de la nueva situación jurídica, lo que pasa indefectiblemente por comprobar que concurren los presupuestos. La naturaleza declarativa no es, por tanto, predicable, pues lo que se pretende es la creación de una nueva situación jurídica con modificaciones y extinción de relaciones y situaciones preexistentes. Mantener la naturaleza declarativa del auto en este supuesto supondría reconocer que a toda resolución constitutiva le antecede otra declarativa en la que se declare que concurren los presupuestos para la constitución de esa nueva situación jurídica.

¹⁶¹ En el Ordenamiento jurídico italiano, la mayor parte de la doctrina considera que tiene naturaleza de «accertamento costitutivo» (vid., en tal sentido, *La Legge fallimentare esplicata. La normativa spiegata articolo per articolo*, 5ª ed., Edizioni Giuridiche Simone, Napoli, 2012, p. 16). Aun así, la naturaleza jurídica de la resolución no es una cuestión pacíficamente determinada por la doctrina italiana. Así, FACCIOLI señala que: «secondo un orientamento, la sentenza dichiarativa del fall. costituirebbe un provvedimento di natura puramente esecutiva (...), secondo altra dottrina, si tratterebbe invece di un provvedimento volontario di cognizione, diretto a costituire lo *status* fallimentare (...), altri ha parlato di provvedimento d'urgenza (...), altri ancora l'ha qualificata come sentenza di accertamento costitutivo (...), o, più precisamente, come sentenza costitutiva necessaria (...). Occorre poi ricordare la posizione di chi ha affermato che, per la molteplicità e diversità degli effetti che le sono ricollegati, la sentenza dichiarativa del fall. no sarebbe riconducibile a una definizione unitaria, potendosi invece

presenta esta naturaleza, por cuanto se persigue la instauración de una nueva situación jurídica, el concurso¹⁶².

El auto constituye la nueva situación jurídica como una realidad independiente de cualquier otra existente con anterioridad¹⁶³. Aquellas realidades preexistentes que, con el auto, se integran en el concurso, se ven sometidas a la nueva situación jurídica establecida que, difuminando los trazos y elementos de las referidas realidades, crea instituciones radicalmente distintas. Esta nueva situación se caracteriza por la sujeción de todo el patrimonio de la persona concursada¹⁶⁴, entendido este término en su concepción más amplia, al fin de satisfacer de la mejor manera posible a los acreedores.

Con el concurso aparecen, además, elementos propios y exclusivos de esta nueva situación jurídica y, a lo que nosotros interesa, se constituye la administración concursal. La declaración de concurso limita las facultades del

riconoscerle una triple natura: di accertamento, costitutiva, esecutiva» («Commentario all'articolo 16», con ZACCARIA, *Commentario breve alla legge Fallimentare*, MAFFEI ALBERTI (dir.), 6ª ed., CEDAM, Padova, 2013, pp. 98 y 99). Sobre el particular, vid. también, NIGRO y VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, 2ª ed., Il Mulino, Bologna, 2012, p. 93).

¹⁶² La acción ejercitada con la solicitud de declaración de concurso –que en sentido propio es una demanda (de este parecer, PÉREZ DEL BLANCO, *Efectos procesales...*, cit., p. 33)- no es declarativa en base al derecho al crédito –en caso de que la solicitud sea promovida por acreedores- ni ejecutiva en base al derecho de crédito insatisfecho –en el mismo supuesto de ejercicio por acreedores-, por lo que la sentencia ni puede ser considerada declarativa de condena ni ejecutiva (al respecto, CORTÉS DOMÍNGUEZ, «Aproximación...», cit., p. 507).

¹⁶³ En este sentido, PÉREZ DEL BLANCO, *Efectos procesales...*, cit., p. 24. En coherencia con ello y a lo ya referido en la nota al pie 160, véase la confirmación de esta nueva situación jurídica en el trabajo de CORTÉS DOMÍNGUEZ al afirmar que «la sentencia (auto) declarando la quiebra no crea ningún nuevo status jurídico; determina, en cambio, el nacimiento de una nueva situación jurídica, que involucra o afecta no solo a la persona del quebrado, sino a todos aquellos que están unidos a él con relaciones de crédito (...). El que la situación creada por la declaración de quiebra no sea un status jurídico no significa de contrario que la sentencia no sea constitutiva, pues nadie ha demostrado todavía que los derechos potestativos al cambio se reduzcan al campo de los status jurídicos de la persona; por el contrario, los ejemplos de sentencias constitutivas fuera del campo de los status de la persona son ciertamente abundantes (...) el efecto característico de las resoluciones constitutivas es la creación de una nueva situación jurídica; esa nueva situación jurídica es evidente que produce efectos jurídicos, y los produce *ex lege*, de tal manera que no se puede sostener en propiedad que estos efectos tengan una fuente directa en la declaración judicial» («Aproximación...», cit., pp. 513 y ss.). Sobre la referida constitución de una nueva situación jurídica, vid. también BELLIDO PENADÉS, *El procedimiento de declaración de concurso*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 377.

¹⁶⁴ Así. RIFÁ SOLER, «Comentario al artículo 21», cit., p. 136 y PÉREZ DEL BLANCO, *Efectos procesales...*, cit., p. 19.

deudor, tanto sustantivas como procesales, ostentando, desde entonces, la administración concursal un papel de notable relevancia en el eficaz desarrollo del proceso¹⁶⁵.

Ante esta situación, el auto de declaración de concurso se erige en una resolución crucial. Esta resolución judicial debe contener no solo la declaración formal de concurso, sino también otros pronunciamientos contenidos en el art. 21.1 LC, con el fin de configurar la realidad jurídica aludida y determinar los concretos derroteros por los que deberá desarrollarse el proceso concursal.

Atendiendo al tenor del citado precepto, el auto de declaración de concurso deberá contener los siguientes extremos: «1.º El carácter necesario o voluntario del concurso, con indicación, en su caso, de que el deudor ha solicitado la liquidación o ha presentado propuesta anticipada de convenio; 2.º Los efectos sobre las facultades de administración y disposición del deudor respecto de su patrimonio, así como el nombramiento y las facultades de los administradores concursales; 3.º En caso de concurso necesario, el requerimiento al deudor para que presente, en el plazo de 10 días a contar desde la notificación del auto, los documentos enumerados en el artículo 6; 4.º En su caso, las medidas cautelares que el juez considere necesarias para asegurar la integridad, la conservación o la administración del patrimonio del deudor hasta que los

¹⁶⁵ A diferencia de lo que ocurría en la antigua institución de quiebra, donde la restricción a las facultades del quebrado para administrar sus bienes se producía en todos los supuestos de manera uniforme con independencia de su expresa previsión en el auto de declaración de quiebra, en el actual concurso de acreedores es necesario el pronunciamiento judicial en orden a determinar el alcance de las limitaciones a las facultades de administración y disposición que sufre el deudor y la correlativa atribución a la administración concursal. A la vista de lo expuesto, cabría plantearse si la limitación a las facultades de administración y disposición del deudor constituyen un efecto *ex lege* –como ocurría en la quiebra- o, por el contrario, un efecto judicial. A nuestro juicio, se trata de un efecto legal por cuanto, aun requiriendo la intervención del juez para determinar el alcance de la limitación a las facultades del deudor, los efectos están determinados legalmente (art. 40 LC). En consecuencia, en defecto de pronunciamiento judicial -expresamente exigido en el art. 21.1.2º LC- se habrá de atender a la naturaleza del concurso para determinar la limitación a las facultades que procede. Argumento a favor de su consideración como efecto legal es también el hecho de que el juez, aun teniendo cierto margen de actuación a la hora de determinar el régimen que procede (art. 40.3 y 4 LC), no puede, en ningún caso, decidir no limitar las facultades del deudor (en el mismo sentido, MARTÍNEZ FLÓREZ, «La intervención y la suspensión del concursado en el ejercicio de las facultades de administrar y de disponer de los bienes integrantes de la masa activa», *Revista del Poder Judicial*, nº extra 18, 2004, p. 141 y MARÍN LÓPEZ, «La limitación de las facultades patrimoniales del concursado», *Aranzadi Civil*, 2005, nº 13, p. 22.

administradores concursales acepten el cargo; 5.º El llamamiento a los acreedores para que pongan en conocimiento de la administración concursal la existencia de sus créditos, en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la publicación en el «Boletín Oficial del Estado» del auto de declaración de concurso, conforme a lo dispuesto en el artículo 23; 6.º La publicidad que haya de darse a la declaración de concurso; 7.º En su caso, la decisión sobre la formación de pieza separada, conforme a lo dispuesto en el artículo 77.2 en relación con la disolución de la sociedad de gananciales; 8.º En su caso, la decisión sobre la procedencia de aplicar el procedimiento especialmente simplificado a que se refiere el Capítulo II del Título VIII de esta Ley».

Los pronunciamientos ubicados en los ordinales 1º, 2º, 5º y 6º del art. 21.1 LC son los que en todo caso debe contener el auto¹⁶⁶, pero pueden no ser los únicos. En función de la naturaleza del concurso, voluntario o necesario, determinada en atención al art. 22 LC, y las circunstancias concurrentes se podrán contener otros pronunciamientos como: el requerimiento al deudor para la presentación de la documentación necesaria (en los casos de concurso necesario *ex art. 21.1.3º LC*); la formación de pieza separada para proceder a la disolución de la sociedad de gananciales del concursado (si se dan los requisitos del art. 77.2 LC, *ex art. 21.1.7º LC*); la adopción de medidas cautelares que se estimen necesarias (art. 21.1.4º LC); y, en su caso, la decisión sobre la procedencia de aplicar el procedimiento especialmente simplificado (art. 21.1.8º LC).

Entre estos pronunciamientos, debemos resaltar aquéllos en los que, de manera directa o indirecta, se encuentra afectada la administración concursal. De los ordinales 1º y 2º del apartado 1 del art. 21 LC se desprende el régimen que se instaurará, intervención o suspensión, y la asignación de facultades que correlativamente se atribuirán a la administración concursal.

¹⁶⁶ Estos pronunciamientos constituyen lo que parte de la doctrina ha denominado «contenido necesario del auto» (ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y TIRADO MARTÍ, «Comentario al artículo 21», cit., pp. 474 y ss. y PULGAR EZQUERRA, *El concurso...*, cit., entre otras, pp. 811 y 812).

Como tendremos ocasión de analizar en el capítulo siguiente, en principio, el régimen de facultades aparece determinado en atención a la naturaleza del concurso (art. 40.1 y 2 LC). De este modo, decretado el concurso voluntario, se prevé el régimen de intervención, mientras que, en caso de concurso necesario, se contempla la suspensión. Sin perjuicio de ello y en virtud del principio de flexibilidad, se permite al juez del concurso alterar, atendiendo a las circunstancias del caso y previa motivación, el régimen originariamente reglado (art. 40.3 LC). Conviene matizar, además, que como quiera que la declaración de concurso no interrumpe la continuidad de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor, éste podrá, aun declarado el concurso, incluso en casos de suspensión, realizar los actos propios de su actividad comercial en tanto la administración concursal no haya determinado los actos u operaciones que por su naturaleza quedan autorizados a realizar con carácter general. Cuestión que solo se puede determinar una vez que éstos aceptan el cargo y a salvo, claro está, de que el juez no hubiera acordado, cautelarmente, algo distinto (art. 44 LC)¹⁶⁷.

Del auto no solo deriva, pues, la propia existencia de la administración concursal sino también sus atribuciones. Nos mostramos partidarios de entender que el propio auto de declaración del concurso debe contener tales cometidos, opción que, a nuestro juicio, es la más acertada. El referido parecer se asienta sobre la base de que la LC no contempla previsión alguna sobre la posibilidad de dictar un auto *ex profeso* para fijar sus concretas funciones. Esta opción únicamente sería viable si entendiéramos que la fijación de funciones se debiera realizar en el auto en el que se establece, previo informe de los

¹⁶⁷ Conviene señalar que la LC no contempla, como sí ocurría en la quiebra, la ocupación o el embargo de los bienes del concursado debido a la superación del carácter ejecutivo de este proceso. Algunos todavía preconizan este carácter en el sistema vigente –así, ARAGONESES ALONSO y GUASP DELGADO que hablan de proceso de ejecución extraordinario, con apoyo en una teoría de base teleológica -solo atiende a la finalidad- y solo para una de sus soluciones, la liquidación, olvidando que, con el sistema instaurado en 2003, ésta, aun siendo la solución más habitual, está supeditada al fracaso o falta de convenio («Nociones generales y requisitos del concurso de acreedores», *Revista de Derecho Procesal*, nº 1-3, 2004, pp. 330 a 333)-. El desapoderamiento del deudor y la afección de la totalidad de los bienes a la ejecución para proceder a su reparto desaparece tras la promulgación de la LC. En lo referido a los textos prelegislativos, el Anteproyecto de 1959 ordenaba la ocupación y el embargo de la masa activa; extremos éstos que desaparecen en el Anteproyecto de 1983.

administradores ya nombrados, la retribución de éstos (art. 35.3 LC). Esta postura tendría, quizás, un mejor encaje siguiendo una sucesión lógica de acontecimientos. Tras la declaración del concurso, formación de la sección segunda, nombramiento, notificación, aceptación y entrega del documento acreditativo del nombramiento por los administradores concursales designados, podría parecer acertada la posterior fijación, en un mismo auto, de sus funciones y retribución¹⁶⁸. Siendo así, en el interregno de tiempo que mediara entre el auto de declaración del concurso y la fijación de funciones, el juez podría determinar las medidas cautelares al efecto. Sin embargo, a nuestro juicio, este criterio no podemos sostenerlo por la falta de previsión sobre el particular en la Ley y por la fijación del régimen de intervención o suspensión decretado en el mismo auto de declaración del concurso. En definitiva, abogamos, pues, porque en el auto en el que se declara el concurso se contengan las funciones de aquéllos¹⁶⁹¹⁷⁰.

En lo que se refiere al ámbito temporal, las atribuciones previstas legalmente serán ejercidas por la administración concursal desde la declaración de concurso¹⁷¹ hasta la conclusión del mismo (art. 178.1 LC). No obstante, el ejercicio de tales funciones por la administración concursal puede

¹⁶⁸ En este sentido, vid. «Introducción a la administración concursal», *Esquemas de Derecho Concursal*, 5ª ed., Tirant Lo Blanch, 2013 (consultado en Tirant Online).

¹⁶⁹ Así parece pronunciarse *obiter dicta* el AAP (Sección 5ª) de las Islas Baleares de 31 de marzo de 2008 [AC 2008, 1649] en su fundamento jurídico 2º. También, en este sentido, MARTÍNEZ JIMÉNEZ y SIERRA NOGUERO, «Los órganos del concurso...», cit., p. 1442.

¹⁷⁰ La práctica judicial confirma tal aseveración. Así lo ponen de manifiesto los autos de declaración del concurso consultados, entre otros: Auto del Juzgado de lo Mercantil (en adelante, AJM) nº 10 de Santander de 14 de octubre de 2008 [JUR 2009, 79814], AJM nº 1 de Cádiz de 1 de junio de 2009 [AC 2011, 1855], AJM nº 10 de Barcelona de 1 de febrero de 2012 [AC 2012, 314], AJM nº 1 de Palma de Mallorca de 9 de enero de 2013 [AC 2013, 1271]. No obstante, conviene advertir que las referencias a las funciones encomendadas a los administradores concursales en el auto de declaración del concurso son mínimas, variando de un auto a otro, y referidas, en términos generales, a aquéllas que se encomiendan en los primeros trámites del proceso (v. gr. la comunicación a los acreedores del deber de comunicar sus créditos, la elaboración del informe del art. 75 LC, etc.). En ninguna de las búsquedas efectuadas hemos constatado que la fijación de funciones se realice en el auto que determina la retribución. Así se corrobora en las resoluciones que fijan la retribución consultadas (vid., entre otras, el AJM nº 1 de Pamplona de 16 de enero de 2007 [AC 2009, 951] y el AJM nº 1 de Santander de 31 de octubre de 2011 [JUR 2011, 378851]).

¹⁷¹ Conviene plantearse si la limitación a las facultades patrimoniales del deudor se produce con el auto que declara el concurso o cuando éste se publica conforme a lo prescrito en los arts. 23 y 24 LC. A nuestro entender, los efectos operan desde el momento en el que se dicta el auto con independencia de la posterior publicación que prevé la LC. De la misma opinión, MARÍN LÓPEZ, «La limitación...», cit., p. 22.

terminar antes si, en el caso de que se abriera la fase de convenio, no se acordara ninguna medida que restringiera la actividad patrimonial del convenido (art. 133.2 LC).

Sin perjuicio de lo expuesto, el régimen decretado en el auto puede variar a lo largo del proceso. Bien porque así lo decida el juez, a solicitud de la administración concursal -por medio de auto (art. 40.4 LC)-; bien por la concreta fase en la que nos encontremos –v. gr. art. 145.1 LC que determina, sin excepción, el régimen de suspensión en la fase de liquidación-.

1.2. La eficacia del auto de declaración del concurso y la formación de la fase común

Como sabemos, el concurso se desarrolla a través de una tramitación *ex lege* preestablecida, dividida en secciones, fraccionadas, a su vez, en piezas (art. 183 LC), que se inicia con el auto, como acto rector del proceso. Las secciones que se abren tras el auto de declaración del concurso quedan solapadas, unas con otras, siendo la Ley la que marca la ordenación que se ha de seguir¹⁷².

La sección primera se abre *ipso iure* con la declaración del concurso –en el concurso voluntario se ordena declarado aquél, mientras que en el concurso necesario se ordena con la admisión a trámite de la solicitud (art. 16 LC)-.

Declarado el concurso, el juez, de oficio, ordenará, en virtud del art. 21.3 LC, la formación de las secciones segunda (relativa a la administración concursal)¹⁷³, tercera (concerniente a la determinación de la masa activa, autorizaciones para la enajenación de bienes y derechos de aquélla, acciones

¹⁷² A diferencia de lo que ocurre en los procesos singulares (declarativos y ejecutivos), donde la actividad procesal surge y avanza en una única dirección, el proceso concursal se compone de varias líneas de avance (secciones y piezas del concurso) comprensivas de actos que se suceden en el tiempo, no solo por la ordenación legal sino también por el carácter temporal de todo lo histórico (cfr. SENÉS MOTILLA, «Comentario al artículo 183», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo II, Civitas, Madrid, 2004, pp. 2725 y ss.).

¹⁷³ A ésta deberá incorporarse, en su caso, la acreditación de la condición de administrador o representante del procedimiento de insolvencia extranjero (art. 221.2 LC). Cfr. SENÉS MOTILLA, «Comentario al artículo 183», cit., p. 2728.

de reintegración y reducción y deudas de la masa) y cuarta (determinación de la masa pasiva, comunicación, reconocimiento, graduación y clasificación de créditos concursales y pago a los acreedores, incluidos los juicios declarativos que deban acumularse al concurso contra el deudor así como aquellas ejecuciones que se inicien o reanuden contra el mismo)¹⁷⁴. Lo que no aclara la Ley es si la apertura de estas secciones se produce en el mismo auto que declara el concurso o es necesario otro distinto. A nuestro juicio, dado el silencio legal al respecto, abogamos porque sea el mismo auto en el que se declara el concurso el que ordene la apertura de las referidas secciones¹⁷⁵¹⁷⁶.

El art. 21.2 LC señala que «el auto producirá sus efectos de inmediato, abrirá la fase común de tramitación del concurso, que comprenderá las actuaciones previstas en los cuatro primeros títulos de esta Ley, y será ejecutivo aunque no sea firme»¹⁷⁷.

La eficacia *erga omnes* del auto comienza a producir sus efectos, y, por tanto, a impedir el libre desenvolvimiento del deudor en su esfera patrimonial, de inmediato, con la apertura de la fase común regulada en los cuatro primeros títulos de la LC y la correlativa atribución competencial a los administradores

¹⁷⁴ Pese a que el precepto no incluye en esta Sección –ni en ninguna otra- el resto de procesos declarativos distintos a los referidos en ésta, entendemos que, por analogía, todos aquellos procesos que se deban plantear ante el juez del concurso en función de su competencia universal se deberán sustanciar en la Sección Cuarta (Cfr. SENÉS MOTILLA, «Comentario al artículo 183», cit., p. 2729).

¹⁷⁵ De la misma opinión, BONET NAVARRO, «Comentario al artículo 21», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), tomo I, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 215 y 216.

¹⁷⁶ En la práctica judicial se corrobora esta afirmación. Los mismos autos consultados para determinar si el auto de declaración del concurso fijaba las funciones de la administración concursal han sido utilizados para comprobar este extremo. Así, los AJM nº 10 de Santander de 14 de octubre de 2008 [JUR 2009, 79814], AJM nº 1 de Cádiz de 1 de junio de 2009 [AC 2011, 1855], AJM nº 10 de Barcelona de 1 de febrero de 2012 [AC 2012, 314], AJM nº 1 de Palma de Mallorca de 9 de enero de 2013 [AC 2013, 1271]

¹⁷⁷ A juicio de PÉREZ DEL BLANCO, la Ley yerra por entender que el último inciso -«será ejecutivo aunque no sea firme»- carece del soporte dogmático-jurídico más básico. A juicio del autor, el auto no puede ser ejecutivo, pues el concurso es un efecto jurídico *ex novo*, consecuencia de un pronunciamiento jurisdiccional estimatorio de una pretensión constitutiva que ni implica la declaración del crédito ni puede ser confundida con las actividades ejecutivas (*Efectos procesales...*, cit., p. 20). En la misma dirección, CORTÉS DOMÍNGUEZ («Aproximación...», cit., p. 507). A nuestro juicio, ciertamente, es un *prius* necesario para ostentar la legitimación -en caso de que la solicitud de declaración de concurso la promoviera el acreedor- tener un derecho de crédito frente al deudor. Sin embargo, la pretensión del acreedor al solicitar la declaración de concurso no recae en el derecho de crédito, sino en la constitución del concurso que se insta (y ello aun cuando la declaración de concurso puede comportar su reconocimiento automático a la vista de lo prescrito en los arts. 84.2.2º y 91.7 LC).

concursoales -con independencia de su firmeza y de la notificación a las partes-. Los títulos comprendidos en la indicada fase tienen por rúbrica, respectivamente: «De la declaración de concurso», «De la administración concursal», «De los efectos de la declaración de concurso» y «Del informe de la administración concursal y de la determinación de las masas activa y pasiva del concurso».

La fórmula empleada por el legislador, «de inmediato (...) y será ejecutivo aunque no sea firme», pretende poner de manifiesto que todos los pronunciamientos contenidos en el mismo desprenden sus efectos desde el mismo momento en el que se dicta aquél¹⁷⁸, sin interferencia alguna ni tiempo de espera derivado de la falta de firmeza¹⁷⁹. A salvo queda que el auto hubiera

¹⁷⁸ La ausencia de concreción respecto a la hora en que se dicta el auto de declaración de concurso plantea algunos problemas en orden a la determinación de la posible ineficacia de los actos realizados por el deudor concursado en el mismo día en que se dicta aquél. Esta cuestión habría quedado resuelta con la fijación en aquél de la hora exacta en la que se declara el concurso o, en su defecto, con la fijación de una hora concreta, aplicable con carácter supletorio. Esta solución se preveía en el Anteproyecto de 1995 en su art. 17.2: «salvo que exprese hora determinada, la sentencia de declaración del concurso de acreedores se entenderá pronunciada a las cero horas del día de la fecha». Durante la tramitación de la LC de 2003 varias enmiendas plantearon esta cuestión y su necesidad de solución (vid. entre otras la enmienda núm 250 planteada por el Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso de los Diputados -publicado en el BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, serie A: Proyectos de Ley, de 2 de diciembre de 2002, núm. 101-15, p. 186- y, en el Senado, las enmiendas núm. 72 del Grupo Parlamentario Entesa Catalana del Progrés y la núm. 135 del Grupo Parlamentario Socialista -publicado en el BOCG, Senado, VII Legislatura, serie II: Proyectos de Ley, de 9 de mayo de 2003, pp. 118 y 148 respectivamente). En cualquier caso, a nuestro entender, la solución que debe prevalecer, en defecto de previsión al respecto, es la fecha de la notificación que se lleva a cabo mediante la publicación del auto (de la misma opinión, GONZÁLEZ CANO, *El nuevo tratamiento procesal de la insolvencia y la fase común del proceso concursal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 272 y 273, nota al pie 275).

¹⁷⁹ La idea de ejecutividad inmediata del auto ya se preconizaba en el sistema de quiebras. Los arts. 1028 CCom/1829 y 1334 LEC/1881 diligenciaban la ejecución provisional de las providencias acordadas sobre la persona y bienes del quebrado, incluso ante la eventual oposición de éste. Una importante corriente jurisprudencial sostenía, no obstante, que en caso de impugnación de la declaración, el procedimiento debía desarrollarse únicamente hasta el nombramiento de los síndicos. En la actualidad, aun cuando la LC no emplea el término provisionalidad, éste se encuentra implícito en la norma al reconocer su inmediata ejecutividad y la posibilidad de recurso. En el caso de que se estimara éste y se revocara el auto por la Audiencia Provincial (en adelante, AP), se deberá volver al estado primitivo de todo lo actuado durante la tramitación del concurso (vid. BONET NAVARRO, «Comentario al artículo 21», cit., p. 217).

sido recurrido en apelación y el juez decretara, motivadamente, la suspensión del mismo¹⁸⁰¹⁸¹.

Junto al régimen de limitaciones a las facultades patrimoniales del deudor que debe contener el auto en todo caso, y sin solución de continuidad, es esencial, por la mentada inmediatez, que se proceda al nombramiento de los administradores concursales. Siendo el nombramiento consecuencia de la referida limitación, debe quedar determinado en el auto quién va a ejercitar las facultades de aquél o con la intervención de quién va a hacerlo¹⁸². Para ello, el art. 29.1 LC prevé que la comunicación del nombramiento, a través de la notificación del auto, deberá realizarse a la administración concursal por el medio más rápido posible. La finalidad de la notificación por el conducto más pronto a la administración concursal es doble: de un lado, para darle a conocer su nombramiento y así proceder a su aceptación y posterior constitución con la mayor celeridad posible; de otro, para atender al deber que le corresponde de realizar, sin demora, una comunicación individualizada a cada uno de los acreedores cuya identidad y domicilio consten en la documentación que obra en autos (art. 20.4 LC).

1.3. La constitución del órgano de administración concursal

Para la adquisición de la condición de administrador concursal no es suficiente el nombramiento judicial. Se exige, por el contrario, que medie la aceptación de los administradores ante el juez mediante la oportuna comparecencia¹⁸³. En el mismo acto en el que se produce la aceptación,

¹⁸⁰ A juicio de MARCOS GONZÁLEZ LECUONA la falta de acotación de tales requisitos puede plantear problemas en la práctica concursal que afecten al derecho a la tutela judicial efectiva. Cuestión ésta que no alcanzamos a ver pues, en todo caso, se garantiza el acceso al recurso, último estadio procesal del derecho a la tutela judicial efectiva («Comentario a los artículos 21 y 22», *Comentarios a la Ley Concursal*, CORDÓN MORENO (dir.), tomo I, 2ª ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 348).

¹⁸¹ Para ello, el art. 20.2 LC instaura el recurso de apelación sin efecto suspensivo contra la declaración de concurso, si bien se exceptiona la suspensión cuando el juez lo estime conveniente, sin especificarse los requisitos que han de concurrir. Entendemos que, pese al silencio de la norma, en caso de que se decrete la suspensión, es necesaria su motivación por quedar exceptcionada la regla general.

¹⁸² Cfr. BELLIDO PENADÉS, *El procedimiento...*, cit., pp. 382 y 383.

¹⁸³ En lo que respecta al Ordenamiento jurídico italiano, la Legg. fall. dispone en su art. 29 que il *curatore*: «deve entro i due giorni successivi alla partecipazione della sua nomina, comunicare al giudice delegato la propria accettazione. Se il curatore non osserva questo obbligo, il

deberá indicarse, junto con la acreditación del seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente (art. 29.1 LC), un despacho u oficina en alguna localidad del ámbito territorial (art. 31 LC) y designarse, en caso de tratarse de una persona jurídica, la persona natural que la representará en el concurso (art. 30.1 LC). Antes de que el nombrado emita la aceptación, el juez deberá comunicarle la identidad de los restantes sujetos designados para que pueda cumplir con el deber legal disciplinado en el art. 28.4 LC, que impide que sean administradores concursales en un mismo concurso quienes se encuentren vinculados personal o profesionalmente¹⁸⁴.

La aceptación por los administradores concursales se convierte en una condición de eficacia de la resolución judicial en la que se determina su nombramiento¹⁸⁵. Se trata de una *condicio iuris* de carácter suspensivo que solo se hace efectiva tras el acto unilateral de aceptación. Únicamente cuando se produzca ésta, y con ello quede perfeccionado el nombramiento, se entiende constituida la administración concursal, pudiendo, desde ese momento, ejercer funciones ostentando semejante condición¹⁸⁶, si bien con efectos retroactivos al momento en el que se dictó el auto de declaración del concurso¹⁸⁷.

tribunale, in camera di consiglio, provvede d'urgenza alla nomina di altro curatore». Como podemos observar, aun cuando el *curatore* es nombrado por el Tribunal, debe comunicar su aceptación al *giudice delegato*.

¹⁸⁴ Sobre el particular, de manera más detallada, vid. TIRADO MARTÍ, *Los administradores concursales*, Thomson-Civitas, Navarra, 2005, p. 461.

¹⁸⁵ Vid. TIRADO MARTÍ, *Los administradores...*, cit., p. 457. En Italia, la aceptación del *curatore* ha sido entendida por parte de la doctrina como un requisito extrínseco de eficacia del nombramiento; eficacia que, por otro lado, deberá retrotraerse al momento del nombramiento. Otro sector, sin embargo, entiende que la aceptación no sería condición de eficacia del nombramiento, sino una carga cuya inobservancia comportaría la decadencia en el cargo. Sobre el particular, vid. TESCARO, «Comentario all'articolo 29», con ZACCARIA, *Commentario breve alla legge fallimentare*, MAFFEI ALBERTI (dir.), 6ª ed., CEDAM, Padova, 2013, p. 187.

¹⁸⁶ Esta afirmación encuentra apoyo legal tanto en el art. 21.1.4º LC como en el art. 44.2 LC donde se reconoce, respectivamente, que el juez determinará las medidas cautelares «que considere necesarias para asegurar la integridad, la conservación o la administración del patrimonio del deudor hasta que los administradores acepten el cargo» o «sin perjuicio de las medidas cautelares que hubiera adoptado el juez al declarar el concurso, hasta la aceptación de los administradores concursales el deudor podrá realizar los actos propios de su giro o tráfico que sean imprescindibles para la continuación de su actividad».

¹⁸⁷ En este sentido, MORRAL SOLDEVILA, «Comentario a los artículos 29 y 31», *Comentarios a la Ley Concursal*, SAGRERA TIZÓN; SALA REIXACHS y FERRER BARRIENDOS (coords.), tomo I, Bosch, Barcelona, 2004, p. 358 y TIRADO MARTÍ, *Los administradores...*, cit., p. 457 y nota al pie 126 para el sistema italiano. Este último autor expone que en Italia parte de la doctrina (CASELLI, *Legge fallimentare. Organi del fallimento (artt. 23-41)*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1977, pp. 140

El nacimiento de las obligaciones que asume el administrador concursal es, pues, consecuencia de la declaración de voluntad emitida por aquél. No se trata, así, de un contrato ni puede afirmarse que sea resultado de la resolución judicial de nombramiento -sobre si existe o no el deber de aceptación por parte de los administradores concursales nos pronunciaremos en las páginas siguientes-.

Aceptado el cargo, el designado pasa a formar parte del órgano de administración concursal, asumiendo el estatuto jurídico y el haz de funciones que otorga la Ley a aquéllos que lo ostentan¹⁸⁸. En el régimen dispuesto en la LC de 2003, de estructura trimembre, la constitución del órgano y, por tanto, su operatividad se iniciaba con la aceptación de dos de los tres miembros que componían el referido órgano. El régimen de funcionamiento y adopción de decisiones por mayoría habilitaba esta posibilidad e, incluso, cuando había aceptado un único miembro –y hasta la aceptación de los restantes-, el juez podía hacer uso de lo dispuesto en el art. 35.2.2º LC atribuyéndole competencias específicas.

Con el régimen disciplinado tras la Ley 38/2011 se establece, como regla general, una estructura unipersonal en el órgano de administración. La posible discusión sobre el extremo expuesto en el párrafo anterior queda en todo punto resuelta, pues su aceptación por parte del administrador designado implica su inmediata constitución y operatividad. La problemática se plantea ahora en los concursos con estructura bimembre. El nuevo art. 35.2 LC disciplina que, en estos casos, las funciones se ejercerán de forma conjunta y las decisiones se adoptarán mancomunadamente. Parece, pues, en una primera lectura, que, en estos supuestos, solo a partir de la aceptación del segundo miembro comienza la administración a operar conforme a lo dispuesto en la LC.

y ss.) entiende que el nombramiento supone, *per se*, la investidura de oficio del cargo de administrador; argumento éste sostenible en el país ítalo consecuencia de la pérdida inmediata de facultades que, en todo caso, se produce en el deudor, que exige la existencia de un órgano que se ocupe de aquéllas. En España, el reconocimiento de la posibilidad de adoptar medidas cautelares por parte del juez permite sostener el criterio expuesto.

¹⁸⁸ Téngase en cuenta que la fecha de aceptación es importante en tanto que a partir de la misma se inician determinados plazos para acometer ciertas funciones. Así, por ejemplo, vid. la emisión del informe del art. 74 LC.

A nuestro juicio, al igual que ocurría en el régimen anterior, el reconocimiento de la posibilidad que concede el mentado artículo al juez para atribuir competencias individualmente permite solventar, en parte, la falta de aceptación del segundo miembro. Esta opción se aconseja viable en el ejercicio de aquellas funciones que, por su escasa importancia o atendiendo a una razón justificada, no requieran la concurrencia de ambos miembros. Sin embargo, en el resto de supuestos, entendemos que admitir esta posibilidad supondría una quiebra de lo deseado por el legislador, reconociendo plena operatividad a un órgano que no está válidamente constituido hasta la aceptación de todos sus miembros.

Sobre la fecha de aceptación en los supuestos de estructura bimembre, somos partidarios de sostener que, al igual que ocurre en los casos de estructura unipersonal, ésta deberá retrotraerse al momento en el que se dictó el auto.

2. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

2.1. Consideraciones generales

El régimen jurídico del órgano de administración concursal se encuentra contenido, fundamentalmente, en el Título II de la LC bajo la rúbrica «De la administración concursal» (arts. 26 a 39). Estos artículos, aun cuando están previstos para la fase común del concurso, resultan igualmente aplicables al resto de fases en tanto no se solapen con las normas que respecto a aquéllas contiene, con carácter especial, la LC.

Este Título, tras un precepto dedicado a la formación de la sección segunda (art. 26 LC), se compone de dos capítulos destinados, el primero, al nombramiento de los administradores concursales (arts. 27 a 33 LC) y, el segundo, a regular su estatuto jurídico (arts. 34 a 39 LC)¹⁸⁹. El aludido art. 26

¹⁸⁹ Durante la tramitación parlamentaria de la LC, el Congreso de los Diputados aprobó la enmienda núm. 256 presentada por el Grupo Socialista. Aquélla pretendía modificar la estructura del Proyecto de Ley con el fin de proporcionar una mejora sistemática, quedando dividido el Título II, compuesto inicialmente de un único bloque, en dos capítulos: el primero, que llevaría por rúbrica «del nombramiento de los administradores judiciales», y, el segundo,

LC dispone que «declarado el concurso conforme a lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez ordenará la formación de la sección segunda, que 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».

El primero de los capítulos, que lleva por rúbrica «Del nombramiento de los administradores concursales», comprende los arts. 27 a 33 LC, concebidos para regular, respectivamente: (I) las condiciones subjetivas para el nombramiento de los administradores concursales (art. 27 LC); (II) los concursos de especial trascendencia a efectos de designación de la administración concursal (art. 27 bis LC, incorporado tras la reforma acometida por la Ley 38/2011); (III) las incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones para el ejercicio del cargo (art. 28 LC); (IV) la aceptación (art. 29 LC); (V) la representación de las personas jurídicas administradores (art. 30 LC); (VI) las especialidades de la aceptación (art. 31 LC); (VII) los auxiliares delegados (art. 32 LC); y, por último, (VIII) la recusación (art. 33 LC).

El segundo de los capítulos, con rúbrica «Estatuto jurídico de los administradores concursales», abarca los arts. 34 a 39 LC, destinados a disciplinar, por este orden: (I) la retribución (art. 34 LC); (II) el ejercicio del cargo (art. 35 LC); (III) la responsabilidad (art. 36 LC); (IV) la separación (art. 37 LC); (V) el nuevo nombramiento (art. 38 LC); y (VI) la firmeza de las resoluciones (art. 39 LC).

que pasaría a denominarse «estatuto jurídico de los administradores judiciales» (publicado en el BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, serie A: Proyectos de Ley, de 2 de diciembre de 2002, núm. 101-15, p. 190). Sin embargo, es criticable que, pese a la delimitación establecida en este Título, se inserten en el Capítulo Segundo, dedicado al estatuto jurídico, cuestiones relativas al nombramiento –v. gr. art. 38 referido al nuevo nombramiento o art. 39 dedicado a la firmeza de las resoluciones sobre nombramiento, recusación o cese-. En puridad debieran estar incluidas en el Capítulo Primero dedicado, precisamente, al nombramiento de los administradores. Y si bien puede entenderse que la sistemática empleada es consecuencia de una sucesión lógica de los acontecimientos –téngase en cuenta que tras la separación de un administrador debe proceder, por forzoso, el nombramiento de uno nuevo-, la nomenclatura empleada para referirse a uno y otro título es del todo confusa. En el mismo sentido, vid. MARTÍNEZ JIMÉNEZ Y SIERRA NOGUERO, «Los órganos del concurso...», cit., p. 1428, nota al pie 94.

Pese al esfuerzo realizado por el legislador de concentrar en un único Título la regulación de la administración concursal, la ausencia de un precepto que detalle pormenorizadamente las funciones que le son encomendadas hace inevitable la dispersión normativa en su tratamiento¹⁹⁰. No obstante, debemos ser conscientes de que el régimen previsto con la LC, si bien adolece de defectos, da un paso hacia delante y se distancia significativamente de la dispersa e incompleta regulación que, en el derecho derogado, regía en esta materia¹⁹¹.

A la hora de analizar el régimen jurídico de la administración concursal en el sistema vigente perseguimos ofrecer una visión lo más rigurosa posible, pero sin olvidar que el objeto de nuestro trabajo no es analizar su estatuto jurídico, cuestión más puramente sustantiva, sino fijar las bases para comprender la labor que los administradores concursales desempeñan en la fase común del concurso. Siguiendo esta pretensión, dedicaremos las siguientes páginas a analizar la composición, nombramiento, estatuto jurídico, caracterización y funciones que la administración concursal tiene en el sistema instaurado por la LC.

¹⁹⁰ En la fase de tramitación parlamentaria durante la confección de la LC de 2003, el Grupo Vasco propuso la enmienda núm. 138 al art. 24 del entonces Proyecto de ley -actual art. 35 LC- con el fin de añadir un nuevo párrafo al citado precepto que contemplara «una lista indicativa de las funciones más habituales, según la experiencia comparada, a fin de contar con una referencia que sirva de base al trabajo y a la propia sistemática de las actuaciones» (publicado en el BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, serie A: Proyectos de Ley, de 2 de diciembre de 2002, núm. 101-15, p. 140). La enmienda fue rechazada. Sin lugar a dudas, pese a la complejidad de diseñar una relación de las funciones que competen a los administradores concursales, sería recomendable sistematizar, si bien de forma orientativa, las funciones a ellos atribuidas. De la misma opinión, MARTÍNEZ ESPÍN, «Comentario al artículo 27», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), tomo I, Tecnos, Madrid, 2004, p. 246.

¹⁹¹ Aspectos que antes eran tratados de forma tangencial, en la actualidad se positivizan de manera pormenorizada –v. gr. la retribución-, y otros que carecían de régimen legal ahora se regulan en detalle –v. gr. la separación-. Evidentemente, ello no quiere decir que la regulación sea en todo punto completa, pero sí se muestra, al menos, un cambio importante respecto a la legislación derogada (vid. al respecto VALPUESTA GASTAMINZA, «Comentario al artículo 26», *Comentarios a la Ley Concursal*, CORDÓN MORENO (dir.), tomo I, 2ª ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 372).

2.2. La composición y el nombramiento de la administración concursal¹⁹²

¹⁹² Como ya advirtiera CARRERAS LLANSANA respecto a la sindicatura («El Juez y la Sindicatura...», cit., p. 250) y, posteriormente, TIRADO MARTÍ (*Los administradores...*, cit., p. 369), las funciones del órgano de administración son tantas y de tan importante calado que el posible éxito del concurso está íntimamente ligado a la elección del modelo orgánico adecuado. La elección de éste, en su estructura y diseño, ha sido una cuestión analizada y debatida sin grandes avances en su determinación. Los intentos de buscar una respuesta en el Derecho foráneo tampoco han sido fructíferos, dadas las concretas características de cada sistema concursal y su directa repercusión en la confección del órgano (así, entre otros, la concepción del concurso como meramente liquidativo o conservativo, o como un proceso dirigido a proteger el interés público o a resolver un problema entre particulares). Los distintos modelos han sido estudiados en profundidad por TIRADO MARTÍ (*Los administradores...*, cit., pp. 371 y ss.).

El primero, un modelo público en el que la administración concursal estuviera integrada en la estructura del personal de la Administración Pública, bien por funcionarios, bien por personal laboral al servicio público o, incluso, directamente por una empresa pública. Las ventajas anudadas al mismo son indiscutibles: mayor especialización con pruebas objetivas de acceso, exclusividad en el ejercicio del cargo y reducción de costes. Los inconvenientes son por todos conocidos: baja productividad ante la falta de estímulo -nota predicable, de otro lado, a cualquier cuerpo funcional- con el consecuente incremento de costes y la atribución a un cuerpo público, o personal dependiente de la Administración Pública, de la tutela de un interés que se ha de regir por los parámetros del libre mercado y no por las consecuencias que la solución concursal pueda tener para la sociedad (piénsese en el conflicto que pudiera darse si se produjera el despido de un grupo de trabajadores por su conveniencia económica para la empresa, pero con fuerte influencia en la sociedad). La gestión por aquéllos de este tipo de situaciones puede conllevar una merma de su independencia en orden a ofrecer la solución que, en términos económicos, beneficie al interés del concurso, único parámetro rector de su actuación. Plantea la posible viabilidad de un cuerpo funcional propio de alta cualificación para el desempeño de las labores de administración concursal, si bien con cierto recelo, GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, «Administradores concursales y liquidación. En especial, la prohibición a éstos de adquirir bienes de la masa», *La liquidación concursal*, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ (dir.), Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 163, nota al pie 10. También en este sentido PACHECO GUEVARA que se muestra partidario de la creación de un cuerpo de funcionarios auditores forenses para la llevanza del concurso (*La administración concursal*, Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 289, 292 y 294). En contra de este modelo ya se pronunciaba, si bien respecto a la sindicatura, CARRERAS LLANSANA, «El Juez y la Sindicatura...», cit., p. 260.

El segundo, un modelo acreedor en virtud del cual la administración concursal estaría integrada por titulares de créditos concursales. Esta opción orgánica era la imperante para los síndicos en el derecho derogado -vid. al respecto pp 75 y 76-. En éste, la exigencia de colegialidad -no es concebible un modelo de administración concursal unipersonal integrada por un solo acreedor-, sería imperativa, por ser los acreedores interesados directos. El fundamento de este modelo es razonable: si el fin principal del concurso es la satisfacción de los acreedores, lo lógico sería que fueran éstos, o los elegidos por ellos, quienes gestionaran tal interés. Algunos inconvenientes se daban entonces, aplicables hoy día, como es la falta de objetividad. Es incontestable el hecho de que el acreedor administrador concursal actuará con mayor o menor intensidad en función de su interés en el concreto objeto que se esté planteando. La exclusividad en el cargo y la falta de formación también sería, dado el *numerus clausus* de elegibles, un problema a tener en cuenta.

En tercer lugar, encontramos el modelo de administración concursal profesional, basado en una composición integrada por sujetos especialistas en la gestión de estados de crisis económica con formación en materia concursal y dedicación exclusiva. Por este modelo se decantó el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983 que, aunque no concretaba el grado de profesionalización exigible, hasta un posterior desarrollo reglamentario, preveía un sistema unipersonal compuesto por administradores concursales que se integraban en un registro sito

2.2.1. Composición

El sistema implantado en 2003 con la LC rompía con el modelo que, respecto de los interventores judiciales, imperaba en la suspensión de pagos y que, en relación a los síndicos, procedía en la quiebra, si bien mantenía el carácter colegiado de la administración concursal. En 2003 se optó por un modelo mixto entre ambos sistemas de composición -de interventores y de síndicos-, cuyos integrantes eran nombrados en el auto de declaración de concurso combinando, en palabras de su Exposición de Motivos, la profesionalidad, en aquellas materias de relevancia para todo concurso -la jurídica y la económica-, con la presencia de un acreedor -ordinario o con privilegio general no garantizado-¹⁹³.

Frente al sistema colegiado de administración concursal determinado en la LC de 2003, tradición inveterada en nuestro Ordenamiento jurídico, pasamos, con la Ley 38/2011, a un sistema en el que la administración concursal está, en

en el Ministerio de Justicia como titulares de una “organización profesional” adecuada para ejercer las funciones del cargo. Los beneficios de esta opción son varios: de un lado, la formación técnica especializada de sus miembros; de otro, la experiencia en el sector; y, en último término, la reducción de costes consecuencia de la interdisciplinariedad en su formación.

Por último, una cuarta posibilidad sería el modelo abierto, por mor del cual el órgano encargado de elección escoge a aquella persona que mejor se adapta, a su juicio, a las circunstancias y especialidades del concreto concurso. El mayor beneficio que se predica de este modelo es su posibilidad de adaptación y flexibilidad en su composición. Sin embargo, la falta de control imperante en esta opción podría conllevar importantes corruptelas.

Si con la LC se optó por un modelo semi-profesionalizado en el que se contaba con la asistencia de dos profesionales, uno del ámbito jurídico y otro del ámbito económico-contable, y de un acreedor, tras la reforma operada por la Ley 38/2011 se opta por un modelo profesionalizado, con cierta tendencia hacia un modelo abierto, en el que se permite al juez, en función de las concretas especialidades del concurso, elegir al administrador que mejor se adapte a aquéllas (art. 27.4.1º LC).

¹⁹³ Téngase en cuenta que, en su redacción originaria, la regla general descrita no era de aplicación cuando procedía el procedimiento abreviado previsto en los arts. 190 y 191 LC. En estos supuestos, la administración concursal podía estar integrada por un único miembro que debía ser abogado, auditor de cuentas, economista o titulado mercantil que reuniera los requisitos previstos en el apartado primero del entonces art. 27 LC –abogado con experiencia profesional de, al menos, 5 años de ejercicio efectivo o un auditor de cuentas, economista o titular mercantil colegiado con una experiencia profesional de, al menos, 5 años de ejercicio efectivo- (art. 27.2.3º LC).

Sobre las distintas opciones ofrecidas en los textos prelegislativos en torno a la composición del órgano de administración, vid. GURREA CHALÉ, *La administración concursal. Sus funciones (formularios conforme al artículo de la Ley Concursal)*, Comares, Granada, 2004, pp. 5 a 8.

principio, integrada por un único miembro¹⁹⁴. Éste «deberá reunir alguna de las siguientes condiciones: 1. Ser abogado en ejercicio con cinco años de experiencia profesional efectiva en el ejercicio de la abogacía, que hubiera acreditado formación especializada en Derecho Concursal. 2. Ser economista, titulado mercantil o auditor de cuentas con cinco años de experiencia profesional, con especialización demostrable en el ámbito concursal» (art. 27.1.1º y 2º LC)¹⁹⁵.

Respecto al abogado, el requisito de los 5 años de ejercicio efectivo –no basta la mera colegiación- fue suprimido en el Proyecto de Ley de Reforma de

¹⁹⁴ La regla de la unipersonalidad en la estructura de la administración concursal ya fue propuesta por diversas instituciones, asociaciones y grupos parlamentarios en los trámites previos a la confección definitiva de la LC de 2003. Así, entre otros, el «Informe de la Asociación Profesional de la Magistratura al Anteproyecto de Ley Concursal» disponible en http://www.apmmadrid.com/info/informes/inf_concursal.htm, punto 21 (consultado, por última vez, el 2 de marzo de 2014); o las enmiendas núms. 111, 112 y 114 del Grupo Parlamentario de Coalición Canaria (publicado en el BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, serie A: Proyectos de Ley, de 2 de diciembre de 2002, núm. 101-15, p. 132).

¹⁹⁵ Tras la entrada en vigor de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, si con carácter previo al inicio del proceso concursal se ha intentado remediar la situación de crisis patrimonial a través de un acuerdo extrajudicial de pagos, y éste, bien no se ha logrado alcanzar, bien se ha incumplido por el deudor, será nombrado administrador concursal quien haya asumido la función de mediador en la negociación del acuerdo extrajudicial (art. 242.2.1º LC).

Sobre los requisitos que se han de ostentar para ser nombrado mediador concursal, el art. 233. 1.2º LC dispone: «el nombramiento de mediador concursal habrá de recaer en la persona natural o jurídica a la que de forma secuencial corresponda de entre las que figuren en la lista oficial que se publicará en el portal correspondiente del «Boletín Oficial del Estado», la cual será suministrada por el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia. El mediador concursal deberá reunir, además de esta condición de acuerdo con la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, alguna de las que se indican en el apartado 1 del artículo 27. En todo lo no previsto en esta Ley en cuanto al mediador concursal, se estará a lo dispuesto en materia de nombramiento de expertos independientes». Aun cuando la figura del mediador concursal diverge de manera sustancial de la prevista respecto del mediador civil y mercantil (vid., sobre el particular, SENÉS MOTILLA y CONDE FUENTES, «Ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización: aspectos procesales», e-Dictum, nº 23, 2013, p. 4, disponible en <http://dictum.bthemattic.com/files/2013/11/Doctrina-Carmen.pdf>) lo mismo ocurre respecto al administrador concursal (para SANJUÁN Y MUÑOZ se trata de una figura híbrida, «La naturaleza jurídica del mediador concursal: sistema alternativo de gestión de los supuestos de insolvencia», *Diario La Ley*, nº 8230, 2014, p. 3). De ahí que, a priori, parezca criticable que la persona designada como mediador concursal continúe en el concurso –“salvo justa causa”, reza el precepto- pero ahora en una posición distinta, esto es, como administrador concursal. Las labores de una y otra figura, aun cuando puedan ser coincidentes, en concretos y excepcionales extremos, divergen de manera sobresaliente tanto en los cometidos que le son atribuidos como en su propia naturaleza jurídica. Así, por ejemplo, ¿cómo puede conciliarse el principio de confidencialidad previsto en el art. 9 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, predicable respecto al mediador, con el cargo de administrador concursal?

la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal¹⁹⁶, si bien finalmente se consideró necesaria su inclusión para garantizar unos mínimos de experiencia suficientes¹⁹⁷. Especial novedad se introdujo con la exigencia de formación especializada en Derecho Concursal y el compromiso de continuidad de formación en la materia (ex art. 27.3 LC). Con esta previsión puede parecer que una de las críticas que se hacían al anterior sistema –no quedar suficientemente garantizada la capacitación profesional-, queda ahora solventada. Sin embargo, a nuestro juicio, se trata de una norma de tal amplitud y discreción que queda vacía de contenido en orden a determinar cuál debe ser la formación exigible. La necesidad de formación especializada es controlable por el juez que, en último término, es quien realiza el nombramiento; sin embargo, el compromiso de continuidad en la formación –también predicable respecto al administrador concursal economista, titulado mercantil o auditor de cuentas- para su inclusión en las listas no está en ningún punto determinada. A nuestro juicio, sería necesaria alguna delimitación que permitiera concretar en qué consiste ese compromiso de formación para, en su caso, anudar las concretas consecuencias derivadas de su incumplimiento. Respecto al administrador concursal economista, titulado mercantil o auditor de cuentas, sorprende, atendiendo a la redacción de 2003, la supresión de la necesidad de que estos profesionales estén colegiados. La pregunta es obligatoria: ¿deben estar colegiados estos profesionales para que puedan ser nombrados administradores concursales? Todos los profesionales referidos deben estar colegiados –así, para los auditores de cuentas, su inscripción en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas -en adelante ROAC- es obligatoria (arts. 2.3 y 7 del Real Decreto-ley 1/2011, de 1 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas); del mismo modo, los economistas o titulados mercantiles, deben hacer lo propio en sus respectivos colegios de economistas (art. 1 del Real Decreto 871/1977, de 26 de abril, por

¹⁹⁶ Publicado en el BOCG, Congreso de los Diputados, IX Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 1 de abril de 2011, núm. 119-1.

¹⁹⁷ Para un estudio sobre la configuración de la administración concursal en el Proyecto de Ley, vid. MUÑOZ DE BENAVIDES, «La administración concursal en el Proyecto de Ley de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Principales modificaciones», *Diario La Ley*, nº 7683, año XXXII, 2011, edición online (www.diaristolaley.es).

el que se aprueba el Estatuto Profesional de Economistas y de Profesores y Peritos Mercantiles)-. A la vista de lo expuesto, no se reconoce ningún supuesto en el que la colegiación no sea preceptiva. No obstante, esta situación puede variar atendiendo a lo expuesto en la disposición transitoria (en adelante, DT) 4ª de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio y al Anteproyecto de Ley de Colegios y Servicios Profesionales -aprobado por el Consejo de Ministros el 2 de agosto de 2013- donde se establece una lista de profesionales cuya colegiación es obligatoria.

El Preámbulo de la Ley 38/2011, en su apartado VII, nos da las razones de tan profunda reforma en la estructura de la administración concursal¹⁹⁸. A su tenor, el modelo unipersonal tiene «una repercusión clara en el funcionamiento de la administración, en su toma de decisiones, así como el ahorro de costes que comportará. Con esta decisión la administración concursal adopta el modelo extendido en todos los países de nuestro entorno económico y que resulta el más adecuado al sistema de funcionamiento y organización de los profesionales que se dedican a esta función, evitando las distorsiones que se vienen detectando hasta ahora, derivadas en muchas ocasiones de la desigual participación de los diferentes miembros de la administración concursal».

Sin embargo, la búsqueda de la simplificación orgánica, ya presente en la LC y enfatizada con la Ley 38/2011, todavía mantiene ciertos rescoldos para que la administración concursal quede, en la práctica, integrada por más de un miembro.

¹⁹⁸ Se trata de una modificación, la de su estructura, que, en la práctica, ya se venía produciendo cada vez con más frecuencia. La reforma acometida con el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, que ampliaba el presupuesto objetivo del procedimiento abreviado –el volumen máximo de pasivo pasó de uno a diez millones de euros- provocó que, en la práctica, la composición unipersonal del órgano de administración concursal fuera lo habitual. Los datos ofrecidos por el Instituto Nacional de Estadística (en adelante, INE) corroboran esta afirmación. Así, hasta el año 2010, en torno al 90 por ciento de los concursos declarados se tramitaban por el procedimiento abreviado, tendencia que se mantiene en el año 2011 y 2012 (www.ine.es).

Así, la Ley permite que se designe administrador concursal «a una persona jurídica en la que se integre, al menos, un abogado en ejercicio y un economista, titulado mercantil o auditor de cuentas, y que garantice la debida independencia y dedicación en el desarrollo de las funciones de la administración concursal» (art. 27.1 *in fine* LC). Por ello, si bien a priori el modelo implantado es el de administración concursal unipersonal, en la práctica, éste se verá matizado en el supuesto del nombramiento de un administrador persona jurídica que, aunque unipersonal, es, en efecto, ejercido como mínimo por dos o más profesionales¹⁹⁹.

Entendemos que la falta de previsión sobre los requisitos de antigüedad y formación de los integrantes de la persona jurídica debe quedar salvada a través de una interpretación integradora de la norma, así como de lo dispuesto en el Preámbulo. En éste, al referirse al administrador persona jurídica advierte que deberá estar formada por «profesionales que cuenten con la necesaria formación y experiencia». Todo ello nos lleva a entender, por tanto, que éstos deben cumplir las condiciones dispuestas en los ordinales 1º y 2º del art. 27.1 LC²⁰⁰.

¹⁹⁹ El criterio de la unipersonalidad puede plantear en la práctica problemas de considerable significación. Adviértase aquellos concursos ordinarios de una determinada complejidad que no tengan la consideración de especial trascendencia pero en los que, por la concreta actividad a la que se dedicaba la deudora, por el número de acreedores, o por cualquier otra circunstancia, hubiese sido aconsejable mantener un número de administradores superior. Esta deficiencia provocará, por necesario, el nombramiento de administradores personas jurídicas capaces de afrontar tal cometido. Ello podrá conllevar, indefectiblemente, una merma considerable en el nombramiento de profesionales personas físicas especialmente cualificados. Atendiendo a este extremo quizás hubiese convenido establecer un régimen de mayor discrecionalidad que permitiera al juez, en atención a las circunstancias, designar un número de administradores concursales superior a uno. A juicio de GARCÍA MARRERO el problema quedaría resuelto si el legislador hubiese permitido otras vías como la reducción del arancel con el mantenimiento del número de administradores o el establecimiento como regla general de dos administradores concursales en el procedimiento ordinario, el abogado y el economista, titulado mercantil o auditor de cuentas, cumpliendo así con el objetivo de ahorro de costes pretendido con la reforma «El estatuto de la administración concursal: algunas cuestiones problemáticas sobre su nombramiento», *La legislación concursal: respuestas jurídicas para una crisis, XXXIII Jornadas de la Abogacía General del Estado*, disponible en <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292347816961?blobheader..>, pp. 2 y 3 (consultado, por última vez, el 2 de marzo de 2014).

²⁰⁰ De la misma opinión, ÍÑIGO FUSTER, «El administrador concursal persona jurídica tras la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 29 de julio, Concursal», *Revista CEF Legal*, nº 130, 2011, p. 69.

Las razones de impulsar a las referidas personas jurídicas, aun cuando en el anterior sistema semejante posibilidad no estaba vedada²⁰¹, encuentra su causa –en palabras del Preámbulo- en que algunas de las formas de persona jurídica, como es la sociedad profesional, «favorecen el ejercicio de esta función por una pluralidad de profesionales que cuenten con la necesaria formación y experiencia»²⁰². La Ley es clara a la hora de determinar las personas que deben quedar integradas en la persona jurídica administración concursal, si bien quedan dudas sobre cuál es el vínculo que debe unir a tales

²⁰¹ En el art. 30 del régimen establecido con la LC de 2003 ya se preveía la designación de un administrador persona jurídica. Es más, lo que hace la nueva norma tras la reforma es potenciar su empleo pero estableciendo dos limitaciones, a saber: la primera, la exigencia de una composición determinada, inexistente en el anterior régimen, de un abogado o un economista, titulado mercantil o auditor de cuentas (art. 27.1 LC); íntimamente relacionado con ello, la segunda, en virtud de la cual quedarían fuera las fundaciones, que, en sentido técnico-jurídico societario, responden a un componente patrimonial –y no personal-. En el Derecho foráneo, el reconocimiento del administrador persona jurídica ha sido denostado en los ordenamientos jurídicos inglés y alemán (sobre este último, vid. TIRADO MARTÍ, *Los administradores...*, cit., p. 377, nota 23 y las referencias allí contenidas de la doctrina contraria a tal reconocimiento). En Italia sí se reconoce esta posibilidad en el art. 28 de la Legg. fall. tras la reforma acometida en 2006 por el art. 25 del Decreto Legislativo 9 gennaio 2006, n. 5, «Riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali a norma dell'articolo 1, comma 5, della legge 14 maggio 2005, n. 80» (sobre el particular, vid. TESCARO, «Commentario all'articolo 28», con ZACCARIA, *Commentario breve alla legge fallimentare*, MAFFEI ALBERTI (dir.), 6ª ed., CEDAM, Padova, 2013, pp. 182 y 183 y *La legge fallimentare esplicata...*, cit., pp. 57 a 59 y las referencias en ambas señaladas). En España, sobre tal posibilidad, TIRADO MARTÍ ya se mostraba, con anterioridad a la reforma, reacio al nombramiento de administradores persona jurídica (*Los administradores...*, cit., p. 378). Recientemente, especialmente escéptico a tal reconocimiento se muestra OLIVENCIA RUIZ, *Los motivos de la reforma de la Ley Concursal*, disponible en http://www.cuatrecasas.com/media_repository/docs/esp/los_motivos_de_la_reforma_de_la_ley_concursal_62.pdf, p. 18, consultado, por última vez, el 2 de marzo de 2014, publicado en la *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 17, 2012, pp. 23 a 30.

²⁰² Otra cuestión problemática es la determinación de cuál es la concreta modalidad que, en cuanto a su forma, debe adoptar la persona jurídica: ¿es válida cualquier modalidad o solo deben tener cabida las sociedades profesionales reguladas por la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales? La Ley habla de «persona jurídica», lo cual sería suficiente para no mantener un criterio restrictivo de la norma. El Preámbulo refuerza tal consideración pues advierte, al hablar del reconocimiento de la persona jurídica como administrador concursal, «que alguna de sus formas, como es la sociedad profesional, favorecen el ejercicio de esta función», siendo la sociedad profesional un ejemplo de persona jurídica especialmente idónea para el desempeño de tal ejercicio, sin perjuicio de que cualquier otra forma de persona jurídica pueda ser nombrada. A favor de esta interpretación, ÍÑIGO FUSTER, «El administrador concursal...», cit., pp. 67 a 69 y MUÑOZ MONTAGUT, *La administración concursal tras la reforma 2011: una perspectiva práctica. Análisis comparado de la Ley Concursal con la Ley 38/2011 de Reforma*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, p. 36. En sentido contrario, vid. las Conclusiones de la Reunión de Magistrados de lo Mercantil de Madrid sobre criterios de aplicación de la reforma de la Ley Concursal de 13 de diciembre de 2011, p. 5 de la versión digital y los argumentos allí esgrimidos (<http://www.colegioeconomistasmadrid.com/CEMadrid/secciones/estatico/conclusionescriteriosunionjueces.pdf> consultado, por última vez, el 2 de marzo de 2014).

personas físicas con la persona jurídica en la que se integran. A nuestro juicio, tal vínculo ha de ser una relación laboral, de dependencia y carácter exclusivo. Ante el silencio legal, la interpretación de la norma en este extremo no es una cuestión baladí. A favor de la exigencia de la condición de socio podrían ser esgrimidos dos argumentos: (I) de un lado, admitir la integración por medio de una relación laboral, que puede ser temporal, supondría permitir posibles alteraciones en el devenir del procedimiento ante el despido o marcha del trabajador de la persona jurídica; (II) de otro, si la Ley nada dice al respecto es porque entiende que la continuidad debe quedar en todo caso garantizada, condición ésta que solo se cumple si se trata de un socio²⁰³. Sin embargo, pese a tales argumentos, téngase en cuenta que aunque la condición de socio pueda ser la que garantice en mayor grado la citada continuidad, en ningún caso ésta queda del todo garantizada pues el socio igualmente puede, por razones varias, quedar desvinculado de la sociedad. Junto a ello, el hecho de que la Ley no exija el vínculo de socio es también argumento para decantarnos por la relación laboral como nexo exigible. Además, partiendo de la consideración expuesta de que el administrador persona jurídica puede adoptar cualquier forma -y no sólo la sociedad profesional-, la exigencia del vínculo de socio es del todo insostenible. Piénsese, sin más, por ejemplo, en una sociedad anónima en la que el accionista-socio no desempeña en la persona jurídica (sociedad) labor alguna. ¿Tiene sentido exigir tal condición en los referidos supuestos cuando probablemente no se ejercite cometido alguno en la sociedad? Aun siendo discutible, sostener la posición de socio solo podría tener sentido si partiéramos de que la única forma que puede adoptar la persona jurídica es la de sociedad profesional; sin embargo, descartada esta opción, entendemos que el vínculo de socio no puede ser exigible. Habida cuenta de lo expuesto, nos decantamos por entender que el vínculo ha de ser el de una relación laboral si bien, y el matiz es importante, con carácter exclusivo. Esta última nota consideramos debe ser exigida para que quede

²⁰³ De la opinión de que el vínculo sea de socio, vid. GARCÍA MARRERO, «El estatuto...», cit., pp. 5 y 6 y las Conclusiones de la Reunión de Magistrados de lo Mercantil de Madrid sobre criterios de aplicación de la reforma de la Ley Concursal de 13 de diciembre de 2011, p. 5.

garantizada cierta continuidad en el ejercicio del cargo, rechazando pues, otro tipo de relaciones de colaboración o arrendamiento de servicios²⁰⁴.

De otro lado, los miembros integrantes de la persona jurídica que pudiera ser nombrada administrador concursal, deberán ser indicados por ésta para la inclusión de la misma en la lista de profesionales que deberá existir en los decanatos de los juzgados competentes (art. 27.3 LC)²⁰⁵.

La clara apuesta por la persona jurídica administrador concursal no se deduce únicamente de la lectura de la Exposición de Motivos, sino que son varios los preceptos que potencian el nombramiento de ésta en detrimento del administrador persona física²⁰⁶. Tal tendencia es predicable de la lectura de varios preceptos, entre otros, el art. 28.2 LC que prohíbe, siempre que existan personas disponibles en el listado correspondiente, que se designe administrador concursal a una persona que haya sido nombrada por el mismo juzgado para dicho cargo en tres concursos dentro de los dos años anteriores, prohibición que exceptúa respecto de las referidas personas jurídicas; y el art.

²⁰⁴ Para ÍÑIGO FUSTER sería suficiente una mera relación laboral de dependencia («El administrador concursal...», cit., pp. 69 y 70). De otro lado, QUIJANO GONZÁLEZ, dada la amplitud del término legal, considera suficiente el vínculo de naturaleza contractual –por ejemplo, profesionales contratados por la sociedad o colaboradores estables con dedicación suficiente, etc.- («La administración concursal», *El concurso de acreedores: adaptado a la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal*, PULGAR EZQUERRA (dir.), La Ley, Madrid, 2012, p. 212). Por su parte, LÓPEZ SÁNCHEZ, en términos similares, aplica un criterio más amplio y entiende que el vínculo con la persona jurídica puede ser también de una relación contractual de prestación de servicios (*El proceso concursal*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, p. 346).

²⁰⁵ La inclusión en la lista a que alude el art. 27.3 LC, pese al silencio de la Ley, parece ser obligatoria para todo aquél que quiera ser designado administrador concursal. La lectura conjunta de los arts. 27.4, 27.6 y 28.2 LC nos conmina a pensar que se trata de un requisito para el acceso al cargo (criterio sostenido en las Conclusiones de la Reunión de Magistrados de lo Mercantil de Madrid sobre criterios de aplicación de la reforma de la Ley Concursal de 13 de diciembre de 2011, p. 6). En otro orden de ideas, la confección de la lista corresponde al decanato del partido judicial que será quién deberá controlar si concurren los presupuestos, experiencia y formación, para el ejercicio de éste, sin que la remisión de los listados efectuados por los colegios profesionales y el ROAC vincule al Decano en su decisión. Sobre la posibilidad de control de tales presupuestos por el juez, el contenido del listado y la formalización de quejas en el funcionamiento de la lista, vid. GARCÍA MARRERO, «El Estatuto...», cit., pp. 11 y 12.

²⁰⁶ Con distinto criterio, vid. las Conclusiones de la Reunión de Magistrados de lo Mercantil de Madrid sobre criterios de aplicación de la reforma de la Ley Concursal de 13 de diciembre de 2011. En éstas se advierte que «no existe preeminencia alguna de la persona jurídica sobre los profesionales personas físicas para acceder al ejercicio de la Administración concursal. Y, de hecho, deberá prevalecer la confianza en la cualificación profesional y dedicación personal que cabe esperar de un profesional persona física, individualizable “intuitu personae”, respecto de otros factores ofrecidos por las personas jurídicas» (pp. 4 y 5).

28.4 LC que establece una limitación para ser administrador concursal a aquellas personas que estén vinculadas entre sí, personal o profesionalmente, restricción de la que, de nuevo, queda exonerado el administrador persona jurídica.

De otros preceptos también se puede inducir una tendencia a que el juez designe, con mayor frecuencia, administrador concursal a la persona jurídica. En este sentido, el nombramiento del administrador concursal persona jurídica puede ser favorecido por lo dispuesto en el art. 27.4 LC que, en su ordinal 1º, disciplina que el juez «podrá, apreciándolo razonadamente, designar a unos concretos administradores concursales solo cuando el previsible desarrollo del proceso exija una experiencia o unos conocimientos o formación especiales, como los vinculados a asegurar la continuidad de la actividad empresarial o que se puedan deducir de la complejidad del concurso», circunstancias que, a primera vista, pueden ser desarrolladas de manera más eficiente por los miembros de la administración concursal persona jurídica. Y ello sobre todo si tenemos en cuenta la prohibición establecida en el art. 32 LC en virtud de la cual el administrador persona jurídica no puede nombrar a un auxiliar delegado, lo que hace pensar que ésta contará con un equipo de profesionales y no solo con los dos establecidos en el ordinal 3º del art. 27.1 LC.

La aludida facultad que se reconoce al juez del concurso en la designación del administrador concursal, se encuentra limitada, en cierto grado, por dos notas: la primera, por lo dispuesto en el art. 27.4 LC en el que se preceptúa que el juez deberá procurar una distribución equitativa en el nombramiento de los administradores; la segunda, al señalar el mismo precepto en su ordinal 2º que, para los concursos ordinarios, se deberá nombrar a quienes acrediten su participación como administradores o auxiliares delegados en otros concursos ordinarios o, al menos, tres concursos abreviados. No obstante, el juez siempre puede designar, apreciándolo razonadamente, al administrador concursal que entienda más idóneo, en atención a su formación y experiencia, para el ejercicio del cargo (art. 27.4.1º LC).

Cuando la persona jurídica es designada administrador concursal, el art. 30.1 LC exige que ésta comunique la identidad de la persona natural que la va a representar. El representante persona natural es un apoderado de la persona jurídica que debe ostentar las condiciones de los ordinales 1º y 2º del art. 27.1 LC. Pero, ¿cuál debe ser el vínculo que ha de unir a la persona jurídica con su representante? A diferencia de lo que acontecía con el nexo exigible entre la persona física designada por la persona jurídica para el ejercicio del cargo y ésta -del que la Ley guardaba silencio-, de la dicción del art. 30.1.1º *in fine* LC cabe extraer una nota orientativa sobre quién puede ser representante de la persona jurídica. El precepto reza que «cuando el nombramiento de administrador concursal recaiga en una persona jurídica, ésta, al aceptar el cargo, deberá comunicar la identidad de la persona natural que haya de representarla *en el ejercicio de su cargo*» (la cursiva es nuestra). De la lectura se infiere que el legislador al redactar el art 30.1 LC parece estar pensando en que sea representante de la persona jurídica la misma persona física que es designada para ejercer el papel de administrador concursal. ¿Qué sentido tiene nombrar como representante de la persona jurídica «en el ejercicio de su cargo» a una persona física distinta de la que efectivamente va a desempeñar el cometido de administrador concursal? ¿No se estará refiriendo el art. 30.1 LC a cualquiera de los integrantes –abogado en ejercicio, economista, titulado mercantil o auditor de cuentas- de la persona jurídica a que se refiere el art. 27.1.3º LC? A nuestro juicio, son dos los argumentos que cabe aducir a favor de que la misma persona física que ejercita el cargo de administrador concursal ostente, a su vez, la representación de la persona jurídica: un primer argumento, de carácter negativo, basado en la ineficiencia que supondría nombrar como representante de la persona jurídica a una persona física distinta de aquélla que ejercita el cargo de administrador concursal; y, en íntima conexión con lo anterior, un segundo argumento, de carácter positivo, residiría en una tramitación del proceso concursal más ágil si aquella coincidencia fuera efectiva (notificaciones, actuaciones separadas de representante y administrador, etc.)²⁰⁷.

²⁰⁷ En contra de esta opinión, vid. las Conclusiones de la Reunión de Magistrados de lo

Al igual que ocurría con la regulación dada en 2003, si bien adaptándola a la nueva estructura unipersonal, se mantienen las excepciones cuando se trata de entidades emisoras de valores o instrumentos derivados que se negocien en un mercado secundario oficial, de entidades encargadas de regir la negociación, compensación o liquidación de esos valores o instrumentos, o de empresas de servicios de inversión. En estos casos será nombrado administrador concursal un miembro del personal técnico de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (en adelante, CNMV) u otra persona propuesta por ésta que reúna las condiciones del art. 27.1.2º LC, esto es, un economista, titulado mercantil o auditor de cuentas con cinco años de experiencia profesional y especialización en el ámbito concursal (art. 27.2.1º LC). Se mantiene, asimismo, la excepción en los concursos que se declaran sobre entidades de crédito o entidades aseguradoras en las que será administrador concursal una de las personas de entre las propuestas por el Fondo de Garantía de Depósitos y el Consorcio de Compensación de Seguros (art. 27.2.2º LC).

Por último, como novedad, si el concurso es de los considerados de especial trascendencia²⁰⁸, el juez nombrará, junto con un administrador concursal que reúna las condiciones del art. 27.1 LC, a un administrador concursal acreedor titular de créditos ordinarios o con privilegio general no garantizado de entre los que figuren en el primer tercio de mayor importe (art. 27.2.3º LC).

Mercantil de Madrid sobre criterios de aplicación de la reforma de la Ley Concursal de 13 de diciembre de 2011, p. 6, para quien el representante puede ser externo a la persona jurídica. En otro orden de ideas, al representante no le será exigible aseguramiento específico, que deberá recaer, en todo caso, en la persona jurídica; y QUIJANO GONZÁLEZ, «La administración concursal», cit., p. 212.

²⁰⁸ En virtud del art. 27 bis LC, se consideran concursos de especial trascendencia «aquellos en los que concurra uno de los siguientes supuestos: 1.º Que la cifra de negocio anual del concursado haya sido de cien millones de euros o superior en cualquiera de los tres ejercicios anteriores a aquél en que sea declarado el concurso; 2.º Que el importe de la masa pasiva declarada por el concursado sea superior a cien millones de euros; 3.º Que el número de acreedores manifestado por el concursado sea superior a mil; 4.º Que el número de trabajadores sea superior a cien o lo haya sido en alguno de los tres ejercicios anteriores a la declaración del concurso».

Respecto de este acreedor, añade el art. 27.2.3º LC que, cuando «el conjunto de las deudas con los trabajadores por los créditos señalados en el párrafo anterior estuviera incluida en el primer tercio de mayor importe» podrá ser administrador concursal «la representación legal de los trabajadores, si la hubiere, que deberá designar un profesional que reúna la condición de economista, titulado mercantil, auditor de cuentas o abogado». A nuestro juicio, su régimen de responsabilidad deberá ser idéntico al previsto para el administrador profesional dada la falta de previsión al respecto.

Esta posibilidad es también predicable en aquellos supuestos en los que el acreedor designado sea una Administración Pública o una Entidad de Derecho Público vinculada o dependiente de ella²⁰⁹. En estos casos, «la designación del profesional podrá recaer en cualquier empleado público con titulación universitaria, de graduado o licenciado en ámbitos pertenecientes a las ciencias jurídicas o económicas, y su régimen de responsabilidad será el específico de la legislación administrativa» (art. 27.2 *in fine* LC).

Respecto al citado acreedor administrador concursal debemos abordar otro problema que no encuentra solución clara en la Ley. Nos referimos a la exigencia de profesionalidad del mismo, esto es, a si éste debe o no reunir las condiciones de los ordinales 1º y 2º del art. 27.1 LC. De la lectura del art. 27.2.3º LC parece inferirse que aquélla solo es predicable en los supuestos en los que el acreedor es el representante legal de los trabajadores o en aquellos casos en los que el acreedor designado es una Administración Pública o una Entidad de Derecho Público vinculada o dependiente de ella. Sin embargo, a nuestro juicio, el criterio debe ser extensible a todo acreedor. Y ello en base a dos argumentos: el primero puede responder a un previsible olvido del legislador en tanto que tal exigencia no encuentra excepción en la Ley; y, el segundo, a que la intervención de los acreedores administradores concursales

²⁰⁹ Junto a los supuestos de concursos considerados de especial trascendencia, la LC también preve en el art. 27 bis *in fine* LC que el juez pueda, en aquellos concursos en los que exista una causa de interés público que así lo justifique y aun cuando no concurren las circunstancias de los cuatro primeros ordinales de dicho artículo, nombrar, a su arbitrio, como administrador concursal acreedor a una Administración Pública o a una entidad de Derecho Público vinculada o dependiente de ella.

se prevé para concursos de especial trascendencia, cuya complejidad es mayor, de modo que no exigir tal profesionalidad sería del todo ilógico.

2.2.2. Nombramiento

Las novedades introducidas con la Ley 38/2011 respecto al nombramiento de la administración concursal son, como comprobaremos a continuación, de notable calado.

En cuanto al sujeto encargado de proceder a la designación de los miembros integrantes del órgano de administración, al igual que acontecía con los interventores judiciales en la suspensión de pagos –no así con los síndicos en la quiebra-, y en los distintos modelos contemplados en los textos prelegislativos así como en la LC de 2003²¹⁰, se realiza directamente por el juez entre aquellos que hubieran manifestado su disponibilidad para ejercer la función en sus respectivos registros (art. 27.3 LC). Dichos registros deberán entregar al Decanato de los Juzgados competentes, en el mes de diciembre de cada año, los listados de las personas que reúnan las condiciones fijadas por la Ley. Las personas que no necesiten colegiación podrán solicitar igualmente su inclusión en las listas justificando el cumplimiento de los requisitos exigibles. Asimismo, las personas jurídicas están habilitadas para hacer lo propio, indicando los profesionales que las integran y, salvo que ya figuraran en las listas, su formación y disponibilidad²¹¹.

²¹⁰ Como ya tuvimos ocasión de exponer, los síndicos, en la quiebra, eran nombrados por los acreedores en junta. En los textos prelegislativos, el nombramiento por el juez del órgano de administración es la nota común: en el Anteproyecto del Instituto de Estudios Políticos de 1959 encontramos esta posibilidad en el art. 55, si bien se requería la posterior ratificación por la junta de acreedores de aquellos designados, o su sustitución por ésta; en el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983 tal referencia aparecía en los arts. 46 y 113; y en la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995 en su art. 17.

La atribución al juez del concurso de las designación de los componentes de la administración concursal –en detrimento de junta de acreedores- puede deberse a la intención del legislador concursal de evitar trámites excesivamente dilatorios en el nombramiento, haciendo más operativo su control por el juez. De este criterio, antes de la entrada en vigor de la LC de 2003, CERDÀ ALBERO y SANCHO GARGALLO, *Quiebras y suspensiones de pagos: claves para la reforma concursal*, La Caixa Servicio de Estudios, Barcelona, 2001, p. 77.

²¹¹ A la vista de lo expuesto, parece que el sistema de nombramiento implantado con la Ley 38/2011 se asemeja al modelo que, para la designación de peritos, se prevé en el art. 341 LEC. Asimilación que, por otra parte, parece acoger la LC al aplicarles las causas de recusación

Aun cuando la designación del administrador concursal corresponde al juez del concurso, en los casos a que alude el art. 27.2 LC, el nombramiento se produce entre un elenco de los propuestos por las entidades allí referidas. Además, encontramos supuestos en los que la designación del concreto profesional no corresponde al juez. Así ocurre en los concursos ordinarios de especial trascendencia en los supuestos en los que cuando el conjunto de las deudas con los trabajadores con créditos ordinarios o con privilegio general no garantizado estuviera incluido en el primer tercio de mayor importe, el juez nombra como administrador acreedor a la representación legal de los trabajadores, si la hubiere, que deberá designar a un profesional con las condiciones de los ordinales 1º o 2º del art. 27.1 LC. Se trata de un supuesto en el que, aun correspondiendo la designación del administrador concursal al juez, el profesional al que hace referencia el precepto no es designado por él.

Por lo que se refiere al modo de designación, frente al criterio de la discrecionalidad del juez, por el que se decantó el legislador de 2003, se opta por un nuevo sistema de «distribución equitativa» que puede plantear, en la práctica, algún problema interpretativo. La introducción de este modelo parece obedecer, más que a la exigencia de motivación, a la intención de evitar posibles abusos a la hora de designar a la administración concursal. La confusa fórmula empleada en el nuevo sistema de designación requiere alguna explicación. El tenor literal del art. 27.4.1º LC advierte que «los administradores concursales profesionales se nombrarán por el juez procurando una distribución equitativa de designaciones». No emplea el precepto un imperativo, sino un criterio flexible en el que, a priori, el juez tiene ciertas posibilidades de maniobra.

La fórmula «distribución equitativa» podría, a nuestro juicio, interpretarse atendiendo a un triple parecer: el primero, se correspondería con la implantación de un sistema de lista corrida que se iniciara por sorteo cada

previstas para aquéllos en el art. 124 LEC (*vid.* en el mismo sentido, CORDÓN MORENO, *Proceso Concursal*, 3ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 70 y 71).

año²¹²; el segundo, siguiendo una interpretación literal, consistiría en entender que el juez, en la designación, tendría que dar a todos los miembros de la lista lo mismo, sin margen de discrecionalidad alguno, de modo que no podría ser designado dos veces uno de los integrantes de la lista si hubiera otro que no lo hubiese sido todavía; y, el tercero, en virtud del cual, todos los inscritos en aquella tendrían que ser designados atendiendo a un reparto equitativo, si bien, se permite al juez, motivadamente, escoger al administrador que mejor se adapte al concurso en cuestión.

La primera de las opciones debemos descartarla, pues si el sistema de sorteo hubiese sido el querido por el legislador, así lo hubiera previsto expresamente. La segunda tampoco puede ser acogida, habida cuenta que las especialidades de cada concurso requieren concretas cualificaciones en sus administradores, lo que de manera insoslayable exige reconocer al juez cierto margen de discrecionalidad. El tercero es el que tiene, a nuestro juicio, un mayor encaje. Éste permite que el juez pueda, atendiendo a la formación, experiencia y otras cualificaciones del administrador y respetando ciertos mínimos de equidad, nombrar a aquéllos que mejor se adaptan al concurso en cuestión²¹³.

La labor que realiza el juez a la hora de efectuar el nombramiento no se produce, pues, de manera automática, sino que requiere una actividad intelectual para ponderar las circunstancias subjetivas de los integrantes y las especialidades del concurso²¹⁴. Siguiendo el criterio expuesto en el párrafo

²¹² Por un sistema de elección por sorteo, en términos similares a lo dispuesto en el 341.1 LEC para los peritos, se ha mostrado partidario un sector de la doctrina. Entre otros, vid. MAGRO SERVET, «El nombramiento de los administradores judiciales por los jueces de lo mercantil en la reforma concursal», *La Ley: revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 7, 2001, pp. 1625 a 1630.

²¹³ La Ley, en su art. 27.4 LC, corrobora esta regla al reconocer que el juez podrá «designar a unos concretos administradores concursales cuando el previsible desarrollo del proceso exija una experiencia o unos conocimientos o formación especiales, como los vinculados a asegurar la continuidad de la actividad empresarial o que se puedan deducir de la complejidad del concurso». En términos similares, vid. GARCÍA MARRERO, «El estatuto...», cit., pp. 13 y 14.

²¹⁴ Ya advertía la Exposición de Motivos de la LC de 2003 que el juez tiene «una amplia discrecionalidad en el ejercicio de sus competencias, que se manifiesta, entre otras, en las facultades de nombramiento de administradores, lo que contribuye a flexibilizar el procedimiento y su adecuación a las circunstancias del caso».

precedente, estaría justificado que la motivación en la designación solo fuese obligada en los casos que se excepcionan en la Ley (*ex art. 27.4.1º LC*).

3. EL ESTATUTO JURÍDICO DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

Como advertíamos, el Capítulo II del Título II lleva por rúbrica «Estatuto jurídico de los administradores concursales». Aun cuando los preceptos dedicados a las incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones (arts. 28 y 29.2 LC), aceptación (art. 29 LC) y recusación (art. 33 LC) se encuentran insertos en el Capítulo I «Del nombramiento de los administradores concursales» entendemos que, para un tratamiento sistemático más adecuado, deben ser analizadas en el presente epígrafe.

Respecto al régimen de incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones, los arts. 28 y 29.2 LC establecen una serie de causas que afectan a: quienes no puedan ser administradores de sociedades anónimas o de responsabilidad limitada –causas sistematizadas en el art. 213 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, TRLSC)²¹⁵-; quienes hayan prestado cualquier clase de servicios profesionales al deudor o a personas especialmente relacionadas con éste en los últimos tres años, incluidos los que, durante ese plazo, hubieran compartido con aquél el ejercicio de actividades profesionales de la misma o diferente naturaleza; quienes se encuentren en alguna de las situaciones a que se refiere el art. 51 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, en relación con el deudor, sus directivos o administradores, o con un acreedor

²¹⁵ El art. 213 TRLSC establece que «1. No pueden ser administradores los menores de edad no emancipados, los judicialmente incapacitados, las personas inhabilitadas conforme a la Ley Concursal mientras no haya concluido el periodo de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso y los condenados por delitos contra la libertad, contra el patrimonio o contra el orden socioeconómico, contra la seguridad colectiva, contra la Administración de Justicia o por cualquier clase de falsedad, así como aquéllos que por razón de su cargo no puedan ejercer el comercio; 2. Tampoco podrán ser administradores los funcionarios al servicio de la Administración pública con funciones a su cargo que se relacionen con las actividades propias de las sociedades de que se trate, los jueces o magistrados y las demás personas afectadas por una incompatibilidad legal».

que represente más del 10 por ciento de la masa pasiva del concurso²¹⁶; quienes hubieran sido designados por el mismo juzgado en tres concursos dentro de los dos años anteriores, siempre que hubiese suficientes administradores en el listado²¹⁷; quienes hubieran sido separados del cargo dentro de los 2 años anteriores o inhabilitados, conforme al art. 181 LC, por sentencia firme de desaprobación de cuentas en concurso anterior; quienes se encuentren vinculados entre sí, personal o profesionalmente²¹⁸; quien, como experto independiente, hubiera emitido el respectivo informe en relación con un acuerdo de refinanciación; y quienes, sin justa causa, no compareciesen, no tuvieran seguro suscrito o no aceptasen el cargo (art. 29.2 LC).

En cuanto a la aceptación (art. 29 LC), tras la comunicación del nombramiento por el medio más rápido posible y dentro de los 5 días siguientes al recibo de ésta, el designado deberá comparecer ante el juzgado para acreditar que tiene suscrito un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente proporcional a la naturaleza y alcance del riesgo cubierto²¹⁹. La

²¹⁶ Aunque la LC sigue conteniendo dicha previsión, el art. 51 de la Ley 44/2002 ha sido derogado en virtud del apartado 8º de la disposición derogatoria (en adelante, DD) única del Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas.

²¹⁷ Continúa diciendo la norma al respecto que «los nombramientos efectuados en concursos de sociedades pertenecientes al mismo grupo de empresas se computarán como uno solo. Esta limitación no se aplicará en el caso de las personas jurídicas recogidas en el inciso final del artículo 27.1».

²¹⁸ Para apreciar la referida vinculación personal reza el art. 28.4 LC que «se aplicarán las reglas establecidas en el artículo 93». Respecto a la vinculación profesional, advierte que se entenderá ésta cuando estén vinculadas «las personas entre las que existan, o hayan existido en los dos años anteriores a la solicitud del concurso, de hecho o de derecho, relaciones de prestación de servicios, de colaboración o de dependencia, cualquiera que sea el título jurídico que pueda atribuirse a dichas relaciones».

²¹⁹ Un presupuesto exigible a cualquier administrador concursal, introducido con la reforma de 2011 (art. 29.1 LC), es la tenencia de un seguro de responsabilidad civil. En la aludida reforma se preveía, en este punto, un posterior desarrollo reglamentario que se materializó en el Real Decreto 1333/2012, de 21 de septiembre, por el que se regula el seguro de responsabilidad civil y la garantía equivalente de los administradores concursales. La única excepción a la exigencia de seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente la encontramos en los supuestos en los que el nombramiento de administrador concursal recae en una Administración Pública o en una Entidad de Derecho Público vinculada o dependiente de ella. También cuando se designe para el ejercicio de las funciones propias del cargo a persona natural que ostente la condición de empleado público o de personal técnico de la CNMV o del Consorcio de Compensación de Seguros (art. 2.3 del Real Decreto 1333/2012). El seguro comprenderá según el art. 3 del Real Decreto 1333/2012: (I) la cobertura del riesgo de la obligación de indemnizar al deudor o a los acreedores por los daños y perjuicios causados a la masa activa del concurso por los actos y omisiones realizados por el administrador concursal o por el

falta de suscripción del seguro impide que se haga efectivo el nombramiento y su designación como administrador concursal en el mismo partido judicial durante un plazo de tres años (art. 29.2 LC)²²⁰.

Con la aceptación del cargo y siempre que no concurra causa alguna de recusación, el secretario judicial expedirá y entregará documento acreditativo del nombramiento. El administrador concursal, tras la aceptación del cargo, deberá: facilitar al juzgado las direcciones postal y electrónica en las que efectuar la comunicación de créditos, así como cualquier otra notificación -esta dirección electrónica deberá cumplir las condiciones técnicas de seguridad de las comunicaciones electrónicas en lo relativo a la constancia de la transmisión y recepción, de sus fechas y del contenido íntegro de las comunicaciones (art. 29.4 y 6 LC)-; designar un despacho u oficina para el ejercicio del cargo en alguna localidad del ámbito territorial del juzgado (art. 31 LC); y acreditar la vigencia del seguro mediante exhibición y testimonio de la póliza y del recibo de la prima correspondiente al periodo del seguro en curso o, en su caso, del certificado de cobertura expedido por la entidad aseguradora (art. 6 del Real Decreto 1333/2012)²²¹.

auxiliar delegado de cuya actuación sea responsable, que sean contrarios a la ley o hayan sido realizados sin la debida diligencia; y (II) la cobertura de los daños y perjuicios por actos u omisiones del administrador concursal que lesionen directamente los intereses del deudor, los acreedores o terceros. En lo referido a la delimitación temporal (art. 9 del Real Decreto 1333/2012) la cobertura comprenderá las reclamaciones presentadas contra el asegurado durante el ejercicio de su función o en los cuatro años siguientes a la fecha en la que el administrador concursal cesó en el cargo por cualquier causa, siempre y cuando dichas reclamaciones tuvieran su fundamento en los daños y perjuicios causados a la masa activa durante el periodo en el que ostente la condición de administrador concursal en el proceso de que se trate. Las acciones de responsabilidad que puedan corresponder al deudor, a los acreedores o a terceros por actos u omisiones de los administradores concursales que lesionen directamente sus intereses, tienen un plazo de prescripción de un año. Por último, el art. 8 del Real Decreto 1333/2012 disciplina la suma mínima asegurada por los hechos generadores de responsabilidad del administrador. Con carácter general este importe es de 300.000 euros, con las distintas variantes y cuantías allí establecidas. Para un estudio pormenorizado del seguro de responsabilidad civil, vid. IRIBARREN BLANCO, «El seguro de responsabilidad civil de los administradores concursales», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 29, 2013, pp. 19 y ss.; y DE LA MORENA SANZ y DE LA MORENA, «El seguro de responsabilidad civil y garantía equivalente de los administradores concursales», *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, nº 18, 2013, pp. 357 a 367.

²²⁰ Esta sanción se hace extensible a aquellos supuestos en los que el designado no compareciese o no aceptase el cargo sin justa causa (art. 29.2 LC).

²²¹ El citado precepto continúa advirtiendo que, en caso de que la aceptación del cargo conlleve el aumento de la cobertura, el administrador concursal exhibirá el seguro de que dispone y

Por otra parte, debemos advertir que no es necesaria la aceptación si el nombramiento recae en personal técnico de la CNMV, del Fondo de Garantía de Depósitos o del Consorcio de Compensación de Seguros. Sin perjuicio de ello, dentro del plazo de 5 días siguientes al recibo de la designación, deberán facilitar al juzgado las direcciones postal y electrónica en las que efectuar la comunicación de créditos, así como cualquier otra notificación (art. 29.5 LC).

La aceptación es configurada en la LC como un deber jurídico o una obligación legal que ha de cumplir el administrador nombrado, pues la no aceptación –o la no comparecencia-, salvo que opere justa causa, conlleva aparejada la referida sanción contenida en el art. 29.2 LC²²². No podemos sostener, como ha propuesto parte de la doctrina, que nos encontremos ante una carga procesal. La noción de carga -y su diferencia con el deber- solo tiene trascendencia en relación a las partes en un proceso jurisdiccional. En consecuencia, para poder defender la configuración de la aceptación como carga procesal sería necesario que la administración concursal fuera ya –y hasta que no acepte no lo es- *stricto sensu* parte del concurso²²³²²⁴.

efectuará su adaptación a la nueva suma asegurada. Cuando la terminación de otros concursos en los que intervenga permita una reducción de la suma asegurada, el administrador concursal podrá efectuar la adaptación de su contrato de seguro, acreditando su nueva cobertura, que siempre deberá cubrir su responsabilidad en el concurso o concursos en que siga desempeñando su función.

²²² Plantear otro sistema tal y como se encuentra configurada la administración concursal podría conllevar que la aceptación atendiera a un criterio oportunista dependiendo del tipo de concurso y de la retribución que el mismo llevase aparejada.

²²³ Debemos advertir, además, que no es necesario que la administración concursal actúe defendiendo intereses propios. En el ejercicio del cargo, en el foro procederá en ocasiones en interés del deudor –o del patrimonio concursal- y, en otras, en interés de los acreedores, asumiendo cargas cuya inobservancia repercutirán en uno u otros -atendiendo al concreto supuesto- y con independencia de la posible responsabilidad en que pudiera incurrir.

²²⁴ La delimitación entre carga y deber jurídico no ha sido ni es una cuestión pacífica. Partiendo de la consideración de carga procesal dentro de la categoría de las situaciones jurídicas pasivas (junto con la obligación y el deber) y excluida su determinación como elemento incardinable dentro de las situaciones jurídicas activas (esto es, junto con el derecho subjetivo y la facultad), entendemos que la aceptación por parte de los administradores concursales es un deber y no una carga. La cuestión no es baladí. Si reconduciéramos ésta atendiendo a la distinción *carneuttiana* en torno a los conceptos de acto debido –actuación conforme a la obligación-, acto ilícito –actuación contraria a la obligación- y acto necesario –actuación en la que se da la necesidad para alcanzar un determinado fin, pero donde la no actuación no supone un acto ilícito en sí mismo-, la diferencia fundamental entre carga y obligación pivotaría sobre el hecho de si la violación de un precepto jurídico constituye (o no) una actuación ilícita, de modo que si se trata de un acto ilícito estaríamos ante un acto debido y, por tanto, un deber. En caso contrario, nos encontraríamos ante un acto necesario y, en consecuencia, ante una

Respecto a la comunicación del nombramiento, encontramos distintos extremos que no quedan solventados por la LC a la vista de la escasa previsión «por el medio más rápido posible» (art. 29.1 LC). Para colmar las lagunas en todo aquello no previsto debemos acudir, en aplicación de la disposición final 4º LC, a las normas recogidas en la LEC.

Siguiendo la Ley procesal, la comunicación se realizará bajo la dirección del secretario judicial o por el funcionario que éste designe bajo su responsabilidad (art. 152.1º LEC). En cuanto a la clase de acto más adecuado, entendemos convenientes, por las características de la aceptación, tanto el emplazamiento

carga. Siguiendo este parecer, abogaríamos por considerar que se trata de una carga, en tanto que la no aceptación no es una conducta *contra legem*, sino una opción factible reconocida por Ley pero a la que se anudan determinadas consecuencias negativas, a saber, la mentada sanción del art. 29.2 LC (vid. al respecto CARNELUTTI, *Teoría General del Derecho*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, pp. 222 y 223). La teoría de CARNELUTTI podríamos plantearla en términos de exigibilidad: si el acto es exigible, es un acto debido y, por tanto, un deber; por el contrario, si el acto es necesario pero libre y, en consecuencia, no exigible, es una carga. Siguiendo a CALAMANDREI, la sujeción de la voluntad del sujeto gravado con una carga procesal no se produce como consecuencia de la amenaza de una sanción sino por la advertencia que realiza la norma respecto de las consecuencias perjudiciales que sufriría dicho sujeto en caso de no ejercicio («Il processo come gioco», *Rivista di Diritto Processuale*, nº 1, 1950, pp. 23 y ss.). Desde este punto de vista, la aceptación sería reconducible, a nuestro juicio, a la categoría de deber jurídico. En fin, siguiendo a otros autores de relevancia procesal, como HERCE QUEMADA, la idea de carga en último término implica una conminación a hacer o no hacer una determinada actuación cuya inobservancia lleva aparejada perjuicios procesales, mientras que la obligación hace surgir un derecho en favor de un tercero cuyo incumplimiento conlleva la consecuente responsabilidad y sanción (*La carga de la prueba*, Separata del Boletín del Real Colegio de Abogados de Zaragoza, Zaragoza, 1962). Encontramos, a la vista de lo expuesto, un elemento que nos permite diferenciar entre carga y deber jurídico, a saber, el cumplimiento del deber siempre se encuentra respaldado por la amenaza de una sanción y no ante un perjuicio procesal derivado de su inobservancia, en cuyo caso sería una carga. Además, en la carga, el vínculo de la voluntad viene impuesto por el deseo de alcanzar una determinada finalidad, generalmente procesal, solo realizable mediante su oportuno ejercicio, elemento teleológico éste que no contemplamos en el deber jurídico. Sobre estas consideraciones, vid. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, La Ley, Madrid, 2006, p. 42. Interesantes también las precisiones en torno a los conceptos de carga y deber jurídico realizadas por SENTÍS MELENDO, *Desarrollo del proceso. Deberes del juez y cargas de las partes*, disponible en versión digital: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/24/art/art23.pdf> (consultado, por última vez, el 2 de marzo de 2014). Su consideración como deber jurídico es defendida por TIRADO MARTÍ, *Los administradores...*, cit., p. 456. Para otra parte de la doctrina (PRADA GAYOSO, «La administración...», cit., p. 62) no existe deber de aceptación, ni el desempeño del cargo entra en el ámbito del general deber de colaboración con la Administración de Justicia dispuesto en el art. 17 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ). Por último, otro sector doctrinal entiende que se trata de una carga, así ILLESCAS RUS, «Comentario al art. 29», *Derecho Concursal Práctico*, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (dir.), Iurium, Madrid, 2004, p. 179. En Italia, aun cuando el artículo que regula la aceptación (art. 29 Legg. fall.) habla de *obbligo* (obligación) del *curatore*, la doctrina se decanta por entender que es un *onere* (carga). Así, TESCARO, «Commentario all'articolo 29», cit., p. 187 y las referencias bibliográficas allí contenidas a favor de su consideración como carga.

como el requerimiento (art. 149.1.2º y 4º LEC)²²⁵. Aun cuando ambos actos de comunicación son, a nuestro juicio, pertinentes, parece que la necesaria actuación de los nombrados administradores, aceptando o rehusando el cargo, y la celeridad exigible -en todo el proceso pero especialmente en los trámites iniciales-, determina que el requerimiento se muestre, en nuestra opinión, el acto más idóneo.

El momento en el que se ha de efectuar la comunicación tampoco queda perfilado en la LC. La dicción del art. 186.3 LC impide que podamos integrar a su amparo la referida laguna por cuanto se refiere a resoluciones judiciales. Debemos, por el contrario, acudir a lo dispuesto en el art. 132.2 LEC en virtud del cual «cuando no se fije plazo ni término, se entenderá que han de practicarse sin dilación».

En lo referido al medio de comunicación, se omite cualquier referencia a cuál debe ser empleado. Evidentemente, ello dependerá de los recursos de que disponga el órgano jurisdiccional y el sujeto designado, así como de los datos que consten en aquél. A nuestro juicio, podrán emplearse: teléfono, fax, burofax, correo electrónico o, en su defecto, correo o telegrama con acuse de recibo²²⁶.

En cuanto al cómputo de plazos para la aceptación, entendemos, por aplicación de la LEC, que comenzarán a contar desde el día siguiente al del recibo de la comunicación hasta las 24 horas del quinto día (art. 133.1 LEC), excluyendo los días inhábiles (art. 133.2 LEC). La comunicación se deberá limitar a incluir los datos del concreto administrador designado que obren en el

²²⁵ Para MARTÍNEZ ESPÍN, la resolución adecuada es el requerimiento («Comentario al artículo 29», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), tomo I, Tecnos, Madrid, 2004, p. 284). De la misma opinión, ILLESCAS RUS, «Comentario al artículo 29», *cit.*, p. 177 y VALPUESTA GASTAMINZA, «Comentario al artículo 29», *Comentarios a la Ley Concursal*, CORDÓN MORENO (dir.), tomo I, 2ª ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 411. Para TIRADO MARTÍ ambas resoluciones son válidas, si bien es más forzado emplear el requerimiento que el emplazamiento (*Los administradores...*, *cit.*, p. 458 y «Comentario al artículo 29», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, p. 619).

²²⁶ En contra de que se puedan emplear el correo o el telegrama con acuse de recibo, ILLESCAS RUS, «Comentario al artículo 29», *cit.*, p. 178. A favor, MARTÍNEZ ESPÍN, «Comentario al artículo 29», *cit.*, p. 284.

registro correspondiente, la resolución de nombramiento así como el acto de comunicación formal –emplazamiento o requerimiento-, para que proceda a su personación en el juzgado.

En lo relativo a la recusación (art. 33 LC), los administradores concursales podrán ser removidos del cargo, por cualquiera de las personas legitimadas para solicitar la declaración de concurso, cuando concurren en ellos las circunstancias constitutivas de incapacidad, incompatibilidad o prohibición previstas en el art. 28 LC o alguna de las causas establecidas en el art. 124 LEC para la recusación de peritos –que remite al art. 219 LOPJ-²²⁷. La referida recusación se deberá promover tan pronto como el recusante tenga conocimiento de la causa en que se funde. No tiene efectos suspensivos y se tramita por los cauces del incidente concursal. El administrador recusado, hasta que se dicte resolución en que se reconozca estar incurso en una de las causas citadas, seguirá actuando como administrador –salvo que considere que hay justa causa- sin que la resolución que finalmente recaiga afecte a la validez de las actuaciones realizadas.

Por lo que se refiere al deber de abstención de los administradores concursales al ejercicio del cargo encontramos en el art. 29.1.2º LC una previsión al respecto: «de concurrir en el administrador concursal alguna causa de recusación estará obligado a manifestarla». No obstante, entendemos que también podría resultar de aplicación supletoria lo dispuesto en el art. 105 LEC respecto a la abstención de peritos. Por ello, cuando concurra cualquiera de las circunstancias contenidas en los arts. 28 o 29.2 LC o las causas señaladas en el art. 124 LEC, el administrador deberá abstenerse.

Lo mismo acontece en los supuestos en que, aceptado el cargo, de manera sobrevenida o del análisis de la documentación el administrador constatase que se haya incurrido en algunas de las causas del art. 28 o 29.2 LC o art. 124

²²⁷ En el art. 124.3 LEC se señalan como causas de recusación de los peritos: «1.ª Haber dado anteriormente sobre el mismo asunto dictamen contrario a la parte recusante, ya sea dentro o fuera del proceso; 2.ª Haber prestado servicios como tal perito al litigante contrario o ser dependiente o socio del mismo; 3.ª Tener participación en sociedad, establecimiento o empresa que sea parte del proceso».

LEC. En tales supuestos, el administrador deberá proceder a la renuncia o dimisión del cargo. Ésta deberá producirse, a nuestro juicio, del mismo modo que sucede con la aceptación, esto es, en comparecencia ante el juez del concurso, quien valorará la justificación o no de tal renuncia. Si a juicio del juez del concurso no existiera causa justificada para proceder a la renuncia, éste seguirá en el cargo. Si aun así el administrador renuncia al mismo, quedará inhabilitado para ejercerlo en el mismo partido judicial durante un periodo de tres años, respondiendo por los daños causados a consecuencia de tal renuncia.

El cargo de administrador concursal es retribuido con cargo a la masa salvo cuando se trate del personal de la CNMV, del Fondo de Garantía de Depósitos o del Consorcio de Compensación de Seguros (art. 34.1 LC). La retribución se realiza por medio de arancel -regulado en el Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales- en función de la cuantía del activo y del pasivo, del carácter ordinario o abreviado del procedimiento, de la acumulación de concursos y de la previsible complejidad del procedimiento²²⁸. La cuantía y los

²²⁸ Con la reforma acometida con el Real Decreto-ley 3/2009 se introdujeron como nuevos factores para el cálculo de la retribución, el carácter ordinario o abreviado del procedimiento – no previsto en el art. 34.2 LC, pero sí en el art. 4.5 del Real Decreto 1860/2004- y la acumulación de concursos, criterios ambos en todo punto lógicos y que impiden decisiones controvertidas en orden a fijar la retribución en determinados concursos complejos (así el AJM nº 2 de Bilbao de 19 de junio de 2008 [LA LEY 152263, 2008]). El aludido arancel de retribución a los administradores deberá ajustarse en todo caso a las siguientes reglas (art. 34.2 LC): (a) exclusividad, en tanto que los administradores concursales solo podrán percibir por su intervención en el concurso las cantidades que resulten de la aplicación del arancel; (b) limitación, por cuanto la administración concursal no podrá ser retribuida por encima de la cantidad máxima que se fije reglamentariamente para el conjunto del concurso; (c) efectividad, pues en aquellos concursos en los que la masa sea insuficiente, se garantizará el pago de un mínimo retributivo establecido reglamentariamente mediante una cuenta de garantía arancelaria que se dotará con aportaciones obligatorias de los administradores concursales. Estas dotaciones se detraerán de las retribuciones que efectivamente perciban los administradores concursales en los concursos en que actúen en el porcentaje que se determine reglamentariamente. Esta última nota característica está pendiente de desarrollo por el futuro arancel que venga a garantizar el pago de un mínimo retributivo. La cuantía y los plazos aparecen disciplinados en los arts. 4 a 11 del Real Decreto 1860/2004 en el que se distingue entre la retribución en la fase común (discriminando en función de si el concursado está sometido al régimen de intervención o al de suspensión) y la retribución en las fases sucesivas. No obstante, la problemática derivada de los concursos sin masa no encuentra, hasta que se lleven a cabo los pertinentes desarrollos reglamentarios, una solución. Sobre las soluciones propuestas para garantizar el pago a los administradores concursales y otros aspectos relativos a su retribución con carácter previo a la reforma acometida con la Ley 38/2011, vid. MORENO

plazos de la retribución se fijan por el juez por medio de auto (art. 34.3 LC). En cualquier estadio del procedimiento, el juez, de oficio o a instancia de parte – por el deudor o los acreedores-, podrá modificar la retribución fijada si concurriera justa causa (art. 34.4 LC). Sin perjuicio de lo anterior, el auto por el que se fije o modifique la retribución de los administradores concursales será apelable por cualquiera de éstos y por las personas legitimadas para solicitar la declaración de concurso (art. 34.5 LC).

El ejercicio del cargo por los administradores concursales –también de los auxiliares delegados- se debe desempeñar con la diligencia de un ordenado administrador y de un representante leal (art. 35.1 LC). Esta diligencia debe ser interpretada, como ha señalado un sector importante de la doctrina, a la luz de lo dispuesto en el TRLSC, por ser el único texto que, en relación a la responsabilidad de administradores societarios, se pronuncia sobre el deber de diligencia. Para el art. 225 TRLSC el estándar de diligencia es el de un ordenado empresario. Habida cuenta de que la LC alude al término ordenado administrador y valiéndonos de la referida previsión que respecto al empresario dispone el TRLSC, entendemos que, en este punto, la exigencia predicable respecto a la administración concursal en su actuación es la de un ordenado empresario²²⁹. Hecha esta equiparación sobre la base del TRLSC, la actuación de la administración concursal cuando opera en el ámbito mercantil se concreta en dos tipos de deberes: (I) un deber de diligencia traducible en la obligación de informarse con extremo celo, equiparable al deber de buscar información suficiente y fiable así como vigilar e intervenir en caso de posible daño. A este respecto, conviene matizar que la administración concursal asume una obligación de medios –no de resultados-, reconociéndosele un espacio de discrecionalidad a la hora de adoptar sus decisiones. Ello supone que, entre varias opciones, podrá escoger cualquiera que resulte razonable; y (II) un deber

SERRANO, «La retribución de los administradores concursales como coste del concurso», *Academia Vasca de Derecho*, año VIII, nº 19, 2010, pp. 84 y 85.

²²⁹ No obstante, la cuestión no es pacífica. Así, la SAP de Córdoba (Sección 3ª) de 7 de julio de 2008 [JUR 2009, 95813] entiende que la referencia al “ordenado administrador” no debe equipararse, *stricto sensu*, al “ordenado administrador societario”, puesto que ni realiza las mismas funciones, ni las circunstancias económico-financieras de una sociedad en concurso son las mismas que las de una sociedad *in bonis*.

de lealtad en su doble dimensión, positiva y negativa. Su vertiente positiva consiste en el deber de orientar la gestión en atención a los intereses del concurso, mientras que, en lo que atañe a su vertiente negativa, se trata de no obtener ventajas ni para sí ni para terceros. Todos estos deberes deben ser ponderados, además, en función de si la administración actúa bajo el régimen de intervención o suspensión.

Para la determinación de la diligencia exigible a los miembros integrantes de la administración concursal, junto a la anterior previsión contenida en el TRLSC, debemos tener aquella diligencia que por razón de su profesión sea de obligada observancia. Así, las previstas en sus respectivos códigos deontológicos²³⁰.

Con la reforma de 2011, los apartados 2 y 3 del art. 35 LC se modifican sustancialmente en cuanto a la forma de adopción de decisiones, atendiendo al cambio de estructura en la composición. Así, el apartado 2 prevé que cuando la administración concursal esté integrada por dos miembros, aun cuando la representación de la administración frente a terceros corresponda al primer administrador designado (art. 27.2.3º LC), las funciones del órgano se ejerzan de forma conjunta. Las decisiones se adoptarán de forma mancomunada –a diferencia del régimen de 2003, donde se adoptaban por mayoría (antiguo art. 35.2.1º LC)- salvo para el ejercicio de aquellas competencias que el juez atribuya individualmente (art. 35.2 LC). En los supuestos de actuación conjunta en los que hubiera disconformidad en la decisión de los integrantes, el extremo controvertido deberá ser puesto en conocimiento del juez que resolverá al respecto. Por su parte, el apartado 3 establece que las decisiones y los acuerdos de la administración concursal que no sean de trámite o de gestión

²³⁰ Así, por ejemplo, respecto al abogado, la diligencia exigible en el ejercicio de su actuación conforme a lo dispuesto en el art. 542 y ss. LOPJ y el Código deontológico aprobado en el Pleno de 27 de noviembre de 2002, adaptado al nuevo Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio; respecto a los profesionales de la contabilidad, entre otros, el Código de ética para Profesionales de la contabilidad de julio de 2009 elaborado por IESBA –dentro de la IFAC- y traducido al español en marzo de 2010 por el Instituto de Censores Jurados de Cuentas en España; y respecto de los economistas, el Código deontológico aprobado por el Pleno del Consejo General de Colegios de Economistas de 29 de septiembre de 2011.

ordinaria se consignarán por escrito y serán firmados, en su caso, por todos sus miembros. En todo momento, la administración concursal está sometida a la supervisión del juez, pudiendo serle requerida información específica o memoria sobre el estado de cualquier fase del concurso (art. 35.4 LC).

Junto al régimen de responsabilidad previsto en el art. 36 LC²³¹, los administradores concursales podrán ser separados por el juez, de oficio o a instancia de cualquier persona legitimada para solicitar la declaración de concurso o de cualquiera de los miembros de la administración concursal, cuando concurra justa causa (art. 37.1 LC)²³². La resolución judicial de cese revestirá la forma de auto, cuyo contenido será comunicado por el secretario judicial al Registro Público Concursal (art. 37.3 y 4 LC). En caso de separación se procederá de inmediato a un nuevo nombramiento, lo que, a nuestro parecer y atendiendo al silencio de la Ley, se deberá realizar por el mismo procedimiento utilizado para la designación inicial, dotándole de la misma publicidad –prevista legalmente– que hubiera tenido el nombramiento del administrador concursal sustituido (art. 38.1 y 3 LC). En línea de continuidad, el

²³¹ El art. 36 LC establece lo siguiente «1. Los administradores concursales y los auxiliares delegados responderán frente al deudor y frente a los acreedores de los daños y perjuicios causados a la masa por los actos y omisiones contrarios a la ley o realizados sin la debida diligencia; 2. Los administradores concursales responderán solidariamente con los auxiliares delegados de los actos y omisiones lesivos de éstos, salvo que prueben haber empleado toda la diligencia debida para prevenir o evitar el daño; 3. La acción de responsabilidad se sustanciará por los trámites del juicio declarativo que corresponda, ante el juez que conozca o haya conocido del concurso; 4. La acción de responsabilidad prescribirá a los cuatro años, contados desde que el actor tuvo conocimiento del daño o perjuicio por el que reclama y, en todo caso, desde que los administradores concursales o los auxiliares delegados hubieran cesado en su cargo; 5. Si la sentencia contuviera condena a indemnizar daños y perjuicios, el acreedor que hubiera ejercitado la acción en interés de la masa tendrá derecho a que, con cargo a la cantidad percibida, se le reembolsen los gastos necesarios que hubiera soportado; 6. Quedan a salvo las acciones de responsabilidad que puedan corresponder al deudor, a los acreedores o a terceros por actos u omisiones de los administradores concursales y auxiliares delegados que lesionen directamente los intereses de aquéllos».

Esta no es sede ni el objeto de nuestro trabajo nos permite afrontar tan ardua cuestión. La relación funcional existente entre el órgano de administración y el concurso, la heterogeneidad de funciones a aquéllos atribuidas y la difícil situación gobernada por intereses contrapuestos, desemboca en que el régimen de responsabilidad sea un tema de extrema complejidad. Sobre el particular, vid., especialmente, TIRADO MARTÍ, *Los administradores...*, cit., pp. 585 a 742. No obstante, hasta el momento, no se ha dictado, que nos conste, ninguna resolución de condena a administradores concursales en materia de responsabilidad *ex art.* 36 LC.

²³² Cuando el cesado fuera representante de una persona jurídica administrador, el juez requerirá la comunicación de la identidad de la persona natural que haya de representarla en el ejercicio de su cargo, salvo que se determinara que el cese debe afectar a la misma persona jurídica que ostenta el cargo de administrador concursal, en cuyo caso se procederá a un nuevo nombramiento (art. 37.2 LC).

juez ordenará la rendición de cuentas al cesado en el plazo de un mes desde que se notifique la orden judicial, que, por otro lado, estará sujeta a lo previsto en el art. 181 LC para la rendición de cuentas en la conclusión del concurso (art. 38.4 LC).

Frente a las resoluciones sobre nombramiento, recusación y cese de los administradores concursales –y auxiliares delegados- cabrá recurso de reposición y, contra el auto que lo resuelva, el de apelación que no gozará de efecto suspensivo (art. 39 LC). El párrafo segundo del mismo precepto añade que «estarán legitimados para recurrir el deudor, la administración concursal, los administradores concursales afectados y quienes acrediten interés legítimo, aunque no hubieren comparecido con anterioridad».

4. CARACTERIZACIÓN Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL EN EL RÉGIMEN VIGENTE. RELACIÓN CON OTROS SUJETOS DEL CONCURSO Y DELIMITACIÓN DE SUS COMPETENCIAS

4.1. Caracterización del órgano de administración concursal

La correcta delimitación de las competencias de la administración concursal y su adecuada ordenación en el seno del proceso concursal tiene tal importancia que de ella depende en gran medida la validez del concurso como institución reguladora de las situaciones de crisis empresarial. Solo hay que atender al número funciones que se asignan a la administración concursal en cada una de las fases del concurso, para comprobar que, en todas ellas, su desarrollo depende, de modo especial, de las labores que lleva a cabo aquélla. Puede afirmarse pues que, al menos en parte, la propia existencia del concurso se justifica si la administración concursal es capaz de desarrollar eficaz y oportunamente esas heterogéneas funciones a él asignadas.

Como ya advirtiera la Exposición de Motivos (apartado IV) de la LC de 2003 «solo el juez y la administración concursal constituyen órganos necesarios en el procedimiento». Mientras que el primero es el órgano rector de todo el proceso, la administración concursal asume una labor de asistencia y auxilio de

carácter técnico, que aunque sometida a la supervisión permanente de aquél, goza de competencias y funciones propias que la dotan de cierta autonomía y estabilidad. Es un órgano que desempeña funciones de gestión en la actividad del deudor según el régimen decretado, intervención o sustitución, y de defensa a los acreedores, sin obviar una intensa labor de cooperación y asistencia al juez²³³.

La consideración de la administración concursal como órgano necesario y permanente del procedimiento deriva de su ineludible intervención en todas las fases del proceso. En particular, dentro la fase común su presencia adquiere una especial significación.

Su caracterización como órgano auxiliar del juez debe ser sostenida en todas las fases del proceso concursal²³⁴²³⁵. No podemos compartir, por el contrario, su consideración como órgano delegado del juez²³⁶, pues sus

²³³ Vid. al respecto el AAP (Sección 5ª) de las Islas Baleares de 31 de marzo de 2008 [AC 2008, 1649] en su fundamento jurídico 3º.

²³⁴ Descartamos el criterio de quien sostiene que la administración concursal no es un órgano auxiliar del juez por cuanto no se encuentra integrado en ningún cuerpo de auxilio judicial. Esta aseveración supondría llevar al extremo la denominación de auxilio que empleamos, en sentido lato, para referirnos a una labor de cooperación con el juez del concurso.

Sobre la consideración de la administración concursal como órgano auxiliar del juez se pronuncian, entre otros, DE LA CRUZ BÉRTOLO, «Comentario al artículo 27», *Comentarios a la legislación concursal*, PULGAR EZQUERRA; ALONSO UREBA; ALONSO LEDESMA y ALCOVER GARAU (dirs.), tomo I, Dykinson, Madrid, 2004, p. 531; GÓMEZ MARTÍN, *Administración Concursal*, CISS, Valencia, 2004, p. 70, si bien de manera indirecta; HERNÁNDEZ PUÉRTOLAS, «La administración concursal: composición, funciones, retribución y responsabilidad», *Las claves de la Ley Concursal*, QUINTANA CARLO, BONET NAVARRO y GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ (dirs.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005, p. 201; y LÓPEZ SÁNCHEZ, *El proceso...*, cit., p. 352. En la jurisprudencia, entre otras, el AJM nº 1 de 5 de febrero de 2010 [JUR 2010, 347243] en su fundamento jurídico 1º.

²³⁵ Entre otras muchas funciones de auxilio: la comunicación individualizada a todos los acreedores que obren en autos informándoles sobre la declaración del concurso y el deber de comunicar los créditos (art. 21.4 LC); la comunicación electrónica a los acreedores informándoles del proyecto de inventario y de la lista de acreedores (art. 95.1 LC); etc. Algún autor señala que en tales supuestos no puede hablarse de competencias propias sino de específicos deberes de auxilio o colaboración (en este sentido, PRADA GAYOSO, «La administración...», cit., p. 103). A nuestro juicio, no se trata de atribuciones contrapuestas sino descriptivas de una misma realidad, esto es, competencias propias del órgano conferidas por Ley pero fijadas como deberes de auxilio o colaboración.

²³⁶ Así la conceptúan GÓMEZ MARTÍN, *Administración...*, cit., p. 69; PRADA GAYOSO, «La administración...», cit., p. 103; MÁRQUEZ LOBILLO, «Condiciones subjetivas para el nombramiento de administradores concursales», *Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, tomo II, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 1393; y LÓPEZ SÁNCHEZ, *El proceso...*, cit., p. 352. Esta configuración de la administración concursal como órgano delegado del juez puede deberse a una reminiscencia, sostenida por algunos, de la consideración de los interventores judiciales en la suspensión de pagos como órganos

funciones no le corresponden por delegación de personal jurisdicente, sino por ministerio de la Ley. Aunque su labor de auxilio es evidente en todas las fases del proceso, ello no obsta a que se le reconozca cierta independencia en el ejercicio de sus funciones que impiden sostener que su existencia encuentre su razón de ser en una mera delegación de funciones del órgano jurisdiccional. Podríamos secundar, como ha hecho parte de la doctrina, que, en determinados extremos de su labor, la administración concursal actúa en defensa y representación del interés general. E, incluso, compartir que la justificación de su existencia deriva de la imposibilidad práctica de que el juez asuma la totalidad de funciones –así como de la especial cualificación técnica requerida al órgano de administración en múltiples aspectos del proceso-. Sin embargo, las razones argüidas no son suficientes como para abogar por la administración como órgano delegado del juez del concurso²³⁷.

Como órgano auxiliar del juez se le atribuyen competencias y funciones propias derivadas de la Ley. En ocasiones, sin embargo, también adoptan la posición de parte procesal. Así, entre las atribuciones de que goza la administración concursal, se incluye el ejercicio de acciones procesales y, en su caso, la oposición de resistencias frente a otros sujetos. En este sentido, el art. 184.1 LC le reconoce la consideración de parte «en todas las secciones del procedimiento», si bien esta afirmación será debidamente matizada a lo largo de nuestro estudio.

Ciertamente, no todas las atribuciones que se le encomiendan a la administración concursal a lo largo del proceso responden a una concepción

delegados del juez. Sobre este punto, vid. la nota al pie 73. En el régimen vigente no encontramos norma que reconozca al juez la posibilidad de dotar a los administradores de funciones fuera de aquéllas atribuidas legalmente. Sí se permite, en cambio, tras su reconocimiento legal en el art. 116.2 LC, que aquél pueda designar como presidente de la junta de acreedores a un miembro de la administración concursal o que pueda, en virtud del art. 35.2 LC, atribuir individualizadamente competencias específicas a un concreto administrador. Sin embargo, parte de la doctrina atisba, en algunas de las competencias atribuidas a la administración concursal (así, en la atribución del reconocimiento para la inclusión y exclusión de créditos de los acreedores –art. 86.1 LC-), una actuación como auxiliar delegado del juez (en este sentido, PRADA GAYOSO, «La administración...», cit., p. 103).

²³⁷ Cabe recordar que este carácter se dejó entrever por parte de la jurisprudencia respecto de los interventores judiciales en la suspensión de pagos por cuanto se entendía que el juez podía asumir directamente las atribuciones a aquéllos encomendadas. En este sentido, vid. la STSJ (Sala de lo Civil y Penal) de Navarra de 11 de noviembre de 1995 [RJ 1995, 8643].

orgánica en sentido estricto. Ello determina que la delimitación de su doble consideración, como órgano y como parte procesal, no sea fácil, al constituir las dos caras de una misma moneda²³⁸.

Y aún más, la posible consideración de órgano que detente la administración concursal no es incompatible con el reconocimiento del status de parte que se le pueda atribuir²³⁹. Ello ha motivado que parte de la doctrina aduzca que nos encontramos ante un órgano de naturaleza mixta o compleja, en tanto que la labor que ostenta la administración cuando evacúa informes, autoriza actos del deudor o lo sustituye en la gestión del patrimonio, donde cabe vislumbrar su carácter auxiliar o instrumental respecto del juez, difiere de la que ostenta cuando asume el papel de parte procesal autónoma²⁴⁰.

A pesar de la referida dualidad, entendemos que las actuaciones que como parte procesal tiene reconocidas la administración concursal, derivan de su propia consideración de órgano y de las funciones que como tal asume en el seno del concurso (v. gr. cuando se impugna la lista de acreedores o el inventario). En este contexto, es apreciable un rol distinto de la administración concursal cuando actúa como órgano auxiliar del juez que cuando lo hace como parte; si bien, a nuestro juicio, esta última, reiteramos, le es atribuida en tanto órgano del concurso.

Así, su actuación como parte procesal, en igualdad de condiciones con el resto de sujetos, no es extensible a los supuestos en los que actúa como

²³⁸ Debemos también matizar que en el empleo del término órgano partimos de la acepción séptima de la Real Academia Española (en adelante, RAE) que lo define como «persona o conjunto de personas que actúan en representación de una organización o persona jurídica en un ámbito de competencia determinado». Cuando hablamos de la concepción orgánica de la administración concursal nos referimos a su atribución como órgano auxiliar del juez. No es concebible prever en el proceso concursal una actuación de la administración concursal si no es en virtud de las atribuciones que como órgano le son conferidas. Incluso cuando actúa en interés propio lo hace como consecuencia de una previa actuación como órgano.

²³⁹ Aun cuando de la dicción literal del artículo 184.1 LC parece predicarse la condición de parte de la administración concursal, se muestra contrario a esta consideración ILLESCAS RUS, «Comentario al artículo 29», cit., p. 177, para quien los administradores son «sin duda» terceros.

²⁴⁰ Al respecto, vid. PRADA GAYOSO, quien, en lo que se refiere a las atribuciones a la administración concursal «destaca la naturaleza pública de su función por lo que puede considerarse como un órgano especial de tutela, con funciones próximas a las que corresponden al Ministerio Fiscal» («La administración...», cit., p. 61).

órgano auxiliar del juez, en los que cabe inferir cierta autoridad en el ejercicio de las funciones que se le encomiendan. Si atendiéramos exclusivamente a la consideración de parte que le concede el art. 184.1 LC obviaríamos su importante atribución como órgano del concurso. En rigor, cuando los administradores concursales intervienen como parte en el procedimiento, no lo hacen como sujetos revestidos de autoridad, sino que actúan, respecto del juez, al mismo nivel que el deudor y el resto de partes. Desde este planteamiento, sus funciones son ejercidas como sujetos particulares y las discrepancias entre los administradores concursales y los demás sujetos que intervienen en el proceso se resuelven por el juez en el mismo plano y con igualdad de armas²⁴¹.

Como ya advertíamos, la aludida condición de parte de la administración concursal para todas las secciones del concurso se aprecia, en todo caso, cuando aquélla ejercita pretensiones, realiza actuaciones procesales de disposición del objeto (allanamiento, desistimiento, renuncia, transacción) o, en su caso, opone resistencias. Sin embargo, no podemos aventurarnos a categorizar a la administración concursal como parte en todas las fases del proceso sin matizar tal aseveración. La aludida multiplicidad de funciones conlleva la imposibilidad de sostener su consideración de parte en todos los estadios del concurso, y si cayéramos en semejante error, partiríamos de posiciones arriesgadas, llenas de excepciones, que devendrían insostenibles. A lo expuesto se adiciona el hecho de que el distinto régimen decretado, intervención o suspensión, comporta otro elemento de incertidumbre a tener en cuenta.

En definitiva, la discusión sobre la condición de parte predicable respecto a la administración concursal requiere un análisis punto por punto en relación a las concretas actuaciones que lleva a cabo en cada fase. En nuestra investigación, este análisis en torno a su condición de parte se desarrollará al

²⁴¹ Al respecto, vid. VEGAS TORRES, «El proceso concursal y sus sujetos», *Derecho Procesal Civil. Proceso concursal. Arbitraje*, con DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004, p. 34, si bien este autor solo se refiere a la atribución legal de parte que se confiere a la administración concursal en todo el proceso, sin matizar esta consideración ni referenciar nota alguna en torno a su concepción como órgano.

tratar cada una de las actuaciones que le son encomendadas durante la fase común.

Por último, y sin perjuicio de lo expuesto, nos encontramos con algunos supuestos en los que los administradores concursales, en cuanto partes procesales, no proceden conforme al interés del concurso, piedra angular de su actuación, sino en defensa de sus propios derechos e intereses. En particular, aludimos a los procesos en que se ejercitan acciones de responsabilidad frente a los administradores concursales consecuencia de su actuación en el concurso o a las discusiones que, en orden a determinar la retribución de los administradores, pueden tener lugar en el seno del mismo²⁴². Como ya advertíamos, habida cuenta de lo dispuesto en el art. 34.5 LC, el auto que fija o modifica el importe de la citada retribución puede ser objeto de recurso de apelación por cualquiera de los administradores concursales o por cualquiera de las personas legitimadas para solicitar la declaración de concurso. De este modo, los administradores pueden actuar como parte pasiva, mediante la formulación de escrito de oposición al recurso presentado frente a aquel auto por cualquiera de las personas legitimadas para solicitar el concurso²⁴³, o como parte activa, siendo los propios administradores concursales quienes planteen el recurso de apelación contra la señalada resolución²⁴⁴.

4.2. La naturaleza jurídica de la administración concursal

Sentadas estas premisas acerca de la caracterización del órgano de administración concursal, procede que nos detengamos ahora, en una suerte de aproximación, en su naturaleza jurídica.

²⁴² No obstante, el AJM nº1 de Málaga de 6 de marzo de 2013 establecía que «incluso en el caso de ejercitar acciones tendentes al cobro de sus honorarios, la AC (administración concursal) actúa en interés de la masa, pues masa, pasiva en este caso, lo es su retribución. Nótese que el legislador no habla de masa pasiva, sino sencillamente de masa, lo cual induce a entender que no se quiere encorsertar en este caso la masa pasiva a los créditos concursales, sino también a los créditos contra la masa».

²⁴³ Así, entre otras, SAP (Sección 3ª) de Córdoba de 14 de mayo de 2010 [AC 2010, 1490]; AAP (Sección 5ª) de Sevilla de 7 de marzo de 2011 [AC 2011, 1157]; AAP (Sección 4ª) de Las Palmas de 4 de abril de 2011 [JUR 2011, 334893].

²⁴⁴ Así, AAP (Sección 5ª) de Islas Baleares de 22 de junio de 2011 [JUR 2011, 310667].

Pese a que, atendiendo al interés que persigue, pudiera preconizarse un carácter privado del órgano de administración, esta afirmación debe ser matizada. De un lado, porque la designación es realizada por el juez por imperio de la Ley y no por la junta de acreedores como acontecía con los síndicos. De otro, habida cuenta las labores que son atribuidas a la administración concursal en términos próximos a aquellos que acometen funciones públicas; así, por ejemplo, en la fase de liquidación, donde llevan a cabo una labor similar a la desempeñada por el secretario judicial, personal al servicio de la Administración de Justicia²⁴⁵. Refuerza esta última consideración el hecho de que el legislador dote a los administradores concursales, en algunos estadios del concurso, de ciertas garantías de independencia, imparcialidad y, en definitiva, de desinterés objetivo, similares a las otorgadas a aquellos que ejercen funciones públicas²⁴⁶.

Tales garantías pueden ser necesarias dadas las variadas funciones y competencias atribuidas a la administración concursal, de diversa índole en función de las circunstancias y fases del concurso, y al estar configurada como un órgano técnico de impulso del proceso y de asesoramiento y auxilio al juez del concurso²⁴⁷.

La naturaleza privada del órgano de administración es cuestión generalmente admitida por la doctrina española, si bien esta afirmación precisa ser matizada²⁴⁸. El centro sobre el que pivota semejante aserción recae en el

²⁴⁵ Vid. GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, «Administradores concursales...», cit., pp. 162 y 163.

²⁴⁶ En este sentido recoge la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil (en adelante, SJM) nº 6 de Madrid de 26 de febrero de 2008 (consultada en BELTRÁN SÁNCHEZ y SÁNCHEZ PAREDES (dirs.); LÓPEZ APARCERO (colaborador), *Cinco años de aplicación de la Ley Concursal*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 288) que «resulta que es voluntad del legislador el dotar a los Administradores concursales –sea cual fuera su condición- de las mismas garantías de independencia e imparcialidad que a los Jueces y Magistrados (art. 33.2 LC en relación con el art. 124 LECiv, que remite al art. 219 LOPJ), de tal modo que si bien dichas causas de abstención y recusación deben respetarse restrictivamente resultan exigibles con todo rigor».

²⁴⁷ Cfr. la SJM nº 6 de Madrid de 26 de febrero de 2008.

²⁴⁸ En este sentido, entre otros, TIRADO MARTÍ, *Los administradores...*, cit., p. 89; BELTRÁN SÁNCHEZ y TIRADO MARTÍ, «La prohibición de autocontratación de los administradores concursales», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 1, 2004, pp. 117 a 119, nota al pie 54; y GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, «Administradores concursales...», cit., p. 162.

En los países de nuestro entorno la naturaleza jurídica atribuida al órgano de administración difiere de manera considerable. En Italia, el *curatore* es un órgano de naturaleza pública que se inserta en el *ufficio fallimentare* persiguiendo el interés público (BRACCI, *La*

fin al que se dirige la actuación de la administración concursal, a saber, el ya referido interés concursal, y en cuáles son las condiciones para formar parte de ella. En el sistema de quiebras, con los síndicos, este carácter privado era una cuestión relativamente pacífica por cuanto su composición y elección venía determinada por los propios acreedores. Tanto su conformación como su finalidad presentaban, pues, un claro interés privado²⁴⁹. En el régimen vigente, tales trazos privatistas quedan en parte difuminados en cuanto a su estructura, así como en relación a concretas funciones dotadas de cierto cariz público.

No obstante, si ponemos el punto de mira en el interés que persigue, esto es, el interés concursal²⁵⁰ -cuyo exponente máximo, aunque no el único, es la satisfacción de los acreedores-, debemos reconocer su carácter privado. Las funciones que ejerce la administración concursal se dirigen al referido interés,

posizione processuale del fallito e i poteri del curatore, Giuffrè, Milano, 1974, p. 13; DEL VECCHIO, «Il curatore fallimentare...», cit., pp. 237 y 238). Su consideración como *pubblico ufficiale* ha sido expresamente establecida en el art. 30 Legg. fall., lo que tiene importantes repercusiones a los efectos de aplicación de la vigente *Legge penale* italiana –aplicable en todas aquellas normas cuyo ámbito se refiera al *pubblico ufficiale* (art. 357)-, así como en la atribución de valor probatorio a los documentos por ellos expedidos que trascienden el valor de documento privado. Su reconocimiento como *ufficiale di polizia giudiziaria* también ha sido postulado en el país italo, si bien con un reconocimiento minoritario por la doctrina. Sobre todos estos extremos relativos al *curatore*, vid. SEMIANI BIGNARDI, *Il curatore fallimentare pubblico ufficiale*, CEDAM, Padova, 1965, especialmente, pp. 113 y ss.; y TESCARO, «Commentario all'articolo 30» con ZACCARIA, *Commentario breve alla legge fallimentare*, MAFFEI ALBERTI (dir.), 6ª ed., CEDAM, Padova, 2013, pp. 187 y 188. En Alemania, por el contrario, la mayor parte de la doctrina reconoce la naturaleza privada del órgano de administración. La atribución que como auxiliar de la justicia tiene reconocido aquél en el país germano, no lleva a considerar al órgano concursal como un órgano de naturaleza pública o mixta sino que mantiene su carácter privado, si bien con la atribución de determinadas funciones de auxilio al juez.

²⁴⁹ Aun así, encontramos resoluciones que atribuían a la sindicatura un carácter mixto, privado y público. En este sentido, la SAP (Sección 6ª) de Málaga de 20 de febrero de 2001 [AC 2001, 1626] en su fundamento jurídico 2º.

²⁵⁰ Sobre una aproximación al concepto de interés concursal, vid. TIRADO MARTÍ, *Los administradores...*, cit., pp. 198 a 233 y «Reflexiones sobre el concepto de “interés concursal”: ideas para la construcción de una teoría sobre la finalidad del concurso de acreedores», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 62, nº 3, 2009, pp. 1055 a 1108; GONZÁLEZ BILBAO, «Identificación de los “intereses concurrentes” y del “interés del concurso” en la nueva Ley Concursal», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 94, 2004, pp. 167 a 192 y SERRA RODRÍGUEZ, «Consideraciones en torno al concepto de “interés del concurso”», *Revista Aranzadi de Derecho patrimonial*, nº 30, 2013, pp. 63 a 93.

Siendo el interés concursal un concepto jurídico indeterminado, y aun cuando en muchos supuestos que contempla la LC no se determina la forma para su completa aplicación a cada caso particular, ello no determina que las decisiones del juez sean discrecionales. Como advirtiera GARCÍA DE ENTERRÍA, el procedimiento de aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un proceso reglado que no admite más que una solución justa (*La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, Civitas, Madrid, 1983, p. 34).

si bien en ocasiones tienen atribuidas labores que parecen excepcionar aquella aseveración privatista en la búsqueda de un interés público. Así, junto a las aludidas labores en la fase de liquidación, podemos referir las concedidas en la fase de calificación en la que la administración concursal coadyuva a la protección del interés general²⁵¹.

Siguiendo lo expuesto, la referida dimensión pública de la que está revestida la administración concursal comprende la legitimación que se le atribuye para actuar en determinadas esferas ajenas a la propia en la persecución del mencionado interés. Para este cometido, la LC atribuye al órgano de administración un conjunto de poderes dirigidos a la inmediata satisfacción de los intereses privados para, de este modo, realizar, si bien de manera mediata, el interés público²⁵².

La actividad heterogénea que está llamada a desempeñar la administración concursal determina que la delimitación de su naturaleza jurídica sea una cuestión controvertida. Las teorías planteadas por la doctrina en orden a concretar aquélla, si bien se vienen construyendo desde antaño, presentan un renovado origen que trae causa de las teorías que tuvimos ocasión de exponer respecto a los síndicos en la quiebra y a los interventores judiciales en la suspensión de pagos.

En el régimen vigente, en términos similares a lo que acontecía en el sistema precedente, lejos de alcanzar una construcción sólida, ausente de fisuras, y pese a los esfuerzos realizados por la doctrina de países dotados de ordenamientos con autoridad de referente, especialmente el alemán, el rol multifacético que ésta desempeña impide acertar una teoría válida para todas las fases del proceso en las que la administración concursal ejerce su cometido²⁵³.

²⁵¹ En la fase de calificación, la administración concursal deberá emitir un informe con propuesta de resolución que deberá presentar ante el juez sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso (art. 169.1 LC).

²⁵² Vid. TIRADO MARTÍ, *Los administradores...*, cit., p. 90.

²⁵³ En este panorama tan solo Francia se aleja del referido debate doctrinal. Como ya tendremos ocasión de exponer en la p. 186, se rompe esa concepción unitaria del órgano, pasando a una configuración en la que las tradicionales funciones se separan en dos figuras: el administrador concursal, a quien se encomienda la administración de los bienes del deudor; y

Con todo, aun pudiendo ser de utilidad y de especial interés elucubrar sobre su naturaleza jurídica y ofrecer una exposición detallada de las teorías que se han construido en torno a la misma²⁵⁴, especialmente con el fin de encauzar el

el representante de los acreedores, a quien se confía la defensa de sus derechos. Vid. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, «La administración concursal: su régimen jurídico en la Ley concursal», *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, nº 3-4, 2011, pp. 41 y 42.

²⁵⁴ El complejo ámbito competencial que se atribuye a la administración concursal y la diversidad de funciones que desarrolla, algunas ejercidas en razón de su propia existencia y otras en función de las circunstancias del propio concurso, hacen difícil encontrar una teoría que explique la naturaleza jurídica de los administradores concursales en su conjunto –teniendo en cuenta todas las posibles situaciones y posiciones jurídicas-. Aun cuando el distinto régimen decretado por el juez –intervención o suspensión- puede llevarnos a pensar que estamos ante dos órganos distintos, el órgano es el mismo y el distinto alcance de las facultades atribuidas no determina que su naturaleza sea diversa. No obstante, los problemas derivados de la “heteroeficacia” de las actuaciones de los administradores, inmediata en la esfera jurídica del deudor y mediata en la esfera jurídica de los acreedores, se acentúa cuando el régimen decretado es la sustitución. Por esta razón, los esfuerzos doctrinales que se han llevado a cabo para encontrar una teoría explicativa de su naturaleza jurídica deben tener en cuenta ambas situaciones: los administradores-interventores y los administradores-sustitutos. El estudio de la institución y su naturaleza jurídica es una de las cuestiones más prolijas, habiendo sido profundamente abordada por la doctrina extranjera y, en España, de manera destacada, por TIRADO MARTÍ. En la actualidad, sigue siendo una polémica todavía inconclusa. Las variables en torno a las que puede determinarse su naturaleza jurídica son: (I) la posición que se sostenga en torno a la naturaleza de la sustitución –incapacidad, falta de legitimación, etc.-; (II) la visión y finalidad del proceso concursal -naturaleza privada o pública, fin liquidativo o conservativo, etc.-; y (III) el elemento que se considere de mayor relevancia para explicar la esencia del órgano de administración dentro del complejo de poderes e intereses de su esfera jurídica. Sucintamente exponemos las distintas teorías que se han construido por la doctrina acerca de la administración concursal (un estudio exhaustivo puede consultarse en TIRADO MARTÍ, *Los administradores...*, cit., pp. 15 a 114). Estas teorías, aprehendidas y heredadas de las confeccionadas para las figuras de administración del régimen precedente y de otros ordenamientos extranjeros, pueden resumirse en las que a continuación exponemos.

En primer término, la teoría de la representación, en virtud de la cual los administradores son representantes que actúan en interés ajeno y donde los efectos de lo actuado recaen directamente en la esfera de un tercero. La teoría de la representación presenta múltiples variantes. La primera es la consideración de los administradores como representantes de los acreedores. Esta teoría se basa en la apreciación del concurso como un procedimiento destinado a la satisfacción de los acreedores. La teoría, de origen alemán, se apoya sobre el “desapoderamiento” como derecho de prenda concursal o “embargo general” del patrimonio del deudor común. Declarado el concurso y “embargada” la masa en interés de los acreedores se nombra a los administradores concursales como representantes de la agrupación unitaria de aquéllos, siendo los encargados de administrar la masa. Esta teoría se encuentra abandonada en la actualidad por dos motivos fundamentales: en primer lugar, porque no puede afirmarse que el concurso sea un proceso seguido exclusivamente para la satisfacción de los acreedores sino para todos los sujetos integrados en el mismo; y, segundo, porque las consecuencias jurídicas de la actuación de los administradores concursales no encaja bien en los moldes, en estricto sentido técnico-jurídico, de la representación. Los administradores no proceden en nombre de los acreedores ni vinculan el patrimonio de los mismos sino que los efectos de la actuación del órgano recaen sobre la masa activa concursal y, en último extremo, sobre su titular desapoderado, el deudor común. La masa activa no es ni patrimonio de los acreedores ni está afectada por sus créditos de manera real por lo que no es posible entender que las actuaciones de la administración concursal recaigan sobre los acreedores. Una segunda vertiente toma como punto de partida la consideración de los administradores como representantes del deudor, sujeto sobre los que recaen los efectos de la actuación del órgano.

Esta teoría entiende que la masa activa concursal es propiedad del deudor y la administración concursal es un representante del concursado que actúa en nombre de éste vinculando su patrimonio de manera directa en el ámbito sustantivo y procesal. Esta construcción supone, en el ámbito material, reconocer que los efectos de los actos y negocios jurídicos celebrados por los administradores son imputables al concursado y, en el ámbito procesal, siendo la administración es el representante legal, que el deudor será parte en cada procedimiento conducido por el órgano, quedando perfectamente explicadas las consecuencias de cosa juzgada y las costas procesales que afectan al deudor insolvente. Las razones por las que en la actualidad se abandona esta teoría residen en el hecho de que muchos de los extremos de la labor que llevan a cabo los administradores quedan sin explicar, así: el reconocimiento y la clasificación de créditos, la elaboración de informes, etc. Es en el ámbito procesal donde menor acogida tiene esta teoría por cuanto la actividad que llevan a cabo los administradores concursales en juicio es, en muchas ocasiones, contra el concursado. No es concebible que el órgano de administración sea a la vez representante y demandante de una persona, pues el deudor sería a la vez demandante y demandado. La aprehensión de la institución de la representación también se ve resentida, pues solo su configuración más amplia puede servir para explicar una administración patrimonial en la que los intereses defendidos son, en ocasiones, contrarios a los del representado. En tercer lugar, la administración concursal como representante de múltiples partes, esto es, el órgano de administración como representante de múltiples sujetos según el acto de que se trate. En este contexto, dada la heterogeneidad de la eficacia de los actos de administración, se representa al deudor cuando administran la masa activa y a los acreedores cuando ejercitan acciones de reintegración o llevan a cabo la graduación de créditos. Esta teoría tampoco se considera suficiente al no constituir base sólida para explicar una institución jurídica de tal complejidad.

Un segundo grupo de teorías encuentra cobijo en la teoría orgánica y sus múltiples variantes. La primera apuesta está en considerar a la administración concursal como órgano de la masa activa. En virtud de esta teoría encontramos un fenómeno representativo sobre un ente que se crea como consecuencia de la declaración del concurso: la masa activa concursal. Ésta se constituye como un patrimonio separado, independiente, con capacidad para ser parte, que nace con la apertura del concurso y que se forma por el patrimonio del deudor consecuencia del “desapoderamiento”. Los administradores son, pues, los representantes legales de la masa. Los beneficios de esta teoría, centrados en vincular el órgano de administración a un nuevo sujeto, permiten una visión ajena a los intereses de parte. Sin embargo, pese a que la masa activa concursal constituye un patrimonio separado, de ello no puede derivarse personificación alguna. El patrimonio concursal, tras la separación, es objeto, no sujeto de derechos y, por tanto, los bienes que lo integran, objeto y no sujeto de relaciones jurídicas. Si la administración concursal es un representante de la masa activa cuya delimitación supone la de los poderes del órgano, es difícil explicar cómo la actividad de los administradores puede vincular al deudor una vez concluido el concurso.

En tercer lugar, la teoría orgánica modificada, construcción doctrinal a medio camino entre la teoría de la representación del deudor y la teoría orgánica. Esta teoría parte de la distinta consideración del órgano de administración en función de si el deudor es persona física o persona jurídica. Si se trata de deudor persona física, el órgano concursal es configurado como representante legal del deudor común; si es deudor persona jurídica, el administrador es representante orgánico del deudor y no de la masa. Las principales críticas a esta teoría residen en una visión totalmente liquidativa del proceso concursal y en sus presupuestos, así: la falta de identidad perfecta entre masa activa y empresa o la propia negación de la eventual existencia de un patrimonio libre de la sociedad en concurso.

El último grupo lo encontramos en la teoría del oficio y sus variantes. La teoría del oficio construye una institución atendiendo a su finalidad, alrededor del cual explica cada una de las actuaciones legalmente atribuidas. Según esta teoría el administrador concursal actúa en nombre propio, con efecto inmediato en el patrimonio del deudor concursado, como titular de un oficio de naturaleza privada creado por Ley en interés público para alcanzar los objetivos concursales. En virtud de esta teoría las competencias conferidas a la administración concursal no son derechos subjetivos propios del órgano sino deberes atribuidos en el ejercicio del “oficio”. El referido órgano actúa en nombre propio pero en su condición de administrador del

trabajo y la caracterización del órgano de administración, entendemos que hacerlo no arrojaría, a los fines de nuestra investigación, un resultado claro, por cuanto en la fase común las labores que asumen son también de lo más variadas. Los esfuerzos de catalogación no proporcionarían, por tanto, como resultado, certeza y uniformidad sobre los efectos de una actuación de los administradores, individuales o como órgano, contraria a lo dispuesto en las normas concursales, pues teniendo un carácter polivalente los cometidos que

concurso. Es en este aspecto donde mayores críticas se han efectuado. En Alemania, para explicar esta teoría sin acudir a la representación, se elabora una construcción que permite comprender por qué un sujeto que actúa en nombre propio vincula a un tercero sin acudir en momento alguno a la referida institución, por medio de una elaboración mixta entre el negocio fiduciario y la teoría sobre los patrimonios de destino. La formación de la masa activa, tras la declaración de concurso, se configura como un patrimonio separado destinado legalmente a un fin determinado. En el ámbito procesal es donde mayor acogida ha tenido esta teoría. El administrador concursal es parte en los procesos en lo que esté inmersa la masa activa en virtud del oficio. Éste no es un representante legal del deudor en el foro, sino que él es demandante y demandado actuando en nombre propio. La evolución del concepto de parte, desde una visión material a otra formal, en el que son parte no quienes se indican en la demanda como sujetos de la relación jurídica objeto de litigio sino quienes figuran como demandantes o demandados, ha coadyuvado al éxito de aquella teoría. Los aciertos de la misma se encuentran en: (a) residenciar el Derecho Concursal como disciplina central sobre la que todo gira; y (b) captar la neutralidad subjetiva del órgano concursal que cumple una función determinada legalmente con independencia de las partes. La elevación del oficio sobre los intereses de parte y la persecución de un objetivo de naturaleza pública permite explicar algunas de las facultades atribuidas (v. gr. acciones revocatorias, etc.). Por el contrario, las principales críticas se ubican en: (a) una excesiva altura de miras que se construye sobre base poco sólida; (b) el hecho de que no explica atendiendo a qué mecanismo se produce la atribución de efectos para que, de este modo y en caso de dudas, puedan colmarse las lagunas legales. No queda evidenciado en nombre de quien actúa el órgano de administración y su construcción dogmática es excesivamente compleja. Incluso procesalmente, ámbito donde mayor acomodo encuentra, el recurso a la teoría del administrador de patrimonios ajenos como parte resulta excesivamente artificial.

A tenor de todo lo expuesto y habida cuenta de que las referidas teorías ofrecen una explicación parcial de la actuación que lleva a cabo la administración concursal, TIRADO MARTÍ ofrece una construcción propia sobre la que asienta la naturaleza jurídica del órgano de administración como elemento explicativo integrador (*Los administradores...*, cit., pp. 67 y ss.). Pese a las dificultades que vemos en que este propósito sea factible, dada la heterogeneidad de funciones atribuida a la administración concursal, quizás la que se acerca de manera más autorizada a aquel fin es la teoría de la legitimación funcional indirecta. Esta teoría pivota sobre el concepto de legitimación indirecta y el binomio potestad-interés en el marco de aquélla. Ante este escenario, la administración concursal no ejercita derechos subjetivos propios, sino una función o potestad que acoge notas de obligatoriedad que convierten la potestad o función en deber. En páginas sucesivas trabajaremos sobre el concepto de legitimación con alusiones a la citada teoría.

Finalmente, otra parte de la doctrina, a la hora de encontrar una teoría explicativa sobre la naturaleza jurídica del órgano de administración, aboga, dadas las dificultades de hacerlo a partir del complejo funcional que se le atribuye, por construir aquéllas partiendo de criterios como la selección y nombramiento, la formación técnica y recusación o la responsabilidad y sometimiento a la suspensión del juez (vid. PRADA GAYOSO, «La administración...», cit., p. 61).

se le encomiendan igualmente dispares han de ser las consecuencias que se anuden a su comportamiento *contra legem*²⁵⁵.

La utilidad de los planteamientos que han sido formulados en orden a la construcción de una teoría válida que permita explicar de manera omnicomprendensiva la naturaleza jurídica de la administración concursal ha sido cuestionada por parte de la doctrina. Efectivamente, si de lo que se trata es de caracterizarla sobre la base de determinadas normas previstas en la Ley en virtud de las que se la dota de un estatuto jurídico y unas funciones propias y se disciplinan sus relaciones con el resto de sujetos del concurso, semejante cometido tendría un alcance limitado a efectos sistemáticos y clasificatorios, sin posibilidad de integración normativa -propósito al que toda construcción teórica debe servir-²⁵⁶.

Habida cuenta de lo expuesto, la diversidad de teorías y variantes propuestas no sorprende. Como ya hemos señalado, su aparente divergencia deriva del hecho de que, en cada una de ellas, se contempla una sola de las facetas que muestra su compleja función, con exclusiones parciales e, incluso, totales de otras de igual consideración.

4.3. La relación de la administración concursal con otros sujetos del concurso

4.3.1. Consideraciones previas

La administración concursal es un órgano de carácter instrumental con importantes funciones de relación entre todos los integrantes del concurso de acreedores²⁵⁷. Nos encontramos en presencia de un órgano técnico con

²⁵⁵ Cfr. GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, «Administradores concursales...», cit., pp. 162 y 163, nota al pie 10.

²⁵⁶ En este sentido, como ya señalara CANARIS, la construcción teórica por el jurista debe ir dirigida a la obtención de nuevas reglas. Extremos éste al que no responden las referidas construcciones doctrinales formuladas en torno a la administración concursal (*Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas*, BRÜCKNER y DE CASTRO (traducido por), Civitas, Madrid, 1995, pp. 30 y ss.)

²⁵⁷ Así lo evidencia TORTORICI cuando al definir las funciones del *curatore fallimentare* advierte que éste: «a) agisce nell'interesse del fallito e dei creditori della massa fallimentare; b) collabora con gli altri organi dell'ufficio fallimentare per l'esatto adempimento della gestione fallimentare;

variadas y dispares funciones, que goza de una posición propia y distinta de la que puedan tener otros sujetos que persiguen su propio interés –el deudor y los acreedores- u órganos del concurso –el juez-. La posición que ostenta la administración concursal respecto a acreedores, deudor y órgano jurisdiccional la convierten no solo en el motor del concurso sino también en el elemento necesario para engrasar el funcionamiento de los demás intervinientes²⁵⁸.

Su carácter, a modo de bisagra, es quizás el determinante de que, como ya referíamos, la teoría de mayor acogida doctrinal sobre la naturaleza jurídica del órgano de administración sea la denominada “teoría de la legitimación funcional indirecta”. A nuestro juicio, esta teoría es la más apropiada, por cuanto atiende al carácter plural y complejo de las funciones que, en íntima conexión con el resto de órganos del concurso, desempeña la administración concursal.

Las consideraciones expuestas hasta el momento sirven para determinar la posición que ocupa la administración concursal en el seno del concurso. En este contexto, consideramos pertinente describir la relación existente entre, de una parte, la administración concursal y, de otra, el deudor, los acreedores y el juez del concurso, respectivamente, para garantizar así la completa comprensión de la aludida posición.

4.3.2. La relación entre la administración concursal y el deudor

La relación de la administración concursal con el deudor concursado es quizás la más conflictiva de todas las existentes. Lo problemático de dicha relación radica, fundamentalmente, en el régimen de sustitución o intervención de facultades decretado por el juez y en la configuración de poderes que, respecto al patrimonio del deudor, tiene conferidos la administración concursal.

En relación al concursado, la Ley atribuye a la administración concursal, en el ámbito sustantivo, la intervención o suspensión de sus facultades de administración y disposición; y, en el ámbito procesal, el ejercicio de acciones de naturaleza y alcance diversos -entre otras muchas, la acción de resolución

c) non è subordinato a nessuno anche se deve ottemperare ai provvedimenti del giudice delegato e del tribunale» (*Il curatore fallimentare*, Edizioni FAG, Milano, 2012, p. 32).

²⁵⁸ Cfr. TIRADO MARTÍN, *Los administradores...*, cit., pp. 4 y 5.

de contratos (art. 61 LC); la acción de responsabilidad contra los administradores, liquidadores y auditores de la persona jurídica concursada (art. 48 *quáter* LC) o las acciones de reintegración de la masa activa (art. 71 y ss. LC)-.

Entre el deudor concursado y la administración concursal no existe ningún tipo de vínculo contractual ni relación representativa alguna. En el régimen precedente el intento de aproximación a la relación de arrendamiento de servicios fue expresamente descartado respecto de los interventores judiciales²⁵⁹. En la actualidad, dicha relación también ha de ser rechazada respecto a la administración concursal.

El reconocimiento de parte atribuido al deudor ex art. 184.1 LC para todo el concurso responde, en gran medida, a su innegable interés en la buena marcha del proceso²⁶⁰. No debemos obviar que el deudor sigue siendo el titular de los bienes y derechos que conforman la masa activa de ahí que se le reconozca, procesalmente, su participación constante en el mismo. La facultad de intervenir protegiendo tal interés tiene un reconocimiento legal en distintos estadios del proceso, así, entre otros, mediante la facultad de plantear oposición a la solicitud para la declaración del concurso presentada por cualquiera de los legitimados (art. 15.2 LC), la impugnación del inventario y la lista de acreedores (art. 96.1 LC), la audiencia en el trámite de calificación (art. 170.2 LC) e, incluso, mediante el ejercicio de las correspondientes acciones de responsabilidad frente a los administradores por daños a la masa (art. 36.1 LC) o a sus propios intereses (art. 36.7 LC). Asimismo, del art. 37.1 LC se desprende cierta posibilidad de control, materializada en la facultad de solicitar la separación del cargo de cualquier administrador concursal²⁶¹.

Para una eficaz gestión patrimonial por parte de la administración concursal se hace indispensable la colaboración del deudor. La oportuna sinergia entre

²⁵⁹ Vid. en tal sentido la STSJ (Sala de lo Civil y Penal) de Navarra de 11 de noviembre de 1995 [RJ 1995, 8643] y en el AAP de Soria de 4 de junio de 1999 [AC 1999, 1312] en su fundamento jurídico 3º.

²⁶⁰ Como tendremos ocasión de analizar en profundidad en los capítulos III y IV, este reconocimiento de parte al deudor precisa de importantes matizaciones.

²⁶¹ Cfr. TIRADO MARTÍ, *Los administradores...*, cit., pp. 353 y 354.

ambos operadores es imprescindible para la adopción de decisiones adecuadas. Téngase en cuenta que aun cuando la administración concursal posee un marcado perfil técnico, puede desconocer las peculiares características del mercado en el que opera la empresa, extremo que con total seguridad conoce el deudor. Se desprende pues, incluso por el interés propio del concursado, que una adecuada colaboración de éste con los administradores puede reportar mayores beneficios para el posterior reparto entre los acreedores e, incluso, para la consecución de un posible remanente que, con carácter excepcional, pudiera arrojar el balance. Sin embargo, lo infrecuente de tal circunstancia y la posible inviabilidad en la continuidad empresarial puede incitar al deudor a cierta pasividad en la colaboración con la administración concursal.

Ante esta coyuntura, la LC impone al concursado varios deberes: el deber de colaborar con los órganos del concurso, el deber de comparecer y el deber de informar. Deberes éstos que se dirigen a facilitar el cumplimiento de la finalidad esencial del concurso, esta es, la mejor satisfacción de los acreedores.

En primer término, el legislador prevé en el art. 42 LC el deber legal del deudor de colaborar con la administración concursal y el juez del concurso²⁶². Tal imperativo, manifestación del deber general de colaboración con los órganos jurisdiccionales (arts. 118 CE y 17 LOPJ) y extensible en este caso a la administración concursal, se hace necesario no solo por lo expuesto, sino partiendo del axioma de que el interés del deudor no aparece en un plano de igualdad respecto al ostentado por los acreedores. El concurso, mecanismo a través del cual se articulan las pretensiones de los acreedores frente a un deudor común, persigue, en primer lugar, la tutela de aquéllos y, con carácter subsidiario, la del deudor.

²⁶² Sobre el particular, vid. en detalle, MARTÍNEZ FLÓREZ, «Comentario al artículo 42», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, pp. 868 a 886 y «Los deberes de comparecencia, colaboración e información del concursado», *Anuario de Derecho concursal*, nº 1, 2004, pp. 191 a 213; y TIRADO MARTÍ, *Los administradores...*, cit., pp. 355 a 357.

Junto al referido deber de colaboración, el art. 42 LC impone al deudor el deber de comparecer personalmente ante el juez y la administración concursal cuando fuese requerido para ello²⁶³ y el deber de informar de todo extremo que fuera necesario o conveniente al interés del concurso^{264 265}. El precepto contiene, asimismo y expresamente, los citados deberes respecto del deudor persona jurídica; deberes que hace extensibles a los administradores o liquidadores y a quienes, dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso, desempeñaran igual cargo.

La correcta delimitación de los deberes disciplinados en el art. 42 LC respecto al deudor no es sencilla²⁶⁶. Sin entrar en pormenores, debemos tener en cuenta, en primer lugar, que éste debe proporcionar toda la información necesaria en las actividades que lleva a cabo la administración concursal en aras a la confección del patrimonio del concurso –así, por ejemplo, en la determinación de los bienes y derechos que conforman la masa activa del

²⁶³ La comparecencia del deudor requerida por el juez o la administración concursal debe hacerse personalmente sin que quepa la posibilidad de ser realizada por medio de representante. A nuestro juicio, el requerimiento por la administración concursal atendiendo al tenor del art. 42 LC, podrá realizarse directamente sin necesidad de autorización judicial.

²⁶⁴ El deber de información tiene diversas manifestaciones a lo largo del articulado de la LC difícilmente deslindables del deber de colaboración (así, por ejemplo, el deber de proporcionar toda la información necesaria para la debida conformación del patrimonio concursal). Este deber de información opera, en último extremo, como cláusula integradora de cualquier actividad que no quede integrada en ninguno de los restantes deberes de esta clase que son impuestos al deudor.

²⁶⁵ Como manifestara MARTÍNEZ FLÓREZ, aun cuando los deberes de colaboración e información son independientes entre sí, en ciertos actos, concurren ambos. Así lo contempla la LC a lo largo de su articulado, entre otros, en la presentación de los documentos enumerados en el art. 6 LC (art. 21.1.3º LC); en la puesta a disposición de los libros de contabilidad y demás documentos que versen sobre aspectos patrimoniales de la actividad profesional o empresarial (art. 45 LC); así como en el deber de comunicar el mantenimiento de la propuesta anticipada de convenio para su sometimiento a la junta (art. 110 LC) («Comentario al artículo 42», cit., pp. 870 y 871).

²⁶⁶ Así, debemos plantearnos qué ocurre con aquellas actuaciones que, aun conllevando un beneficio para el propio concurso, son facultativas para el deudor (así, por ejemplo, la continuidad en la actividad empresarial). ¿Queda subsumida dentro del deber de colaboración una actuación concebida como una facultad para el deudor aun cuando ésta reporte un beneficio para el concurso? A nuestro juicio, la cuestión no es baladí. Para TIRADO MARTÍ la decisión sobre el desarrollo de una actividad es una cuestión personalísima, integrada dentro de las cualidades de la persona, y, por tanto, no debe entrar en la conformación de la masa del concurso. A su juicio, la administración concursal no puede obligar al concursado a comportarse de cierta manera o a desplegar determinada actividad en tanto que la actividad profesional no puede encuadrarse dentro del deber de colaboración del deudor concursado («Comentario al artículo 76», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, pp. 1386 y ss.).

concurso, las deudas integrantes de la masa pasiva o cualesquiera otros extremos o pretensiones que afecten a la debida conformación de éste- así como cualquier otra información o colaboración requerida por la misma (o, en su caso, por el juez)²⁶⁷. Junto a lo anterior, las consecuencias que se anudan del incumplimiento de aquellos deberes es también un extremo a considerar a la hora de proceder a la referida delimitación. El art. 165.1.2º LC prescribe una presunción *iuris tantum* de dolo o culpa grave cuando el deudor o, en caso de personas jurídicas, sus representantes legales, administradores o liquidadores, «hubieran incumplido el deber de colaboración con el juez del concurso y la administración concursal» o «no les hubieran facilitado la información necesaria o conveniente para el interés del concurso». En consecuencia, el interés del concurso parece ser la piedra angular que delimita el alcance de los deberes de información y colaboración del deudor²⁶⁸. En este sentido, el deudor está obligado a informar y colaborar en todo cuanto sea necesario para lograr la consecución de aquél, incurriendo, en caso contrario, en las responsabilidades previstas por la Ley.

A diferencia de lo que ocurre en otros países de nuestro entorno (por ejemplo con la *esdebitazione* italiana o el *discharge* estadounidense), en España la LC apenas concede ventaja alguna a la actitud de colaboración del deudor²⁶⁹.

²⁶⁷ A juicio de la doctrina más autorizada, el deber de confidencialidad de que pueda gozar el deudor parece quedar “apeado” en favor de los mentados deberes. Sobre el deber de informar y sus límites, interesantes las reflexiones de MARTÍNEZ FLOREZ, «Comentario al artículo 42», cit., pp. 874 y ss.

²⁶⁸ Respecto al indicado deber de colaboración, arroja luz a su interpretación lo dispuesto en el art. 45.1 LC relativo a los libros y documentos del deudor. A su tenor «el deudor pondrá a disposición de la administración concursal los libros de llevanza obligatoria y cualesquiera otros libros, documentos y registros relativos a los aspectos patrimoniales de su actividad profesional o empresarial».

²⁶⁹ A través de la *esdebitazione* (regulada en los arts. 142 y ss. Legg. fall.) se permite la liberación del concursado persona física de las deudas residuales que todavía permanezcan insatisfechas una vez concluido el concurso. Ello permite que el concursado pueda tener un nuevo comienzo económico. Para que el concursado pueda verse favorecido con la *esdebitazione* deben concurrir determinadas circunstancias, entre ellas, debe haber cooperado con los órganos del concurso proporcionando toda la información y la documentación necesaria para el buen desarrollo del mismo (Cfr. GUIDOTTI, «Commentario all'articolo 142», *Commentario breve alla legge fallimentare*, MAFFEI ALBERTI (dir.), 6ª ed., CEDAM, Padova, 2013, pp. 915 a 930 y *La legge fallimentare esplicata...*, cit., pp. 206 y 207). Sobre esta cuestión en el Ordenamiento jurídico italiano, vid. entre otros, CASTAGNOLA, «L'esdebitazione del fallito»,

La exigencia de colaboración al deudor -disciplinada como un deber-promueve, en ocasiones, una actitud pasiva por parte de aquél.

A nuestro juicio, y en relación a la actividad que lleva a cabo la administración concursal, el deudor deberá colaborar e informar siempre que sea necesario para el buen funcionamiento de las operaciones concebidas como obligaciones para la administración concursal y en tanto no sean disciplinadas como facultades para el deudor (así, el ejercicio de acciones, la impugnación de inventario, etc.). Este criterio, aun cuando puede operar como regla general, es una cuestión controvertida que debe ser dilucidada caso por caso.

4.3.3. La relación entre la administración concursal y los acreedores

La relación de los acreedores con la administración concursal determina, en parte, la configuración de esta última. El concurso se arbitra, en primer término, para conseguir la satisfacción del interés de los acreedores articulando un sistema de gestión y ejercicio de acciones que permite aumentar el valor de la masa activa para proceder a su posterior reparto. En este sentido, los administradores se erigen en un “instrumento de agresión procesal” contra el

Giurisprudenza Commerciale, 2006, fasc. 3, pt. 1, pp. 448 a 458, NIGRO Y VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese...*, cit., pp. 276 y 277; y MONTANARI, M. Y PEDERZINI, E.: *L'imprenditore e il mercato. Imprenditore. Procedure concorsuali. contratti commerciali*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 328 a 330.

En España el panorama es distinto. La Ley 14/2013, de reciente implantación, ha introducido, de manera novedosa, el art. 242.2.5º LC. Este precepto contempla la posibilidad de que ciertos deudores persona física, cuyo concurso no haya sido declarado culpable, puedan ver extinguidas todas o parte de sus deudas insatisfechas tras la liquidación. No se condiciona, sin embargo, tal extinción, a una actitud de colaboración por parte del deudor, aun cuando se pudiera intuir del carácter fortuito del concurso. Sobre el particular, vid. CUENAS CASAS, «Ley de emprendedores y exoneración de deudas o *fresh start*», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 31. 2014, pp. 123 y ss.; y MUÑOZ GARCÍA, «El concurso de acreedores del Emprendedor de Responsabilidad Limitada. Incongruencias normativas», *Diario La Ley*, año XXXV, nº 8243, pp. 1 y ss.

La exigencia de colaboración del deudor aparece expresamente contemplada en otros ordenamientos jurídicos como el italiano -art. 142. 1, 2, 3, 5 y 6 Legg. fall.- o el norteamericano -sez. 727(a)(6) del Capítulo VII –liquidation- del U.S. Code Title 11 Bankruptcy (en adelante, 11 US Code)-. Sobre el particular en el ordenamiento estadounidense, vid. CASTAGNOLA, *La liberazione del debitore (discharge) nel diritto fallimentare statunitense*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 147.

patrimonio del deudor²⁷⁰ ejercitando acciones que, antes de la declaración de concurso, correspondían, *uti singuli*, a los acreedores (art. 48 bis LC). Como sabemos, tras el auto que declara el concurso de acreedores, éstos son agrupados *ex lege*, renunciando de manera imperativa al ejercicio de acciones que anteriormente le pertenecían. Desde este momento, los acreedores pasan a conformar la masa de acreedores o masa pasiva del concurso con un tratamiento regido por el principio de la *par condicio creditorum*.

La administración concursal opera sobre la masa activa a través de la búsqueda del interés concursal. Sin embargo, que los administradores ejerzan su labor en interés de la masa y, por ende, en gran medida en interés de los acreedores, no implica que éstos sean representantes de aquéllos²⁷¹ ni que se constituya un patrimonio de destino en favor de los mismos²⁷².

Los acreedores, en su actuación en el proceso concursal, han ido perdiendo peso progresivamente en las distintas regulaciones que se han ido sucediendo.

²⁷⁰ Cfr. TIRADO MARTÍ a lo que añade que, desde esta perspectiva, el concurso es un procedimiento dirigido a hacer efectiva la «función de responsabilidad» del patrimonio del deudor a favor de los titulares de créditos (*Los administradores...*, cit., p. 4).

²⁷¹ Aserción que parece encontrar excepción en el art. 228.2 LC donde se establece que «la administración concursal de un concurso declarado en España podrá presentar en un procedimiento extranjero de insolvencia, principal o territorial, los créditos reconocidos en la lista definitiva de acreedores, siempre que así lo permita la ley aplicable a ese procedimiento. Bajo las mismas condiciones estará facultada la administración concursal, o la persona que ella designe, para participar en aquel procedimiento en nombre de los acreedores cuyos créditos hubiere presentado».

²⁷² Históricamente, ha sido frecuente la tentación de atribuir a la masa patrimonial, activa o pasiva, personalidad jurídica. Las construcciones doctrinales, presididas por una elevada complejidad, pretendían explicar el desapoderamiento del quebrado consecuencia de la formación de la masa activa, la vinculación existente entre los bienes que conforman ésta y sus administradores legales, así como la relación entre el referido conjunto patrimonial y los acreedores destinatarios de éste.

El culmen de las construcciones que toman como sujeto pasivo de las deudas de la masa al patrimonio concursal se halla en la doctrina de la personificación de la masa concursal. Esta doctrina, encuadrable dentro del fenómeno general de personificación de los patrimonios de destino, no podía en el régimen precedente, ni puede ahora, ser acogida en el plano sustantivo, por cuanto el conjunto de bienes del deudor común constituye objeto y no sujeto de relaciones jurídicas, y por cuanto su titularidad sigue correspondiendo al deudor. Sobre el particular, vid. BELTRÁN SÁNCHEZ, *Las deudas de la masa*, Real Colegio de España, Bologna, 1986, pp. 85 y ss. Esta aseveración, sin embargo, no es cierta en sede procesal. La capacidad para ser parte reconocida a «las masas patrimoniales o los patrimonios separados que carezcan transitoriamente de titular o cuyo titular haya sido privado de sus facultades de disposición y administración» en el art. 6.1.4º LEC determina que las teorías en torno al fenómeno general de personificación de los patrimonios autónomos encuentren, en el foro, plena aplicabilidad. Esta cuestión, de importante alcance para nuestra investigación, será analizada en profundidad en el Capítulo III.

Frente al régimen precedente, donde el sistema de quiebras preveía un órgano de administración -la sindicatura- compuesto por tres acreedores, con la LC de 2003 se configura un órgano trimembre en el que se integra un único acreedor -ordinario o con privilegio general no garantizado-, para, tras la reforma de 2011, encontrarnos ante un órgano que, en el supuesto general de estructura unipersonal, no contempla la figura del acreedor. Solo excepcionalmente en los casos de estructura bimembre se permite, como ya expusimos, la presencia de un acreedor en determinados supuestos (sobre este extremo vid. las pp. 124 y ss.).

De igual modo, la junta de acreedores ha visto reducida sobremanera su intervención en el proceso. La notoriedad que el órgano colectivo de acreedores tenía en el régimen precedente, fundamentalmente en la quiebra, y en los actuales sistemas concursales de algunos países de nuestro entorno (v. gr. Alemania, que vuelve a dotar a la junta de acreedores de importantes facultades decisorias) no encuentra reflejo en nuestro país²⁷³. En el sistema concursal patrio, la junta de acreedores, calificada por la doctrina como órgano eventual, secundario o residual²⁷⁴, ve limitada sus funciones a la votación de propuesta o propuestas de convenio presentadas²⁷⁵.

²⁷³ En el sistema de quiebras, a la junta de acreedores, configurada como órgano necesario, correspondía el nombramiento de los síndicos (art. 1346 LEC/1881), el examen, reconocimiento y graduación de los créditos reconocidos (arts. 1266 y 1380 LEC/1881) y la discusión y, en su caso, aprobación de cualquier propuesta de convenio entre el quebrado y sus acreedores (art. 1392 LEC/1881). Mayor similitud con el régimen actual encontramos en el sistema de suspensión de pagos, donde la junta de acreedores tan solo se encargaba de la discusión y aprobación de la propuesta de convenio (arts. 13 a 15 LSP) y de la posibilidad de sustitución de la celebración de la junta a través de un sistema de adhesiones escritas en los supuestos en los que el número de acreedores excedía de 200 (arts. 18 y 19 LSP). De otro lado, conviene advertir que junto con la reducción de las funciones de la junta operada por el legislador de 2003, aquéllas quedan también alteradas tras el Real Decreto-ley 3/2009 que introdujo la posibilidad de que, cuando el número de acreedores excediera de 300, se llevara a cabo la tramitación escrita del convenio (arts. 111.2.º y 115 bis LC).

²⁷⁴ Vid. entre otros, QUIJANO GONZÁLEZ, «La junta de acreedores en la nueva legislación concursal», *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, nº 3, 2005, p. 67. Para DE LA CUESTA RUTE, la junta de acreedores no es un órgano del concurso, pues ni «de modo permanente ni tampoco intermitente toma parte en las decisiones que el concurso demanda» (*El Convenio Concursal. Comentarios a los artículos 98 a 141 de la Ley Concursal*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004, pp. 134 y 135).

²⁷⁵ Su presencia, siempre que concurren los requisitos para su efectiva constitución (art. 116 LC), queda pues acotada al supuesto en el que, abierta la fase de convenio, no se hubiera presentado o admitido a trámite ninguna propuesta de convenio, no se hubiera mantenido

Esta falta de presencia de los acreedores, de manera individual y/o colectiva, se traduce en una merma del control que, respecto a los administradores concursales, ejercitaban antaño. El control interno que estaba garantizado en 2003 con la presencia de un acreedor, queda, con el régimen instaurado -y salvo en los referidos supuestos excepcionales-, erradicado. Sí subsisten, por el contrario, mecanismos que permiten un control externo de la actividad que desarrollan los administradores²⁷⁶. Aun cuando queda imposibilitada la opción de impugnar actos de administración por criterios de oportunidad²⁷⁷, se articulan mecanismos que habilitan aquel control, así: la impugnación de la lista de acreedores para la inclusión o modificación de un crédito propio o ajeno; la impugnación del inventario para incluir un bien o derecho no incluido o modificar su valor; el ejercicio de determinadas acciones cuando los administradores no lo hagan; el derecho de información en la junta de acreedores que prevé el art. 120 LC, el derecho al examen de autos que les asiste conforme al art. 185 LC, la información que se pueda desprender de los informes relativos a la liquidación del art. 152 LC; la propia rendición de cuentas de los arts. 38.4 y 181 LC; así como la exigencia de responsabilidad a los administradores concursales consecuencia de su actuación en el concurso.

4.3.4. La relación entre la administración concursal y el juez

El juez, como sabemos, se instituye en el órgano rector del procedimiento. A él se atribuyen los actos de dirección del concurso y las facultades decisorias de todos los extremos del mismo. Sin embargo, pese a la intensa judicialización que desde 2003 preside el proceso concursal, podemos afirmar que la administración concursal sigue llevando a cabo actuaciones imprescindibles para la sustanciación de aquél.

propuesta anticipada no aprobada, ni hubiera una tramitación escrita del mismo -en cuyo caso la junta operaría de forma no presencial- (arts. 110.1 y 111.1 y 2 LC).

²⁷⁶ Todos los medios de control que todavía subsisten en la actualidad permiten instar la separación conforme al art. 37 LC o ejercitar la acción de responsabilidad frente a los administradores en virtud del art. 36 LC.

²⁷⁷ Los administradores concursales son los únicos legitimados para decidir en base a los criterios de oportunidad que estimen adecuados. Solo una actuación ilegal permite la impugnación de las decisiones por estos adoptados. Así parece colegirse de la relación, someramente descrita, entre administración concursal y acreedores, y del juego de los arts. 192.3 y 184.3 LC. Sobre el particular, vid. en profundidad TIRADO MARTÍ, *Los administradores...*, cit., p. 361.

Respecto al juez del concurso, la administración concursal ejerce también un papel notable en todas las fases del proceso, auxiliándolo y colaborando con él. Su carácter permanente y su relación de cercanía con el órgano jurisdiccional ha llevado a la doctrina a definir a este órgano como los “ojos” del juez en el concurso²⁷⁸.

En cuanto a su cometido, juez y administración concursal persiguen un mismo fin, este es, procurar el interés del concurso. Sin embargo, mientras que el juez goza de naturaleza pública y es investido como garante último de la legalidad, el órgano de administración presenta, como ya advertíamos, una naturaleza privada.

Respecto a la posible existencia de jerarquía entre juez y administración concursal, debemos advertir que, aun cuando la administración goza de cierta autonomía, se sitúa en un plano de dependencia²⁷⁹ e inferioridad, en tanto que el juez disfruta de una posición jurídica “superior”²⁸⁰. Aun siendo cierto que la función de la administración concursal se dirige a velar por una aplicación eficaz e imparcial del régimen disciplinado en la LC, la responsabilidad última corresponde al juez del concurso, lo que inevitablemente lo sitúa en una

²⁷⁸ Vid. TIRADO MARTÍ, *Los administradores...*, cit., p. 4.

²⁷⁹ Esta relación de dependencia es reconocida por PRADA GAYOSO, «La administración...», cit., p. 59.

²⁸⁰ Para YANES YANES, respecto del régimen de 2003, si bien aplicable actualmente con las debidas cautelas, del «hecho de que el ordenamiento jurídico provea *ad libitum* el nombramiento de los administradores concursales puede inferirse la preeminencia jerárquica del Juez sobre aquéllos (el Juez sería, por así decirlo, el “protoórgano” concursal)» («La administración concursal», cit., pp. 230 y 231).

Ciertamente, en sentido técnico-jurídico, en el ámbito del Derecho Administrativo, no podemos hablar de relación de jerarquía, por cuanto no se da una identidad de competencias, elemento necesario para que aquella tenga lugar, ni tampoco cabe reconocer la facultad del juez para dictar instrucciones de carácter vinculante. Así, la jerarquía entendida como estructuración de la organización administrativa en escalones o grados, de forma que los superiores ejerzan el mando sobre los inferiores y éstos deban obediencia a aquéllos, no tiene encaje en la mentada relación. Sin embargo, ello no obsta a que por los cometidos atribuidos – de vigilancia o control sobre el órgano de administración, del régimen de autorizaciones legalmente disciplinado, el papel decisor en caso de empate de los administradores (en supuestos de estructura bimembre), las posibilidades de revocación y sustitución de aquéllos, etc.- se le reconozca al juez una posición jurídica de preeminencia sobre el resto de órganos y, en concreto, sobre la administración concursal. A tenor de lo expuesto, aunque en términos estrictos no pudiéramos hablar de relación jerárquica entre juez y administración concursal, sí parece que, al menos, pueda admitirse, en términos coloquiales, tal jerarquía.

posición de supremacía. Se constata así la existencia de “jerarquía” entre juez y administrador concursal²⁸¹.

A la vista de lo descrito, no podemos compartir la tesis sostenida por aquellos que atisban en la relación interorgánica existente entre el juez y la administración concursal una mera relación lineal²⁸². El argumento que se aduce en torno a la atribución de cometidos, competencias y funciones propias e independientes uno del otro no es suficiente para sostener esta postura, por cuanto la LC reconoce al juez la facultad de controlar la labor de los administradores exigiéndoles la oportuna memoria o informe (art. 35.4 LC) e incluso pudiendo separarlos de oficio cuando considere que concurre justa causa (art. 37.1 LC)²⁸³. Exigencia, la de la justa causa, que responde, a nuestro juicio, a la necesaria motivación de decisiones judiciales como elemento que garantiza la legalidad²⁸⁴.

Así pues, el juez ostenta, en todo momento y en pro de la buena “salud” del concurso, una función de dirección y superioridad respecto al resto de órganos

²⁸¹ En sentido contrario, NIGRO y VATTERMOLI consideran que, en lo que se refiere a la relación entre los órganos del concurso, «va in generale osservato che essi non sono, almeno in linea de massima, ricostruibili in chiave di *gerarchia*, a ciascun organo dovendosi, in principio, riconoscere una propria *autonoma ed insopprimibile* sfera di competenza. Ciò è da dire, innanzi tutto, per il rapporto fra l'autorità giudiziaria o quella amministrativa e l'organo “tecnico”: la prima ha certo una posizione di supremazia sul secondo, che si esprime nel potere di nomina e di revoca, nel potere (talvolta) di direzione e (sempre) di vigilanza o controllo, ecc.; ma non ne deriva né che quella possa *sostituirsi* a questo nell'esercizio delle funzioni ad esso attribuite dalla legge, né che l'organo tecnico si possa o debba configurare come mero *esecutore di ordini*» (*Diritto della crisi delle imprese...*, cit., p. 49).

²⁸² Sobre tal consideración, vid. VALPUESTA GASTAMINZA, «Comentario al artículo 26», cit., p. 375.

²⁸³ Entre otros, el AJM nº1 de Murcia de 5 de febrero de 2010 [JUR 2010, 347243] aduce como justa causa para la separación el «incumplimiento de las obligaciones que la aceptación del cargo de administración concursal conlleva». Junto a ella, adiciona la pérdida de confianza del juez en el administrador concursal. Así, señala que «la figura del administrador concursal es la de ser un auxiliar del Juez y cargo de su confianza, hasta tal punto que el legislador otorga al Juez del concurso todas las decisiones en relación a su nombramiento, recusación y cese. Del contenido de los escritos aportados por los administradores concursales tras ser requeridos en dos ocasiones al efecto, al hacer caso omiso al primero de ellos, se infiere que ninguno de ellos es digno de tal confianza, y sí merecedores de ser apartados de la administración del proceso que en su día le fue encomendada».

²⁸⁴ Como es lógico, el juez no puede revocar *ad nutum* a los administradores concursales. Se exige la mediación de justa causa, lo que se traduce en la necesidad de aducir razones como, por ejemplo, el abuso en el ejercicio de funciones o la pérdida de confianza por motivos justificados. La mera discrepancia en la adopción de concretas decisiones o la realización de específicos actos no es causa de separación del cargo.

en todas las fases del mismo²⁸⁵. De hecho, los supuestos en los que la administración concursal puede actuar sin requerir la autorización judicial (así, para la administración del patrimonio o para la enajenación de bienes y derechos de la masa en la fase liquidativa conforme a los arts. 148 y 149 LC) son menos que aquellos en los que necesariamente debe obtenerla; además, incluso en estos supuestos en que no es precisa la previa autorización, el juez puede pedir la información que estime pertinente²⁸⁶.

A lo expuesto no se opone la posibilidad que se le reconoce a la administración concursal para ejercitar e interponer recursos contra las resoluciones del juez en el art. 184.5 LC -así como en el art. 39 LC respecto a las resoluciones sobre nombramiento, recusación y cese de los administradores concursales y auxiliares delegados-, por cuanto, como advertíamos, ésta tiene reconocida un conjunto de derechos, deberes y cometidos que derivan de la Ley y en los que las posibilidades de intervención del juez son mínimas. Aunque es cierto que al Juez se le reconoce la posibilidad de atribuir competencias individualizadamente (art. 35.2 LC) así como de decidir en caso de empate cuando la estructura sea bimembre, en ningún caso se le permite alterar el cometido de poderes a los administradores atribuidos ni asumir aquéllos.

Cabe reconocer, si bien con las debidas cautelas, la existencia de un distinto grado de jerarquía en lo referido a su posición en el proceso en función del concreto cometido y papel que ostente en el determinado estadio en el que actúe el órgano de administración concursal. Así, parece que cuando el órgano de administración opera como parte procesal, en tanto que se encuentra en el mismo nivel que el resto de partes, mantiene respecto del juez una posición distinta que cuando lo hace como órgano auxiliar de aquél. En ambos cabe atinar una posición de primacía del juez, sin embargo, mientras que en la primera esta preeminencia reside en las atribuciones decisorias conferidas al

²⁸⁵ En este sentido, el AAP (Sección 5ª) de las Islas Baleares de 31 de marzo de 2008 [AC 2008, 1649] en su fundamento jurídico 3º señala que la administración concursal está, respecto del juez, en situación de dependencia.

²⁸⁶ Así, VALPUESTA GASTAMINZA, «Comentario al artículo 35», *Comentarios a la Ley Concursal*, CORDÓN MORENO (dir.), tomo I, 2ª ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 461.

juez para resolver los concretos extremos sobre los que litiguen las partes, la segunda reside en los concretos cometidos que, como órgano auxiliar del juez, le sean conferidos por la Ley. En la relación del juez con la administración concursal como órgano auxiliar de aquél impera una relación de distribución de funciones. En ella, juez y administración concursal se encuentran en una distinta posición, si bien atenuada respecto a los supuestos en los que la administración concursal actúa como parte.

La relación entre el juez y la administración concursal cuando ésta actúa como órgano auxiliar de aquél está significada por dos principios: el principio de control y el principio de colaboración. El primero queda expresamente materializado en el art. 35.4 LC. La posibilidad que reconoce el mentado precepto al juez para solicitarle información en cualquier momento y circunstancia del concurso, así como los informes contenidos a lo largo del articulado de la Ley, permiten garantizar aquel control. Especial significación adquiere en la fase común el art. 75 LC para articular una adecuada dirección por parte del juez. Y ello no solo por la publicidad atribuida al informe, sino por la facultad de manifestar al juez, por parte de acreedores y deudor, extremos del inventario y la lista de acreedores en que pudieran discrepar. Ya advertíamos que el control no se articula como mecanismo para comprobar la oportunidad de cada operación y, por este cauce, influir en las actividades que desarrolle el órgano gestor, sino para cerciorarse de que la administración del patrimonio concursal se está llevando a cabo de manera adecuada²⁸⁷. Debemos advertir, sin embargo, que la delimitación no es fácil. Aunque las posibilidades de control no vayan orientadas a valorar una determinada actuación, en la práctica, si una actividad no satisface al juez podrá, como responsable último, separarlo del cargo. No cabe duda de que aunque en el ámbito de sus concretas competencias el órgano de administración es soberano, tales posibilidades de control por parte del juez tienen como

²⁸⁷ El criterio expuesto queda expresamente reconocido, respecto a los actos de administración, en el art. 192.3 LC. En él se reconoce que «no se admitirán los incidentes que tenga por objeto solicitar actos de administración o impugnarlos por razones de oportunidad».

contrapartida cierta discrecionalidad a la hora de decidir sobre la referida separación en base a una eventual pérdida de confianza.

El otro principio al que hacíamos referencia es el de colaboración. Aun cuando este principio se intuye de la lectura del art. 43.1 LC, no hay norma expresa que así lo reconozca. No obstante, la propia lógica del proceso exige una relación fluida, presidida por la colaboración entre juez y administración concursal para el eficaz desarrollo del mismo.

Podemos pues concluir que la administración concursal se configura como un órgano dotado de plena autonomía respecto del juez, erigiéndose en un pilar básico del vigente proceso concursal. En ella descansa, junto con aquél, el concurso de acreedores.

4.4. La delimitación de las competencias de la administración concursal

Por último, nos detendremos en el análisis del ámbito competencial del órgano de administración concursal. Para ello, nos centramos en delimitar los concretos contornos a los que debe ceñir el referido órgano en su actuación.

Los perfiles de la demarcación competencial de la administración concursal quedan circunscritos atendiendo a una doble perspectiva: de un lado, a la pérdida de legitimación del deudor -con matizaciones en función del régimen decretado- y de los acreedores, habida cuenta de que idénticas actuaciones no pueden ser realizadas simultánea o alternativamente por administradores y concursado ni por administradores y acreedores²⁸⁸; de otro, la búsqueda del interés del concurso, representado por la determinación de la masa activa (art. 76 LC). Ambas delimitaciones constituyen presupuestos de la posición jurídica del órgano de administración, tanto en el seno del proceso como *ad extra* en la relación con terceros. Sin embargo, mientras que la primera consideración, en el caso del deudor, constituye un presupuesto impeditivo, esto es, si actúa éste

²⁸⁸ Respecto del deudor, esta regla parece clara en el ámbito sustantivo pero matizable en el procesal, pues no queda concretada la delimitación del término «intervención paralela» de éste, reconocida en sede forense y contemplada en los arts. 51.2 y 54.3 LC. En el mismo sentido, TIRADO MARTÍ, *Los administradores...*, cit., p. 17 y, en particular, pie de página 3.

no puede hacerlo la administración concursal –con la prudencia que a semejante aseveración debe acompañar-, la segunda se erige en un presupuesto *sine qua non* que debe guiar la actuación de la administración en el seno del proceso.

Yendo más allá, podemos destacar incluso un tercer trazo en la construcción de la referida delimitación competencial. Su inserción interorgánica le obliga a concurrir, fundamentalmente, con el juez y, con carácter residual, con la junta de acreedores. Ello supone una delimitación interna, en su relación con el resto de órganos, y externa, que se materializa en la necesaria autorización judicial para el ejercicio de determinados actos.

Indudablemente, el ámbito competencial del órgano es reflejo de la situación y modificaciones que sufre la empresa. El patrimonio de la concursada como entidad que opera en el tráfico mercantil sufre alteraciones sustanciales en aras a satisfacer su función de responsabilidad frente a los acreedores. En este contexto, con la declaración de concurso, se crea una situación singular que habilita especialmente a los administradores a realizar cometidos que, en condiciones normales, no serían factibles desde el punto de vista legal. Por ello, aun cuando pueda servir como criterio de delimitación negativa que aquello que, tras la declaración de concurso, no pueden hacer deudor y acreedores, pueden hacerlo los administradores concursales, esta delimitación externa no es del todo exacta, sino más bien orientativa. No hay pues una equiparación total entre el estatuto competencial de los administradores concursales y la pérdida de facultades de deudor y acreedores. En consecuencia, en ocasiones, las facultades serán las mismas que ostentaban aquellos sujetos, si bien, en otras, serán de mayor o menor alcance²⁸⁹.

Por último, conviene evidenciar para cercar el indicado régimen competencial una nota predicable respecto de la administración concursal en su intervención en el proceso, a saber, la constante colisión de intereses a la que se ve expuesta en el desempeño de sus cometidos. La complejidad del Derecho concursal y la finalidad a la que atiende esta disciplina determinan los

²⁸⁹ Cfr. TIRADO MARTÍ, *Los administradores...*, cit., pp. 92 y ss.

parámetros de la actuación del órgano de administración. Como afirma la doctrina más autorizada, la administración concursal es el instrumento legal para la realización de la función perseguida por el sistema concursal²⁹⁰. En todas sus actuaciones los administradores concursales intervendrán, ya sea en el proceso concursal o en cualquier otro, en defensa del interés del concurso²⁹¹.

4.5. Las funciones de la administración concursal

Con la reforma acometida por la Ley 38/2011, se potencian las funciones atribuidas a la administración concursal (vid. el apartado VI del Preámbulo), ampliándose de manera considerable las facultades conferidas en todos los estadios del proceso²⁹².

No nos mostramos partidarios de ofrecer una clasificación en la que se distinga entre funciones y obligaciones del órgano de administración concursal. Nuestra apreciación se apoya en un doble fundamento: el primero, atendiendo a la complejidad en la delimitación entre una y otra: ¿cuándo una función atribuida en su condición de órgano no es una obligación en el desempeño del cargo?; el segundo, reside en el hecho de que categorizar sobre la referida cuestión no arroja claridad al elenco funcional que le es atribuido. Sí consideramos sensato, en cambio, distinguir las funciones u obligaciones derivadas del cargo de las facultades que le son atribuidas. Éstas son capacidades de las que puede hacer uso el órgano de administración en función de las circunstancias y atendiendo a su personal criterio.

²⁹⁰ *ibídem*, p. 73.

²⁹¹ A salvo quedan las cuestiones que respecto a los procesos referidos a su retribución o a la posible exigencia de responsabilidad en su actuación ya referíamos.

²⁹² La Exposición de Motivos de la LC (apartado IV) ya fijaba, si bien sucintamente, algunas de las «funciones esenciales» de la administración concursal. A ella competía, según la citada Exposición de Motivos, «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 habrá de unirse el inventario de la masa activa, la lista de acreedores y, en su caso, la evaluación de las propuestas de convenio presentadas (...). La administración concursal habrá de pronunciarse sobre la inclusión de todos los créditos puestos de manifiesto en el procedimiento, tanto de los que hayan sido comunicados en el plazo y en la forma que la Ley establece como de los que resultaran de los libros y documentos del deudor o que por cualquier otro medio consten en el concurso. En la relación de los reconocidos, los créditos se clasificarán, conforme a la Ley, en privilegiados –con privilegio especial o general-, ordinarios y subordinados».

Entre otras facultades, encontramos: (I) solicitar al juez el cambio de régimen decretado, intervención o suspensión (art. 40.4 LC); (II) requerir la comparecencia del deudor, su colaboración o información (art. 42.1 LC); (III) reclamar el desembolso de aportaciones sociales diferidas y prestaciones accesorias pendientes de cumplimiento (art. 48 bis.2 LC); (IV) así como solicitar al juez el embargo cautelar de bienes y derechos pertenecientes a los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, y de los apoderados generales del deudor persona jurídica o de los socios (art. 48 ter LC). Cuestión distinta a aquellas obligaciones son las concretas prohibiciones contenidas en la Ley como, por ejemplo, las referidas en el art. 151 LC sobre la imposibilidad de adquirir, por sí o por persona interpuesta, bienes y derechos que integren la masa activa del concurso. Del mismo modo, encontramos mandatos normativos que aluden a ciertas exigencias que la administración concursal debe tener en cuenta en el desempeño del cargo. Nos referimos a previsiones como: ejercitar el cargo con la diligencia de un ordenado administrador y de un representante leal (art. 35.1 LC); ejercitar facultades de administración y disposición sobre la masa activa atendiendo a su conservación del modo más apropiado para los intereses del concurso (art. 43.1 LC); negociar de buena fe con los representantes de los trabajadores para la consecución de un acuerdo (art. 64.6 LC); o, en fin, cooperar con el administrador o representante de un procedimiento extranjero de insolvencia relativo al mismo deudor reconocido en España, bajo la supervisión de los correspondientes jueces, tribunales o autoridades competentes (art. 227.1 LC).

Como puede colegirse de lo expuesto en apartados anteriores y con carácter previo al desarrollo de los cometidos que llevan a cabo, conviene advertir que, en el desarrollo de éstos, la administración concursal goza de autonomía funcional.

Como ya señaláramos, el legislador prescindió de contemplar junto con el estatuto jurídico de los administradores una relación pormenorizada de las

funciones y tareas a desempeñar por éstos²⁹³; probablemente huyendo de un “encorsetamiento” innecesario ante eventuales funciones no expresamente contempladas por la Ley²⁹⁴.

Para la delimitación de las facultades que corresponden a este órgano se han utilizado opciones de lo más variadas²⁹⁵. Sin embargo, al objeto de nuestro estudio, en este Capítulo solo interesa señalar las funciones más importantes, con especial énfasis en aquéllas que afectan a la fase común, objeto de nuestra investigación.

La tarea inicial que se encomienda al órgano de administración concursal es la de control de la gestión del deudor. Tras el nombramiento y aceptación del cargo, los administradores inician su labor con la intervención, autorizando o prestando su conformidad a los actos del concursado (art. 40.1 LC), o la suspensión de las facultades del deudor, administrando el patrimonio de éste (art. 40.2 LC).

²⁹³ Un listado completo de funciones, en el régimen anterior a la reforma de 2011, sintético pero práctico, puede leerse en GURREA CHALÉ, *La administración...*, pp. 67 a 73. También interesantes al respecto, de manera más amplia, YANES YANES, «La administración concursal», cit., pp. 208 a 216; y VELA TORRES y SARAZÁ JIMENA, «La administración concursal en las distintas fases del procedimiento del concurso», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 641, 2004, pp. 1 a 5. También en MARTÍNEZ ESPÍN, «Comentario al artículo 35», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), tomo I, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 318 a 322; MACHADO PLAZAS, «La administración concursal», *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 103, nº 4, 2004, pp. 1046 a 1050; PRADA GAYOSO, «La administración...», cit., pp. 102 a 108; BARRIO CALLE, «La administración concursal en la Ley 22/2003 de 22 de julio», *Estudios sobre la nueva legislación concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO *et al.*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 6726 a 6729; y en el AAP (Sección 5ª) de las Islas Baleares de 31 de marzo de 2008 [AC 2008, 1649] en su fundamento jurídico 3º.

²⁹⁴ La fórmula empleada es continuista respecto al régimen precedente. Como ya señalásemos, las tareas de síndicos e interventores quedaban, en el derecho derogado, diseminadas a lo largo del articulado del CCom/1829, la LEC/1881, CCom/1885, el CC y la LSP. Como apuntó MORRAL SOLDEVILA, esta opción del legislador puede deberse a una huída «de viejos debates en torno a la existencia de un *numerus apertus* o un *numerus clausus* respecto de dichas funciones» (*Comentarios a la Ley Concursal*, SAGRERA TIZÓN; SALA REIXACHS y FERRER BARRIENDOS (coords.), tomo I, Bosch, Barcelona, 2004, pp. 324 y 325).

²⁹⁵ Entre otras opciones empleadas por la doctrina, vid. BARRIO CALLE, quien divide las competencias y funciones de la administración concursal en dos grupos, diferenciando las facultades que complementan o sustituyen las del deudor, de aquellas otras en las que operan como administradores y liquidadores del patrimonio de aquél («La administración...», cit., pp. 153 y ss.). Por su parte, YANES YANES opta por reagrupar las tareas asignadas en función de la sección del procedimiento en las que deban ejercitarse («La administración concursal», cit., 2003, pp. 208 y ss.).

La administración concursal también representa en juicio a la masa del concurso. Como tendremos ocasión de analizar en profundidad en los capítulos III y IV, cuando se decreta la suspensión de las facultades del deudor, la masa del concurso adquiere capacidad para ser parte (art. 6.1.4º LEC). De este modo, tanto en los procesos pendientes en el momento de la declaración del concurso como en aquellos otros que se inician tras la declaración de aquél, la administración concursal asume la representación de la masa, en una suerte de “sustitución” jurídico-procesal del deudor en su posición en el foro (art. 51.2 y 54.1 LC)²⁹⁶. Asimismo, tanto el ejercicio de acciones tras la declaración del concurso como la representación en juicio de aquellas otras que se dirijan contra el patrimonio del deudor concursado corresponden a la administración concursal.

Atendiendo a lo dispuesto en los arts. 7.8 LEC, 51.3 y 54.2 LC, la situación cambia notablemente cuando el régimen acordado es la intervención: en estos supuestos no se produce “sustitución” por parte de la administración concursal ni la masa del concurso adquiere capacidad para ser parte -sustanciándose por y ante el deudor concursado el ejercicio de aquellas acciones con trascendencia para el patrimonio-²⁹⁷. Nuestra investigación se dirigirá, en gran medida, a determinar si, a pesar del tenor literal de los indicados preceptos, en la realidad, se producen los referidos fenómenos procesales.

Otra importante labor atribuida a lo largo del articulado viene referida a la reorganización y saneamiento de la masa concursal para garantizar, de la mejor manera posible, la satisfacción de los acreedores. Labor que se

²⁹⁶ Y ello sin perjuicio de la posibilidad que le reconoce la Ley al deudor de poder mantener su personación y defensa de manera separada tanto en los procesos en trámite en el momento de la declaración del concurso (art. 51.2 LC) como en aquellos instados tras su declaración (art. 51.3 LC). También conviene advertir, que, en los supuestos de suspensión, el deudor conserva incluso la legitimación para el ejercicio de acciones personales (art. 54.1 LC).

²⁹⁷ En el caso de procesos declarativos pendientes, el deudor conserva la capacidad para actuar en juicio, pero requiere la autorización de la administración concursal para desistir, allanarse y transigir litigios cuando la materia pueda afectar a su patrimonio (art. 51.3 LC). Por el contrario, en los nuevos procesos declarativos, el deudor conserva la capacidad para actuar en juicio, pero necesita la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio. Se permite, no obstante, que la administración concursal interponga demandas cuando así lo autorice el juez, siempre que aquella lo estimara conveniente a los intereses del concurso y el deudor se negara a formularlas (art. 54.2 LC).

concreta, de una parte, en el reconocimiento al órgano de administración del ejercicio de acciones de reintegración del patrimonio del concurso (art. 72 LC); y, de otra, en el ámbito laboral, en el intenso papel que adquiere en la tramitación del expediente de regulación de empleo (art. 64 LC), en la modificación de las condiciones de trabajo, la extinción o suspensión colectivas de los contratos laborales en que sea empleador el concursado (art. 64.2 LC), así como en la decisión sobre la extinción y suspensión de los contratos de alta dirección en el mantenimiento de la actividad empresarial (art. 65 LC). En tercer lugar, en materia contractual, se le reconoce la posibilidad de rehabilitar créditos (art. 68 LC) y contratos de bienes con contraprestación o precio aplazado (art. 69 LC) o la enervación de desahucios en arrendamientos urbanos (art. 70 LC). E igualmente se le atribuye la decisión sobre el cese de actividad (art. 44 LC) así como la determinación de aquellos bienes que pueden quedar separados del patrimonio del deudor (art. 80 LC).

Otro de los bloques de funciones que se le atribuyen a la administración concursal es la de informar a lo largo del proceso. Destaca, por su trascendencia, la elaboración del informe del art. 75 LC. Junto a éste, encontramos otros informes de menor envergadura pero igualmente imprescindibles. Así: los escritos de evaluación de propuestas de convenio presentadas (art. 107 LC -para la anticipada- y art. 115 LC -para la no anticipada-), el informe sobre la liquidación y las posibilidades de enajenación como un todo (art. 149.1 LC), los informes sobre hechos relevantes para la calificación del concurso (art. 169 LC); la redacción del plan de liquidación (art. 148 LC); así como otros informes especiales -el informe que sobre su retribución debe realizar la administración concursal (art. 34.3 LC); el informe sobre la comprobación del pago o la consignación de la totalidad de los créditos reconocidos, la íntegra satisfacción de aquéllos por cualquier otro medio o la constatación de no existencia de insolvencia (art. 176.1.4º LC); el informe una vez firme la resolución que acepte el desistimiento o la renuncia de la totalidad de los acreedores (art. 176.1.5º LC)-; y, en fin, los informes que le puedan ser requeridos por el juez sobre el estado de una fase concursal (art. 35.4 LC). A la vista de lo expuesto, no debe extrañar que el órgano de

administración concursal sea calificado por la doctrina como el órgano «responsable de formar y verificar el aparato informativo del concurso»²⁹⁸.

En íntima conexión con ello, los administradores realizan una labor indispensable para la tramitación del proceso concursal y para la salvaguarda de los intereses de los acreedores. En este sentido, los administradores contribuyen a la fijación de los derechos de las partes en el concurso. Así, les compete hacer una propuesta de determinación de las masas activa y pasiva. Dentro de las actuaciones dirigidas a asegurar la mejor protección de la masa activa, se hallan: la solicitud al juez para el embargo de bienes o derechos de los administradores o liquidadores de la persona jurídica concursada y de aquéllos que lo hubiesen sido en los dos años anteriores para los casos en que se prevea en la sentencia de calificación que las personas a las que afecte el embargo sean condenadas a la cobertura del déficit o resulte fundada la posibilidad de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas (art. 48 ter.1 y 2 LC); la reclamación del desembolso de aportaciones sociales diferidas (art. 48 bis.2 LC); o la legitimación para el ejercicio de la acción contra el socio responsable de las deudas de la sociedad concursada anteriores a la declaración del concurso (art. 48 bis.1 LC).

La administración concursal asume, asimismo, funciones de coordinación y control dentro del procedimiento (v. gr. arts. 40.4, 107 y 115 LC).

En relación al convenio, la administración concursal desempeña distintas funciones. Junto al informe sobre la propuesta de convenio, la evaluación del plan de pagos y, en su caso, del plan de viabilidad (arts. 107 y 115 LC), encontramos la asistencia obligatoria a las juntas (art. 117.1 LC) o la impugnación del convenio –por infracción de normas legales o por inviabilidad objetiva del cumplimiento del convenio- (art. 128 LC), así como cualquier otra tarea que el convenio les atribuya (art. 133.2 LC).

²⁹⁸ En este sentido, vid. GALLEGO SÁNCHEZ, «La administración concursal», *Estudios sobre la Ley concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, tomo II, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 1322.

Durante la fase de liquidación, la administración concursal lleva a cabo, igualmente, un papel intenso²⁹⁹. Aunque la LC no atribuye expresamente la tarea de liquidación a los administradores, son varias las normas que, indirecta e implícitamente, conceden a la administración concursal el papel protagonista en esta fase del procedimiento. Junto a la presentación del plan de liquidación ya referido (art. 148 LC), el deber de informar trimestralmente del desarrollo de las operaciones de liquidación (art. 152 LC), la imposición de finalizar las mismas en el plazo de un año (art. 153 LC)³⁰⁰ o el propio hecho de que la apertura de la señalada fase implique la suspensión de las facultades del concursado en la administración y disposición de los bienes de la masa activa (art. 145.1 LC), son argumentos que le confieren a la administración concursal aquel papel protagonista³⁰¹. Finalmente, en el ámbito de la liquidación, el pago de los créditos a los acreedores es también cometido propio de los administradores concursales (arts. 154 y ss. LC).

Junto a este catálogo de funciones generales sucintamente expuesto, se recogen en la LC otros cometidos que dependen de la consideración del deudor como persona física o persona jurídica. En relación con las personas físicas, compete a la administración concursal la facultad de determinar la cuantía y periodicidad del derecho de alimentos -en casos de intervención, pues cuando se trata de suspensión es el juez quien las determina, oídos el deudor y la administración concursal- (art. 47 LC). Siendo el concurso de

²⁹⁹ Sus funciones son asimilables en esta fase a las que para los secretarios judiciales, en los procesos de ejecución singular, reconoce la LEC. De ahí que parte de la doctrina atribuya a la actividad que ejercen los administradores concursales en esta fase del proceso una naturaleza judicial (vid. en este sentido, GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, «Administradores concursales...», cit., p. 162). Esta equiparación recuerda a la realizada en Derecho alemán por aquellos que sostienen la denominada “nueva teoría del órgano”. En virtud de ella, el órgano de administración concursal es configurado como un «liquidador judicial oficial que actúa en nombre propio». Sobre la consideración del administrador concursal como liquidador judicial oficial, vid. SCHMIDT, «La relación entre el órgano de gestión de la insolvencia y el órgano de dirección social en Derecho alemán», *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, nº 8, 2008, p. 31.

³⁰⁰ Carecería de toda lógica imponer la obligación de informar a quien no ostenta competencia y menos aun compeler a un plazo para la finalización de la liquidación a quien nada tuviera que ver con la referida fase (cfr. GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, «Administradores concursales...», cit., p. 162).

³⁰¹ Vid. BELTRÁN SÁNCHEZ, «El procedimiento de liquidación en el concurso de acreedores», *Foro Galego: revista xurídica*, nº. 193, 2004, pp. 13 y 14.

persona jurídica, se otorga a la administración el reconocimiento del derecho de asistencia y voz en las sesiones de los órganos colegiados (art. 48.1 LC).

Para completar esta visión de la figura de la administración concursal, conviene advertir que, en ocasiones, también actúa como garante de la legalidad³⁰². De ahí, por ejemplo, el reconocimiento de la legitimación para oponerse a la aprobación del convenio. La administración concursal ejerce en este supuesto una función de control de la legalidad, en tanto que la oposición solo puede fundarse «en la infracción de las normas que esta Ley establece sobre el contenido del convenio, la forma y el contenido de las adhesiones, las reglas sobre tramitación escrita, la constitución de la junta o su celebración» (art. 128.1.3º LC), así como en la inviabilidad objetiva del mismo (art. 128.2 LC). También son muestras de semejante rol la atribución que en la sección de calificación del concurso se le reconoce a la administración concursal para la presentación de la propuesta de resolución que debe acompañar al informe sobre la calificación (art. 169.1 LC); o la consideración que como parte procesal autónoma se le asigna en todas las secciones del procedimiento, que le habilita para desempeñar una labor de vigilancia materializada en la posibilidad de recurrir las resoluciones del juez, motivo solo concebible si se enmarca como función pública en favor del interés general.

5. UN APUNTE DE DERECHO COMPARADO. LOS ÓRGANOS DE ADMINISTRACIÓN CONCURSAL EN OTROS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

5.1. La importancia del órgano de administración concursal en algunos países de referencia

En los modelos concursales actuales de los países de nuestro entorno, sujetos en los últimos tiempos a importantes reformas³⁰³, se atribuye al órgano

³⁰² En el mismo sentido, LÓPEZ SÁNCHEZ, *El proceso...*, cit., p. 352. PRADA GAYOSO da un paso más, al afirmar que se trata de atribuciones que se acercan a la que en otros supuestos corresponden al Ministerio Fiscal («La administración...», cit., p. 107).

³⁰³ De «ola reformadora» califica SCHMIDT a la intensa actividad legislativa y al conjunto de reformas que, desde que comenzaron a promulgarse leyes concursales en la mayoría de países industrializados, se viene acometiendo en países europeos como Inglaterra, Francia, Italia, Portugal o España y en otras muchas naciones del mundo como Argentina o Sudáfrica

de administración un considerable número de cometidos, erigiéndose, junto con el órgano jurisdiccional, en la institución central del procedimiento³⁰⁴.

Como nota común a todos estos sistemas, podemos señalar que, dado el alto nivel de participación del órgano de administración en la mayoría de trámites del procedimiento y su existencia instrumental a los fines del concurso, del acierto en su configuración y regulación en todo el proceso depende en gran medida el éxito o fracaso de la solución concursal³⁰⁵.

Partiendo de esta premisa, y teniendo en cuenta que parte de las soluciones por las que ha optado el legislador español a la hora de configurar sus órganos de administración concursal derivan de otros ordenamientos con autoridad de referente, resulta imprescindible aproximarnos a la configuración jurídica de dichos órganos prevista en los referidos ordenamientos.

(«La reforma del Derecho Concursal italiano y el Derecho Concursal alemán (un apunte de Derecho comparado desde una perspectiva alemana)», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 10, 2007, p. 304).

³⁰⁴ Tanto es así que la doctrina alemana ha afirmado que preguntarse por el diseño y por la configuración de este órgano equivale a plantearse el propio destino del concurso (vid. WEBER, en JAEGER, *Konkursordnung. Grosskommnetar*, 8ª ed., 78, Rdn. 7, Berlín, WdG, 1973, p. 41 cuando afirma «die Auslese des Verwalters ist die Schicksalsfrage des Konkurses»; reproducido por TIRADO MARTÍ, «La sindicatura...», cit., p. 156. La importancia del administrador en el Derecho inglés y su relación con el éxito del concurso fue puesta de relieve por CORK cuando declaraba: «the success of an Insolvency system is very largely dependant upon those who administer it. If they do not have the confidence and respect not only of the courts and of debtors and creditors, bus also of the general public, then complaints will multiply (...) and the system will fall into disrepute and disuse» (*Insolvency Law and Practice. Report of the Review Committe*, Insolvency Law Review Committee, London, 1982, p. 7329).

³⁰⁵ Como «motor» del concurso definen al *curatore fallimentare* FERRARA JR y BORGIOLI, *Il fallimento*, 5ª ed., Giuffrè, Milano, 1995, p. 285. También emplean la expresión, entre otros, DE SOTO CARNIAGO, «Algunas reflexiones en torno al Anteproyecto de Ley Concursal», *Anuario de la Facultad de Derecho*, nº 3, 1984-1985, p. 371 y TIRADO MARTÍ, «Aspectos controvertidos del régimen jurídico de los administradores concursales», *Estudios de derecho judicial*, nº 59 (ejemplar dedicado a: *La nueva ley concursal*), 2004, p. 112. En términos similares, CARRERAS LLANSANA cuando, al analizar la sindicatura, señala que «del acierto o desacierto en su concepción dependerá en gran parte la eficacia de cualquier reforma» («El Juez y la Sindicatura...», cit., 1982, pp. 256 y ss.). La importancia del órgano de administración, en este mismo sentido, ha sido puesta de manifiesto, entre otros, por TORRES DE CRUELLES, «Consideración procesal...», cit., p. 280 y CORDÓN MORENO, *Suspensión de pagos...*, cit., p. 175. También algunas exposiciones de motivos de las leyes reguladoras de las situaciones de insolvencia se han hecho eco de tal importancia (vid. en tal sentido la Exposición de Motivos de la Ley mejicana de quiebra y suspensiones de pagos de 1942, la Exposición de Motivos de nuestra LC de 2003 (apartado IV) o el Preámbulo de la actual Ley 38/2011 (apartado VI).

5.2. Italia

En el Derecho italiano, la figura equivalente a nuestra administración concursal es la del *curatore fallimentare* (arts. 27 a 39 Legg. fall.)³⁰⁶. En virtud del art. 28 Legg. fall. pueden ser llamados a desarrollar las funciones del *curatore*: «a) avvocati, dottori commercialisti, ragionieri e ragionieri commercialisti; b) studi professionali associati o società tra professionisti (...); c) coloro che abbiano svolto funzioni di amministrazione, direzione e controllo in società per azioni (...).»³⁰⁷. Así, el *curatore* -órgano, en todo caso, unipersonal-, puede ser tanto una persona física como una sociedad profesional –en cuyo caso deberá designarse persona física responsable del procedimiento-.

El *curatore*, que a tenor de lo dispuesto en el art. 16 Legg. fall. es designado en la *sentenza dichiarativa di fallimento* -«o, in caso di sostituzione o di revoca, con decreto del tribunale»-³⁰⁸, no representa ni al deudor ni a los acreedores³⁰⁹,

³⁰⁶ NIGRO y VATTERMOLI definen al *curatore fallimentare* como el «organo tecnico della procedura» (*Diritto della crisi delle imprese...*, cit., p. 110). Para PACCHI, «il curatore è l'organo esterno della procedura, non fa parte dell'autorità giudiziaria ma è un libero professionista o un esperto in gestione d'impresa che opera a fianco dell'autorità giudiziaria, essendo da questa incaricato delle funzioni relative all'amministrazione del patrimonio fallimentare. Per ciò è considerato un incaricato giudiziario e, partecipando all'amministrazione della giustizia, è qualificato pubblico ufficiale» («Gli organi preposti al fallimento. Parte II», *Manuale di Diritto Fallimentare*, PACCHI (coord.), 2ª ed., Giuffrè, Milano, 2011, p. 106).

³⁰⁷ La actual redacción del artículo vino introducida por el art. 25 del Decreto Legislativo 9 gennaio 2006, n. 5 – Riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali a norma dell'articolo 1, comma 5, della legge 14 maggio 2005, n. 80. Con anterioridad a la reforma, el *curatore* era elegido de entre los inscritos en los «albi professionali degli avvocati, dei dottori commercialisti e degli esperti contabili». De este modo, la posibilidad de nombrar como *curatore fallimentare* a los «studi professionali associati o società tra professionisti -sempre che i soci delle stesse abbiano i requisiti professionali-», supone una significativa novedad con respecto a la regulación anterior a 2006. Asimismo, aun cuando bajo la anterior redacción no quedaba excluida la posibilidad de nombrar como *curatore* a aquellos sujetos que hubieran desarrollado «funzioni di amministrazione, direzione e controllo in società per azioni -dando prova di adeguate capacità imprenditoriali e purché non siano stati dichiarati falliti-», sí que era necesario motivar la elección de su nombramiento, extremo éste que tras la reforma de 2006 queda eliminado. En este sentido, parte de la doctrina ha considerado que la reforma acometida está de todo punto justificada. Para STANGHELLINI, «I compiti del curatore sono così gravosi di far dubitare che sia opportuno conferire l'incarico a chi non sia dotato di un'organizzazione adeguata e tendenzialmente specializzata nella gestione delle procedure concorsuali, e da far ben riflettere sulla necessità di dotarsi di tale organizzazione prima di accettare incarichi in procedure complesse» («Organizzazione e competenze. Il curatore: una figura in transizione», *Il fallimento*, n° 9, 2007, p. 4, edición online –dottrina.ipsoa.it-).

³⁰⁸ En virtud del art. 16 Legg. fall.: «Il tribunale dichiara il fallimento con sentenza, la quale: 1) nomina il giudice delegato per la procedura; 2) nomina il curatore; 3) ordina al fallito il deposito dei bilanci e delle scritture contabili e fiscali obbligatorie, nonché dell'elenco dei creditori, entro tre giorni, se non è stato ancora eseguito a norma dell'articolo 14; 4) stabilisce il luogo, il giorno e l'ora dell'adunanza in cui si procederà all'esame dello stato passivo, entro il termine perentorio

pero es un órgano que administra el patrimonio bajo la vigilancia del *giudice delegato*³¹⁰ y del *comitato dei creditori*³¹¹ con el objeto de tutelar los intereses del deudor y de los acreedores en virtud de un poder atribuido por Ley –y, por tanto, no derivado ni del deudor concursado ni de los acreedores-³¹².

El *curatore* es un órgano auxiliar de la Administración de Justicia que, por encargo de ella, asume las funciones de administración del patrimonio concursal^{313 314}. Su posición es compleja y sobre ella se ha discutido

di non oltre centoventi giorni dal deposito della sentenza, ovvero centottanta giorni in caso di particolare complessità della procedura; 5) assegna ai creditori e ai terzi, che vantano diritti reali o personali su cose in possesso del fallito, il termine perentorio di trenta giorni prima dell'adunanza di cui al numero 4 per la presentazione in cancelleria delle domande di insinuazione (...).

³⁰⁹ Para FERRARA JR: «la teoria più moderna, accolta anche dalla giurisprudenza, è nel senso che il curatore non rappresenta o sostituisce né il fallito né i creditori, ma opera nell'interesse della giustizia, è un incaricato giudiziario con posizione autonoma che si pone a fianco del giudice» («Curatore del fallimento», *Enciclopedia del Diritto*, XI, 1962, p. 2, edición online – www.iusexplorer.it).

³¹⁰ El *giudice delegato*, siendo nombrado por el tribunal y formando parte del mismo, ocupa una posición intermedia entre el tribunal, al que corresponde la función de control general sobre el proceso, y el *curatore*, que, en virtud del art. 31 Legg. fall. asume la administración del patrimonio concursal. Vid., en tal sentido, NIGRO y VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese...*, cit., p. 105. Para estos autores, al *giudice delegato* corresponde «la vigilanza ed il controllo sulla regolarità della procedura» (p. 105).

³¹¹ El *comitato dei creditori* es un órgano colegiado compuesto por 3 o 5 miembros, ejercen una función de vigilancia y control sobre el patrimonio y sobre las operaciones del procedimiento.

³¹² Cfr. DEL VECCHIO, «Il curatore...», cit., pp. 237 y 238.

³¹³ Nos parece interesante traer aquí las palabras de FERRARA JR cuando define la actuación del *curatore fallimentare*: «il suo compito principale e vorremmo dire istituzionale consiste nell'amministrazione del patrimonio fallimentare; ma a lui incombe il compimento di vari atti della procedura, mentre poi coopera col giudice delegato sotto varie forme o svolgendo una attività preparatoria dei suoi provvedimenti o assistendolo per dargli le opportune informazione, ed è poi in linea generale l'organo esecutivo dei provvedimenti del giudice delegato» («Curatore del fallimento», cit., p. 1).

³¹⁴ El art. 31 Legg. fall. reza: «Il curatore ha l'amministrazione del patrimonio fallimentare e compie tutte le operazioni della procedura sotto la vigilanza del giudice delegato e del comitato dei creditori, nell'ambito delle funzioni ad esso attribuite». Con anterioridad a la reforma operada por el D.Lgs. 9 gennaio 2006, n.5, el curatore administraba el patrimonio del deudor bajo la “dirección” del *giudice delegato*. Tras la reforma, el *curatore* gestiona el patrimonio bajo la “vigilancia” del *giudice delegato* y del *comitato dei creditori*, lo que lo dota de mayor autonomía en el ejercicio de sus funciones. A este respecto, VITALONE afirma que «come prima, è affidata l'amministrazione del patrimonio fallimentare ma non più sotto la direzione del Giudice delegato. Egli pertanto amministra in piena autonomia, seppur la sua attività è subordinata sotto vari profili al controllo del giudice delegato e del comitato dei creditori» («Gli organi del fallimento», *Il diritto processuale del fallimento* (con CHIMENTI y RIEDI), Giappicheli, Torino, 2010, p. 115).

A nuestro juicio, este ha sido uno de los aspectos más destacables de la reforma operada en 2006. En este sentido, BONSIGNORI, atendiendo al tenor del art. 31 Legg. fall. afirmaba que: «risulta che il curatore non è un semplice esecutore degli ordini del giudice delegato e del tribunale, ma svolge un'autonoma funzione di amministrazione del patrimonio del fallito, oltre a quelle di ausilio alle funzioni degli organi giurisdizionali fallimentari» («Fallimento», *Digesto*, 1990, p. 38, edición online –bddx.leggiditalia.it-).

sobremanera en el país ítalo. Se han planteado, entre otras, las siguientes opciones: como representante de los acreedores; como representante del deudor; y como tercero a todos los efectos. Probablemente cada una de estas posiciones ofrece una explicación parcial del oficio del *curatore* que, como sujeto sometido al interés de la justicia y, por tanto, al interés público, se presenta, en mayor medida, como un encargado judicial dependiente del *ufficio fallimentare*³¹⁵.

Con la Legge 14 maggio 2005, n. 80³¹⁶ se ampliaron de manera notable las facultades de los acreedores y del *curatore*. Corresponde al *curatore*, desde entonces, la obligación de informar periódicamente sobre su gestión al *comitato dei creditori*³¹⁷.

Tras la reforma operada por el Decreto Legislativo 9 gennaio 2006, n. 5, la posición del *giudice delegato* ha perdido peso³¹⁸; recayendo el núcleo del proceso concursal en el *curatore*³¹⁹, al que le acompaña un potenciado *comitato dei creditori*. De esta suerte, es al *comitato dei creditori* a quien compete autorizar al *curatore* para cumplir los actos de extraordinaria

³¹⁵ Entre otros, BRACCI, *La posizione...*, cit., p. 13. Para PAJARDI y BOCCHIOLA, «il curatore è dunque organo dell'ufficio fallimentare, del quale è esecutore e rappresentante e per il quale sta anche in giudizio (...): è colui che, in qualità di ausiliario di giustizia e valendosi delle proprie competenze professionali, più di ogni altro organo conosce, attraverso le sue varie attività» (*Gli organi del processo di fallimento*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 310).

³¹⁶ Conversión en ley, con modificaciones, del decreto-ley 14 marzo 2005, n. 35, recante disposiciones urgentes en el ámbito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale. Deleghe al Gobierno para la modificación del código de procedimiento civil en materia de proceso de cassación y de arbitraje además de la reforma orgánica de la disciplina de los procedimientos concursales.

³¹⁷ Para PACCHI, tras la reforma, el curador gestiona; los acreedores autorizan; y el juez vigila («La reforma del Derecho concursal italiano», *Derecho de los negocios*, nº 187, 2006, pp. 7 a 19).

³¹⁸ Para CATALLOZZI, «la riorganizzazione delle competenze degli organi del fallimento risulta, dunque, strettamente connessa con la previsione del ricorso a strumenti e modelli privatistici all'interno delle procedure concorsuali (...) ed è completata con la corrispondente riduzione dei poteri del giudice delegato» («Amministrazione del patrimonio fallimentare. Il nuovo ruolo del curatore nella acquisizione dei beni», *Il fallimento*, nº 9, 2007, p. 2, edición online – dottrina.ipsoa.it).

³¹⁹ Para MONTANARI y PEDERZINI, «indiscusso protagonista delle operazioni concorsuali, a seguito della disciplina riformata nel 2006, risulta il curatore fallimentare» (*L'imprenditore e il mercato...*, cit., 2013, p. 290).

administración; competencia que, en el pasado, era atribuida al *giudice delegato*³²⁰.

La integración del *curatore* dentro del *ufficio fallimentare* y su consideración como *pubblico ufficiale* (art. 30 Legg. fall.) lo dotan de una naturaleza pública ausente en otros sistemas concursales.

Dada su compleja posición, según los supuestos y en función de la concreta actuación que realice el *curatore*, es posible apreciar una distinta posición como tercero o como parte³²¹. Cuando actúa desde la posición “institucional”, como órgano propuesto para la reconstrucción del patrimonio del deudor, el *curatore* asume la posición de tercero, mientras que se le considera sustituto

³²⁰ Dentro del Ordenamiento jurídico italiano, se ha distinguido tradicionalmente entre actos de ordinaria administración, competencia exclusiva del *curatore*, y actos de extraordinaria administración. Dentro de estos últimos debe distinguirse entre aquellos que tengan un valor igual o inferior a 50.000 euros, donde es necesaria la autorización del *comitato dei creditori*, de aquellos otros que tengan un valor superior a dicho importe, donde no basta con la autorización del *comitato* y es necesario que previamente sea informado el *giudice delegato*. Así, el art. 35 Legg. fall. establece que: «le riduzioni di crediti, le transazioni, i compromessi, le rinunzie alle liti, le ricognizioni di diritti di terzi, la cancellazione di ipoteche, la restituzione di pegni, lo svincolo delle cauzioni, l'accettazione di eredita' e donazioni e gli atti di straordinaria amministrazione sono effettuate dal curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori (...). Se gli atti suddetti sono di valore superiore a cinquantamila euro e in ogni caso per le transazioni, il curatore ne informa previamente il giudice delegato (...)». Este artículo se ha visto profundamente modificado con la reforma operada en 2006. La innovación más significativa, como acabamos de apuntar, viene representada por la atribución al *comitato dei creditori* –y no al *giudice delegato*– del poder de autorizar al *curatore* el cumplimiento de actos de extraordinaria administración; lo que, a nuestro juicio, evidencia la voluntad del legislador de excluir al *giudice delegato* de la administración del patrimonio concursal.

Además, otro de los preceptos que potencia la actuación del *comitato dei creditori* es el art. 37-bis, introducido tras la reforma operada en 2006. En éste se prevé que los acreedores que representen la mayoría de los créditos admitidos pueda, «conclusa l'adunanza per l'esame dello stato passivo e prima della dichiarazione di esecutività dello stesso», solicitar la sustitución del *curatore*.

Para CASTAGNOLA, «Il potenziamento del ruolo del comitato dei creditori aveva rappresentato una delle novità più significative della riforma, considerato che allo stesso erano trasferite molte delle attribuzioni che in precedenza facevano capo al giudice delegato» («La nuova riforma delle procedure concorsuali: una prima lettura», *Rivista di Diritto Processuale*, n° 1, 2008, p. 5, edición online –dottrina.ipsoa.it-). Si bien, a continuación, señala: «si tratta quindi di una rimodulazione dei rapporti tra organi, non priva di significato: da un lato nuovi poteri e minori responsabilità per il comitato dei creditori; dall'altro lato sostituzione di poteri in capo al giudice delegato, ed attribuzione allo stesso di un potere di supplenza, i cui riflessi sono ancora da verificare ma sin da ora appaiono potenzialmente molto significativi» (p. 6).

³²¹ Vid. PACCHI, «Gli organi preposti al fallimento. Parte II», *cit.*, p. 106.

del deudor³²² cuando ejerce frente a terceros acciones dirigidas a tutelar un derecho perteneciente al patrimonio concursal³²³.

5.3. Alemania

La Ley Concursal alemana (*Konkursordnung*) tuvo vigencia desde 1877, siendo considerada durante un siglo como el ordenamiento concursal de mejor técnica en el ámbito del Derecho comparado.

Hasta la promulgación de la InsO, el Derecho Concursal alemán estaba integrado por el concurso (procedimiento liquidatorio) de la *Konkursordnung* de 1887 y el convenio judicial de la *Vergleichsordnung* (vigente desde el 1 de abril de 1935). La InsO introdujo un nuevo procedimiento tendente a la unificación de los entonces existentes para el tratamiento de las situaciones de crisis e insolvencia de la empresa, dirigido a la satisfacción común de todos los acreedores³²⁴. En definitiva, se mantuvieron los dos procedimientos (liquidativo y preventivo), unificándose en un nuevo procedimiento (de insolvencia) que abarcaba las dos soluciones.

Para ello se prevé un procedimiento que puede consistir tanto en la liquidación del patrimonio del deudor, procediendo con lo obtenido a su posterior reparto entre los acreedores, como en la adopción de un plan de saneamiento (*Insolvenzplan*) para la empresa concursada.

En el artículo 21 de la InsO se prevé la posibilidad de que, presentada la petición, el juez pueda nombrar un administrador provisional para que, desplazando al deudor, conduzca el negocio hasta la apertura del procedimiento y determine si con el patrimonio del deudor se cubren los gastos.

³²² Para NIGRO Y VATTERMOLI la denominación de sustituto no es correcta por ser, a su juicio, atécnica y descriptiva (*Diritto della crisi delle imprese...*, cit., p. 105).

³²³ Vid. TESCARO, «Commentario all'articolo 28», con ZACCARIA, *Commentario breve alla Legge fallimentare*, 6ª ed., CEDAM, Padova, 2013, pp. 179 y 180.

³²⁴ Para un estudio de las novedades introducidas por aquella Ley, vid. GONZALO LÓPEZ, «La reforma del Derecho concursal alemán», *Revista de Derecho Mercantil*, nº 215, 1995, pp. 211 a 221; SCHMIDT, «Estudio preliminar. Fundamentos del nuevo Derecho concursal alemán. La Ley alemana de insolvencia de 1994 (InsO)», *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001*, GARCÍA VILLAVERDE; ALONSO UREBA; y PULGAR EZQUERRA (dirs.), Dilex, Madrid, 2002, pp. 15 a 39; y DASSO, *Derecho Concursal Comparado*, tomo I, Legis Argentina, Buenos Aires, 2008, pp. 6 a 40.

Cuando, teniendo en cuenta la información proporcionada por el administrador provisional, el patrimonio del deudor no fuese suficiente para cubrir los gastos del procedimiento, el juzgado debe denegar la petición de apertura –salvo que el deudor aporte la cantidad de dinero necesaria-.

En Derecho alemán, la designación que se emplea para referirse al administrador concursal es la de *Konkursverwalter*, en la anterior ordenanza, e *Insolvenzverwalter*, en la ordenanza vigente.

Como norma, la apertura del concurso implicaba, hasta la entrada en vigor de la Ley para la mejora de la reestructuración de empresas -*Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen* (en adelante, ESUG)-, el 31 de noviembre de 2011, la suspensión del deudor en sus facultades de administración y disposición patrimoniales, que eran asumidas directamente por el administrador. La Ley alemana preveía, si bien con carácter residual, la adopción de un régimen de intervención (arts. 270 y ss. InsO), esto es, de administración propia por el deudor (autoadministración o *eigenverwaltung*), que le permitía mantener la administración y disposición de su patrimonio bajo la supervisión de un interventor (*Sachwalter*)³²⁵.

Sin embargo, bajo el régimen vigente impuesto con la ESUG, la regla general es que se decrete la intervención siempre que así se solicite por el

³²⁵ Se trata de la variante alemana del estadounidense *debtor in possession*, denominada en Alemania *eigenverwaltung*, equivalente, en el Derecho español, al régimen de intervención. La combinación de este régimen de “auto-administración” con el convenio concursal como forma más apropiada para el saneamiento empresarial es especialmente idónea. De facto, con la reforma acometida por la ESUG, se implanta lo que se denomina «preparación de saneamiento» (art. 270 InsO), escudo protector en virtud del cual se pretenden promover las solicitudes tempranas de concurso de acreedores y el establecimiento de planes de reestructuración empresarial. Durante el plazo de tres meses que se concede para la elaboración de referido plan al deudor, el régimen que se instaura será, en todo caso, el de intervención, manteniendo el deudor el poder de disposición sobre su patrimonio con el nombramiento del *sachwalter*, encargado de la supervisión de la gestión realizada por aquél. Sobre los escudos protectores tras la entrada en vigor de la ESUG, *vid.*, con mayor detalle, FERRÉ FALCÓ y KELLER, «La reforma...», cit., pp. 332 y 333. Sobre el régimen de administración propia y el papel del interventor en su función fiscalizadora de la gestión llevada a cabo por la dirección de la empresa con anterioridad a la reforma acometida con la ESUG, *vid.* SCHMIDT, «Derecho de sociedades...», cit., pp. 5 y 6.

deudor y el juez entienda que su establecimiento no supone un perjuicio para los acreedores (art. 270 InsO)³²⁶.

En cuanto a las funciones que en Alemania se atribuyen al administrador podemos destacar, entre otras: la continuación y negociación de los contratos vigentes del deudor; la revocación de actos y contratos perjudiciales; la custodia y conservación de los bienes; así como la redacción de un informe en el que se evalúe la situación económica de la empresa, las causas y la posible viabilidad empresarial³²⁷. En la confección del plan de insolvencia, dirigido a la conservación de la empresa, el administrador juega un papel de relevancia. Consensuado éste por deudor y acreedores y tras su confirmación por el juez, las labores del administrador concluyen. En el supuesto de que aquel plan no se ejecutara y se abriera la fase de liquidación, corresponde al administrador el desarrollo de las operaciones de liquidación del activo hasta su efectiva distribución entre los acreedores.

En Alemania, la posición jurídica del administrador concursal es una cuestión teóricamente controvertida y fuertemente discutida que ha tenido una notable influencia en otros ordenamientos jurídicos de su entorno. En el país germano se han postulado distintas construcciones, varias de las cuales han sido expuestas en las páginas precedentes. Muy sucintamente, destacamos: la teoría del cargo público (*Amtstheorie*), probablemente la opción de mayor acogida doctrinal, que conceptúa al órgano de administración como un “liquidador judicial oficial que actúa en nombre propio” -que opera junto a la concursada y no como su órgano o representante-; la teoría del representante (*Vertretertheorie*) que configura al administrador como un representante del deudor; la teoría del órgano (*Organtheorie*), en virtud de la cual se considera a la administración concursal como órgano de la masa; o la nueva teoría del órgano o del representante (*neue Vertreter der Organtheorie*), en cuyo seno el

³²⁶ La ESUG impone al juez el deber de dirigirse al comité de acreedores antes de adoptar una decisión al respecto (art. 270 InsO). En este sentido, no habrá perjuicio para aquéllos si la solicitud del régimen de intervención cuenta con el respaldo unánime del referido comité. Si el juez inadmite la opción por la que se decanta el comité, deberá motivarlo en todo caso (art. 270 InsO). Cfr. FERRER FALCÓ y KELLER, «La reforma...», cit., pp. 331 y 332.

³²⁷ Vid. MARTÍNEZ JIMÉNEZ Y SIERRA NOGUERO, «Los órganos del concurso...», cit., p. 1416 y, en particular, nota al pie 39.

administrador concursal es un representante de la masa concursal en los casos de concursos de persona física, mientras que se convierte en órgano de administración y representación obligatorio en los concursos de personas jurídicas.

Tras la declaración de apertura del concurso, el administrador toma posesión del cargo. Como *Insolvenzverwalter* debe designarse a una persona física experta en negocios e independiente de los acreedores y deudor (art. 56.I InsO). El administrador recibe un título por su nombramiento que debe devolver a la finalización del cargo (art. 56.II InsO).

El nombramiento del administrador corresponde al juez³²⁸, si bien, tras la ESUG, se prevé que, dada la constitución en la fase inicial del procedimiento del comité de acreedores, sean éstos los que establezcan los requisitos y criterios que habrá de reunir el administrador concursal designado por el juez³²⁹. En virtud del art. 57 InsO, en la primera junta de acreedores posterior al

³²⁸ El nombramiento debe recaer sobre persona física adecuada, especialmente versada en el ámbito de los negocios, cercana al juzgado, e independiente de los acreedores y del deudor (art. 56 InsO). Con la Ordenanza anterior (*Konkursordnung*), en la primera junta de acreedores se podía elegir a un administrador distinto, decisión que era vinculante si se reunían los requisitos de idoneidad. Sobre la base de estos requisitos existió un profundo debate. El mismo se tradujo en la posibilidad, defendida por algunos, de que el juez pudiera vetar el nombramiento de los administradores sin limitación alguna o que, por el contrario, el juez solo pudiera vetarlo cuando existieran causas objetivas de inidoneidad. La doctrina mayoritaria optó por la primera opción, sobre la base del alto grado de discrecionalidad del juez. Con la InsO se produjo un giro en lo referido al mecanismo legal de elección. Según la nueva Ordenanza, el juez nombra al administrador (*Insolvenzverwalter*), pero con el fin de cubrir el vacío competencial hasta la primera junta de acreedores, en la que se puede cambiar al sujeto designado por el juez, al igual que ocurría con la anterior Ordenanza. La diferencia fundamental radica en que, en coherencia con el aumento de poderes de los acreedores en el proceso de insolvencia, en la elección del nuevo administrador, junto con los acreedores ordinarios, votan también en la junta aquellos que disfrutaban de un derecho de separación. La elección realizada por el juez es, en la mayoría de supuestos, modificada con el nombramiento de un nuevo administrador, designado en la primera junta, extremo que no acontecía en la anterior Ordenanza (en este sentido, y sobre la idoneidad de este modelo para España, vid. TIRADO MARTÍ, «La sindicatura...», cit., pp. 160 a 164). En la práctica, el mayor problema se encontraba en el modo de designación, basado en un modelo del tipo *closed shop* en el que los *outsiders* difícilmente tenían acceso al nombramiento. Desde el Proyecto de Ley alemán de 8 de febrero de 2006 de modificación de la Ordenanza de Insolvencias, la elección deberá realizarse entre aquellos que figuren en una lista -art. 56 modificado del InsO- (vid. SCHMIDT, «La reforma del Derecho...», cit., pp. 306 y 307). Dicho Proyecto de Ley acabaría convirtiéndose en la Gesetz zur Vereinfachung des Insolvenzverfahrens vom 13. April 2007.

³²⁹ El juez debe, en principio, seguir los criterios acordados por el comité de acreedores, salvo que entienda que ello puede suponer un perjuicio para la situación patrimonial del deudor (art. 56 InsO). No obstante, aun cuando el juez no siga los criterios acordados en la designación del

nombramiento del administrador, los acreedores pueden elegir a otra persona para el cargo –a lo que podrá denegarse el juzgado cuando éste no sea idóneo para la aceptación del cargo-.

El *Insolvenzverwalter* se encuentra bajo la vigilancia del juzgado de la insolvencia (art. 58 InsO). El ejercicio del cargo, que deberá ser desempeñado con diligencia y corrección y respondiendo de los daños y perjuicios que pueda causar su incumplimiento, se realiza bajo la supervisión del juez y el comité de acreedores, constituido en junta por aquéllos (art. 68 InsO). El citado comité, máxima expresión de la notable influencia que en el sistema alemán tienen los acreedores en el desarrollo del proceso concursal, no solo controla la actividad de los administradores (art. 69 InsO), sino que a ellos corresponde autorizar a los mismos en el desempeño de determinadas prácticas; así: para cesar en el ejercicio de las actividades de empresa (art. 158 InsO); para la enajenación parcial o total de ésta (art. 160.2.1º InsO); o, incluso, a la hora de decidir sobre procedimientos especialmente costosos (art. 160.2.3º InsO).

Tras la última reforma acometida con la ESUG se atisba en el modelo alemán un cambio de tendencia, dotando de aún mayores poderes a los acreedores³³⁰ e incluso al deudor, en detrimento de aquellos conferidos a los

administrador, el comité, en su primera reunión, podrá cambiar la persona nombrada por el juez (art. 56 InsO). El órgano jurisdiccional está sometido a la indicada decisión salvo que la persona propuesta no resulte idónea para el cargo -por falta de independencia o cualificación- y así quede motivado suficientemente (art. 56 InsO). Independencia que, por otro lado, queda modificada sustancialmente tras la ESUG por cuanto no podrán aducirse como motivos de la falta de aquélla que la propuesta de administrador venga del deudor o de los acreedores, ni que cuando dicha persona haya asesorado a la empresa deudora en el desarrollo del concurso con anterioridad a la solicitud de éste (cfr. FERRER FALCÓ y KELLER, «La reforma...», cit., pp. 329 y 330).

³³⁰ Con la ESUG se reforzó de manera sustancial el papel del comité de acreedores. Con anterioridad, éste solo se constituía una vez declarado el concurso. En la actualidad, tras la entrada en vigor de aquélla, el Juez puede convocar al comité en la fase provisional del concurso, de forma inmediata, tras la solicitud de concurso por el deudor cuando la empresa deudora cumpla determinados requisitos (art. 22 InsO), a saber, cuando se cumplan dos de las siguientes circunstancias: (I) que la suma total del balance sea superior a 4.840.000 euros descontadas las deducciones de pérdida de valor de la parte del activo; (II) que la facturación sea superior a 9.680.000 euros en los doce meses previos; (III) que cuente con una media superior a 50 empleados durante el año anterior. Aun cuando no se cumplan las prescritas circunstancias, el juez deberá convocar un comité de acreedores provisional a requerimiento del deudor, de algún acreedor o del administrador concursal nombrado provisionalmente por el juez, si alguno de ellos indican qué personas podrán formar parte del señalado comité, aportando para ello su correspondiente declaración de conformidad (art. 22 InsO). Sobre el particular, vid. FERRER FALCÓ y KELLER, «La reforma...», cit., pp. 328 y 329.

administradores concursales, que pasan a desempeñar, con carácter general, una labor de control o intervención en la gestión patrimonial realizada por el deudor. La búsqueda de un sistema más laxo para el saneamiento empresarial por medio de planes de reestructuración, solución por la que se apuesta en la actual coyuntura económica, es probablemente la causa de semejante cambio en el papel que han de jugar los administradores concursales en el concurso de acreedores alemán.

5.4. Francia

En el país galo, la figura del síndico se modificó en profundidad con la *Loi n° 85-99 du 25 janvier 1985 relative aux administrateurs judiciaires, mandataires judiciaires liquidateurs et experts en diagnostic d'entreprise*. La complejidad de las funciones atribuidas a los antiguos síndicos en Francia provocó que, en ocasiones, ostentaran a la vez la representación de la masa de acreedores y la representación del deudor -asumida en caso de liquidación o cuando procedían como simples *assistants* en el supuesto de *redressement judiciaire*-. Ello llevó al legislador a poner coto a esta situación confusa y, a veces, contradictoria.

En la actualidad, en el Derecho francés, regulado en su *Code de Commerce* tras la promulgación de la *Loi de sauvegarde des entreprises dans difficultés* n° 585 del 26 de julio de 2005, se articulan dos figuras distintas, el administrador judicial y el mandatario-liquidador, en razón del doble modelo instaurado en aquel país (*sauvegarde o redressement judiciaire*)³³¹.

Para aquellas situaciones en las que la empresa se encuentra en dificultades pero todavía puede pagar sus deudas –*sauvegarde*–, se prevé la figura del *administrateur judiciaire*. Éste colabora con los administradores de la empresa en la búsqueda de soluciones para salir de la situación de crisis económica –financiación, posibles adquirentes, etc.–, informando al juez de las posibilidades de reflote y viabilidad empresarial.

³³¹ Sobre tal particular, vid. DASSO, *Derecho Concursal Comparado*, tomo II, Legis Argentina, Buenos Aires, 2008, pp. 805 a 832.

Por el contrario, en los supuestos en los que la empresa no puede afrontar el pago a sus acreedores –*redressement*–, se nombra a un *mandataire judiciaire* que se instituye como representante de aquéllos y se encarga de proteger los intereses de los mismos, comunicando, cuantificando y llevando a cabo el cobro de los créditos, así como buscando posibles situaciones para revertir la situación de crisis empresarial por medio de un posible convenio o a través de cualquier otro remedio. Solo en los supuestos en los que no sea posible enderezar la empresa y, por tanto, garantizar su continuidad, se nombra a un liquidador judicial, encargado de realizar y liquidar el patrimonio entre los acreedores³³².

5.5. Inglaterra

En el complejo Derecho Concursal inglés³³³, atendiendo a diversas circunstancias y al carácter del procedimiento, podemos encontrar distintos órganos de administración.

³³² Sobre el particular, vid. VÉLAZ NEGUERUELA, «La administración concursal», *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 3, 2012, pp. 147 y ss.

³³³ El sistema concursal inglés, sistematizado, según la doctrina mayoritaria, en un cuerpo normativo desde 1543 (*an act against such persons as do make bankrupt*), representa una auténtica excepción al modelo de base jurisprudencial del *Common Law*. Al igual que ocurre con el Derecho continental, es discutida su procedencia exacta. Parte de la doctrina inglesa lo ubica en el Derecho romano (BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, Book The Second, Dublin, printed for EXSHAW, GRIERSON, SAUNDERS, LYNCH and WILLIAMS, 4th edition, 1771), mientras que un sector mayoritario lo sitúa en los estatutos del medievo italiano (entre otros, HOLDSWORTH, *A History of English Law*, tomo I, Methuen, London, 1903, p. 229; y ROSSI, *Il fallimento...*, cit., p. 4). En la actualidad, el sistema concursal inglés, regulado en la *Insolvency Act* de 1985, se integra por dos grandes bloques, en función del sujeto al que va dirigido el concreto procedimiento: (I) cuando se trata de persona físicas, el procedimiento es denominado *Bankruptcy*; (II) respecto de las personas jurídicas, encontramos, a su vez, diversidad de procedimientos, con múltiples especialidades, pero siempre dirigidos a regular la situación de crisis económica. Entre ellos podemos distinguir: (a) el *Winding-Up*, proceso de carácter liquidativo con dos modalidades, el *Creditors' Voluntary Winding-Up* («liquidación extrajudicial») y la *Compulsory Winding-Up* («liquidación judicial»). La primera, es gestionada por las propias partes –deudora y acreedores– con el nombramiento de un *Insolvency Practitioner*. El órgano jurisdiccional desarrolla un papel secundario limitado a la resolución de conflictos. La segunda, solo aplicable subsidiariamente en defecto de la primera, se configura, sin embargo, como un procedimiento intervenido por los *official receivers*, órganos de naturaleza jurídico-pública; (b) el *Administrative Receivership*, proceso liquidativo del patrimonio que presenta notables diferencias respecto al anterior sistema. La sociedad garantiza el pago de una deuda por medio del *floating charge* mediante el que se concede a su titular una serie de derechos sobre (todos) los bienes de la deudora, presentes y futuros, de modo que si incumple la obligación garantizada, su titular –*charge*– puede nombrar a una persona física –*Administrative Receiver*– para que, haciéndose cargo de la compañía, proceda a realizar todas aquellas actuaciones que considerara pertinentes para conseguir satisfacer la antedicha

Las funciones asignadas a aquéllos dependen del tipo de proceso. En los procesos de *Winding-Up*, en sus dos modalidades, el *Creditors Voluntary Winding-Up* y el *Compulsory Winding-Up*, los órganos de administración, el *Insolvency Practitioner* y el *Official Receiver* respectivamente, llevan a cabo una labor muy similar, si bien los primeros necesitan con más frecuencia la aprobación de sus propuestas por parte del *Liquidation Committee*³³⁴ o del órgano jurisdiccional. Ambos son órganos técnicos con un elevado grado de especialización que han superado determinadas pruebas objetivas de cualificación, siendo los segundos funcionarios públicos adscritos al *Insolvency Service* (dentro del *Department of Trade and Industry*).

Entre las tareas que le son encomendadas podemos distinguir: (I) aquellas que pueden ser ejercitadas libremente tanto por el *Insolvency Practitioner* como por el *Official Receiver*, a saber, la venta del activo de la sociedad, la adquisición de crédito otorgando garantías sobre el patrimonio concursal, la firma de contratos en nombre de la sociedad, el libramiento, endoso y aceptación de una letra de cambio en nombre de aquélla, la delegación de funciones en otros sujetos, así como cualquier otra actuación que fuera necesaria para la liquidación efectiva de la sociedad en concurso; (II) aquellas otras que son reconocidas al *Official Receiver* para ejercitarlas libremente pero no al *Insolvency Practitioner*, para quien es necesaria la pertinente aprobación, así, la facultad para ejercitar, por vía de acción o de excepción, acciones en nombre de la sociedad o la continuación de la actividad económica empresarial cuando ello fuera favorable para el correcto desarrollo del procedimiento; y (III), por último, otras que, siendo ejercidas por uno u otro órgano de la liquidación,

obligación; (c) el tercer grupo está conformado por una serie de procedimientos de carácter reorganizativo, siendo la *Administration* el modelo más empleado. En este último se nombraba a un *administrator* que asumía la gestión de la empresa en crisis con la finalidad de, teniendo presente los intereses de los acreedores, lograr su viabilidad; y (d), por último, un conjunto de procedimientos abreviados dirigidos a evitar la liquidación de la sociedad a través de convenios entre el deudor común y sus acreedores. Entre otros: *company voluntary arrangement*, *compromise or arrangement*, *arrangement by way of reconstruction*, *compromise by liquidator* y *non-statutory arrangement*. Sobre el sistema concursal inglés y los órganos de administración de aquél, vid., con un mayor grado de profundidad y detalle, TIRADO MARTÍ, «La liquidación concursal de sociedades en el Derecho inglés», *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 17, 2001, pp. 199 a 245.

³³⁴ El *liquidation committee* es un órgano formado por acreedores y, en su caso, por socios de la sociedad quebrada, concebido para controlar el desarrollo del procedimiento.

siempre necesitan aprobación, así la consecución de acuerdos de contenido patrimonial con los acreedores o con terceras personas con los que la sociedad tuviera una pretensión jurídica o el pago íntegro de créditos a determinadas clases de acreedores.

En los procesos de *Administrative Receivership*, el *Administrative Receiver* asume la gestión de la sociedad, llevando a cabo todas aquellas operaciones necesarias para lograr el pago de la deuda. Esta figura presenta una gran complejidad y su nombramiento, a cargo de un acreedor concreto para la satisfacción privada de su interés, provoca, al quedar mermados los derechos de crédito del resto de acreedores, importantes problemas en la delimitación de sus concretos cometidos. Así, se discute si sus funciones deben quedar circunscritas a los intereses de aquél que lo nombra o si, por el contrario, debe buscar un cierto equilibrio entre los intereses de su “mandante” y el del resto de interesados.

Por último, dentro de los procesos reorganizativos, en concreto de la *Administration*, el *Administrator* asume la gestión de la empresa en crisis con el fin de sacarla a flote buscando posibles soluciones que permitan la continuidad de su actividad (por medio de refinanciaciones, acuerdos, etc.) y teniendo siempre presente el interés de los acreedores.

5.6. Estados Unidos

El Derecho Concursal anglosajón tiene divergencias con el Derecho continental: de una concepción orientada hacia los acreedores se pasa a una concepción orientada hacia el deudor³³⁵.

Desde 1978, el Derecho concursal norteamericano (*Bankruptcy Code*) se incluye en el Título XI de las leyes federales norteamericanas (11 US Code)³³⁶.

³³⁵ Sobre el particular, vid. DASSO, *Derecho Concursal Comparado*, tomo I, cit., p. 615.

³³⁶ El Título XI está integrado por nueve capítulos: chapter 1 (general provisions); chapter 3 (case administration); chapter 5 (creditors, the debtor, and the estate); chapter 7 (liquidation); chapter 9 (adjustment of debts of a municipality); chapter 11 (reorganization); chapter 12 (adjustment of debts of a family farmer or fisherman with regular annual income); chapter 13 (adjustment of debts of an individual with regular income) y chapter 15 (ancillary and other cross-border cases). Aunque cada deudor puede proceder bajo un único capítulo, la conversión

La mayor revisión del Código concursal norteamericano se produjo a través de la Ley sobre prevención del abuso del concurso y protección de los consumidores (*Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act*) de abril de 2005³³⁷, afectando la mayor parte de las reformas introducidas al procedimiento del concurso individual de consumidores.

El órgano de administración estadounidense (*Bankruptcy trustee*) es un administrador de naturaleza privada cuyo principal cometido es la representación de los intereses de la masa activa y de los acreedores del deudor. El 11 US Code § 321 establece que podrán ser designados como *trustee*: (I) aquellas personas físicas que sean competentes para desempeñar las funciones a éste encomendadas y que, para los supuestos de los capítulos VII (*liquidation*), XII (*adjustment of debts of a family farmer or fisherman with regular income*) o XIII (*adjustment of debts of an individual with regular income*), residan o tengan una oficina en el distrito judicial –o uno adyacente a éste– donde se esté resolviendo el asunto; o (II) una sociedad autorizada por sus estatutos para actuar como *trustee* y que, para los casos de los capítulos VII, XII o XIII, tenga una oficina en, al menos, uno de dichos distritos.

En los casos contemplados en el Capítulo VII (Liquidation) se designa un *trustee* para administrar y liquidar el patrimonio (11 US Code § 701). En estos supuestos se prevé la posibilidad de que el *creditors' committee* –integrado por un número de acreedores que puede oscilar entre tres y once– pueda elegir al *trustee* –siempre que el candidato obtenga los votos de los acreedores que representen, al menos, un 20 por ciento de los créditos–. En caso de no

de un capítulo a otro es habitual. En tal sentido, vid. WIELEBINSKI y RUKAVINA, «An overview of the Bankruptcy Code and the Bankruptcy Practice in the United States», *World Insolvency Systems: a comparative study*, FONSECA LOBO (editor), Thomson Reuters, Canada, 2009, pp. 705 a 706.

³³⁷ Para un análisis detallado de los cambios producidos tras la reforma instaurada en 2005, vid. POTTOW, «Un primer estudio de los cambios de la Ley concursal estadounidense de 2005», *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, n° 3, 2005, pp. 355 y ss..

alcanzarse dicho acuerdo, entraría en juego un *trustee* interino, elegido por el *US Trustee* de entre un panel de *trustees* privados (11 US Code § 703)³³⁸.

El *US Trustee* es un oficial público de supervisión de los concursos que pertenece al cuerpo de funcionarios del departamento de justicia norteamericano³³⁹. Éste supervisa y vigila el proceso y representa los intereses de los Estados Unidos³⁴⁰.

Dentro del Capítulo XI (*reorganization*), en el 11 US Code § 1104 se prevé la posibilidad de que en cualquier momento desde de la apertura del concurso, y antes de la adopción del convenio, a petición del *US Trustee* o de cualquier parte interesada, el Tribunal pueda nombrar a un *trustee*³⁴¹. Una vez adoptado el plan finalizará la labor del *trustee*, devolviéndose al deudor la posesión y administración de sus bienes y la gestión de sus negocios.

Dentro del Capítulo VII (*liquidation*) las funciones del *trustee* aparecen recogidas en el 11 US Code § 740. Serán, entre otras: liquidar el patrimonio del deudor; ser responsable de todas las propiedades recibidas; investigar los asuntos financieros del deudor. Dentro del Capítulo XI (*reorganization*), las funciones del *trustee* se recogen en el 11 US Code § 1106, que remite a las fijadas para el Capítulo VII.

En términos generales –sin hacer especial mención a ningún capítulo en concreto–, en el 11 US Code § 323 se señala que el *trustee* es el representante del patrimonio, teniendo capacidad para demandar y ser demandado.

³³⁸ Mientras que en los procedimientos contemplados el Capítulo VII, el *trustee* es seleccionado por los acreedores o por el *US Trustee*, en todos los demás procedimientos, es designado por el juez.

³³⁹ Para STANTON, la figura del *US Trustee* fue creada «to separate administrative oversight of bankruptcy cases from the judicial functions» («The United States Trustee System: a time for assessment», *Commercial Law Journal*, nº 90, 1985, p. 90). En términos similares, HESTON afirmaba que «the U.S. Trustee program was created to serve as the administrative arm of the bankruptcy system» («The United States Trustee: the missing link of bankruptcy crime prosecutions», *ABI Law Review*, nº 6, 1998, pp. 359 a 408).

³⁴⁰ En tal sentido, vid. WIELEBINSKI y RUKAVINA, «An overview...», cit., p. 714.

³⁴¹ El nombramiento del *trustee* en los casos del Capítulo XI responde, normalmente, a aquellas situaciones en las que el deudor es incapaz de gestionar su patrimonio o donde, por ejemplo, existe riesgo de fraude. Sobre el particular, vid. WIELEBINSKI y RUKAVINA, «An overview...», cit., p. 715.

RIASSUNTO CAPITOLO III

Il processo fallimentare è composto di multipli incidenti, dove si pretendono diverse tutele per garantire la soddisfazione dei creditori. Come riflesso di questa struttura, il processo fallimentare si sviluppa con una pluralità di soggetti. A delimitare chi sono e fissare quali hanno la condizione di parte ci concentreremo nel Capitolo III. In particolare, ci focalizzeremo sulla posizione che sviluppa il debitore e il curatore fallimentare, specialmente, in sede processuale.

A nostro avviso, è fondamentale cominciare con l'analisi della limitazione delle facoltà d'amministrazione e disposizione del fallito. Il fallimento, indirizzato a soggettare tutto il patrimonio concorsuale e la massa di creditori ad un processo universale, abbisogna della necessaria delimitazione delle facoltà attribuite al debitore. La sua conseguenza: l'attribuzione delle stesse al curatore fallimentare.

Il Capitolo I del Titolo III LC dedica il primo dei suoi precetti, l'articolo 40, a disciplinare le conseguenze che la dichiarazione di fallimento provoca sulle facoltà patrimoniali del fallito. La qualificazione del fallimento, volontario o necessario, determina che, rispettivamente, il debitore conservi le facoltà d'amministrazione e disposizione sul suo patrimonio, mentre l'esercizio di queste sono sottoposte all'*intervención* del curatore fallimentare, attraverso la sua autorizzazione o conformità (art. 40.1 LC) o, invece, *suspense* nel suo esercizio, essendo sostituito dal curatore fallimentare (art. 40.2 LC). Questo sistema presenta le sue eccezioni: il giudice può, nella stessa risoluzione giudiziale che dichiara il fallimento, motivatamente, fissare il regime di *intervención* in casi di fallimento necessario e quello di *suspensión* in casi di fallimento volontario (art. 40.3 LC). Ancora di più, in qualsiasi momento del processo –a richiesta del curatore fallimentare e sentito il debitore- il giudice

può, quando giustificato, determinare il cambio della situazione previamente fissata (art. 40.4 LC).

La natura giuridica delle limitazioni che soffre il debitore nelle sue facoltà d'amministrazione e di disposizione dichiarato il fallimento, non è una questione semplice e nemmeno pacificamente determinata. Nonostante ciò, a differenza di quanto accadeva nel regime precedente, si è andato avanti nella determinazione della natura giuridica delle limitazioni patrimoniali del debitore: è sparita la *incapacitación* –e, di conseguenza, la *cuasi-incapacitación*– come opzione possibile.

Scartata così l'*incapacitación* come soluzione descrittiva della situazione giuridica del fallito, il dibattito si incentra in due possibilità: da una parte, considerare la limitazione alle facoltà patrimoniali del debitore come una proibizione di amministrare e disporre del suo patrimonio concorsuale; dall'altra parte, considerare che tale restrizione si fonda nella limitazione alla capacità di agire del fallito. La nostra posizione è chiara: con la dichiarazione di fallimento esiste sul fallito una proibizione di amministrare e disporre del patrimonio concorsuale.

Come già sottolineato, la determinazione della natura giuridica delle limitazioni alle facoltà patrimoniali del debitore è fondamentale in quanto ci permette di avanzare nei nostri compiti: conoscere la posizione giuridico processuale del curatore fallimentare.

In effetti, avere una posizione piuttosto che un'altra sulla natura giuridica di tali limitazioni, ha un importante riflesso nella posizione giuridico processuale del curatore fallimentare.

Se si capisce che esiste una limitazione della capacità, il modo di colmare la sua mancanza o, se si preferisce, di integrarla, sarebbe sempre la rappresentazione. Questo avrebbe una conseguenza immediata: il curatore fallimentare sarebbe il rappresentante del debitore. Se, invece, pensiamo che siamo di fronte ad una proibizione di amministrare e disporre, la capacità del fallito rimarrebbe intatta. In questa maniera, il debitore opererebbe nel traffico

giuridico –e in sede processuale- se non contravviene a quelle proibizioni esistenti su patrimonio concorsuale. Ma, quale sarebbe la posizione del curatore fallimentare?

Per rispondere a questa domanda bisogna introdurre un nuovo elemento. Dichiarato il fallimento, l'iniziale patrimonio del debitore si separa –nel caso di persone fisiche- in due: il patrimonio personale e quello concorsuale. Sul primo, il debitore continua ad avere i suoi poteri d'amministrazione e disposizione. Sul secondo, funziona, da quel momento, il regime di *suspensión o intervención* fissato dal giudice. Nei fallimenti di persone giuridiche, dichiarato il fallimento, tutto il loro patrimonio diventa patrimonio concorsuale.

La finzione creata con la separazione del patrimonio del debitore provoca un importante effetto: l'originaria legittimazione del debitore si sposta al patrimonio concorsuale, garanzia dei creditori. Quel patrimonio, ente senza personalità giuridica, ha bisogno di un rappresentante necessario: il curatore fallimentare. Questo agisce come vero rappresentante della massa concorsuale, ma non del debitore.

Descritta l'importanza della chiarificazione della natura giuridica delle limitazioni alle facoltà patrimoniali che soffre il debitore, nonché il suo riflesso nell'attuazione del curatore fallimentare, conviene soffermarsi adesso, prima di proseguire con la nostra ricerca, in un aspetto molto rilevante nel panorama concorsuale, cioè, la formazione della massa concorsuale e la sua significazione come asse centrale del fallimento.

La personificazione del patrimonio concorsuale è difficile da un punto di vista sostanziale: non è soggetto bensì oggetto dello stesso. In effetto, la titolarità del patrimonio concorsuale rimane sempre al debitore. Tuttavia, la Legge, secondo la sua destinazione, concede la facoltà d'amministrazione e disposizione al curatore fallimentare o, per lo meno, il controllo delle stesse, quando esercitate dal debitore.

Accade così che, per quanto riguarda il patrimonio separato, i poteri d'amministrazione e disposizione, da una parte, e la titolarità, dall'altra,

vengono dissociati in caso di *suspensión* e limitati in caso di *intervención*. Al contrario, non accade lo stesso con il patrimonio personale, dove titolarità e facoltà patrimoniali sono coincidenti.

Nel piano sostanziale, il regime giuridico descritto ha importanti conseguenze. Così, dichiarato il fallimento, il debitore non può vincolare il patrimonio separato (in caso di *suspensión*) –e, in caso di *intervención* se non ha la corrispondente autorizzazione-, potendo esercitare questa facoltà solo il curatore fallimentare.

Tuttavia, questo non fa in modo che, come conseguenza della dichiarazione di fallimento, il patrimonio separato sia il titolare dei debiti. Titolare di quel patrimonio è il debitore, e debitore è il fallito. Il patrimonio separato sarebbe solo l'oggetto.

Fissato che, nell'ambito sostanziale, il patrimonio concorsuale è oggetto e non soggetto di rapporti giuridici: dobbiamo riprodurre questo schema anche nell'ambito processuale?

In questo senso, interesserebbe rilevare che gli artt. 51 e 54 LC sono un prolungamento delle limitazioni che soffre il debitore sul piano sostanziale ex art. 40 LC. Dobbiamo precisare che lo sono, con un'importante puntualizzazione: si riconosce al debitore la facoltà d'intervento separato.

A priori, questo riconoscimento legale ci porta ad effettuare un'importante quanto, in apparenza, sorprendente affermazione: la titolarità giuridico processuale che corrisponde al debitore è diversa di quella assunta dal patrimonio concorsuale. È possibile? In base alla dottrina del patrimonio separato, la risposta dovrebbe essere affermativa.

Da quanto stabilito si deduce, quindi, che le regole poc'anzi descritte per l'ambito sostanziale non sono, in questo caso, applicabili all'ambito processuale.

Dobbiamo ora focalizzare la nostra attenzione sulle seguenti domande: Che posizione hanno nel processo debitore e patrimonio fallimentare? Sono parti?

E, in caso affermativo, chi opera come convenuto quando esiste una domanda contro il patrimonio? E quando si fa valere un'azione a favore dello stesso? Per dare risposta a queste domande dobbiamo approcciarci al concetto di parte processuale.

Sebbene la nostra intenzione non sia offrire una teoria generale sulle parti, ci sembra interessante avvicinarci nella nostra tesi alle diverse costruzioni dottrinali esistenti. Per maggiore approfondimento rimandiamo al testo principale della tesi. Proseguiamo qui col mostrare la scelta dottrinale di riferimento per la nostra ricerca. A nostro avviso, la teoria più appoggiata dalla dottrina, e quindi più utile, sarebbe quella che considera come abbia solo senso parlare di parte all'interno del processo.

Per quanto riguarda la nostra ricerca, il concetto di parte e le sue caratteristiche di dualità e contrapposizione sono di difficile conciliazione all'interno dell'istituzione fallimentare. Il carattere universale del fallimento, la pluralità d'interessi concorrenti e la necessità di collegarli per dare risposta alla situazione di crisi imprenditoriale non permettono che, a priori, si possa determinare chi sia parte effettiva nel fallimento. La domanda non è banale. Invece, la determinazione dei soggetti non ha creato controversie, nonostante alcuni autori confondano tale concetto con quello di parte.

La posizione degli amministratori legali è stata una questione difficile da risolvere. Superata la tesi della rappresentanza del debitore per i suoi amministratori legali nell'amministrazione e gestione del patrimonio concorsuale, la dottrina tradizionale richiedeva la sostituzione come istituzione che permettesse di spiegare la efficacia degli atti, sostantivi e processuali, realizzati dagli organi di amministrazione sul patrimonio concorsuale.

Nonostante ciò, nel regime precedente e, soprattutto, in quello vigente, la sostituzione come meccanismo che permette di capire la funzione dell'organo d'amministrazione fallimentare, si è incentrata in un unico ambito, quello sostanziale: quando il debitore perde le facoltà d'amministrazione e disposizione patrimoniale, passano all'ambito di competenza del curatore

fallimentare che, da quel momento, può realizzare con piena efficacia, quelli atti che prima della dichiarazione di fallimento, avrebbe potuto realizzare solo il debitore. La questione che resta per concludere sarebbe, per quanto riguarda l'amministrazione e la disposizione del patrimonio concorsuale, il chiedersi se sia possibile affermare che nell'ambito processuale esista o meno una sostituzione.

Riconosciuta nell'art. 6.1.4° LEC la capacità per essere parte della massa patrimoniale il cui titolare sia stato privato delle sue facoltà di amministrazione e disposizione, e conosciuto inoltre che la capacità per essere parte è un presupposto a carattere assoluto, esiste un'importante conseguenza: nei rapporti giuridici processuali che si sostanziano con riferimento all'amministrazione o alla disposizione del patrimonio, il soggetto titolare di quel rapporto è la massa concorsuale. Tuttavia, l'attribuzione di soggettività a quella data entità nell'ambito processuale non fa riferimento alla sua posizione nel ambito giuridico materiale.

Evidenziato che la massa concorsuale ha capacità per essere parte e non ha supporto materiale per agire: a chi viene attribuita la capacità processuale?

L'articolo 7.5 LEC ci dà la risposta alla nostra domanda: le masse patrimoniali o i patrimoni separati a cui fa riferimento il numero 4° del comma 1 dell'art. 6 LEC, appariranno in giudizio attraverso quelli che, conformemente alla legge, siano incaricati della loro amministrazione. E l'amministrazione stessa, in applicazione dell'art. 40 LC, per l'ambito sostanziale, e degli artt. 51 e 54 LC, in sede processuale, viene conferita al curatore fallimentare.

Sembra che il curatore fallimentare agirà nel processo per la massa concorsuale, ma: per conto di chi?, che posizione occupa il curatore fallimentare?

Risolvendo questa domanda, a priori semplice, avizzeremo nella nostra ricerca, cercando di sapere che posizione occupa il curatore fallimentare nel processo e, così, determinare le attuazioni processuali che può sviluppare.

Attraverso questo capitolo risponderemo a quella domanda. Ad ogni modo, conviene adesso anticipare quella che, a priori, sarebbe la risposta corretta: il curatore fallimentare agisce nel processo come rappresentante necessario del patrimonio concorsuale.

La condizione di parte processuale che attribuisce l'art. 6.1.4° LEC alla massa concorsuale e i meccanismi che per la sua attuazione vengono fissate dall'art. 7.5 LEC, eliminano un importante dubbio che esisteva nel panorama processuale fallimentare: la condizione di parte del curatore fallimentare e la sua legittimazione all'interno del fallimento. Così si può arrivare alla prima conclusione: se la legittimazione è una qualità associata alla condizione di parte e, come già sottolineato, parte è la massa concorsuale, il curatore fallimentare non ha nessuna legittimazione.

Continuando, si procede adesso con l'affrontare uno dei concetti più dibattuti del Diritto processuale e del suo riflesso nel fallimento. Facciamo riferimento adesso alla legittimazione ed al suo rapporto con il curatore fallimentare come organo del fallimento.

La determinazione della posizione che ostenta il curatore fallimentare come legittimato o rappresentante necessario non è una questione semplice. Le conseguenze processuali di una o dell'altra catalogazione sono importanti.

Insieme al diverso trattamento processuale di una e altra istituzione, lo status del curatore fallimentare all'interno del processo varia in modo sostanziale: se si afferma che il curatore fallimentare ha legittimazione, si potrebbe dire che lo stesso è parte; invece, se si considera che il curatore fallimentare è rappresentante necessario del patrimonio concorsuale, la parte non sarebbe il curatore fallimentare bensì il rappresentato, cioè, il patrimonio.

Nel regime in vigore, è innegabile che il curatore fallimentare agisca per diritti altrui. Nonostante ciò, essendo questa una nota predicabile sia dei casi di rappresentanza sia dei casi di legittimazione indiretta –rappresentativa e per sostituzione-, bisognerebbe proseguire con l'analisi. Lo faremmo pronunciandoci, in primo luogo, sui casi di legittimazione indiretta che,

appoggiandosi all'art. 10.2° LEC, si presentano oggi come riconosciuti dottrinalmente: la legittimazione per sostituzione e la legittimazione rappresentativa.

Intesa la legittimazione per sostituzione come un fenomeno processuale in cui sono parte in giudizio quelli che pretendono una tutela con fondamento in un diritto altrui ma attuando un interesse proprio, quest'istituzione deve essere scartata come scelta sostenibile nel caso del curatore fallimentare.

Più complesso sarebbe scartare la possibilità della legittimazione rappresentativa. Definita questa come un fenomeno processuale dove sono parti in giudizio quelli che attuano in nome proprio sulla base di una titolarità altrui e pretendono nell'interesse altrui la tutela che vogliono, possiamo affermare che, a priori e secondo quanto segnalato prima, il curatore fallimentare agisce con una legittimazione rappresentativa. Il fatto decisivo che permette di allontanare la legittimazione rappresentativa come opzione descrittiva della posizione processuale che occupa il curatore fallimentare (per quanto riguarda quei casi dove non è titolare del rapporto giuridico materiale dedotto in giudizio) si trova nel riconoscimento di parte che, con la LEC di 2000, è conferita al patrimonio concorsuale (art. 6.1.4°).

Scartate entrambi i tipi di legittimazione, rappresentativa e per sostituzione, la nostra intuizione si conferma: il curatore fallimentare è rappresentante necessario del patrimonio concorsuale.

Come possiamo immaginare, le precisazioni effettuate fino adesso intorno alla legittimazione e la rappresentazione sono molto importanti in ordine a determinare il trattamento processuale procedente.

Così, mentre l'affermazione (o negazione) di legittimazione si progetta sul fondo del litigio -per quanto, come sottolineato, essa fa riferimento alla situazione giuridico processuale sostanziale, in virtù della quale la Legge permette ad un determinato soggetto di esercitare una concreta pretesione di tutela giurisdizionale- la ragione e l'incidenza della rappresentazione è meramente strumentale o formale rispetto alla questione dibattuta. Detto in un

altro modo, la legittimazione, per quanto condiziona il fondamento dell'azione, è controllabile unicamente nella sentenza che risolve sulla pretesa; mentre la rappresentanza, per quanto condiziona la validità del rapporto processuale, deve essere controllata in un primo stadio, vale a dire all'inizio del processo. Incontrandoci quindi, nel caso dell'*administración concursal*, davanti ad un caso di rappresentazione necessaria, la conclusione è chiara: il suo controllo si deve realizzare all'inizio del processo.

Nella costruzione giuridica descritta siamo partiti da una premessa: ci incontravamo davanti al regime di *suspensión* della facoltà d'amministrazione e disposizione patrimoniale del debitore. La ragione di avere scelto il regime di *suspensión*, e non quello d'*intervención*, per formulare i fondamenti della posizione giuridico processuale del curatore fallimentare s'incentra, fondamentalmente, nel fatto che in quello di *suspensión* gli effetti sono più severi. Emerge una domanda: si può estrapolare tutto quanto sottolineato, valido per il regime di *suspensión*, al regime di *intervención*?

Determinare la posizione giuridico processuale del curatore fallimentare nei casi di *intervención* ha, per quanto riguarda la nostra ricerca, la stessa importanza che delimitare quella posizione per i casi di *suspensión*.

Nel regime di *intervención* esistono due importanti ostacoli per la corretta applicazione di tutto quanto descritto per il regime di *suspensión*.

Da un lato, l'art. 6.1.4° LEC disciplina la capacità di essere parte delle masse patrimoniali o i patrimoni separati il cui titolare sia stato privato delle sue facoltà d'amministrazione e disposizione. Questa previsione normativa non trova nel regime di *intervención* facile applicazione. Come sappiamo, nel regime di *intervención*, il debitore conserva le sue facoltà d'amministrazione e disposizione sul suo patrimonio, essendo assoggettato nell'esercizio di quei poteri alla *intervención* dei curatori fallimentari attraverso la loro autorizzazione o conformità (*ex art. 40.1 LC*); previsione questa che, nel piano processuale, appare progettata negli artt. 51.3 e 54.2 LC. Dall'altro, l'art. 7 LEC, che fa riferimento alla capacità processuale, nel suo comma 8° afferma quest'idea: le

limitazioni alla capacità di quelli che sono soggetti al fallimento e il modo di integrarle si regolano dalla LC. In teoria, tutto questo ci farebbe pensare che, in sede processuale, esiste un diverso modello di funzionamento nel regime di *intervención*.

Il già menzionato riflesso nell'ambito processuale si regola negli artt. 51 e 54 LC –secondo ostacolo appuntato supra-. Da tali precetti si può dedurre un regime di attuazione processuale diverso per il regime di *intervención* (artt. 51.3 e 54.2 LC) e il regime di *suspensión* (artt. 51.2 e 54.1 LC). Così, secondo queste disposizioni normative, la questione sarebbe risolta: le riflessioni effettuate sul regime di *suspensión* non sono applicabili al regime di *intervención*.

In connessione con quanto stabilito nel paragrafo precedente, si potrebbe affermare che, nel regime di *intervención*, la situazione giuridica è diversa a quella descritta per il regime di *suspensión*. Ma, approfondendo, è realmente così?

Le domande che dobbiamo formularci sono varie: Si può affermare che, nel regime di *intervención*, dichiarato il fallimento il patrimonio concorsuale si separa dal resto del patrimonio del debitore? Esistono in quel regime due capacità giuridiche diverse: quella del debitore e quella del patrimonio fallimentare?, o, invece, esiste un'unica capacità? E, vincolato con tutto questo, possiamo affermare che, nel regime di *intervención*, il debitore è la parte? A nostro avviso, solo una volta che si avrà risposto a queste domande potremmo determinare se è applicabile al regime di *intervención* tutto quanto segnalato per il regime di *suspensión*.

Affermare che, nel regime di *intervención*, dichiarato il fallimento il patrimonio concorsuale si separa dal resto del patrimonio del debitore può, a priori, risvegliare qualche perplessità. Certamente, nei casi di *intervención* potrebbe dirsi che non si produce la separazione del patrimonio concorsuale perché il debitore conserva, seguendo il tenore dell'art. 40.1 LC, la titolarità formale e materiale sul patrimonio concorsuale.

A nostro avviso, tuttavia, quell'affermazione non si può sostenere; affermiamo, invece, che dichiarato il fallimento si crea, senza eccezioni, il patrimonio concorsuale. Ci servono per questo tre argomenti.

Il primo argomento fa riferimento al fondamento stesso dell'esistenza del fallimento. La dichiarazione di fallimento costituisce una nuova situazione giuridica in cui il patrimonio concorsuale viene a essere specialmente protetto per una ragione: raggiungere la maggiore soddisfazione dei creditori. E quella protezione è applicabile sia ai casi di *intervención* sia a quelli di *suspensión*.

Se il patrimonio concorsuale esiste in tutti casi: perché nel regime di *intervención*, in seguito alla literalità della norma, il debitore mantiene le facoltà di amministrazione e disposizione? Per rispondere a questa domanda dobbiamo tornare al descritto fondamento del fallimento.

In effetti, la decisione giudiziale nella quale si stabilisce il regime di *intervención* o *suspensión* deve fare riferimento sempre ad una massima: la migliore gestione del patrimonio concorsuale per ottenere la maggiore soddisfazione dei creditori. Consisterebbe, quindi, in due regimi che, anche se esteriorizzati in limitazioni di diversa intensità, rispondono alla stessa ragione di essere. E tal comune denominatore ci permette di capire che, nel regime di *intervención*, allo stesso modo che in quello di *suspensión*, si crea il patrimonio concorsuale.

Si può parlare dell'esistenza di due capacità giuridiche indipendenti? Qua troviamo il secondo argomento: l'esistenza di due capacità giuridiche diverse si può osservare dallo stesso momento in cui l'esercizio delle facoltà d'amministrazione e disposizione patrimoniale sono assoggettate all'autorizzazione o conformità del curatore fallimentare.

Scartando la sua espressione nel piano sostanziale (art. 40.1 LC), dobbiamo prestare attenzione al piano processuale, in particolare, agli artt. 51.3 e 54.2 LC. L'art. 51.3 LC segnala che in caso di *intervención*, il debitore conserva la capacità per agire in giudizio, ma necessita l'autorizzazione del curatore fallimentare per disporre dell'oggetto, totale o parzialmente, quando la materia

litigiosa può concernere il suo patrimonio. L'art. 54.2 LC stabilisce che in caso di *intervención* il debitore conserva la capacità per agire in giudizio, ma necessita la conformità del curatore fallimentare per proporre domande o ricorso che potrebbero inerire al suo patrimonio. Se il curatore fallimentare considera conveniente agli interessi del fallimento l'interposizione di una domanda e il debitore si nega a formularla, il giudice fallimentare può autorizzare il curatore fallimentare per interporla.

Il controllo che si riconosce in entrambi precetti al curatore fallimentare richiede l'esistenza di quella dualità.

Secondo quanto affermato, è innegabile che il patrimonio concorsuale sia, nel regime di *intervención*, la parte processuale. In altre parole, come si può diversamente difendere l'abilitazione al curatore fallimentare –ex art. 54.2 LC- per interporre domande quando sia conveniente agli interessi del fallimento?

Se ci fermiamo un attimo sulla questione, sembra chiaro che l'integrazione della capacità processuale del patrimonio concorsuale si realizza solamente per il debitore quando così viene previsto dal curatore fallimentare, sia dando la sua autorizzazione o conformità, sia quando chiede al debitore l'interposizione di una azione. Si definisce così un'altra conclusione: la disposizione e, di conseguenza, il destino del patrimonio concorsuale viene determinato, nel regime di *intervención*, dal curatore fallimentare.

L'esigenza di conformità –o autorizzazione- che viene regolata dalla legge non è altro che la mancanza del potere di disposizione del bene o diritto sul quale si vuole discutere nel processo. Così, l'impossibilità di disporre dell'oggetto del processo risponde alla mancanza di un presupposto previsto dalla Legge per consentire che quegli atti possano essere realizzati validamente: la già segnalata conformità o autorizzazione del curatore fallimentare. Si arriva così ad un'altra conclusione: la segnalata esigenza d'autorizzazione o conformità del curatore fallimentare non è espressione di una limitazione della capacità di agire del debitore, ma un presupposto relativo alla

convenienza di iniziare o sostenere un processo. Sostiene questa tesi un terzo argomento.

La dottrina ha inteso che, nei casi di *intervención*, il debitore soffre una limitazione della capacità pertanto ha bisogno d'autorizzazione o conformità. Ma, realmente si vede limitata la capacità del debitore? Di nuovo, nella stessa maniera in cui occorre nei casi di *suspensión*, è nell'analisi della natura giuridica delle limitazioni alle facoltà patrimoniali del debitore che si trova la risposta. E, negli stessi termini che affermavamo sulla *suspensión*, nella *intervención* esistono due opzioni: da un lato, considerare che quelle restrizioni rispondano a una proibizione di amministrare y disporre; dall'altro, sostenere che quelle restrizioni sono una limitazione alla capacità di agire.

Risolvere quest'alternativa nel regime di *intervención* ci permetterebbe di affermare due cose: la prima, confermare che si produce la separazione del patrimonio concorsuale; la seconda, determinare quale sia la posizione giuridica del curatore fallimentare –o, per lo meno, quale non occupa-.

Ripeteremmo quell'idea già sostenuta all'inizio del Capitolo: se si afferma che il debitore soffre una limitazione della capacità, necessiterebbe di un soggetto –o ente- per integrare quella capacità; nel fallimento, quindi, questo ruolo spetterebbe al curatore fallimentare. La parte processuale sarebbe, di conseguenza, il debitore, e il curatore fallimentare il suo rappresentante. Se, invece, affermassimo che quella limitazione è una proibizione d'amministrare e disporre, la capacità del debitore rimarrebbe intatta.

Ma, cosa accade nel regime di *intervención*? Una volta dimostrato che nel regime di *suspensión* il debitore soffre una proibizione d'amministrare e disporre sul patrimonio concorsuale, non si può affermare che, in sede d'*intervención*, il debitore soffre una limitazione della capacità. La ragione è molto semplice: non si può derivare da una previsione normativa meno restrittiva una conseguenza giuridica più severa. Non ha logica sostenere che nei casi di minore intensità nella limitazione delle facoltà patrimoniali del debitore, l'Ordinamento giuridico attribuisca un effetto giuridico più repressivo

che nei casi dove l'intensità della limitazione è maggiore. Si può concludere che, nel regime d'*intervención*, il debitore soffre, nello stesso modo che nel regime di *suspensión*, una proibizione d'amministrare e disporre patrimoniale.

Di quanto sottolineato si evidenziano tre aspetti con cui possiamo proseguire nella determinazione della posizione giuridico processuale del curatore fallimentare nel regime di *intervención*: in primo luogo, si crea un patrimonio con capacità giuridica indipendente a quella del debitore; in secondo luogo, si constata che il debitore non soffre una limitazione alla capacità bensì una proibizione di amministrare e disporre; e, per ultimo, si evidenzia come la parte sia il patrimonio concorsuale.

Manca solo risolvere una questione rispetto al regime di *intervención*: che posizione occupano, quindi, il debitore e il curatore fallimentare?

Si può affermare che, *mutatis mutandi*, il debitore occupa, nel regime di *intervención*, la stessa posizione che nel regime di *suspensión* ha il curatore fallimentare: il debitore diviene rappresentante necessario del patrimonio concorsuale. Il debitore diventa, quindi, la necessaria personificazione fisica del patrimonio concorsuale nel processo; integrando così la sua capacità per stare e attuare in giudizio.

Dobbiamo, tuttavia, aggiungere un'importante precisazione: la segnata rappresentazione necessaria del debitore è solo predicabile nei casi in cui il curatore fallimentare autorizzi o presti la sua conformità agli atti voluti dal debitore. In questi casi, il controllo che si deduce dall'autorizzazione o conformità del curatore fallimentare permette di osservare un ruolo molto simile a quello sviluppato per un ausiliare giudiziale.

Nonostante ciò, la LEC concepisce il debitore come parte processuale –e non il patrimonio concorsuale- nei casi in cui viene fissato il regime di *intervención*. Così si deduce del gioco tra vari articoli della LEC. In primo luogo, l'art. 6.1.4° LEC; in secondo luogo, l'art. 7.8 LEC.

In effetti, come sappiamo, l'art. 6.1.4° LEC riconosce capacità per essere parte alle masse patrimoniali o patrimoni separati il cui titolare sia stato privato delle sue facoltà di disposizione e amministrazione. Della lettura dell'articolo si deriva che l'art. 6.1.4° LEC chiude la porta alla possibilità per la quale il patrimonio concorsuale, nei casi di *intervención*, sia considerato parte.

Come gli artt. 6.1.4° e 7.5 LEC non possono applicarsi ai casi di *intervención* –di cui si può inferire che in quei casi la parte è il debitore– ma si è di piena applicazione la previsione contenuta nell'art. 7.8° LEC –che fa riferimento alla capacità processuale- (“le limitazioni alla capacità di chi sia sommerso a fallimento e il modo di integrarle se regolano secondo quanto stabilito dalla LC”), la conclusione è chiara: l'art. 7.8 LEC è pensato per i casi di *intervención* dove sia necessario integrare la capacità processuale ma, secondo il legislatore, del debitore –non del patrimonio concorsuale-.

La nostra proposta di legge ferenda, secondo quanto dimostrato, s'incentra in due aspetti. Da una parte, vogliamo la soppressione dell'art. 7.8 LEC. È un precetto inadeguato perché, come già dimostrato, il suo ambito d'applicazione rimane vuoto, cioè, fa riferimento a casi che non esistono; casi dove la parte è il debitore e le limitazioni alla capacità del debitore devono essere integrate dal curatore fallimentare. Dall'altra, vogliamo ampliare l'ambito d'applicazione dell'art. 6.1.4° LEC allo scopo di includere i casi di *intervención*.

Attraverso queste pagine abbiamo comprovato che le parti non sono sempre il debitore e il curatore fallimentare. Peraltro, la LC disciplina un controverso art. 184.1 LC: “in tutte le sezioni saranno riconosciuti come parte, senza necessità di stare formalmente in giudizio, il debitore ed i curatori fallimentari”. A cosa si riferisce il precetto quando attribuisce la condizione di parte al debitore ed ai curatori fallimentari? A nostro avviso, il legislatore pretende di notificarli tutte quelle azioni che siano proposte nei processi e incidenti inclusi nel fallimento. Su questa questione e sull'analisi del precetto –art. 184 LC- ci torneremo in pagine successive.

Questo Capitolo si conclude insistendo, ancora una volta, in un aspetto fondamentale della stessa: la varietà di attuazioni riconosciute legalmente al curatore fallimentare raccomanda un trattamento individualizzato d'ognuna di essi e non permette di categorizzare in termini generali la posizione giuridica del curatore fallimentare nel processo.

CAPÍTULO III

LIMITACIÓN DE LAS FACULTADES PATRIMONIALES DEL DEUDOR Y CREACIÓN DEL PATRIMONIO CONCURSAL

POSICIÓN JURÍDICO PROCESAL DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

1. EL CONCURSO DE ACREEDORES COMO PROCESO. PLANTEAMIENTO GENERAL

El proceso concursal es el cauce a través del cual el Ordenamiento jurídico concede a determinados sujetos una especial tutela jurisdiccional para aquellos supuestos en que se declara la insolvencia de una persona. El concurso se erige en la respuesta jurídica a la situación de desbalance económico que presenta un deudor insolvente y, más exactamente, a las especiales necesidades de tutela jurídica que nacen con ocasión de aquella insolvencia³⁴².

El concurso es, pues, un proceso: a través del mismo se dispensa tutela jurisdiccional³⁴³. No es, sin embargo, un proceso común que albergue una única petición de tutela. Nos encontramos, por el contrario, ante un cauce procesal caracterizado por la actuación de una pluralidad de sujetos, cuyas

³⁴² Cfr. VEGAS TORRES, «El concurso como proceso jurisdiccional: estructura del concurso», *Las claves de la Ley Concursal*, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ; QUINTANA CARLO y BONET NAVARRO (dirs.), Aranzadi-Thomson, Navarra, 2005, p. 83.

³⁴³ En contra de que el concurso sea un verdadero proceso, vid. PÉREZ DEL BLANCO, para quien «sólo lo que el legislador denomina como sección primera es el auténtico proceso concursal, siendo el objeto del mismo dirimir la efectiva concurrencia de la situación de insolvencia de una persona o patrimonio y, en su caso, resolver la apertura del mismo, que es el contenido de la pretensión concursal ejercitada en la demanda –denominada como solicitud en la Ley– que da inicio el proceso» (*Efectos procesales...*, cit., p. 33).

Sobre la cuestión, interesa reproducir lo expuesto por MAFFIA: «hay quienes afirman que la quiebra es, derechamente, un proceso. Otros lo niegan. Todos con buenas razones, aunque en el fondo vemos preponderantemente un problema de opción semántica: a qué dato de la realidad, a qué objeto –cultural– nos referimos mediante la voz “quiebra”. Sea o no un proceso la quiebra, lo innegable es que existe un proceso concursal. Más aún, es impensable una quiebra sin proceso, específicamente sin proceso judicial» («Personificación del concurso y función orgánica de la sindicatura», *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, I, 1981, p. 26). Un sector importante de la doctrina tradicional italiana se postula por concebir el concurso como un proceso. Así, PROVINCIALI: «las normas, cuyo complejo forma el sistema llamado “derecho concursal” (...) son prevalentemente de naturaleza procesal» (*Trattato...*, cit., pp. 33 y ss.); NASI, *Processo e esecuzione nel fallimento*, CEDAM, Padova, 1973, *passim*; FERRARA JR., *Il fallimento*, 3ª ed., Giuffrè, Milano, 1974, pp. 65 y ss.; y PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 1976, pp. 29 y ss. Cuestiona el referido carácter procesal, en Italia, entre otros, RAGUSA MAGGIORE, *Diritto fallimentare*, I, Morano, Napoli, 1974, p. 10.

pretensiones, consecuencia de la declaración de concurso, pasan a ser sustanciadas conjuntamente.

El inicio de la referida tutela jurisdiccional comienza con el auto que admite la pretensión y declara el concurso del deudor insolvente. Sin embargo, dicha tutela no se agota con la declaración de éste³⁴⁴; a partir de dicho momento comienza a articularse el entramado procedimental en que consiste el concurso. El fin está claramente determinado: la satisfacción de los acreedores.

Para la consecución de este cometido, bajo los principios de comunidad de pérdidas y tratamiento igual de acreedores de la misma condición, se organiza un procedimiento compuesto de incidentes y piezas -con distintos objetos-, en los que se pretenden tutelas distintas para alcanzar el enunciado fin. Como reflejo de la descrita estructura, el proceso concursal se desarrolla con una pluralidad de sujetos. A delimitar quiénes son tales y a establecer aquellos que ostentan la condición de parte dedicaremos el presente Capítulo. En particular, nos detendremos en la posición que ostenta el deudor y la administración concursal, especialmente, en sede procesal.

2. EL DEUDOR Y LA LIMITACIÓN DE SUS FACULTADES DE ADMINISTRACIÓN Y DISPOSICIÓN PATRIMONIAL CONSECUENCIA DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO

2.1. Consideraciones previas

Lo expuesto hasta el momento evidencia un panorama complejo en lo atinente al elemento subjetivo del proceso concursal. En efecto, declarado el concurso, la identificación de las partes se dificulta de manera considerable³⁴⁵; adviértase, sin más, el número de incidentes concursales que, desde entonces, acogerá en su seno el concurso.

³⁴⁴ Cfr. HERRERO PEREZAGUA, «La lista de acreedores: comunicación y reconocimiento de créditos en el concurso», *Il trattamento giuridico della crisi d'impresa: profili di Diritto Concorsuale italiano e spagnolo a confronto*, SARCINA y GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ (a cura di), Cacucci Editore, Bari, 2008, p. 131.

³⁴⁵ No podemos aseverar lo mismo, sin embargo, respecto al proceso previo a la declaración de concurso; al menos, cuando son los acreedores los que instan aquella declaración. En estos supuestos la identificación de las partes es clara: de un lado, los acreedores, de otro, el deudor.

Para arrojar algo de luz al marco descrito y conocer la posición que en el proceso ostenta la administración concursal es imprescindible partir de un hito esencial: la limitación de las facultades de administración y disposición patrimonial a las que queda sometido el concursado.

En el régimen vigente, la declaración de concurso, en términos próximos a lo que sucedía en las antiguas instituciones reguladoras de crisis patrimonial – suspensión de pagos, quiebra y concurso de acreedores-, afecta a las facultades de administración y disposición patrimonial del deudor³⁴⁶. El concurso, cauce dirigido a sujetar todo el caudal patrimonial y la masa de acreedores a un proceso universal, parte de la necesaria limitación de tales facultades del deudor. Su consecuencia: la correlativa atribución de las mismas a la administración concursal.

Siendo la segunda aseveración desenlace de la primera y residiendo en esta última el germen de numerables consecuencias respecto de la administración concursal, conviene que nos detengamos en el estudio pormenorizado de la naturaleza jurídica de aquellas limitaciones. Podemos afirmar, sin miedo al equívoco, que la opción por la que nos decantemos influirá de manera notable en la posición jurídico procesal que va a ostentar la administración concursal en el foro.

2.2. El artículo 40 de la Ley Concursal

El Capítulo I -«De los efectos sobre el deudor»- del Título III -«De los efectos de la declaración de concurso»- de la LC dedica el primero de sus preceptos, el art. 40, a disciplinar las consecuencias que la declaración de

³⁴⁶ Como tuvimos ocasión de exponer al analizar el régimen precedente en el Capítulo I, ya en las instituciones de quiebra, suspensión de pagos y antiguo concurso de acreedores encontrábamos preceptos que se dirigían a garantizar la integridad del patrimonio. Así, en la quiebra, se preveía en el art. 878.1 CCom/1885 que, declarada ésta, el quebrado quedaba inhabilitado para la administración de sus bienes. Respecto a la suspensión de pagos, en el art. 6 LSP se preceptuaba la concurrencia de los interventores judiciales para la realización de determinados actos por parte del deudor –así, por ejemplo, para toda obligación que pretendiera contraer o para la celebración de contratos-. Por último, el art. 1914 CC establecía que la declaración de concurso incapacitaba al concursado para la administración de sus bienes.

concurso produce sobre las facultades patrimoniales del concursado³⁴⁷³⁴⁸. Esta disposición legal, en coherencia con los principios inspiradores del texto concursal de 2003, contempla un régimen flexible en orden a la fijación de aquéllas. De esta suerte, la calificación que haya merecido el concurso, voluntario o necesario, determinará que, respectivamente, el deudor conserve «las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad» (art. 40.1 LC) o, por el contrario, quede suspendido en el referido ejercicio, «siendo sustituido por los administradores concursales» (art. 40.2 LC)³⁴⁹.

³⁴⁷ Existen, asimismo, otros preceptos a lo largo del articulado de la LC que, directa o indirectamente, aluden a las referidas facultades (v. gr., arts. 17.1, 43, 44, 133.2, 137.1, 145.1 y 178.1).

³⁴⁸ Dentro del Ordenamiento jurídico italiano, el art. 42 Legg. fall. establece que «la sentenza che dichiara il fallimento, priva dalla sua data il fallito dell'amministrazione e della disponibilità dei suoi beni esistenti alla data di dichiarazione di fallimento». La privación de la administración y de la disposición de los bienes prevista en el art. 42 Legg. fall. es comúnmente definida como *spossessamento*. Para MONTANARI y PEDERZINI, «l'effetto principale dello spossessamento è, in definitiva, quello della "cristallizzazione" del patrimonio sottoposto ad esecuzione concorsuale, che non può essere gravato di nuovi debiti contratti dal fallito, e che diviene insensibile ad ogni atto dispositivo e ad ogni operazione posta in essere dal fallito successivamente alla dichiarazione di fallimento, di modo che solo i creditori per titolo e causa anteriori possano soddisfarsi su di esso divenendo creditori concorrenti, ossia domandando l'ammissione al passivo secondo le regole proprie della legge fallimentare en el respeto della *par condicio*» (*L'imprenditore e il mercato...*, cit., pp. 297 a 298).

Para CERRI, «l'appoggio normativo di tale concetto è nell'art. 42 legge fallim. (...), norma questa che ha, quali corollari, i dati degli artt. 43 e 44» (*Il patrimonio di destinazione nel fallimento*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 8). Respecto a la actuación del *curatore* y el deudor en el proceso, establece el art. 43 Legg. fall. que: «nelle controversie, anche in corso, relative a rapporti di diritto patrimoniale del fallito compresi nel fallimento sta in giudizio il curatore. Il fallito può intervenire nel giudizio solo per le questioni dalle quali può dipendere un'imputazione di bancarotta a suo carico o se l'intervento è previsto dalla legge. L'apertura del fallimento determina l'interruzione del proceso». Por su parte, en lo referido a la ineficacia de los actos realizados por el deudor tras la declaración de concurso, conviene reproducir lo dispuesto en el art. 44 Legg. fall. Este precepto avierte que «tutti gli atti compiuti dal fallito e i pagamenti da lui eseguiti dopo la dichiarazione di fallimento sono inefficaci rispetto ai creditori. Sono egualmente inefficaci i pagamenti ricevuti dal fallito dopo la sentenza dichiarativa di fallimento».

³⁴⁹ Sobre lo desacertado de la denominación empleada –concurso voluntario y concurso necesario– conviene reproducir las palabras de ARAGONESES ALONSO y GUASP DELGADO: «la nueva Ley mantiene la incorrecta terminología de la Ley de 1881. En efecto según el artículo 1156 de dicha Ley, el concurso de acreedores podía ser voluntario o necesario. El concurso era voluntario cuando lo promovía el deudor cediendo todos sus bienes a sus acreedores; era necesario cuando se promovía a instancia de los acreedores o de cualquiera de éstos. De este modo la Ley se fijaba en la índole del sujeto que daba vida a la actividad concursal para diferenciar los dos tipos señalados. Tal criterio presentaba graves reservas, que fueron formuladas en su momento. En realidad el concurso voluntario no era tal puesto que a tenor del artículo 1913 del C.C. el deudor cuyo pasivo era mayor que su activo y que había dejado de

El sistema descrito admite excepciones: el juez puede, en el mismo auto que declara el concurso y de manera motivada, acordar el régimen de intervención en supuestos de concurso necesario y el de suspensión en casos de concurso voluntario (art. 40.3 LC). Aun más, en cualquier momento del procedimiento -a instancia de la administración concursal y oído el concursado- aquél podrá, cuando así lo entienda justificado, acordar el cambio de situaciones previamente establecidas (art. 40.4 LC)³⁵⁰.

El alcance del régimen legal descrito en el plano sustantivo tiene su proyección en el ámbito procesal. Así se desprende de la lectura de los arts. 51 y 54 LC –sobre los que profundizaremos en las páginas siguientes-³⁵¹.

Si bien ambos grupos normativos, por su ubicación sistemática, son disciplinados para la fase común del concurso, resultan igualmente aplicables al resto de fases en tanto no se superpongan con las normas que, respecto de aquéllas, contenga, de manera especial, la LC³⁵².

pagar sus obligaciones corrientes tenía el deber y no simplemente el derecho, de presentarse en concurso ante el Tribunal competente, luego que la situación le era conocida. En cambio, el concurso necesario, por lo mismo que era promovido por los acreedores y éstos no tienen obligación de acudir a tal procedimiento, resultaba en el fondo, mucho más voluntario que el anterior» («Nociones generales...», cit., pp. 333 y 334).

³⁵⁰ Para profundizar sobre el alcance jurisprudencial de esta previsión normativa, son interesantes las consideraciones de MORENO SERRANO, «La aplicación del art. 40 LC en la jurisprudencia (la intervención o suspensión de las facultades patrimoniales del órgano de administración de las sociedades de capital en concurso)», *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, n° 8, 2008, pp. 333 a 340. En el artículo se analizan supuestos de hecho en los que la jurisprudencia se ha apartado de las reglas de correlación disciplinadas en los apartados 1 y 2 del art. 40 LC, así como casos en los que los tribunales han hecho uso de la previsión del art. 40.4 LC modificando la situación previamente establecida en el auto de declaración de concurso.

³⁵¹ Como ya hemos señalado, dentro del Ordenamiento jurídico italiano, la proyección de la limitación sustantiva en el plano procesal se contiene en el art. 43 Legg. fall. Tal efecto es una consecuencia lógica del antedicho “spossestamento”. En este sentido, RUSSO considera que «l’art 43 L.F. stabilisce la perdita della legittimazione processuale attiva e passiva del fallito relativamente ai rapporti di diritto patrimoniale coinvolti nel fallimento. La previsione, però, sembra soprattutto indirizzata a concretizzare uno strumento che garantisca il “primo passo” verso lo spossestamento dei beni (...)» («La legittimazione processuale del fallito nelle liti tributarie», *Il fisco*, n° 34, 2013, p. 3, edición online –dottrina.ipsoa.it).

³⁵² Respecto a las previsiones del art. 40 LC conviene advertir que, superada la fase común, las facultades de administración y disposición del deudor se ven alteradas de manera notable. Así, mientras que con la aprobación del convenio se puede establecer cualquier medida prohibitiva o limitativa del ejercicio de tales facultades (art. 137.1 LC), con la apertura de la fase de liquidación se prevé, sin excepción, el régimen de suspensión de las mismas (art. 145.1 LC).

Descrito, siquiera sucintamente, el panorama legal vigente, conviene que nos detengamos ahora en la determinación de la naturaleza jurídica de las limitaciones que sufre el deudor consecuencia de la declaración de concurso.

2.3. La naturaleza jurídica de la limitación a las facultades de administración y disposición patrimonial del deudor

2.3.1. El estado de la cuestión en el régimen precedente

La naturaleza jurídica de las limitaciones que sufre el deudor en sus facultades de administración y disposición patrimonial una vez declarado el concurso no es una cuestión sencilla ni pacíficamente determinada.

La regulación prevista en la LC dista considerablemente de la confusa ordenación precedente. El *maremágnam* terminológico empleado en el régimen preexistente –inhabilitación del quebrado (art. 878.1 CCom/1885)³⁵³, incapacitación del concursado (art. 1914 CC) o intervención del suspenso (art. 6 LSP)- y las equiparaciones realizadas entonces respecto a la incapacidad, llevaron consigo enconados debates doctrinales que pivotaban sobre el estado jurídico de aquellos sujetos que eran declarados en quiebra, concurso de acreedores o suspensión de pagos.

Respecto a la inhabilitación del quebrado se postularon cuatro destacadas corrientes doctrinales. A grandes rasgos encontramos: en primer término, aquellos que se mostraban partidarios de atisbar en la referida inhabilitación una prohibición de disponer que operaba sobre el deudor como una limitación

³⁵³ En la legislación vigente el término inhabilitación tiene un significado radicalmente distinto al otorgado durante el régimen de quiebra. Mientras que en el actual sistema concursal tiene una connotación sancionatoria –se emplea exclusivamente para los supuestos en los que se declara el concurso culpable-, en el derecho derogado se trataba de una medida que regía de manera automática con la declaración de la quiebra y determinaba la imposibilidad de administrar y disponer del patrimonio por parte del quebrado. Sobre el particular, vid. MARTÍNEZ FLÓREZ, «La intervención...», cit., p. 127 y «La declaración de concurso y la capacidad de obrar del deudor», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 6, 2005, pp. 83 y 84, nota al pie 32; asimismo, LÓPEZ SÁNCHEZ, «Los efectos de la declaración de concurso (una primera aproximación a la disciplina contenida en la Ley 22/2003, de 9 de julio)», *Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, tomo II, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 2008.

objetiva afecta a los bienes comprendidos en el patrimonio concursal³⁵⁴; en segundo lugar, los que interpretaban aquélla como una limitación de la capacidad de obrar del quebrado³⁵⁵; de otro lado, los que asemejaban la inhabilitación a la incapacitación³⁵⁶; y, por último, aquellos que, como modalidad de la anterior, hacían lo propio respecto a la cuasi-incapacitación³⁵⁷.

En los regímenes de suspensión de pagos y antiguo concurso de acreedores se reprodujeron aquellas discusiones, si bien ni con la misma intensidad ni la misma variedad de posiciones discrepantes³⁵⁸.

La jurisprudencia de aquel tiempo se hizo eco de las dispares posiciones doctrinales, no ofreciendo tampoco una respuesta jurídica convincente. Algunas resoluciones equipararon incluso la inhabilitación a la incapacitación³⁵⁹.

³⁵⁴ Por esta posición se decantaron, entre otros, RAMOS CHAPARRO, *La persona y su capacidad civil*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 243; VALPUESTA FERNÁNDEZ, *Derecho Civil. Parte General*, LÓPEZ LÓPEZ y MONTES PENADÉS (coords.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992, p. 146; MARTÍNEZ FLÓREZ, *Las interdicciones...*, cit., pp. 235 y 236; y CERDÀ ALBERO y SANCHO GARGALLO, *Curso de Derecho Concursal*, Colex, Madrid, 2000, p. 105.

³⁵⁵ Por tal postura se mostraron partidarios, PRIETO-CASTRO, *Derecho concursal...*, cit., p. 39 –si bien habla de capacidad para ser parte y procesal–; OLIVENCIA RUIZ, *Publicidad registral de suspensiones y quiebras*, Montecorvo, Madrid, 1963, p. 115 –que habla de modificación de la capacidad de obrar de la persona–; y PACHECO GORDILLO, *Capacidad y legitimación: estudio práctico y doctrinal*, Gráficas Fomento, Barcelona, 1953, pp. 124 a 126.

³⁵⁶ Por la categoría de la incapacitación se decantaron, entre otros, GARRIGUES, *Curso de Derecho...*, cit., p. 402 y VICENT CHULIÀ, «El contenido de nuestras instituciones concursales y las actuales perspectivas de reforma», *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 3, 1979, p. 177.

³⁵⁷ Así, BROSETA PONS, *Manual de Derecho Mercantil*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 741; DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España*, tomo II (Derecho de la persona), Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952, pp. 363 y ss.; y VIGUERA RUBIO, *Derecho Mercantil*, JIMÉNEZ SÁNCHEZ (coord.), Ariel, Barcelona, 1990, p. 1067.

³⁵⁸ La doctrina se decantó, en su mayoría, por la limitación de la capacidad de obrar del deudor. Así, respecto del concursado, entre otros, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial, II, Las relaciones obligatorias*, Civitas, Madrid, 1996, p. 748; PACHECO GORDILLO, *Capacidad...*, cit., pp. 124 a 126; y CORTÉS DOMÍNGUEZ, GIMENO SENDRA y MORENO CATENA, *Derecho Procesal Civil. Parte especial*, 2ª ed., Colex, Madrid, 2000, p. 224. Y, respecto del suspenso, FERRER MARTÍN, «La intervención...», cit., p. 85; SAGRERA TIZÓN, *Comentarios...*, cit., pp. 421 y 425; GALLEGO SÁNCHEZ, *La intervención...*, cit., pp. 377 y 378; y MARTORELL ZULUETA, «Algunas notas sobre la capacidad del suspenso para intervenir como parte en el proceso declarativo», *Cuadernos de Derecho judicial*, vol. 2, 1992, p. 82.

³⁵⁹ Respecto del quebrado, encontramos la STS de 17 de marzo de 1910 (núm. 78) [*Jurisprudencia Civil*, Tomo 117 (1º de 1910), Enero a Abril, Colección Completa de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en los recursos de nulidad, casación civil e injusticia notarial y en materia de competencias desde la organización de aquéllos en 1838 hasta el día; resoluciones hipotecarias dictadas por la Dirección General de los Registros y fallos del Supremo Tribunal de la Rota, cuya publicación se autorice, Revista General de

La preocupación expuesta tuvo su consecuente reflejo en los textos prelegislativos que antecedieron a la LC. De nuevo se barajaron fórmulas y soluciones de lo más dispares³⁶⁰.

Legislación y Jurisprudencia, Impr. De La Revista De Legislación, Madrid, 1912, pp. 471 a 476]; respecto del concursado, la STS de 13 de mayo de 1927 (núm. 41) [*III Jurisprudencia Civil*, Tomo 175 (3º de 1927), Mayo y Junio, Colección Completa de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo (en los recursos de nulidad, casación civil e injusticia notarial y en materia de competencias desde la organización de aquéllos en 1838 hasta el día; resoluciones hipotecarias dictadas por la Dirección General de los Registros y fallos del Supremo Tribunal de la Rota, cuya publicación se autorice) y por la Dirección General de los Registros y del Notariado, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Instituto Editorial Reus, S.A., Madrid, 1929, pp. 186 a 194].

³⁶⁰ El Anteproyecto de Ley Concursal de 1959, en su art. 11.2, otorgaba al concursado capacidad para realizar actos meramente conservativos o de consumo ordinario de la familia, privándolo de la disposición y administración de los bienes integrantes de la masa concursal y, por tanto, vedándole la posibilidad de asumir, modificar y extinguir obligaciones. El siguiente texto prelegislativo, el Proyecto de Ley Concursal elaborado por la Comisión de Cultura del Colegio de Abogados de Barcelona de 1981, vino a reconocer un régimen dual, similar al que hoy tenemos, distinguiendo una distinta capacidad en función de si la declaración de concurso implicaba la apertura de un convenio preventivo o de un procedimiento de liquidación. En el primero de los casos, el deudor conservaba la administración de sus bienes bajo la supervisión del síndico, si bien con la posibilidad de que el juez del concurso pudiera adaptar tales medidas, llegando incluso hasta la inhabilitación del concursado (art. 73); en el segundo de los supuestos, con la apertura del procedimiento de liquidación, las facultades de administración y disposición del deudor pasaban a ser ejercidas por el síndico (art. 74). Por su parte, el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983 preveía, desde la declaración de concurso, la intervención de todos los actos con trascendencia patrimonial que pudiera realizar el deudor bajo el celo del síndico (art. 140), así como su inhabilitación patrimonial en caso de apertura de la liquidación con la consecuente sustitución por aquél (art. 143). Se habilitaba, de otra parte, incluso abierta la liquidación, la posibilidad de que el deudor ejercitase profesión o actividad lucrativa previo informe e intervención del síndico y autorización del juez. Por su parte, el Anteproyecto de 1995 –cuyo esquema se reproduce, en esencia, aunque con alguna variación terminológica, en la LC–, dedicaba el art. 46 a disciplinar un doble régimen que conllevaba la suspensión o la limitación de la capacidad de obrar del deudor. Mientras que en el caso de concurso necesario se preveía la suspensión de la capacidad de obrar del deudor, en los casos de concurso voluntario el juez podía limitar o suspender la capacidad de obrar del concursado atendiendo a las posibilidades de éste para satisfacer sus obligaciones (art. 46.2 LC). El régimen decretado podía ser modificado de oficio por el juez (art. 46.3) –reconocimiento éste no contemplado en la actual LC, donde se exige la petición por parte de la administración concursal- o a petición de los interventores (art. 46.4). En aquel texto se preveía también la posibilidad de nombrar un interventor en la suspensión de pagos cuando así lo solicitaran el acreedor o los acreedores que representaran el 5 por ciento del pasivo, a fin de controlar la gestión del deudor (art. 281). Finalmente, el Anteproyecto de Ley Concursal de 2000 regulaba en el art. 39 las facultades patrimoniales del deudor en términos casi idénticos a los contenidos en el art. 40 del Proyecto de Ley presentado por el Gobierno el 23 de julio de 2002; proyecto éste que, con puntuales enmiendas durante la tramitación parlamentaria, se mantuvo prácticamente en su total integridad. Entre otras enmiendas al precepto conviene destacar las propuestas por el Grupo parlamentario de Convergencia y Unión (enmiendas nº 463-464 en el Congreso y nº 258-259 en el Senado) en las que se solicitaba que el régimen a decretar por el juez no atendiera exclusivamente al carácter voluntario o necesario del concurso, sino también al fin al que iban destinados (debate en el pleno celebrado el 3 de abril de 2003 –diario de sesiones del Congreso de los Diputados, VII Legislatura, 2003, nº 242, p. 12388). También interesante el cambio terminológico propuesto en las enmiendas del Grupo parlamentario

2.3.2. El status jurídico del deudor en la Ley Concursal

La vieja discusión doctrinal expuesta, lejos de quedar resuelta, sigue latente en la actualidad³⁶¹. Se ha dado, sin embargo, un paso más en el esclarecimiento de la naturaleza jurídica de las limitaciones patrimoniales que padece el concursado: desaparece la incapacitación –y, por extensión, la cuasi-incapacitación- como opción viable³⁶²³⁶³.

Socialista nº 268 en el Congreso (BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, 2 de diciembre de 2002, Serie A, núm. 101-15, p. 195) y nº 74 y nº 137 del Grupo parlamentario Entesa Catalana de Progrés en el Senado (BOCG, Senado, VII Legislatura, Serie II: Proyectos de Ley, 9 de mayo de 2003, pp. 120 y 150, respectivamente), en la que se reclamaba la sustitución de la expresión patrimonio del deudor por el de masa activa del concurso.

³⁶¹ Sobre dicha discusión dentro del Ordenamiento jurídico italiano, podemos traer aquí las palabras de COMERCI y CHINAGLIA, cuando afirman que: «in dottrina, si era in una prima fase affermata la tesi secondo cui, con la dichiarazione di fall., il debitore risulterebbe privato della legittimazione ad agire, e non della capacità di agire (...); non potrebbe parlarsi né di carenza di legittimazione né di mancanza di capacità processuale, bensì occorrerebbe riferirsi a un'inefficacia relativa degli atti processuali compiuti dal fallito; analoga all'inefficacia degli atti sostanziali (...). In giurisprudenza si era parlato sia di difetto di legittimazione sia di incapacità processuale (...). Si era però osservato che si trattava di incertezze terminologiche (...). Successivamente, era venuto però affermandosi l'indirizzo secondo cui la dichiarazione di fallimento inciderebbe sulla capacità processuale del fallito, ponendolo, peraltro, in uno stato di incapacità non assoluta, bensì relativa, che gli consentirebbe di agire ancora sul piano sostanziale e processuale senza autorizzazione o sostituzione del curatore, laddove si tratti di fare valere diritti strettamente personali, o anche diritti patrimoniali dei quali gli organi del fallimento si disinteressino» («Commentario all'articolo 43», *Commentario breve alla legge fallimentare*, MAFFEI ALBERTI (dir.), 6ª ed., CEDAM, Padova, 2013, p. 43).

³⁶² Si bien todavía parte de la doctrina se pronuncia en este sentido. Así, vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, para quien se trata de un supuesto de incapacitación («Comentario al artículo 40», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), tomo I, Tecnos, Madrid, 2004, p. 359). No obstante, en el mismo texto (p. 358) habla de limitación de la capacidad de obrar del deudor. De manera un tanto confusa, COLINA GAREA señala que «en resumen, la restricción de la capacidad inherente a la suspensión o desapoderamiento del concursado, lejos de equipararse a una verdadera incapacitación judicial, se mostraría como una especie de estado personal, de cuasi-incapacitación orientada a la protección de los acreedores, la cual comporta una interdicción o prohibición legal de disponer o administrar, cuya ratio se encuentra en la conveniencia de evitar que el deudor realice actos de naturaleza patrimonial en perjuicio de aquellos» («Las restricciones a las facultades patrimoniales del deudor declarado en concurso (en torno a la aplicación del art. 40 de la Ley Concursal)», *Aranzadi civil: revista doctrinal*, nº 1, 2007, p. 8, edición online –westlaw-), si bien con carácter previo reconocía que se trata de una limitación o restricción de la capacidad de obrar del concursado (pp. 2 y 6 –versión westlaw-). Asimismo, vid. PÉREZ DEL BLANCO para quien: «lo que realmente existe con la declaración del concurso son efectos sobre la capacidad del concursado, en la medida en que aquélla implica cierta incapacitación de aquel, en tanto en cuanto se le desposee o somete a control la capacidad general de obrar en relación con su patrimonio, lo que desde otro punto de vista implicará el efecto contrario en relación con la capacidad procesal de la administración concursal» (*Efectos procesales...*, cit., p. 90).

³⁶³ En tal sentido, vid. ALBERTO: «il fallimento non comporta incapacità del fallito, ma unicamente spossessamento e inopponibilità alla procedura degli atti dallo stesso compiuti», «Fallimento (diritto privato e processuale)», *Enciclopedia del Diritto*, Annali III, 2010, p. 363. Para PACCHI, «la perdita, da parte del fallito, della disponibilità del patrimonio soggetto alla procedura

La incapacitación como categoría de producción judicial decretada por medio de sentencia (art. 199 CC)³⁶⁴ atiende, en el régimen articulado tras la LEC, a un *numerus clausus* de motivos disciplinados en el art. 200 CC. De esta suerte, en la actualidad³⁶⁵, aquel estado exige para su declaración la concurrencia de alguna de las causas de incapacitación previstas en el CC. Al no estar previsto el concurso de acreedores entre aquellas causas no podemos hablar, en rigor, de incapacitación.

Descartada así la incapacitación como solución descriptiva de la situación jurídica en la que se haya el deudor concursado, el debate se reconduce a dos opciones: de una parte, entender la limitación a las facultades patrimoniales del deudor como una prohibición de administrar y disponer sobre su patrimonio concursal³⁶⁶; de otra, considerar que tal restricción obedece a una limitación a la capacidad de obrar de aquél³⁶⁷.

concorsuale comporta anche la perdita della possibilità di influire sulla sorte dei beni oggetto di spossessamento in sede processuale. La perdita della capacità processuale attiva e passiva del fallito è, quindi, conseguenza diretta dello spossessamento, mentre non può in alcun modo ricollegarsi ad una ridotta capacità di agire del fallito» («Gli effetti del fallimento per il fallito. Parte II», cit., pp. 165 a 166).

³⁶⁴ Sobre el particular, vid., entre otros, CABRERA MERCADO, *El proceso de incapacitación*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, p. 48; y RAMOS MÉNDEZ, *Derecho Procesal Civil*, volumen II, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1985, p. 797.

³⁶⁵ Con anterioridad a la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela, la incapacitación podía apoyarse, de un lado, en supuestos de falta de discernimiento de la persona y, de otro, en aquellos casos en los que así lo previera la Ley. Tras ella, la incapacitación se basa, exclusivamente, en supuestos de incapacidad natural de la persona.

³⁶⁶ En tal sentido, vid. COLÁS ESCANDÓN, «Comentario al artículo 172», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), tomo II, Tecnos, Madrid, 2004, p. 1.803; PAU PEDRÓN, *Las limitaciones patrimoniales del concursado*, Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2004, pp. 11 a 21. Por todos, MARTÍNEZ FLÓREZ, «La intervención...», cit., pp. 148 y ss., en concreto, p. 150 y «Comentario al artículo 40», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, pp. 782 y ss.; y «La declaración...», cit., pp. 65 y ss.; BLANQUER UBEROS, «Efectos del concurso sobre los derechos de la persona del deudor, familia y sucesiones», *Cuadernos de derecho y comercio*, nº 43, 2005, pp. 61 y ss.; y ROCA I TRÍAS, «El concurso del deudor persona física», *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 103, nº 4, 2004, p. 117.

³⁶⁷ GUILARTE MARTÍN-CALERO, *La capacidad...*, cit., pp. 20 y ss.; CORDÓN MORENO, «Comentario al artículo 40», *Comentarios a la Ley Concursal*, CORDÓN MORENO (dir.), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004, p. 344; RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, «Efectos de la declaración de concurso», *Derecho Mercantil*, JIMÉNEZ SÁNCHEZ (coord.), 10ª ed., Ariel, Barcelona, 2004, p. 813; SEQUEIRA MARTÍN, «La publicidad en el proceso concursal», *Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, tomo I, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 1219 y ss.; LÓPEZ SÁNCHEZ, «Los efectos...», cit., p. 2022; VARA DE PAZ, «Comentario al artículo 137», *Comentarios a la Legislación concursal*, PULGAR EZQUERRA, ALONSO UREBA, ALONSO LEDESMA y ALCOVER GARAU (dirs.), tomo II, Dykinson, Madrid, 2004, p. 1264.

Nuestra posición es clara: con la declaración de concurso recae sobre el deudor concursado una prohibición de administrar y disponer del patrimonio concursal. A favor de esta posición cabe aducir varios argumentos³⁶⁸:

En primer término, las medidas limitativas de las facultades de administración y disposición del deudor, en tanto que dirigidas a la conservación del patrimonio del deudor -con el fin de satisfacer a sus acreedores-, no son de carácter personal sino real. En efecto, las mentadas restricciones operan sobre el deudor por cuanto es titular de los bienes y derechos que conforman el patrimonio con el que satisfacer a los acreedores.

Es cierto que, definida la capacidad de obrar como la aptitud para realizar con eficacia actos jurídicos, podríamos pensar que toda persona que no puede realizar actos con plena eficacia jurídica no tiene capacidad de obrar³⁶⁹. Sin embargo, mantener que la imposibilidad de llevar a cabo actos jurídicos con eficacia se traduce, en todo caso, en una incapacidad de obrar es obviar la existencia de otras categorías que abocan a ese mismo resultado. Sobre este extremo conviene, para desprendernos de endeble posiciones, cercar el ámbito de aplicación de la limitación: el problema no radica en la aptitud del deudor para ser titular de relaciones jurídicas sino en su imposibilidad para operar en el tráfico jurídico con plena eficacia respecto de aquellos bienes que conforman el patrimonio concursal.

En segundo lugar, definida la limitación de la capacidad de obrar como una cualidad personal e intrínseca del sujeto³⁷⁰, abstracta y general³⁷¹, conviene dar un paso más. Si, como hemos visto, las restricciones impuestas al concursado

En Italia, se han decantado por la incapacidad del deudor concursado, entre otros, ANDRIOLI, «Fallimento (diritto privato e processuale)», *Enciclopedia del Diritto*, XVI, Milano, 1967, p. 78 y 79, edición online (www.iusexplorer.it); BRACCI, *La posizione...*, cit., pp. 11 y ss.; y PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, 5ª ed., Giuffrè, Milano, 1998, pp. 210 y ss.

³⁶⁸ Esta posición ha sido sostenida, de manera destacada, por MARTÍNEZ FLÓREZ, «La intervención...», pp. 147 y ss.; y, especialmente, en «La declaración...», pp. 114 y ss.

³⁶⁹ Cfr. MARTÍNEZ FLÓREZ, «La declaración...», cit., pp. 108 y ss.

³⁷⁰ Superada la tesis que abogaba por entender la declaración de concurso como una sanción al deudor no quedan argumentos para sostener el carácter personal de la medida. Sobre la finalidad represiva de la quiebra, vid. DUQUE DOMÍNGUEZ, «Reflexiones fundamentales sobre el régimen de la crisis económica de la empresa y sobre su reforma», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 33, nº 1, 1980, p. 74.

³⁷¹ Vid., *in extenso*, MARTÍNEZ FLÓREZ, «La intervención...», pp. 148 y ss.

no responden a su consideración como sujeto sino a su posición en cuanto titular de un patrimonio concreto –el concursal- cabe negar dos notas ligadas, por definición, a la limitación de la capacidad de obrar: su carácter abstracto y su carácter general. En efecto, declarado el concurso, no sobreviene en el deudor la imposibilidad general de administrar y disponer de su patrimonio sino que tal impedimento recae, en exclusiva, sobre el patrimonio destinado legalmente a satisfacer a los acreedores, esto es, el patrimonio concursal. De esta suerte, el deudor sigue ostentando aquellas facultades de administración y disposición en lo que respecta a su patrimonio personal.

Encontramos un tercer elemento que enfatiza el carácter real de la limitación patrimonial del deudor: satisfecho el fin al que se destina el concurso, el deudor recupera las facultades de administración y disposición sobre el remanente existente³⁷². De este carácter se colige, una vez más, que el propósito de la limitación atiende a razones vinculadas con el patrimonio concursal, garantía de los acreedores, y con el deudor en tanto que titular de aquél.

Lo expuesto hasta el momento evidencia dos aspectos que conviene recuperar: de un lado, la falta de aptitud queda circunscrita y delimitada a los estrictos contornos del patrimonio afecto al fin que se persigue en el concurso; de otro, la limitación opera estrictamente por el tiempo de duración del concurso³⁷³. A nuestro juicio, ambas notas son bastantes para determinar la naturaleza jurídica de las referidas limitaciones patrimoniales, si bien conviene seguir avanzando para descartar supuestos fronterizos que pueden ser asimilados al del concursado.

³⁷² Las limitaciones patrimoniales del deudor tienen, pues, una eficacia temporal: desde el auto que declara el concurso hasta la conclusión del mismo –salvo que se hubiere aprobado un convenio y en atención a los términos del mismo–.

³⁷³ Para NIGRO y VATTERMOLI, «la limitazione delle facoltà patrimoniali del debitore si presenta *doppiamente relativa*: per un verso, si estendi ai soli beni e rapporti rientranti nella massa attiva fallimentare e, per altro verso, dura finché la procedura non è chiusa. Il fallito, quindi, anche durante lo svolgimento della procedura può esercitare tutti i diritti e le azioni a carattere personale (...), nonché i diritti e le azioni, a carattere patrimoniale, che però riguardino beni e rapporti sottratti allo spossessamento. Il che porta ad escludere che le limitazioni *ex art. 42* possano essere riguardate come il frutto di una condizione di vera e propria *incapacità* del fallito (quest'ultimo, cioè, non può essere considerato né un *incapace* né un *limitatamente capace*» (*Diritto della crisi delle imprese...*, cit. , p. 127).

Aquel sector de la doctrina que se muestra favorable a la conceptualización de las restricciones patrimoniales que sufre el deudor como limitaciones a su capacidad de obrar equipara la situación del concursado con la del declarado pródigo³⁷⁴. Es innegable la existencia de una nota común a ambas instituciones: se articulan como medidas de protección de terceros. Sin embargo, la prodigalidad, a diferencia de lo que ocurre con la situación de concurso, sí es calificada de manera unánime por la doctrina como un supuesto de limitación de la capacidad de obrar³⁷⁵. Si bien se mira, el fundamento que reside en la prodigalidad es radicalmente distinto del que preside las limitaciones patrimoniales del concursado. En este sentido, volviendo al carácter real/personal de aquellas limitaciones, encontramos una diferencia de sustancial alcance: «la prodigalidad se basa en una conducta, es un modo de ser del sujeto, o, para decirlo brevemente es, a la postre, una cualidad personal aunque sólo se tome en consideración cuando existen familiares que puedan verse afectados por la conducta de tal sujeto. Frente a ello, el concurso y la intervención o la suspensión y las limitaciones al ejercicio de acciones personales a él inherentes se fundan en la situación de un patrimonio, que es insuficiente para satisfacer a los acreedores, lo que exige adoptar las medidas necesarias para preservarlo a tal fin»³⁷⁶.

³⁷⁴ Así, de manera destacada, GUILARTE MARTÍN-CALERO, *La capacidad...*, cit., p. 22.

³⁷⁵ Sobre tal particular, vid., entre otros, MARTÍNEZ FLÓREZ, «La declaración...», cit., p. 103, nota al pie 72; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La incapacitación de personas afectadas por enfermedades mentales crónicas de carácter cíclico», *Poder Judicial*, nº 3, 1986, p. 112; OSSORIO SERRANO, *La prodigalidad*, Montecorvo, Madrid, 1987, pp. 109 y ss.; RODRÍGUEZ-YNNESTO VALCÁRCEL, *La prodigalidad en el nuevo sistema civil de la capacidad de obrar de la persona*, Aranzadi, Navarra, 1990, p. 329; y GUILARTE MARTÍN-CALERO, «Naturaleza jurídica de la prodigalidad. Prohibiciones que afectan al curador; actos celebrados por el pródigo sin la debida asistencia de aquél: su sanción: comentario a la S.T.S. (Sala 1ª) de 23 de diciembre de 1997», *Revista de Derecho privado*, año nº 83, mes 9, 1999, pp. 638 y ss.

Su ubicación sistemática en la norma procesal dentro del Capítulo II del Título I del Libro IV –que lleva por rúbrica «De los procesos sobre la capacidad de las personas»– también parece decantarse por la descrita posición unánime.

³⁷⁶ Cfr. MARTÍNEZ FLÓREZ, «La declaración...», cit., p. 104. Este argumento, a nuestro juicio acertado, ha sido expresamente criticado por GUILARTE MARTÍN-CALERO para quien «el planteamiento del que se parte es (...) erróneo: no debe buscarse la identidad en la causa (incapacitación, menor edad, emancipación, declaración de prodigalidad, declaración de concurso) sino en la consecuencia: se afecta la capacidad de obrar del sujeto a fin de garantizar la protección del interés considerado digno de tal protección, la persona misma que sufre la limitación (incapacitación, menor edad o emancipación) o los terceros, alimentistas y acreedores, en la declaración de prodigalidad y en el concurso; se arbitra el mismo mecanismo

Con apoyo en la anterior aseveración se rompe, la querida por algunos, equiparación entre concursado y pródigo. En esta dirección, podríamos plantearnos qué ocurre en los supuestos en los que el declarado pródigo fallece. La respuesta es clara: desaparecen las medidas que fueron acordadas. Esta extinción de las limitaciones impuestas al pródigo responde al fundamento antes descrito: las referidas medidas obedecen a una cualidad personal e intrínseca del sujeto. Esta nota, propia de los supuestos de incapacitación –en los que fallecido el individuo desaparecen los efectos-, aleja de manera irreconciliable la institución de la prodigalidad de la del concurso de acreedores. Como bien es sabido, la muerte o declaración de fallecimiento del deudor concursado no es causa de conclusión del concurso, sino que éste «continuará su tramitación como concurso de la herencia, correspondiendo a la administración concursal el ejercicio de las facultades patrimoniales de administración y disposición del caudal relicto» (art. 182.1 LC). Ello es buena muestra del carácter real de las limitaciones impuestas a las facultades patrimoniales del deudor. Se trata, por tanto, de una limitación objetiva –y no subjetiva- constituida a favor del interés concursal.

Antes de concluir este epígrafe nos gustaría destacar dos aspectos. En primer lugar, a nuestro juicio, mantener que las restricciones patrimoniales que sufre el concursado son limitaciones a su capacidad de obrar avoca a la ininteligibilidad de determinadas previsiones contenidas en la LC. Sirva como botón de muestra la posibilidad de defensa separada que se reconoce al deudor *ex art. 51.2 y art. 54.3 LC*³⁷⁷.

En segundo termino, quedaría sin resolver un problema: el de la situación del concursado persona jurídica. Siendo la capacidad -y su reverso la

en unos casos y en otros, si bien las motivaciones, el régimen y la duración pueden ser diversas» (*La capacidad...*, cit., p. 22).

³⁷⁷ Sin perjuicio del análisis que realicemos en páginas sucesivas, conviene poner de relieve que tal previsión es del todo incompatible con la asunción de la postura de la limitación de la capacidad de obrar. Pues si el deudor está limitado en su capacidad de obrar y, por ende, en su capacidad procesal (por todos es conocido que en la doctrina procesal se parte de conceptos empleados en la doctrina material que, posteriormente, si bien con ciertas diferencias, se trasladan al plano procesal): ¿cómo puede el deudor mantener por si solo, en el foro, una postura separada? De la misma opinión, CORDÓN MORENO, *Proceso concursal*, cit., p. 125.

incapacidad- una cuestión atinente a la persona natural, nos encontraríamos con la peliaguda controversia de pretender acomodar aquella institución –la capacidad- a los moldes de la persona jurídica. Su adaptación no es labor sencilla. Aún más, aplicar la institución de la capacidad de obrar a la persona jurídica desnaturalizaría aquélla, dejando de ser lo que es. Detengámonos aunque sea brevemente en la cuestión. Es cierto que, en ocasiones, se habla de la capacidad de la persona jurídica pero cuando se hace, en realidad, va referida al ámbito sobre el que recae su actuación –bien de la propia persona jurídica bien, siendo más rigurosos, de los órganos que integran la misma-. Dicho de otro modo, no se trata de una cualidad intrínseca del ente persona jurídica sino de una cuestión relativa a su ámbito de actuación. Bien es verdad que la limitación de la capacidad de obrar de una persona física afecta a su ámbito de actuación: los actos que realice devienen ineficaces. Sin embargo, en estos supuestos, el reflejo en su ámbito de actuación es una consecuencia de la limitación de la capacidad, no su origen. No ocurre lo mismo, en cambio, con la persona jurídica. Cuando se aduce la limitación de su capacidad –a través del objeto social- a lo que se refiere es precisamente a su ámbito de actuación³⁷⁸.

Lo expuesto en el párrafo precedente nos lleva a una conclusión. Si cuando se pronuncia la limitación de la capacidad de la persona jurídica, en realidad, su interés recae en su ámbito de actuación y no en la persona jurídica *stricto sensu* –aun cuando sea por imposibilidad material-: ¿lo correcto jurídicamente no es entender que aquella limitación es, en realidad, una prohibición de administrar y disponer que, por definición, ubica su epicentro en el ámbito de actuación? A nuestro juicio, la cuestión no deja resquicio alguno a la duda: si la capacidad –y la incapacidad- centran su atención en la persona, siendo su ámbito de actuación una consecuencia de tal capacidad, parece claro que la prohibición de administrar o disponer que pretende en exclusiva focalizar sus efectos sobre el ámbito de actuación, tiene perfecto encaje en la referida institución –tanto para la persona jurídica como la persona física-.

³⁷⁸ Sobre la cuestión, vid. MARTÍNEZ FLÓREZ, «La declaración...», cit., p. 125, especialmente, notas al pie 116 y 117.

Y en esta dirección un argumento más: quedando demostrado que la naturaleza jurídica de las limitaciones a las facultades patrimoniales encuentran sólido apoyo en la figura de la prohibición de administración y disposición patrimonial, ¿por qué ese empeño en catalogar las mismas del deudor como limitaciones a la capacidad cuando éstas son más restrictivas que aquéllas para el deudor?

2.3.3. La repercusión de la naturaleza jurídica de las facultades de administración y disposición patrimonial del deudor en la administración concursal

Como advertíamos al principio del Capítulo, la determinación de la naturaleza jurídica de las limitaciones a las facultades patrimoniales del deudor es esencial por cuanto nos permite avanzar en nuestra tarea: conocer la posición jurídico procesal que detenta la administración concursal.

Es claro, también lo decíamos, que las ya tantas veces referidas limitaciones que sufre el deudor concursado en sus facultades de administración y disposición patrimonial tienen un correlativo reflejo en la atribución de aquéllas a la administración concursal. Sin embargo, esta es una afirmación genérica válida tanto para la concepción de tales restricciones como prohibiciones de administrar y disponer como para la idea de que se tratan de limitaciones a la capacidad de obrar. La pregunta que surge entonces es: ¿se deriva alguna consecuencia jurídica al tomar partido por una u otra postura? Y, en el caso de que así sea, ¿cómo repercute en la actuación de la administración concursal?

Antes de responder a dicha cuestión debemos advertir que las consideraciones que planteemos en esta sede van dirigidas a delimitar la posición de la administración concursal en el foro. No pretendemos, pues, construir una suerte de teoría general sobre su naturaleza jurídica omnicompreensiva de su actuación en el plano sustantivo y procesal³⁷⁹.

³⁷⁹ Sobre el particular, *in extenso*, TIRADO MARTÍ, *Los administradores...*, cit., pp. 16 y ss.

En efecto, mantener una u otra posición en torno a la referida naturaleza jurídica tiene un importante alcance en la posición jurídico procesal que va a ostentar la administración concursal.

Si entendemos que hay una limitación de la capacidad, el modo de suplirla o, si se prefiere, integrarla es siempre la representación³⁸⁰. Ello tendría, sin querer anticipar elementos que serán objeto de análisis, una consecuencia inmediata: la administración concursal sería representante del deudor³⁸¹. Y mantener esta posición es incompatible con una idea ya planteada, ¿cómo puede la administración concursal ser representante del deudor y a la vez serle reconocida a este último la posibilidad de mantener una defensa separada ex arts. 51.3 y 54.2 LC? ¿Podría estar, entonces, el deudor personado doblemente? En el plano procesal, lo formulado es inviable.

Si, por el contrario, mantenemos que nos encontramos ante una prohibición de administrar y disponer, la capacidad del deudor concursado se mantiene intacta. De este modo, el deudor opera en el tráfico jurídico -y en sede

³⁸⁰ En este sentido, suscribimos la crítica que hace MONTERO AROCA (*De la legitimación en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 2006, p. 327, nota al pie 459) a una de las más firmes defensoras de concebir las restricciones a las facultades patrimoniales que sufre el deudor como limitaciones de la capacidad de obrar, GUILARTE MARTÍN-CALERO (*La capacidad...*, cit.). Esta autora, después de sostener la mentada posición y reconocer en algún pasaje de su trabajo la necesidad de representación en estos casos (así, advierte: «el concursado no se encuentra en el pleno ejercicio de sus derechos civiles por tener limitada su esfera patrimonial durante el procedimiento de concurso, en este habrá de comparecer mediante la representación o asistencia exigida por la Ley», p. 60), se dedica en lo que titula «los modos de suplir las limitaciones de la capacidad del deudor en la Ley Concursal» a analizar la legitimación de la administración concursal (pp. 60 y ss.). A nuestro juicio, no se puede confundir legitimación y representación pues son instituciones distintas, con dispar alcance y significado. Respecto a aquel sector de la doctrina que sostiene la posición de la limitación de la capacidad de obrar del concursado, la única tesis defendible en Derecho pasaría por entender que la administración concursal es representante del deudor por tener éste limitada su capacidad. Pero legitimado, en tal caso, estaría el deudor no la administración concursal. Sobre esta cuestión profundizaremos más adelante.

³⁸¹ Posición ésta -la de la administración concursal como representante del deudor- que aunque sostenida en el pasado (vid. p. 76, nota al pie 132) tiene, en la actualidad, escaso apoyo doctrinal. Entre otros, MARTÍNEZ FLÓREZ, «La intervención...», cit., p. 153. Sorprende que después de una magnífica construcción, la autora yerre, a nuestro juicio, en la conclusión. Así, señala, respecto al régimen de suspensión, que «la administración concursal desempeña un cargo o cumple una función que le viene atribuida por la Ley, al igual que en los demás supuestos de representación legal, pero cuando en el ejercicio de tal función administra o dispone del patrimonio concursal, actúa como representante legal del concursado». Se obvia en esta afirmación que la administración o disposición del patrimonio concursal también tiene implicaciones en el proceso. Y en sede procesal, tal aseveración es, como a continuación expondremos, errónea.

procesal-, en tanto no contravenga las referidas prohibiciones afectas al patrimonio concursal. Pero, ¿qué posición ostentaría, entonces, la administración concursal?

Para responder a esta pregunta procede introducir un nuevo elemento. Declarado el concurso, el originario patrimonio del deudor, en el caso de personas físicas, se escinde en dos: el patrimonio personal y el patrimonio concursal. Sobre el primero, el deudor sigue manteniendo sus poderes de administración y disposición. Sobre el segundo, opera, desde entonces, el régimen de suspensión o intervención decretado. En el caso del concurso de personas jurídicas, el patrimonio íntegro de ésta deviene patrimonio concursal.

La ficción creada con la división del patrimonio del deudor desemboca en un importante efecto: la originaria legitimación del deudor se desplaza al patrimonio concursal, garantía de los acreedores. Tal patrimonio, ente sin personalidad jurídica, precisa de un representante necesario: la administración concursal. Ésta actúa, ahora sí, como verdadero representante pero de la masa concursal, no del deudor.

Lo relatado permite superar las trabas expuestas y explicar, sin fisuras, la posibilidad reconocida *ex lege* de que el deudor pueda mantener una posición separada en juicio. Deudor y administración concursal ocuparían, pues, posiciones distintas.

Esta tesis que formulamos tiene sus reparos en el plano sustantivo, pues el titular jurídico material sigue siendo el deudor. De hecho, con la declaración de concurso, éste no pierde la titularidad sobre el patrimonio concursal. Se infiere, así, que el deudor sigue siendo “parte” en aquellos negocios jurídicos que hubiera celebrado.

Es, sin embargo, en el plano procesal donde adquiere plena virtualidad esta construcción. Como ya señalábamos, en el proceso, como consecuencia de la declaración de concurso, se conforma un patrimonio independiente al que la

LEC reconoce capacidad para ser parte (art. 6.1.4^o)³⁸². Este reconocimiento del patrimonio concursal, como antesala o presupuesto para ser parte, exige una importante diferenciación: de un lado, se constituye en el objeto del concurso, pues sobre el mismo recaen las pretensiones para la consecución del fin que se persigue; de otro, en el proceso, se erige en el titular de la relación jurídico procesal que se sustancie frente a aquellos bienes y derechos que conformen su haber. La situación descrita tiene, como tendremos ocasión de constatar, importantes consecuencias en el proceso.

3. LA MASA CONCURSAL. SU PERSONIFICACIÓN EN EL CONCURSO

3.1. Aproximación a la naturaleza jurídica del patrimonio concursal

Descrita la relevancia que tiene la clarificación de la naturaleza jurídica de las limitaciones a las facultades patrimoniales que sufre el deudor y su repercusión en la actuación que puede llevar a cabo la administración concursal, conviene que nos detengamos ahora, para seguir avanzando en nuestra investigación, en un aspecto de notable relevancia, desde histórico, en el panorama concursal, a saber: la formación de la masa concursal y su significación como eje central sobre el que pivota el concurso de acreedores.

Desde antiguo, el esclarecimiento de la naturaleza jurídica de la masa concursal ha constituido un importante problema para la doctrina tradicional. La necesidad de proporcionar una formulación sólida que permitiera explicar el origen y las dificultades inherentes a la idea de un patrimonio separado concursal llevó consigo la elaboración de construcciones jurídicas de lo más dispares³⁸³. La referida dificultad reside en que la formulación que se considere válida debe tener en cuenta dos cuestiones íntimamente imbricadas con ella: de un lado, la compleja cuestión de la limitación de las facultades patrimoniales

³⁸² El art. 6.1.4^o LEC señala: «podrán ser parte en los procesos ante los tribunales civiles: (...) 4.º Las masas patrimoniales o los patrimonios separados que carezcan transitoriamente de titular o cuyo titular haya sido privado de sus facultades de disposición y administración».

³⁸³ Nos parece interesante traer aquí las palabras de NIGRO y VATTERMOLI en tal sentido: «quanto alla *natura giuridica* dello spossessamento, in dottrina si è parlato, di volta in volta, di *pignoramento generale*, di costituzione di un *patrimonio separato*, di *sequestro* anch'esso generale. Per chi scrive, comunque, la soluzione più convincente è quella che considera lo spossessamento come un fenomeno *sui generis*, non sussumibile dunque in alcuna categoria già nota» (*Diritto della crisi delle imprese...*, cit., p. 128).

del concursado³⁸⁴; de otro, el vínculo que une a aquel patrimonio con sus administradores legales.

Antes de seguir avanzando, conviene advertir que muchos de los impedimentos que en la legislación derogada dificultaban la elaboración de una construcción convincente acerca del patrimonio concursal quedan, en la actualidad y con la evolución de las legislaciones, denostados.

Bajo la nueva regulación encontramos una relación más fluida entre los tres elementos descritos: masa concursal, limitaciones patrimoniales del concursado y vinculación de aquel patrimonio con sus administradores legales.

Vayamos por partes. En primer lugar, analizaremos la espinosa cuestión del patrimonio concursal para dar paso, en segundo término, a la relación que vincula a la administración concursal con el referido patrimonio. A nuestro juicio, solo sentadas debidamente las bases de qué ocurre con el patrimonio del deudor una vez declarado el concurso podremos alcanzar una respuesta acertada respecto a lo que constituye nuestro objeto de investigación.

³⁸⁴ Una exposición sobre las teorías confeccionadas en torno a la naturaleza jurídica de la masa de la quiebra y las restricciones patrimoniales que recaían sobre el deudor, puede leerse en BONELLI, *Del fallimento*, tomo I, Vallardi, Milano, 1923, pp. 424 y ss. En el régimen anterior a la LC, y con referencias a construcciones procedentes del derecho extranjero, encontramos dos grandes bloques de teorías: las objetivas y las subjetivas. Las teorías objetivas se postulaban por residenciar en el patrimonio los efectos de la declaración de la quiebra. Así, parte de la doctrina entendía que la limitación en los derechos de administración y disposición del deudor equivalían a un secuestro o embargo general en beneficio de los acreedores de aquél (por esta posición se decantaron, FERRARA SR., «Patrimonio sotto amministrazione», *Riv. dir. comm.*, tomo I, 1912, pp. 317 y ss.; RAMÍREZ, *La quiebra*, tomo I, Bosch, Barcelona, 1959, pp. 113 y ss.; y GUASP DELGADO, *La quiebra...*, cit., pp. 168 y ss.); otro sector entendía que se constituía un derecho general de prenda a favor de los acreedores sobre el patrimonio del deudor (entre otros, ROCCO, *Il fallimento...*, cit., pp. 29 y ss.); y, por último, los que concebían que el quebrado perdía la propiedad de sus bienes que pasaban a constituir, desde la declaración de la quiebra, una persona jurídica (BONELLI, *Del fallimento*, cit., pp. 417 y ss. y 460 y ss.). En las teorías subjetivas, el punto de mira recaía sobre el deudor, y consecuencia de la catalogación que mereciera su situación jurídica se irrogaban los efectos sobre su patrimonio. Así, aquellos que entendían que el deudor era un incapaz y que, consecuencia de ello, sus administradores legales –síndicos- pasaban a gestionar su patrimonio como representantes de aquél. De otro lado, aquel sector de la doctrina para los que la declaración de quiebra suponía la muerte civil del deudor.

3.2. Génesis del patrimonio concursal. Su necesaria personificación

3.2.1. La atribución de personalidad jurídica a la masa concursal en el régimen precedente

La preocupación por formular una tesis estable en torno a la naturaleza jurídica de la masa concursal radicó, en gran medida, en la aspiración por esclarecer la problemática de esa misma naturaleza respecto a las deudas de la masa. Se postula, así, la personificación de la masa como remedio a las preocupaciones que habían sido formuladas antaño a la hora de explicar, en general, el fenómeno concursal y, en concreto, la controvertida institución de las deudas de la masa.

BELTRÁN SÁNCHEZ, máximo exponente en la materia, evidenció a la perfección el modo en que la teoría de la personificación solventaba el problema de las deudas de la masa: «la demostración de la personalidad jurídica de la masa, que existiría junto al quebrado y los acreedores individualmente considerados, haría desaparecer, en efecto, cualquier incertidumbre sobre la prioritaria posición de los acreedores de la masa, ya que si un sujeto –la masa, en este caso- contrae obligaciones, debe, conforme a las reglas generales, satisfacerlas él mismo (...) con absoluta independencia de otro sujeto –las del quebrado, en este caso-. Deudas de la masa y deudas del quebrado constituyen así categorías separadas»³⁸⁵.

Aparece entonces, por aquel tiempo, una nueva idea: la atribución a la masa patrimonial de personalidad jurídica³⁸⁶. El laxo concepto de persona

³⁸⁵ Cfr. BELTRÁN SÁNCHEZ, *Las deudas...*, cit., pp. 83 y 84.

³⁸⁶ La existencia de un patrimonio separado independiente y el reconocimiento de su personalidad jurídica también se planteó en términos similares respecto a la sociedad irregular mercantil. Sobre las distintas posturas doctrinales imperantes a mediados del siglo pasado, vid. DE LA OLIVA SANTOS, *La sociedad irregular mercantil en el proceso*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1971, pp. 21 a 37. Conviene reproducir, en aras a entender aquella equiparación, las palabras de GIRÓN TENA respecto a la sociedades irregulares mercantiles: «al negar la personalidad jurídica se producen unos efectos derechamente contrarios a los que el legislador ha deseado: si, en efecto, negamos esa personalidad, resultará que no podremos construir la existencia de un patrimonio separado del de los otros, que es justamente una de las garantías de los acreedores» («Las sociedades irregulares», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 4, nº 4, 1951, pp. 1330 y 1331). El recurso a la personalidad jurídica para dotar de subjetividad a ciertos entes distintos de la persona física fue una realidad en nuestro Ordenamiento jurídico en estrecha

jurídica imperante en Derecho español³⁸⁷ abonó, bajo el influjo del lenguaje empleado en los códigos reguladores de la quiebra³⁸⁸, la idea de la personificación de la masa patrimonial.

3.2.2. La formación del patrimonio concursal y su intervención en el proceso

3.2.2.1. Las construcciones jurídicas en torno al patrimonio: las teorías subjetivas y objetivas

Las primeras elaboraciones doctrinales que se construyeron en torno al patrimonio aparecen vinculadas a una idea: su unidad. Los mayores artífices de esta teoría –subjetiva–, AUBRY y RAU, entendían el patrimonio como noción indisolublemente unida a la de personalidad, de tal forma que sin esta última –por medio de un titular– aquél no podía existir³⁸⁹. «El patrimonio así concebido (...) es una especie de derecho innato, un predicado ontológico y un a priori del sujeto de derecho (...) la relación entre el sujeto y el patrimonio comporta la conexión entre la personalidad (jurídica) y los bienes»³⁹⁰.

consonancia a las reticencias doctrinales a reconocer la existencia de patrimonios especiales – sobre la cuestión, en detalle, vid. nota al pie 396–. Del mismo modo que en nuestro Derecho se dotó de personalidad jurídica a ciertos entes distintos de la persona física (ya que durante un tiempo era la única alternativa para operar en el tráfico jurídico), posteriormente se reconoció que pudieran operar en el tráfico jurídico determinadas masas de bienes sin personalidad con autonomía funcional y un régimen propio de responsabilidad e imputación de relaciones jurídicas. Sobre estos caracteres en los patrimonios autónomos, *in extenso*, vid. RIVERO HERNÁNDEZ, «Los patrimonios autónomos. ¿Hacia una categoría general?», *Estudio de derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, LLAMAS POMBO (coord.), vol. 2, La Ley, Madrid, 2006, pp. 634 y ss.

³⁸⁷ En este sentido, CAPILLA RONCERO, *La persona jurídica: funciones y disfunciones*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 21 y ss.; DE CASTRO Y BRAVO, *La persona jurídica*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1984, pp. 186 y ss.; y GIRÓN TENA, *Derecho de Sociedades*, tomo I: parte general, sociedades colectivas y comanditarias, Artes Gráficas Benzal, Madrid, 1976, pp. 156 y 157 y 172 y ss.

³⁸⁸ Este sentir parece desprenderse de algunos de los preceptos contenidos en el CCom/1885 y LEC/1881. Así, entre otros: art. 908 CCom/1885, art. 918 CCom/1885 y art. 1379 LEC/1881.

³⁸⁹ Cfr. AUBRY Y RAU, *Cours de Droit civil français: d'après la méthode de Zachariae*, 4ª ed., Marchal-Billard, Paris, 1869-1883. Como afirman Díez-PICAZO y GULLÓN, «la teoría personalista no concibe nunca un conjunto constitutivo de un patrimonio sin una persona que sea titular, y afirma que toda persona posee un patrimonio y nada más que uno. La unificación de sus elementos, consecuencia también de aquella conexión, se produce porque están todos sujetos a la acción de una única voluntad, un único poder jurídico» (*Sistema de derecho civil*, I: introducción, derecho de la persona, autonomía privada, persona jurídica, 11ª ed., Tecnos, Madrid, 2004, p. 390).

³⁹⁰ Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, «Los patrimonios autónomos...», cit., p. 609.

Junto a esta teoría, de corte subjetivista, aparecen posiciones antagónicas que situaban en el patrimonio, y no en el sujeto, el término objetivo del débito y el lugar de referencia a efectos obligacionales y de responsabilidad³⁹¹. El nexo del patrimonio para aquéllas no reside en el sujeto sino en el fin. Surge, de este modo, la teoría que pone el punto de mira en la destinación del patrimonio³⁹². Como afirma RIVERO HERNÁNDEZ, «el patrimonio de afectación o de destino parte, así, de la idea de separación entre patrimonio y personalidad: se trata de un conjunto unitario de bienes y derechos independiente de un sujeto de derecho (persona), sin personalidad y a veces sin titular (material)»³⁹³.

3.2.2.2. Hacia un concepto de patrimonio separado

Con base en la teoría objetiva y con el fin de alcanzar la referida personificación se formularon teorías dirigidas a la construcción de un concepto de patrimonio independiente. Sirvieron de apoyo a tales doctrinas los conceptos de patrimonio separado, de patrimonio con titular interino, de patrimonio afectado a un fin y de patrimonio colectivo –con distintas modalidades dentro de los mismos-³⁹⁴. En las referidas concepciones el fin perseguido pivotaba sobre un punto: lograr explicar la existencia de un patrimonio, independiente de

³⁹¹ Nos referimos a la teoría del Zweckvermögen de BRINZ y BEKKER. Sobre estos autores, siguiendo la cita de RIVERO HERNÁNDEZ («Los patrimonios autónomos...», cit., p. 609, nota al pie 15, vid. BRINZ, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, vol. I, Erlangen, 1873, pp. 201 y ss. y 453 y ss.; y BEKKER, *System des heutigen Pandektenrechts*, vol. I, Weimar, 1886, pp. 141 y ss. Un breve resumen de las ideas de estos autores puede leerse en RIVERO HERNÁNDEZ, «Teoría general del patrimonio», *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos: Constitución. Gestión. Responsabilidad, continuidad y tributación*, vol. I (Los patrimonios y la responsabilidad. Administración y Gestión. Persona jurídica y patrimonio), GARRIDO MELERO y FUGARDO ESTIVILL (coords.), Bosch, Barcelona, 2005, p. 92.

³⁹² Como advierten DÍEZ-PICAZO y GULLÓN sobre esta teoría: «lo que crea la cohesión entre sus elementos no es la sujeción al poder de la voluntad de la persona, sino su afectación a un destino (PLANIOL y RIPERT). De esa suerte cabe un patrimonio sin titular o que una persona tenga varios patrimonios» (*Sistema...*, cit., p. 390).

³⁹³ Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, «Los patrimonios autónomos...», cit., p. 610.

³⁹⁴ Por todos, DE CASTRO Y BRAVO, *Temas de Derecho civil*, Madrid, 1976, pp. 56 a 66. En términos similares, vid. CASTÁN TOBEÑAS, «En torno a la teoría del patrimonio», *Separata de la Revista de la Real Academia de jurisprudencia y legislación*, 4ª, Imp. Viuda de Galo Sáez, 1952, pp. 21 y ss.; ROBLES GARZÓN, *La quiebra de la herencia*, Bosch, Barcelona, 1979, pp. 27 y ss.; GARCÍA GARCÍA, «Teoría general del patrimonio», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, CABANILLAS SÁNCHEZ (coord.), vol. I, Civitas, Madrid, 2002, pp. 596 y ss.; y DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, cit., pp. 393 y 394.

su titular –y del patrimonio personal a él vinculado-, como centro de imputación de relaciones jurídicas activas y pasivas³⁹⁵.

La doctrina del patrimonio separado³⁹⁶, de base teórico-objetiva, es una creación del Derecho que, en el caso del concurso de acreedores, responde a

³⁹⁵ Advértase, sin embargo, que en la delimitación del patrimonio siempre ha existido, desde antaño, una doble problemática: de un lado, determinar si el patrimonio está formado por bienes o por derechos; de otro, se discute si solo de derechos o también de obligaciones.

Respecto a la primera cuestión, como afirmara DE CASTRO Y BRAVO, «derechos subjetivos y bienes no son elementos distintos, que, como tales, puedan excluirse entre sí, sino que son aspectos de una misma realidad jurídica» (*Temas...*, cit., p. 35). En efecto, como señalara el citado autor los bienes importan al Derecho en cuanto sean objeto de un derecho subjetivo. En este sentido, como sostuvieran otros autores (FERRARA) el patrimonio se integra por derechos y no por bienes, por cuanto lo que el Ordenamiento jurídico tiene en cuenta es el vínculo jurídico existente entre patrimonio y persona o, dicho de otro modo, la titularidad. Aún más, como advirtiera en un primer tiempo FENECH NAVARRO y, posteriormente, CARRERAS LLANSANA, dentro del patrimonio deben ser incluidos también los derechos de crédito que, no siendo *stricto sensu* bienes en sentido material, constituyen la facultad para obtenerlos (así, FENECH NAVARRO, *Principios de Derecho Procesal Tributario*, vol. II, Bosch, Barcelona, 1949, p. 82; y CARRERAS LLANSANA, *El embargo de bienes*, Bosch, Barcelona, 1957, p. 149). A modo de solución a la primera cuestión planteada nos servimos de las palabras de Díez-Picazo y Gullón: «entendemos que el objeto inmediato incorporado al patrimonio son los derechos, pero que, referidos éstos directamente a bienes, no hay especial inconveniente en considerar a los bienes como objetos patrimoniales» (*Sistema...*, cit., p. 388).

En lo atinente a la segunda cuestión, pese a los esfuerzos realizados por parte de la doctrina de separar las obligaciones del patrimonio (así, VON THUR, *Teoría General del Derecho Civil alemán*, RAVÁ (traducido por), vol. I, Depalma Editorial, Buenos Aires, 1946, p. 395), en la actualidad está pacíficamente admitido que las obligaciones son un elemento constitutivo del mismo. Así, los bienes y derechos conforman el activo, mientras las deudas y obligaciones el pasivo, sirviendo los primeros para responder del cumplimiento de las segundas (art. 1911 CC). Solo así se puede conocer el estado general del patrimonio de una persona.

³⁹⁶ En nuestro país, la evolución conceptual y normativa en torno a los patrimonios separados ha llegado con considerable retraso. Sin perjuicio del reconocimiento que a mediados del siglo pasado afloró en otros países de nuestro entorno (así, ENNECERUS o VON THUR), en España, salvo contadas excepciones que daban cuenta de la regulación foránea, no se concebía la existencia del mismo. Así, en 1934, PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER -en la traducción y anotaciones a la obra de ENNECERUS, KIPP y WOLFF-, ya establecían: «también en el Código civil (español) se reconocen conjuntos patrimoniales que, en razón a un fin determinado, y muy principalmente respecto a la responsabilidad por deudas, vienen sujetos a un régimen distinto que los erigen en ciertos aspectos en patrimonios separados» (*Tratado de Derecho Civil*, tomo I, Bosch, Barcelona, 1953, pp. 618 y 619).

El primer jurista que proporcionó un concepto de patrimonio separado fue ENNECERUS. El profesor alemán entendió los patrimonios separados «como conjuntos patrimoniales que, en interés de un determinado fin y especialmente con referencia a la responsabilidad por deudas, son tratados en ciertos aspectos como un todo distinto del resto del patrimonio» (reproducimos la edición de 1953 si bien aquel concepto ya lo formuló en 1934). Así, en *Tratado de Derecho civil*, cit., p. 598. Posteriormente, otros juristas hicieron lo propio. En este sentido, VON THUR lo concebía como: «un patrimonio especial afectado a un fin» (*Teoría General...*, cit., p. 408); o DE CASTRO Y BRAVO como: «aquél que viene concebido como una masa patrimonial, que pertenece a un patrimonio personal, pero que se entiende independizada de este por estar legalmente destinada a un fin específico y determinado» (*Temas...*, cit., p. 57).

Aún concebidos estos tímidos intentos de reconocer los patrimonios separados, nuestro Ordenamiento jurídico, bajo el influjo del art. 1911 CC, no ha admitido los patrimonios

un triple aspecto: en primer término, es un núcleo patrimonial independiente asociado a un conjunto de deudas; en segundo lugar, es necesario que tal patrimonio sea gestionado, ordenado –y, en su caso, liquidado- por un órgano multifuncional y profesionalizado -la administración concursal-; por último, y fundamentalmente, se dirige a la persecución de un interés distinto del de su titular, este es, el interés concursal.

Se conforma así un patrimonio integrado de elementos heterogéneos a los que el orden jurídico dota de un tratamiento jurídico diferenciado del patrimonio personal del titular³⁹⁷. Como afirmara BELTRÁN SÁNCHEZ «el hecho de que no todo el patrimonio del deudor pase a integrar la masa de la quiebra sirve de fundamento a la distinción entre patrimonio personal y patrimonio concursal»³⁹⁸.

No debemos, sin embargo, olvidar una cuestión: lo que nos interesa es comprender cómo un ente como el patrimonio autónomo puede ser centro de imputación de relaciones jurídicas independientes de su titular y, por tanto,

especiales con carácter general. Solo en los últimos años ha habido un reconocimiento generalizado de aquéllos. Sobre esta cuestión, vid. RIVERO HERNÁNDEZ, «Los patrimonios autónomos...», cit., p. 611.

³⁹⁷ La concepción del patrimonio como *universitas iuris*, en un primer tiempo aceptada (CASTÁN TOBEÑAS, «En torno...», cit., pp. 19 y ss.), fue perdiendo fuerza a favor de la idea de que lo que en realidad existe cuando nos referimos al patrimonio es una unidad compuesta de bienes y derechos que persiguen un fin.

Pese a lo expuesto, el Derecho, en ocasiones, crea ficciones en una suerte de universalidad dirigida a un propósito. Esta universalidad no encuentra su razón de ser en la persona sino en la necesidad de alcanzar aquél por voluntad expresa de la Ley. La creación de estas ficciones por el legislador se apoya en el principio de legalidad: solo puede hablarse del patrimonio como universalidad en los supuestos previstos por la Ley y dentro de los límites que aquella marca. En lo que a nosotros interesa, el principio de universalidad queda reflejado en el art. 76 LC, sobre el que nos pronunciaremos más adelante.

³⁹⁸ Cfr. BELTRÁN SÁNCHEZ, *Las deudas...*, cit., pp. 89 y 90. Semejante aseveración puede colegirse, asimismo, del Ordenamiento jurídico italiano. Así, parece desprenderse del art. 46 Legg. fall. cuando habla de bienes no incluidos en la quiebra. El elenco de bienes contenidos en el art. 46 Legg. fall., entre los que encontramos, por ejemplo, los bienes y derechos de naturaleza estrictamente personal, tiene, por excepcional, un carácter taxativo. De este parecer, DE SEMO, *Diritto fallimentare: principi generali, fallimento, concordato preventivo, amministrazione controllata, liquidazione coatta amministrativa, reati in materia fallimentare*, 4ª ed., CEDAM, Padova, 1964, pp. 237 y ss.; y DE MARTINI, *Il patrimonio del debitore nelle procedure concorsuali*, Giuffrè, Milano, 1956, p. 155 y ss. Para BRACCI, «a chiarimento di questa disposizione, l'art. 46 Legg. Fall. elenca varie categorie di beni che sono escluse dalla detta procedura, per le quali, in conseguenza, permane la piena capacità del fallito» (*La posizione...*, cit., p. 17).

pueden hacerse valer frente a él derechos de terceros. Y, de igual modo, su reverso: cómo puede aquel ente hacer valer sus pretensiones frente a terceros.

3.2.2.3. La declaración de concurso y la formación del patrimonio concursal

Consecuencia del auto que declara el concurso el patrimonio del deudor se escinde en dos: el patrimonio personal y el patrimonio concursal³⁹⁹.

El primero de los patrimonios, el patrimonio personal, queda determinado por la vía negativa: lo que para la LC no es patrimonio concursal, es patrimonio personal. Esto es, debemos servirnos de la delimitación que la LC hace del patrimonio concursal para poder conocer qué bienes conforman el patrimonio personal. En concreto, el art. 76 LC para la masa activa y el art. 49 LC para la masa pasiva, determinan qué conforma aquel patrimonio concursal. Sin ánimo de ser exhaustivos, podemos afirmar, *a grosso modo*, que el patrimonio personal está compuesto por «aquellos bienes y derechos que, aun teniendo carácter patrimonial, sean legalmente inembargables» (art. 76.2 LC *in fine*). Y, por la referencia a la inembargabilidad, para la determinación del patrimonio personal es forzoso acudir a los arts. 605 a 608 LEC⁴⁰⁰.

³⁹⁹ Para aquellos que se muestran reticentes a admitir la existencia de un patrimonio concursal como autónomo, interesa reproducir, por ilustrativas, las palabras de MAFFIA: «si bien para que haya persona jurídica se necesita, además del “sustrato patrimonial”, el reconocimiento de la ley, no hace falta que ese reconocimiento sea directo; puede serlo indirecto como cuando la ley autoriza a ese patrimonio a funcionar como ente distinto, o sea como posible sujeto autónomo de derechos y obligaciones. La sentencia declarativa de quiebra es el “acto constitutivo” del nuevo ente cuya personalidad jurídica es reconocida implícitamente por la ley de quiebras. Que ese ente jurídico existe como sujeto de derecho distinto del fallido se prueba porque aparece en relación patrimonial de crédito y débito: el curador recibe bienes, adquiere créditos, contrae deudas, que de ninguna manera se refieren al fallido y a los acreedores sino más bien al patrimonio administrado por el curador; ese patrimonio responde de las deudas así contraídas “antes” de procederse al reparto a los acreedores concurrentes» («Personificación...», cit., pp. 46 y 47).

⁴⁰⁰ Además de los bienes inembargables, forman parte del patrimonio personal los denominados bienes y derechos de patrimonialidad funcional (en términos de TIRADO MARTÍ, «Comentario al art. 76 LC», cit., p. 1386). Estos son: los derechos y acciones incardinables en el derecho de familia (ejercicio de la patria potestad; acciones de filiación; acciones de separación, divorcio o nulidad matrimonial; alimentos), los actos y derechos personalísimos del concursado así como los derechos de la personalidad (derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, integridad física y moral, etc.). Integran, asimismo, el patrimonio personal los bienes inalienables del deudor y los derechos de carácter político, administrativo o corporativo que pertenecen a éste. En último lugar, los titulares de créditos con privilegios sobre buques y

De otro lado, como decíamos, un efecto inherente a la declaración de concurso es la creación del patrimonio concursal⁴⁰¹. Ambos patrimonios, aun cuando siguen perteneciendo al mismo titular, tienen, tras la declaración de concurso, una vida jurídica independiente⁴⁰².

Desde ese momento entran en juego los administradores concursales que, encargados de su gestión –administración y disposición (en caso de

aeronaves del concursado pueden separar estos bienes de la masa activa mediante el ejercicio de las acciones que le son reconocidas por su legislación específica (art. 76.3 LC).

Sobre la formación de la masa activa en el concurso de acreedores y, residualmente, la determinación del patrimonio personal del deudor tras la declaración de concurso, vid. TIRADO MARTÍ, «Comentario al art. 76 LC», cit., pp. 1357 y ss.; PARRA LUCÁN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 157 y ss.; y MARÍN LÓPEZ, «La limitación...», cit., pp. 34 y ss.

⁴⁰¹ En Italia, a finales del siglo XIX, BONELLI exponía su teoría sobre la plena transmisión de la propiedad de los bienes del deudor a la masa consecuencia de la declaración del *fallimento*. Su construcción jurídica, en gran parte influenciada por las corrientes doctrinales que tomaban como punto de partida del concurso la muerte civil del deudor, abogaba por entender que éste perdía la propiedad del patrimonio desde el momento en que aquél era destinado legalmente a la satisfacción de fines que trascendían el interés del titular (*Del fallimento*, cit., p. 461). El citado autor elaboró su teoría en base a cuatro importantes artículos: «Di una nuova teoria della personalità giuridica», *Riv. It. Scienze Giur.*, vol. IX, fasc. I, 1889, pp. 325 a 360.; «La personalità giuridica dei beni in liquidazione giudiziale», *Riv. It. Scienze Giur.*, vol. VII, fasc. I, 1889, pp. 193 y ss.; «La teoria della persona giuridica (I)», *Riv. Dir. Civ.*, 1910, pp. 445 a 508; y «La teoria della persona giuridica (II)», *Riv. Dir. Civ.*, 1910, pp. 593 a 673. Han pretendido continuar aquella teoría, posteriormente, escasos autores. Entre otros, NICOLETTI, «Natura del fallimento e gestione fallimentare», *Riv. Dir. Civ.*, parte 1, 1975, pp. 235 y ss.; en España, RUBIO GARCÍA MINA, *Introducción al Derecho mercantil*, Nauta, Barcelona, 1969, pp. 571 y 572.

A la teoría propuesta por BONELLI se opuso en aquel tiempo, de manera tajante, FERRARA SR., para quien la teoría de BONELLI es infundada por cuanto «el derecho del quebrado sobre el patrimonio está ciertamente paralizado y sojuzgado en cuanto recibe de la ley el destino coactivo de servir a la satisfacción de los acreedores (...) pero no por eso se extingue el derecho en el titular, porque si el procedimiento se detiene y desvanece el quebrado recobra su libre actividad sobre su patrimonio que no ha dejado de ser suyo, sin necesidad de que otro se lo retransmita» (*Teoría de las personas jurídicas*, OVEJERO Y MAURI (traducido por), Reus, Madrid, 1929, p. 639). Sobre el debate doctrinal mantenido entre BONELLI y FERRARA (Sr.), vid. MAFFIA, que de manera acertada afirma: «nadie piensa actualmente que el desapoderamiento apareje –o consista en- la expropiación del fallido» («Personificación...», cit., p. 49).

En Alemania, sin mantener concepciones tan extremas como las formuladas en Italia, se concibió la subjetivación de la masa como centro de imputación de las actuaciones que llevaba a cabo el órgano de administración. Evitaron así acudir a la teoría italiana de la transmisión plena de la propiedad. Sobre esta cuestión en el país germano, vid. TIRADO MARTÍ, *Los administradores...*, cit., p. 41, notas al pie 79 y 80.

En aquella línea de transmisión de la propiedad pero a favor de la sindicatura se pronuncia un errante APODACA Y OSUNA, *Presupuestos de la quiebra*, Stylo, México, 1945, p. 169 (a favor de los síndicos se produce no una sustitución procesal sino «una sustitución en la titularidad de la empresa insolvente»).

⁴⁰² El reconocimiento de una vida jurídica independiente entre el patrimonio personal y el patrimonio concursal –evidentemente presididas por la transitoriedad del concurso, pues concluido el mismo ambos patrimonios se reúne de nuevo- permite que entre aquéllos puedan existir relaciones jurídicas. Sobre esta cuestión, de forma amplia, PINO, *Il patrimonio separato*, CEDAM, Padova, 1950, pp. 155 y ss.

suspensión) o del control de ambas (si se trata de intervención)-, protegerán el patrimonio concursal con el fin de alcanzar su cometido.

La existencia de la masa concursal⁴⁰³ -o patrimonio concursal- obedece a una idea: declarado el concurso los acreedores del deudor común se agrupan por imperio de la Ley renunciando, salvo contadas excepciones, a la posibilidad de sustanciar ejecuciones singulares frente al deudor concursado. Escapa, desde entonces, a los acreedores –anteriores a la declaración de concurso- la posibilidad de obtener individualmente la satisfacción de sus créditos, pasando a conformar la denominada masa de acreedores o masa pasiva, sometida al principio de comunidad de pérdidas⁴⁰⁴.

3.2.2.4. El patrimonio concursal en el ámbito sustantivo y procesal

3.2.2.4.1. El patrimonio concursal en el ámbito sustantivo

La personificación del patrimonio concursal encuentra una importante traba en el plano sustantivo: no es sujeto sino objeto del mismo.

En efecto, la titularidad del referido patrimonio concursal la mantiene, en todo caso, el deudor. Sin embargo, la Ley, en atención al destino a que se

⁴⁰³ Cuando hablamos de masa concursal lo hacemos como reunión de todo un conglomerado con dos partes perfectamente diferenciadas: de un lado, la masa pasiva (o masa de acreedores) como colectividad de acreedores reunidos en torno a un deudor común; de otro, la masa activa (o masa de bienes y derechos) como conjunto patrimonial destinado a la satisfacción de los acreedores de aquel deudor. Esta terminología, de consideración exclusivamente contable, puede, sin embargo, prestarse a equívocos en el ámbito procesal. En efecto, desde el punto de vista procesal, la masa activa estaría referida a las pretensiones procesales de ésta frente a terceros, mientras que la masa pasiva vendría constituida por los bienes con que satisfacer a los acreedores. En términos similares, ARAGONESES ALONSO y GUASP DELGADO, «Nociones generales...», cit., pp. 350 y 351.

⁴⁰⁴ Entre los acreedores no existe ninguna relación jurídica en el plano sustantivo (sociedad, asociación, masa, etc.). La unión de aquéllos responde a un fenómeno procesal dirigido a la satisfacción de sus créditos. En términos similares, VICENTE Y GELLA, *Curso de Derecho Mercantil Comparado*, 4ª ed., La académica, Zaragoza, 1960, p. 732; COMELLAS SALMERÓN, «El control judicial de la quiebra y las juntas de acreedores», *Revista de Derecho Procesal*, 1975, pp. 729 y ss. (p. 735); GARRIGUES, *Curso de Derecho...*, cit., p. 445 y BELTRÁN SÁNCHEZ, «Comentario al artículo 49», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, p. 991. En contra de esta opinión, por considerar que entre los acreedores existía una relación jurídica sustantiva, BENITO Y ENDARA, *Manual de Derecho Mercantil: Derecho mercantil español*, Victoriano Suárez, Madrid, 1929 (habla de asociación legal), y BLANCO CONSTANS, *Estudios elementales de Derecho Mercantil*, 2ª ed., Madrid, 1901, p. 651 (se refiere a la existencia de una comunidad de bienes forzosa).

dirige aquél, decide conceder las facultades de administración y disposición patrimonial a la administración concursal o, al menos, el control de las mismas que sigue ejercitando el deudor. Ni siquiera en los supuestos de suspensión cabe entender que el deudor quede despojado de su patrimonio⁴⁰⁵.

Ocurre así que, respecto del patrimonio separado, los poderes de administración y disposición, de un lado, y la titularidad, de otro, aparecen en caso de suspensión, disociados, y, en caso de intervención, limitados. Por el contrario, no sucede lo mismo con el patrimonio personal: en él, la titularidad y las facultades patrimoniales son plenamente coincidentes.

En el plano sustantivo el régimen jurídico descrito acarrea importantes consecuencias. La creación legal de ese patrimonio separado y la correlativa atribución a los administradores concursales de las originarias facultades patrimoniales del deudor afecta de manera directa a los actos negociales que el concursado podrá realizar respecto a aquel patrimonio. Así pues, declarado el concurso, el deudor queda privado de la facultad de vincular el patrimonio separado (en caso de suspensión) –y, en el régimen de intervención, salvo que cuente con la debida autorización-⁴⁰⁶, desplazando dicha facultad a los administradores concursales.

Debemos advertir, no obstante, que lo anteriormente descrito no determina que, como consecuencia de la declaración de concurso, el patrimonio separado pase a ostentar la titularidad de las deudas afectas al mismo. Titular de aquel patrimonio es el deudor⁴⁰⁷ y deudor sigue siendo el concursado. El patrimonio

⁴⁰⁵ De ahí que despejemos la posibilidad de conceptuar el patrimonio concursal como un patrimonio con titular interino. El patrimonio concursal tiene claramente determinada su titularidad a pesar del especial régimen jurídico al que está sometido. En sentido contrario, respecto al régimen de quiebra, ROBLES GARZÓN catalogaba, a nuestro juicio de manera errónea, el patrimonio concursal entre los patrimonios con titular interino (*La quiebra...*, cit., p. 29).

⁴⁰⁶ En rigor, el concursado sí puede vincular a su patrimonio separado. El efecto, en realidad, es otro: declarado el concurso todos los actos que realice el deudor contraviniendo el tenor de los arts. 40.1 y 40.2 LC podrán ser anulados por la actuación de la administración concursal. El acto realizado por el deudor tiene, pues, plenos efectos. Sin embargo, por contravenir lo disciplinado por la LC se permite su anulación ex art. 40.7 LC.

⁴⁰⁷ No estamos, por tanto, de acuerdo con que «el concursado deja de ser transitoriamente titular de los derechos y obligaciones de naturaleza patrimonial» (ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, «El proceso incidental concursal. El llamado “incidente concursal”», *Tratado de*

separado se erige, exclusivamente, en el objeto sobre el que recaen aquéllas⁴⁰⁸.

3.2.2.4.2. El patrimonio concursal y su intervención en el proceso

Sentadas tales premisas conviene dar un paso más. Establecido que, en el ámbito sustantivo, el patrimonio concursal es objeto y no sujeto de relaciones jurídicas: ¿debemos reproducir este esquema al ámbito procesal?

Conviene dejar sentado que la mayoría de la doctrina procesal al estudiar las partes en el proceso se sirve, con frecuencia, de conceptos acuñados en la doctrina material que, con ligeras matizaciones, adaptan al proceso. Así, el concepto de capacidad para ser parte se identifica con la capacidad jurídica del derecho privado; la capacidad procesal con la capacidad de obrar; y la legitimación viene afectada, en muchas ocasiones, por la influencia del negado concepto sustancial de parte⁴⁰⁹.

En este sentido, interesa resaltar que los arts. 51 y 54 LC son una prolongación de las limitaciones que sufre el deudor en el plano sustantivo ex art. 40 LC. Ahora bien, lo son con un importante añadido: se reconoce al deudor la facultad de intervención separada.

A priori, semejante reconocimiento legal lleva a una desconcertante afirmación: la titularidad jurídico procesal que corresponde al deudor es distinta de la que asume el patrimonio concursal. ¿Es ello posible? Con base en la doctrina del patrimonio separado que exponíamos *supra* la respuesta debe ser afirmativa.

Derecho Mercantil, OLIVENCIA RUIZ, FERNÁNDEZ-NOVOA y JIMÉNEZ DE PARGA (dirs.), JIMÉNEZ SÁNCHEZ (coord.), vol. 7 (Derecho procesal concursal), Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 251.

⁴⁰⁸ Vid. BELTRÁN SÁNCHEZ, *Las deudas...*, cit., p. 91.

⁴⁰⁹ Cfr. SERRA DOMÍNGUEZ, «Precisiones en torno a los conceptos de parte, capacidad procesal, representación y legitimación», *Justicia: revista de derecho procesal*, nº 2, 1987, p. 299. Asimismo, CARNELUTTI: «para actuar en juicio hacen falta las cualidades que la ley requiere para contratar; pero ello no significa que contratar y actuar en juicio sean la misma cosa, ni que la capacidad material se confunda con la capacidad procesal, sino sólo que una y otra están normalmente reguladas del mismo modo» (*Sistema de Derecho Procesal Civil*, tomo II, ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO (traducido por), tomo II, Uteha Argentina, Buenos Aires, 1944, p. 26).

De lo expuesto se infiere, pues, que las reglas de juego descritas para el ámbito sustantivo no son, en este caso, trasladables al ámbito procesal.

Nos compete ahora afrontar, a la vista de lo descrito, una serie de cuestiones:

¿Qué posición ocupan en el proceso el deudor y el patrimonio concursal? ¿Son partes? Y, en su caso, ¿quién opera como demandado cuando se dirige una demanda contra el patrimonio? ¿Y cuándo se acciona a favor del mismo? Para ofrecer cumplida respuesta es forzoso acudir al concepto de parte procesal⁴¹⁰.

4. UNA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE PARTE EN EL PROCESO CONCURSAL

4.1. Introducción

Como ya afirmara RAMÍREZ⁴¹¹, la determinación de las partes en el proceso concursal es una cuestión de ardua solución.

A semejante circunstancia se añade un elemento: el concepto de parte no es, siquiera en el proceso civil, una cuestión pacífica. Ello determina que, a los fines de nuestra investigación, sea necesario exponer, aun someramente, las distintas posiciones doctrinales en torno al concepto de parte. Concluido lo cual nos postularemos al respecto, sentando las bases de lo que a nosotros interesa: las partes en el proceso concursal.

⁴¹⁰ Probablemente no es necesario introducir en el concepto de parte el adjetivo procesal pues, en sentido técnico-jurídico, aquél es de raigambre procesal. Semejante carácter se desprende de lo dispuesto en el Diccionario de la RAE. De las 26 acepciones que recoge del concepto de parte, referida al Derecho sólo es válida la 16: «el que litiga, se muestra parte o se persona en un pleito». Así, SERRA DOMÍNGUEZ, «Precisiones...», cit., especialmente, p. 291, 293 y 299; de la misma opinión, GÓMEZ ORBANEJA: «el concepto de parte es un puro concepto formal del derecho procesal» (*Derecho Procesal Civil*, 8ª ed., cit., p. 124), y CORDÓN MORENO: «el concepto de parte es puramente procesal» («Anotaciones acerca de la legitimación», *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, nº 2, 1979, p. 310). Esta cuestión, sin embargo, no es pacífica para toda la doctrina como tendremos ocasión de contrastar al analizar el epígrafe IV (así, en contra de manera expresa, PRIETO-CASTRO, *Tratado...*, cit., p. 231, nota al pie 2, si bien en la p. 230 afirma: «el concepto de partes, es, pues, procesal y nace dentro del proceso»).

⁴¹¹ Vid. RAMÍREZ, *La quiebra*, cit., p. 90.

4.2. Aproximación al concepto de parte

4.2.1. Consideraciones preliminares

Dentro del proceso civil, la determinación del concepto de parte es una cuestión sobre la que no se ha alcanzado consenso entre la doctrina. Se trata de un concepto que, influenciado por las teorías elaboradas en torno a la acción⁴¹² y los principios que rigen en el proceso, admite diversas acepciones⁴¹³. Si bien no pretendemos en esta sede ofrecer una suerte de teoría general sobre las partes, sí entendemos oportuno aproximarnos a las distintas construcciones doctrinales existentes. Perseguimos, así, mostrar la opción doctrinal de la que partimos en nuestra investigación.

4.2.2. Posiciones doctrinales acerca del concepto de parte procesal

Podemos afirmar que, a grandes rasgos, existen tres grandes corrientes doctrinales en torno al concepto de parte⁴¹⁴: (I) en primer lugar, encontramos la teoría que cuenta con un mayor apoyo en la doctrina, esta es, aquella que considera que solo tiene sentido hablar de parte dentro del proceso. Según esta posición, son parte los «sujetos que pretenden, o frente a los que se pretende, una tutela jurisdiccional concreta y que, afectados por el pronunciamiento judicial correspondiente, asumen plenamente los derechos, cargas y responsabilidades inherentes al proceso»⁴¹⁵. Para esta posición doctrinal son parte las personas que interponen y frente a las que se interpone una demanda judicial, con independencia de que sean o no titulares de la

⁴¹² Cfr. SERRA DOMÍNGUEZ, «Precisiones...», cit., pp. 289 y ss. Así, señala el autor: «constituyendo la acción el conjunto de poderes y cargas de las partes en el proceso, es lógico que los conceptos de parte vengan profundamente influenciados por la teoría que se sustenta en torno a la acción» (p. 289).

⁴¹³ De ahí que CARNELUTTI reconociera que es el instituto más ambiguo del proceso (*Estudios de Derecho Procesal*, SENTÍS MELENDO (traducido por), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952, p. 84).

⁴¹⁴ Una sistematización de las distintas posiciones doctrinales en torno al concepto de parte puede encontrarse en CORDÓN MORENO, «Anotaciones...», cit., pp. 310 y ss.; MONTERO AROCA, *Las partes en el proceso de trabajo: capacidad y legitimación*, Estudios de Derecho Procesal, Barcelona, 1981, pp. 349 y ss.; y CABRERA MERCADO, *El proceso...*, cit., pp. 73 y ss.

⁴¹⁵ Cfr. DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal Civil: el proceso de declaración* (con DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ), 3ª ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004, p. 133.

relación jurídico material que se ventila en el proceso⁴¹⁶. Las partes, pues, obedecen a cada proceso concreto. Conviene añadir, finalmente, que con esta tesis es posible apreciar, *prima facie*, las diversas posiciones dentro de aquél; (II) en segundo lugar, otro sector de la doctrina, con CARNELUTTI como principal exponente, aboga por distinguir, especialmente para determinados procesos, entre parte en sentido material y parte en sentido formal o procesal. Sobre la base de esta postura, debemos diferenciar entre sujetos de la *litis* (parte material) y sujetos del proceso (parte formal), pudiendo no coincidir ambos. Para Carnelutti, parte es el que acciona o contradice, aun en los supuestos en los que no es titular de ningún interés. En estos casos, según el autor italiano, actuaría como parte formal⁴¹⁷; (iii) en tercer lugar, encontramos un grupo de

⁴¹⁶ En la doctrina española, se muestran partidarios de esta postura, entre otros, GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Civil*, 8ª ed., cit., pp. 123 a 125; GUASP DELGADO, para quien «para el proceso, no hay partes materiales y formales, sino sólo la condición de ser o no parte procesal» (*Derecho Procesal Civil*, tomo I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1977, pp. 170 y 171); PRIETO-CASTRO, *Tratado...*, cit., p. 230; SERRA DOMÍNGUEZ, «Precisiones...», cit., p. 291; CORTÉS DOMÍNGUEZ y MORENO CATENA, *Derecho Procesal Civil. Parte General*, 2ª ed., Tirant Lo blanch, Valencia, 2005, p. 78; ORTELLS RAMOS, *Derecho Procesal Civil*, AA.VV., 10ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 102; GARBERÍ LLOBREGAT, *Derecho Procesal Civil*, Bosch, Barcelona, 2011, pp. 143 y 144; ARMENTA DEU, *Lecciones de Derecho procesal civil: proceso de declaración, proceso de ejecución y procesos especiales*, 6ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 67.

En el mismo sentido, se ha pronunciado también la doctrina italiana; así, CHIOVENDA, para quien «es parte el que demanda en nombre propio (o en cuyo nombre es demandada) una actuación de ley, y aquel frente al cual ésta es demandada» (*Principios de Derecho Procesal Civil*, CASAIS I SANTALÓ (traducido por), tomo II, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1977, p. 6; CALAMANDREI, *Estudios sobre el proceso civil*, SENTÍS MELENDO (traducido por), Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945; ZANZUCCHI, *Diritto Processuale Civile*, I: introduzione e parte generale, 6ª ed., Giuffrè, Milano, 1964, pp. 74 y ss.; BIAVATI, *Argomenti di Diritto Processuale Civile*, 2ª ed., Bononia University Press, Bologna, 2011, pp. 64.

En la doctrina alemana también es la postura más sostenida; vid. entre otros, GOLDSCHMIDT, *Derecho Procesal Civil*, PRIETO-CASTRO (traducido por), Labor, Barcelona, 1936, p. 191; y ROSEMBERG, *Tratado de Derecho Procesal*, ROMERO VERA (traducido por), tomo I; EJEJA, Buenos Aires, 1955, pp. 211 y ss.

⁴¹⁷ Cfr. CARNELUTTI, *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, 2: la funzione del processo di cognizione. Parte prima, La Litotipo, Padova, 1926, pp. 255 y ss.; y *Sistema...*, cit., p. 60. Siguen, asimismo, esta corriente doctrinal, ALLORIO, *Diritto Processuale Tributario*, 4ª ed., UTET, Torino, 1962, pp. 263 y ss.; WACH, *Manual de Derecho Procesal Civil*, BANZHAF (traducido por), tomo II, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1977, pp. 281 y 283; y REDENTI, *Diritto Processuale Civile*, tomo I, 1ª ed., Giuffrè, Milano, 1957, pp. 157 y ss. Advierte este último autor: «parte in senso processuale diventa eo ipso chiunque promuove (o nel cui nome venga promosso, da un rappresentante qualificato) un processo civile nelle forme di legge a ragione o a torto o magari a capriccio o magari per equivoco, non importa. E così pure parte diventa chiunque spontaneamente vi intervenga. Ma in quella posizione di parte (in senso processuale) chiunque può essere posto anche per fatto d'altri, sol che venga chiamato o provocato nelle forme di legge a prendervi parte o costretto a subirne gli atti iniziali; come per esempio chi sia citato a comparire in un processo di cognizione o assoggettato ad un pignoramento». Así, señala el autor italiano: «si usano talvolta le espressioni qualificate di parte

autores para quien parte «es el elemento que con su acción reclama el juicio, es el individuo cuya exigencia jurídica encuentra su respuesta en el juicio»⁴¹⁸. A favor de esta posición, RAMOS MÉNDEZ, para quien la parte «no es más que el resultado del devenir procesal de la acción»⁴¹⁹. El concepto de parte es, pues, independiente de la existencia de controversia en el proceso o de la existencia de intereses contrapuestos⁴²⁰.

La determinación de las partes, a la vista de lo expuesto, es una cuestión polémica de largo recorrido en la doctrina procesal. No pretendemos su solución. Nos interesa, por el contrario, notar la posición de que nos serviremos en nuestra investigación.

A nuestro juicio, la primera de las teorías expuestas resulta la más convincente. Sobre ella se alzarán nuestro estudio. En adelante, nuestras reflexiones, argumentaciones y razonamientos se construirán sobre la opción escogida. Ello, como todo trabajo que parte de una premisa, discutida y discutible, entraña un importante riesgo: que rebatida la hipótesis de partida

in senso processuale per alludere al fenomeno (ed al rapporto) del processo, e di parte in senso sostanziale per alludere all'esser parte del diritto sottostante o dell'azione o quanto meno dell'azione-pretesa» (p. 159).

Esta tesis es rebatida, con toda contundencia, por SERRA DOMÍNGUEZ: «Las pretendidas distinciones entre parte material y parte formal, o las de parte sustancial y parte procesal envuelven un profundo equívoco: se es parte dentro de un proceso, y los poderes y cargas procesales de las partes no difieren en absoluto por el hecho de que sean o no titulares de la relación litigiosa. Dicha circunstancia únicamente se conocerá en el momento de la sentencia firme, es decir, cuando hayan precluido todas las oportunidades procesales de las partes, y cuando, en cierto sentido, incluso la noción de parte ha desaparecido. E incluso, es posible, y además sin término posible de comparación, que la sentencia dictada en el proceso no se corresponda con la realidad extraprocesal, lo que priva incluso de todo valor de referencia a los conceptos de "parte sustancial" o "parte material", y también al de "justa parte"» («Precisiones...», cit., p. 290).

⁴¹⁸ Cfr. RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento civil*, tomo I, Bosch, Barcelona, 1997, p. 14.

⁴¹⁹ *Ibidem*, cit., p. 13.

⁴²⁰ En este sentido, señala RAMOS MÉNDEZ: «el concepto de parte es independiente de la existencia o no de controversia en el juicio. No se es parte por el hecho de tener intereses contrapuestos a otra persona. Aun existiendo coincidencia de intereses y de voluntad es plenamente identificable y relevante la parte. La concepción del juicio como resolución de controversias es una imagen larvada que no condiciona el concepto de parte. Esta lo es por el hecho de ser uno de los sujetos del juicio e independiente de cuál sea el contenido de éste: la parte no se define por el objeto del juicio» (*Enjuiciamiento civil*, cit., p. 14). Esta posición es mantenida por SATTA para quien: «la parte non se può dissociare dalla titolarità dell'interesse che si fa valere in giudizio, cioè in definitiva dalla titolarità dell'azione» (*Diritto Processuale civile*, 9ª ed., CEDAM, Padova, 1981, p. 89). Sobre esta posición y el significado de parte desde la perspectiva de la acción, vid. SATTA, «Il concetto di parte», *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, III, CEDAM, Padova, 1958, p. 693.

quede desmerecida la investigación. Este peligro, sin embargo, es asumido con la convicción de que los postulados de la opción por la que nos decantamos, de considerable apoyo doctrinal, tienen la solidez suficiente como para que nuestro trabajo no decaiga.

4.2.3. Los principios rectores del proceso respecto a las partes

Junto a las teorías referentes a las partes en el proceso, debemos ahora sentar los principios que deben presidir su actuación en el mismo.

En todo proceso cabe predicar respecto de las partes tres principios: el principio de dualidad, el principio de igualdad y el principio de contradicción⁴²¹.

El principio de dualidad responde a una necesidad inherente al proceso: como dijera SATTÀ, «si el proceso es necesario a las partes, las partes son necesarias al proceso»⁴²². Ello evidencia una nota característica del proceso jurisdiccional: es un proceso de partes. En concreto, de dos partes: de una parte activa y de otra pasiva. Sin la existencia de dicha dualidad no hay proceso. Esto no determina, sin embargo, la existencia de solo dos partes, sino la concurrencia de dos posiciones distintas⁴²³⁴²⁴.

Un segundo principio rector del proceso es el principio de igualdad de partes. Atendiendo al mismo, cada parte debe tener un contenido equivalente tanto en lo atinente a los poderes y derechos como en lo referido a las obligaciones y cargas. Éste responde al carácter simétrico del proceso

⁴²¹ Para algunos autores, no sin cierta razón, el principio de contradicción queda subsumido en el principio de dualidad por cuanto la finalidad de este último es precisamente la contradicción. Así puede leerse en SERRA DOMÍNGUEZ, «Precisiones...», cit., p. 296; y ALMAGRO NOSETE, *Derecho Procesal* (con CORTÉS DOMÍNGUEZ, MORENO CATENA y GIMENO SENDRA), vol. I, 6ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992, pp. 271 y ss.

⁴²² Cfr. SATTÀ, *Diritto Processuale Civile*, 4ª ed., CEDAM, Padova, 1954, p. 65.

⁴²³ Como afirmara GUASP DELGADO «no puede haber proceso sin partes, o con una sola parte, ni procesos con tres partes o más» (*Derecho Procesal Civil. Parte Especial*, tomo I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, p. 171). En este mismo sentido, GÓMEZ ORBANEJA: «las partes del proceso han de ser distintas entre sí. Nadie puede pleitear consigo mismo, ni siquiera como representante del contrario, o como litisconsorte o coadyuvante de su enemigo: no puede darse en el proceso el fenómeno correspondiente al que los civilistas denominan “autocontrato”. Cuando en una relación procesal ambas partes vienen a confundirse, por transmisión de derechos, en un mismo sujeto jurídico (...) el proceso no puede seguir adelante» (*Derecho Procesal civil*, 8ª ed., cit., pp. 123 y 124).

⁴²⁴ Como puede intuirse, la estructura del proceso con dos partes enfrentadas no responde necesariamente a la estructura de los derechos que en él se debaten.

jurisdiccional⁴²⁵. Conviene destacar un matiz referente a este principio: igualdad no significa identidad absoluta. Semejante aseveración se preconiza en base a dos argumentos: en primer término, por cuanto las partes no se hayan en un mismo plano sino en distintas perspectivas –el actor es el verdadero protagonista del proceso y el demandado sujeto pasivo al que se refiere su reclamación- y, en segundo lugar, porque en la práctica la igualdad de trato no es aconsejable ni siquiera posible⁴²⁶.

En último término, nos encontramos con el principio de contradicción. Éste queda reflejado a la perfección en la célebre frase de CALAMANDREI: «la existencia de un contraste polémico entre los contradictores permite al juez reconstruir, gracias a ellos, la verdad en tres dimensiones; si no fueran dos las partes, el juez no podría ser imparcial»⁴²⁷. En el proceso debe existir, pues, contradicción entre dos posiciones antagónicas que arguyan el ataque y la defensa y pidan actividades contrapuestas⁴²⁸. Debemos añadir, por lo demás, que el principio de contradicción queda salvado en el proceso civil con la oportunidad dada a las partes de contradecir lo alegado por la otra⁴²⁹.

4.3. Las partes en el proceso concursal

4.3.1. Contextualización

El concepto de parte y sus peculiares notas de dualidad y contraposición son de difícil conciliación en la institución concursal. El carácter universal del concurso de acreedores, la pluralidad de intereses concurrentes y la necesidad de engarzarlos para dar solución a la situación de crisis empresarial⁴³⁰ impiden que, a priori, podamos determinar quiénes son partes en aquél.

⁴²⁵ Vid. SERRA DOMÍNGUEZ, «Precisiones...», cit., p. 297.

⁴²⁶ Cfr. GUASP DELGADO, *Derecho Procesal Civil*, tomo I, cit., p. 172.

⁴²⁷ Cfr. CALAMANDREI, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, SENTÍS MELENDO (traducido por), tomo II, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962, p. 294.

⁴²⁸ Cfr. PRIETO-CASTRO, *Tratado...*, cit., p. 231.

⁴²⁹ Si cuando la parte, pudiendo comparecer, no lo hace, es coherente pensar que no tendrá razón para oponerse a la parte contraria. Las partes, aun debiendo serles garantizada la posibilidad de comparecer, no pueden ser compelidas a ello. En este sentido, CARNELUTTI, *Estudios...*, cit., p. 87.

⁴³⁰ Cfr. LÓPEZ SÁNCHEZ, «Comentario al artículo 184», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), tomo II, Tecnos, Madrid, 2004, p. 1.884.

La cuestión no es baladí. La doctrina, tras debatidas polémicas, no ha logrado ofrecer una solución pacífica en torno a las partes del proceso concursal. Encontramos, así, diversas posiciones: desde aquellos que atribuyen tal significación al deudor y a los acreedores –e incluso la extienden a determinados terceros- hasta los que niegan la existencia de verdaderas partes en el proceso concursal⁴³¹.

La determinación de los sujetos no ha generado, por el contrario, tal discrepancia, si bien algunos autores confunden, de manera errónea, dicho concepto con el de parte. El noción jurídica de sujeto es, en el plano procesal, mucho más amplio que el de parte. Su correlación es clara: no todos aquellos que son sujetos afectados en el concurso van a ser considerados partes en el mismo.

Siguiendo a la doctrina clásica expondremos algunas de las posiciones teóricas mantenidas en torno a los sujetos y a las partes en el proceso concursal, dedicando especial atención a lo que a nosotros interesa, esto es, al deudor y a la administración concursal.

Procedamos, en primer término, a pronunciarnos sobre los sujetos para, posteriormente, abordar el espinoso cometido de esclarecer quién ostenta la condición de parte en el proceso concursal.

4.3.2. Los sujetos del proceso concursal

4.3.2.1. Aproximación a los sujetos del proceso concursal

Son varios los sujetos que, de una manera u otra, intervienen a lo largo del proceso concursal: deudor, acreedores, administración concursal, Ministerio Fiscal, FOGASA y terceros -en principio, estos últimos, ajenos al concurso-.

Nos pronunciaremos, sucintamente, sobre la posición que deudor, acreedores y administración concursal ocupan en el proceso, de modo que podamos aproximarnos, con el rigor necesario, a la previsión contenida en el art. 184.1 LC, relativo a las partes.

⁴³¹ Vid. RAMÍREZ, *La quiebra*, cit., p. 90.

4.3.2.2. El deudor como sujeto pasivo y los acreedores como sujetos activos del concurso de acreedores

Que el deudor es sujeto del proceso concursal no puede ser, desde luego, cuestionado. Es cierto, sin embargo, que si mantuviéramos posiciones *ius publicistas* en la concepción del concurso de acreedores⁴³², aquella afirmación podría ser controvertida. No obstante, superado en la actualidad el carácter público del cauce concursal como proceso de tutela del interés público y reconocido, sin ambages, su marcado carácter privado –al menos dentro del Ordenamiento jurídico español–, conviene rechazar cualquier duda al respecto.

La posición del deudor ha podido verse matizada en función de la concreta naturaleza jurídica que se ha ido atribuyendo al proceso concursal. En efecto, en el régimen precedente, el concurso era concebido, sin matices, como un proceso de ejecución universal⁴³³. Como tal, las semejanzas con el proceso de ejecución singular eran manifiestas: en ambos procesos confluían actuaciones de índole ejecutiva con el fin de lograr la íntegra satisfacción de los créditos de los acreedores⁴³⁴.

⁴³² Han sido varios los autores que, desde tiempos remotos, han proporcionado una visión *ius publicista* en su concepción del concurso de acreedores. Así, entre otros, APODACA Y OSUNA O D'AVACK. Escribía el primero: «el Estado no interviene en la quiebra para colmar intereses privados, sino que su intervención se concreta a procurar el resurgimiento o realizar la liquidación de la empresa, que se impone como una necesidad pública imprescindible y que debe ser satisfecha del modo más seguro y más rápido posible, no permitiendo que este resurgimiento o esta realización se lleve a cabo por medio de la iniciativa privada» y «con la quiebra no se liquida la empresa para satisfacer exclusivamente intereses a favor o en contra del deudor, ni para satisfacer la pretensión de los acreedores». Por tanto, «si hay derechos del deudor y de los acreedores en la quiebra, éstos (...) no tienen más valor frente al Estado que el de ser intereses legítimos, pero nunca constituyen, en realidad, derechos subjetivos que puedan hacerse valer independientemente como tales» (*Presupuestos de la quiebra*, cit., pp. 183 y 184).

⁴³³ Entre otros muchos, NAVARRINI, *La quiebra*, HERNÁNDEZ BORONDO (traducido por), Instituto Editorial Reus, Madrid, 1943, p. 77; GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, tomo II, 8ª ed. revisada con la colaboración de SÁNCHEZ CALERO, Madrid, 1983, pp. 412 y 413. Incluso tras la entrada en vigor de la LC, sigue siendo calificada de este modo por algunos autores, entre otros, CORDÓN MORENO, *Proceso concursal*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003, p. 33 y «Los aspectos procesales del concurso», *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003*, GARCÍA VILLAVERDE, ALONSO UREBA y PULGAR EZQUERRA (dirs.), Dilex, Madrid, 2003, Madrid, pp. 578 y ss.; DE LA CUESTA RUTE, «La liquidación concursal como solución rigurosamente alternativa al convenio concursal», *Estudios de Derecho Concursal*, PEINADO GRACIA y VALENZUELA GARACH (coords.), Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 351.

⁴³⁴ Sin perjuicio de tal similitud, las diferencias entre ambos procesos eran notables: mientras que el proceso de ejecución singular, dirigido a lograr la satisfacción del crédito del acreedor

Partiendo de esta naturaleza ejecutiva⁴³⁵, se consideraba entonces que la acción ejecutada se afirmaba directamente sobre los bienes del deudor y éste, como titular de los bienes sobre los que recaía aquélla, era el sujeto pasivo⁴³⁶.

ejecutante a través de la traba de los bienes del deudor, estaba –y está- gobernado por el principio *prior in tempore potius in iure*, el proceso concursal, por el contrario, se regía –y se rige- por el principio de comunidad de pérdidas y tratamiento par de acreedores de igual condición. Sobre la cuestión, CORDÓN MORENO, «Los aspectos procesales...», cit., p. 579; HUALDE LÓPEZ, *La fase de liquidación en el proceso concursal: apertura, efectos y operaciones de liquidación*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 46 y 47 y la bibliografía que sobre ambos procesos reproduce el último autor en las notas 87 y 90.

⁴³⁵ Conviene, no obstante, destacar que este parecer no era unánime. Así, CANDIAN, «Sentenza dichiarativa di fallimento e proceso di fallimento», *Rivista di Diritto Processuale Civile*, vol. VIII, 1931, pp. 234 y ss.; y, posteriormente, CALAMANDREI, «La sentenza dichiarativa di fallimento come provvedimento cautelare (a proposito di una recente pubblicazione)», *Rivista di Diritto Commerciale*, I, 1936, pp. 279 y ss. e *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, CEDAM, Padova, 1936, pp. 113 y ss., enfatizaban el carácter cautelar del auto declarativo de la quiebra. Esta tesis fue objeto de individualizadas críticas. Así, SERRA DOMÍNGUEZ, *Las medidas cautelares en el proceso civil* (con RAMOS MÉNDEZ), Barcelona, 1974, pp. 72 y 73, entendían que «la difícil naturaleza jurídica del proceso de quiebra intentó ser resuelta por CANDIAN atribuyendo naturaleza cautelar a la sentencia que declara la quiebra, siendo tal idea acogida y desarrollada extensamente por CALAMANDREI. Trasladando las ideas de CALAMANDREI a nuestro derecho positivo la consideración del auto de declaración de quiebra como medida cautelar se funda esencialmente en el carácter sumario con que se acuerda, en la existencia de un incidente de oposición ulterior en que la quiebra es ratificada o alzada, en el carácter conservativo de la quiebra tendente a la ocupación de los bienes del quebrado, así como en no iniciarse la liquidación de los bienes y el reparto a los acreedores hasta tanto no hayan sido reconocidos y graduados los bienes y resueltas las impugnaciones presentadas. El error de esta concepción parece evidente en la propia exposición de CALAMANDREI al trazar un paralelo entre el auto que declara la quiebra, sujeto a aprobación, y el auto decretando el embargo preventivo. Mientras el embargo preventivo es cautelar por sí mismo, prescindiendo de su ratificación que tiene carácter eventual, siendo cautelar por su relación de aseguramiento respecto de un proceso principal; el auto de declaración de quiebra carece de cualquier instrumentalidad, tiene sentido en sí mismo considerado, constituyendo una etapa esencial del procedimiento. El carácter conservativo de la ocupación de bienes no tiene carácter cautelar, como no la tiene por las razones apuntadas el embargo del juicio ejecutivo, con el que guarda grandes afinidades, lo que permite explicar que los autores que confieren al auto de declaración de quiebra no es esencial, sino eventual a la quiebra; constituye una impugnación más que una ratificación. Por último, la complejidad del proceso de quiebra obliga a aplazar el reparto de los bienes hasta el momento en que sean declarados y graduados los créditos, pero la declaración de éstos no es propiamente el título que justifica la quiebra, sino una consecuencia de la declaración. Como con acierto advierte CALVOSA el auto de declaración de quiebra no constituye una situación jurídica nueva, ni anticipa los efectos de otra situación, ni puede decirse que constituya medio para evitar la transgresión o garantizar la actuación concreta de la sanción. Afirmar que el proceso de quiebra tiene una función cautelar es saltar del plano procesal estricto al filosófico, pues no cabe duda de que toda ley y todo procedimiento aseguran los derechos de los ciudadanos, sin ser por ello medidas cautelares en sentido procesal».

Otras posiciones doctrinales se decantaban por la naturaleza declarativa del auto de declaración de quiebra. Así, HERCE QUEMADA, *Derecho Procesal Civil* (con GÓMEZ HORBAJENA), tomo II, 8ª ed., Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1979, p. 323; INVREA, «La natura giuridica della sentenza che dichiara il fallimento», *Rivista di Diritto Commerciale*, I, 1930, pp. 534 y ss.; BRUNETTI, *Diritto fallimentare italiano*, Foro Italiano, Roma, 1932, pp. 148 y ss.; y NAVARRINI,

Tras la entrada en vigor de la LC en 2003 y la malograda búsqueda del convenio como solución normal del concurso, se introdujeron nuevos principios que moldeaban aquella naturaleza puramente ejecutiva⁴³⁷. Ello, sin embargo, no alteró la posición del deudor, pues aun cuando la naturaleza del proceso

Trattato di Diritto fallimentare secondo la nuova legislazione, tomo I, Zanichelli, Bologna, 1934, pp. 119 y ss.

De otro lado, algunos autores mantuvieron posiciones eclécticas entre la naturaleza declarativa y ejecutiva. Así, VACAS MEDINA, «Notas críticas sobre el vigente Derecho de quiebras español», *Información Jurídica*, 1956, p. 545.

También encontramos aquellos que se decantaban por la naturaleza administrativa de la mentada resolución judicial. Entre otros, BONELLI, *Del fallimento*, cit., p. 283; y LIPARI, «Struttura e funzione della sentenza dichiarativa di fallimento», *Il circolo giuridico*, Parte Prima, 1931, pp. 28 y ss.

Por último, un sector de la doctrina atisbaba en aquella resolución una naturaleza constitutiva. Así, CARRERAS LLANSANA, «Aspectos procesales de la retroacción de la quiebra», *Escritos en homenaje al profesor Prieto-Castro*, tomo I, Editora Nacional, Madrid, 1979, p. 84; MANZANA LAGUARDA, «En torno a la retroacción de la quiebra», *Documentación Jurídica*, núms. 29-32, 1981, p. 313; PROVINCIALI, *Tratado de Derecho de quiebra*, RAMÍREZ LÓPEZ, ROMERO DE TEJADA y LUPO CANALETA (traducido por), tomo I, AHR, Barcelona, 1958, p. 406. Algunos autores, incluso, se posicionaron entremezclando la naturaleza constitutiva con la declarativa. Entre otros, ROCCO, «Naturaleza del proceso de quiebra y de la sentencia que declara la quiebra», *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, segunda época, núm. 4, 1964, pp. 717 y ss.; RAMÍREZ, *La quiebra*, cit., p. 684; y SATTA, *Instituciones del Derecho...*, cit., p. 74.

⁴³⁶ En términos similares, RAMÍREZ, *La quiebra...*, cit., p. 376. Interesante transcribir las palabras de AZZOLINA, reproducidas por RAMÍREZ: «la quiebra es (...) un proceso de ejecución forzosa; y el quebrado, a su vez, según la noción comúnmente recibida (y no puede ser otra que ella), es el sujeto pasivo de tal proceso. Quebrar, ser o caer en quiebra, venir declarado en quiebra (...) son expresiones que de manera varia aunque equivalente designan, bajo el aspecto estático o dinámico, ser o venir a encontrarse en la condición de sujeto pasivo de aquel especial proceso de ejecución forzosa que es la quiebra; y la esencia peculiar de tal condición consiste en la sumisión del sujeto mismo a una particular responsabilidad ejecutiva»; y «la declaración de quiebra debe necesariamente recaer sobre un sujeto, como elemento que permita individualizar las obligaciones respecto a las cuales debe operar la responsabilidad ejecutiva» (p. 376, nota al pie 9).

⁴³⁷ La introducción de ciertos principios –secundarios– en el proceso concursal, en especial, el de conservación de empresa, pese a que puedan ser considerados secundarios, suavizan aquella naturaleza ejecutiva. Junto a la satisfacción de los acreedores se pretende ahora, además, la protección de otros intereses que determinan aquel cambio. En este sentido, MONEREO PÉREZ, *La conservación de la empresa en la Ley Concursal: aspectos laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2006, p. 38.

Sobre el carácter y fin al que se dirige el concurso, suscribimos la definición que ofrece HUALDE LÓPEZ: «el concurso de acreedores, en su significado actual, es un procedimiento judicial complejo que precisa para su apertura de un acto de petición de parte; que participa de la naturaleza de las múltiples actuaciones procesales ejecutivas, cautelares, de conocimiento o constitutivas que en su seno se van a suceder, las cuales, a su vez, tienen como presupuesto el auto de declaración del concurso; y que tiende, de modo natural, a desembocar en una solución consensuada comprometida con el interés privado en la satisfacción de los créditos de los acreedores y, en la medida de lo posible, con aquel otro de carácter público consistente en la conservación de la empresa y de los puestos de trabajo de la misma dependientes». Debemos añadir que, respecto al antiguo juicio de quiebra, tal confluencia de actuaciones procesales -declarativas, cautelares, ejecutivas y constitutivas- se reproducía en términos similares, por lo que, aun cuando con carácter general el objeto se dirigiera a la satisfacción de los acreedores, entendemos que aquella naturaleza ejecutiva tendría que ser, al menos, matizada (*La fase de liquidación en el proceso concursal*, cit., p. 68).

concursal variara ligeramente, el fin seguía siendo la satisfacción de los créditos frente al patrimonio concursal, titularidad del concursado. Ello determina que la posición del deudor se mantenga intacta respecto a los regímenes precedentes de crisis patrimonial. De esta suerte, en el régimen vigente, aun cuando se lograra el convenio, el fin sería, de igual modo, el patrimonio concursal y, por tanto, el deudor ostentaría la posición de sujeto pasivo.

Junto al deudor, los acreedores detentan una posición de notable relevancia: sin pluralidad de aquéllos no hay concurso de acreedores⁴³⁸.

Los acreedores como “destinatarios” del proceso concursal o, dicho de otro modo, en tanto que titulares de los derechos de crédito que pretenden ser satisfechos con el concurso, han merecido el calificativo de sujeto activo del proceso concursal⁴³⁹⁴⁴⁰.

En cuanto a los terceros, conviene matizar que el empleo que le damos al término no es en un sentido técnico-jurídico, contrario al de partes⁴⁴¹, sino como sujetos que, ajenos al concurso, pueden verse afectados por el mismo (v.

⁴³⁸ Lo tajante de la afirmación no pretende desmerecer el histórico debate, doctrinal y jurisprudencial, acerca de si la existencia de una pluralidad de acreedores es presupuesto para la declaración de concurso. No podemos, en estas líneas, entrar a fondo sobre la cuestión aunque sí, al menos, dejar sentada nuestra opinión. La especial fisonomía del concurso de acreedores, lejana a un mero proceso lineal, solo puede estar conceptuada para tutelar una pluralidad de aquéllos. A nuestro juicio pues, pese al silencio de la LC, la pluralidad de acreedores es un presupuesto para la declaración de concurso. Sobre la cuestión, con extensa doctrina y jurisprudencia a favor de una y otra postura, vid. RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES y VIGUERA RUBIO, «Pluralidad de acreedores», *Enciclopedia de Derecho Concursal*, BELTRÁN SÁNCHEZ y GARCÍA-CRUCES (dirs.), ÁVILA DE LA TORRE y CAMPUZANO (coords.), tomo II, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 2279 a 2296.

⁴³⁹ Así, como afirmara GUASP DELGADO: «los acreedores constituyen el principal elemento subjetivo activo de toda quiebra» en tanto que «son ellos los titulares activos de las pretensiones procesales que se formulan frente al quebrado y cuya satisfacción constituye la verdadera finalidad de este proceso» (*Derecho Procesal Civil*, tomo I, cit., p. 991).

⁴⁴⁰ Partimos, como es lógico, de una concepción *ius privatista* del concurso de acreedores -en los mismos términos ya expuestos respecto del deudor-. El matiz es importante. Si siguiéramos postulados *ius publicistas* -como los expuestos por APODACA Y OSUNA- la posición de los acreedores en el proceso concursal quedaría, al menos, difuminada. Así lo podemos colegir de las argumentaciones del citado autor: «el Estado no interviene en la quiebra para colmar intereses privados» ni «para constreñir al deudor a pagar a sus acreedores mediante un proceso ejecutivo universal liquidatorio de su patrimonio»; «ésta podrá ser una de sus consecuencias, pero nunca su única finalidad» (*Presupuestos de la quiebra*, cit., pp. 182 y 183).

⁴⁴¹ En este sentido, vid. DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal Civil...*, cit., p. 134.

gr. por el ejercicio de una acción de reintegración, por el derecho de separación, etc.). De tales sujetos se desprende un doble carácter: activo y pasivo. Activo por cuanto pueden ejercitar acciones para recuperar bienes y derechos indebidamente incluidos en el patrimonio concursal (v. gr. derecho de separación). Pasivo por cuanto pueden verse afectados por acciones emprendidas por la administración concursal (v. gr. acciones de reintegración, resolución de contratos, etc.)⁴⁴².

Por último, se reconoce, para determinadas actuaciones, la condición de parte al Fondo de Garantía Salarial y al Ministerio Fiscal (art. 184.1 LC *in fine*)⁴⁴³.

4.3.2.3. La posición de los administradores concursales

La posición de los administradores legales ha sido desde antaño una cuestión controvertida⁴⁴⁴. En el antiguo juicio de quiebras, salvo contadas excepciones, era unánime la doctrina que abogaba por entender que se producía una suerte de sustitución (material y procesal)⁴⁴⁵: tras la aprehensión

⁴⁴² Sobre los terceros, vid. RAMÍREZ, *La quiebra*, cit., pp. 379 a 381.

⁴⁴³ Reza el precepto: «el Fondo de Garantía Salarial deberá ser citado como parte cuando del proceso pudiera derivarse su responsabilidad para el abono de salarios o indemnizaciones de los trabajadores. En la sección sexta será parte, además, el Ministerio Fiscal». Sin entrar a fondo en la cuestión, por exceder los intereses de esta investigación, es claro que el Ministerio Fiscal es parte en sentido técnico-jurídico de la sección sexta. Y la misma conclusión parece predicarse respecto del FOGASA por cuanto el resultado del concreto proceso del que forme parte recaerá en su esfera jurídica.

⁴⁴⁴ Véanse sin más las complejas construcciones formuladas por la doctrina. In extenso, vid. TIRADO MARTÍ, *Los administradores...*, cit., pp. 16 y ss. Un resumen de aquéllas puede verse en la nota al pie 192. De notable interés en la investigación que en esta sede llevamos a cabo son las teorías -descritas en el capítulo I- en torno a la posición de los síndicos en la quiebra y los interventores judiciales en la suspensión de pagos. Al respecto, vid. pp 57 a 59, notas al pie 75 a 79, para los interventores y pp. 76 a 79, notas al pie 131, 132, 133 y 138, para la sindicatura.

⁴⁴⁵ Entre otros, BRUNETTI afirmaba que «para asegurar la consecución del fin a que está destinada la masa activa (de la quiebra), que es el de satisfacer a los acreedores, la ley priva al deudor del poder de disponer y se lo transmite al administrador de la masa»; «la íntima relación entre lo que se quita a uno (el quebrado) y se atribuye a otro (los Síndicos), induce a suponer que el Síndico ejerce los derechos correspondientes al deudor en lugar de éste, del mismo modo y con las mismas limitaciones con que éste habría podido ejercerlos (...) no cambia la pertenencia del derecho -propiedad-, sino el titular del poder de ejercerlo (...) para que cambiase la pertenencia sería necesario que la masa se convierta en sujeto del derecho (...) y no es más que el objeto de éste» (*Tratado de quiebras*, cit., p. 130). En términos similares, RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ: «El síndico actúa en nombre propio y por derecho propio, con facultades sobre bienes ajenos (...); mediante la sindicatura concursal se opera una sustitución en la forma del ejercicio de derechos patrimoniales; el Síndico actúa en el lugar del sujeto, no por cuenta del sujeto, produciendo efectos incluso contra y en perjuicio del titular del

u ocupación material del patrimonio del deudor operaba la referida de éste en su administración –en primer lugar, con el depositario y, en segundo término, con los síndicos-.

Incluso aun cuando algunos autores llegaron a afirmar que entre el órgano de administración y el deudor se producía una «sustitución en la titularidad de la empresa mercantil insolvente»^{446 447} y hasta una sustitución de los acreedores por el órgano de administración, no se pudo determinar, ni cuando ejercitara acciones propias de los acreedores, ni cuando gestionara el patrimonio concursal, una posición activa o pasiva del órgano de administración⁴⁴⁸. La razón: ambas posiciones son ostentadas por la administración concursal.

patrimonio» (*Curso de Derecho Mercantil*, cit., p. 721). En fin, POLO DÍEZ Y BALLBÉ PRUNES, *La quiebra...*, cit., p. 51: «podemos afirmar que el Síndico, sin dejar de representar los intereses de la quiebra y de la masa de acreedores, que le atribuyen el Derecho y la jurisprudencia españoles, cuando proyecta su actuación sobre el patrimonio del quebrado, especialmente en funciones de administración y liquidación, ostenta, en síntesis, por vía de sustitución, como titular de ejercicio, todas y cada una de las facultades que correspondían al deudor y de las que éste ha sido desposeído en virtud de la declaración de quiebra». Por último, GARCÍA VALDECASAS: «con la declaración de quiebra se produce, según la técnica alemana, una “Ersetzung”, una sustitución, lo mismo del deudor que de los acreedores, pues en definitiva las facultades de disposición de uno y otros vienen a serles arrebatadas por la administración de la quiebra» (*Dictamen sobre la quiebra...*, cit., p. 133). En términos similares, PROVINCIALI, *Manuale di Diritto Fallimentare*, Giuffrè, Milano, 1951, pp. 206 y 207.

⁴⁴⁶ Así, APODACA Y OSUNA, *Presupuestos de la quiebra*, cit., p. 169. En términos similares, BONELLI (vid. nota al pie 384).

⁴⁴⁷ Es cierto que, declarado el concurso, el deudor mantiene la propiedad de los bienes que integran el patrimonio concursal. Ésta es, sin embargo, una titularidad formal, por cuanto el contenido del derecho de propiedad se “vacía”: el deudor queda despojado de sus facultades de administración y disposición patrimonial. Ello determinó que, en el pasado, parte de la doctrina entendiera que, en tanto que el deudor perdía aparentemente la expresión de aquel derecho de propiedad –las facultades de administración y disposición patrimonial-, dejaba de ostentar, asimismo, la propiedad sobre aquellos bienes y derechos. Tales postulados son, evidentemente, erróneos. Sobre la cuestión, vid. CERRI, *Il patrimonio...*, cit., p. 31.

Aún más, si bien se mira, las limitaciones que articula la LC no afectan al ejercicio de las facultades que integran el contenido de los derechos subjetivos sino a las facultades de contraer obligaciones, disponer del objeto del proceso, etc. La Ley disciplina, a este respecto, no solo quién puede ejercer tales facultades (arts. 40, 51 y 54 LC), sino el modo en que deben ser ejercitadas (art. 43 LC). Lo descrito determina que las consecuencias de la infracción a las referidas limitaciones no afectaran a la celebración del negocio jurídico en si mismo, sino a la disposición –transmisión del objeto- o a la administración, que devendrán ineficaces. Cfr. MARTÍNEZ FLÓREZ, «La declaración...», cit., pp. 126 y 127.

⁴⁴⁸ Se catalogaba, por el contrario, al órgano de administración como un órgano del Estado. Como señalara APODACA Y OSUNA, «se despoja al comerciante de la titularidad de la empresa y ésta pasa al órgano administrativo estatal, es decir, al Síndico» (*Presupuestos de la quiebra*, cit., pp. 192). Como organismo público es calificado por GARCÍA VALDECASAS (*Dictamen sobre la quiebra...*, cit., p. 133).

En efecto, conocida la difícil relación existente entre la administración concursal y el deudor, de un lado, y los acreedores, de otro, así como el complejo rol multifacético atribuido a la administración concursal, es difícil –por no decir imposible- definir su posición como sujeto activo o pasivo en el concurso de acreedores.

En virtud de lo expuesto, para poder pronunciarnos sobre la cuestión se hace imprescindible acotar el plano de actuación al que queremos referirnos. Solo así podremos obtener algún resultado en la determinación de la posición que ostenta la administración concursal. A nuestro juicio, el yerro de la doctrina –tradicional y actual- ha radicado en un punto: pretender agrupar el dispar cometido bajo una misma institución.

Junto a las labores que se le atribuyen propias de auténticos auxiliares judiciales –v. gr. informar de la declaración de concurso a los acreedores para que comuniquen sus créditos *ex art. 21.4 LC*; liquidar el patrimonio concursal, etc.- y los cometidos asimilables a los desempeñados por los peritos –v. gr. la elaboración del inventario de los bienes y derechos que conforman el patrimonio concursal o el análisis del estado de la contabilidad del deudor *ex art. 75 LC*-, encontramos otro importante elenco de funciones concentradas en la administración y disposición del patrimonio concursal desde una doble perspectiva: sustantiva y procesal⁴⁴⁹. Sobre estas últimas centraremos nuestra explicación.

⁴⁴⁹ Como señalara BELTRÁN SÁNCHEZ respecto de la sindicatura: «Interesa, por lo tanto, concluir que la sindicatura es un órgano de la quiebra e interesa saber en qué se traduce su función, y es aquí donde se aprecia el carácter complejo de este órgano, que actuará unas veces como simple auxiliar judicial al servicio del desarrollo del procedimiento (y así la ley impone las funciones de examinar los títulos justificativos de los créditos y proponer a los acreedores su reconocimiento y graduación –arts. 1218.5º LEC y 1073.4º CCom/1829- o promover la convocatoria y celebración de las juntas de acreedores –arts. 1218.6º LEC y 1073.6º CCom/1829-); actuará otras veces en lugar de los acreedores, porque el procedimiento concursal exige una actuación unitaria de éstos (y en este sentido, la ley le concede la legitimación para el ejercicio de las acciones de reintegración de la masa –art. 1366 LEC-), y actuará, en fin, por expresa disposición legal también (vid. art. 1366 LEC), como administrador legal de los bienes del quebrado, que ha sido desapoderado (el ejemplo más evidente está constituido por la continuación del ejercicio del comercio del quebrado). Esta *múltiple* posición jurídica de la sindicatura, derivada de su condición de órgano del procedimiento, no debe sorprender, porque la propia legislación concursal establece esa multiplicidad de funciones como necesarias para el desarrollo del procedimiento. Ningún problema se presentaría si,

Superada la tesis de la representación del deudor por sus administradores legales en la administración y gestión del patrimonio concursal⁴⁵⁰, la doctrina tradicional se postulaba, como anticipábamos, por la sustitución como institución que permitiera explicar la eficacia de los actos, sustantivos y procesales, realizados por los órganos de administración sobre el patrimonio concursal. La acogida de la sustitución, fundamentalmente en la quiebra, huía, no solo de la representación, sino también de aquellas explicaciones que, formuladas en un tiempo precedente, asimilaban la figura del órgano de administración al de un administrador judicial⁴⁵¹.

Sin embargo, en el régimen precedente y, con más vigor, en el vigente, el empleo de la sustitución⁴⁵² como mecanismo que permite esclarecer el cometido del órgano de administración concursal en la gestión patrimonial se focaliza en un único ámbito: el sustantivo. Así pues, si concebimos la sustitución, en el caso del concurso de acreedores, como el cambio de sujetos

como ocurre en la Ley francesa de 25 de enero de 1985, esas diversas funciones, necesarias en un procedimiento, aparecieran realizadas por diversos sujetos: existen dos auxiliares judiciales, uno administrador del patrimonio del quebrado y otro representante de los acreedores. Ambas funciones son desempeñadas en el vigente derecho español por el mismo órgano: la sindicatura» (*Las deudas...*, cit., pp. 99 y 100, nota al pie 4).

⁴⁵⁰ En sentido técnico «en la representación se actúa únicamente en interés del representado». Así, Díez-PICAZO afirmaba: «los supuestos denominados de “representación en interés del representante” o de “representación en interés de un tercero” no pertenecen en rigor a la teoría de la representación, sino que son formas oblicuas o indirectas de utilización del instituto de la representación para obtener finalidades de otro tipo» (*La representación en el Derecho Privado*, Civitas, Madrid, 1979, p. 56).

Respecto a la administración concursal, en tanto que opera, la administración y disposición del patrimonio concursal, en interés del concurso –en ocasiones a favor del deudor, en otras, a favor de los acreedores y, en otras, en fin, a favor de intereses ajenos a ambos-, aquella representación no es predicable.

Sobre la teoría de la representación, en las instituciones del régimen precedente, vid. pp 76 a 79 y notas al pie 131 a 138 respecto a la sindicatura; y pp. 57 a 59 y nota al pie 75 a 79 respecto a los interventores judiciales.

⁴⁵¹ Así, PROVINCIALI, *Trattato...*, cit., pp. 100 y ss.; PAJARDI, *Manuale...*, cit., pp. 498 y ss. Semejante asimilación responde a una visión exclusivamente liquidativa del cometido del órgano de administración. En el régimen vigente, dicha equiparación, respecto a los secretarios judiciales, en el ejercicio de tareas liquidativas ha sido defendida, de manera acertada, por GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, «Administradores concursales...», cit., p. 162. Como afirma la autora: «en las operaciones de liquidación, los administradores desempeñan una función pública y procesal, idéntica a la que lleva a cabo el secretario judicial en un proceso de ejecución singular dineraria regulado en la LEC».

⁴⁵² La sustitución es, por otro lado, una institución de difícil categorización. En este sentido, como afirma Díez-PICAZO, «la construcción de una teoría general de la sustitución en la actividad jurídica se hace extraordinariamente difícil, si no decididamente imposible» (*La representación...*, cit., p. 60).

para la gestión de un patrimonio –el concursal-, la referida sustitución podría ofrecer una válida respuesta en el plano sustantivo: cuando el deudor pierde las facultades de administración y disposición patrimonial pasan al ámbito competencial de la administración concursal que, desde ese momento, está habilitada para realizar, con plena eficacia, aquellos actos que, con anterioridad a la declaración de concurso, solo podía realizar el deudor⁴⁵³. La cuestión que queda, pues, por resolver es la siguiente: en lo atinente a la administración y disposición del patrimonio concursal ¿podemos afirmar que en el ámbito procesal se produce una suerte de sustitución?

4.3.3. El vínculo entre el patrimonio concursal y la administración concursal

4.3.3.1. Consideraciones preliminares

Para hallar la institución que mejor describa la actuación procesal de la administración concursal en la gestión del patrimonio concursal es preciso rescatar algunos de los elementos que hemos ido desgranando a lo largo del presente Capítulo. Expuesto, de un lado, que declarado el concurso el patrimonio del deudor se escinde en dos patrimonios distintos -personal y concursal- adscritos a un mismo titular, y visto, de otro, que las limitaciones que recaen sobre el deudor no son limitaciones a la capacidad de obrar sino prohibiciones de administrar y disponer, conviene seguir avanzando en la articulación de aquellas cuestiones relacionadas con la posición jurídico procesal de la administración concursal y su consideración de parte en el proceso concursal.

⁴⁵³ Esta afirmación no es, sin embargo, totalmente correcta. Y no lo es por cuanto la administración concursal tiene, de un lado, mayores facultades que el deudor (v. gr. rescisión de contratos *ex art.* 61 LC, enervación de la acción de desahucio *ex art.* 70 LC) y, de otro, menores facultades (v. gr. imposibilidad de gravar o enajenar bienes o derechos hasta la aprobación judicial del convenio o la apertura de la liquidación *ex art.* 43.2 LC). Un hito que evidencia lo expuesto y, a su vez, delimita el marco de las actuaciones que puede llevar a cabo la administración concursal en la gestión del patrimonio concursal, se deduce del juego de los arts. 35.1 LC («los administradores concursales (...) desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado administrador y de un representante leal») y 43.1 LC («en el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre la masa activa, se atenderá a su conservación del modo más conveniente para los intereses del concurso»).

4.3.3.2. Los artículos 6 y 7 LEC

4.3.3.2.1. Observaciones en torno a la residual atribución de personalidad jurídica al patrimonio concursal

Volvamos al patrimonio concursal. Como ya dejábamos entrever, en la actualidad, han quedado superadas aquellas teorías que exigían la personalidad jurídica como presupuesto para operar en el tráfico jurídico. La adquisición de “sujetividad” o, lo que es lo mismo, la posibilidad de ser sujeto de derecho en el tráfico jurídico, no exige hoy, como presupuesto, detentar plena personalidad jurídica. Es suficiente, por el contrario, el reconocimiento por parte del Ordenamiento jurídico de la aptitud para ser punto de atribución de derechos⁴⁵⁴ y/o centro de imputación de obligaciones.

En el ámbito forense, el art. 2 LEC/1881⁴⁵⁵ establecía, de manera implícita, un estricto paralelismo entre personalidad jurídica civil y capacidad para ser parte⁴⁵⁶. Ello originaba importantes problemas en sede procesal: al carecer las masas concursales de personalidad jurídica –y no ser personas físicas- no podían ser demandadas en juicio. El art. 6 LEC⁴⁵⁷, finalmente, superó aquella

⁴⁵⁴ Sobre la cuestión, vid. TIRADO MARTÍ, *Los administradores...*, cit., p. 42. Como recuerda el autor (remitiendo a CAPILLA RONCERO, *La persona jurídica...*, cit., pp. 52 y ss.) semejante concepción de la personalidad evoca las formalistas concepciones que, en torno a la “personificación” de entes jurídicos, desarrollaron FERRARA SR. y CARNELUTTI. Así, quedaba desvinculada la personalidad de todo requisito material, hasta el extremo de que era persona todo ente al que el Ordenamiento jurídico atribuía un derecho sin necesidad de pronunciamiento legal expreso.

⁴⁵⁵ El art 2 LEC/1881 rezaba así: «solo podrán comparecer en juicio los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles. Por los que no se hallen en este caso comparecerán sus representantes legítimos, o los que deban suplir su incapacidad con arreglo a Derecho. Por las corporaciones, sociedades y demás entidades jurídicas, comparecerán las personas que legalmente las representen».

⁴⁵⁶ Cfr. SENÉS MOTILLA, «Las partes del proceso civil», *Cuadernos de Derecho Judicial*, n° 1 (ejemplar dedicado a: Disposiciones generales relativas a los juicios civiles en la nueva Ley de enjuiciamiento civil), 2000, DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ (dir.), p. 19.

⁴⁵⁷ En virtud del art. 6 LEC: «1. Podrán ser parte en los procesos ante los tribunales civiles: 1.º Las personas físicas; 2.º El concebido no nacido, para todos los efectos que le sean favorables; 3.º Las personas jurídicas; 4.º Las masas patrimoniales o los patrimonios separados que carezcan transitoriamente de titular o cuyo titular haya sido privado de sus facultades de disposición y administración; 5.º Las entidades sin personalidad jurídica a las que la ley reconozca capacidad para ser parte; 6.º El Ministerio Fiscal, respecto de los procesos en que, conforme a la ley, haya de intervenir como parte; 7.º Los grupos de consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso cuando los individuos que lo compongan estén determinados o sean fácilmente determinables. Para demandar en juicio será necesario que el grupo se constituya con la mayoría de los afectados; 8.º Las entidades habilitadas conforme a

equivalencia prescindiendo de la personalidad jurídica como premisa para ostentar capacidad para ser parte.

No obstante, debemos señalar que, en rigor, es bajo el régimen de la LEC/1881 donde se sentaron las bases, legales y jurisprudenciales, para que operara aquel tránsito. Al no gozar la masa concursal de personalidad jurídica se hizo necesaria una ficción: reconocerles “personalidad” en sede procesal con el propósito de no dejar indefensos a los sujetos que se interrelacionaran con ellos⁴⁵⁸. Como decimos, es la LEC de 2000 la que ha materializado lo que, desde tiempo atrás, venía operando: reconocer capacidad para ser parte a «las masas patrimoniales o los patrimonios separados que carezcan transitoriamente de titular o cuyo titular haya sido privado de sus facultades de administración y disposición» (ex art. 6.1.4º LEC).

4.3.3.2.2. La capacidad para ser parte y la capacidad procesal de la masa concursal: el juego de los artículos 6.1.4º y 7.5 LEC

El simple hecho de hablar de capacidad -o incapacidad- comprende, por definición, la posibilidad -o imposibilidad de hacer algo-⁴⁵⁹. La capacidad es, pues, el presupuesto o requisito de ese algo. Trasladado al ámbito procesal: hablar de capacidad es hablar de un presupuesto del proceso⁴⁶⁰.

la normativa comunitaria europea para el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios. 2. Sin perjuicio de la responsabilidad que, conforme a la ley, pueda corresponder a los gestores o a los partícipes, podrán ser demandadas, en todo caso, las entidades que, no habiendo cumplido los requisitos legalmente establecidos para constituirse en personas jurídicas, estén formadas por una pluralidad de elementos personales y patrimoniales puestos al servicio de un fin determinado».

⁴⁵⁸ Cfr. TIRADO MARTÍ, *Los administradores...*, cit., pp. 44 y 45, nota al pie 89. Se imitaba, de este modo, el modelo asentado en otros países de nuestro entorno, si bien en aquéllos ya contaban con un reconocimiento legal expreso. Así, en Alemania (art. 50.2 *Zivilprozessordnung*, en adelante ZPO) o en Italia (art. 75 *Codice di Procedure Civile*).

⁴⁵⁹ Cfr. DE LA OLIVA SANTOS, *La sociedad irregular...*, cit., p. 95.

⁴⁶⁰ Entendemos por presupuesto del proceso la condición necesaria para que en aquéllos se considere válidamente constituida la relación jurídico procesal y, de esta forma, se pueda entrar a conocer del fondo del asunto.

4.3.3.2.2.1. La capacidad para ser parte de la masa concursal: el artículo 6.1.4º LEC

Como afirma DE LA OLIVA SANTOS «la capacidad para ser parte o personalidad procesal es la aptitud para ser titular de todos los derechos procesales y asumir las cargas y responsabilidades inherentes al proceso civil», esto es, «la aptitud para pedir la tutela de los tribunales (afirmar acciones) y resultar afectado por decisiones jurisdiccionales sobre pretensiones de tutela jurídico-procesal»⁴⁶¹. Podemos aseverar, pues, sin aventurarnos, que la capacidad para ser parte es la aptitud para ser sujeto de relaciones jurídico procesales⁴⁶².

Pues bien, reconocido en el art. 6.1.4º LEC la capacidad para ser parte de «las masas patrimoniales (...) cuyo titular haya sido privado de sus facultades de administración y disposición» y conocido que la capacidad para ser parte es un presupuesto de carácter absoluto, cabe colegir una importante consecuencia: en el marco de las relaciones jurídico procesales que se sustancien con ocasión de la administración o disposición del patrimonio, el sujeto titular de aquella relación es la masa concursal.

La capacidad para ser parte se presenta, así, indisolublemente unida a la subjetividad jurídica. Sin aquélla, devendría inviable el ejercicio de acciones en su favor, la oposición de resistencias en su defensa o la posibilidad misma, de otros sujetos, de accionar frente a ella.

Sin embargo, la atribución de subjetividad a las referidas entidades en el ámbito procesal nada indica sobre la posición que ostentan en el ámbito jurídico material. Como ya adelantábamos, la atribución de capacidad para ser parte a las masas patrimoniales es una ficción que responde a una necesidad inveterada en nuestro Ordenamiento jurídico: «evitar la indefensión de terceros que requieren la tutela jurisdiccional contra un ente que, precisamente por su “inexistencia” material, no podía ser objeto de “agresión” jurídica»⁴⁶³. Así, la

⁴⁶¹ Cfr. DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal Civil...*, cit., p. 135.

⁴⁶² Entre otros, ROSEMBERG, *Tratado...*, cit., p. 230.

⁴⁶³ Cfr. TIRADO MARTÍ, *Los administradores...*, cit., p. 45.

atribución de capacidad para ser parte no es, en términos matemáticos, condición suficiente –aunque si necesaria- para confirmar la existencia de un sujeto de derecho en el ámbito sustantivo⁴⁶⁴.

No debemos olvidar un importante matiz: «la capacidad para ser parte no es lo que constituye a un ente en parte procesal, sino lo que hace que, en general, un ente pueda ser parte en el proceso»⁴⁶⁵.

4.3.3.2.2. La capacidad procesal de la masa concursal: el artículo 7.5 LEC

Si bien hemos dicho que para ostentar subjetividad procesal es suficiente con ser centro de imputación de derechos y deberes en sede procesal, para obrar válidamente en el proceso es necesario algo más: gozar de capacidad procesal⁴⁶⁶.

Evidenciado que la masa concursal ostenta capacidad para ser parte y que carece de soporte material con el que actuar: ¿a quién se atribuye, pues, la capacidad procesal para comparecer y obrar válidamente en el proceso?

El art. 7.5 LEC nos da la respuesta a la pregunta formulada: «las masas patrimoniales o patrimonios separados a que se refiere el número 4.º del apartado 1 del artículo anterior comparecerán en juicio por medio de quienes, conforme a la ley, las administren». Y la administración, en aplicación del art. 40 LC, para el ámbito sustantivo, y de los arts. 51 y 54 LC, en sede procesal, se atribuye a la administración concursal.

⁴⁶⁴ No podemos estar de acuerdo, sin embargo, con TIRADO MARTÍ cuando afirma que «la atribución de la personalidad procesal, lejos de probar la existencia de un sujeto de derecho sustantivo implica justo lo contrario, su inexistencia, pues, de otra manera, no sería necesario el reconocimiento legal expreso» (*Los administradores...*, cit., p. 45). Una superficial lectura del art. 6 LEC no nos permite colegir semejante aseveración. Si bien se mira, el reconocimiento legal expreso se realiza respecto de todos aquellos que tienen capacidad para ser parte, con independencia de su existencia en el plano sustantivo. Así, por ilustrativo, el reconocimiento de la capacidad para ser parte de las personas físicas *ex art.* 6.1.1º LEC.

⁴⁶⁵ Cfr. DE LA OLIVA SANTOS, *La sociedad irregular...*, cit., p. 93.

⁴⁶⁶ Entendiendo la capacidad procesal como «la aptitud de realizar actos válidos en el proceso» (Cfr. DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal Civil...*, cit., p. 145).

Parece, pues, que la administración concursal actuará en el proceso por la masa concursal, pero: ¿en calidad de qué?, ¿qué concreta posición ocupa la administración concursal?

Resolviendo esta cuestión, a priori sencilla, lograremos un importante avance en nuestra investigación: conocer qué posición ocupa la administración concursal en el proceso y, de este modo, determinar el alcance de las actuaciones procesales que puede llevar a cabo. A lo largo de este Capítulo iremos desgranando la cuestión y sorteando conflictos y confusiones que con figuras distintas se han ido planteando desde el origen de la institución concursal. Conviene, sin embargo, anticipar la que, a priori, puede ser la respuesta correcta: la administración concursal actúa en el proceso como representante necesario del patrimonio concursal.

En efecto, la institución de la representación necesaria⁴⁶⁷ se presenta adecuada para explicar el fenómeno a que nos referimos. La masa concursal como ente necesitado de soporte físico precisa, por su propia naturaleza, de personas físicas que operen por ella. La administración concursal se erige, de este modo, en la necesaria personificación física de un ente transitorio: el patrimonio concursal.

Según lo descrito, la administración concursal comparecería y actuaría en el proceso en la posición de demandante, cuando ella misma demandara en nombre de la masa concursal, y haría lo propio, en la posición de demandado, bien cuando se demandara directamente a la referida masa –que requeriría para comparecer y actuar de la administración concursal- bien cuando se demandase directamente a la administración concursal⁴⁶⁸.

Resumiendo, de la dicción de los arts. 6.1.4º y 7.5 LEC, se desprende que, en aquellos procesos en los que intervenga el patrimonio concursal, una vez

⁴⁶⁷ Partimos de la definición que ofrece DE LA OLIVA SANTOS de representación necesaria como «la cualidad o condición de las personas físicas que actúan procesalmente en nombre de las personas jurídicas o de las entidades a las que, pese a no estar personificadas, se les permite ser partes procesales, sea con carácter general, sea con capacidad relativa para ser parte» (*Derecho Procesal Civil...*, cit., p. 171).

⁴⁶⁸ Sobre la representación necesaria, con carácter general, vid. DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal Civil...*, cit., pp. 171 a 173.

declarado el concurso, la administración concursal integrará, mediante su comparecencia en el proceso, la capacidad procesal de aquel patrimonio.

4.3.3.2.2.3. Implicaciones de los artículos. 6.1.4º y 7.5 LEC en la consideración de parte del proceso concursal

Evidentemente, la condición de parte procesal que otorga el art. 6.1.4º LEC a la masa concursal y los mecanismos que para su actuación en el proceso prevé el art. 7.5 LEC, despejan una importante duda que, desde antaño, ha sobrevolado el panorama procesal concursal: la condición de parte de la administración concursal y la discusión sobre el tipo de legitimación que ostenta en el concurso. Así, podríamos llegar a una primera conclusión, si la legitimación es una cualidad predicable de la parte y, como hemos visto, parte es la masa concursal la conclusión es obligada: la administración concursal no ostenta legitimación alguna⁴⁶⁹.

4.4. Legitimación, representación necesaria y administración concursal

4.4.1. Consideraciones previas

Siguiendo el curso de nuestra investigación procede afrontar ahora uno de los conceptos más debatidos y confusos del Derecho procesal⁴⁷⁰ y su proyección en el concurso. Nos referimos a la legitimación y a su cuestionada relación con la administración concursal en tanto órgano de aquél.

Por la trascendencia e implicación que esta institución tiene en la determinación de la posición jurídico procesal que detenta la administración

⁴⁶⁹ De la misma opinión, DE LA OLIVA SANTOS, «Comentario al artículo 6», *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (con DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, VEGAS TORRES y BANACLOCHE PALAO), Civitas, Madrid, 2001, p. 82; ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, «El proceso incidental concursal...», cit., pp. 252 y 253; y, de manera indirecta, así parece desprenderse de ORTELLS RAMOS: «las consecuencias jurídicas de la actividad procesal se imputan al patrimonio como entidad, no a su titular, privado de poderes jurídicos sobre aquel, ni a los órganos de gestión, cuyos titulares pueden, incluso, contraer responsabilidades frente al patrimonio (por ejemplo, art. 36 LC)» (*Derecho Procesal Civil*, cit., p. 122).

⁴⁷⁰ En estos términos, GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal civil* (con HERCE QUEMADA), tomo I, Madrid, 1969, p. 127; y CORDÓN MORENO, «Anotaciones...», cit., p. 305.

concursal conviene, al igual que hicimos con las partes, exponer las principales corrientes doctrinales que se han construido en torno a ella⁴⁷¹.

Debemos, no obstante, realizar una precisión previa. Cuando empleemos el término legitimación lo haremos atendiendo, en todo caso, a una de sus acepciones: la legitimación *ad causam*⁴⁷².

4.4.2. Posiciones en torno a la legitimación

Pasemos pues a exponer, aun sucintamente, las principales construcciones doctrinales que sobre la legitimación se han elaborado. Veremos que, en todas ellas, la legitimación va indisolublemente ligada al concepto de parte.

De las tres teorías que a continuación expondremos, las dos primeras presentan un punto común: la legitimación obedece a una determinada posición del sujeto con la relación jurídico sustancial que se deduce en juicio. La función que corresponde a la legitimación es determinar quiénes son los sujetos idóneos para entablar un proceso de modo que la sentencia pueda producir frente a ellos sus efectos característicos⁴⁷³. Ambas teorías presentan asimismo una importante diferencia: el distinto tratamiento procesal que merece la legitimación, esto es, el modo en que se ha de examinar en el proceso su concurrencia.

Así, encontramos una primera corriente doctrinal que conceptúa la legitimación como un presupuesto de fondo condicionante del contenido concreto de la sentencia. Bajo esta corriente, la legitimación se concibe como

⁴⁷¹ Sobre el origen y evolución histórica de la legitimación, vid. ENCISO CALVO, «Acción y personalidad. Contribución al estudio de las excepciones dilatorias de los números 2 y 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», *Revista de Derecho Privado*, tomo XXIII, nº 272, 1936, pp. 171 y ss. y 210 y ss.; y GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CABIEDES, «A vueltas con la legitimación: en busca de una construcción estable», *Revista del Poder Judicial*, nº 54, 1999, pp. 217 a 222.

⁴⁷² De esta forma, pretendemos sentar desde el inicio el concepto a que nos referiremos a lo largo del trabajo. Orillamos, así, la legitimación *ad processum*, que empleada para referir la capacidad para comparecer, presenta un alcance distinto al de la legitimación *ad causam*.

⁴⁷³ Cfr. CORDÓN MORENO, «Anotaciones...», cit., p. 314. En términos similares: «la legitimación como instituto jurídico-procesal es un presupuesto subjetivo, distinto de la capacidad, por el cual un sujeto concreto y determinado puede obtener una situación jurídica posterior respecto a un bien dado en virtud de una especial posición suya respecto a dicho bien»; es «una cualidad que la parte debe poseer para que la sentencia produzca respecto a ella sus efectos típicos» (p. 310).

un presupuesto de la acción, no pudiendo tratarse *in limine litis* -en tanto que no es presupuesto procesal-⁴⁷⁴. En la actualidad, es la corriente de mayor apoyo doctrinal⁴⁷⁵.

Frente a la anterior concepción, aparece una segunda construcción doctrinal. Esta tesis, defendida en España por MONTERO AROCA, entiende que la legitimación es un presupuesto del proceso. Cabe, a juicio de quienes la sostienen, un tratamiento procesal de la legitimación *in limine litis*. Su carencia, en el demandante o en el demandado, lleva consigo una sentencia meramente procesal y no una sentencia de fondo absolutoria⁴⁷⁶.

En último término, encontramos una tercera tesis: «están legitimados procesalmente el demandante, por el mero hecho de formular su demanda, y el demandado, por haber sido elegido como tal por el demandante»⁴⁷⁷. Para los autores que sostienen esta posición, la teoría de la legitimación representa un esfuerzo superfluo y vano para tratar de asegurar la presencia en el juicio

⁴⁷⁴ Como señala la STS (Sala de lo Civil) de 19 de mayo de 1993 [RJ 1993, 3558] la legitimación es «la adecuación normativa entre la posición jurídica que se atribuye el sujeto y el objeto que demanda, en términos que, al menos en abstracto, justifican preliminarmente el conocimiento de la petición de fondo que se formula, no porque ello conlleve que se le va a otorgar lo pedido, sino, simplemente, porque el juez competente, cumplidos los requisitos procesales, está obligado a examinar dicho fondo y resolver sobre el mismo por imperativo del ordenamiento jurídico material». Sobre la cuestión, también de interés, vid. STS (Sala de lo Civil) de 1 de febrero de 1994 [RJ 1994, 854] y STS (Sala de lo Civil) 2 de septiembre de 1996 [RJ 1996, 6498].

⁴⁷⁵ De este parecer, MUÑOZ ROJAS, «Parte y justa parte en el proceso civil», *Revista de Derecho Judicial*, nº 4, 1960, pp. 47 y ss.; GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Civil*, 8ª ed., cit., pp. 123 y ss., especialmente, p. 125; CORDÓN MORENO, «Anotaciones...», cit., p. 315 y «De nuevo sobre la legitimación», *Revista de Derecho Procesal*, nº 1, 1997, pp. 54 y ss.; GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CABIEDES, «A vueltas con la legitimación: en busca de una construcción estable», *Revista del Poder Judicial*, nº 54, 1999, pp. 211 y ss.; SENÉS MOTILLA, «Las partes...», cit., p. 24; DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal Civil...*, cit., p. 152; FERNÁNDEZ LÓPEZ, RIFÁ SOLER y VALLS GOMBAU, *Derecho procesal práctico*, tomo VII, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 1995, p. 208; ARMENTA DEU, *Lecciones...*, cit., p. 85.

⁴⁷⁶ Cfr. MONTERO AROCA, *La legitimación en el proceso civil: intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre él*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 35 y ss. y *De la legitimación...*, cit., pp. 80 y ss. Esta postura es sostenida en Italia, entre otros, por ALLORIO, *Problemas de Derecho Procesal*, SENTÍS MELENDO (traducido por), tomo II, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1963, pp. 263 y ss. En España abogan por esta corriente minoritaria, GARNICA MARTÍN, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, RIFÁ SOLER y VALLS GOMBAU (coords.), I, Irgium, Barcelona, 2000, pp. 152 y ss.; y SALAS CARCELLER, *Las partes. Problemática procesal*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, pp. 70 y ss.

⁴⁷⁷ Cfr. SERRA DOMÍNGUEZ, «Precisiones...», cit., p. 310. Y continúa, «la demanda marca, pues, cuáles sean las partes legitimadas».

desde su iniciación del verdadero titular del derecho discutido en el juicio⁴⁷⁸. Siguiendo esta teoría, el que una persona sea o no titular del derecho o de la obligación es algo que solo resultará de la sentencia que ponga fin al proceso y, por tanto, no puede haber tratamiento alguno al inicio del mismo. Se trata, pues, de una cuestión de fondo que deberá ser resuelta al dictar sentencia.

Expuestas las distintas teorías en torno a la legitimación conviene realizar una distinción que, contemplada en todas las construcciones expuestas, afecta al fundamento mismo de la legitimación ejercitada. Tal distinción nos servirá para comprender la actuación procesal llevada por la administración concursal -o, al menos, para desechar posiciones infundadas desde antaño sostenidas-

Así, en función de la concreta posición en la que se encuentre el sujeto frente a la situación jurídica sustancial que se deduce en el proceso encontramos: la legitimación ordinaria –directa o propia- y la legitimación extraordinaria –indirecta o impropia-. En la primera, el fundamento radica en la titularidad afirmada de la situación jurídica sustancial cuya tutela es pretendida en el proceso. En la segunda, en cambio, se habilita a un sujeto distinto del titular de la relación jurídica material, en atención a un interés considerado por el Ordenamiento jurídico prevalente y digno de protección, la posibilidad de deducir en juicio, en nombre propio, un derecho ajeno⁴⁷⁹.

Al igual que hicimos al tratar las partes, en esta sede debemos tomar partido por la construcción doctrinal que, de las expuestas, es a nuestro juicio más acertada. En particular, seguiremos los postulados de la primera de las corrientes doctrinales formuladas.

⁴⁷⁸ Cfr. RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento Civil*, cit., pp. 49 y 50 y *Derecho y proceso*, Bosch, Barcelona, 1979, pp. 187 y ss. En el mismo sentido, SATTÀ, *Diritto processuale civile*, 9ª ed., cit., pp. 77 y ss.

⁴⁷⁹ Así, GUTIERREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CABIEDES, «A vueltas...», cit., p. 227. En los supuestos de legitimación extraordinaria los sujetos no actúan en calidad de titular sino por “conexión” con la titularidad del sujeto en cuyo favor intervienen, siendo ese enlace el determinante del interés legítimo que toma en consideración por la LEC (art. 10.2) para habilitar a aquellos sujetos. En términos similares, vid. SENÉS MOTILLA, «Las partes...», cit., pp. 25 y 26.

4.4.3. Legitimación y administración concursal

Como recién afirmábamos, la atribución de legitimación para demandar o ser demandado partiendo de la titularidad encuentra excepciones en los supuestos de legitimación extraordinaria. Decíamos, así, que el Ordenamiento jurídico habilita a determinados sujetos a recabar la tutela jurisdiccional aunque no comparezcan como titulares de la relación jurídico sustantiva objeto del proceso. Pues bien, es en el aparente y adecuado encaje de esta descripción en la actividad procesal llevada a cabo por la administración concursal donde encuentra su razón de ser la casi unánime categorización doctrinal de la administración concursal como legitimada en el proceso concursal. Pero, ¿es cierta semejante aseveración? ¿es sostenible con carácter general o depende del concreto proceso que se esté dirimiendo?

4.4.4. La regulación jurídica existente en los regímenes de quiebra o suspensión de pagos con anterioridad a la entrada en vigor de la LEC 1/2000

En el régimen precedente, el distinto papel que llevaba a cabo, de un lado, la sindicatura en la quiebra y, de otro, los interventores judiciales en la suspensión de pagos, defendiendo un patrimonio que, en su totalidad, le resultaba ajeno, llevó consigo enconadas polémicas doctrinales en orden a determinar la institución en la que la actuación procesal desarrollada por aquéllos encontraba mejor acogida. La estrecha línea que separa la legitimación indirecta de la representación es la causante de los más intensos debates sobre la cuestión.

Con anterioridad a la LEC de 2000 se plantearon distintas posiciones doctrinales a fin de calificar la naturaleza jurídica de las actuaciones que, los referidos órganos de administración, llevaban a cabo en el foro. Procedamos, pues, a la exposición de aquéllas tesis que tuvieron mayor respaldo.

Una importante corriente doctrinal abogaba por entender que el órgano de administración concursal era parte por razón del cargo. La determinación legal del “cargo” permitía que el órgano de administración pudiera actuar como parte

por razón del mismo⁴⁸⁰. No se hablaba de legitimación indirecta, pues en opinión de PRIETO-CASTRO, el no ser parte actuante en nombre propio ni recibir

⁴⁸⁰ Esta teoría, también conocida como teoría en torno al “oficio”, nace en Alemania como respuesta a la predominante, por aquel tiempo, *Schuldnervertretungstheorie*. Fue OETKER quien, pretendiendo justificar, precisamente, la condición de parte del administrador, propuso lo que hasta aquel momento era impensable: que partes fueran aquellos que en la demanda figuraran como demandante o demandado, y no aquellos que aparecieran como sujetos de la relación jurídica objeto del litigio. Con base en este concepto de parte propuesto por OETKER en 1890, una decisión del *Reichgerichts* alemán de 30 de marzo de 1892 se decantó por la teoría del oficio (sobre la cuestión vid. TIRADO MARTÍ, *Los administradores...*, cit., p. 55, especialmente, nota al pie 114, así como pp. 62 y ss.). En la actualidad, es la postura dominante en Alemania, si bien con matizaciones respecto a la construcción formulada más de un siglo atrás. La InsO en varias de sus preceptos (arts. 56, 57 y 59) y la ZPO en su art. 116.1, al regular el derecho a la asistencia jurídica gratuita, parecen amparar la referida teoría. Un sector de la doctrina procesal, sin embargo, no ha entendido que del art. 116.1 ZPO (obtiene derecho a la justicia gratuita (...) una “parte en virtud del cargo”, si las costas no se pueden procurar del patrimonio administrado y no se le puede exigir aportar las costas a los interesados económicamente en el objeto del litigio) se puede desprender la existencia de un nuevo tipo de parte. En este sentido, ROSEMBERG, *Derecho Procesal Civil*, ROMERO VERA (traducido por), EJEA, Buenos Aires, 1955, p. 214. En Italia, la cuestión es todavía más pacífica. El art. 30.1 Legg. fall. dispone que «il curatore (...) è pubblico ufficiale». Sin embargo, la diferencia entre la corriente alemana y la italiana radica en que en Italia el oficio recae sobre el *ufficio fallimentare* integrado por el *Tribunale*, *Giudice delegato*, *curatore* y *comitato dei creditori*. En el país ítalo han apoyado esta teoría, entre otros, PROVINCIALI, *Trattato...*, cit., pp. 660 y 661; PROVINCIALI y RAGUSA MAGGIORE, *Istituzioni di Diritto fallimentare*, CEDAM, Padova, 1988, p. 192; AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, vol. I, 2ª ed., UTET, Torino, 1961, p. 453; PAJARDI, *Manuale...*, 5ª ed., cit., pp. 198 y 199; DE FERRA, *Manuale di Diritto fallimentare*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 51; LIGUORI, «Gli organi del fallimento», *Rivista di diritto fallimentare e delle società commerciali*, I, 1965, pp. 138 y ss.; DEL VECCHIO, «Il curatore fallimentare...», cit., p. 237; BRACCI, *La posizione...*, cit., pp. 13 y ss. Con variaciones importantes, CASELLI, «Gli organi del fallimento: il curatore», *Giur. Comm.*, núm. 1, 1978, p. 488 y SEMIANI BIGNARDI, *Il curatore...*, cit., *passim*.

No obstante, encontramos autores que se han postulado en contra de a la teoría del oficio por considerar que el *ufficio fallimentare*, en su conjunto, responde a una cuestión en exceso artificial. En este sentido, entre otros, SATTA, *Istituzioni di Diritto fallimentare*, Foro Italiano, Roma, 1957, pp. 111 y ss.; FERRARA JR., *Il fallimento*, cit., p. 225; ANDRIOLI, «Fallimento...», cit., pp. 174, nota al pie 224, y 179, nota al pie 273; y BONSIGNORI, *Profilo sistematico delle vendite fallimentari*, Morano, Napoli, 1963, pp. 68 y ss. Para aquel sector doctrinal que se decanta por la teoría del oficio, la parte en aquellos procesos que afectan a la masa activa es el *ufficio fallimentare* en su conjunto. Sin embargo, por la función legalmente atribuida en el reparto de cometidos entre los distintos miembros integrantes del *ufficio fallimentare*, es al *curatore* a quien compete la facultad procesal de proceder en tales procesos. Sobre la teoría del oficio, *in extenso*, vid. TIRADO MARTÍ, *Los administradores...*, cit., pp. 54 a 66.

Pese a la acogida de la teoría del oficio en los países ítalo y germano, las críticas han sido de considerable alcance. En efecto, la atribución de la condición de parte carece de todo sentido si las instituciones jurídicas y fenómenos procesales que entroncan con aquella desaparecen. Y así ocurre con los administradores concursales, al menos, en un importante elenco de los cometidos atribuidos. Así, en la determinación de la competencia, los efectos de cosa juzgada, en condición de qué ha de ser interrogado –parte o testigo–, el derecho a la asistencia jurídica gratuita, etc. Y aún más, si los administradores, siguiendo la teoría del oficio, no actúan plenamente en nombre propio –pues lo hacen como administradores de patrimonio ajeno–, y no actúan en nombre ajeno, ¿en nombre de quién actúan?

los efectos de esta postura imposibilitaba que se produjera el, por él denominado, «desplazamiento de la legitimación»⁴⁸¹.

Esta consideración de parte por razón del oficio podía, sin embargo, proceder de instituciones diversas, como la representación⁴⁸². Ello permitió a Prieto-Castro afirmar que, si bien en distinta sede, que el órgano de administración era representante necesario de la masa de acreedores⁴⁸³.

Un segunda tesis, la de mayor impulso doctrinal, defendía que, aun en ausencia de la falta de interés propio o personal, nos encontrábamos ante un supuesto de legitimación indirecta. Los autores que se decantaron por esta postura centraban el peso de sus argumentos en la privación de las facultades de administración y disposición que sufría el titular en el plano procesal – aunque también en el sustantivo- respecto al patrimonio concursal⁴⁸⁴. Se

⁴⁸¹ Vid. PRIETO-CASTRO, *Tratado...*, cit., pp. 271 y 321, en especial, nota al pie 20. Partidario de esta posición, GOLDSCHMIDT, *Derecho Procesal Civil*, cit., p. 192, que, reconociendo la consideración de parte a las masas independientes de bienes (entre ellas, la masa concursal), entendía que el administrador adquiría la cualidad de «parte por razón del cargo».

⁴⁸² En este sentido, CABAÑAS GARCÍA siguiendo a BETTI afirma: «la necesidad de este tipo de nombramientos puede presentarse también en ámbitos distintos a éste, como la propia representación (pero el representante no es parte), el depositario judicial, e inclusive según este autor el propio Juez cuando realiza la venta forzosa de un bien» (*La tutela judicial del tercero. Estudio sobre la legitimación indirecta, individual y colectiva, en el proceso civil*, DIJUSA, Madrid, 2008, p. 210).

⁴⁸³ Así se pronuncia el citado autor: «se nos aparece la sindicatura como un órgano necesario, ya que la masa de acreedores, que en algunas quiebras pueden ser numerosísimas, no podría realizar por ella misma todas las funciones que se hallan a cargo de los síndicos, pues en cualquier ente colectivo es preciso un órgano de representación y de gestión» (*Derecho Procesal Civil...*, cit., p. 481). Conviene aclarar, no obstante, que los esfuerzos de PRIETO-CASTRO sobre la cuestión residenciaron en la teoría del cargo (o teoría de la parte por razón del oficio).

A nuestro juicio, sin embargo, mantener que el administrador del concurso es, de un lado, parte por razón del «oficio» y, de otro, representante de la masa, es algo incompatible. En efecto, o se actúa como parte o se actúa como representante -la parte sería la masa-, pero ambos *status*, en la misma persona, no es concebible que se ostenten al mismo tiempo.

⁴⁸⁴ En este sentido afirmaba GUASP DELGADO: «cierto que cuando el insolvente llega a ser declarado en concurso o quiebra se le considera incapacitado o inhabilitado para la administración de sus bienes: art. 1914 del CC y 878 del CCom. Pero, examinada a fondo la situación que aquí se produce, se observa que, más que pérdida de la capacidad, lo que hay es privación, al concursado o quebrado, de la legitimación procesal para litigar sobre sus bienes, puesto que el concursado o quebrado puede comparecer en juicio, dentro del concurso o quiebra, para defender sus derechos, y, fuera de él, para actuar en litigios que no guarden relación con los intereses patrimoniales sometidos a ejecución colectiva. Se trata, por lo tanto, de una pura imposibilidad fundada en el desapoderamiento que sufre de sus bienes y que transmite a los órganos del concurso o quiebra las facultades procesales correspondientes no en representación, sino en sustitución de lo que en el futuro hayan de ser titulares de los bienes

hablaba, entonces, de «desplazamiento de la legitimación» o legitimación por sustitución⁴⁸⁵⁴⁸⁶.

sobre que el concurso o quiebra recae» (*Derecho Procesal Civil*, tomo I, cit., p. 181). De la misma opinión, RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento Civil*, cit., p. 30).

⁴⁸⁵ En este sentido, se postuló, entre otros, MONTERO AROCA, para quien se producía un desplazamiento de la legitimación: «los supuestos de privación de la legitimación no son frecuentes, pero uno de ellos es manifiesto respecto del concursado y del quebrado, los cuales, a pesar de lo que dicen los arts. 1914 CC y 878 Cdc, no quedan ni incapacitados ni inhabilitados, sino a los que simplemente se les priva de legitimación para actuar en juicio en el ejercicio de sus derechos patrimoniales, es decir, se les priva de la disposición general de esos derechos, respecto de los cuales su afirmación de titularidad no es bastante para que pueda dictarse una sentencia sobre el fondo del asunto. La privación de la legitimación al concursado y al quebrado, respecto de sus derechos patrimoniales, es proporcional con los fines perseguidos por el concurso y la quiebra, y no supone una supresión de tutela judicial sino un desplazamiento de la legitimación para pedirla al depositario y a los síndicos, de modo que siempre existirá alguien interesado y legitimado. La naturaleza de este desplazamiento de la legitimación es algo doctrinalmente discutido, pero se corresponde con la lógica de lo que son los procesos concursales» (*La legitimación...*, cit., p. 50). En este sentido, TORRES DE CRUELLES, «Consideración procesal...», n^o 162, cit., pp. 283 y ss.; «Consideración procesal...», n^o 163, cit., pp. 390 y 391. Para GÓMEZ ORBANEJA: «En los llamados *patrimonios autónomos* (...) la masa patrimonial pertenece al mismo sujeto que el patrimonio libre; pero en virtud de la separatio, y hasta su terminación, no sólo queda escindido jurídicamente el derecho de administración (...) sino que los dos patrimonios aparecen en la misma situación que si perteneciesen a personas diferentes. El administrador del patrimonio autónomo no representa al sujeto (al concursado o quebrado, al heredero) ni a los acreedores, ni a los deudores, no siendo en modo alguno curador de personas, sino de bienes; sin que deba atribuírsele tampoco, considerado el patrimonio como persona jurídica, el carácter de un representante legal en el sentido del art. 2^o, III. El administrador (o los síndicos), a tenor de un derecho de administración y disposición, ejercita en nombre propio los derechos del patrimonio, o en nombre es demandado en juicio por las obligaciones del patrimonio. Es, por tanto, propiamente, parte en virtud de una sustitución procesal» (*Derecho Procesal civil*, 8^a ed., cit., p. 127. También, pp. 141 y 142 y p. 144). Para MUÑOZ ROJAS, «las funciones atribuidas por la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 1008 y 1098) al administrador de la herencia dan base para asignar a éste la calificación de sustituto procesal, respecto a los derechos y obligaciones insertos en la herencia o masa hereditaria y esta misma consideración puede ser aplicada al depositario-administrador (art. 1181 LEC) y síndicos (art. 1218 LEC) del concurso y de la quiebra» y «los síndicos, según hemos indicado, son sustitutos procesales y ostentan una legitimación indirecta o impropia, tendente a incrementar el activo» («Algunas facetas de los juicios universales», *Constitución, Derecho y Proceso. Estudios en memoria de los Profesores Vicente Herce Quemada y Ángel Duque Barragués*, AA.VV., Institución «Fernando El Católico», Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1983, pp. 586 y 591, respectivamente). El proyecto de Ley de profesores de Derecho procesal también se postuló en esta línea al entender que nos encontrábamos ante un supuesto de legitimación indirecta. Así, la Exposición de Motivos ya adelantaba que «el aludido artículo 13 recoge, de manera adecuada, en su párrafo I, tres hipótesis (...); la del litigante que pierde, también después de iniciado el juicio, su legitimación por inhabilitación, habiendo entonces de entrar en él quien adquiera la legitimación indirecta; y la de los juicios que, habiendo sido promovidos por un representante o sustituto, deben ser seguidos por el titular de la relación jurídica que ha adquirido o recobrado en el ínterin su capacidad o su legitimación directa» (Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Profesores de Derecho procesal de las universidades españolas, AA.VV., tomo I, Tecnos, Madrid, 1972, p. 42). El art. 13 indicaba, asimismo, en su apartado primero que: «en el caso de que la parte perdiera su capacidad o quedara inhabilitada para el ejercicio del derecho deducido en el juicio, por haber perdido la legitimación con que viniese actuando, el representante o el sustituto deberá acreditar suficientemente el hecho que hubiese motivado la

Junto a las dos tesis expuestas aparecieron otras que, articuladas por la doctrina foránea con base en sus respectivos ordenamientos jurídicos, tuvieron escasa acogida en España.

De un lado, la doctrina italiana se pronunció de manera destacada sobre la cuestión, creando una institución a caballo entre la representación procesal y la sustitución: la *surrogazione processuale*. GARBAGNATI, artífice de la misma, articuló dicha figura para dar cobertura a aquellos supuestos en los que se

pérdida de capacidad o la inhabilitación, como asimismo la cualidad con la que pretende comparecer y actuar. El mismo requisito habrá de cumplir el titular de la relación jurídica cuando pretenda comparecer y actuar en un juicio iniciado por medio de representante o de sustituto que posteriormente haya perdido una u otra cualidad, a causa de haber adquirido o recobrado dicho titular su capacidad o su legitimación» (*Corrección y actualización...*, cit., p. 184). Por su parte, GUASP DELGADO, señalaba respecto a la masa concursal: «hay que afirmar, por lo tanto, que tales uniones o masas no pueden figurar como partes en un proceso, ni siquiera acudiendo al concepto de parte formal, que debe ser rechazado con carácter general. Pero sí cabe reconocer que, allí donde el derecho material lo establece o por lo menos no lo impide, no será precisa la actuación procesal por o frente a todos y cada uno de los elementos personales o materiales del ente, sino que cabrá que figuren como partes los sujetos más especialmente relacionados con él, v.gr. (...) los administradores del concurso, los cuales actuarán no como representantes de una persona que no existe, sino como sustitutos de los titulares futuros e indeterminados de las relaciones jurídicas que en uno y otro caso están en juego» (*Derecho Procesal civil*, tomo I, cit., p. 176). Y en p. 187: «es, por ello, sin duda preferible, eligiendo la designación más expresa y conveniente de sustitución procesal, considerar a esta figura como lo que verdaderamente es: un criterio especial anómalo de legitimación indirecta, en virtud de la cual se consideran legitimadas para actuar en el proceso a personas que, sin ser titulares de la relación jurídica litigiosa, pueden, no obstante, en nombre propio y no en nombre ajeno, como el representante, realizar válidamente actos procesales de parte. De este modo el sustituto, que es la verdadera parte procesal y no el sustituido, defiende intereses que pertenecen a quien no puede o no quiere hacerlos valer (...)». Y, por último, CARRERAS LLANSANA: «los Síndicos, en el sistema español, representan a los acreedores, de quienes reciben su nombramiento; pero en cuanto toman posesión de sus cargos, asumen la legitimación indirecta o por sustitución para realizar sobre el patrimonio del concursado o quebrado cuantos actos de disposición sean precisos, así como ejercitar sus acciones procesales o comparecer en juicio como sustitutos del deudor demandado» («El juez y la Sindicatura...», cit., p. 257).

⁴⁸⁶ FERRARA JR hablaba de sustitución en los siguientes términos: «in un primo tempo questo rapporto veniva concepito in termini di rappresentanza e quindi si domandava chi rappresentasse il curatore nel processo fallimentare: oggi si preferisce parlare di sostituzione» («Curatore del fallimento», cit., p. 1 y 2). Por su parte, BONSIGNORI, respecto a la previsión contenida en el art. 43 Legg. fall. («Nelle controversie, anche in corso, relative a rapporti di diritto patrimoniale del fallito compresi nel fallimento sta in giudizio il curatore»), entiende que: «superate ormai le vecchie concezioni sulla rappresentanza del fallito, dei creditori, o dell'uno o degli altri secondo le circostanze, si è ipotizzato il ricorso alla nota figura della sostituzione processuale» («Fallimento», cit., pp. 52 y 53). Sin embargo, en la misma obra, en páginas sucesivas, el autor afirmaba: «mi sembra più opportuno riportare anche l'attività in giudizio del curatore stesso alla qualificazione di ausiliario di giustizia, anziché avvicinarla ad altre figure specifiche del diritto processuale civile» («Fallimento», cit., p. 53). Por último, SPIOTTA afirma que «pensare di ragionare in termini di sostituzione processuale sarebbe un'utopia, mentre pare più realistico descrivere la posizione del curatore nel processo come un singolare fenomeno di "ermafroditismo giuridico"» (*Il curatore fallimentare*, cit., pp. 31 a 32).

atribuía el poder de acción a quien no era titular de la relación jurídica, en interés de sujetos distintos al legitimado y al titular⁴⁸⁷.

De otro, HELLWIG, exponente de la doctrina alemana, abogó por concebir que las masas de bienes –y, entre ellas, las del concurso- asumían temporalmente y, en cierto modo, el carácter de personas jurídicas, detentando el administrador la posición de representante legal de aquellas masas. Para el autor alemán, el sujeto encargado de la gestión de aquellas masas ostentaba, en sede procesal, la misma posición que el Derecho material le concedía en el plano sustantivo⁴⁸⁸.

La última posición descrita comenzó a ganar adeptos en España de manera paralela a la progresiva desvinculación que, bajo la LEC/1881, fue

⁴⁸⁷ En este sentido, conviene reproducir las palabras de GARBAGNATI: «il legislatore muove dalla considerazione dell'interesse che soggetti diversi dal titolare del rapporto giuridico litigioso, e dallo stesso soggetto eccezionalmente legittimato ad agire o a contraddire in suo luogo, hanno all'attribuzione del potere di azione, rispetto a determinati rapporti stessi, ed eventualmente all'esclusione, in pari tempo, della legittimazione di quest'ultimo ad agire o a contraddire relativamente a tali rapporti. Così, a fondamento della legittimazione del curatore del fallimento sta un interesse dei creditori, collettivamente considerati, avente per oggetto l'attribuzione, in via esclusiva, al curatore della legittimazione ad agire e a contraddire, in merito ai rapporti giuridici patrimoniali del fallito compresi nel fallimento (...)». y en la p. 198: «è dunque opportuno riunire tutti i casi, nei quali la legittimazione ad agire od a contraddire in ordine ad un determinato rapporto giuridico è riconosciuta ad un subietto che non è titolare del rapporto litigioso, nell'interesse di soggetti diversi dal soggetto legittimato e dallo stesso titolare del rapporto giuridico litigioso, in un'autonoma categoria, cui si può convenzionalmente riservare la qualifica di surrogazione processuale, e che rientra nel quadro della legittimazione straordinaria, acanto alla rappresentanza ed alla sostituzione processuale» (*La sostituzione processuale*, Giuffrè, Milano, 1942, pp. 19 y 20). Esta expresión, como destaca el propio GARBAGNATI, ya fue empleada por CANDIAN pero restringiendo el concepto de *surrogazione* a las hipótesis en las que un órgano actuaba, a favor de un interés superior, en el lugar del titular de un derecho. También en GHIDINI, «Sul curatore di fallimento», *Temi emil.*, II, 1933, parte seconda, cc. 41 y ss. Nos parece interesante traer aquí las palabras de DE MARTINI, «Si affaccia spontanea alla mente la figura giuridica della "sostituzione" o "surrogazione forzata" dell'ufficio fallimentare tanto nel potere di disposizione del fallito su una parte del di lui patrimonio costituito in patrimonio separato, quanto nell'esercizio delle azioni esecutiva, revocatoria e surrogatoria dei creditori» («Posizione degli organi fallimentari rispetto al fallito e ai creditori», *Rivista di Diritto Processuale*, n° 2, 1946, p. 115).

⁴⁸⁸ Sobre la postura de HELLWIG, de forma más amplia, vid. PRIETO-CASTRO, *Tratado...*, cit., pp. 268 y 269. Se formularon, en fin, variedad de teorías con distintos matices que son resumidas por el mismo PRIETO-CASTRO (p. 269): «en esencia coinciden los que hablan de personas jurídicas tácitas (KOHLEK), o incógnitas (LEONHARD), de uniones de personas que actúan externamente como personas jurídicas (MEURER) o de cuasi-personas (GOLDSCHMIDT) o de partes en sentido formal (WACH). Pero otros, por el contrario, estiman que la separación patrimonial de la masa respecto de los sujetos produce el efecto de la incapacidad de éstos, los cuales vendrían a estar representados por el administrador (o figura análoga)» citando, para este último supuesto, a KLEINFELLER.

experimentando la capacidad para ser parte de la personalidad⁴⁸⁹. De esta suerte, un sector de la doctrina se mostró, aun cuando carecía de apoyo legal expreso, así de contundente: «ello explica que en realidad los órganos de la quiebra, del concurso o de la suspensión de pagos, no sean verdaderos representantes ni del quebrado, concursado y suspenso, que incluso pueden comparecer en su propio nombre en los procesos seguidos por ellos y en contraposición de intereses, ni representantes de los acreedores, sino más bien representantes de un patrimonio autónomo, creado a raíz de la declaración de quiebra, concurso y suspensión de pagos, que es realmente la parte procesal»⁴⁹⁰⁴⁹¹.

⁴⁸⁹ Téngase en cuenta la evolución que, por aquel tiempo, experimentó la jurisprudencia española al reconocer la capacidad para ser parte a diversos entes sin personalidad jurídica. Así, a las sociedades irregulares (STS (Sala de lo Civil) de 16 de abril de 1980 [RJ 1980, 1420]), a las comunidades de propietarios (STS (Sala de lo Civil) de 9 de marzo de 1988, [RJ 1988, 1609], STS (Sala de lo Civil) de 3 de julio de 1989 [RJ 1989, 5283] y STS (Sala de lo Civil) de 14 de julio de 1989 [RJ 1989, 5617]), a las juntas de riegos (STS (Sala de lo Civil) de 20 diciembre de 1990 [RJ 1990, 10316]), y, sobre todo, a la herencia yacente (STS (Sala de lo Civil) de 12 de marzo de 1987 [RJ 1987, 1435]), STS (Sala de lo Civil) de 20 de septiembre de 1982 [RJ 1982, 4920], STS (Sala de lo Civil) de 7 de mayo de 1990 [RJ 1990, 3689] y STS (Sala de lo Civil) de 21 de mayo de 1991 [RJ 1991, 3779]). Respecto a la herencia yacente, vid. la jurisprudencia de tribunales inferiores y en contra citadas por GASCÓN INCHAUSTI, «Comentario a la SAP Badajoz de 23 de junio de 2000», *Tribunales de Justicia*, Diciembre, 2001, pp. 105 y 106. Sin embargo, conviene advertir que, como afirma el citado autor, en los supuestos en los que se reconoce a la herencia yacente capacidad para ser parte en la jurisprudencia se hace para asumir la condición de demandado, «esto es, se le reconoce capacidad a los solos efectos de permitir su legitimación pasiva, en garantía de los derechos que terceros pudieran ostentar respecto del patrimonio hereditario yacente». Y continúa el autor: «a nuestro juicio, esta restricción carece de sentido y debe achacarse únicamente a las circunstancias de los supuestos en que el tema se planteó a los Tribunales en cada una de las situaciones en que se vieron llamados a resolverlo. Pero no puede negarse a priori que una herencia yacente utilice su capacidad para ser parte para asumir la condición de demandante y ejercitar en juicio aquellas acciones destinadas a su propia protección o conservación».

⁴⁹⁰ Cfr. SERRA DOMÍNGUEZ, «Precisiones...», cit., p. 304. Este reconocimiento puede leerse con anterioridad a la LEC de 2000, asimismo, en RAMOS MÉNDEZ, si bien no con la misma contundencia: «la construcción jurídica de estas figuras es controvertida. Desde luego que no son representantes del concursado o quebrado, ni tampoco representantes de los acreedores, ni siquiera representantes legales del patrimonio como persona jurídica. En mi opinión, tampoco se pueden considerar como sustitutos procesales. Entre las construcciones más defendibles habrá que inclinarse bien porque son partes ad hoc por razón de oficio o bien representantes necesarios de las masas concursales por razones obvias. A ellos, pues, corresponde la comparecencia en juicio actuando en nombre de la masa» (*Enjuiciamiento Civil*, cit., p. 44).

⁴⁹¹ Las construcciones expuestas, formuladas respecto a la quiebra y al antiguo concurso de acreedores, encontraron siempre un importante escollo en los interventores judiciales de la suspensión de pagos. El motivo: la plena capacidad que como demandante y demandado reconocía la LSP al comerciante suspenso –si bien con las limitaciones que, respecto a la administración de bienes y gerencia de negocios, en cada caso fijara el Juzgado (art. 6.1) y, sin

Aunque los intensos debates doctrinales que en el pasado existían respecto a los órganos de administración de la quiebra, antiguo concurso de acreedores y suspensión de pagos, quedan hoy zanjados, aún siguen vivas ciertas especulaciones. A esclarecer y orillar instituciones indebidamente confundidas en la descripción de la actuación procesal que lleva a cabo la administración concursal dedicaremos el siguiente epígrafe.

4.4.5. Solución en el régimen vigente: la administración concursal ¿legitimada o representante necesaria?

Como ya advertíamos en epígrafes anteriores del presente Capítulo, la determinación de la concreta posición que ostenta la administración concursal como legitimada o representante necesaria –de la masa concursal-, no es cuestión baladí. Las consecuencias procesales que se irrogan de una u otra categorización, desde luego, no lo son.

Junto al dispar tratamiento procesal que una y otra institución merecen, el status de la administración concursal dentro del proceso varía de manera

perjuicio, del informe que los interventores debían efectuar respecto a las reclamaciones que aquel pretendiera entablar en defensa o reclamación de sus derechos ante tercero (art. 5.4)-. El mismo SERRA DOMÍNGUEZ –que en el texto expuesto *supra* equipara la fórmula explicativa a todos los supuestos (quiebra, concurso de acreedores y suspensión de pagos)- en un trabajo previo al enunciado se pronunciaba respecto a los interventores judiciales de un modo radicalmente distinto. Ello es buena muestra de la complejidad de la cuestión. Así, señalaba: «no pueden considerarse representantes del suspenso, cuya capacidad procesal permanece inalterada durante la pendencia de la suspensión de pagos; ni representantes de los acreedores (...) ni mucho menos representantes de una masa cuya titularidad y administración continúa confiada al suspenso durante toda la tramitación de la suspensión de pagos. (...) el interventor es parte y como tal debe ser demandado, teniendo legitimación para intervenir en el curso de los procesos o incidentes que se formulen y ejercitar en el mismo las acciones procesales oportunas. (...) Si actúan en nombre propio defendiendo los intereses de los acreedores, parece en principio que nos hallamos ante un supuesto de sustitución procesal. Sin embargo, la hipótesis no satisface plenamente en cuanto es esencial a la sustitución ejercitar en nombre propio unos derechos ajenos, pero en interés propio, nunca en interés del tercero. Los interventores en todos los supuestos en que formulan reclamaciones o intervienen en incidentes no actúan en interés propio, sino en interés de los acreedores. La cuestión se complica si tenemos en cuenta que no todas las hipótesis en que los interventores actúan como parte procesal derivan de la función de intervención que les ha sido encomendada (...). Por ello entendemos que nos hallamos realmente ante un caso especial de legitimación, concedida en nombre propio, pero en beneficio de terceras personas, cuyo objeto principal, pero no único, es el evitar la complicación que produciría el ejercicio de determinadas acciones por todos y cada uno de los acreedores. (...) Legitimación que no encuadra en ninguno de los supuestos clásicos de legitimación extraordinaria y que debe ser estudiada como supuesto especial de legitimación, concedida, no siempre con recto criterio legislativo, en hipótesis excepcionales» («El interventor judicial...», cit., pp. 662 a 664).

considerable: si entendemos que la administración concursal goza de legitimación estaríamos afirmando que la misma es parte; por el contrario, si consideramos a la administración concursal como representante necesario del patrimonio concursal, la parte no sería la administración concursal sino el representado, este es, el referido patrimonio.

Debemos comenzar con una primera matización: el hecho de que el representante ejerza, dentro del proceso en el que actúa, una actividad material semejante a la que ejercitaría el titular legitimado hace que, en ocasiones, equivocadamente se considere a éste como parte⁴⁹². Sin embargo, el hecho de que exista una disociación entre quien actúa en el proceso y el titular de la relación jurídico material deducida en juicio, no permite aseverar que las instituciones de la representación y de la legitimación indirecta sean equiparables⁴⁹³.

La génesis de semejante equiparación encuentra su fundamento en el distinto alcance de los conceptos de *legitimatio ad processum* –referidos a los supuestos de representación legal y necesaria- y de *legitimatio ad causam* y en el parejo tratamiento que, bajo el confuso «carácter» que empleaba la LEC/1881, se dispensaba a ambas instituciones. En efecto, a pesar de la distinta naturaleza jurídica de aquellas instituciones –estrictamente procesal, la primera, y, procesal, pero de hondo calado en la relación sustantiva deducida en juicio, la segunda-, la LEC/1881 exigía su acreditación *a limine*, condicionando la propia admisibilidad del proceso⁴⁹⁴.

⁴⁹² A semejante confusión han contribuido, sin lugar a dudas, el tenor de algunos preceptos: arts. 503.2 y 533.2 y 4 LEC/1881 y art. 150 Real Decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (en adelante, LPI). Sobre la cuestión, *in extenso*, CABAÑAS GARCÍA, *La tutela judicial...*, cit., pp. 201 y ss.

⁴⁹³ Se han pronunciado equiparando ambas instituciones, entre otros, CARNELUTTI, *Sistema...*, cit., p. 34; MONACCIANI, *Azione e legittimazione*, Giuffrè, Milano, 1951, pp. 171 y ss.; GUASP DELGADO, *Derecho Procesal Civil*, tomo I, cit., p. 186; e incluso, en un inicio, MONTERO AROCA, *El proceso laboral*, Bosch, Barcelona, 1979, p. 122.

⁴⁹⁴ Cfr. GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, «A vueltas...», cit., p. 230. Para MUÑOZ ROJAS con el término «carácter» la Ley equiparó de manera errónea representación y legitimación («Parte...», cit., p. 67). Sobre la cuestión conviene, para entender el referido origen, reproducir las palabras de GUTIÉRREZ DE CABIEDES Y FERNÁNDEZ DE HEREDIA: «evidentemente la conjugación de dos conceptos tan distintos, como la representación y la

En el régimen vigente, es innegable que la administración concursal actúa por derechos ajenos. Sin embargo, siendo ésta una nota predicable tanto de los supuestos de representación como de legitimación indirecta –representativa y por sustitución-, conviene seguir avanzando. Lo haremos pronunciándonos, en primer término, sobre los supuestos de legitimación indirecta que, con apoyo en el art. 10.2º LEC, aparecen hoy reconocidos doctrinalmente: la legitimación por sustitución y la legitimación representativa⁴⁹⁵.

sucesión, en el instituto del carácter, no es una idea, originaria de nuestra Ley de enjuiciamiento civil, sino una deficiente intelección del proceso común, cuyos esquemas siguió tan fielmente nuestro legislador. En este proceso se distinguieron dos tipos de legitimación cuyo acreditamiento era necesario *a limine*: la *legitimatío ad processum* y la *legitimatío ad causam*. La primera era una aptitud genérica de los sujetos que los capacitaba a estar válidamente en juicio (*legítima persona standi in iudicio*). Equivalía a nuestra capacidad procesal y los problemas que presentaba se extendían, como es lógico, a los casos de falta de capacidad de los locos, menores, etc., a los supuestos de representación legal en estos casos, y por último, a los de representación necesaria de los entes sociales. Los casos de la *legitimatío ad processum* tenían, como se ve, una índole estrictamente procesal y en cuanto condicionaban la admisibilidad del proceso resultaba conducente la exigencia de su acreditamiento previo para poder controlar *in limine litis* la validez de la relación procesal misma. En este sentido la solución del proceso común, si bien difiere de la romana de control *ex officio* de los presupuestos procesales en la fase *in iure*, era técnica y adecuada. No puede decirse otro tanto de la *legitimatío ad causam* que se refería al acreditamiento de la titularidad sustantiva en particulares casos de sucesión *inter vivos* o *mortis causa*. En estos supuestos el acreditamiento *a limine* del carácter de sucesor (vg. de cesionario o de heredero), suponía la justificación de una circunstancia subjetiva que condicionaba la misma fundamentación de la acción. ¿Cómo es posible que un problema de titularidad, de naturaleza netamente de fondo se tratase procesalmente, exigiendo su acreditamiento previo? ¿Cómo se llegó a la confusión de que un presupuesto de fundamentación del proceso como la titularidad se convierte en un presupuesto de admisibilidad del mismo? La confusión en el proceso común parece tener su raíz, en la calificación como prejudiciales de la sucesión y la cesión. Que el actor acredite prejudicialmente y *a limine* –se decía- su carácter de sucesor o de cesionario y que luego si su prueba ha dado un resultado positivo, que demuestre la existencia del derecho que reclama. Artificialmente se escindían dos cosas radicalmente unidas: una la justificación de la titularidad que constituía el supuesto del acreditamiento del carácter, y otra, la prueba de la existencia del derecho, que condicionaba la sentencia de fondo. Nuestra Ley de enjuiciamiento civil llevó más lejos su confusión, al reunir en el carácter conceptos que en el proceso común recibían igual tratamiento procesal, pero al fin y al cabo diverso nombre y diferenciación. En el proceso común la crítica a la construcción de la *legitimatío ad processum* y *ad causam*, puede venir por su tratamiento, no por la calificación de ambas figuras, que estaban nítidamente diferenciadas. En nuestra Ley de enjuiciamiento civil, no solamente reciben los dos casos idéntico tratamiento, sino que se les engloba bajo la denominación común de “carácter”. Semejante confusión (...) ha sido una de las fuentes de mayores equívocos doctrinales y jurisprudenciales, y un constante motivo para distinguir en esta materia, lo que es de forma, de lo que es de fondo. Distinción que en honor a la verdad, con las categorías de la legitimación *ad processum* y *ad causam* estaba clara, aunque se les aplicara idéntico tratamiento procesal» («La excepción dilatoria de falta de carácter», *Estudios de Derecho Procesal*, GUTIÉRREZ DE CABIEDES Y FERNÁNDEZ DE HEREDIA, Universidad de Navarra, Pamplona, 1974, pp. 255 a 258).

⁴⁹⁵ Nos servimos, así, de la diferenciación que realiza DE LA OLIVA SANTOS entre legitimación por sustitución y legitimación representativa (*Derecho Procesal Civil...*, cit., pp. 156 y ss.).

Entendida la legitimación por sustitución, siguiendo a De la Oliva Santos, como un fenómeno procesal en el que son parte en juicio quienes pretenden una tutela con fundamento en un derecho ajeno pero actuando en interés propio⁴⁹⁶, esta institución debe ser descartada como opción sostenible en el caso que nos ocupa.

En efecto, postularnos por la legitimación por sustitución exigiría, en todo caso, un presupuesto condicionante de su existencia: entender que la administración concursal actúa en nombre e interés propio, pretendiendo una tutela para sí misma. Pero, ¿es esto cierto?

Para responder a la cuestión planteada debemos realizar una precisión previa: en esta sede –Capítulo–, como advertimos, nos referimos a los supuestos en los que la administración concursal no actúa como titular de derechos y obligaciones, esto es, a los casos en los que no opera como titular de la relación jurídico sustantiva deducida en juicio. Este matiz es de extraordinaria relevancia a los efectos de nuestra investigación, pues no cabe predicar la misma posición jurídica en el proceso de la administración concursal en los supuestos en los que se erige en titular de la relación jurídico material que se sustancia en juicio, de aquellos otros en los que no ostenta dicha titularidad.

Ostenta la titularidad jurídico material, por ejemplo, en aquellos supuestos en los que la administración concursal litiga en un proceso donde se sustancia su retribución o dirime su responsabilidad. Pero incluso más: en aquellos supuestos en los que por funciones atribuidas legalmente, la administración concursal se erige en titular del concreto cometido. Así acontece, por ejemplo, cuando se impugna la lista de acreedores o el inventario de bienes y derechos. Todos estos supuestos requieren un tratamiento separado que, por forzoso, se realizará en otra sede –en capítulos siguientes–. La razón parece clara: la titularidad operaría como trasunto de la legitimación de la administración

⁴⁹⁶ *Ibidem*, p. 156.

concursal y, en consecuencia, de su consideración de parte en los procesos en los que aquella ostentara la referida titularidad.

Realizada la debida matización: ¿podemos afirmar que la administración concursal opera en el proceso, en los referidos supuestos, en virtud de una legitimación por sustitución?

Inspirándonos en figuras del régimen precedente, podríamos pensar que la sindicatura, integrada por tres miembros acreedores, actuaba en interés propio. En su trasposición al régimen vigente, incluso se podría entender que en supuestos de administración concursal bimembre, el administrador acreedor actúa persiguiendo su interés particular. Esta posición, sin embargo, no es admisible. Desde su constitución, la administración concursal –al igual que la sindicatura en el régimen precedente-, atiende a los intereses del concurso fijados legalmente. Se produce, así, respecto al acreedor administrador concursal una traslación en el interés a perseguir; interés que, aun pudiendo coincidir en determinados aspectos con los intereses propios, no es –ni puede ser- el mismo que el que pretende como miembro integrante del órgano de administración concursal⁴⁹⁷.

Para orillar definitivamente la legitimación por sustitución debemos rebatir un argumento más: en tanto la administración concursal es un órgano creado por y para el concurso se podría afirmar que, de perseguir el interés concursal, aquélla estaría actuando, en realidad, aun de forma mediata, en interés propio. Esta consideración puede verse fortalecida por un hecho: la LC prevé que la administración concursal debe actuar con la debida diligencia so pena de

⁴⁹⁷ Como afirma CABAÑAS GARCÍA, *La tutela judicial...*, cit., p. 212: «pero como ello no es bastante, y debemos tomarlo globalmente, resulta que en su aspecto “orgánico” la administración del concurso responde al cumplimiento de un cargo con funciones legalmente fijadas, con las que se persigue lograr la mejor gestión y liquidación en su caso de la masa patrimonial; propósito éste que, de estricta lógica, concierne por igual a todos (acreedores y deudor); es decir, desligándose así de un parcelamiento por intereses concretos. Y bajo este prisma, entonces, el órgano del concurso no deviene un legitimado indirecto, aunque comparta otros atributos con quien sí lo es por ley (como el carácter de parte y legitimado, y la inactividad del titular)». Debemos señalar, sin embargo, que el último extremo de lo reproducido no alcanzamos a comprenderlo.

incurrir en responsabilidad (arts. 35.1 y 36 LC). Ello equivale a decir, *mutatis mutandi*, que su actuación tendrá como criterio rector el interés del concurso.

El razonamiento expuesto puede sortearse con cierta facilidad si ponemos el punto de mira en el verdadero objetivo al que se dirige el concurso de acreedores y la actuación de la administración concursal: proteger el patrimonio concursal con el fin de lograr una mayor satisfacción de los acreedores. De esta suerte, aunque la administración concursal pudiera considerarse interesada mediata, la tutela no la pretende para sí misma sino para el patrimonio concursal.

Cuestión distinta es que, declarado el concurso y tras la especial habilitación contenida en los arts. 6.1.4º y 7.5 LEC, la masa concursal actúe en virtud de una legitimación por sustitución al ejercitar acciones que se fundan en la titularidad de derechos de otros sujetos. En particular, del deudor, de un lado, y de los acreedores, de otro⁴⁹⁸. Pero, ni en tales supuestos, la administración concursal operaría con una legitimación por sustitución.

Más complejo se presenta descartar la opción de la legitimación representativa. Definida ésta como un fenómeno procesal en virtud de la cual son parte en juicio aquéllos que actúan en nombre propio sobre la base de una titularidad ajena y pretenden en interés ajeno la tutela que piden, podríamos afirmar, a priori y a la vista de lo expuesto, que la administración concursal actúa con una legitimación representativa. El criterio teleológico que guía la actuación de la administración concursal nos permitía descartar la legitimación por sustitución pero no nos permite hacer lo propio con la legitimación representativa. De hecho, como se predica con la legitimación representativa, la tutela que insta la administración concursal recae en interés ajeno, en concreto, en el patrimonio concursal.

El hito determinante que permite alejar la legitimación representativa como opción descriptiva de la posición procesal que ocupa la administración concursal (respecto a aquellos supuestos en los que, como veíamos, no es

⁴⁹⁸ En el mismo sentido, DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal Civil...*, cit., p. 157.

titular de la relación jurídico material deducida en juicio) se encuentra en el reconocimiento de parte que, con la LEC de 2000, se atribuye al patrimonio concursal (art. 6.1.4º). De esta suerte, en todos aquellos procesos que afectan al patrimonio concursal, salvo contadas excepciones⁴⁹⁹, éste se erige en la parte procesal. Y volviendo a una máxima ya enunciada: si la legitimación es una cualidad predicable de la parte y parte es el patrimonio concursal, la administración concursal no ostenta legitimación alguna.

Pero surge de inmediato una cuestión: ¿por qué no podemos sostener que la administración concursal, partiendo del status de parte que le otorga el art. 184.1 LC, ostenta una legitimación representativa? Sencillamente porque, como veremos más adelante, pese a la taxativa aseveración del art. 184.1 LC, en estos supuestos, la administración concursal no es parte.

Descartadas ambas clases de legitimación, representativa y por sustitución, parece que la afirmación que sosteníamos páginas atrás se consolida: la administración concursal es representante necesario del patrimonio concursal⁵⁰⁰.

Para concluir, conviene, plasmar una última reflexión. Reconociendo a la masa concursal la condición de parte y a la administración concursal la de representante necesario, se sortea un obstáculo insalvable de aquellas posturas que abogan por reconocer la cualidad de legitimado a la administración concursal, a saber, que ésta ostenta legitimación activa para el ejercicio de determinadas acciones (v. gr. en acciones de procesos que se inician tras la declaración de concurso ex art. 54 LC o en acciones de

⁴⁹⁹ Vid. nota al pie siguiente.

⁵⁰⁰ Debemos insistir en una cuestión fundamental para continuar delimitando la posición jurídico procesal de la administración concursal. Advertimos: la representación necesaria que ostenta la administración concursal está circunscrita a los procesos en los que el patrimonio concursal se erige como parte en el proceso. ¿Pero en todos?

La afirmación que no parece sostenible es entender que la representación necesaria de la administración concursal es predicable de todos los procesos en los que se sustancien objetos con implicaciones en la conformación del patrimonio concursal, pues ¿debemos entender que en la impugnación de la lista de acreedores o el inventario, elaborados por la administración concursal, con claros efectos sobre el patrimonio concursal, la parte es éste y no la administración concursal?

reintegración ex art. 71 LC)⁵⁰¹ pero que, en cambio, no ostenta legitimación pasiva para evitar que puedan dirigirse contra él acciones relacionadas con la masa.

De este modo, podría sostenerse con facilidad que, en el ejercicio de aquellas acciones necesarias para que la masa concursal cumpla sus fines la administración concursal es la titular de las mismas y, por tanto, está y actúa en el proceso en calidad de parte -y no como representante de la masa-. Así, como advierte DE LA OLIVA SANTOS, en aquellos «supuestos en los que el administrador es demandante en beneficio de la masa: ejercita o afirma, acciones que a él mismo –no a la masa- le corresponden y, por tanto, él es la parte, no la masa»⁵⁰². Pero, cuando un tercero pretende hacer valer frente al

⁵⁰¹ Como tendremos ocasión de analizar en los capítulos siguientes, la doctrina, de manera prácticamente unánime, con contadas excepciones, atribuye legitimación a la administración concursal para el ejercicio de acciones como las contenidas en los arts. 54 o 71 LC. A nuestro juicio, por todo lo expuesto, semejante atribución es inadmisibile.

⁵⁰² Cfr. DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal Civil*, cit., p. 140. A colación de la frase que reproducimos nos sobresa una duda: en caso de hablar de legitimación, ¿a quién se atribuiría: a la administración concursal o a cada uno de sus integrantes –administradores-? En la actualidad, la cuestión es menor por cuanto la administración concursal es, por regla general, unipersonal. Sin embargo, en los supuestos en los que la administración concursal es bimembre la controvertida cuestión planteada adquiere plena virtualidad. Despejada la legitimación como opción sostenible es vano formularnos aquella cuestión respecto a los supuestos en los que la masa concursal es parte. Pero, ¿y en los supuestos en los que la administración concursal es titular de la relación jurídico material que se sustancia en el concreto proceso? ¿Y en los que dicha titularidad deviene consecuencia de funciones atribuidas legalmente por razón del concurso? La cuestión no es sencilla. Respecto a las hipótesis comprendidas en la primera pregunta (v. gr. retribución de la administración concursal o exigencia de responsabilidad contra la administración concursal), lo que procede determinar es si la titularidad jurídico-material corresponde a la administración concursal en su conjunto o al administrador concursal individualmente considerado. Resuelta ésta en el plano sustantivo, queda solventada la cuestión en sede procesal. Y, de igual modo, para los supuestos contenidos en la segunda cuestión, corresponde averiguar si estas funciones son otorgadas individualmente o, por el contrario, lo son en conjunto –como ente jurídico-. A nuestro juicio, en ambos casos, para facilitar adecuada respuesta es necesario atender a lo que dispone el art. 35.2 LC: «cuando la administración concursal esté integrada por dos miembros, las funciones de este órgano concursal se ejercerán de forma conjunta. Las decisiones se adoptarán de forma mancomunada». Del tenor del precepto parece intuirse la respuesta, al menos, en lo que atiene a la segunda cuestión y nos ofrece, a priori, las claves para solventar la primera. Respecto a la segunda cuestión, parece que la Ley en tanto que prevé que el ejercicio de aquellos cometidos atribuidos legalmente a la administración concursal sean ejercidos conjuntamente –y las decisiones adoptadas de forma mancomunada- (v. gr. la elaboración de la lista de acreedores o el inventario de bienes y derechos), la legitimación recaerá, asimismo, en la administración concursal en su conjunto. Es más, en esta dirección, el art. 35.2 LC *in fine* señala que «en caso de disconformidad, resolverá el juez». Ello evidencia que tales cometidos no son escindibles individualmente y, por tanto, no es atribuible legitimación separada a cada administrador. Cuestión distinta acontecería si el juez del concurso hiciera uso de la facultad que le confiere el mismo art. 35.2 LC de atribución de competencias individualizadas. En estos

patrimonio concursal ciertos derechos, continúa el citado autor: «¿puede seguir sosteniéndose que hay que demandar al administrador, pero no en nombre y representación de la masa, sino en su propio nombre?»⁵⁰³.

Aún más, ¿podemos reconocer legitimación activa y pasiva a sujetos distintos respecto a un mismo tipo de pretensiones?, ¿es sostenible defender la existencia de dos partes distintas en función de si, respecto a una misma categoría de pretensiones, se ejercitan acciones u oponen resistencias? Y, en el caso de que admitiéramos semejante posibilidad, ¿qué ocurriría si, ejercitada una pretensión por la administración concursal, la parte demandada reconviniera?, ¿frente a quién debe entenderse formulada dicha reconvención?⁵⁰⁴ A nuestro juicio, la acción, en todo caso, debe ejercitarse

casos, en tanto el ejercicio del cometido está asignado individualmente, la legitimación sería, de igual modo, particular. Pero ¿qué ocurre en los supuestos comprendidos en aquella primera pregunta? En el caso de procesos en los que se dirima la posible responsabilidad de los administradores concursales aunque el ejercicio del cargo se ejerza, de igual modo, de forma conjunta y las decisiones se adopten de forma mancomunada concurre un importante matiz. La responsabilidad se sustancia y, lo que es más importante, recae en la esfera jurídico privada de cada administrador concursal. Lo que determina que cada administrador concursal pueda mantener en el proceso una estrategia distinta a la sostenida por el otro administrador. O lo que es lo mismo: en estos casos, la legitimación es predicable respecto de cada uno de los administradores concursales. Por último, en caso de encontrarnos ante un proceso en el que se solventa la retribución a percibir por la administración concursal, la respuesta es distinta a la ofrecida en el supuesto anterior. En efecto, aun cuando la retribución a percibir recaiga, en última instancia, en la esfera jurídico privada del administrador concursal, en el proceso en el que se sustancia la retribución no cabe reconocer una posición procesal autónoma a cada administrador, por lo que, a nuestro juicio, la legitimación recaería en la administración concursal en su conjunto.

⁵⁰³ *Ibidem*, p. 140.

⁵⁰⁴ No se nos escapa que dado el tenor del art. 8 LC y la incomprensible atribución al juez del concurso de «las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado», pero no de aquellas que se ejercitan a favor del patrimonio concursal (a salvo quedan las acciones de reclamación de deudas sociales interpuestas contra los socios subsidiariamente responsables de los créditos de la sociedad deudora -*ex art. 8.6º LC-* y 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 -*ex art. 8.7º LC-*), ejercitada por la administración concursal acción ante el juzgado de primera instancia pertinente y presentada por el demandado la oportuna reconvención, ésta no se puede sustanciar ante tal juzgado –en virtud de aquella previsión del art. 8.1º LC y la lógica exigencia de competencia que se predica del art. 406.2 LEC-. En aplicación del art. 50.1 LC, el juez del orden civil –o social cuando se ejerciten acciones comprendidas en el art. 8.2 LC- deberá de abstenerse de conocer «previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso». Es así claro que la reconvención a que nos referimos en el texto, en rigor, no se produce, debiendo el tercero ejercitar la acción ante el juez del concurso. Pero, esclarecida esta cuestión, lo que pretendemos evidenciar es la dispar atribución de legitimación a la administración concursal en función de si, respecto a un mismo asunto, ejercita acciones u opone resistencias, atendiendo, fundamentalmente, a una cuestión: ¿es sostenible procesalmente esta tesis?

frente al administrador en tanto representante de la masa, lo que equivale a accionar frente a ésta⁵⁰⁵⁵⁰⁶.

4.4.6. Un apunte sobre el distinto tratamiento procesal que merecen la legitimación y la representación necesaria

Las precisiones efectuadas hasta el momento en torno a la legitimación y la representación son de suma importancia en orden a determinar el tratamiento procesal procedente. En efecto, mantener una u otra posición como descriptiva de la posición jurídico procesal de la administración concursal incide directamente en el referido tratamiento procesal. De esta suerte, mientras la afirmación o denegación de legitimación se proyecta en el fondo del litigio -por cuanto, como veíamos, la legitimación concierne a la situación jurídico sustancial en virtud de la cual la Ley faculta a un determinado sujeto a ejercer una concreta pretensión de tutela jurisdiccional-, la razón e incidencia de la representación es meramente instrumental o formal respecto a la cuestión debatida⁵⁰⁷. Dicho de otro modo, la legitimación, por cuanto condiciona la fundamentación de la acción, solo es controlable en la sentencia que resuelve el fondo del asunto, mientras la representación, en tanto que condiciona la validez de la relación procesal, debe ser controlada en un estadio previo al

En este sentido, en las Conclusiones del Primer encuentro de los jueces especialistas en lo mercantil celebrado en Valencia los días 9 y 10 de diciembre de 2004 (disponible en <http://www.codigo-civil.info/archivado/2005/02/14/conclusiones-del-primer-encuentro-de-los-jueces-especialistas-en-lo-mercantil-valencia-9-y-10-de-diciembre-de-2004/>) se establecía lo siguiente: «la conclusión mayoritaria fue la que sostenía la imposibilidad de formular demanda frente al concursado por vía de reconvención, en aplicación del artículo 406.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ello por que en estos casos el Juzgado de Primera Instancia que conoce de la demanda principal presentada por el deudor concursado carece de competencia objetiva en virtud del artículo 86 ter 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del artículo 8 de la Ley Concursal para conocer de las acciones frente al concursado, que corresponde al Juez del concurso. De ahí que no es sólo que no se acumulen al concurso los procedimientos en que el deudor ha sido demandado por vía de reconvención sino que ni tan siquiera es posible la admisión de la demanda reconvenicional por parte del Juez de Primera Instancia» (consultadas, por última vez, el 2 de marzo de 2014).

⁵⁰⁵ De la misma opinión, DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal Civil...*, cit., p. 140.

⁵⁰⁶ Debemos advertir, no obstante, que ante lo controvertido de la legitimación pasiva (aunque para nosotros es una cuestión indubitada) lo más inteligente sería, para evitar la desestimación de la demanda, dirigir ésta a título principal contra el patrimonio concursal –o a la administración concursal como representante del referido patrimonio- y, a título subsidiario, frente a la administración concursal como legitimada pasiva.

⁵⁰⁷ En términos similares, GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, «A vueltas...», cit., p. 231.

inicio del proceso⁵⁰⁸. Encontrándonos, en el caso de la administración concursal, ante un supuesto de representación necesaria, la conclusión es clara: su control debe llevarse a cabo al inicio del proceso. Sobre la cuestión volveremos más adelante.

4.5. El régimen de intervención de las facultades de administración y disposición patrimonial y la posición jurídico procesal de la administración concursal

4.5.1. Estado de la cuestión

En la construcción jurídica descrita hemos partido de una premisa: que nos encontrábamos ante el régimen de suspensión de las facultades de administración y disposición patrimonial del deudor. La razón de optar por el régimen de suspensión, y no por el de intervención, para formular los cimientos de la posición jurídico procesal que detenta la administración concursal reside, fundamentalmente, en que en éste los efectos de la declaración de concurso son más severos.

Surge, entonces, la pregunta: ¿podemos extrapolar lo expuesto, válido para el régimen de suspensión, al régimen de intervención?

4.5.2. Argumentos en contra de la aplicación de los postulados descritos en el régimen de suspensión al régimen de intervención

Determinar cuál es la posición procesal que ostenta la administración concursal en los supuestos en los que se decreta el régimen de intervención tiene, a los efectos de nuestra investigación, la misma importancia que esclarecer aquella misma posición respecto a los supuestos de suspensión. Sin entrar a valorar la escasa atención doctrinal que ha merecido el régimen de intervención, tanto en el plano procesal como sustantivo, conviene, ahora, que

⁵⁰⁸ Como acertadamente indicara GUTIÉRREZ DE CABIEDES Y FERNÁNDEZ DE HEREDIA, «una vez más la naturaleza procesal o material de las instituciones condiciona sus efectos» («La excepción dilatoria...», cit., p. 261).

nos detengamos en su análisis -en el marco de lo hasta ahora expuesto respecto a la suspensión- y en su proyección en el plano procesal.

De partida, en el régimen de intervención, nos encontramos con dos importantes obstáculos para la aplicación de los planteamientos procesales descritos respecto al régimen de suspensión.

De un lado, el art. 6.1.4º LEC disciplina que tienen capacidad para ser parte «las masas patrimoniales o los patrimonios separados (...) cuyo titular haya sido privado de sus facultades de disposición y administración». Esta previsión normativa no encuentra en el régimen de intervención fácil acomodo. Como sabemos, en el régimen de intervención, el deudor «conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad» (ex art. 40.1 LC); previsión ésta que, en el plano procesal, aparece proyectada en los arts. 51.3 y 54.2 LC. En rigor, siguiendo el tenor literal del art. 6.1.4º LEC, parece que solo cuando el titular de la masa concursal haya sido privado de sus facultades de administración y disposición puede reconocerse a aquélla capacidad para ser parte. Dicho de otro modo, el art. 6.1.4º LEC respecto al concurso tiene, a priori, un ámbito de aplicación limitado: el régimen de suspensión.

De otro, el art. 7 LEC, referido a la capacidad procesal, en su apartado 8º parece corroborar esta idea -«las limitaciones a la capacidad de quienes estén sometidos a concurso y los modos de suplirlas se regirán por lo establecido en la Ley Concursal»⁵⁰⁹-. Como veremos en páginas sucesivas, este precepto parece estar pensado para disciplinar el régimen de intervención de facultades de administración y disposición patrimonial –para el régimen de suspensión, como sabemos, se aplica el art. 7.5 LEC-.

⁵⁰⁹ Debemos dejar sentada la inadecuada nomenclatura empleada por el legislador de la LC de 2003 -que introdujo el apartado 8º en el art. 7 de la LEC de 2000-. Como ya expusimos respecto al régimen de suspensión e indicaremos en páginas sucesivas respecto al régimen de intervención, no nos encontramos ante un supuesto de limitación de la capacidad.

Lo relatado nos llevaría a reconocer, en sede procesal, un dispar modelo de funcionamiento respecto a los regímenes de suspensión e intervención.

La referida proyección en el ámbito forense queda plasmada en los arts. 51 y 54 LC –segundo de los obstáculos referidos-. En tales preceptos queda evidenciado un régimen de actuación procesal distinto para los supuestos de intervención (arts. 51.3 y 54.2 LC) y los supuestos de suspensión (arts. 51.2 y 54.1 LC). De esta suerte, siguiendo las previsiones normativas expuestas, la cuestión quedaría zanjada: las reflexiones realizadas en este trabajo respecto al régimen de suspensión no son aplicables al régimen de intervención.

En conexión con lo dispuesto en el párrafo anterior, se podría afirmar que, en el régimen de intervención, la situación jurídica es radicalmente distinta a la descrita para el régimen de suspensión: aunque el deudor conserva la capacidad para ser parte (él es la parte y no el patrimonio concursal), su capacidad procesal se encuentra disminuida en tanto precisa de la autorización o conformidad de la administración concursal para administrar y disponer del patrimonio concursal⁵¹⁰⁵¹¹.

Pero, si ahondamos en la cuestión, ¿es realmente así?

4.5.3. Argumentos a favor de la aplicación de los postulados descritos para el régimen de suspensión al régimen de intervención

Las preguntas que debemos formularnos para proporcionar acertada respuesta a la última cuestión planteada son varias: ¿podemos afirmar que, en el régimen de intervención, declarado el concurso se escinde el patrimonio concursal del resto del patrimonio del deudor?, ¿existen en el mentado régimen dos capacidades jurídicas distintas: la del deudor y la del patrimonio concursal?

⁵¹⁰ El régimen descrito se asemeja, de manera destacada, al previsto para los declarados pródigos. Los así declarados ostentan capacidad procesal disminuida respecto de «los actos que el pródigo no puede realizar sin el consentimiento de la persona que deba asistirle» (ex art. 760.3 LEC); actos que quedan fijados en la oportuna sentencia en la que se declara la prodigalidad.

⁵¹¹ Así parece dejarlo entrever DE LA OLIVA SANTOS cuando al abordar la capacidad procesal disminuida referencia, de manera anecdótica, el apartado 8º del art. 7 LEC (*Derecho Procesal Civil...*, cit., p. 148).

¿O, por el contrario, confluye una sola capacidad? E, íntimamente ligado con lo anterior, ¿podemos afirmar que, en el régimen de intervención, el deudor es la parte -en los procesos a que nos veníamos refiriendo-? A nuestro juicio, solo esclarecidas estas cuestiones podremos determinar si son aplicables al régimen de intervención los postulados descritos para los supuestos de suspensión.

Afirmar que, en el régimen de intervención, declarado el concurso el patrimonio concursal se escinde del resto del patrimonio del deudor puede despertar, a priori, ciertos recelos. Ciertamente, en los casos de intervención, podría decirse, no se produce escisión del patrimonio concursal pues el deudor conserva, siguiendo el tenor literal del art. 40.1 LC⁵¹², la titularidad formal y material sobre el patrimonio concursal⁵¹³.

A nuestro juicio, sin embargo, semejante aseveración no puede ser sostenida; mantenemos, por el contrario, que declarado el concurso se crea, sin excepción, el patrimonio concursal. Nos servimos para ello de tres argumentos.

El primer argumento atiende al fundamento mismo de la existencia del concurso de acreedores. La declaración de concurso constituye una nueva situación jurídica en la que el patrimonio concursal pasa a estar especialmente protegido por una razón: lograr la mayor satisfacción de los acreedores. Y dicha protección es predicable tanto en los supuestos de intervención como de suspensión.

Consecuencia de aquellos efectos que se irrogan, sin excepción, sobre el patrimonio concursal, el deudor, en su actuación, queda conminado a los parámetros que legal y judicialmente se determinen -intervención o suspensión- de aquella nueva situación jurídica en que consiste el concurso.

⁵¹² Para tales supuestos el art. 40.1 LC expresamente advierte que: «el deudor conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio».

⁵¹³ A diferencia de lo que ocurre, como sabemos, en los casos de suspensión, donde el deudor conserva la titularidad formal del patrimonio concursal pero pierde la material, esta es, la facultad de administrar y disponer patrimonial.

Pues bien, si el patrimonio concursal existe en todo caso: ¿por qué en el régimen de intervención, siguiendo la literalidad de la norma, el deudor mantiene las facultades de administración y disposición? Para responder a esta pregunta debemos volver al descrito fundamento del concurso de acreedores. En efecto, la decisión judicial en la que se decreta el régimen de intervención o suspensión debe atender siempre a una máxima: la mejor gestión del patrimonio concursal para alcanzar la mayor satisfacción de los acreedores. Se trata, pues, de dos regímenes que, aun exteriorizados en limitaciones de distinta intensidad, obedecen a una misma razón de ser⁵¹⁴. Y ese común denominador nos permite colegir que, en el régimen de intervención, al igual que ocurre en el de suspensión, se crea el patrimonio concursal.

¿Cabe hablar, pues, de la significación de dos capacidades jurídicas independientes⁵¹⁵? Aquí radica el segundo argumento: la existencia de dos capacidades jurídicas distintas se evidencia desde el mismo momento en que se reconoce que el ejercicio de la titularidad material, esto es, el ejercicio de las facultades de administración y disposición patrimonial, están sometidas a la autorización o conformidad de la administración concursal.

⁵¹⁴ El régimen de intervención o suspensión que decreta el juez del concurso dependerá, por tanto, de las concretas circunstancias concurrentes en cada caso, pero siempre atendiendo al fin al que se dirige el concurso.

Como se infiere del estudio realizado por MORENO SERRANO, son excepcionales los supuestos en los que los jueces se apartan, a la hora de determinar el régimen aplicable, de las reglas de correlación establecidas en el art. 40.1 y 2 LC («La aplicación del art. 40...», cit., p. 340). Conviene reproducir las conclusiones del autor para conocer en qué supuestos el juez del concurso, dejando al margen las reglas de correlación, se decanta por la intervención y cuando lo hace por la suspensión. Así, señala: «-la aplicación jurisprudencial de la intervención de facultades de los administradores societarios se muestra vinculada a aquellos gestores sociales que actúan con absoluto cumplimiento de los deberes que guían su actuación como administradores pero que, desafortunadamente, no pueden evitar que la sociedad se dirija a una situación concursal por lo que instan la declaración de concurso o están en vías de hacerlo cuando se presenta la solicitud de un deudor, si bien, también se tiene en cuenta la naturaleza de la actividad desempeñada por la sociedad y el apoyo financiero que puede tener a través de su accionariado. Además, una vez declarado el concurso, estos administradores con facultades intervenidas cumplen con sus deberes de colaboración e información hacia el juez y la administración concursal, puesto que, de lo contrario, sus facultades serán suspensas. – La suspensión de facultades patrimoniales se manifiesta en el Auto de declaración de concurso en supuestos de especial gravedad, en casos en los que la actividad desarrollada por los administradores dificulta la viabilidad de la empresa, o no actuaron en el correcto cumplimiento de sus deberes legales causando graves daños patrimoniales. Esta suspensión declarada en el Auto conlleva, a su vez, que difícilmente que pase en la práctica a un régimen de intervención a lo largo del proceso.» (p. 340).

⁵¹⁵ Expresamente en contra de la existencia de dos capacidades jurídicas, PÉREZ DEL BLANCO, *Efectos procesales...*, cit., p. 86, nota al pie 142.

Orillando su expresión en el plano sustantivo (art. 40.1 LC), centrémonos en el procesal, en concreto, en los arts. 51.3 y 54.2 LC⁵¹⁶. El primero de los preceptos señala que «en caso de intervención, el deudor conservará la capacidad para actuar en juicio, pero necesitará la autorización de la administración concursal, para desistir, allanarse, total o parcialmente, y transigir litigios cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio»; el segundo advierte que «en caso de intervención, el deudor conservará la capacidad para actuar en juicio, pero necesitará la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio. Si la administración concursal estimara conveniente a los intereses del concurso la interposición de una demanda y el deudor se negara a formularla, el juez del concurso podrá autorizar a aquélla para interponerla»⁵¹⁷.

El control que se reconoce en ambos preceptos a la administración concursal exige, por forzoso, la existencia de aquella dualidad. Se desprende, de un lado, del hecho de que la administración concursal pueda denegar al deudor la posibilidad de accionar o recurrir –y disponer del objeto del proceso–; de otro, desde el instante en que se permite que la administración concursal inste al deudor el ejercicio de una acción y, en caso de negativa de éste, pueda, previa autorización judicial, ejercitarla ella misma. Ambos extremos son buena prueba de que existen dos capacidades distintas, pero también de que la parte en tales procesos no es el deudor, sino el patrimonio concursal.

A la vista de lo expuesto, es irrefutable que el patrimonio concursal es, en el régimen de intervención, la parte procesal. En otros términos, ¿cómo puede defenderse, de otro modo, la habilitación a la administración concursal –*ex art.*

⁵¹⁶ Escogemos estos preceptos por dos motivos: en primer término, por representar el régimen general aplicable en defecto de previsión legal expresa; en segundo lugar, por residenciar aquéllos las posibles dudas de la existencia de dos capacidades jurídicas independientes. En efecto, en otros preceptos (v. gr. el art. 71 LC -acciones de reintegración y otras acciones de impugnación-) la existencia de dos capacidades jurídicas distintas entre el patrimonio concursal y el deudor es manifiesta.

⁵¹⁷ El análisis que, de estos preceptos, hagamos en estas páginas obedecerá, exclusivamente, al fin de determinar la existencia de dos capacidades jurídicas diferenciadas en el régimen de intervención entre deudor y patrimonio concursal. A un estudio exhaustivo de los arts. 51 y 54 LC dedicaremos el Capítulo IV.

54.2 LC- para la interposición de demandas cuando lo entienda conveniente a los intereses del concurso? Aun más, ¿sería sostenible afirmar que si el deudor acepta interponer la demanda él es la parte y, en cambio, si rechaza interponerla -y el juez autoriza a la administración concursal- la parte es el patrimonio concursal?

Si nos detenemos por un momento en la cuestión, parece claro que la integración de la capacidad procesal del patrimonio concursal solo se llevará a cabo por el deudor cuando así lo disponga la administración concursal, bien al prestar su autorización o conformidad, bien al instar al deudor el ejercicio de una acción. Queremos, así, evidenciar otra conclusión: la disposición y, por tanto, el destino del patrimonio concursal lo determina, en el régimen de intervención, la administración concursal⁵¹⁸.

La exigencia de conformidad –o autorización-⁵¹⁹ que se predica en la Ley no es otra cosa que la carencia del poder de disposición del bien o derecho sobre el que se pretende discutir en el proceso. Así pues, la imposibilidad de accionar, recurrir o disponer del objeto del proceso obedece a la falta de un presupuesto exigido por la Ley para que aquellos actos puedan ser realizados con plena validez jurídica: la conformidad o autorización de la administración concursal. Llegamos con ello a otra conclusión: la referida exigencia de autorización o conformidad de la administración concursal no es expresión de una limitación de la capacidad de obrar en el deudor sino de un presupuesto

⁵¹⁸ Esta afirmación no puede, sin embargo, ser sostenida en el régimen de suspensión, por paradójico que parezca. De la lectura del art. 51.2 LC («en caso de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, la administración concursal, en el ámbito de sus competencias, sustituirá a éste en los procesos judiciales en trámite (...), pero necesitará la autorización del Juez del concurso para desistir, allanarse, total o parcialmente, y transigir litigios (...)» se depende que para disponer del objeto del proceso, en el régimen de suspensión, es necesaria la autorización del Juez. Respecto a los procesos nuevos (*ex art. 54.1 LC*) nada dice la norma, si bien, como tendremos ocasión de exponer, parece necesaria una integración normativa del precepto en virtud de lo dispuesto en el art. 51.2 LC.

⁵¹⁹ A nuestro juicio, aun cuando nos pronunciaremos sobre la cuestión más adelante, el legislador emplea ambos conceptos –autorización y conformidad- de forma indistinta. Vid. nota al pie 751.

atinente a la conveniencia de iniciar o sostener un proceso⁵²⁰. Secunda esta tesis un tercer argumento.

La doctrina ha entendido que, en los supuestos de intervención, el deudor sufre una limitación de capacidad por cuanto precisa de autorización o conformidad⁵²¹. Pero, ¿realmente queda limitada la capacidad del deudor? De nuevo, al igual que ocurría en el régimen de suspensión, es en el análisis de la naturaleza jurídica de las limitaciones a las facultades patrimoniales del deudor donde hallaremos respuesta. Y, en los mismos términos que entonces exponíamos respecto a la suspensión, en la intervención se postulan dos opciones: de un lado, entender que aquellas restricciones responden a una prohibición de administrar y disponer; de otro, defender que aquéllas son una limitación de la capacidad de obrar.

⁵²⁰ En el mismo sentido, vid. SERRA DOMÍNGUEZ cuando afirma: «personalmente estimamos que la autorización para litigar no afectaba en absoluto a la capacidad procesal, sino exclusivamente a la disposición del derecho discutido en el proceso» («Precisiones ...», cit., p. 304). Y en términos similares, CARNELUTTI: «cuando para actuar en juicio tiene necesidad una persona de estar autorizada, ello no significa que no actúe por sí sola y que, por tanto, el órgano agente sea distinto de aquel que sería si la autorización no fuese requerida, sino, por el contrario, que para poder actuar, ella ha de obtener de otros una declaración de voluntad (autorización), que no se dirige al oficio judicial (obra hacia el interior) y que por ello no pertenece a la acción sino que constituye un requisito de validez de ésta» (*Sistema...*, cit., p. 28).

⁵²¹ En este sentido, entre otros, ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, *La «vis atractiva» del proceso concursal*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 323 y 324 y nota al pie 516; GONZÁLEZ CANO al afirmar: «en caso de intervención, la legitimación corresponde al concursado, independientemente de la autorización previa de la administración para interponer la demanda, que es un complemento en este caso de su capacidad procesal, pero sólo cuando la acción afecte al patrimonio del deudor o a la masa activa del concurso» (*El nuevo tratamiento...*, cit., p. 393); DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal Civil...*, cit., p. 148 que habla de capacidad procesal disminuida; y PÉREZ DEL BLANCO que pese a afirmar con rotundidad en un primer momento: «el concursado mantiene íntegra su capacidad procesal para comparecer en el proceso e instar la tutela jurisdiccional sobre sus derechos e intereses legítimos» (p. 138); en un estadio posterior asevera: «en caso de integración de las pretensiones en el concurso, se les dará curso a través del incidente concursal. En este incidente concursal será parte demandada el concursado (...) si bien es cierto que en todos los procesos en los que tome parte (...) tendrá que integrar la capacidad procesal del modo antedicho con la autorización de la administración concursal para disponer del objeto del incidente y recurrir», y más adelante: «en caso de no integración de las pretensiones en el concurso (...) si las pretensiones tienen naturaleza patrimonial (...) y por tanto su eventual estimación puede afectar a la formación de la masa pasiva, el concursado conservará su legitimación pasiva para comparecer en el proceso pero su capacidad procesal deberá ser integrada en los casos y términos analizados con anterioridad, con la pertinente autorización de la administración concursal» (*Efectos procesales...*, cit., p. 143).

Solventar esta alternativa en el régimen de intervención nos permitirá dos cosas: la primera, corroborar que se produce la escisión del patrimonio concursal; la segunda, determinar cuál es la posición jurídica que ocupa la administración concursal –o, al menos, desechar que posición no ocupa-.

Reiteramos aquella idea que ya exponíamos al inicio del Capítulo: si predicamos que el deudor sufre una limitación a la capacidad, necesitaría de un sujeto –o ente- que integre dicha capacidad; en el concurso de acreedores, la administración concursal. La parte procesal sería, por tanto, el deudor y la administración concursal su representante. Si, por el contrario, sostenemos que sobre el deudor recae una prohibición de administrar y disponer, la capacidad del deudor se mantendría intacta.

Pero, ¿qué ocurre en el régimen de intervención? Sirvámonos para ello de lo dicho en el régimen de suspensión, pero no reiterando lo expuesto sino valiéndonos de la lógica más aplastante. Habiendo quedado demostrado que en el régimen de suspensión el deudor queda sometido a una prohibición de administrar y disponer sobre el patrimonio concursal, no podemos sostener, en sede de intervención, que el deudor sufra una limitación de capacidad. La razón es muy sencilla: no cabe anudar a una previsión normativa menos restrictiva (intervención frente a suspensión) una consecuencia jurídica más gravosa (limitación de capacidad frente a prohibición de administrar y disponer) –y viceversa-. Dicho de otro modo, carece de toda lógica sostener que en los supuestos de menor intensidad en la limitación a las facultades patrimoniales del deudor, el Ordenamiento jurídico atribuya un efecto jurídico más represivo que en los supuestos en los que aquella intensidad en la limitación es mayor. Podemos, pues, concluir que, en el régimen de intervención, el deudor sufre, al igual que en el régimen de suspensión, una prohibición de administrar y disponer patrimonial.

De lo expuesto bajo este epígrafe se esclarecen tres aspectos con los que podemos seguir avanzando en la determinación de la posición jurídico procesal que ocupa la administración concursal en el régimen de intervención: en primer término, se crea un patrimonio concursal con capacidad jurídica independiente

a la del deudor; en segundo lugar, se constata que el deudor no sufre una limitación a la capacidad sino una prohibición de administrar y disponer; y, por último, queda evidenciado, por lo anterior, que la parte es, en todo caso, el patrimonio concursal.

Resta ahora solventar una cuestión respecto al régimen de intervención: ¿qué posición ocupan, pues, en el proceso deudor y administración concursal?

4.5.4. La posición jurídico procesal del deudor y de la administración concursal en el régimen de intervención

Demostrado que declarado el concurso se crea, en todo caso, el patrimonio concursal y que éste tiene una capacidad jurídica distinta a la del deudor: ¿qué posición ostentan en sede procesal, entonces, deudor y administración concursal?

A la vista de lo expuesto, podríamos afirmar que, *mutatis mutandi*, el deudor ocupa, en el régimen de intervención, la misma posición que, en el régimen de suspensión, ostenta la administración concursal: el deudor deviene representante necesario del patrimonio concursal. El deudor se erige, entonces, en la necesaria personación física del patrimonio concursal en el proceso; integrando, así, su capacidad para comparecer y actuar en juicio⁵²².

Debemos, sin embargo, añadir un importante matiz: la mentada representación necesaria del deudor solo es predicable en los supuestos en los que la administración concursal autoriza o presta su conformidad a los actos pretendidos por el deudor. En estos supuestos, el control que se colige de la exigida autorización o conformidad de la administración concursal permite

⁵²² En los mismos términos que ya señalábamos para el régimen de suspensión, la representación necesaria del deudor en el régimen de intervención obedece al necesario soporte físico que un ente inmaterial requiere para poder llevar a cabo actuaciones materiales. Esta realidad no responde, pues, a la incapacidad procesal de aquellos entes. En este sentido, si bien con carácter general para la institución de la representación necesaria, vid. DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal Civil...*, cit., p. 171.

atisbar la asunción, por parte de ésta, de un rol semejante al de un auxiliar judicial⁵²³⁵²⁴.

En este panorama conviene despejar una duda: si, como decíamos, en supuestos de intervención, el deudor es el representante necesario de la masa concursal, verdadera parte procesal, y la administración concursal autoriza o presta su conformidad a la realización de actos de administración y disposición por el deudor: ¿cómo se explica que el art. 54.2 LC *in fine* reconozca a la administración concursal la posibilidad de interponer demanda ante la negativa del deudor a hacerlo y previa autorización judicial?, ¿qué posición ocupa, en estos casos, la administración concursal? Desde luego, la descripción ofrecida en párrafos precedentes choca frontalmente con semejante posibilidad que brinda la LC a la administración concursal. ¿Qué ocurre entonces? A nuestro juicio, en estos casos parece claro que en el momento en el que la administración concursal interpone la demanda adquiere, de nuevo, la condición de representante necesario de la masa concursal. Si bien se mira, al igual que ocurre en el art. 40.4 LC («a solicitud de la administración concursal y oído el concursado, el juez (...) podrá acordar en cualquier momento el cambio de las situaciones de intervención o de suspensión de las facultades del deudor sobre su patrimonio»), el art. 54.2 LC *in fine* parece contemplar un cambio de régimen “encubierto” para el concreto supuesto –y no con carácter general e indefinido como prevé el art. 40.4 LC-. Se reproduce, de hecho, el mismo esquema que en el régimen de suspensión: la administración concursal deviene representante necesario de la masa y el deudor queda habilitado para personarse y mantener una defensa separada en el proceso promovido por la administración concursal (art. 54.3 LC).

⁵²³ El carácter de la administración concursal a que nos referimos en esta sede se desprende, exclusivamente, de aquellos supuestos en los que la autorización o conformidad es precisada legalmente.

⁵²⁴ El hecho de que la administración concursal, en ocasiones, opere como auxiliar de la justicia no determina, por forzoso, una naturaleza pública de aquella. Seguimos manteniendo la naturaleza privada del órgano de administración –vid. Capítulo II- si bien, en el ejercicio de determinados cometidos, actúa como auxiliar judicial.

Los razonamientos efectuados sufren, sin embargo, una importante quiebra en su trasplante normativo. Esto es, la norma no ampara tales razonamientos. Veamos por qué.

El yerro doctrinal de catalogar la restricción a las facultades patrimoniales del deudor en el régimen de intervención como una limitación a la capacidad de obrar de éste se plasma, de igual modo, en la Ley. Dicho en otros términos, sirviéndonos de las reflexiones antes pronunciadas, la LEC concibe al deudor como parte procesal -y no al patrimonio concursal- en los supuestos en los que se decreta el régimen de intervención. Así se desprende del juego de varios preceptos de la LEC. En primer lugar, del art. 6.1.4º LEC; en segundo lugar, del art. 7.8 LEC.

En efecto, como sabemos, el art. 6.1.4º LEC reconoce capacidad para ser parte a «las masas patrimoniales o los patrimonios separados (...) cuyo titular haya sido privado de sus facultades de disposición y administración». Al albergar semejante previsión, el art. 6.1.4º LEC cierra la puerta a la posibilidad de que el patrimonio concursal, en supuestos de intervención, sea considerado parte. El tenor del precepto no deja lugar a dudas: solo será parte la masa concursal cuando su titular haya sido privado de sus facultades de administración y disposición; y tal privación solo se produce en el régimen de suspensión.

Al no tener cabida los referidos supuestos de intervención en los arts. 6.1.4º y 7.5 LEC –de lo que ya se puede inferir que la parte, en tales casos, es el deudor- pero sí pleno encaje en la previsión contenida en el art. 7.8º LEC -dedicado a la capacidad procesal- («las limitaciones a la capacidad de quienes estén sometidos a concurso y los modos de suplirlas se regirán por lo establecido en la Ley Concursal»), la conclusión es clara: el art. 7.8 LEC está pensado para los supuestos de intervención en los que sea necesario integrar

la capacidad procesal pero, a juicio del legislador, del deudor –no del patrimonio concursal-⁵²⁵.

Nuestra propuesta de *lege ferenda*, a la vista de lo que hemos demostrado, se centra en dos aspectos. En primer término, propugnamos la supresión del art. 7.8 LEC⁵²⁶. Es un precepto improcedente pues, como ha quedado demostrado, su ámbito de aplicación queda vacío, esto es, referido a supuestos que no existen; supuestos en los que la parte es el deudor y las “limitaciones a la capacidad del deudor” deben ser integradas por la administración concursal. En segundo lugar, patrocinamos ampliar el ámbito de aplicación del art. 6.1.4º LEC con el objeto de dar cabida a los supuestos de intervención⁵²⁷.

No obstante, aun cuando abogamos por una modificación del art. 6.1.4º LEC en los términos referidos, podríamos mantener una interpretación forzada de la norma e integrar los supuestos de intervención en dicho precepto. Adelantamos que ni siquiera para nosotros es convincente la tesis que vamos a exponer, pero nos parece interesante, al menos, su planteamiento.

Podríamos entender que en el régimen de intervención por cuanto la administración y disposición está sometida a la autorización o conformidad de la administración concursal (arts. 40.1, 51.3 y 54.2 LC), en realidad, el deudor está privado de sus facultades de administración y disposición. Solo cuando la

⁵²⁵ Como hemos expuesto páginas atrás, para la integración de la capacidad procesal del patrimonio concursal debemos acudir a lo dispuesto en el art. 7.5 LEC.

⁵²⁶ De la misma opinión, MONTERO AROCA al afirmar que: «sigue siendo absurdo que en el artículo 7.8 de la LEC, añadido a la misma por la disposición final (en adelante, DF) 3.ª de la LC, se diga ahora que existen limitaciones a la capacidad del concursado, lo que supone considerarlo en parte como incapaz, y de ahí que se añada que para los modos de suplir esas limitaciones deba estarse a lo establecido en la LC» (*De la legitimación...*, cit., p. 325, nota al pie 454).

⁵²⁷ Propuesta la reforma del art. 6.1.4º LEC indefectiblemente debería modificarse, asimismo, el art. 7.5 LEC. El precepto, como ya expusimos, reza así: «las masas patrimoniales o patrimonios separados a que se refiere el número 4.º del apartado 1 del artículo anterior comparecerán en juicio por medio de quienes, conforme a la ley, las administren». Ahora bien, debemos precisar que, en aquellos casos en los que el deudor actuara en el proceso –por haber obtenido la autorización o conformidad de la administración concursal-, el actual art. 7.5 LEC tendría perfecto encaje: por la masa concursal comparecería en juicio quien la administra, esto es, el deudor. La reforma por la que abogamos iría, pues, encaminada a los supuestos en los que, decretado el régimen de intervención, la administración concursal interpusiera demanda -previa negativa del deudor a hacerlo y previa autorización del juez-. En estos casos, no comparecería en juicio quien administra –el deudor- sino la administración concursal.

administración concursal lo entienda conveniente permitirá que el deudor administre y/o disponga. Lograríamos, de esta forma, encajar el supuesto de hecho del régimen de intervención en el mentado art. 6.1.4º LEC. Hasta el momento nos parece una postura sostenible. El problema lo encontramos en la extensión de esta interpretación, que afecta, en todo caso, al art. 7.5 LEC⁵²⁸.

Reproduzcamos de nuevo el art. 7.5 LEC: «Las masas patrimoniales o patrimonios separados a que se refiere el número 4.º del apartado 1 del artículo anterior comparecerán en juicio por medio de quienes, conforme a la ley, las administren». Pues bien, si sostuviéramos que en el régimen de intervención, en atención a lo dispuesto en el párrafo precedente, el deudor está privado de las facultades de administración y disposición, ¿a quién correspondería atribuir la administración a que se refiere el art. 7.5 LEC? Si entendiéramos que concierne a la administración concursal, única alternativa posible, la norma tampoco se cumpliría completamente: el deudor comparecería en juicio por la masa –siempre que aquella autorizara o prestara su conformidad–; cumpliéndose, exclusivamente, en los casos en los que la administración concursal interpusiera demanda -tras la negativa del deudor a hacerlo y previa autorización judicial-. Orillando esta opción por inviable, ¿qué otra alternativa tenemos?

Siguiendo con una interpretación forzada, en el concepto de administración que maneja el art. 7.5 LEC encontramos argumentos para solventar, en parte, la problemática de dicho precepto. En concreto, procede hacer dos consideraciones. De un lado, si se observa con detenimiento el término administración, presenta una clara connotación sustantiva de difícil integración en sede procesal⁵²⁹. En el foro, ciertamente, se puede disponer del objeto del

⁵²⁸ Por la referencia contenida al art. 7.5 LEC en el art. 6.1.4º LEC, la interpretación que se haga de aquel afecta a éste.

⁵²⁹ Así parece colegirse, en términos generales, de la caracterización que de los actos de administración y disposición realiza MARTÍNEZ FLÓREZ, «La intervención...», cit., pp. 166 a 168. La referida autora entiende que son actos de administración «en primer lugar, los dirigidos a la explotación y aumento de los bienes, así como a la percepción y utilización de sus frutos y productos de acuerdo con su destino económico (...). También integran esta categoría la venta de los bienes producidos por la empresa, la venta de los productos de una cosecha, el cobro del canon arrendaticio, la celebración de los contratos necesarios para la recolección de los frutos naturales de la finca, etc. En segundo lugar, son actos de administración los que tienen la

proceso, ¿pero administrarlo? Y, secundando lo anterior, procede otra reflexión: si el art. 7.5 LEC lo que hace es regular la capacidad procesal para comparecer en juicio de la masa concursal, la administración a que se refiere el precepto parece, por lógica, referida al plano sustantivo.

Ambas notas nos permitirían deslindar el término administración del art. 7.5 LEC en dos planos distintos, sustantivo y procesal, y circunscribirlo, exclusivamente, al primero de ellos. De este modo, podríamos entender, conscientes de lo rebuscado de la interpretación, que quien administra –el deudor- es quién comparece en juicio por la masa concursal⁵³⁰.

finalidad de conservar y defender los bienes (v. gr. la celebración de contratos dirigidos a la realización de las reparaciones ordinarias, la celebración de contratos de custodia, la reclamación frente a los ataques procedentes de terceras personas, etc.). Pero actos de administración pueden ser también actos puramente materiales (la recogida de los frutos del fundo). En contraposición con los actos de administración, cuya tipología silencia el Derecho positivo, existen determinadas figuras que el Código Civil califica expresamente como actos de disposición. Así sucede con la transacción, la enajenación y la hipoteca (...). En este sentido, tienen la consideración de actos de disposición, con independencia de que en determinados supuestos puedan entrar en el ámbito administrativo, todos aquellos actos y negocios por virtud de los cuales se transmite, grava, modifica o extingue un derecho subjetivo (...). Los actos de disposición pueden agruparse en las siguientes categorías: en primer lugar, actos o negocios de enajenación o traslativos, esto es, actos o negocios que suponen una atribución patrimonial a otra persona (v. gr. la venta, permuta, donación, aportación a sociedades, el traspaso, en cuanto supone la cesión de los derechos derivados del arrendamiento, si bien la jurisprudencia señala que constituye acto de riguroso dominio porque supone la renuncia de derechos tales como el tanteo y el retracto (...). En segundo lugar, actos o negocios de disposición que no implican una atribución patrimonial a otra persona. El ejemplo paradigmático es la renuncia abdicativa por cuya virtud se extinguen los derechos renunciados. La renuncia y la remisión o la condonación son actos de disposición porque el titular abandona o extingue un derecho. También constituyen actos de disposición la renuncia reconocitiva o declarativa, por cuya virtud la persona separa de su esfera jurídica un derecho controvertido o dudoso, algo que constituye la esencia de la transacción considerada específicamente por el Código civil como acto de riguroso dominio, y la renuncia preventiva, en la que la persona rechaza hacer suyo un derecho aún no incorporado a su patrimonio (v. gr. repudiación de la herencia y renuncia a una donación, a los que se hará referencia con posterioridad). En tercer lugar, actos o negocios de constitución de gravámenes o derechos reales. En cuarto lugar, actos o negocios que impliquen modificación o transformación de los derechos, ya sean reales (...) o de crédito (así, la novación subjetiva u objetiva, el aplazamiento del crédito, la delegación, etc.)».

⁵³⁰ Esta interpretación encontraría un obstáculo insalvable en los supuestos en los que la administración concursal interpusiera la demanda –previa autorización judicial y negativa, anterior, por parte del deudor, a la interposición de aquélla-. En efecto, en estos casos, aunque se produjera, como decíamos, un cambio de régimen “encubierto” para el específico supuesto de interposición de demanda por la administración concursal, el régimen de intervención seguiría operando y la administración, aun en el plano sustantivo, seguiría correspondiendo al deudor. No se cumpliría, pues, la máxima del art. 7.5 LEC de que quien administra comparece en juicio por la masa; administraría el deudor y, en cambio, comparecería en el proceso la administración concursal.

4.6. Sobre las partes en el proceso concursal. El deudor y los administradores concursales

4.6.1. Estado de la cuestión

La LC disciplina un controvertido art. 184.1 LC: «En todas las secciones serán reconocidos como parte, sin necesidad de comparecencia en forma, el deudor y los administradores concursales»⁵³¹.

A lo largo del Capítulo hemos comprobado que las partes no son, en todo caso y pese a lo que pudiera parecer, el deudor y la administración concursal. Al menos, cabe negar aquella condición de parte respecto a los procesos *ex art. 51 y 54 LC*. Podríamos, incluso, ofrecer una suerte de pronóstico sobre la condición de parte de la administración concursal. Las bases ofrecidas nos permiten intuirlo, pero no afirmarlo con rotundidad. Conviene, pues, seguir avanzando en la investigación, desgranando cada concreto supuesto⁵³². Solo así estaremos en condiciones de pronunciarnos, con rigor, sobre la controvertida posición jurídico procesal de la administración concursal. Así se desprende de las siguientes reflexiones.

4.6.2. ¿Podemos hablar de partes en el proceso concursal?

Interesa traer aquí una afirmación que, respecto del juicio de quiebras, emanó de la jurisprudencia del TS: «ofrece la quiebra caracteres de contienda

⁵³¹ Continúa rezando el precepto: «el Fondo de Garantía Salarial deberá ser citado como parte cuando del proceso pudiera derivarse su responsabilidad para el abono de salarios o indemnizaciones de los trabajadores. En la sección sexta será parte, además, el Ministerio Fiscal». Al centrarse nuestro trabajo en el análisis de la posición jurídico procesal que ostenta la administración concursal en la fase común, evitaremos pronunciarnos sobre lo reproducido en esta nota del precepto, por cuanto no interesa a tales efectos.

⁵³² Lo afirmado se entiende con facilidad a la vista de las distintas situaciones jurídicas en que puede hallarse inmersa la administración concursal. Así, sin ánimo de ser exhaustivos: cuando ostenta la titularidad de la relación jurídico-material (v. gr. cuando se discute su retribución o la exigencia de responsabilidad); cuando aparece como representante necesario de la masa concursal (v. gr. arts. 51 y 54 LC); cuando interviene en atención a atribuciones legales que lo erigen en parte (*v.gr.* en procesos donde se impugna la lista de acreedores o el inventario de bienes y derechos); o cuando opera en el ejercicio atribuciones que parecen otorgarle aquel status -de parte- pero que es cuestionable que así sea (v. gr. acciones de reintegración y demás acciones de impugnación *ex art. 71 LC*). Si bien respecto a los dos primeros supuestos referidos nos mostramos absolutamente convenidos de la posición jurídico-procesal que ostenta la administración concursal, no podemos afirmar lo mismo en relación a los dos últimos. A su esclarecimiento dedicaremos el Capítulo V.

judicial entre acreedores y quebrado, con períodos especialísimos de los procesos cautelar, declarativo y ejecutivo, que permiten asignarle la denominación de juicio *latu sensu*»⁵³³. Esta afirmación es especialmente significativa. Y lo es por cuanto de la misma -pese a ser formulada respecto de la quiebra es plenamente extrapolable al actual concurso de acreedores-, se infiere una importante conclusión: el proceso concursal no tiene las notas características de un proceso cualquiera –sea declarativo, ejecutivo o cautelar-. Y en lo que a las partes atañe, el principio de contradicción se ve alterado de manera, como veremos seguidamente, de manera sobresaliente.

En efecto, la especial estructura del proceso concursal impide que podamos referir el principio de contradicción entre dos partes como si de un proceso lineal se tratara. Tal contradicción es, en cambio, concebible en los distintos incidentes concursales o procesos declarativos que, en el desarrollo del propio concurso, puedan surgir. Y ello es determinante para establecer quién es o no parte en cada proceso.

Pretender, por tanto, establecer quién es parte con carácter general en el proceso concursal nos llevará a un permanente equívoco: quien sea parte en un proceso no tiene porque serlo en otro⁵³⁴⁵³⁵.

Pues bien, conviene seguir avanzando en una cuestión delicada: si la tajante aseveración que contempla el art. 184.1 LC presenta quiebras de semejante calado, ¿a qué se refiere el precepto cuando atribuye la condición de parte al deudor y a los administradores concursales? A nuestro juicio, cuando una afirmación de tal rotundidad rompe del modo descrito, aparecen, en este caso, dos alternativas para lograr explicar el fenómeno: en primer lugar, pensar que el legislador marra obviando un extremo del complejo elenco

⁵³³ STS de 9 de noviembre de 1950 (citada por Ramírez, *La quiebra*, cit., p. 384).

⁵³⁴ A salvo queda el deudor por la vía de la actuación separada a que se habilita *ex arts.* 51 y 54 LC. Tal intervención, sin embargo, no es pacífico que sea en calidad de parte. Sobre la cuestión nos pronunciaremos más adelante.

⁵³⁵ Nos parece pues un error pretender, como ha pretendido la doctrina clásica, determinar con cierto grado de éxito, quién ostenta la condición de parte con carácter general para todo el proceso concursal. Sobre los infructuosos intentos que a nuestro juicio se han llevado a cabo, con referencias a autores clásicos (APODACA, CANDIAN, D'AVACK, etc.), vid. RAMÍREZ, *La quiebra*, cit., pp. 381 y ss.

funcional de la administración concursal como al que nos venimos refiriendo en el presente Capítulo; en segundo lugar, entender que cuando el precepto habla de parte, en realidad, quiere referirse a otra cosa.

La primera opción tiene que ser descartada. Aun siendo cierto que la administración concursal desarrolla una multitud de funciones, uno de los principales cometidos que lleva a cabo es la administración y disposición del patrimonio con un expreso régimen legal en el plano sustantivo (art. 40 LC) y procesal (arts. 51 y 54 LC). La importancia de tales atribuciones permite sortear esta posibilidad. A nuestro juicio, difícilmente el legislador podría obviar este extremo en la confección legal de quiénes son parte en el proceso concursal.

Así pues, ¿a qué quiere referirse el legislador cuando atribuye la condición de parte al deudor y a los administradores concursales? La idea de que el legislador no quiere atribuir la condición de parte a deudor y administradores concursales es secundada por un hecho: no es admisible otorgar a alguien la condición de parte, sin necesidad de comparecencia en forma -como advierte el precepto-, pues la comparecencia en forma es, atendiendo a la lógica, condición necesaria para que las partes puedan actuar en el mismo⁵³⁶.

A nuestro juicio, lo que el legislador pretende con el reconocimiento de la condición de parte a deudor y administradores concursales es concederles traslado de todas las actuaciones y pretensiones que se sustancien en los procesos e incidentes comprendidos en el concurso de acreedores⁵³⁷. Sobre esta cuestión y el análisis del resto del precepto –art. 184 LC- volveremos en páginas sucesivas.

⁵³⁶ Cfr. LÓPEZ SÁNCHEZ, «Comentarios al artículo 184», cit., p. 1883. Es sabido que la condición de parte se puede ostentar aunque no se comparezca en el proceso pero, de igual modo, es claro que para realizar actuaciones procesales de parte es necesario la comparecencia en el mismo. Resulta interesante reproducir la matización que, respecto a la comparecencia en el proceso y la adquisición de la condición de parte, realiza SERRA DOMÍNGUEZ, «Precisiones...», cit., p. 294. Afirma el autor: «la condición de parte se adquiere normalmente mediante la comparecencia en el proceso, desde cuyo momento se es “comparecido y parte”. Se excluye la posición de parte demandada que se adquiere por la simple proposición de la demanda, sin necesidad de una aceptación de tal condición mediante su comparecencia en el proceso. La no comparecencia del demandado, precisamente para salvar el principio del proceso de partes, se suple mediante la institución de la rebeldía. Pero tanto el actor como los intervinientes únicamente devienen partes procesales mediante su comparecencia en el proceso».

⁵³⁷ De la misma opinión, LÓPEZ SÁNCHEZ, «Comentario artículo 184», cit., pp. 1883 y 1884.

Concluimos el presente Capítulo delimitando el camino que pretendemos seguir en nuestra investigación e insistiendo, una vez más, en un aspecto fundamental de la misma: la variedad de actuaciones reconocidas legalmente a la administración concursal, ajenas a permitir colegir un régimen de actuación unitario, recomienda, de un lado, el tratamiento individualizado de aquéllas e impide, de otro, categorizar en términos generales sobre la posición jurídica que ostenta la administración concursal en el proceso⁵³⁸.

Habida cuenta lo anterior dedicaremos el Capítulo IV a analizar la actuación procesal de la administración concursal en el régimen general previsto -en defecto de disposición expresa- en sede procesal (*ex arts. 51 y 54 LC*); para centrarnos, finalmente, en el Capítulo V, en la posición jurídico procesal que detenta la administración concursal en aquellos incidentes que se puedan sustanciar durante el proceso concursal con ocasión de la necesaria conformación de las masas activa y pasiva del patrimonio.

⁵³⁸ Como afirmara SERRA DOMÍNGUEZ respecto a uno de los institutos que determinan la referida posición jurídico procesal: «siendo la legitimación una relación especial y concreta entre el sujeto y el objeto que permite al primero realizar actos con plena eficacia jurídica, resulta claro que la legitimación tiene un carácter relativo según cual sea el objeto considerado» («Precisiones...», cit., p. 308). Y en el concurso de acreedores, dada la multitud de incidentes y procesos con distintos objetos, la determinación de aquella -y, por ende, de la condición de parte- dependerá de la concreta causa que se esté sustanciando.

RIASSUNTO CAPITOLO IV

1. Premessa

La dichiarazione di fallimento non determina che tutti i processi dichiarativi in corso (o da iniziare) esercitati per (o contro) il fallito si svolgano dinanzi al giudice del fallimento. In altre parole, l'effetto di *vis attractiva* non colpisce tutti i processi dichiarativi. Alcuni continueranno il proprio normale *iter*, altri verranno riassunti e altri, invece, saranno interrotti. Tuttavia, in tutti appare una nota comune: la dichiarazione di fallimento presenta importanti effetti sui soggetti che hanno la qualità di parte in tali processi, essendo modificato, durante il fallimento, il regime ordinario di questi processi.

La discriminazione tra i processi svolti dinanzi al giudice del fallimento e quelli svolti davanti a un organo giurisdizionale diverso è essenziale per la nostra ricerca: da un lato, per spiegare la posizione giuridico-processuale del curatore fallimentare; dall'altro, per conoscere le azioni che il curatore fallimentare può sviluppare, in coerenza con la diversa procedura prevista in uno e altro caso; in ultimo, per singolarizzare i requisiti che sono precettivi per l'attuazione del curatore fallimentare davanti ai rispettivi ordini giurisdizionali.

Nel presente Capitolo concentreremo la nostra attenzione sul regime generale sancito dagli artt. 50, 51 e 54 LC: insieme al regime generale stabilito dall'art. 40 LC per il piano sostanziale, gli artt. 50, 51 e 54 LC fanno lo stesso per il piano processuale.

L'art. 51 LC stabilisce gli effetti che la dichiarazione di fallimento produce sui processi dichiarativi in corso, con indipendenza della posizione -attiva o passiva- del fallito. Per la sua parte, gli artt. 50 e 54 LC disciplinano gli effetti che, dalla dichiarazione di fallimento, si verificano con l'esercizio di nuove azioni giudiziarie, sia un terzo chi agisce contro il patrimonio fallimentare (art. 50 LC) sia il fallito chi agisce contro un terzo (art. 54 LC). I preannunciati precetti

differenziano, a loro volta, secondo il regime di *suspensión* –artt. 51.2 e 54.1 LC- o *intervención* –artt. 51.3 e 54.2 LC- sancito dal giudice. Nulla prevede su questo punto l'art. 50 LC.

Prima di addentrarci nell'analisi dettagliata degli artt. 50, 51 e 54 LC, interessa affrontare una questione anteriore per determinare, con il rigore necessario, la posizione giuridico-processuale del curatore fallimentare nei processi regolati da quelli articoli. Cioè, l'ambito di applicazione temporale di ogni precetto come fattore decisivo dell'applicazione di uno o l'altro e, conseguentemente, della differente attuazione del curatore fallimentare. La questione non è banale.

Per risolvere questo problema sarebbe d'applicazione, secondo la logica processuale, l'art. 410 LEC: la litispendenza, con tutti i suoi effetti processuali, si produce dalla proposizione della domanda se dopo è ammessa. L'ambito temporale si fisserebbe, secondo questo criterio, sulla base di due fatti: il giorno della proposizione della domanda e il giorno della richiesta di fallimento.

Accade, però, che secondo il tenore dell'art. 50.4 LC il momento processuale di prendere in considerazione sarebbe, insieme a quello di proposizione della domanda, quello della risoluzione che dichiara il fallimento.

È innegabile che, per imperativo legale, il criterio da utilizzare per determinare il *dies a quo* del fallimento è il momento nel quale si dichiara il fallimento (e non quando si richiede), mantenere una linea diversa sarebbe interpretare *contra legem*. Nonostante quello, dobbiamo esigere coerenza al ruolo del legislatore.

2. Processi dichiarativi in corso nel momento della dichiarazione di fallimento

L'art. 51 LC disciplina gli effetti che la dichiarazione di fallimento produce sui processi dichiarativi in corso in cui il debitore è parte. Il primo comma del precetto stabilisce la regola generale applicabile a questi processi: continueranno svolgendosi davanti allo stesso tribunale che conoscesse di loro

fino a che la sentenza sia definitiva. Non si applica, quindi, in questi casi, la *vis attractiva* del fallimento. A questa situazione, che rispetta la *perpetuatio iurisdictionis*, vengono riconosciute, come vedremo, certi eccezioni.

Di fronte a quella regola, la LC stabilisce che certi processi in corso possano essere riassunti nel fallimento compiendo certi requisiti.

Sono due i presupposti che si devono compiere rispetto a questi tipi di processi per rendere operativa la *vis attractiva* del fallimento ex art. 51.1.2° LC: uno di tipo procedimentale, l'altro di contenuto sostanziale. Per quanto riguarda il primo, che il processo in corso si trovi in primo grado e non abbia finito la fase istruttoria. Rispetto al secondo, che si svolga un processo per pretesa di danni alla persona giuridica fallita contro i suoi amministratori o liquidatori, di fatto o di diritto, e contro i suoi revisori contabili.

Il tenore dell'art. 51.1.2° LC ci fa arrivare a tre conclusioni. In primo luogo, che soltanto in questi casi –che, peraltro, appaiono contemplati nell'art. 8.7° LC come propri della competenza del giudice fallimentare- procede l'integrazione dei processi in corso. Rimane, quindi, come una soluzione del tutto eccezionale. In secondo luogo, si determina, per la specificità della materia, la posizione del debitore in quel processo in corso. Così, il patrimonio fallimentare può unicamente avere una posizione attiva nello stesso. E, per ultimo, facendo riferimento alla materia descritta nell'art. 51.1.2° LC, l'integrazione è soltanto possibile rispetto ai processi che si svolgono dinanzi all'ordine giurisdizionale civile.

A causa delle lacune legali che presenta la LC sulla procedura di "accumulazione", dobbiamo servirci da quanto stabilito dalla LEC –artt. 74 a 98- per l'accumulazione di processi. Essendo l'accumulazione di processi e la *vis attractiva* due istituzioni diverse, molte di quelle norme non sono applicabili, e quelle che sono applicabili devono adattarsi alle caratteristiche della LC e, in particolare, del processo dichiarativo da integrare.

In virtù dell'art. 51.1.2° LC, l'accumulazione al fallimento del processo dichiarativo in corso dovrà essere decisa d'ufficio. Questo criterio stabilito dal

legislatore, a nostro avviso, non si può sostenere in base a due argomenti. In primo luogo, è difficile immaginare, a priori, che il giudice del fallimento possa conoscere l'esistenza di un processo in corso senza la previa comunicazione su istanza di parte. Supporta questa tesi, in secondo luogo, l'applicazione suppletoria di quanto stabilito nell'art. 75 LEC. Secondo questo precetto, possono sollecitare l'accumulazione –insieme alla possibilità di rilevarlo d'ufficio dal tribunale-: chi sia parte nel processo sul quale si pretende l'accumulazione.

Per tutto questo, sosteniamo che, nonostante l'ufficialità prevista dalla norma, l'accumulazione potrà essere sollecitata dal curatore fallimentare o da qualsiasi parte del processo d'accumulare.

Affermata, quindi, la legittimazione del curatore fallimentare per richiedere l'accumulazione del processo dichiarativo in corso al processo fallimentare, vediamo, ora, quale sarebbe l'*iter* da seguire e, in particolare, l'attuazione processuale che il curatore fallimentare deve sviluppare. Secondo gli orientamenti fissati dagli artt. 74 a 98 LEC, nella procedura d'integrazione del processo dichiarativo in corso al fallimento, possiamo apprezzare tre fasi: la richiesta, la concretizzazione e la decisione sulla opportunità dell'integrazione.

La richiesta che deve presentare il curatore fallimentare per richiedere l'integrazione del processo dichiarativo in corso al fallimento si deve dirigere al giudice fallimentare.

Presentata la richiesta di "accumulazione", incomincia un incidente, disciplinato dagli artt. 81 a 97 LC, attraverso il quale si svolge la procedura d'integrazione del processo dichiarativo in corso al fallimento. In questo incidente, il giudice fallimentare, in primo luogo, deve decidere se considera oppure no la richiesta presentata.

Il giudice potrà non considerare la richiesta d'accumulazione quando non siano inclusi i requisiti legalmente fissati o quando non sia possibile l'accumulazione per il mancato riunirsi dei requisiti processuali esigibili (art. 82 LEC). Di fronte alla risoluzione che non considera l'accumulazione, il curatore

fallimentare –o qualsiasi parte presentata- potrà interporre ricorso davanti allo stesso giudice (art. 83.5 LEC).

Ammessa a tramite la richiesta, dobbiamo distinguere due procedimenti a seconda che il processo dichiarativo in corso da integrare si stia svolgendo davanti al giudice del fallimento o davanti a un tribunale diverso. Queste particolarità non vengono dettagliate nel riassunto, perché lo allungherebbero in eccesso. Rimandiamo, quindi, al testo principale della tesi.

È conveniente, tuttavia, porre l'accento nel riassunto, sebbene brevemente, su quali sono gli effetti che ne derivano da tale integrazione. In primo luogo, il giudice fallimentare passa a conoscere dell'assunto. Questo ha pieno valore per quanto riguarda la nostra tesi, perché, dall'integrazione, il curatore fallimentare agirà davanti al giudice del fallimento. In secondo luogo, a differenza di quanto accadeva prima della riforma operata dalla Legge 38/2011, succede che il processo dichiarativo integrato continuerà la sua procedura davanti al giudice del fallimento, con l'*iter* del processo attraverso il quale si è svolta la pretesa, inclusi i ricorsi che si possono fare valere contro la sentenza. E, per ultimo, di fondamentale importanza per la nostra ricerca: si modifica il regime giuridico dei soggetti che agiscono nel processo in corso.

- **L'attuazione processuale del curatore fallimentare nei processi dichiarativi in corso al momento della dichiarazione di fallimento**

A questa questione si destinano i commi secondo e terzo dell'art. 51 LC che fanno riferimento, rispettivamente, ai regimi di *suspensión* e *intervención* delle facoltà patrimoniali del debitore.

Esporremo il contenuto di entrambi i commi per, posteriormente, analizzarli in dettaglio. In primo luogo, nel comma secondo dell'art. 51 LC viene sancito: in caso di *suspensión* delle facoltà di amministrazione e disposizione del debitore, il curatore fallimentare, nell'ambito delle sue competenze, sostituirà il debitore nei procedimenti giudiziari in corso, glielo concesso dal cancelliere, una volta presentato nel termine di cinque giorni, per l'istruzione nelle attuazioni, ma avrà

bisogno dell'autorizzazione del giudice per disporre dell'oggetto del processo. In secondo luogo, il comma terzo dell'art. 51 LC stabilisce come, in caso d'*intervención*, il debitore conservi la capacità di agire, ma ha bisogno dell'autorizzazione del curatore fallimentare per disporre dell'oggetto del processo quando la *res litigiosa* possa riferirsi al suo patrimonio.

Suspensión

Per spiegare il fenomeno dell'art. 51.2 LC tra il debitore e il curatore fallimentare, le caratteristiche della legittimazione straordinaria –sostituzione processuale- possono, in un primo momento, sembrare adeguate per risolvere il nostro “puzzle”. In effetti, a causa della privazione del potere di disposizione che soffre il debitore, a priori, si può pensare che il curatore fallimentare agisca in virtù di una sostituzione processuale.

Già nel Capitolo III si è scartata la sostituzione processuale del curatore fallimentare rispetto al debitore. Come dicevamo, con la sostituzione processuale si pretende una concreta tutela con fondamento in un diritto altrui, ma agendo nell'interesse proprio. Nel fallimento, quest'ultimo carattere non è sostenibile. Sebbene si potrebbe considerare il curatore fallimentare come interessato mediato, la tutela non la pretende per se stesso, ma per il patrimonio fallimentare.

Mantenere questa posizione sarebbe disconoscere, nell'ambito fallimentare, un fatto di vitale importanza per la nostra ricerca: con la dichiarazione di fallimento si crea il patrimonio fallimentare. In questa linea, insieme all'attribuzione della capacità di essere parte che viene concessa al patrimonio fallimentare, possiamo affermare che si produce un fatto di grande importanza: la massa concorsuale agisce in virtù di una sostituzione processuale quando esercita azioni che si fondamentano in diritti altrui. Del debitore, da una parte, dei creditori, dall'altra. Quest'affermazione è predicabile rispetto alle nuove azioni. Tuttavia, cosa succede in quei processi dichiarativi in corso in cui il debitore è parte? A nostro avviso, si produce un chiaro fenomeno di successione processuale.

Per poter scegliere un fenomeno di successione processuale in sede dell'art. 51.2 LC è necessario accettare una premessa: la possibilità di svincolare la successione processuale dalla successione sostanziale. Il debitore, non c'è dubbio, mantiene la titolarità sostanziale sui beni e diritti che conformano il patrimonio concorsuale. È in questo punto che possono apparire più ostacoli al fenomeno di successione processuale.

Se si osservano i casi legalmente disciplinati dalla LEC che fanno riferimento alla successione processuale per morte (art. 16 LEC) e alla successione processuale per trasmissione dell'oggetto litigioso (art. 17 LEC), si conferma come questo fenomeno appaia come conseguenza di un cambio di titolarità sostanziale. Si potrebbe affermare, a priori, riguardo ad entrambi casi, che la successione processuale è la proiezione nel processo in corso di quanto succede nel piano sostanziale. Per il contrario, nel fallimento, la titolarità sostanziale continua a corrispondere al fallito.

Nel caso si ammettesse che è possibile svincolare la successione processuale dalla successione sostanziale, la costruzione sarebbe questa: nei processi dichiarativi in corso in cui il debitore è parte, come conseguenza della dichiarazione di fallimento, il patrimonio fallimentare adotta la posizione del debitore in una sorta di successione processuale, avendo il curatore fallimentare la rappresentanza necessaria del patrimonio concorsuale nel processo.

Il secondo estremo sul quale dobbiamo pronunciarci è determinare se il fenomeno di successione processuale descritto si produce rispetto a tutti i processi dichiarativi in corso. La risposta è negativa, perché solo rispetto ai processi che possono inerire al patrimonio concorsuale possiamo affermare che si produce la successione processuale. L'ambito di competenza attribuito al curatore fallimentare si limita a tali processi. Per conoscere la preannunciata delimitazione è sufficiente con accudire all'art. 40.6 LC. Questo precetto stabilisce che le limitazioni alle facoltà patrimoniali del debitore fanno riferimento ai beni, diritti e obblighi da integrare nel fallimento. E,

correlativamente, alle limitazioni patrimoniali che soffre il fallito, vengono delimitate le facoltà del curatore fallimentare.

Dimostrato che ci troviamo davanti a un fenomeno di successione processuale, procediamo ad analizzare come funziona. In questa analisi dobbiamo affrontare un difficile lavoro d'integrazione normativa.

Siamo coscienti che le proposte che offriamo possono dilatare ancora di più l'*iter* del processo fallimentare, già lungo di per sé. Tuttavia, non possiamo dimenticare l'esistenza di certi fenomeni processuali che, sebbene non dichiarati espressamente dalla norma, succedono. Nonostante ciò, la sua inclusione nel processo esigerebbe l'osservanza di certe garanzie.

Nei processi dichiarativi in corso nel momento della dichiarazione di fallimento basta che si faccia riferimento al cambio nella titolarità giuridico processuale durante la sua pendenza per, accreditato sufficientemente il preannunciato cambio –a giudizio del giudice o tribunale-, poter risolvere sull'ammissione al processo del nuovo soggetto, previa udienza della parte contraria.

Il primo passo per rendere operativa la successione processuale è che il curatore fallimentare richieda al tribunale la successione nella posizione del debitore in nome del patrimonio fallimentare.

Per rendere effettivo il cambiamento delle parti nella successione processuale è necessario che gli interessi della controparte vengano tutelati adeguatamente –per evitare eventuali frodi-. La LC non stabilisce nulla sulla questione, né prevede nessun metodo per dare udienza alla controparte. A nostro avviso, per rendere operativa la successione processuale con il rispetto esigibile alle garanzie processuali, sarebbe necessario che la LC prevedesse una procedura simile a quella che descriveremo a breve. Così, richiesta per il curatore fallimentare la successione processuale, il cancelliere deve dettare un atto per accordare la sospensione delle attuazioni. Nello stesso atto si deve dare un termine per consentire che la controparte possa allegare quanto le convenga.

Qualora non sia esercitata opposizione dalla parte contraria oppure, in caso lo sia, non venga considerata dal giudice, l'art. 51.2 LC stabilisce una concreta previsione rispetto al curatore fallimentare: il cancelliere concederà al curatore fallimentare, una volta presentato, un termine di cinque giorni per istruire le azioni.

Prodotta la successione processuale, presentato il curatore fallimentare e trascorso il termine di cinque giorni, questo può adottare una diversa azione processuale. Così, può succedere che la riferita successione processuale appaia quando il debitore non abbia formulato ancora la sua strategia processuale. In questo caso, il curatore fallimentare potrà disporre dell'oggetto. Oppure, all'inversa, se l'oggetto del processo fosse stato determinato prima, quel processo potrebbe continuare –nello stesso stato nel quale si trovava quando è apparsa la successione- oppure terminare.

Con indipendenza del momento in cui si sia prodotta la successione processuale, per la continuazione del processo, il curatore fallimentare non ha bisogno di autorizzazione giudiziale. Non occorre lo stesso, tuttavia, per quelle attuazioni nelle quali il curatore fallimentare vuole una conclusione anormale del processo. In tali casi, il curatore fallimentare necessita dell'autorizzazione del giudice del fallimento (art. 51.2 LC).

Per ottenere la descritta autorizzazione giudiziale dobbiamo occuparci della procedura disciplinata, sebbene parzialmente, da un lato, nell'art. 51.2 LC e, dall'altro, nell'art. 188 LC.

Sostenevamo che l'art. 51.2 LC disciplina un caso di successione processuale. Come tutti i fenomeni di successione processuale, la parte "primitiva" è rimossa della controversia, occupando la sua posizione nel processo il nuovo soggetto, cioè, il patrimonio fallimentare.

Appare adesso una questione controversa: che posizione occupa il debitore rendendoci conto della possibilità concessa dall'art. 51.2.2° LC d'intervenire nel processo? Questo precetto stabilisce: la sostituzione non impedisce che il debitore possa mantenere la sua rappresentanza e difesa separata attraverso i

propri avvocati e procuratori, sempre che garantisca, con forma sufficiente davanti al giudice del fallimento, che le spese della sua attuazione processuale e, nel caso, l'effettività delle spese della lite non ricadano sul patrimonio fallimentare.

Pronunciarsi sulla questione è molto rilevante al fine di fissare certi estremi della nostra ricerca. Il debitore, per intervenire, ottiene nuovamente la condizione di parte? E, se fosse chiamato a dichiarare in giudizio, in che qualità lo farebbe?

In una prima e superficiale analisi della questione, potrebbe sembrare che il momento in cui si produce la successione processuale è determinante per definire la natura dell'intervento del debitore. In effetti, si potrebbe pensare, se la successione si è concepita in un momento in cui l'oggetto del processo è già determinato, se il debitore richiedesse di poter intervenire e, ciò, fosse accettato dal giudice, il logico sarebbe che il suo intervento fosse adesivo. Primo perché, secondo la dottrina degli atti propri, di mantenere il debitore una posizione nel processo, sarebbe la stessa che quella formulata prima che apparisca la successione processuale. Sarebbe così scartata il *c.d.* intervento principale. E, secondo, si potrebbe intendere, a priori, che l'intervento sarebbe adesivo litisconsortile (invece di adesivo semplice) per quanto d'intervenire lo farebbe come soggetto del rapporto giuridico oggetto del processo.

Il problema emerge quando la successione si produce nel momento di contestare la domanda e formulare domanda riconvenzionale. Per chiarificare l'istituzione in virtù della quale interviene il debitore, la prima cosa che dobbiamo fare è pronunciarci sul denominato intervento principale. Questo deve essere scartato; il motivo è molto semplice: a differenza di quanto accade in altri Ordinamenti giuridici, nell'Ordinamento giuridico spagnolo l'intervento principale non è riconosciuto.

Per dare luce alla questione, dobbiamo concentrarci sulla titolarità del rapporto giuridico oggetto del processo. Il debitore, non c'è dubbio, è titolare del rapporto giuridico sostanziale. Tuttavia, attraverso la nostra ricerca abbiamo

comprovato che, conseguenza della dichiarazione di fallimento, il titolare del rapporto giuridico processuale è il patrimonio fallimentare. Questo ci permette di scartare qualsiasi dubbio sul tipo d'intervenzione del debitore: nell'intervenire, non lo farebbe come titolare dell'oggetto del processo sebbene come soggetto con interesse diretto nel risultato dello stesso. L'intervento del debitore sarebbe, di conseguenza, un'intervento adesivo semplice. Cioè, a nostro avviso, il più adeguato agli interessi del fallimento. Così, d'intervenire il debitore, lo farebbe in una posizione subordinata rispetto al curatore fallimentare.

Così, se il debitore ostenta finalmente la condizione di parte nel processo, nel caso dovesse essere chiamato a dichiarare, lo farebbe in quella condizione. All'inversa, in quelle ipotesi nelle quali il debitore non richiedesse la sua intervento, qualora venisse chiamato lo farebbe in condizione di testimone.

Intervención

Il regime d'*intervención* si disciplina, nel piano sostanziale, nell'art. 40 LC e, nell'ambito processuale, nell'art. 51.3 LC. Il suo contenuto è minimo: in caso d'*intervención*, il debitore conserva la capacità di agire in giudizio, ma necessita l'autorizzazione del curatore fallimentare, per disporre l'oggetto quando la *res litigiosa* possa incidere sul suo patrimonio.

Per facilitare la lettura ed evitare reiterazioni inutili, partiremmo dalla descrizione offerta dal regime di *suspensión*. Così, ci pronunceremmo sulle specialità che troveremmo nel regime di *intervención*. Al fine di affrontare la comparazione normativa dobbiamo renderci conto di una differenza molto importante: anche se la legge non lo definisce così (art. 7.8 LEC), secondo la nostra tesi il debitore è il rappresentante del patrimonio concorsuale.

Nel regime d'*intervención* opera lo stesso fenomeno di successione processuale tra il debitore e il patrimonio concorsuale descritto per il regime di *suspensión*. La differenza: il debitore diventa rappresentante necessario del patrimonio fallimentare.

Il fenomeno di successione processuale e l'integrazione normativa per la sua effettiva istaurazione è, nel regime d'*intervención*, più semplice da quanto evidenziato per il regime di *suspensión*. La presenza del debitore nel processo dichiarativo in corso e la circostanza di essere lui sul quale ricade la rappresentanza necessaria del patrimonio fallimentare permette l'istaurazione di un regime giuridico meno dilatato nel tempo.

Per il regime di *suspensión* basta fare riferimento al cambiamento nella titolarità giuridico processuale durante la pendenza del processo dichiarativo in corso allo scopo di che, accreditato il riferito cambiamento, il giudice si pronunce sull'ammissione nel processo del nuovo soggetto, previa udienza della controparte.

Il debitore proseguirà sempre nel processo dichiarativo in corso, sia come parte nella stessa posizione che ne aveva prima della dichiarazione di fallimento –se non è ammessa la successione dal giudice- sia come rappresentante necessario del patrimonio concorsuale –se si ammette la successione-.

Conviene aggiungere, per ultimo, che nel regime d'*intervención*, il debitore non può svolgere atti di disposizione dell'oggetto del processo senza la corrispondente autorizzazione del curatore fallimentare (art. 51.3 LC). Il curatore fallimentare, realizza, in questa mansione, un compito che si somiglia a quelli svolti dal giudice nel regime di *suspensión*.

3. Processi da istaurare

Gli artt. 50 e 54 LC disciplinano gli effetti della dichiarazione di fallimento sull'esercizio di nuove azioni; siano azioni esercitate da un terzo contro il patrimonio fallimentare (art. 50 LC) che azioni esercitate contro un terzo a favore del patrimonio concorsuale (art. 54 LC).

La diversa posizione –attiva o passiva- nella quale si trova il patrimonio concorsuale è fondamentale per la nostra ricerca: la procedura di uno e dell'altro precetto determinano una diversa attuazione del curatore fallimentare.

Così, se un terzo aziona contro il patrimonio concorsuale rispetto di una materia sulla quale deva conoscere il giudice del fallimento, il processo sarà integrato svolgendosi per l'iter dell'*incidente concursal* (art. 192.1.2° LC). All'inversa, quando il curatore fallimentare o il debitore intraprendono un'azione a favore del patrimonio concorsuale, il processo iniziato segue la sua procedura davanti al giudice competente per conoscere su quella. Questo non comporta, tuttavia, che la dichiarazione di fallimento non abbia importanti effetti su tali processi, in particolare, sui soggetti che possono agire negli stessi.

- **La attuazione processuale del curatore fallimentare nei processi dichiarativi da istaurare ex art. 54 LC**

Suspensión

Il primo comma dell'art. 54 LC stabilisce: in caso di *suspensión* delle facoltà di amministrazione e disposizione del debitore, corrisponde al curatore fallimentare la legittimazione per l'esercizio delle azioni d'indole non personale. Per l'esercizio delle altre azioni agirà in giudizio il proprio debitore, chi preciserà la conformità del curatore fallimentare per disporre dell'oggetto quando la materia litigiosa possa affettare al suo patrimonio.

Constatato che il debitore è privato *ex lege* di legittimazione nell'esercizio di determinate azioni e che questa è conferita al curatore fallimentare: quale sarebbe l'interesse esistente sotto tale attribuzione? La determinazione di quell'interesse ci permetterà di conoscere il fondamento delle azioni ex art. 54 LC e la legittimazione attiva concessa da quella norma.

Così, la legittimazione attribuita al curatore fallimentare dall'art. 54 LC sarebbe, ovviamente, una legittimazione straordinaria. In effetti, si attribuirebbe al curatore fallimentare la legittimazione per l'esercizio di azioni che, non esistendo il fallimento, apparterebbero al debitore. Dottrinalmente si è affermato che la legittimazione straordinaria che si attribuisce al curatore fallimentare per l'esercizio di azioni d'indole non personale è una legittimazione per sostituzione.

Se facciamo riferimento al caso tipico di legittimazione per sostituzione, cioè, l'azione surrogatoria *ex art. 1111 CC*, possiamo constatare che il debitore sostituito non è privato di legittimazione, producendosi un'ampliamento della stessa ai creditori. All'inversa, nel fallimento, il fallito non mantiene piene possibilità di porre in essere un'azione, essendo privato di legittimazione. Questa è attribuita, seguendo il tenore del precetto, all'amministrazione concorsuale. Non possiamo parlare, invece, di legittimazione per sostituzione perché, come già rilevato, il curatore fallimentare non agisce nell'interesse proprio bensì nell'interesse della massa.

Secondo quanto stabilito fino adesso, ostenta il curatore fallimentare legittimazione per l'esercizio di azioni *ex art. 54 LC*? E, ancora di più, il concetto legittimazione, come presupposto dell'azione, è utilizzato adeguatamente nell'*art. 54 LC*?

Per rispondere ad entrambe queste domande adeguatamente è necessario esaminare gli *artt. 6.1.4° e 7.5 LEC*. Come già analizzato nel Capitolo III, l'*art. 6.1.4° LEC* attribuisce capacità di essere parte al patrimonio concorsuale, costituendosi il curatore fallimentare nel complemento necessario per la sua comparsa in giudizio (*art. 7.5 LEC*). Questo fatto ci permette di dedurre che quando il curatore fallimentare agisce in virtù dell'*art. 54.1 LC*, in realtà, sta facendo valere azioni che appartengono al patrimonio fallimentare. Così, in coerenza con quanto stabilito nel Capitolo III, il curatore fallimentare non ha legittimazione ma si converte nel rappresentante necessario del patrimonio fallimentare. La qualità di parte ricade, perciò, nel patrimonio fallimentare.

Possiamo affermare, quindi, che si produce una sorta di spostamento della legittimazione a favore del patrimonio fallimentare: il patrimonio fallimentare ostenta la legittimazione di agire che prima corrispondeva al debitore.

Come già comprovato, il concetto di legittimazione dell'*art. 54 LC* non viene utilizzato come presupposto dell'azione. Si potrebbe pensare che, nello stesso modo che accade in certe parti della *LEC*, quando l'*art. 54.1 LC* si riferisce alla legittimazione lo fa come titolarità di un diritto soggettivo processuale. Si

attribuirebbe, così, al curatore fallimentare la possibilità di agire nel processo in ragione non della posizione nella quale si trova, ma in virtù di un diritto strettamente processuale.

Dobbiamo puntualizzare che l'attribuzione di "legittimazione" concessa al curatore fallimentare ex art. 54.1 LC si circoscrive all'esercizio di "azioni d'indole non personale". Così, il curatore fallimentare soltanto potrà esercitare quelle azioni indirizzate a garantire la corretta formazione del patrimonio fallimentare. Per l'esercizio delle altre azioni, è il debitore colui che potrà agire nel processo.

Per ultimo, l'art. 54 LC non stabilisce nulla sulla necessità d'autorizzazione giudiziale del curatore fallimentare per esercitare azioni e, nel caso, per disporre dell'oggetto. È strana la mancanza di previsione normativa per quanto l'art. 51.2 LC, per casi con la stessa rilevanza sul patrimonio fallimentare si pronuncia espressamente sulla necessità d'autorizzazione giudiziale. A nostro avviso, il silenzio legale risponde, ad un semplice oblio del legislatore, dovendo essere integrato con quanto stabilito dall'art. 51.2 LC.

L'art. 54.1 LC, dopo aver concesso al curatore fallimentare "legittimazione" per l'esercizio di azioni d'indole non personale, stabilisce: per l'esercizio delle altre azioni agirà in giudizio il proprio debitore, il quale preciserà la conformità del curatore fallimentare per disporre dell'oggetto quando possa affettare al suo patrimonio.

Intervención

L'art. 54.2 LC disciplina gli effetti della dichiarazione di fallimento sulle pretese da esercitare di fronte ai terzi quando il regime decretato sia quello d'*intervención*. In tali casi il debitore conserva la capacità di agire, ma necessita la conformità del curatore fallimentare per interporre domande o ricorsi che possano inerire il suo patrimonio. Quello implica che, per l'esercizio di azioni che sono inerenti alla persona del debitore, la legittimazione appartiene a quest'ultimo sebbene con il previo controllo –dell'eventuale patrimonialità della pretesa- del curatore fallimentare.

Il secondo comma dell'art. 54.2 LC stabilisce, rispetto al regime d'*intervención*, che quando il curatore fallimentare lo considera conveniente agli interessi del fallimento, può chiedere al debitore l'interposizione di una domanda, e se questo si negasse a formularla, il giudice del fallimento può autorizzare il curatore ad interporla.

A nostro avviso, nonostante il sentire maggioritario della dottrina, non ci troviamo davanti a un caso né di legittimazione sussidiaria né di legittimazione per sostituzione. Ci pare che, riuniti i requisiti esigiti dalla norma, si produrrebbe una sorta di cambiamento di regime per l'esercizio della concreta azione, cioè, il curatore fallimentare sarebbe, come nei casi di *suspensión*, rappresentante necessario del patrimonio fallimentare.

Per l'esercizio dell'azione dal curatore fallimentare, la LC esige due requisiti: da un lato, che si abbia richiesto previamente al debitore a esercitare la domanda; dall'altro, previa risposta negativa del debitore a formulare quella, che il giudice del fallimento l'autorizzi.

Considerati entrambi casi e iniziato il processo dal curatore fallimentare, la norma non stabilisce nulla sulla precettività dell'autorizzazione giudiziale per la realizzazione di atti processuali che implichino la finalizzazione anormale del processo o l'interposizione di ricorsi dal curatore fallimentare. A nostro avviso, l'autorizzazione è necessaria.

- **L'attuazione processuale del curatore fallimentare nei processi dichiarativi da istaurare ex art. 50 LC**

L'art. 50 LC disciplina il trattamento processuale delle azioni che si esercitano da un terzo contro il debitore una volta iniziato il fallimento. Questo precetto consta di quattro commi. Soltanto i commi 1 e 4 saranno oggetto della nostra attenzione per quanto ci permettono di indovinare l'attuazione del curatore fallimentare rispetto ai processi nuovi iniziati da un terzo contro il patrimonio concorsuale.

Il primo comma dell'art. 50 LC stabilisce: i giudici dell'ordine civile e sociale davanti a chi viene formulata domanda della quale debba conoscere il giudice del fallimento di conformità, con questa legge non lo possono conoscere, avvertendo le parti che usino il loro diritto davanti al giudice del fallimento. Da ammettersi tramite le domande, si cancella tutto quanto attuato, non essendo valide le attuazioni che si sono fatte. Il comma 4 dello stesso precetto avverte: i giudici o i tribunali degli ordini contenzioso amministrativo, sociale o penale nei quali si esercitano, dopo la dichiarazione di fallimento, azioni che possano avere trascendenza per il patrimonio del debitore, citeranno il curatore fallimentare e lo avranno come parte in difesa del patrimonio, se si presenta.

Il primo comma dell'art. 50 LC ci permette di inferire che processi si devono predisporre davanti al giudice del fallimento. Sono vari i presupposti che devono concorrere: in primo luogo, che si eserciti un'azione la cui competenza oggettiva sia attribuita al giudice del fallimento; in secondo luogo, che si tratti di un'azione nuova, cioè, un'azione presentata dopo la dichiarazione di fallimento; e, per ultimo, che l'azione sia diretta contro il patrimonio fallimentare.

Quando concorrano i presupposti indicati, il nuovo processo iniziato dal terzo dovrà sostanzarsi davanti al giudice del fallimento per i tramiti dell'incidente concursal (art. 192.1.2° LC). All'inversa, gli altri processi che non compiano i riferiti presupposti, seguiranno i loro tramiti normali davanti al giudice che fosse competente per conoscere della materia.

L'attuazione processuale del curatore fallimentare nei processi da istaurare da un terzo dinanzi il giudice del fallimento

Nel caso in cui il processo da iniziare dal terzo debba sostanzarsi davanti al giudice del fallimento, l'attuazione processuale del curatore fallimentare verrà determinata dalla procedura marcata dagli artt. 192 a 196 LC, relativi all'incidente concursal, e dall'art. 51.2 LC, relativo al regime di *suspensión* nei processi dichiarativi in corso.

L'attuazione processuale del curatore fallimentare nei processi da istaurare da un terzo dinanzi un giudice diverso a quello del fallimento

Quando il processo iniziato da un terzo non si debba sostanziare davanti al giudice del fallimento ma dinanzi agli organi contenzioso amministrativo, penale e sociale –oltre i casi con oggetto sociale di cui conosce il giudice del fallimento ex art. 8 LC- l’attuazione processuale del curatore fallimentare si sviluppa secondo i parametri e criteri nel rispetto di ogni ordine giurisdizionale esistano.

Conviene aggiungere, per ultimo, che l’art. 50.4 LC non distingue tra i regimi di *intervención* o *suspensión* delle facoltà patrimoniali del debitore. Questa mancanza di distinzione può derivare da un oblio del legislatore oppure da un’idea meditata dal fatto che, in tali casi, il curatore fallimentare sia chi rappresenti la massa concorsuale in ogni caso, controllando la patrimonialità delle pretese esercitate con indipendenza del regime decretato. Anche se la seconda opzione potrebbe essere sostenibile, non è coerente con un’interpretazione sistematica degli altri precetti. Così, il curatore fallimentare può soltanto procedere nei termini dell’art. 50.4 LC nei casi di *suspensión*. Per i casi d’*intervención* sarà il debitore l’incaricato di agire nel processo. Ancora una volta, saranno di applicazione gli artt. 51.2 LC, per i casi di *suspensión*, e 51.3 LC, per i casi di *intervención*, a cui rimandiamo.

CAPÍTULO IV

LA DECLARACIÓN DE CONCURSO Y LA ACTUACIÓN PROCESAL DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL EN LOS PROCESOS DECLARATIVOS PENDIENTES Y NUEVOS

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

La finalidad principal del concurso es la satisfacción de los acreedores. Para lograr este objetivo se somete el caudal patrimonial a un proceso conjunto universal para lograr la efectividad de los distintos créditos de un modo proporcional y equitativo, sin otras preferencias que aquellas que la ley expresamente reconozca⁵³⁹. Se originan, para ello, en el concurso, dos masas que constituyen su esencia: la masa activa o masa de bienes y derechos (art. 76 LC) y la masa pasiva o masa de acreedores (art. 49 LC)⁵⁴⁰.

Ocurre que, tras la declaración de concurso, los acreedores no operan de manera individual sino como conjunto⁵⁴¹. La LC disciplina en su art. 49.1 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»⁵⁴². Semejante tratamiento colectivo devendría ineficaz si se permitiera a los acreedores del concursado iniciar acciones al margen del concurso. Es el efecto de *vis attractiva* del proceso concursal el que permite que determinados procesos singulares que se sustancien al margen del concurso queden integrados en éste.

⁵³⁹ Cfr. STS (Sala de lo Civil) de 17 de mayo de 1988 [RJ 1988, 2210].

⁵⁴⁰ Cfr. BELTRÁN SÁNCHEZ, «Comentario al artículo 49», cit., p. 990.

⁵⁴¹ Como ya adelantásemos, en el concurso de acreedores, la satisfacción de los acreedores se articula a través de dos vías: el convenio y/o la liquidación. En nuestra investigación, sin embargo, nos centramos en una fase previa y común a ambas: la “fase común” del concurso de acreedores. En ella quedan determinadas las masas activa y pasiva; labor que es atribuida, en el grueso, a la administración concursal.

⁵⁴² El apartado 2 del art. 49 LC, incluido tras la reforma acometida por Ley 38/2011, continúa advirtiendo: «en caso de concurso de persona casada en régimen de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se integrarán en la masa pasiva los créditos contra el cónyuge del concursado, que sean, además, créditos de responsabilidad de la sociedad o comunidad conyugal».

La declaración de concurso no determina, empero, que todos los procesos pendientes (o nuevos) ejercitados (o que se ejerciten) por el (o frente al) concursado vayan a ser sustanciados ante el juez que esté conociendo del concurso. Algunos continuarán su normal tramitación, otros quedarán integrados y el resto, en cambio, serán suspendidos. Sin embargo, en todos ellos concurre una nota común: la declaración de concurso tiene importantes efectos sobre los sujetos que ostentan la condición de parte en esos concretos procesos, viéndose alterado, durante el tiempo que dura el mismo, su régimen ordinario.

En lo que a nosotros interesa, conviene avanzar que, en los referidos procesos singulares, la actuación procesal que va a llevar a cabo la administración concursal no es uniforme. Se hace necesario discriminar, así, entre procesos declarativos, ejecutivos y arbitrales -al amparo de los arts. 50 a 57 LC-; y, aún más, distinguir en función de si los mismos quedan o no integrados en el proceso concursal⁵⁴³.

La discriminación entre los procesos que se sustancian ante el propio juez del concurso de aquellos otros que se desarrollan fuera es esencial en nuestra investigación: de un lado, para explicar la posición jurídico procesal que ocupa la administración concursal; de otro, para conocer las actuaciones que, consecuencia de la distinta tramitación prevista en uno y otro supuesto, puede acometer la misma; y, por último, para singularizar los distintos requisitos que son preceptivos en la postulación y comparecencia de aquella ante los respectivos órdenes jurisdiccionales.

En el presente Capítulo centraremos nuestra atención en el régimen general previsto en los arts. 50, 51 y 54 LC; en concreto, en la actuación procesal que,

⁵⁴³ Aun cuando podamos pecar de reiterativos, es necesario insistir en que la actuación procesal que lleva a cabo la administración concursal es de lo más dispar. Junto a la posición y actuación que desarrolla en los procesos expuestos *supra*, encontramos otros en los que cabe predicar, o al menos cuestionar, una posición diferente. Así, por ejemplo, cuando opera en el ejercicio de acciones conferidas *ex lege* (v. gr., arts. 40.7, 70, 72.1 LC, etc.), actúa en incidentes con ocasión de la impugnación de la lista de acreedores o el inventario o interviene en procesos en los que se sustancia su retribución o se ejercita una acción de responsabilidad frente a los mismos.

respecto a la administración concursal, disponen los referidos preceptos. Seguiremos, de esta suerte, la inercia de la LC: junto al régimen general disciplinado en el art. 40 LC para el plano sustantivo, los arts. 50, 51 y 54 LC hacen lo propio para el plano procesal⁵⁴⁴.

2. ARTÍCULOS 50, 51 Y 54 LC: UBICACIÓN SISTEMÁTICA Y ÁMBITO DE APLICACIÓN TEMPORAL

2.1. Ubicación sistemática

El Capítulo II –«De los efectos sobre los acreedores»- del Título III –«De los efectos de la declaración de concurso»- de la LC se compone de tres secciones, denominadas, respectivamente, «De la integración de los acreedores en la masa pasiva» (art. 49 LC), «De los efectos sobre las acciones individuales» (arts. 50 a 57 LC) y «De los efectos sobre los créditos en particular» (arts. 58 a 60 LC)⁵⁴⁵.

⁵⁴⁴ El art. 43 Legg. fall. es el único precepto que encontramos dentro del Ordenamiento jurídico italiano que pudiera ser equivalente a los arts. 50, 51 y 54 LC. Dicho precepto, a diferencia de lo que ocurre dentro del Ordenamiento jurídico español, disciplina tanto los procesos nuevos como aquellos en trámite en el momento de la declaración de concurso. El tenor literal del mismo es el que sigue: «nelle controversie, anche in corso, relative a rapporti di diritto patrimoniale del fallito compresi nel fallimento sta in giudizio il curatore. Il fallito può intervenire nel giudizio solo per le questioni dalle quali può dipendere un'imputazione di bancarotta a suo carico o se l'intervento è previsto dalla legge. L'apertura del fallimento determina l'interruzione del processo».

Siguiendo a TESCARO, «la norma in esame riguarderebbe: (a) le controversie relative alla custodia e all'amministrazione dei beni esistenti alla data della sentenza dichiarativa di fall.; (b) le controversie derivanti dall'acquisizione dei beni acquistati dal fallito dopo il fall.; (c) le controversie cui dà vita l'incidenza del fall. sui rapporti giuridici preesistenti» («Commentario all'articolo 43» con ZACCARIA, *Commentario breve alla Legge fallimentare*, 6ª ed., CEDAM, Padova, 2013, p. 271).

⁵⁴⁵ Dada la denominación del Capítulo II («De los efectos sobre los acreedores»), la ubicación actual no nos parece del todo adecuada. Una alternativa a la sistemática expuesta consistiría en diferenciar los efectos de la declaración de concurso en función del sujeto sobre el que recaen. De este modo, aquellos que influyen sobre el deudor quedarían integrados en el Capítulo I –«De los efectos sobre el deudor»- del Título III; los que se producen sobre la administración concursal quedarían incluidos en el Título II –«De la administración concursal»-; y, por último, respecto a los acreedores, se mantendría su ubicación actual dentro del Capítulo II del Título III. En esta última sede procedería aunar en un solo precepto las posibilidades de actuación procesal que la legislación vigente reconoce a los acreedores en los supuestos en los que la administración concursal o el deudor no ejercitan las acciones por ellos pretendidas. Sobre la cuestión, en términos similares, vid. PÉREZ DEL BLANCO, *Efectos procesales...*, cit., p. 130.

En esta sede, como anticipábamos, dedicaremos nuestra atención a la Sección 2ª (arts. 50 a 57 LC) y, en particular, a los arts. 50, 51 y 54 LC⁵⁴⁶.

El art. 51 LC establece los efectos que la declaración de concurso produce sobre los procesos declarativos en trámite, con independencia de la posición, activa o pasiva, que detente el concursado.

Por su parte, los arts. 50 y 54 LC disciplinan los efectos que, de la declaración de concurso, se irrogan ante el planteamiento de nuevas acciones judiciales, tanto cuando es un tercero el que acciona frente al patrimonio concursal (art. 50 LC) como cuando las acciones del concursado se dirigen contra un tercero (art. 54 LC).

Los referidos preceptos distinguen, a su vez, en función del régimen de suspensión –arts. 51.2 y 54.1 LC- o intervención –arts. 51.3 y 54.2 LC- decretado por el juez. Nada contempla, en este sentido, el art. 50 LC.

Por lo expuesto hasta el momento se evidencia una sistemática del todo defectuosa. En primer término, por el desorden en la ubicación normativa: se regulan, en primer lugar, los procesos nuevos en los que se ejercitan acciones frente al patrimonio concursal (art. 50 LC); posteriormente, los procesos pendientes con independencia de la posición que ocupe el deudor (art. 51 LC); y, por último, los procesos nuevos en los que se acciona a favor del patrimonio concursal (art. 54 LC). En segundo lugar, resulta llamativo que el art. 51 LC

⁵⁴⁶ Así pues, dejamos al margen los arts. 52 y 53 LC dedicados: a regular los efectos de la declaración de concurso sobre los pactos de mediación y los convenios arbitrales en los que el concursado fuera parte (art. 52.1 LC); a determinar como afecta aquella declaración a los procedimientos arbitrales en tramitación (art. 52.2 LC); así como a establecer la vinculación del juez respecto a las sentencias y laudos firmes que se hubieran dictado (art. 53.1 LC) y a dotar a la administración concursal de las acciones para impugnar los convenios y procedimientos arbitrales -en caso de fraude- (art. 53.2 LC). De otro lado, orillamos los arts. 55 a 57 LC referidos a los efectos de la declaración del concurso sobre las ejecuciones singulares y los apremios administrativos o tributarios. Si bien respecto a tales procesos se establece como regla general su suspensión (arts. 55.1.1º y 55.2 LC), concurren importantes excepciones (arts. 55.1.2º, 55.4, 56 y 57 LC).

Aunque ambos grupos de preceptos sobrepasan los límites de nuestra investigación, no obviamos que tanto los procesos ejecutivos como los procedimientos arbitrales pueden tener, en la determinación de las masas activa y pasiva, importantes repercusiones. Sin embargo, en lo que a nosotros interesa, la posición que ocupa la administración concursal en tales procesos queda esclarecida al analizar el art. 51 LC. Del mismo precepto cabe colegir, con las adaptaciones pertinentes, aquella posición.

contemple los efectos de la declaración de concurso sobre los procesos en trámite con independencia de la posición, activa o pasiva, que ostente el deudor; y, en cambio, se dediquen dos preceptos, los arts. 50 y 54 LC, a disciplinar los efectos de la declaración de concurso sobre los procesos nuevos en función de la posición pasiva (art. 50 LC) o activa (art. 54 LC) que ocupe el patrimonio concursal.

Respecto a la primera cuestión expuesta, a nuestro juicio, lo lógico hubiera sido regular, siguiendo un orden cronológico, en primer lugar, los efectos sobre los procesos pendientes y, en segundo lugar, hacer lo propio respecto a los procesos nuevos. La efectiva integración de los mismos en el concurso, de producirse, acontecería de dicho modo.

En lo que atañe a la segunda cuestión, en nuestra opinión, lo razonable sería que la regulación de los procesos nuevos se hiciese de modo conjunto. De esta suerte, el hipotético precepto, tras determinar los efectos de la declaración de concurso sobre los nuevos procesos que se iniciaran por un tercero (actual art. 50 LC), disciplinaría los criterios de actuación en sede procesal, tanto de la administración concursal como del deudor, cuando ostentaran una posición activa (actual art. 54 LC).

Junto a la descrita falta de sistemática, los preceptos adolecen de una técnica legislativa defectuosa: confunden y entremezclan instituciones procesales presentando importantes lagunas normativas. Así, por ejemplo, nada se contempla sobre la posición que ocupan el deudor y la administración concursal en aquellos procesos declarativos de nuevo cuño que se insten por un tercero -y cuya competencia esté atribuida al juez del concurso (art. 50.1 LC)- ni tampoco en lo referido a aquellos procesos instados contra el concursado ante un juez perteneciente a los órdenes jurisdiccionales penal, contencioso-administrativo o social (art. 50.2 LC)⁵⁴⁷.

⁵⁴⁷ Sobre la cuestión, en términos similares, vid. MARÍN LÓPEZ, «La limitación...», cit., p. 5 y, en extenso, del mismo autor, «Comentario al artículo 50», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), tomo I, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 450 y ss.

Las deficiencias anunciadas, junto con otras que iremos desgranando en la sede oportuna, exigen una labor hermenéutica ardua por parte del intérprete. A integrar aquéllas con el fin de dilucidar la posición y actuación procesal de la administración concursal dedicaremos buena parte del presente Capítulo.

2.2. Ámbito de aplicación temporal de los artículos 50, 51 y 54 LC

Como adelantábamos, la declaración de concurso tiene importantes implicaciones sobre los sujetos que intervienen en defensa del patrimonio concursal. Desde aquella declaración se altera el régimen jurídico de los sujetos que pueden comparecer en representación y defensa del patrimonio concursal y, en consecuencia, el *status* de parte que, en sentido técnico procesal, detenta cada sujeto.

Antes de adentrarnos en el análisis pormenorizado de los arts. 50, 51 y 54 LC conviene afrontar una cuestión previa para determinar, con el rigor requerido, la posición jurídico procesal que ostenta la administración concursal en los procesos disciplinados en tales normas. Esta es, el ámbito de aplicación temporal de cada precepto como hito determinante de la aplicación de uno u otro y, en consecuencia, de una distinta actuación de la administración concursal. La cuestión no es, desde luego, despreciable.

Para profundizar en esta materia, nos centraremos en los supuestos que presentan una mayor problemática, esto es, en aquellos procesos en los que la administración concursal o el deudor ostentan una posición pasiva –art. 51 LC, para los procesos en trámite, y art. 50 LC, para los procesos nuevos-. Orillamos, pues, los procesos en los que los referidos sujetos detentan una posición activa –art. 51 LC, para los procesos en trámite, y art. 54 LC, para los procesos nuevos-, sin perjuicio, obviamente, de que para estos casos nos sirvamos, en lo que pueda ser de aplicación, de las conclusiones obtenidas al analizar los primeros supuestos⁵⁴⁸.

⁵⁴⁸ Como tendremos ocasión de analizar en profundidad en el presente Capítulo, la importancia de la delimitación temporal es relativa cuando se ejercita una acción a favor del patrimonio concursal. En efecto, en tales casos, ya se trate de un proceso nuevo (art. 54 LC) o, por el

Resulta crucial, pues, determinar el límite temporal que nos permita delimitar cuando nos encontramos ante un proceso declarativo nuevo o, por el contrario, pendiente. De un lado, por la distinta actuación procesal que cabe predicar respecto a la administración concursal; de otro, en lo atinente a su integración en el proceso concursal: mientras que los procesos nuevos, de “acumularse”, lo hacen de manera automática, en los pendientes no opera tal automaticidad; y, en fin, por cuanto la presentación de la demanda ante tribunal distinto al competente para conocer del concurso comporta la nulidad radical de las actuaciones que se hubieran practicado (art. 50.1 LC).

Para resolver esta cuestión acudiríamos, siguiendo una lógica procesal, al art. 410 LEC: «la litispendencia, con todos sus efectos procesales, se produce desde la interposición de la demanda, si después es admitida». En sede concursal, el ámbito temporal se fijaría, si siguiéramos este criterio, en base a dos hechos: el día de interposición de la demanda y el día de presentación de la solicitud de concurso.

Ocurre, empero, que siguiendo la literalidad del art. 50.4 LC el momento procesal a tener en cuenta recae, junto al de interposición de la demanda, en el auto que declara el concurso. Así, «los jueces o tribunales de los órdenes contencioso-administrativo, social o penal ante los que se ejerciten, con posterioridad a la declaración del concurso, acciones que pudieran tener trascendencia para el patrimonio del deudor emplazarán a la administración concursal y la tendrán como parte en defensa de la masa, si se personase».

contrario, de un proceso en trámite (art. 51 LC), la competencia en ningún caso va a estar atribuida al Juez de lo Mercantil –no opera el efecto de *vis attractiva*- ni la tramitación va a variar con ocasión de la declaración de concurso –sigue sus cauces ordinarios ante el tribunal que tenga atribuida su jurisdicción y competencia-. Sí se van a irrogar, en cambio, consecuencias respecto a los sujetos que intervienen en defensa del patrimonio concursal. En este sentido, las conclusiones a las que lleguemos al analizar los arts. 50 y 51 LC serán extrapolables a los referidos procesos en los que se ostenta una posición activa en tanto que permitan diferenciar en qué casos procede la aplicación del art. 51 LC y en cuáles del art. 54 LC. Los fenómenos procesales que acontecen en uno y otro precepto son, como veremos, distintos.

Al amparo de uno u otro precepto queda, al menos, una cuestión clara: las demandas que se insten en un momento posterior al auto que declara el concurso se rigen por lo dispuesto en el art. 50 LC⁵⁴⁹.

Para el resto de hipótesis, el escenario es, sin embargo, de lo más dispar si seguimos los derroteros del art. 410 LEC o, por el contrario, los del art. 50.4 LC.

En el primer supuesto, cualquier demanda que se instara en un momento posterior al de presentación de la solicitud de declaración de concurso –si éste es finalmente dictado- determinaría la aplicación del art. 50 LC -aun cuando la admisión a trámite de la demanda se produjera antes de quedar declarado el concurso-. Cuestión distinta acontecería en aquellos supuestos en los que la demanda se instara antes del día en que se solicitara la declaración de concurso. En tales hipótesis, tendríamos que diferenciar dos supuestos. De un lado, si la admisión a trámite se produce antes del auto que declara el concurso, nos encontraríamos con un proceso pendiente y, por tanto, sería de aplicación el art. 51 LC. De otro, si la admisión a trámite de la demanda se produjera con posterioridad al auto declarativo del concurso, el juez –del orden civil o laboral- ante quien se interpusiera aquélla, tendría la obligación -ex art. 50.1 LC- de abstenerse de conocer e inadmitir a trámite la misma (para que fuera el juez del concurso el que conociera del asunto), so pena de nulidad de todo lo actuado.

En el segundo supuesto, como decíamos, el presupuesto temporal queda conformado por dos hitos: el día de interposición de la demanda y el día en que se dicta el auto de declaración de concurso⁵⁵⁰⁵⁵¹. El escenario en tales casos

⁵⁴⁹ El auto de declaración del concurso se puede dictar en distintos momentos procesales en función de si el concurso es voluntario o necesario. En los supuestos de concurso voluntario, el auto se dictará tras la apreciación por el juez del concurso de alguno de los hechos determinantes de la insolvencia contenidos en el art. 2.4 LC o de cualquiera otros que acreditaran aquélla (art. 14.1 LC). En las hipótesis de concurso necesario, el auto puede dictarse en distintos estadios: en primer término, tras el allanamiento del deudor emplazado ante la pretensión del solicitante o ante la no formulación de oposición en plazo (art. 18.1 LC); tras la incomparecencia del deudor a la vista tras la formulación de oposición (art. 19.2 LC); o, en último término, una vez practicadas en la vista todas las pruebas declaradas pertinentes o trascurrido el plazo fijado para ello (art. 20.1 LC).

⁵⁵⁰ El momento a tener en cuenta es el día en el que se dicta el auto de declaración de concurso. Es, por tanto, irrelevante el momento en el que se produce la notificación a las partes

es más sencillo: nos encontramos con un proceso pendiente cuando la demanda es interpuesta antes de dictarse el auto de declaración de concurso, aunque el auto de admisión a trámite se dicte con posterioridad. El resto de procesos habrían de tener la consideración de nuevos.

Aun cuando pudiera parecer incongruente, el legislador aplica un distinto criterio para determinar el *dies a quo* del proceso declarativo en trámite y el *dies a quo* del proceso concursal. Respecto a los procesos declarativos tiene en cuenta el momento de interposición de la demanda -ex art. 410 LEC-; en lo que atañe al proceso concursal atiende al día en que se dicta el auto declarativo del concurso -ex art. 50.4 LC-.

Es evidente que, por imperativo legal, el criterio que rige para determinar el *dies a quo* del proceso concursal es el momento en que se dicta el auto de declaración de concurso⁵⁵²⁵⁵³; mantener otra postura sería interpretar *contra*

-que hubieran comparecido- (art. 21.5 LC) o se lleva a cabo la publicación de la declaración de concurso ex art. 23 LC.

⁵⁵¹ Para los supuestos en los que la interposición de la demanda de juicio declarativo se produzca el mismo día en que se dicta auto de la declaración de concurso, vid. MARTÍNEZ GALLEGU, «Comentario al artículo 51», *Comentario práctico a la nueva Ley Concursal*, LÓPEZ LÓPEZ y MACÍAS CASTILLO (coords.), La Ley, Madrid, 2012, pp. 298 a 299.

⁵⁵² Sobre este punto se muestra unánime la doctrina. Entre otros, CORDÓN MORENO, «Comentario al artículo 50», *Comentarios a la Ley Concursal*, CORDÓN MORENO (dir.), tomo I, 2ª ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 581; GUZMÁN FLUJA, «Las relaciones entre el proceso concursal y los procesos singulares declarativos y de ejecución», *Ley 22/2003, concursal: puntos críticos*, ELORZA GUERRERO y GUERRERO LEBRÓN (coords.), Ministerio de Ciencia e Innovación, Madrid, 2009, p. 324; ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, *La «vis atractiva»...*, cit., pp. 222 a 225; PÉREZ DEL BLANCO, *Efectos procesales...*, cit., pp. 107 a 109; BELLIDO PENADÉS, «Comentario al artículo 51», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, p. 999; MARÍN LÓPEZ, «Comentario al artículo 51», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), tomo I, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 484 y 485.

⁵⁵³ Aun esclarecido el momento a tener en cuenta, encontramos, sin embargo, algunos supuestos problemáticos. Así sucede con aquellas diligencias preliminares, medidas cautelares, prácticas de prueba anticipada o medidas de aseguramiento de la prueba que se hubieren interesado con anterioridad a la declaración de concurso. Estas medidas, sin suponer el inicio del proceso, se dirigen a ello. A priori, lo controvertido de la cuestión puede parecer que encuentra su origen en la atribución de la competencia sobre tales medidas. Así, si ésta es concedida al juez del concurso, el eventual proceso posterior formaría parte del mismo proceso concursal y, por tanto, no habría problema a la hora de determinar si se trata de un proceso declarativo nuevo o pendiente. Si, por el contrario, entendiéramos que la competencia corresponde a un juez distinto del juez del concurso, la cuestión radicaría en dilucidar si debe considerarse iniciado un proceso por el hecho de instar las referidas medidas o diligencias. La respuesta parece obvia. Como recién señalábamos, tales medidas se dirigen a la preparación del proceso pero no determinan su inicio. De esta suerte, en cualquiera de los dos supuestos planteados, si la demanda se insta con posterioridad al auto de declaración de concurso el

legem. Ello, sin embargo, no nos impide exigir cierta coherencia en el quehacer legislativo⁵⁵⁴.

3. LA ACTUACIÓN PROCESAL DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL EN LOS PROCESOS DECLARATIVOS EN TRÁMITE EN EL MOMENTO LA DECLARACIÓN DE CONCURSO: EL ARTÍCULO 51 LC

3.1. Consideraciones previas

Como veíamos, el art. 51 LC disciplina los efectos que la declaración de concurso produce sobre los procesos declarativos pendientes en los que el deudor es parte.

El primer apartado del precepto establece la regla general aplicable a estos procesos: «continuarán sustanciándose ante el mismo tribunal que estuviere conociendo de ellos hasta la firmeza de la sentencia». A esta pauta, que respeta la *perpetuatio iurisdictionis*, se reconocen, como veremos a continuación, algunas excepciones.

Los apartados segundo y tercero del referido precepto regulan, seguidamente, los efectos que, sobre los sujetos que intervienen en los procesos declarativos en trámite, produce la declaración de concurso y los mecanismos que arbitra la LC para permitir su actuación en aquéllos. Para ello, distinguen atendiendo a si el régimen decretado es el de suspensión de las facultades de administración y disposición patrimonial o, por el contrario, el de intervención de aquéllas.

Antes de comenzar a analizar la cuestión conviene dejar sentadas dos premisas. De un lado, advertir que no perdemos de vista el hilo conductor de

proceso es nuevo. Poco importa, pues, la previa petición de las referidas medidas en orden a determinar el ámbito de aplicación de los arts. 50 y 51 LC.

⁵⁵⁴ Buena prueba del dispar criterio empleado por el legislador es el hecho de que un importante sector de los jueces de lo mercantil entiendan que, en relación a la fecha que debe ser tenida en cuenta para la aplicación del principio de atracción del concurso sobre los demás procedimientos, la fecha a tener en cuenta sea la de solicitud del concurso y no la del auto de declaración del mismo. En este sentido, vid. el AAP (sección 11ª) de Barcelona de 14 de octubre de 2009 [JUR 2009, 489751] y MARTÍNEZ GALLEGO, «Comentario al artículo 50», *Comentario práctico a la nueva Ley Concursal*, LÓPEZ LÓPEZ y MACÍAS CASTILLO (coords.), La Ley, Madrid, 2012, p. 290 a 293.

nuestra investigación: adentrarnos en esta cuestión nos permitirá conocer en qué procesos declarativos pendientes procede la integración al proceso concursal y cuál es, en tal caso, la actuación procesal que corresponde llevar a cabo a la administración concursal. De otro, debe advertirse que, pese a que la LC emplee el término “acumulación”, en rigor, no se trata de tal institución procesal, sino de la integración de un proceso singular a otro universal. La integración de procesos declarativos pendientes al concurso y la acumulación de procesos son dos instituciones que, aun cuando puedan compartir puntos comunes, son distintas⁵⁵⁵. Este hecho exigirá una tarea integradora de considerable alcance en el intérprete a la hora de determinar la tramitación que procede para integrar el proceso declarativo en trámite al proceso concursal. Nótese que en la LC no existe previsión normativa alguna sobre este extremo y que, por tanto, serán de aplicación supletoria los preceptos de la LEC (DF 5ª LC) que disciplinan la acumulación de procesos –arts. 74 a 98 LEC-⁵⁵⁶.

3.2. Eventual integración al proceso concursal de los procesos declarativos en trámite en el momento de la declaración de concurso

3.2.1. Contextualización

Como avanzábamos, la regla general respecto a los procesos declarativos en trámite en el momento de la declaración de concurso es su normal continuación ante el tribunal que estuviera conociendo del mismo. No opera, pues, en estos supuestos, la *vis attractiva* del proceso concursal.

⁵⁵⁵ Sobre las diferencias entre ambas instituciones, vid nota al pie 567.

⁵⁵⁶ El art. 98 LEC es el encargado de disciplinar la «acumulación de procesos singulares a un proceso universal». Sin embargo, este precepto es insuficiente. Como él mismo establece en su apartado 3º, cuando proceda se regirá por las normas que para la acumulación de procesos contienen los arts. 74 a 97 LEC, con las especialidades que al respecto establezca la legislación concursal.

Ello determina que los procesos sigan sustanciándose ante el tribunal que estuviera conociendo, pasando la resolución definitiva que se dicte, entonces, al concurso en la forma de crédito que corresponda⁵⁵⁷⁵⁵⁸.

⁵⁵⁷ Encontramos dos preceptos en el articulado de la LC que, sobre la cuestión, interesa resaltar. De un lado, el art. 53.1 LC dispone: «las sentencias y los laudos firmes dictados antes o después de la declaración de concurso vinculan al juez de éste, el cual dará a las resoluciones pronunciadas el tratamiento concursal que corresponda»; de otro, el art. 86.2 LC disciplina: «se incluirán necesariamente en la lista de acreedores aquellos créditos que hayan sido reconocidos por laudo o por resolución procesal, aunque no fueran firmes».

⁵⁵⁸ A priori, en orden a asegurar la debida coherencia para los procesos declarativos en trámite en los que el deudor detentara la posición pasiva, hubiese sido preferible prever la suspensión de los procesos pendientes y emplear el trámite de la insinuación de créditos y su reconocimiento por la administración concursal como cauce ordinario de integración. Téngase en cuenta que, en defecto de reconocimiento del crédito por la administración concursal, el acreedor puede impugnar la lista de acreedores para lograr su efectiva integración. Como sabemos, en caso de impugnación de la lista de acreedores se sustancia un incidente concursal (art. 86.1 LC) del que conoce el juez del concurso y que culmina con sentencia (art. 196.1 LC). En este mismo sentido, se ha postulado un amplio sector de la doctrina, entre otros, PÉREZ DEL BLANCO, *Efectos procesales...*, cit., pp. 189 y 190; y ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, quien, con apoyo en MANRESA (en su trabajo, «Contestación a la consulta sobre los efectos que produce en el procedimiento la acumulación de un juicio ordinario a otro universal», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 74, 1889, pp. 776 a 782) afirmaba lo siguiente: «recuérdese que ya en otro momento estimábamos como preferible la solución en su día propugnada por MANRESA, consistente en suspender el curso de los procesos singulares para que, a la vista de la documentación obrante en los respectivos autos, la sindicatura primero y las juntas de acreedores después, se pronunciaran sobre el reconocimiento y graduación de los respectivos créditos, continuando sólo en su caso el proceso suspendido como impugnación de los acuerdos adoptados por la junta de acreedores. La solución propugnada por MANRESA era ciertamente eficaz en aras a conseguir una mayor simplicidad procedimental al evitar la continuación de los procesos singulares mientras se decidía en el proceso concursal el reconocimiento del crédito litigioso y suponer la definitiva extinción del proceso singular en caso de que el crédito fuera reconocido por el importe pretendido por el acreedor. Solución que en el marco del actual proceso concursal sería aún más operativa por cuanto han desaparecido las dos antiguas juntas de acreedores para el reconocimiento primero y la graduación después de los créditos bastando hoy con el informe de la administración concursal» (*La «vis atractiva»...*, cit., p. 354). Este criterio se ha plasmado en algún texto prelegislativo, en concreto, en el art. 19 del Anteproyecto de Ley de Concurso de Acreedores de 1959. Este precepto rezaba que, una vez declarado el concurso, «los acreedores no podrán iniciar ni continuar acciones individuales contra el deudor común, sin perjuicio del derecho de insinuar sus créditos en el concurso en la forma establecida por esta Ley».

No obstante, la cuestión no es tan sencilla. Como ha destacado algún autor (MUÑOZ GONZÁLEZ, «La acumulación de procesos al concurso», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 4, 2005, p. 125) la implantación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la Constitución Española –en adelante, CE-) entendida «como derecho al proceso, a una actividad jurisdiccional que finalice con una sentencia sobre el fondo y como derecho fundamental, de configuración legal, a la tutela a través de los recursos previstos en las leyes» (vid., entre otras, la Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, STC) (Sala Primera) de 13 de febrero de 2003 [RTC 2003, 32]), impide que se pueda, con la declaración de concurso, decretar *ex lege* la suspensión de los procesos en trámite. Abona, además, esta dificultad otra razón: en caso de que el crédito no se reconociera por la administración concursal, decíamos que el acreedor puede impugnar la lista de acreedores, sin embargo, la tramitación prevista es la del incidente concursal lo que puede determinar, en caso de que el proceso se estuviera sustanciando por

3.2.2. Excepciones a la regla general: requisitos para la efectiva integración de los procesos declarativos pendientes

Frente a aquella regla general, la LC reconoce, empero, que determinados procesos en trámite puedan quedar integrados en el concurso siempre que cumplan determinados requisitos. Así, dispone el precepto: «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

los trámites del juicio ordinario, una pérdida de garantías para el acreedor difícilmente salvables bajo la interpretación que del derecho a la tutela judicial efectiva ha realizado el TC.

Orillada, pues, la solución anterior –más afín a los principios de flexibilidad, rapidez y simplicidad inspiradores de la LC-, la opción que queda es la de que la continuación de los procesos de declaración en curso se produzca de forma separada o, por el contrario, de forma conjunta. La tramitación independiente de los procesos singulares en trámite fue la opción escogida en la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995 (art. 62) y era la solución recogida en la LSP en su art. 9. La tramitación conjunta es otra opción viable, si bien en Derecho español no contamos con antecedentes de una tramitación conjunta plena. Sí encontramos, en cambio, la integración selectiva de procesos singulares en trámite al proceso concursal, así, el anteproyecto de Ley Concursal de 1983 (art. 167), el texto original de la LC o su actual redacción tras la Ley 38/2011. Sobre la cuestión, *in extenso*, vid. MUÑOZ GONZÁLEZ, «La acumulación...», cit., pp. 123 a 127.

Dentro del Ordenamiento jurídico italiano, para los procesos pendientes en el momento de la declaración de concurso, el art. 43 Legg. fall. dispone que la apertura del concurso determina la interrupción del proceso. Este *comma* fue añadido por el art. 41 D. Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5. Para TESCARO, «la questione concernente gli effetti del fallimento sui giudizi in corso appariva, prima della riforma di 2006, alquanto discussa, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza. Il legislatore ha quindi inteso risolverla, introducendo il nuovo 3° co. dell'art. in commento, secondo cui "l'apertura del fallimento determina l'interruzione del processo": determina, in altre parole, parrebbe doversi intendere, una interruzione automatica del giudizio, rilevabile d'ufficio dal giudice senza che siano necessarie particolari formalità, e dunque anche a seguito della semplice acquisizione della notizia, per qualsiasi via, dell'intervenuto fallimento» («Commentario all'articolo 43» cit., p. 271). De otro lado, continúa afirmando el citado autor: «Il processo interrotto ai sensi dell'art. in commento dovrà essere proseguito ai sensi dell'art. 302 c.p.c. o riassunto ai sensi dell'art. 303 c.p.c. dal curatore, se il fallito era attore, o nei confronti del curatore, se il fallito era convenuto, entro sei mesi dalla data dell'interruzione (...) pena l'estinzione ai sensi dell'art. 305 c.p.c. Il processo dovrà essere proseguito o riassunto davanti allo stesso giudice avanti al quale pendeva, salvo che si tratti di giudizi aventi per oggetto l'accertamento di crediti o domande di rivendicazione, separazione o restituzione di cose mobili, ai quali si applicano le previsioni del Capo V (concernenti l'accertamento del passivo e dei diritti reali mobiliari di terzi), e sempre che non si tratti di azione esecutive individuali, soggette al divieto di prosecuzione di cui all'art. 51 l. fall. (...)» («Commentario all'articolo 43» cit., p. 272). En el mismo sentido, vid. NIGRO y VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese...*, cit., p. 133.

Por último, interesa reproducir en esta sede las palabras de VITALONE, para quien «la scelta del legislatore di integrare la disciplina degli effetti del fallimento sui rapporti processuali pendenti avrebbe imposto un maggiore approfondimento in relazione alle diverse tipologie dei processi in corso, come visto, troppo generico il mero richiamo all'interruzione» («Gli organi del fallimento», *Il diritto processuale del fallimento*, cit., p. 129).

En otros ordenamientos jurídicos la solución escogida es la continuación de los procesos singulares en trámite hasta su conclusión mediante resolución firme. Así, el párrafo 85 de la InsO.

reclamación de daños y perjuicios a la persona jurídica concursada contra sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, y contra los auditores».

Sucede que, en el régimen vigente, a diferencia de lo que ocurría en la regulación anterior a la reforma de 2011⁵⁵⁹, existe una claridad terminante en la determinación de qué procesos pendientes deben quedar integrados en el concurso. Hasta la última reforma acometida existía incertidumbre en torno a qué procesos debían quedar integrados en el concurso. De un lado, por cuanto la dicción del antiguo art. 51 LC empleaba un concepto jurídico indeterminado para la posible integración del proceso pendiente: que su resolución tuviera trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores⁵⁶⁰. De otro, por cuanto no determinaba la posición que debía ostentar el deudor para que se produjera la efectiva integración⁵⁶¹.

⁵⁵⁹ Con anterioridad a la reforma acometida por la Ley 38/2011 rezaba el precepto en su apartado primero párrafo primero: «los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza de la sentencia. No obstante, se acumularán aquellos que, siendo competencia del juez del concurso según lo previsto en el artículo 8, se estén tramitando en primera instancia y respecto de los que el juez del concurso estime que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores». La efectiva integración quedaba en última instancia a la decisión del juez que debía pronunciarse, discrecionalmente, sobre su pertinencia. Podemos suscribir, pues, respecto al régimen anterior al instaurado en 2011, las palabras de PÉREZ DEL BLANCO: «al final no hay una solución o determinación legal absoluta en cuanto a la acumulación de los procedimientos, por el contrario, únicamente hay unas pautas legales» (*Efectos procesales...*, cit., p. 188).

⁵⁶⁰ Se trataba un criterio que quedaba a la total discrecionalidad del juez. En este sentido, vid. GONZÁLEZ CANO, *El nuevo tratamiento...*, cit., p. 349; ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, La «*vis atractiva*»..., cit., pp. 167 y 168; y MARÍN LÓPEZ, «Comentario al artículo 51», cit., pp. 491 y 492. Para PÉREZ DEL BLANCO, respecto al régimen anterior: «se hace necesaria por parte de los órganos jurisdiccionales una interpretación restrictiva del término “sustancial”, pues el criterio de la acumulación o no de los procesos declarativos en curso no puede limitarse a la cuantía de los créditos que se encuentren en litigio (...) como parece extraerse por otra parte del tenor de la Ley. En este aspecto, es lógico que si las partes interesadas solicitan la acumulación de un proceso que puede tener trascendencia patrimonial en el concurso, el órgano jurisdiccional lo adopte, pues en cualquier caso tendrá muy difícil ofrecer un razonamiento suficiente sobre la carencia de sustancialidad suficiente como para denegar la acumulación, siempre que los efectos de la resolución del proceso no sean irrelevantes o la ausencia de trascendencia sea evidente. Es, sino la postura u opinión más fundada desde la lógica procesal, sí la posición más armónica con el resto de previsiones de la Ley Concursal que prevé desde su articulado la *vis atractiva* generalizada del concurso sobre todos aquellos procesos acumulables por razón de la materia, de ahí que la mayor o menor trascendencia patrimonial no debería ser óbice para que la *vis atractiva* del concurso opere también en los supuestos analizados en este apartado» (*Efectos procesales...*, cit., pp. 209 y 210).

⁵⁶¹ El art. 51.1 LC en su redacción original rezaba: «los juicios declarativos en que el deudor sea parte». Esta indefinición en torno a la posición que debía ostentar el concursado originó avivadas polémicas. En particular, la doctrina se encontraba dividida en cuanto a la posibilidad

En la actualidad, en cambio, son dos los requisitos que deben cumplirse respecto de este tipo de procesos para que opere la *vis attractiva* del proceso concursal: uno, de tipo procedimental; otro, de contenido material.

En cuanto al primero, que el proceso en trámite se halle en primera instancia y no haya finalizado el acto del juicio o la vista⁵⁶². En la determinación

(o no) de integrar procesos en los que el concursado operara como actor. Un sector de la doctrina entendía que procedía una interpretación restrictiva de la norma, en coherencia con la falta de competencia para conocer de determinadas acciones cuando el concursado era el actor –arts. 86 ter 1.1º LOPJ, 8.1º LC y 98.1.1º LEC- (de esta posición, RIBELLES ARELLANO, «Comentario al artículo 51», *Derecho Concursal Práctico*, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (dir.), Iurgium, Madrid, 2004, p. 283; BELLIDO PENADÉS, «Comentario al artículo 51», cit., p. 1005; CORDÓN MORENO, «Comentario al artículo 51», *Comentarios a la Ley Concursal*, CORDÓN MORENO (dir.), tomo I, 2ª ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 601; SENÉS MOTILLA, «Comentario al artículo 192», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo II, Civitas, Madrid, 2004, p. 2801; HERRERO PEREZAGUA, «Comentario al artículo 192», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), tomo II, Tecnos, Madrid, 2004, p. 1940; PÉREZ DEL BLANCO, *Efectos procesales...*, cit., p. 206; ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, *La «vis attractiva»...*, cit., p. 289 –que cambia de criterio respecto a un pronunciamiento anterior citado seguidamente-; BANACLOCHE PALAO, *Los Juzgados de lo Mercantil: régimen jurídico y problemas procesales que plantea su actual regulación*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005, p. 129; GARCIA DÍAZ GONZÁLEZ, *Los nuevos tribunales de lo mercantil*, Aranzadi, Pamplona, 2004, p. 99. Otros autores, por el contrario, se mostraron partidarios de una interpretación amplia en pro del interés de los acreedores y de la relevancia patrimonial de los procesos en los que el concursado ostentaba una posición activa (de este parecer, MUÑOZ GONZÁLEZ, «La acumulación...», cit., pp. 131 a 134; GASCÓN INCHIAUSTI, *La acumulación de acciones y de procesos en el proceso civil*, La Ley, Madrid, 2000, p. 212, si bien pronunciándose, en exclusiva, sobre el art. 98.1.1º LEC (téngase en cuenta que hasta 2003 no entró en vigor la LC); FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, «Comentario al artículo 8», *Derecho Concursal Práctico*, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (dir.), Iurgium, Madrid, 2004, p. 68; MARÍN LÓPEZ, «Comentario al artículo 51», cit., p. 492; ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, «Comentario al artículo 51», *Nueva Ley Concursal: Ley 22/2003, de 9 de julio, comentarios, jurisprudencia aplicable y formularios*, SALA, MERCADAL y ALONSO-CUEVILLAS (coords.), Bosch, Barcelona, 2004, p. 294.

⁵⁶² En la anterior redacción del precepto se exigía, a diferencia de lo que ocurre en la legislación vigente, que los procesos pendientes a integrar se estuvieran «tramitando en primera instancia». Ello originó la problemática situación de determinar hasta cuándo el proceso se hallaba en primera instancia: si hasta la conclusión del juicio o la vista (MUÑOZ GONZÁLEZ, «La acumulación...», cit., p. 151; HERRERO PEREZAGUA, «Comentario al artículo 192», cit., p. 1941, en aplicación supletoria del art. 77.4 LEC); si hasta los trámites previos a dictar sentencia (PÉREZ DEL BLANCO, *Los efectos procesales...*, cit., p. 204); si hasta la resolución definitiva que pone fin al proceso declarativo ex art. 455 LEC (en este sentido, MARÍN LÓPEZ, «Comentario al artículo 51», cit., p. 491 y ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, *La «vis attractiva»...*, cit., p. 166); o, en fin, si debía tenerse en cuenta que buena parte del recurso de apelación se sustanciaba ante el Juez de Primera Instancia y que, por tanto, había que estar al último acto que se llevaba a cabo ante aquel juez, esto es, hasta el escrito de preparación de la apelación ex art. 457 LEC- (de esta opinión, RIBELLES ARELLANO, «Comentario al artículo 51», cit., pp. 283 y 284 y BELLIDO PENADÉS, «Comentario al artículo 51», cit., p. 1005). Respecto a esta última postura, nótese que la supresión del escrito de preparación ex art. 457 LEC se produjo con la Ley 37/2011, de 10 de enero, de medidas de agilización procesal, día en el cual se publicó la Ley 38/2011 que instaura la redacción del precepto que a continuación comentamos.

del *dies a quo* acudimos, dada la ausencia de previsión expresa en el precepto, a la regla de la litispendencia marcada por el art. 410 LEC. Nos encontramos, pues, en primera instancia desde el momento de la interposición de la demanda⁵⁶³. En la fijación del *dies ad quem*, debemos distinguir dos supuestos: para los juicios ordinarios se establece que no haya finalizado el acto del juicio, esto es, hasta las conclusiones orales e informes –art. 433.2 y 3 LEC-; para los juicios verbales, que no haya concluido la vista, es decir, hasta la exposición de las conclusiones orales e informes en el caso de que el juzgado admita su práctica⁵⁶⁴, o, en caso de que no se admitan, hasta la práctica de las pruebas pertinentes.

Por lo que atañe al segundo: que se sustancie un proceso por reclamación de daños y perjuicios a la persona jurídica concursada contra sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, y contra sus auditores.

La nueva dicción del precepto nos aboca a tres conclusiones. En primer término, que solo en estos asuntos –que, por otra parte, aparecen contemplados en el art. 8.7º LC como propios de la competencia del juez del concurso- procede la integración de los procesos pendientes. Queda, pues,

La actual redacción del art. 51.1 LC parece acomodar el contenido del precepto, en lo que al límite temporal se refiere, a lo dispuesto en el art. 77.4 LEC. Este último precepto dispone: «para que sea admisible la acumulación de procesos será preciso que éstos se encuentren en primera instancia, y que en ninguno de ellos haya finalizado el juicio a que se refiere el artículo 433 de esta Ley».

⁵⁶³ En contra, VÁZQUEZ IRUZUBIETA para quien «si se adopta como *dies a quo* el de la notificación de la demanda, se estará apoyando la solución en un hecho cierto y eficaz para sostener sin lugar a dudas, que existe un proceso en marcha. Hasta que no se produce la traba cierta de la relación jurídico procesal, ni hay demanda, ni hay proceso en curso. Lo único que hay hasta entonces son actos unilaterales producidos por una de las partes en un proceso declarativo. La Ley reclama la presencia de dos contendientes, o al menos uno, y un rebelde. Esta solución es, por lo demás, la más coherente con lo que es un procedimiento universal que en mucho se distingue de otro particular entre dos personas que litigan por un derecho o un bien singular» («Comentario al artículo 51», *Comentarios a la Ley Concursal*, vLex, 2009, p.3, edición online –vlex.es-).

⁵⁶⁴ Aun cuando la dicción literal del art. 447.1 LEC parece excluir la posibilidad de alegar conclusiones orales e informes en los juicios verbales, la doctrina más autorizada se ha postulado a favor de su realización (así, DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal Civil...*, cit., p. 433; ARMENTA DEU, *Lecciones...*, cit., p. 212; destacando el error que supone la supresión de los actos de conclusión en el juicio verbal, CORTÉS DOMÍNGUEZ y MORENO CATENA, *Derecho Procesal Civil...*, cit., p. 317). En contra, ORTELLS RAMOS, *Derecho Procesal Civil*, cit., p. 431. A nuestro juicio, tanto las conclusiones orales como los informes pueden tener en el juicio verbal la misma utilidad que en el juicio ordinario, lo que aconseja su realización. Sin embargo, en la práctica se constata la existencia de criterios dispares en los juzgados.

ésta como una solución del todo excepcional. En segundo término, queda determinada, por la específica materia de que se trata, la posición del deudor en aquel proceso pendiente: de esta suerte, el patrimonio concursal solo puede ostentar una posición activa en el mismo⁵⁶⁵. Y, por último, también atendiendo a la materia circunscrita en el art. 51.1.2º LC, la integración solo cabe respecto a procesos que se estuvieran tramitando ante el orden jurisdiccional civil⁵⁶⁶.

⁵⁶⁵ Cabe plantearse si la posibilidad de que un tercero distinto de la persona jurídica concursada ejercitara acciones contra sus administradores de hecho o de derecho altera la posible posición activa de la deudora. Así, por ejemplo, cuando los acreedores ejercitan la acción social de responsabilidad ex art. 240 TRLSC: ¿Qué ocurre entonces? De tales supuestos se desprende que, en caso de que se produjera la intervención de la sociedad en el proceso, lo haría “coadyuvando” a la parte actora.

⁵⁶⁶ Con la anterior dicción del art. 51.1 LC, en el que se empleaba una fórmula amplia, muchas de las materias que podían quedar afectadas por el efecto de *vis attractiva* discurrían, con carácter previo a la integración, por procesos sustanciados ante tribunales pertenecientes a los órdenes jurisdiccionales civil o social. Por el contrario, los procesos que se estuvieran tramitando ante los órdenes jurisdiccionales penal o contencioso-administrativo en ningún caso podían quedar integrados en el proceso concursal (por carecer de competencia los Juzgados de lo Mercantil ex arts. 8 LC y 86 ter LOPJ). En el régimen instaurado tras la Ley 38/2011 la cuestión no parece tan obvia. En efecto, dada la acotación de procesos que pueden ser integrados en el concurso en lo que a la materia atañe, esto es, «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», resulta una cuestión peliaguda determinar ante qué orden jurisdiccional se pueden estar sustanciando, con carácter previo a la declaración de concurso, aquellos procesos: ¿ante el orden jurisdiccional civil exclusivamente? ¿o también ante el orden jurisdiccional social? Y, en el orden jurisdiccional civil, ¿ante los Juzgados de Primera Instancia o ante los Juzgados de lo Mercantil? El plantear las referidas cuestiones en esta sede puede parecer irrelevante a los efectos de nuestra investigación. Sin embargo, nada más lejos de la realidad. Nuestro interés en dilucidar las cuestiones expuestas radica en conocer qué tribunal puede estar conociendo de la materia susceptible de integración para que el Juez de lo Mercantil que esté conociendo del concurso pueda proceder a la efectiva “acumulación”. Como exponíamos *supra*, la LC no contiene norma que regule el procedimiento de integración de tales procesos declarativos singulares, debiendo acudir supletoriamente a la LEC para su efectiva integración normativa (DF 5ª LC). Pues bien, la LEC, dentro del Capítulo II –«De la acumulación de procesos»- del Título III –«De la acumulación de acciones y procesos», distingue una distinta tramitación en función de si la acumulación se lleva a cabo ante un mismo tribunal (arts. 81 a 85) o, por el contrario, ante distintos tribunales (arts. 86 a 97).

La cuestión que pretendemos dilucidar –a qué jurisdicción corresponde y qué tribunal tiene la competencia para conocer, con carácter previo a la declaración de concurso, de aquellos procesos en los que se sustancia la materia a que se refiere el art. 51.1.2º LC- afectará por tanto a la determinación de la tramitación que procede aplicar –arts. 81 a 85 LEC o arts. 86 a 97 LEC-. De ahí la importancia de que abordemos la cuestión.

Descrito lo anterior, la clave para conocer ante qué tribunal se podría sustanciar la materia referida con carácter previo a la integración pasa, preceptivamente, por analizar el contenido de aquella. Recordemos de nuevo lo que dice, sobre este extremo, el art. 51.1.2º LC: «por excepción se acumularán (...) 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». Sobre el contenido reproducido debemos resaltar dos aspectos: en primer término, ¿a qué juicios se puede estar refiriendo el precepto? O, yendo más allá, ¿qué

concretas acciones se pueden instar para dar origen a tales juicios? Y, en segundo término, ¿a quién pertenece la jurisdicción de tales acciones?, ¿y la competencia?

Respecto a la primera cuestión, cabe plantearse si procedería exclusivamente la acción social de responsabilidad (arts. 238 a 240 TRLSC) o también la acción individual de responsabilidad (art. 241 TRLSC). La cuestión no es baladí, pues si admitiéramos que en aquellos procesos se subsumen las acciones individuales de responsabilidad tendrían cabida, en consecuencia, los juicios en los que se reclamara, mediante la acción individual de responsabilidad, las deudas laborales derivadas de indemnizaciones por despido improcedente (art. 56 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores –en adelante, ET-), por extinción del contrato de trabajo por incumplimiento del empresario (art. 50 ET), así como por deudas derivadas de salarios impagados (art. 50 ET). Y, estos supuestos, ¿a qué jurisdicción pertenecen: al orden jurisdiccional civil o al social? La jurisprudencia menor, al respecto, ha sido contradictoria (vid., entre otras, STSJ (Sala de lo Social) de Madrid de 16 de abril de 1996 [LA LEY 12057, 1996] y STSJ (Sala de lo Social) de Madrid de 21 de marzo de 1996 [AS 1996/546]). El TS, aun cuando no se ha pronunciado en unificación de doctrina, sí se ha pronunciado al respecto en la STS (Sala de lo Social) de 9 de noviembre de 1999 [RJ 1999, 8520] en los siguientes términos: «el orden social es incompetente para conocer de la acción individual por deudas laborales», por lo que, en todo caso, en el ejercicio de acciones individuales de responsabilidad *ex art. 241 LSC* habrá que acudir a la jurisdicción civil. Sobre la cuestión, vid., *in extenso*, MOYA JIMÉNEZ, *La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes*, 8ª ed., Bosch, Barcelona, 2012, pp. 317 a 326.

Otro argumento abona la idea de que solo va a poder conocer de aquellos asuntos el orden jurisdiccional civil, a saber: atendiendo a la dicción literal del art. 51.1.2º LC parece estar refiriéndose a la acción social de responsabilidad. A nuestro juicio, parece vedada la posibilidad de ejercitar acciones indemnizatorias a título personal –por socios o acreedores que se hubieran visto perjudicados por actos realizados por los administradores-; dicho de otro modo, en nuestra opinión, parece estar vetada la posibilidad de ejercitar la acción individual de responsabilidad *ex art. 241 TRLSC*. Creemos, en cambio, que lo que el art. 51.1.2º LC parece contemplar es un daño social en el patrimonio de la persona jurídica concursada (de esta misma opinión, si bien respecto al antiguo art. 48.2 LC –hoy art. 48 *quáter* LC- con un contenido similar, VÁZQUEZ CUETO, «La legitimación activa de los administradores concursales para el ejercicio de acciones de responsabilidad contra los administradores de las sociedades de capital», *Estudios sobre la Ley concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, tomo II, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 2367; y, respecto al art. 47.2 del Anteproyecto de Ley Concursal de 2001, que emplea similares términos al art. 51.1.2º LC, ALONSO UREBA, «La responsabilidad de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal (el art. 171.3 del Anteproyecto de Ley Concursal y sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad», *Estudio sobre el Anteproyecto de Ley concursal de 2001*, ALONSO UREBA, GARCÍA VILLAVERDE y PULGAR EZQUERRA (dirs.), Dilex, Madrid, 2002, pp. 270 a 287). Evidentemente, en el ejercicio de esta acción social de responsabilidad, es legitimada principal, con carácter previo a la declaración de concurso, la sociedad previo acuerdo de la junta general (art. 238 TRLSC). Legitimados también están, aunque subsidiariamente, los socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social en los términos de los apartados 1 y 2 del art. 239 TRLSC y los acreedores de la sociedad en los términos del art. 240 TRLSC. En este último supuesto quedan incluidos los trabajadores pero, por lo dispuesto *supra*, la acción social ejercitada en estos casos se sustanciaría ante el orden jurisdiccional civil.

Determinado que es la jurisdicción civil a la que se le atribuye el conocimiento de los asuntos a que se refiere el art. 51.1.2º LC, ¿a quién se le asigna la competencia: a los Juzgados de lo Mercantil o a los Juzgados de Primera Instancia? La cuestión es peliaguda y la jurisprudencia es contradictoria al respecto. Veamos. El art. 86.2 ter LOPJ en su apartado a) dispone que: «los juzgados de lo mercantil conocerán, asimismo, de cuantas cuestiones sean de competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de: a) 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

3.2.3. El procedimiento de integración de los procesos declarativos en trámite en el momento de la declaración de concurso: legitimación y actuación procesal de la administración concursal

3.2.3.1. Un apunte inicial

Advertíamos páginas atrás que la LC nada señala sobre la tramitación a seguir para la efectiva integración del proceso declarativo pendiente al proceso concursal. Se señala exclusivamente quién puede proceder a la integración -

cooperativas». Siguiendo una dicción literal del precepto nos encontramos con un importante obstáculo: el ámbito competencial se reduce a las cuestiones promovidas al abrigo de su normativa específica, de modo que, todas aquellas acciones no expresamente contempladas en ésta serían competencia de los Juzgados de Primera Instancia. Si admitimos semejante interpretación (sostenida, entre otros, por BANACLOCHE PALAO, *Los Juzgados de lo Mercantil...*, cit., pp. 140 y 141) encontramos un supuesto conflictivo en la práctica. Nos referimos a los supuestos en los que se ejercita acción en reclamación de una deuda y, a su vez, se interpone acción social de responsabilidad contra los administradores. Se trata de acciones que, basadas sobre unos mismos hechos, tienen una obligada conexión. El reconocimiento de competencia para conocer de la primera acción –por reclamación de la deuda- a los Juzgados de Primera Instancia y para conocer de la segunda –acción social de responsabilidad- a los Juzgados de lo Mercantil, podría dar lugar a pronunciamientos contradictorios. Así, ¿qué ocurriría si el Juzgado de Primera Instancia no estima la reclamación de la deuda pero, en cambio, el Juzgado de lo Mercantil sí reconoce la responsabilidad de los administradores?, ¿de qué van a responder los administradores en este supuesto planteado? Ante esta situación encontramos, en la jurisprudencia, tres corrientes distintas (sobre las mismas, con amplias referencias jurisprudenciales, vid. MOYA JIMÉNEZ, *La responsabilidad...*, cit., pp. 234 a 244, en concreto, pp. 240 a 242). La primera corriente entiende que las acciones no son acumulables: de un lado, por cuanto los Juzgados de lo Mercantil carecen de competencia objetiva para conocer de cuestiones distintas a aquellas reconocidas en el art. 86 ter LOPJ; de otro, en tanto que el Juzgado de Primera Instancia no puede conocer de la acción de responsabilidad solidaria de los administradores por tratarse de una materia de las atribuidas por el art. 86.2 ter a) a los Juzgados de lo Mercantil. La segunda corriente doctrinal entiende procedente la acumulación de acciones pero ante el Juzgado de Primera Instancia; la razón: la economía procesal, de un extremo, y, de otro, la imposibilidad de que el Juzgado de lo Mercantil pueda conocer de cuestiones distintas de las contempladas en el art. 86 ter LOPJ. La tercera corriente aboga por la acumulación de aquellas acciones, pero ante el Juzgado de lo Mercantil -utilizando igualmente el principio de economía procesal y entendiendo que ni el art. 73 LEC ni el art. 86 ter LOPJ son impedimentos insalvables para la referida acumulación, siempre que el conocimiento de las mismas se atribuya a los Juzgados de lo Mercantil-. A nuestro juicio, aun cuando la cuestión es, en la actualidad, conflictiva, debemos descartar la primera de las corrientes expuestas. Y nos servimos de dos argumentos: el primero, evitar pronunciamientos contradictorios; el segundo, la economía procesal. Entre las otras dos corrientes, nos decantamos por la tercera: el criterio de especialización de los Juzgados de lo Mercantil y el efecto de *vis attractiva* del proceso concursal aconsejan que, de producirse la acumulación de acciones, sea ante el Juzgado de lo Mercantil.

Así la cuestión, podemos concluir que solo ante la jurisdicción civil es posible sustanciar aquellos juicios a que se refiere el art. 51.1.2º LC. En particular, ante los Juzgados de lo Mercantil, aunque también ante los Juzgados de Primera Instancia, por cuanto, como hemos visto, la jurisprudencia menor al respecto en defecto de pronunciamientos del TS es oscilante.

«de oficio»- y el momento hasta el que se puede instar la misma -«siempre que se encuentren en primera instancia y no haya finalizado el acto de juicio o la vista»-.

Ante el vacío legal del que adolece la LC en lo que respecta al procedimiento de “acumulación”, decíamos, debemos acudir a lo que, para la acumulación de procesos, disciplina la LEC –arts. 74 a 98-. Ahora bien, en tanto que la acumulación de procesos y la *vis attractiva* son dos instituciones distintas⁵⁶⁷, muchas de aquellas normas no son aplicables, y, las que lo son, deberán acomodarse a las singularidades propias de la LC y, en particular, del proceso pendiente a integrar⁵⁶⁸.

⁵⁶⁷ En efecto, aun cuando la LC emplea el término “acumulación” para referirse a los procesos que se van a integrar con ocasión del efecto de *vis attractiva* del proceso concursal, en rigor, nos encontramos con una institución distinta. Ni en el fundamento ni en la finalidad se puede predicar similitud entre ambas instituciones. El fundamento de la acumulación de procesos responde a un doble cometido: de un lado, evitar posibles sentencias contradictorias y, de otro, lograr la economía procesal que se alcanza con la tramitación conjunta. Ni uno ni otro son argumentos predicables respecto a la *vis attractiva* (en este sentido, vid. ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, *La «vis attractiva»...*, cit., que, tras dedicar varias páginas (pp. 63 a 82) a estudiar el posible fundamento de la *vis attractiva* en la actual configuración de la LC, concluye (pp. 81 a 82) que: «el único fundamento que se estima válido como causa justificativa de la institución es el de intentar acelerar la tramitación del proceso concursal o al menos intentar evitar al máximo las dilaciones en su conclusión»). En lo que atañe a la finalidad, el art. 74 LEC dispone: «en virtud de la acumulación de procesos, se seguirán éstos en un solo procedimiento y serán terminados en una sola sentencia». Por el contrario, en el caso de procesos declarativos nuevos o pendientes que queden integrados en el concurso por efecto de la *vis attractiva* ni se tramitarán en un mismo procedimiento (vid. art. 192.1.2º LC) ni culminarán en una única sentencia. Los argumentos esgrimidos son motivos más que suficientes para concluir que nos encontramos ante instituciones procesales distintas. La doctrina se ha pronunciado de manera unánime sobre la cuestión, entre otros, PRIETO-CASTRO, *Tratado...*, cit., p. 463; CARRERAS LLANSANA, «El juez y la sindicatura...», cit., p. 252; ARMENTA DEU, *La acumulación de autos: (reunión de procesos conexos)*, Montecorvo, Madrid, 1983, p. 57; GASCÓN INCHIAUSTI, *La acumulación...*, cit., pp. 205 a 207; y ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, *La «vis attractiva»...*, cit., pp. 47 a 54.

⁵⁶⁸ En este sentido, afirma PÉREZ DEL BLANCO: «esta remisión en bloque a la regulación de una institución que tiene importantes notas diferenciadoras con la que se puede dar en el concurso como es la acumulación de procesos de carácter declarativo, genera dificultades para desentrañar cuál debe ser el régimen de tal acumulación. Estas dificultades e impedimentos deben ser superados con una tarea de integración de los mismos en la regulación concursal, separando aquello que sea esencial de la institución de la acumulación de procesos» (*Efectos procesales...*, cit., p. 213).

3.2.3.2. La legitimación de la administración concursal para instar la integración del proceso singular pendiente al concurso

Como ya relatábamos, la actual redacción del art. 51.1.2º LC establece: «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».

Del precepto cabe resaltar dos aspectos. En primer término, a diferencia de lo que preceptuaba el art. 51.1 LC con anterioridad a su reforma por Ley 38/2011, la “acumulación” deberá ser acordada de oficio⁵⁶⁹. En segundo término, destaca el carácter preceptivo de la integración⁵⁷⁰.

Detengámonos en la primera cuestión: la “acumulación” al concurso del proceso declarativo en trámite deberá ser acordada de oficio⁵⁷¹. El carácter rogado de la acumulación ha sido una constante histórica en nuestros textos

⁵⁶⁹ El criterio se invierte radicalmente. Con anterioridad a la reforma acometida en 2011 era presupuesto necesario *ex art.* 51.1 LC que la petición de “acumulación” fuera promovida a instancia de parte. Rezaba el precepto: «la acumulación podrá solicitarse por la administración concursal, antes de emitir su informe, o por cualquier parte personada, antes de la finalización del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores». Aun así, parte de la doctrina entendió que el juez que estuviera conociendo del concurso podía, de oficio, llevar a cabo la “acumulación” (entre otros, CORDÓN MORENO, *Proceso concursal*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005, p. 112. En contra, MUÑOZ GONZÁLEZ, «La acumulación de procesos...», cit., p. 152; y PÉREZ DEL BLANCO, *Efectos procesales...*, cit., pp. 195 a 198. Mantener aquella interpretación era un tanto forzado por cuanto el art. 51.1 LC del texto anterior a 2011 era taxativo y claro. Además abonaba este criterio la dicción del art. 75 LEC, de aplicación supletoria, que preceptuaba: «salvo que la Ley expresamente disponga otra cosa, la acumulación de procesos diferentes sólo podrá decretarse a instancia de quien sea parte en cualquiera de los procesos cuya acumulación se pretende».

⁵⁷⁰ Así se colige de la literalidad del precepto: «se *acumularán* de oficio (...) *todos* los juicios» (la cursiva es nuestra). Sin embargo, ocurre que, aun cuando el carácter preceptivo parece intuirse, al no existir sanción –como sí se contempla para los supuestos del art. 50.1 LC que se tramiten ante otro juez distinto del juez del concurso- y, además, acotar la integración del proceso declarativo en trámite a un momento temporal concreto –«siempre que se encuentren en primera instancia y no haya finalizado el acto de juicio o la vista»-, de no producirse la “acumulación” no pueden irrogarse consecuencias jurídicas.

⁵⁷¹ La acumulación de oficio como única solución ya se contemplaba en el art. 167 del Anteproyecto de Ley Concursal de 1983. Según este precepto: «se decretará de oficio la acumulación al concurso de todos los juicios declarativos civiles que estén pendientes contra el concursado, siempre que afecten al patrimonio de éste y se hallen en primera instancia».

reguladores de las situaciones de crisis patrimonial. Así se preveía en la LEC/1881 respecto a la “acumulación” de procesos declarativos al antiguo concurso de acreedores (art. 1187⁵⁷²) o a la quiebra (art. 1379⁵⁷³). En ambos casos debían ser el depositario-administrador o los síndicos los que instaran, ante el juez competente del concurso o de la quiebra, la referida “acumulación” de procesos declarativos⁵⁷⁴. Sorprende así, al menos en lo que a nosotros atañe, el nuevo tenor del precepto: se priva a la administración concursal, responsable *ex lege* de velar por los intereses de la masa, de la legitimación para instar la “acumulación”.

A nuestro juicio, junto al histórico recién expuesto, el criterio propuesto por el legislador no puede ser mantenido en base de dos argumentos:

En primer término, parece difícil imaginar, a priori, que el juez del concurso pueda conocer la existencia de un proceso en trámite sin la previa comunicación a instancia de parte. Si bien es cierto que la concurrencia de un proceso declarativo pendiente puede inferirse de la documentación aportada por el deudor al solicitar el concurso –si es voluntario- o de la requerida al mismo –si es necesario-, nos parece que privar a la administración concursal – o a cualquier otra parte- de la legitimación para instar la “acumulación” es una solución que carece de toda lógica, sobre todo, atendiendo a los cometidos que a la propia administración concursal corresponden.

Abona esta tesis, en segundo término, la aplicación supletoria de lo dispuesto en el art. 75 LEC. Según este precepto, podrán solicitar la

⁵⁷² Rezaba el precepto: «serán también acumulables a estos juicios las acciones y pleitos expresados en el artículo 1003. Estas acumulaciones se decretarán en la forma ordinaria a instancia del depositario-administrador o de los síndicos del concurso».

⁵⁷³ Por remisión a la normativa del concurso, el art. 1379 establecía para la quiebra: «la acumulación al juicio de quiebra de los pleitos pendientes o que se promuevan contra la masa, se acomodará a las reglas establecidas para este caso en el juicio de concurso».

⁵⁷⁴ Cfr. MUÑOZ GONZÁLEZ, «La acumulación de procesos...», cit., p. 152 y GASCÓN INCHAUSTI, *La acumulación...*, cit., p. 213. Sobre la exigencia de solicitud por parte del depositario-administrador o los síndicos, vid. la STS (Sala de lo Civil) de 4 de febrero de 1999 [RJ 1999, 335] y la STS (Sala de lo Civil) de 17 de abril de 2002 [RJ 2002, 4781].

acumulación -junto a la posibilidad de acordarla de oficio el Tribunal-: «quien sea parte en cualquiera de los procesos cuya acumulación se pretende»⁵⁷⁵.

Como tendremos ocasión de analizar en el presente Capítulo y en consonancia con lo expuesto en el Capítulo III, en los procesos declarativos en trámite en el momento de la declaración de concurso, la condición de parte, que era ostentada por el deudor en aquellos procesos, se desplaza al patrimonio concursal –tanto en los supuestos en los que se decreta el régimen de suspensión de las facultades patrimoniales del deudor como en los que se decreta el de intervención-. No podemos, pues, afirmar que la administración concursal sea parte en tales procesos sino, como expusimos, representante necesario en el régimen de suspensión –y una suerte de “auxiliar judicial” en el régimen de intervención-. Ahora bien, ya advertíamos: la integración normativa que debe efectuarse de las normas sobre acumulación de procesos de la LEC requiere un destacado esfuerzo en el intérprete para su adaptación a la normativa concursal. Circunstancia ésta que nos permite entender que, aun cuando la administración concursal no ostenta el *status* de parte en tales procesos, si detenta la legitimación⁵⁷⁶ para instar la integración que en esta sede abordamos⁵⁷⁷.

⁵⁷⁵ El cambio efectuado por la Ley 38/2011 pretendía, precisamente, adaptar la LC a los términos del nuevo art. 75 LEC reformado por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial. Sin embargo, este precepto pasó a reconocer, tras la reforma, junto a la solicitud a instancia de parte, la posibilidad de decretar la acumulación de oficio. Extremo, el primero, que el nuevo art. 51.1 LC no contempla.

⁵⁷⁶ Conviene advertir que, en este sede, cuando empleemos el término legitimación no lo haremos como presupuesto de la acción predicable de la parte. Legitimación aquí tiene el sentido de titularidad de un derecho subjetivo procesal. No escapa al lector que la LEC en distintos estadios emplea el término legitimación con esta última acepción. Así ocurre, entre otros, en el art. 63 respecto a la declinatoria, en el art. 75 respecto a la acumulación de procesos, en el art. 491 para recurrir en interés de la ley o, en fin, en el art. 526 para solicitar la ejecución provisional. Como afirma DE LA OLIVA SANTOS refiriéndose a estos casos: «que se utilice el término legitimación ha tener explicación y, en efecto, la tiene. Aquí también se atribuye a un sujeto una posibilidad de actuar procesalmente, y con éxito, en razón de la posición en que tal sujeto se halla. Pero, en estos casos, legitimación tiene el sentido de titularidad de un derecho subjetivo procesal. Es de señalar que la misma LEC, cuando trata de los sujetos que, en general, pueden promover recursos contra resoluciones judiciales, habla de “derecho”. Y el derecho del que se ocupan esas normas es un derecho estrictamente procesal» (*Derecho Procesal Civil...*, cit., p. 164).

⁵⁷⁷ Es argumento aducible a favor de esta tesis, además, que en tanto que el patrimonio concursal es la parte y aquél requiere, por imposibilidad material, la necesaria personificación

Por todo ello, nos mostramos partidarios de entender que la “acumulación”, pese a la oficialidad que predica la norma, podrá ser instada por la administración concursal o por quien sea parte en cualquiera de los procesos cuya acumulación se pretende⁵⁷⁸⁵⁷⁹.

3.2.3.3. Tramitación procedimental y actuación procesal de la administración concursal

Afirmada, pues, la legitimación de la administración concursal para instar la “acumulación” del proceso declarativo pendiente al proceso concursal veamos, ahora, cuál es el *iter* procedimental a seguir y, en particular, la actuación procesal que la administración concursal debe llevar a cabo⁵⁸⁰.

Como advertíamos, sobre el procedimiento por el que debe discurrir la “acumulación” de los procesos singulares en trámite al proceso concursal nada dice la LC. Debemos, pues, acudir a lo que, para la acumulación de procesos, se contiene en los arts. 74 a 98 LEC. Siguiendo las directrices marcadas por aquellos preceptos, en el procedimiento de integración del proceso declarativo en trámite al proceso concursal podemos apreciar tres fases: la solicitud, la sustanciación y la decisión sobre la procedencia de la integración.

para actuar en el proceso, la facultad que se atribuye a la administración concursal en los supuestos de suspensión para instar la “acumulación”, aunque no sea parte, está plenamente justificada.

⁵⁷⁸ En la redacción anterior a la reforma por Ley 38/2011 rezaba el precepto: «la acumulación podrá solicitarse por la administración concursal (...) o *por cualquier parte personada*» (la cursiva es nuestra). Se entendió, entonces, que la “acumulación” podía ser instada no solo por las partes personadas en el proceso concursal sino también por las partes que estuvieran personadas en el proceso declarativo en trámite cuya “acumulación” se pretendía. En este sentido, vid., entre otros, MUÑOZ GONZÁLEZ, «La acumulación...», cit., p. 152; PÉREZ DEL BLANCO, *Efectos procesales...*, cit., pp. 199 y 200; y MARÍN LÓPEZ, «Comentario al artículo 51», cit., p. 493. En el régimen vigente, el criterio debe ser, a nuestro juicio, el mismo.

⁵⁷⁹ De la misma opinión, ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, «Aspectos procesales de la reforma de la Ley concursal (Ley 38/2011)», *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, nº 16, 2012, p. 53.

⁵⁸⁰ Sin perjuicio de que, dado el objeto de nuestra investigación, el análisis que hagamos en esta sede vaya referido a la administración concursal, la exposición que a continuación acometemos será, en lo posible, aplicable a las partes personadas en el proceso concursal o en el proceso declarativo pendiente que se pretende integrar.

3.2.3.3.1. La solicitud de la administración concursal para la “acumulación” del proceso declarativo en trámite al proceso concursal

La solicitud a presentar por la administración concursal para instar la integración del proceso declarativo en trámite al proceso concursal deberá ir dirigida al juez que estuviera conociendo del concurso (art. 98.2 LEC)⁵⁸¹. Se trata de una norma especial que excepciona la regla general aplicable *ex art.* 79 LEC: «la acumulación de procesos se solicitará siempre al Tribunal que conozca del proceso más antiguo, al que se acumularán los más modernos». Sin embargo, insistimos, la solicitud de integración debe dirigirse ante el juez del concurso, por ser éste ante quien se van a “acumular” los procesos declarativos pendientes⁵⁸².

La referida solicitud presentada por la administración concursal deberá indicar «los procesos cuya acumulación se pide y el estado procesal en que se encuentran, exponiéndose asimismo las razones que justifican la acumulación» (art. 81.1 LEC)⁵⁸³. Asimismo, en aquellos supuestos en los que el proceso cuya “acumulación” se pretende se esté sustanciando ante otro tribunal –de Primera Instancia o Mercantil-, en el antedicho escrito, la administración concursal deberá indicar, además, el tribunal ante el que penden los otros procesos (art. 87 LEC)⁵⁸⁴.

Por último, en lo que atañe al ámbito temporal de la solicitud, debemos abordar dos aspectos: desde cuándo y hasta cuándo puede la administración concursal instar la “acumulación” del proceso pendiente.

⁵⁸¹ El art. 98.2 LEC preceptúa: «en los casos previstos en el apartado anterior, la acumulación debe solicitarse ante el tribunal que conozca del proceso universal, y hacerse siempre, con independencia de cuáles sean más antiguos, al proceso universal».

⁵⁸² En este sentido, MARÍN LÓPEZ, «Comentario al artículo 51», cit., p. 493; y MUÑOZ GONZÁLEZ, «La acumulación...», cit., p. 153.

⁵⁸³ Sigue indicando el precepto en su párrafo 2º: «la solicitud de acumulación de procesos no suspenderá el curso de los que se pretenda acumular, a salvo de lo establecido en el artículo 88.2, aunque el Tribunal deberá abstenerse de dictar sentencia en cualquiera de ellos hasta que decida sobre la procedencia de la acumulación».

⁵⁸⁴ Sobre la cuestión, añade MUÑOZ GONZÁLEZ: «no es necesario, y no suele ser habitual cuando se solicita una acumulación de procesos, incluir un apartado con los fundamentos de derecho aplicables; es suficiente su simple cita al hilo de la explicación de los hechos determinantes de la pertinencia de la agrupación solicitada» («La acumulación...», cit., p. 154).

Comencemos por el segundo de los aspectos referidos. La “acumulación”, como sabemos, se podrá llevar a cabo siempre que el proceso declarativo en trámite se halle en primera instancia y no haya finalizado el acto del juicio o la vista. Ello determina el momento máximo hasta el cual la administración concursal puede instar la integración del proceso declarativo en trámite.

En lo que afecta al primer aspecto: ¿desde cuándo puede la administración concursal instar la referida integración? A nuestro juicio, siguiendo los postulados defendidos en el Capítulo II, desde la aceptación misma del administrador concursal –si la administración concursal es unipersonal-⁵⁸⁵ o desde la aceptación de uno de los dos administradores -cuando la administración concursal es bimembre.

3.2.3.3.2. La sustanciación y la decisión sobre la integración del proceso declarativo en trámite al proceso concursal. La actuación procesal de la administración concursal

Presentada la solicitud de “acumulación”, se inicia un incidente, disciplinado en los arts. 81 a 97 LEC, a través del cual va a discurrir el procedimiento de integración del proceso declarativo en trámite al proceso concursal⁵⁸⁶.

En este incidente el juez del concurso, en primer término, debe decidir si estima o no la solicitud presentada.

El juez podrá desestimar la solicitud de “acumulación” cuando no se hayan hecho constar los referidos requisitos expuestos *supra* o cuando la acumulación se entienda que no procede por no reunir los requisitos procesales que pudieran resultar exigibles (art. 82 LEC). Frente al auto que desestima la

⁵⁸⁵ Exceptúese el caso del administrador concursal nombrado *ex art.* 27.2.1º y 2º LC. En tales supuestos, como analizábamos en el Capítulo II, recuérdese que, en aplicación del art. 29.5 LC: «no será necesaria la aceptación cuando, en aplicación del artículo 27, el nombramiento recaiga en personal técnico de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, en un fondo de garantía de depósitos o en el Consorcio de Compensación de Seguros». En tales casos, la administración concursal podrá instar la “acumulación” desde el mismo momento de su nombramiento.

⁵⁸⁶ Procede advertir que el incidente a que nos referimos en el texto no es el incidente concursal disciplinado en los arts. 192 a 196 LC.

“acumulación” solicitada, la administración concursal –o cualquier otra parte personada- podrá interponer recurso de reposición (art. 83.5 LEC).

Admitida a trámite la solicitud, debemos distinguir dos procedimientos distintos en función de si el proceso declarativo pendiente que pretende ser integrado se está sustanciando ante el mismo juez del concurso que conoce del proceso o ante otro tribunal distinto. Sobre la cuestión, conviene resaltar dos aspectos. En primer término, nótese que, como ya tuvimos ocasión de exponer⁵⁸⁷, aun cuando, a nuestro juicio, sobre la materia a que se refiere el art. 51.1.2º LC deberá conocer el Juez de lo Mercantil, la cuestión es de lo más controvertida. En segundo término, debemos recordar que los Juzgados de lo Mercantil pertenecen al orden jurisdiccional civil, de tal suerte que, en aquellas demarcaciones judiciales en las que no exista Juzgado de lo Mercantil, las competencias de éste son atribuidas a los Juzgados de Primera Instancia. Todo ello, evidentemente, debe ser tenido en cuenta a la hora de analizar la tramitación del procedimiento de acumulación.

Así, decíamos, cuando el proceso declarativo en trámite que pretende ser acumulado se esté sustanciando ante el mismo juez que conoce del concurso – Juzgado de lo Mercantil o de Primera Instancia-, serán de aplicación los arts. 81 a 85 LEC. Este supuesto es, probablemente, más anómalo que el que a continuación abordamos. Ahora bien, es perfectamente probable. Téngase en cuenta que el número de Juzgados de lo Mercantil no es muy elevado, sobre todo en determinadas demarcaciones judiciales, lo que puede evidenciar que esta situación no es tan residual como pudiera parecer en un primer momento. Asimismo, conviene señalar que en estos casos, aun cuando cabe la integración a instancia de parte, lo más normal es que sea el juez el que aprecie de oficio la “acumulación”⁵⁸⁸.

⁵⁸⁷ Nos remitimos a las observaciones que, sobre la cuestión, realizamos en la nota al pie 566.

⁵⁸⁸ Incluso aun cuando la acumulación fuera promovida de oficio por el Tribunal, la LEC prevé en su art. 83.4 que se deberá dar audiencia, por un plazo común de diez días, a todos los que fueran parte en los procesos de cuya acumulación se trate, a fin de que formulen alegaciones. Se debe dar, por tanto, y a la vista de lo expuesto *supra*, audiencia a la administración concursal.

No obstante, en el caso de que fuera instada por la administración concursal la integración en tales supuestos –o por cualquier parte personada en el proceso concursal o en el proceso declarativo en trámite cuya “acumulación” se pretende-, el incidente que prevé la LEC es relativamente sencillo.

El secretario judicial del juzgado que esté conociendo del concurso y del proceso declarativo en trámite dará traslado a las partes personadas -«y a todas las que sean parte en cualquiera de los procesos cuya acumulación se pretende, aunque no lo sean en aquél en el que se ha solicitado»- para que en el plazo común de diez días formulen las alegaciones que estimen pertinentes sobre la procedencia de la acumulación (art. 83.1 LEC). Si las partes personadas –y, en su caso, la administración concursal si la integración no fuera instada por ésta- están conformes con la “acumulación”, el juez acordará la misma –siempre que entienda que concurren los presupuestos necesarios- (art. 83.2 LEC). Por el contrario, cuando las partes personadas –o la administración concursal- no estén de acuerdo con la “acumulación”, o no formularan alegaciones, el juez resolverá como estime pertinente, otorgando o denegando la “acumulación” solicitada (art. 83.3 LEC)⁵⁸⁹.

Junto a las hipótesis anteriormente descritas encontramos otro supuesto de hecho: que el proceso declarativo pendiente que pretende ser integrado se esté tramitando ante juez distinto del que está conociendo del concurso. En tales casos, serán de aplicación los arts. 86 a 95 LEC. Ya advertimos que el procedimiento de “acumulación” es más complejo. Veamos.

En dichos supuestos, desde el momento en que se insta la “acumulación” y se transmite por el secretario judicial del juzgado que está conociendo del concurso al otro tribunal la petición formulada (art. 88.3 LEC)⁵⁹⁰, el juez del

⁵⁸⁹ Frente al auto denegando la “acumulación”, la administración concursal –y las partes de ambos procesos- solo podrán interponer recurso de reposición (art. 83.5 LC).

⁵⁹⁰ El art. 88.3 LEC establece: «por el medio más rápido (...) a fin de que se abstenga en todo caso de dictar sentencia o pueda decidir sobre la suspensión prevista en el apartado anterior, hasta tanto se decida definitivamente sobre la acumulación pretendida». Para los supuestos de concurso entendemos que, por cuanto el tiempo máximo para la integración es el acto del juicio o la vista, la referencia contenida a la sentencia en el precepto reproducido debe entenderse

concurso da traslado a la administración concursal y a las partes personadas en el proceso concursal –traslado que varía en función de quién hubiera instado la integración-, para que, en el plazo común de diez días, formulen alegaciones sobre la procedencia de la “acumulación” (art. 88.4 LEC). Tras el referido trámite de alegaciones, el juez del concurso resuelve por auto en el plazo de 5 días sobre la “acumulación” (art. 88.4 LEC)⁵⁹¹⁵⁹².

En caso de que el juez del concurso dicte auto negando la “acumulación”⁵⁹³, la administración concursal –y las partes personadas en el proceso concursal- podrá interponer recurso de reposición (art. 83.5 LEC). Hasta aquí la actuación procesal de la administración concursal ante el *juez requirente* (juez del concurso) en lo que a la “acumulación” del proceso declarativo en trámite se refiere.

Distinta actuación cabe apreciar en la administración concursal cuando opera ante el *juez requerido* para la “acumulación”⁵⁹⁴.

Una vez admitida la solicitud de “acumulación” -y requerido el juzgado ante el que se encuentre el proceso en trámite para que la acepte-, el juzgado requerido dará traslado del oficio y del testimonio, remitido por el juez del concurso, a la administración concursal -y al resto de partes que ante el tribunal hubieran comparecido- (art. 90.1 LC). Debemos destacar que la administración

hecha a tales actos. Mantener la interpretación literal de la norma en los supuestos de concurso avocaría a su inaplicabilidad pues, como sabemos, transcurrido el acto del juicio o la vista ya no es posible la integración del proceso declarativo pendiente.

⁵⁹¹ Para ello atenderá a lo dispuesto en el art. 83 LEC, dedicado a la sustanciación y decisión del incidente de acumulación de procesos.

⁵⁹² En caso de que el juez del concurso admita la solicitud de “acumulación”, librará oficio dirigido al otro tribunal requiriendo la “acumulación” y la remisión del pertinente proceso. Este oficio deberá contener los antecedentes necesarios y las alegaciones formuladas por la administración y las partes personadas en el proceso concursal (art. 89. 2 LEC) a fin de que, previo traslado a las partes comparecidas en el proceso declarativo que se pretende integrar (art. 90. 1 LEC), el juez de aquel proceso decida sobre la procedencia de la “acumulación” (art. 91.1 LEC). Si acepta la “acumulación”, el secretario judicial notificará de inmediato a quienes fueran partes en el proceso seguido ante el tribunal requerido, para que, en el plazo de diez días, puedan personarse ante el juez del concurso a fin de que, en su caso, sigan su curso ante él (art. 92.1 LC).

⁵⁹³ En este caso, el secretario judicial del juzgado que esté conociendo del concurso lo comunicará al otro juzgado -ante el que se está sustanciando el proceso declarativo que pretende ser integrado- para que prosiga sus actuaciones (art. 88. 5 LEC).

⁵⁹⁴ Nótese que en el proceso declarativo en trámite la parte era el deudor y que, consecuencia de la declaración de concurso, dicha posición se desplaza al patrimonio concursal.

concurzal ya no podrá presentar escrito ante el tribunal requerido de “acumulación” manifestando cuanto convenga a su derecho (art. 90.2 LC). La regla puede parecer lógica: por cuanto estaba personado en el proceso concursal ya pudo alegar cuantos argumentos entendiera adecuados para la integración. No obstante, en tales supuestos podría convenir, por tratarse de un juzgado distinto que puede negar la “acumulación”, que se reconociera a la administración concursal un plazo para argüir ante éste los motivos que justifican la “acumulación”⁵⁹⁵.

La administración concursal puede volver a intervenir en un supuesto, a saber: en el caso de que requerida la “acumulación” por el juez del concurso al juez que esté conociendo del proceso declarativo que se pretende integrar, éste dicte auto desestimatorio de la petición de “acumulación”. En tales hipótesis, manifestada la negativa al juez del concurso, ambos tribunales diferirán la decisión al tribunal inmediato superior común para que dirima la discrepancia (art. 93 LC)⁵⁹⁶. Ante este tribunal la administración concursal –y el resto de partes- comparecerán⁵⁹⁷, previo emplazamiento por el juez del concurso⁵⁹⁸, ante aquel superior común, disponiendo de un plazo de 5 días

⁵⁹⁵ Del mismo modo, parece razonable que el juez requerido tuviera la posibilidad de instar a la administración concursal para le informase de los motivos que, a su juicio, justifican la integración al concurso del proceso que ante su juzgado se está sustanciando.

⁵⁹⁶ Los conflictos que en esta sede se pudieran dar afectarían, como veíamos, a juzgados integrados en el orden jurisdiccional civil. Esto es, la petición de “acumulación” se produciría bien ante el Juzgado de Primera Instancia bien ante el Juzgado de lo Mercantil que estuviera conociendo de la materia susceptible de integración a que se refiere el art. 51.1.2º LC.

Para determinar el tribunal superior común debemos acudir a las normas contenidas en el Capítulo III –«De las cuestiones de competencia»- del Título III –«De los conflictos de jurisdicción y de los conflictos y cuestiones de competencia»- y en los Capítulos I –«Del Tribunal Supremo»-, III –«De los Tribunales Superiores de Justicia»- y IV –«De las Audiencias Provinciales»- del Título IV –«De la composición y atribuciones de los órganos jurisdiccionales»- de la LOPJ, en particular, a los arts. 51, 60.1, 73.2.c) y 82.3.1º de la referida Ley. Así, en los supuestos en los que los referidos juzgados se encuentren en distinta Comunidad Autónoma conocerá de la cuestión de competencia la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (en adelante, TS) (art. 60.1 LOPJ); si radicarán dentro de la misma Comunidad Autónoma pero en distinta provincia, sobre la cuestión resolverá la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia (en adelante, TSJ) de dicha Comunidad (art. 73.2.c) LOPJ); y, por último, en el caso de que los juzgados estén sitos en una misma provincia, de la referida cuestión conocerá la AP (art. 82.3.1º LOPJ).

⁵⁹⁷ Respecto a la comparecencia de la administración concursal, nos remitimos a las precisiones que, atendiendo al orden jurisdiccional ante el que actúe la administración concursal –en este caso el civil-, realizamos en las páginas siguientes.

⁵⁹⁸ El juez del proceso declarativo en trámite que pretende ser integrado deberá hacer lo propio respecto a las partes personadas en el proceso que él sustancia (art. 94.2 LEC).

para alegar lo que a su derecho estime pertinente (art. 94 LEC). El tribunal superior jerárquico común decidirá por medio de auto en el plazo de 20 días. Contra el auto la administración concursal -ni ninguna parte personada- no podrá interponer recurso alguno (art. 95.1 LC).

3.2.3.4. Efectos de la integración del proceso declarativo en trámite al concurso de acreedores: los sujetos

Visto ya el procedimiento por el que discurre la “acumulación” del proceso declarativo pendiente al proceso concursal, conviene ahora que nos detengamos, aun brevemente, sobre los efectos que se irrogan de tal integración.

En primer término, el juez del concurso pasa a conocer del asunto. Esto adquiere plena significación en lo que a nosotros interesa, por cuanto, desde la integración, la administración concursal llevará a cabo las actuaciones ante el juez del concurso.

En segundo término, sucede que, a diferencia de lo que acontecía en el régimen anterior a 2011⁵⁹⁹, el proceso declarativo integrado continuará «su tramitación ante el juez del concurso, por los trámites del procedimiento por el

⁵⁹⁹ Antes de la reforma acometida por Ley 38/2011, el art. 51.1 LC nada indicaba sobre la tramitación a seguir del proceso declarativo pendiente una vez quedaba integrado en el concurso. Debíamos acudir al art. 192.1.2º LC para encontrar respuesta. Este precepto señalaba que el proceso declarativo que se integrara en el concurso debía, en su tramitación, ventilarse por los cauces del incidente concursal. Ello llevaba consigo una importante pérdida de garantías cuando el proceso pendiente a integrar se estaba sustanciando por los trámites del juicio declarativo ordinario. En efecto, la distinta estructura del incidente concursal y del juicio ordinario impedían respetar muchos de los trámites -de obligada observancia- de este último juicio. Trámites que se erigen en garantías del justiciable para la adecuada sustanciación del proceso.

De otro lado, los problemas de acomodación del proceso declarativo en trámite al incidente concursal eran manifiestos. Juntos a las dificultades que se pudieran derivar de los procesos sustanciados por los trámites del juicio ordinario o por los trámites del juicio verbal, encontramos otras de especial significación. Así, por ejemplo, piénsese cuando el proceso a acumular fuera un monitorio o un cambiario. La dispar estructura hacía inviable canalizar tales procesos por los trámites del incidente concursal.

Por todo lo expuesto, entendemos que la reforma operada en el art. 51.1 LC por Ley 38/2011, en el que se respetan los trámites por los que viniera sustanciándose el proceso declarativo, es adecuada.

que viniera sustanciándose la reclamación, incluidos los recursos que procedan contra la sentencia»⁶⁰⁰⁶⁰¹.

Y, por último, de fundamental importancia en nuestra investigación: se altera el régimen jurídico de los sujetos que operan en el proceso en trámite. Debemos puntualizar, no obstante, que éste es un efecto inherente a la declaración de concurso con independencia de que el proceso quede o no integrado. Sobre esta cuestión nos pronunciaremos en el siguiente epígrafe.

3.3. La actuación procesal de la administración concursal en los procesos declarativos pendientes en el momento de la declaración de concurso

3.3.1. Aproximación a los apartados 2 y 3 del artículo 51 LC

Como hemos tenido ocasión de analizar páginas atrás, el art. 51.1 LC disciplina los efectos que la declaración de concurso produce sobre los procesos declarativos en trámite en los que el concursado es parte, estableciendo, como regla general, su continuación hasta la firmeza de la

⁶⁰⁰ Conviene evidenciar un error que, sobre la cuestión, se contiene en el art. 192.1.2º LC. El legislador sigue contemplando: «se tramitarán por este cauce las acciones que deban ser ejercitadas ante el juez del concurso conforme a (...) los juicios que se acumulen en virtud de lo previsto en el apartado 1 del artículo 51». Es obvio que semejante equívoco obedece a un olvido del legislador –mantiene la misma redacción que la prevista con anterioridad a la reforma operada por Ley 38/2011-.

⁶⁰¹ Lo que no establece la LC ni la LEC es el modo en que debe llevarse a cabo la integración (téngase en cuenta que la regla del art. 92.2 LEC, relativa a la acumulación de procesos, no es válida para el concurso de acreedores dada su especial fisonomía). La LEC/1881 sí establecía que los procesos declarativos pendientes que se integraran al proceso universal debían acomodarse a éste. Ello, *mutatis mutandi*, equivalía a reconocer que los objetos de los procesos declarativos en trámite se integraban en el objeto del proceso universal. En la actualidad, difícilmente podemos mantener esta interpretación. En efecto, la dicción del art. 51.1.3º LC no deja lugar a dudas: «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». Se evidencia pues, con claridad, que el proceso deberá proseguir su normal tramitación ante el juez del concurso de forma independiente. Ello no es óbice, sin embargo, para que la administración concursal reconozca en la lista de acreedores los créditos como litigiosos en los términos del art. 87.3 LC, esto es, el posterior reconocimiento del crédito en sentencia firme otorgará a su titular la totalidad de los derechos concursales que correspondan a su cuantía y calificación. Téngase en cuenta, asimismo, lo dispuesto en el art. 53.1 LC, en virtud del cual: «las sentencias y los laudos firmes dictados antes o después de la declaración de concurso vinculan al Juez de éste, el cual dará a las resoluciones pronunciadas el tratamiento concursal que corresponda». Sobre la cuestión, vid. PÉREZ DEL BLANCO, *Efectos procesales...*, cit., pp. 222 a 224.

sentencia –ante el mismo tribunal que estuviera conociendo del asunto- y, de forma excepcional, la posibilidad de integración al proceso concursal.

Ahora bien, como ya advertíamos, el hecho de que no proceda la integración, no determina la ausencia de efectos sobre los procesos declarativos pendientes en el momento de la declaración de concurso. Así, integrado o no el referido proceso en que el concursado es parte, la declaración de concurso desplegará sus efectos, en todo caso, sobre las facultades patrimoniales de aquél –con independencia de la posición activa o pasiva que ostente- alterando, en el foro, sus posibilidades de actuación en defensa del patrimonio concursal. Se irrogan, de esta suerte, importantes efectos sobre los sujetos de aquellos procesos.

A esta cuestión se destinan los apartados segundo y tercero del artículo 51 LC referidos, respectivamente, a los regímenes de suspensión e intervención de las facultades patrimoniales del deudor.

Expongamos muy sucintamente el contenido de ambos apartados para, posteriormente, pasar a su análisis pormenorizado. En primer término, el apartado segundo del art. 51 LC contempla: «en caso de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, la administración concursal, en el ámbito de sus competencias, sustituirá a éste en los procedimientos judiciales en trámite, a cuyo efecto el Secretario judicial le concederá, una vez personada un plazo de cinco días para que se instruya en las actuaciones, pero necesitará la autorización del Juez del concurso para desistir, allanarse total o parcialmente, y transigir litigios»⁶⁰². En segundo término, el apartado tercero del art. 51 LC establece: «en caso de intervención,

⁶⁰² El precepto continúa rezando: «de la solicitud presentada por la administración concursal dará el Secretario judicial traslado al deudor en todo caso y a aquellas partes personadas en el concurso que el Juez estime deban ser oídas respecto de su objeto. Las costas impuestas a consecuencia del allanamiento o del desistimiento autorizados tendrán la consideración de crédito concursal; en caso de transacción, se estará a lo pactado en materia de costas. No obstante, la sustitución no impedirá que el deudor mantenga su representación y defensa separada por medio de sus propios procurador y abogado, siempre que garantice, de forma suficiente ante el juez del concurso, que los gastos de su actuación procesal y, en su caso, la efectividad de la condena en costas no recaerán sobre la masa del concurso, sin que en ningún caso pueda realizar las actuaciones procesales que, conforme al párrafo anterior, corresponden a la administración concursal con autorización del juez».

el deudor conservará la capacidad para actuar en juicio, pero necesitará la autorización de la administración concursal, para desistir, allanarse, total o parcialmente, y transigir litigios cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio»⁶⁰³.

Por último, conviene hacer una última matización: los apartados segundo y tercero del art. 51 LC, por lo minucioso de su redacción, constituyen el régimen general de la materia, esto es, el régimen que servirá de base para integrar las lagunas normativas que respecto de los procesos nuevo se inicien ex art. 50 o ex art. 54 LC.

3.3.2. La posición y la actuación procesal de la administración concursal en los procesos declarativos en trámite en el momento de la declaración de concurso decretado el régimen de suspensión de las facultades patrimoniales del deudor

3.3.2.1. Aspectos generales

En la hipótesis contemplada en el art. 51.2 LC se prevé que la administración concursal «sustituirá» al deudor en los procesos judiciales en trámite en que fuera parte. Pero, ¿sustituye realmente la administración concursal al deudor?

Antes de adentrarnos en el estudio de las cuestiones enunciadas, es necesario advertir, con el fin de no resultar reiterativos, que partimos de los postulados asentados en el Capítulo III. Las referencias que se hagan a ideas acuñadas entonces se darán por supuestas con el fin de evitar redundancias que entorpezcan la lectura y ensombrezcan la claridad del trabajo. En ocasiones, sin embargo, serán necesarias remisiones expresas con el fin de asegurar el hilo conductor de la investigación. Insistimos, tales reenvíos serán los estrictamente necesarios.

⁶⁰³ Continúa el precepto: «en cuanto a las costas, se estará a lo dispuesto en el párrafo primero del apartado anterior».

3.3.2.2. Una aproximación a la sucesión procesal

3.3.2.2.1. Procesos declarativos pendientes: ¿sustitución o sucesión procesal?

Como describimos en el Capítulo III, las partes quedan determinadas en la demanda. De esta suerte, aquellos que no figuren como demandantes o como demandados son ajenos al proceso.

Lo usual es que el proceso se desarrolle y termine con las mismas partes que lo iniciaron. Sin embargo, nuestro Ordenamiento jurídico reconoce la posibilidad de que a lo largo de proceso ocurran cambios en la situación procesal. Así, necesidades de la práctica y situaciones sobrevenidas justifican alteraciones en la fijación de las partes previamente determinadas. Se reconoce, de esta forma, la posibilidad de que, si bien excepcionalmente, quiebre el principio de *perpetuatio legitimationis*, con la consiguiente pérdida de legitimación de una de las partes⁶⁰⁴.

Los moldes de la legitimación por sustitución -o sustitución procesal- pueden, en un primer momento, parecer adecuados para encajar las piezas de nuestro “puzzle”. En efecto, dada la privación que en su poder de disposición sufre el concursado, a priori, puede entenderse que la administración concursal actúa en virtud de una sustitución procesal.

Ciertamente, son algunos los supuestos en los que el Ordenamiento jurídico, ante el eventual perjuicio que respecto de terceros puede conllevar la pérdida de derechos de un sujeto, arbitra medidas legales extraordinarias. Ocurre que la sustitución procesal no es la única solución que puede ser adoptada por el legislador ante situaciones semejantes⁶⁰⁵.

Ya en el Capítulo III, descartábamos la sustitución procesal de la administración concursal respecto al deudor. Con la sustitución procesal,

⁶⁰⁴ Vid., RAMOS MÉNDEZ, *La sucesión procesal. Estudio de los cambios de parte en el proceso*, Hispano Europea, Barcelona, 1974, pp. 4 y ss.

⁶⁰⁵ Sobre la cuestión, NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 41 y ss.

decíamos entonces, se pretende una concreta tutela con fundamento en un derecho ajeno pero actuando en interés propio. En el concurso de acreedores, este último carácter no es sostenible. Aun cuando pudiera considerarse a la administración concursal interesada mediata, la tutela no la pretende para sí misma sino para el patrimonio concursal.

Como es lógico, en los procesos declarativos en trámite, la sustitución procesal de la administración concursal con respecto al deudor no es válida para describir el fenómeno que acontece⁶⁰⁶. Mantener esta posición sería desconocer, en el ámbito concursal, un hito de vital importancia en nuestra investigación: que con la declaración de concurso se crea el patrimonio concursal. Y en esta línea, junto a la atribución de la capacidad para ser parte - ex art. 6.1.4º LEC- que se concede al patrimonio concursal se produce un acontecimiento -que ya dejábamos entrever en el Capítulo III-: la masa concursal opera en virtud de una sustitución procesal al ejercitar acciones que se fundan en derechos de otros. Del deudor, de un lado, de los acreedores, de otro.

Esta aseveración es predicable respecto al ejercicio de nuevas acciones⁶⁰⁷. Sin embargo, ¿qué ocurre en aquellos procesos declarativos pendientes en los que el deudor es parte? A nuestro juicio, se produce un claro fenómeno de sucesión procesal⁶⁰⁸.

⁶⁰⁶ En tal sentido, SPIOTTA entiende que «se fosse possibile parlare di sostituzione processuale, il soggetto sostituito dovrebbe poter partecipare al giudizio ed impugnare la relativa decisione (mentre il fallito può intervenire soltanto nei giudizi dai quali può dipendere un'imputazione di bancarotta a suo carico o quando l'intervento è previsto dalla legge) e il curatore dovrebbe, secondo i casi, essere considerato il "supplente" di soggetti diversi (talora il fallito, talaltra la massa dei creditori), il che non è ammissibile» (*Il curatore fallimentare*, cit., p. 31).

⁶⁰⁷ Nos referimos, obviamente, a aquellos procesos en que el patrimonio concursal puede quedar afectado. Orillamos, de este modo, aquellos otros juicios en los que el patrimonio concursal en nada queda afectado y que atienden, en exclusiva, a los derechos de la personalidad del deudor.

⁶⁰⁸ De nuevo, en esta sede, adquiere plena significación la naturaleza jurídica de las limitaciones que sufre el deudor consecuencia de la declaración de concurso. Nótese que en caso de que concibiéramos la limitaciones a las facultades patrimoniales del concursado como limitaciones a la capacidad de obrar, por cuanto la integración de tal limitación se realiza por medio de la representación, la administración concursal devendría representante del deudor. Estaríamos reconociendo que, en los referidos procesos pendientes, el deudor continúa siendo la parte. No sería sostenible defender, por tanto, que se produce una sucesión procesal. En este sentido, RAMOS MÉNDEZ señalaba: «en cuanto a las modificaciones que afectan a la

Para poder postularnos por un fenómeno de sucesión procesal en sede del art. 51.2 LC es necesario aceptar una premisa: la posibilidad de desvincular la sucesión procesal de todo nexo con la sucesión material⁶⁰⁹. Si entendiéramos que no es posible la referida desvinculación, el fenómeno de sucesión procesal devendría inoperable.

En efecto, el deudor mantiene la titularidad material sobre los bienes y derechos que conforman el patrimonio concursal. Es en este punto donde mayores objeciones se pueden plantear al fenómeno de sucesión procesal que pretendemos. Si se observan los supuestos legalmente disciplinados relativos a la sucesión procesal por muerte (art. 16 LEC) y a la sucesión procesal por transmisión del objeto litigioso (art. 17 LEC), se constata que el referido fenómeno acontece como consecuencia de un cambio de titularidad material. Se podría afirmar, a priori, a la vista de ambos supuestos, que la sucesión procesal es la proyección en el proceso pendiente de lo acontecido en el plano sustantivo. Por el contrario, en el concurso de acreedores, la titularidad material sigue correspondiendo al deudor concursado.

capacidad de obrar procesal, en algunos párrafos redactados a modo de sugerencia, se ha considerado la pérdida y adquisición de la capacidad por el titular del derecho como constitutivas de cambio de partes o sucesión "impropia" en el proceso. Entre los supuestos "ad exemplum" podemos citar se encuentran: el menor de edad que en el transcurso del proceso llega a la mayoría de edad; el litigante en principio capaz que durante el proceso pierde su capacidad; la mujer inicialmente soltera que luego contrae matrimonio, etcétera. En todas estas hipótesis, evidentemente, existe un cambio en la situación de la persona individual: cambio de estado, pero no sucesión. Ambos conceptos se distinguen en la diversa manera de referirse al cambio en la situación subjetiva. Mientras que en la sucesión se transmite el interés al sucesor, en el cambio de estado no varía la titularidad del interés, sino que cambia la voluntad dirigida a tutelar el mismo interés. Esto revela que no se produce cambio de parte, aun entendiéndolo de una manera amplia. La parte sigue siendo la que figuraba inicialmente en el proceso: el menor, el que era capaz, la mujer soltera... Ello no impide que se produzcan otro tipo de repercusiones en el proceso. Habrá que suplir ahora o integrar la falta de capacidad de dichas personas, lo cual no produce ninguna alteración en relación con la posición procesal de las partes, sino solamente una variación respecto de la representación de dichas personas en juicio. Así, el menor de edad que alcanzó la mayoría de edad, en adelante no necesitará estar representado por su padre; el ahora incapaz necesitará de un tutor que lo represente judicialmente; y así sucesivamente. Estos cambios en la representación no originan cambio de parte y mucho menos sucesión en el proceso, ya que en definitiva el representante litiga en nombre ajeno y por un derecho ajeno, mientras que el sucesor litiga en nombre propio y por un derecho propio, que era litigios cuando lo adquirió. Deben por tanto ser excluidos de la sucesión procesal y tratados en el epígrafe correspondiente a las modificaciones de la capacidad de obrar procesal» (*La sucesión...*, cit., pp. 17 y 18). En términos similares en el régimen vigente, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho procesal civil: el proceso de declaración* (con DE LA OLIVA SANTOS), 3ª ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004, pp. 221 y ss.

⁶⁰⁹ Vid. RAMOS MÉNDEZ, *La sucesión...*, cit., p. 25 y la bibliografía contenida en la nota al pie 77.

Se hace necesario indagar algo más para ver que ocurre realmente con el fenómeno de sucesión procesal. Ciertamente, los supuestos que acoge nuestro Ordenamiento jurídico de sucesión procesal descansan en el cambio de titularidad material. Sin embargo, si bien se mira, lo que justifica la sucesión en el foro no es el cambio de titularidad material, sino la sucesión en la titularidad jurídico procesal –esto es, la sucesión en la titularidad de la afirmación del concreto derecho en el proceso-⁶¹⁰. Y semejante fenómeno de sucesión se constata en los procesos declarativos pendientes. No por voluntad de las partes –transmisión del objeto litigioso-; no por muerte de ninguna de ellas; sino por ministerio de la Ley. Se trata, por tanto, de un fenómeno de sucesión procesal *ex lege*⁶¹¹.

De admitir que es posible desvincular la sucesión procesal de la sucesión material, la construcción sería la que sigue: en los procesos declarativos en trámite en los que el deudor es parte, consecuencia de la declaración de concurso, el patrimonio concursal pasa a la posición del deudor en una suerte de sucesión procesal ⁶¹², detentando la administración concursal la representación necesaria del patrimonio concursal en el proceso⁶¹³.

Sin embargo, la cuestión no es tan sencilla. Si admitimos que nos encontramos ante un fenómeno de sucesión procesal: ¿qué ocurre con el deudor? ¿sigue siendo parte?

⁶¹⁰ En palabras de RAMOS MÉNDEZ: «la sucesión procesal no se resuelve en un simple cambio de parte, sino que tiene como presupuesto la sucesión en la titularidad de la afirmación del derecho en el proceso, siendo el cambio de parte mera consecuencia» (*La sucesión...*, cit., p. 8).

⁶¹¹ Seguimos, pues, en este punto, los postulados de RAMOS MÉNDEZ para quien: «la transmisión de la cosa litigiosa se opera aquí en virtud de la ley que la subordina a la declaración de concurso o de la quiebra. Hay que desechar en este punto toda idea de sucesión construida sobre los moldes del derecho material. Evidentemente no existe una transmisión derivativa, esto es, un nexo entre el transmitente y el adquirente. Pero ello no impide la sucesión en el proceso que se funda exclusivamente en la transmisión de la cosa litigiosa y ésta se ha consumado por ministerio de la ley» (*ibidem*, p. 26).

⁶¹² Nótese que con la declaración de concurso -como dejamos sentado en el capítulo III- el patrimonio concursal, en el plano procesal, es sujeto –y no sólo objeto- de relaciones jurídicas.

⁶¹³ Esta construcción, respecto al régimen precedente, ya fue plateada por RAMOS MÉNDEZ, *La sucesión procesal...*, cit., p. 25.

3.3.2.2. Un apunte sobre la controvertida posición del deudor

En la teoría general del proceso civil cuando acaece un fenómeno de sucesión procesal el sujeto que deviene titular de la afirmación del derecho en el proceso se introduce en él, en la posición que ocupaba su causante⁶¹⁴. En su trasplante al supuesto que aquí planteamos, el deudor concursado queda apartado del pleito, ocupando su posición en el proceso el patrimonio concursal. No coexistirían, por tanto, deudor y patrimonio concursal, sino que el primero desaparecería como parte en el proceso para dejar paso al segundo que, desde entonces, ostentaría su posición.

Pero, siendo así, ¿en calidad de qué intervendría el deudor si hiciera uso de la posibilidad que le brinda el art. 51.2.2º LC⁶¹⁵? Retomaremos la cuestión en las páginas siguientes.

3.3.2.3. Ámbito sobre el que opera la sucesión procesal

3.3.2.3.1. Aspectos previos

La sucesión procesal descrita no opera en todos los procesos declarativos pendientes en que el deudor es parte. En efecto, como contempla el art. 51.2 LC: «en caso de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, la administración concursal, en el ámbito de sus competencias, sustituirá a éste en los procedimientos judiciales en trámite». Este enunciado, con el rigor que la técnica jurídica exige, equivaldría a decir: en los supuestos de suspensión, en aquellos procesos declarativos en trámite en los que el deudor sea parte, operará una suerte de sucesión procesal a favor del patrimonio concursal; la administración concursal, representante necesario de ese patrimonio, actuará en el foro pero exclusivamente en el «ámbito de sus

⁶¹⁴ Sobre la cuestión, *in extenso, ibidem*, cit., pp. 3 y ss.

⁶¹⁵ Recordemos el tenor del art. 51.2.2º LC: «no obstante, la sustitución no impedirá que el deudor mantenga su representación y defensa separada por medio de sus propios procurador y abogado, siempre que garantice, de forma suficiente ante el juez del concurso, que los gastos de su actuación procesal y, en su caso, la efectividad de la condena en costas no recaerán sobre la masa del concurso, sin que en ningún caso pueda realizar las actuaciones procesales que, conforme al párrafo anterior, corresponden a la administración concursal con autorización del juez».

competencias», esto es, respecto de aquellos procesos en los que el patrimonio concursal pueda verse afectado.

3.3.2.3.2. El ámbito competencial de la administración concursal en los procesos declarativos en trámite ex artículo 51.2 LC.

3.3.2.3.2.1. Delimitación positiva del ámbito de actuación de la administración concursal

Para la delimitación del ámbito competencial de la administración concursal es suficiente con acudir al art. 40.6 LC. Este precepto dispone que las limitaciones a las facultades patrimoniales del deudor se referirán a «los bienes, derechos y obligaciones que hayan de integrarse en el concurso». Y, correlativamente a las limitaciones patrimoniales que sufre el concursado, quedan delimitadas las facultades de la administración concursal.

En esta línea, en la determinación del ámbito competencial de la administración concursal es especialmente ilustrativa una idea: la esfera de su actuación afectará a todos aquellos bienes y derechos que conforman o pueden conformar el patrimonio concursal. De esta suerte, quedan excluidos del referido ámbito todos aquellos bienes y derechos que sean legalmente inembargables (art. 76.2 LC), así como los denominados “bienes y derechos de patrimonialidad funcional”⁶¹⁶.

3.3.2.3.2.2. Delimitación negativa del ámbito de actuación de la administración concursal

A la vista de la delimitación positiva que hemos realizado del ámbito de actuación de la administración concursal procedemos, ahora, a su delimitación negativa. Pretendemos con ello, de un lado, clarificar en todos sus extremos el

⁶¹⁶ Éstos son: los derechos y acciones incardinables en el derecho de familia, los actos y derechos personalísimos del concursado, los derechos de la personalidad, los bienes inalienables, los derechos de carácter político, administrativo o corporativo, así como los titulares de los créditos con privilegios sobre buques y aeronaves del concursado que pueden separar mediante el ejercicio de la acción de separación. Sobre esta cuestión, *in extenso*, vid. nota al pie 400.

ámbito de actuación de la administración concursal, de otro, pronunciarnos sobre algunos supuestos controvertidos.

En primer término, quedan excluidos del elenco competencial de la administración concursal todos aquellos procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores contemplados en el Título I del Libro IV de la LEC⁶¹⁷. De igual modo acontece respecto de aquellos procesos en los que se discuta sobre bienes y derechos que quedan al margen del patrimonio concursal⁶¹⁸. Y, por último, quedan excluidos todos aquellos procesos que afectan al derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen en los que no se diriman cuestiones con relevancia patrimonial⁶¹⁹.

Pese a la aparente claridad del ámbito de actuación procesal de la administración concursal encontramos, empero, algunos supuestos controvertidos. Así ocurre, por ejemplo, con los procesos que afectan al derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen cuando en ellos se pretende una indemnización económica –no inembargable-. En tales supuestos, la cuestión revierte polémica para que pueda transitar, sin problemas y en su totalidad, la sucesión procesal. De un lado, por cuanto en el proceso se está sustanciando una cuestión –la estrictamente personal- que atañe, en exclusiva, al concursado. De otro, por cuanto que concurre una pretensión económica y, en consecuencia, el patrimonio concursal queda afectado.

A nuestro juicio, aun siendo conscientes de la dificultad de encontrar una solución pacífica para el supuesto descrito, operaría la sucesión procesal, pero exclusivamente en lo que atañe a la pretensión económica. Para el resto de

⁶¹⁷ A este respecto conviene recordar que tales procesos quedan, además, excluidos de la competencia del juez del concurso (art. 8.1º LC).

⁶¹⁸ Por ejemplo, en los procesos sumarios para la tutela frente a la perturbación o despojo de la posesión de un bien inembargable.

⁶¹⁹ Así, cuando se iniciara un proceso por derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen por el deudor concursado o un tercero contra él y no se pretendiera, aun cuando sea algo inusual, indemnización económica.

aspectos, referidos estrictamente a la persona del deudor, éste mantendría su condición de parte en el proceso⁶²⁰.

Similar esquema se reproduce en el escenario de un proceso penal⁶²¹. Nos referimos a la hipotética acción civil que se hubiera ejercitado para la declaración y ejecución de obligaciones civiles nacidas de acto punible⁶²².

En nuestro Ordenamiento jurídico, la acumulación de la acción civil al proceso penal es facultativa. Aun cuando se parte de la idoneidad de un ejercicio conjunto –de ahí que se presuponga, en defecto de actuación expresa en contrario, que ejercitada la acción penal se está empleando también la acción civil (arts. 108 y 112.1º del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal –en adelante, LECr-) el perjudicado tiene la facultad de excluir del proceso penal su acción civil

⁶²⁰ No podemos coincidir con el criterio sostenido por ALONSO-CUEVILLAS SAYROL para quien, por cuanto «el concursado podrá mantener su representación y defensa separada parece (...) un argumento favorable a la sustitución del concursado por la administración concursal siempre que el proceso en trámite pueda afectar al patrimonio de aquél, ya que la defensa de los eventuales específicos intereses de índole personal del concursado quedan en todo caso garantizados por la aludida vía de mantener su propia representación causídica y defensa letrada separada» (*La «vis attractiva»...*, cit., p. 311). Sin perjuicio de que en páginas sucesivas nos pronunciamos sobre la representación y defensa separada que se reconoce al deudor ex art. 51.2.º LEC, conviene señalar que de sostener semejante tesis estaríamos negando la condición de parte al deudor, lo que, a nuestro juicio, es insostenible, por tratarse de un proceso que afecta a su esfera íntima.

⁶²¹ La sucesión procesal descrita bajo ningún concepto es concebible respecto al ejercicio de la acción penal por el concursado, por cuanto ésta representa una proyección de su esfera íntima en el proceso. Dentro del Ordenamiento jurídico italiano, el art. 43 Legg. fall. establece que «il fallito può intervenire nel giudizio solo per le questioni dalle quali può dipendere un'imputazione di bancarotta a suo carico o se l'intervento è previsto dalla legge». Como afirman NIGRO y VATTERMOLI, «diversa dalla legittimazione ad agire (ed a resistere) è la facoltà di intervento riconosciuta al debitore dell'art. 43, co. 2 (...). La ratio della disposizione risiede nell'esigenza di assicurare al debitore la possibilità di difendere le proprie ragioni nell'ambito di controversie – nelle quali, peraltro, resta ferma la legittimazione attiva e passiva del curatore –dal cui esito possono scaturire conseguenze di tipo penale nei suoi confronti» (*Diritto della crisi delle imprese...*, cit., p. 132).

⁶²² De las consecuencias civiles que puede llevar aparejada la comisión de un hecho punible, la legislación penal y procesal penal (arts. 109 a 115 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante, CP) y arts. 100 y 650. II LECr) establecen como pretensiones civiles acumulables: la restitución de la cosa, la reparación del daño causado y la indemnización del perjuicio. Sobre el particular, vid. ARMENTA DEU, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, 7ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 110.

reparatoria -ya sea renunciando expresamente, ya sea manifestando su voluntad de reservarla-⁶²³.

De esta suerte, en el caso de que el concursado ejercitara la acción civil nacida de la comisión de un hecho delictivo -bien conjuntamente, bien de manera separada-, respecto de ésta, operaría la sucesión procesal. En tales hipótesis, la parte devendría el patrimonio concursal.

Distinto escenario se dibuja cuando el deudor concursado ostenta la condición de imputado, procesado o acusado –según el estadio en el que nos encontremos- en un proceso penal. La cuestión también requiere ser tratada. Veamos.

En el seno de un proceso penal, ¿puede el concursado realizar actos dispositivos que afecten a su patrimonio concursal?⁶²⁴, ¿qué sucede cuando frente al concursado se ejercita junto a la pretensión penal una pretensión civil? ¿Cabe reconocer, en estos casos, la referida sucesión procesal respecto a tal pretensión?

En lo que atañe a la primera cuestión, entendemos que el deudor no puede realizar actos dispositivos que afecten a su patrimonio concursal. De ser realizados, los actos los llevaría a cabo la administración concursal⁶²⁵. Respecto a la segunda cuestión, si bien puede ser cuestionable, a nuestro juicio, opera la sucesión procesal respecto a la pretensión civil. De esta suerte, la responsabilidad penal se escindiría de la civil recayendo, una y otra, sobre sujetos distintos: la penal sobre el deudor concursado y la civil sobre el patrimonio concursal⁶²⁶.

⁶²³ De hecho, se puede haber ejercitado previamente la acción civil sin condicionar la acción penal salvo que se trate de delitos perseguibles únicamente a instancia de parte. En tales supuestos, ejercitada la acción civil se extingue la acción penal (art. 112.2º LECr).

⁶²⁴ Evidentemente si los actos dispositivos afectaran en exclusiva al patrimonio personal del deudor entendemos que no hay obstáculo alguno para que éste pudiera disponer del mismo.

⁶²⁵ De esta suerte, en el caso de que el deudor llevara a cabo actos dispositivos, la administración concursal estaría facultada para ejercitar la acción de anulación *ex art. 40.7 LC*.

⁶²⁶ Adviértase que el enunciado fenómeno de escisión ya acontece cuando la responsabilidad penal recae en persona distinta de la civil. En este sentido, *vid. ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, La «vis atractiva»...*, cit., p. 313.

Esta parece que es la solución que mejor permite conjugar los intereses en conflicto: de una parte, el deudor concursado puede actuar defendiendo su hipotética responsabilidad penal y, de otra, la administración concursal puede operar como representante necesario en defensa del patrimonio concursal en lo que a éste afecta, esto es, la responsabilidad civil⁶²⁷.

En el marco del procesal penal descrito encontramos otra cuestión peliaguda. Imaginemos que en el seno del mismo se ejercitan frente al concursado sendas acciones, civil y penal, ¿qué ocurriría en los supuestos en los que el concursado prestara su conformidad *ex arts. 655, 787 o 801 LECr*? ¿vincula la conformidad prestada por el concursado al objeto civil? Y, en caso de negativa, ¿podría continuar el proceso penal en lo relativo a la responsabilidad civil?

A nuestro juicio, la conformidad solo vincula al objeto penal, de tal suerte que, prestada ésta por el acusado, el proceso seguiría su curso para la determinación de la responsabilidad civil. La parte en este proceso sería el patrimonio concursal. A salvo queda, claro está, que la administración concursal prestara, respecto al objeto civil, su conformidad. Abonan la solución ofrecida los arts. 655⁶²⁸ y 695 LECr⁶²⁹⁶³⁰.

⁶²⁷ El mismo criterio es mantenido por ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, *La «vis attractiva»...*, cit., p. 313.

⁶²⁸ Reza el mentado precepto: «si la pena pedida por las partes acusadoras fuese de carácter correccional, al evacuar la representación del procesado el traslado de calificación podrá manifestar su conformidad absoluta con aquélla que más gravemente hubiere calificado, si hubiere más de una, y con la pena que se le pida; expresándose además por el Letrado defensor, si esto no obstante, conceptúa necesaria la continuación del juicio. Si no la conceptúa necesaria, el Tribunal, previa ratificación del procesado, dictará sin más trámites la sentencia que proceda según la calificación mutuamente aceptada, sin que pueda imponer pena mayor que la solicitada. Si ésta no fuese la procedente según dicha calificación, sino otra mayor, acordará el Tribunal la continuación del juicio. También continuará el juicio si fuesen varios los procesados y no todos manifestaren igual conformidad. Cuando el procesado o procesados disintiesen únicamente respecto de la responsabilidad civil, se limitará el juicio a la prueba y discusión de los puntos relativos a dicha responsabilidad».

⁶²⁹ Preceptúa el artículo: «si confesare su responsabilidad criminal, pero no la civil, o aun aceptando ésta, no se conformare con la cantidad fijada en la calificación, el Tribunal mandará que continúe el juicio. Pero en este último caso, la discusión y la producción de pruebas se concretarán al extremo relativo a la responsabilidad civil que el procesado no hubiese admitido de conformidad con las conclusiones de la calificación. Terminado el acto, el Tribunal dictará sentencia».

3.3.2.4. El fenómeno de la sucesión procesal y la actuación de la administración concursal: su personación en el proceso declarativo pendiente y el plazo para su instrucción

3.3.2.4.1. La sucesión procesal y su integración normativa en el artículo 51.2 LC

Descrito que nos encontramos ante un fenómeno de sucesión procesal, procedamos a analizar cómo opera ésta. En su análisis debemos afrontar una difícil tarea de integración normativa.

Somos conscientes de que las propuestas que ofreceremos podrían dilatar aún más los trámites del proceso concursal, ya de por sí excesivamente largos. Sin embargo, no podemos obviar la existencia de ciertos fenómenos procesales que, aun no declarados expresamente por la norma, acontecen. Eso sí, su inclusión en el proceso exigiría la observancia de ciertas garantías.

Conviene no perder de vista una premisa en nuestra tarea de integración normativa: las propuestas que en esta sede hagamos deberán ser adaptadas a las especiales exigencias de celeridad predicables de todo concurso.

En todo fenómeno de sucesión procesal son dos los obstáculos que se oponen al cambio de partes. De un lado, el principio de la *perpetuatio legitimationis*: en virtud del mismo, consolidado desde el momento de la litispendencia, las modificaciones que hayan acontecido respecto del hecho que fundaba la legitimación originaria devienen irrelevantes, manteniendo el sujeto que pretende ser sucedido la referida legitimación. De otro, los intereses de la contraparte en el proceso deben ser debidamente salvaguardados con el fin de que no se produzca, con ocasión de la sucesión, fraude alguno⁶³¹.

En lo que respecta al primer obstáculo: por cuanto la *perpetuatio legitimationis* descansa sobre una ficción legal, ésta puede quebrar cuando así lo disponga la Ley. Y en los procesos declarativos pendientes en el momento

⁶³⁰ Parece abogar por esta solución ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, *La «vis attractiva»...*, cit., p. 312 y 313.

⁶³¹ Por todos, RAMOS MÉNDEZ, *La sucesión...*, cit., p. 5.

de la declaración de concurso aquella quiebra se produce por cuanto opera una sucesión procesal *ex lege*.

En lo atinente a la segunda resistencia, es necesario, para salvaguardar debidamente los intereses de la contraparte y evitar actuaciones fraudulentas, respetar el trámite de audiencia⁶³².

De esta suerte, para que opere el cambio de partes en el fenómeno de sucesión procesal, ambos impedimentos deben ser superados. Sin embargo, al respecto poco dice la LC: debemos servirnos, partiendo del art. 51.2 LC, de lo dispuesto en el art. 17 LEC⁶³³ relativo a la sucesión procesal por transmisión del objeto litigioso⁶³⁴⁶³⁵.

⁶³² *Ibidem*, pp. 5 y 6.

⁶³³ El art. 17 LEC contempla: «1. Cuando se haya transmitido, pendiente un juicio, lo que sea objeto del mismo, el adquirente podrá solicitar, acreditando la transmisión, que se le tenga como parte en la posición que ocupaba el transmitente. El Secretario judicial dictará diligencia de ordenación por la que acordará la suspensión de las actuaciones y otorgará un plazo de diez días a la otra parte para que alegue lo que a su derecho convenga. Si ésta no se opusiere dentro de dicho plazo, el Secretario judicial, mediante decreto, alzará la suspensión y dispondrá que el adquirente ocupe en el juicio la posición que el transmitente tuviese en él. 2. Si dentro del plazo concedido en el apartado anterior la otra parte manifestase su oposición a la entrada en el juicio del adquirente, el tribunal resolverá por medio de auto lo que estime procedente. No se accederá a la pretensión cuando dicha parte acredite que le competen derechos o defensas que, en relación con lo que sea objeto del juicio, solamente puede hacer valer contra la parte transmitente, o un derecho a reconvenir, o que pende una reconvencción, o si el cambio de parte pudiera dificultar notoriamente su defensa. Cuando no se acceda a la pretensión del adquirente, el transmitente continuará en el juicio, quedando a salvo las relaciones jurídicas privadas que existan entre ambos. 3. La sucesión procesal derivada de la enajenación de bienes y derechos litigiosos en procedimientos de concurso se regirá por lo establecido en la Ley Concursal. En estos casos, la otra parte podrá oponer eficazmente al adquirente cuantos derechos y excepciones le correspondieran frente al concursado».

⁶³⁴ Debemos advertir que nos asaltaron ciertas dudas a la hora de escoger el precepto de qué nos serviríamos para proceder al cometido de integración normativa. En principio, con las adaptaciones pertinentes, el art. 16 LEC, relativo a la sucesión procesal por muerte, podría ser válido para realizar aquella tarea. Sin embargo, por cuanto el art. 16 LEC regula los supuestos de sucesión procesal por muerte de una persona, y en el caso de concurso no se produce ésta, entendemos que lo más oportuno es aplicar el art. 17 LEC.

Es cierto que, como veremos más adelante, en caso de que el deudor, ya declarado en concurso, siguiera en el pleito sin informar a la administración concursal, ésta podría ejercitar las pertinentes acciones de anulación *ex art.* 40.7 LC e instar el incidente de nulidad de actuaciones previsto en los arts. 225 y ss. LEC. Esta aseveración podría acercarnos a la sucesión procesal por muerte (en el bien entendido sentido de que lo que realizara el deudor es “como si no existiera”). Sin embargo, hay un hecho que nos aleja de manera definitiva de esta institución, a saber: en caso de que la administración concursal, teniendo conocimiento del proceso declarativo en trámite, no solicite la sucesión procesal, los actos realizados por el deudor en ese proceso son plenamente válidos, no pudiendo instarse la anulación. Será la administración concursal la que, como tendremos ocasión de ver más adelante, responda de los daños y perjuicios que su falta de diligencia haya causado a la masa concursal.

3.3.2.4.2. El *iter* procedimental para que opere con plenas garantías la sucesión procesal

3.3.2.4.2.1. Premisa de partida

En los procesos declarativos en trámite en el momento de la declaración de concurso, basta con que se haga referencia al cambio en la titularidad jurídico procesal durante la pendencia de aquél para que, acreditado suficientemente el referido cambio -a juicio del juez o tribunal-, éste resuelva sobre la admisión en el proceso del nuevo sujeto, previa audiencia de la parte contraria⁶³⁶.

Pues bien, procedamos a describir el *iter* por el que debiera discurrir el proceso para que la referida sucesión procesal opere con el debido respeto a las garantías procesales.

3.3.2.4.2.2. La solicitud de entrada en el proceso y la personación de la administración concursal

3.3.2.4.2.2.1. La solicitud de entrada en el proceso

Partimos de la idea de que la administración concursal tiene constancia de la existencia del proceso declarativo en trámite que puede afectar al patrimonio concursal, bien a tenor de la documentación aportada *ex art.* 6.2 LC por el deudor -en caso de concurso voluntario-, bien como consecuencia de la

⁶³⁵ Debiéramos, quizás, servirnos del incidente concursal para integrar el *iter* procedimental. Así parece desprenderse del art. 192.1 LC cuando afirma: «todas las cuestiones que se susciten durante el concurso y no tengan señalada en esta ley otra tramitación se ventilarán por el cauce del incidente concursal». Nos parece, sin embargo, que por las especiales características de la sucesión procesal lo más lógico no es la aplicación de la tramitación prevista para el incidente concursal sino la creación de un procedimiento *ad hoc*. Conviene, no obstante, anticipar que, para el caso concreto, el procedimiento que nosotros planteamos es muy similar al previsto en los arts. 192 y ss. LC.

⁶³⁶ Parafraseamos así, si bien adaptado al concreto supuesto de concurso que analizamos, los postulados de RAMOS MÉNDEZ. Como ya advirtiera este autor al analizar la sucesión procesal en el antiguo concurso de acreedores y quiebra: «con miras a una futura reforma de nuestras leyes procesales se hace perentoria la inclusión de un artículo que recoja sistemáticamente la sucesión en el proceso» y «basta con que se haga referencia a la transmisión de la cosa litigiosa durante la pendencia del proceso para que, en el caso de que se acredite dicha transmisión suficientemente a juicio del juez o tribunal, éste resuelva sobre la admisión en el proceso del adquirente, previa audiencia de la parte contraria» (*La sucesión...*, cit., pp. 26 y 27).

documentación del art. 6 LC entregada por el deudor previo requerimiento del juez del concurso (art. 21.1.3º LC) -en caso de concurso necesario-⁶³⁷.

El primer paso para que opere la sucesión procesal es que la administración concursal, en nombre del patrimonio concursal, solicite al tribunal la sucesión en la posición del deudor⁶³⁸. Será necesario acreditar para ello que se ha producido el cambio en la titularidad jurídico procesal. Entendemos que este cambio queda acreditado con la presentación por parte de la administración concursal del auto de declaración de concurso en el que se decreta el régimen de suspensión en las facultades patrimoniales del deudor.

Para poder presentar la referida solicitud y acreditar el cambio en la titularidad jurídico procesal, debemos plantearnos la forma en la que debe personarse la administración concursal. La cuestión requiere un tratamiento detenido.

⁶³⁷ Forma parte del deber general de colaboración e información del deudor ex art. 42 LC, informar a la administración concursal de la existencia de un proceso declarativo en trámite en el que él es parte en el momento de la declaración de concurso. Seguimos, así, el parecer de ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, *La «vis atractiva»...*, cit., p. 313 y de DE LA CRUZ BÉRTOLO, «La intervención de la administración concursal en defensa de la masa en juzgados distintos al que está conociendo del concurso», *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, nº 4, 2006, p. 360.

⁶³⁸ No ocurre lo mismo en los supuestos de sucesión procesal por muerte ex art. 16 LEC. En tales hipótesis no es necesario solicitar la sucesión procesal por el causante del fallecido. Nos mostramos, así, contrarios a la idea planteada por PÉREZ DEL BLANCO quien afirma: «de entre éstas de la que más cerca está la sustitución concursal es la mortis causa, pues dicho sea con todos los debidos respetos, el concursado al que el auto de declaración del concurso le suspende las facultades de administración y disposición pierde la capacidad para ser parte procesal del mismo modo que la pierde la persona física con el fallecimiento, y del mismo modo que respecto del patrimonio de ésta cuando carece transitoriamente de titular –herencia yacente- se otorga la representación a su administrador, que sustituirá al fallecido en los pleitos que estuvieran en curso; respecto del patrimonio concursado se reconoce la representación a la administración concursal, que sustituirá al concursado en los procesos que estuvieran en curso» (*Efectos procesales...*, cit., pp. 228 y 229). Debemos hacer notar, asimismo, que el autor confunde las instituciones de sustitución y sucesión procesal. Como hemos demostrado a lo largo de nuestra investigación, el deudor no pierde la capacidad para ser parte. De igual modo, las teorías que pretendían equiparar la situación del concursado a su muerte civil, como vimos, están más que denostadas.

3.3.2.4.2.2. La personación de la administración concursal

3.3.2.4.2.2.1. La postulación de la administración concursal en los procesos declarativos en trámite

En primer término, sin perjuicio de las referencias que a la postulación de la administración concursal realicemos a lo largo de la presente investigación, conviene dejar apuntada alguna nota a los efectos de su personación *ex art.* 51.2 LC.

La capacidad de postulación de la administración concursal se disciplina en los apartados 1 y 5 del art. 184 LC. La lectura de ambos apartados puede llevarnos a confusión dada su deficiente técnica legislativa. En efecto, el art. 184.1 LC dispone: «en todas las secciones serán reconocidas como parte, sin necesidad de comparecencia en forma, el deudor y los administradores concursales». Por su parte, el art. 184.5 LC preceptúa: «la administración concursal será oída siempre sin necesidad de comparecencia en forma, pero cuando intervenga en incidentes o recursos deberán hacerlo asistidos de letrado. La dirección técnica de estos incidentes y recursos se entenderá incluida en las funciones del letrado miembro de la administración concursal»⁶³⁹.

⁶³⁹ Este apartado ha sido objeto de diversas reformas. En primer lugar, el texto de 2003 se vio alterado con el Real Decreto-Ley 3/2009. Con anterioridad a la reforma de 2009, el apartado 5º del art. 184 LC exigía la asistencia letrada de la administración concursal para la intervención en «recursos e incidentes», añadiendo que, como regla general, la dirección técnica de los «recursos» se entendía incluida en las funciones del letrado miembro de la administración concursal. Sin embargo, pese a la literalidad del precepto, la SAP de Madrid de 30 de diciembre de 2008 [JUR 2009, 113914], consideró que las funciones del abogado miembro de la administración concursal a las que aludía el citado precepto, se correspondían tanto con la dirección técnica de los recursos como la de los incidentes. Tras la reforma llevada a cabo por el Real Decreto-Ley 3/2009, se eliminó del precepto el margen de discrecionalidad que consentía la redacción originaria al tiempo que se extendieron las funciones del letrado miembro de la administración concursal también a los «incidentes». Dos años después, en 2011, se ha mantenido el criterio de 2009, alterándose exclusivamente el orden secuencial de las actuaciones -«incidentes y recursos» en lugar de «recursos e incidentes». Por el contrario, en el Ordenamiento jurídico italiano, el art. 31 Legg. fall. dispone que «il curatore non può assumere la veste di avvocato nei giudizi che riguardano il fallimento».

En un primer análisis, de la literalidad de ambos preceptos cabe inferir dos conclusiones. De un lado, que la administración concursal puede comparecer con plena eficacia procesal de manera “aformal” o “informal”. La desafortunada expresión «sin necesidad de comparecencia en forma», parece referirse a la existencia de una relación directa e “informal” entre administración concursal y juez del concurso –entendemos que con el fin de que aquella pueda comunicarle cualquier circunstancia que, aun sin eficacia procesal, pueda afectar al desarrollo del concurso-. Sin embargo, como es lógico, es comúnmente aceptado pensar que para que la comparecencia y actuación de la administración concursal goce de eficacia procesal, es necesario que se realicen en la forma legalmente exigida -bien mediante la presentación del oportuno escrito, bien mediante la personal comparecencia ante el juez o secretario judicial del concurso para llevar a cabo la pertinente manifestación de voluntad-⁶⁴⁰.

Cuestión controvertida es, aun cuando así parece deducirse de los apartados primero y quinto del art. 184 LC que, a diferencia de lo que ocurre con carácter general en el proceso civil *ex art. 23 LEC*, cuando la administración concursal comparece, no necesita procurador.

Quedan, sin embargo, algunas incógnitas por despejar. Así, ¿es aplicable la postulación disciplinada en los arts. 184.1 y 5 LC a la comparecencia y actuación de la administración concursal respecto de todo proceso? Y, en caso negativo, ¿qué normas concretas deben seguirse para la debida postulación de la administración concursal? A nuestro juicio, las reglas transcritas del art. 184.1 y 5 LC disciplinan la postulación de la administración concursal pero en sede concursal. Quiere esto decir que cuando la administración concursal

⁶⁴⁰ En el mismo sentido, LÓPEZ SÁNCHEZ entiende que: «el artículo 184 LCon no permite una comparecencia “aformal”, lo que resulta inimaginable, ni tan siquiera “informal”, pues sería procesalmente intrascendente. Lógicamente, puede la administración concursal poner en conocimiento del juez del concurso, de forma directa e informal, las circunstancias atinentes al desarrollo del concurso que tenga por conveniente. Ahora bien, si quiere “forzar” una resolución del juez, deberá hacerlo formalmente y deducir una petición escrita» (*El proceso...*, cit., p. 352, nota al pie 4).

opera fuera del proceso concursal, en su actuación, se rige por las normas propias de cada orden y proceso jurisdiccional⁶⁴¹.

De esta suerte, en lo que afecta a los procesos declarativos pendientes debemos distinguir dos situaciones. Así, si el proceso declarativo en trámite se integra en el concurso, la administración concursal podrá comparecer ante el juez del concurso sin necesidad de procurador (art. 184.5 LC)⁶⁴². Por el contrario, si el proceso declarativo en trámite no se integra en el concurso, para la postulación de la administración concursal debemos estar a las concretas normas de postulación que respecto de cada orden jurisdiccional disciplinan: el art. 23 LEC –para el orden civil-, el art. 18 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (en adelante, LJS) -para el orden social-, el art. 23 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante, LJCA) -para el orden contencioso-administrativo-, y los arts. 118 y 520 LECr - para el orden penal -.

Así, si el tribunal ante el que debe actuar la administración concursal permitiera su personación directa, la presentación del documento acreditativo de su condición -expedido por el secretario judicial ex art. 29.1.2º LC- sería suficiente para garantizar su posición⁶⁴³⁶⁴⁴. Por el contrario, cuando el tribunal ante el que se esté sustanciando el proceso declarativo en trámite exija la representación técnica, la administración concursal deberá comparecer en el

⁶⁴¹ Así, SENÉS MOTILLA, «Comentario al artículo 184», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo II, Civitas, Madrid, 2004, p. 2743; y PÉREZ DEL BLANCO, *Efectos procesales...*, cit., p. 229.

⁶⁴² De la misma opinión, LÓPEZ SÁNCHEZ, *El proceso...*, cit., p. 352.

⁶⁴³ Entendemos que con la presentación de este documento quedaría plenamente acreditada la representación necesaria ex art. 264.2 LEC. Este precepto, a nuestro juicio aplicable, exige -aun cuando referido a la demanda, a la contestación o al momento de comparecer a la vista del juicio verbal- la presentación de «los documentos que acrediten la representación que el litigante se atribuya».

⁶⁴⁴ Cuestión distinta es dilucidar qué miembro de la administración concursal debe comparecer. En los supuestos en los que la administración concursal está compuesta por un único integrante, no se plantea problema: será éste el que comparezca. La dificultad surge en los supuestos de estructura bimembre: ¿qué administrador concursal debe comparecer? Nos ofrece la respuesta el art. 27.2.3º LC. Según dicho precepto: «el primer administrador concursal designado será el que ostente la representación de la administración concursal frente a terceros en los términos previstos en esta ley para los supuestos de administración concursal única».

proceso por medio de su procurador –o quien haga sus veces-⁶⁴⁵. Para ello otorgará poder de representación a favor de aquél -notarial o *apud acta*-, pero en nombre de la masa concursal. Advuértase, que el procurador representa al patrimonio concursal, no a la administración concursal⁶⁴⁶.

3.3.2.4.2.2.2. El tiempo para la personación de la administración concursal

Sobre el tiempo para la personación de la administración concursal en el proceso declarativo en trámite nada dice la LC. Entendemos que desde el mismo momento en que tenga conocimiento de aquel, tiene el deber de personarse. Nótese que una actuación extemporánea por parte de la administración concursal puede implicar la imposibilidad de realizar determinadas actuaciones procesales -por haber transcurrido el plazo para su realización-, lo que podría repercutir en un aumento o disminución del patrimonio concursal.

Quizás resulte innecesario advertirlo, por obvio, pero el fenómeno de sucesión procesal atañe, en exclusiva, a la posición de las partes en el proceso, permaneciendo el objeto del mismo inalterado. Queremos con ello resaltar que los actos concluidos válidamente por el sucedido –el deudor- conservan en el proceso sus efectos, y su eficacia, acumulada, pasa al sucesor –el patrimonio concursal-. No comienza, así, un nuevo proceso sino que continúa el ya iniciado, pudiendo la administración concursal –en nombre del patrimonio concursal- aprovechar todas las oportunidades procesales no

⁶⁴⁵ Téngase en cuenta lo dispuesto para los distintos órdenes jurisdiccionales *ex art.* 543.1 LOPJ. Según contempla este precepto: «corresponde exclusivamente a los procuradores la representación de las partes en todo tipo de procesos, salvo cuando la ley autorice otra cosa».

⁶⁴⁶ En esta sede se podría producir un fenómeno singular por cuanto no se cumpliría la literalidad del art. 7.5 LEC. En efecto, como apunta DE LA OLIVA SANTOS, con carácter general respecto a la representación necesaria: «en estos casos (...) se produce el fenómeno de que es el Procurador quien realmente comparece y actúa por las personas jurídicas o entidades no personificadas (...). La literalidad de varios apartados del art. 7 LEC parece no cumplirse» (*Derecho Procesal Civil...*, cit., p. 172). Recordemos que el art. 7.5 LEC dispone: «las masas patrimoniales o patrimonios separados a que se refiere el número 4.º del apartado 1 del artículo anterior comparecerán en juicio por medio de quienes, conforme a la ley, las administren». Y como hemos visto, en los supuestos en los que es preceptiva la representación técnica quien comparecerá en juicio por el patrimonio concursal, en rigor, no será la administración concursal sino el procurador –o la persona que haga sus veces-.

transcurridas. Como afirmara RAMOS MÉNDEZ, «la sucesión se inserta en la dinámica procesal en el momento en que se produce el fenómeno traslativo que da lugar al cambio de partes»⁶⁴⁷.

En el panorama descrito, la no personación en tiempo de la administración concursal en el proceso declarativo en trámite podría causar la oportuna responsabilidad por actuar sin la debida diligencia exigida -ex art. 35.1 LC-⁶⁴⁸.

Cuestión distinta acontece si la no personación de la administración concursal obedece a causas ajenas a su voluntad. En tales hipótesis no se puede ejercitar frente a él acción de responsabilidad.

Como advertíamos, en caso de existir un proceso declarativo en trámite que pudiera afectar al patrimonio concursal, el deudor tiene el deber de informar – ex art. 42 LC- a la administración concursal sobre la existencia del mismo. De tal suerte que si el deudor no informara de la circunstancia descrita, aquélla estaría facultada para ejercitar la acción de anulación ex art. 40.7 LC⁶⁴⁹, instando la anulación de los actos practicados en el foro por el concursado -y siendo de aplicación el procedimiento que para la nulidad de actuaciones procesales disciplinan los arts. 225 y ss. LEC⁶⁵⁰⁶⁵¹-.

⁶⁴⁷ Cfr. RAMOS MÉNDEZ, *La sucesión...*, cit., p. 4.

⁶⁴⁸ Advértase que si la administración concursal, conociendo la existencia del proceso declarativo en trámite, no interviene, está consintiendo la actuación procesal del deudor que queda, de este modo, convalidada. El mismo criterio sigue, ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, *La «vis atractiva»...*, cit., p. 315.

⁶⁴⁹ Reza el precepto en su inicio: «los actos del deudor que infrinjan las limitaciones establecidas en este artículo sólo podrán ser anuladas a instancia de la administración concursal y cuando ésta no los hubiese convalidado o confirmado».

⁶⁵⁰ En virtud de la DF 5ª LC -que establece la supletoriedad de la LEC- son aplicables los referidos arts. 225 y ss. LEC. En concreto, el asunto que aquí se sustancia es subsumible en el art. 225.3º LEC: «los actos procesales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes: 3.º Cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión». Y es manifiesto que, de no concurrir la administración concursal en nombre del patrimonio concursal se habrá producido, respecto de este último, indefensión.

⁶⁵¹ Del mismo parecer, ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, *La «vis atractiva»...*, cit., p. 315.

3.3.2.4.2.3. La “debida” audiencia a la parte contraria en el fenómeno de sucesión procesal y su resolución por el juez del concurso

Como predicábamos páginas atrás, para que opere el cambio de partes en la sucesión procesal, es preciso que los intereses de la contraparte estén debidamente tutelados -para evitar posible fraudes-. Pues bien, la LC nada dice sobre la cuestión ni prevé trámite alguno para que se dé audiencia a la referida parte contraria. A nuestro juicio para que opere la sucesión procesal con el respeto exigible a las garantías procesales sería necesario que la LC previese un trámite como el que a continuación describimos. De nuevo necesitamos acudir al art. 17 LEC para integrar semejante vacío legal.

De esta suerte, solicitada por la administración concursal la sucesión procesal, el secretario judicial debe dictar diligencia de ordenación para acordar la suspensión de las actuaciones. En la misma diligencia otorga un plazo para que la parte contraria alegue lo que a su derecho convenga.

En el art. 17 LEC se prevé para dicho trámite un plazo de 10 días. A nuestro juicio, conscientes, como señalábamos, de que la integración normativa que propugnamos puede conllevar una mayor dilación en los trámites del proceso concursal, entendemos que el hipotético plazo a prever por una futura norma a incluir en la LC debiera ser más breve que el previsto en el art. 17 LEC. En concreto, el suficiente como para respetar las mínimas garantías procesales de la contraparte y que ésta pudiera alegar lo que a su derecho conviniera.

En el caso de que la parte no se oponga en el referido plazo, el secretario judicial, mediante decreto, alza la suspensión y dispone que el patrimonio concursal ocupa, en el juicio, la posición del deudor. Si, por el contrario, presentara oposición dentro del plazo establecido, el tribunal resuelve por medio de auto lo que estimara pertinente⁶⁵². En caso de que el juez desestime

⁶⁵² En este sentido disponen los párrafos 2º y 3º del art. 17.2 LEC: «no se accederá a la pretensión cuando dicha parte acredite que le competen derechos o defensas que, en relación con lo que sea objeto del juicio, solamente puede hacer valer contra la parte transmitente, o un derecho a reconvenir, o que pende una reconvencción, o si el cambio de parte pudiera dificultar

la oposición, el patrimonio concursal entrará, en el proceso declarativo pendiente, en la posición del deudor. En el supuesto de que el juez estimara la oposición, no acontecería el fenómeno de sucesión procesal y, por tanto, el deudor seguiría ostentando la condición de parte en el proceso.

3.3.2.4.2.4. El tiempo legal para la instrucción de la administración concursal una vez personada

No planteada oposición por la parte contraria o, en caso de ser planteada, siendo desestimada por el juez, el art. 51.2 LC establece una concreta previsión respecto a la administración concursal: «el Secretario judicial le concederá, una vez personada, un plazo de cinco días para que se instruya en las actuaciones»⁶⁵³. Se trata de un plazo que, siguiendo a la dicción literal del precepto, opera de manera automática una vez personada la administración concursal.

Esta previsión lleva consigo dos implicaciones: de un lado, determina la suspensión del proceso durante el tiempo referido⁶⁵⁴⁶⁵⁵; de otro, supone la entrega de los autos obrantes en el proceso con el fin de que la administración

notoriamente su defensa. Cuando no se acceda a la pretensión del adquirente, el transmitente continuará en el juicio, quedando a salvo las relaciones jurídicas privadas que existan entre ambos».

⁶⁵³ Esta previsión normativa se introdujo en el trámite parlamentario pretendiendo la adaptación a las normas que sobre acumulación de procesos prevé la LEC -respecto a aquellas personas que, consecuencia de la acumulación, quedaran constituidas como partes en el nuevo proceso acumulado-. Se pretendía evitar, de esta forma, que el patrimonio concursal quedara indefenso, garantizando un tiempo razonable para que la administración pudiera preparar, adecuadamente, su defensa. Vid., en este sentido, PÉREZ DEL BLANCO, *Efectos procesales...*, cit., p. 231. Esta norma fue introducida por la enmienda nº 262 del Grupo parlamentario catalán en el Senado (BOCG. Senado. Serie II, núm. 120-C, de 9 de mayo de 2003, p. 198).

⁶⁵⁴ De esta opinión, PÉREZ DEL BLANCO, *Efectos procesales...*, cit., p. 231, SAP (Sección 15ª) de Barcelona de 14 de septiembre 1990 [LA LEY, 179253-NS/0000]. En sentido contrario, CORDÓN MORENO, «Comentario al artículo 51», cit., p. 606; y ALONSO-CUEVILLAS SAYROL para quien: «en principio, el citado plazo para instruirse de las actuaciones no debe provocar alteración alguna en la tramitación procedimental del proceso en curso. Ello no obstante, si durante dicho plazo debiera llevarse a cabo alguna concreta actuación procesal tal como la celebración de alguna audiencia previa al juicio, juicio o vista o la práctica de cualquier otra actuación procesal, la concesión del plazo para instrucción sí debería comportar la suspensión del correspondiente señalamiento en evitación de provocar indefensión a la recién personada administración concursal» (*La «vis attractiva»...*, cit., p. 316).

⁶⁵⁵ El plazo de 5 días puede ser manifiestamente insuficiente para una adecuada instrucción en determinados procesos (v. gr., cuando el proceso sea complejo). Quizás hubiera sido aconsejable establecer, en concordancia con el principio de flexibilidad que preside la LC, que el juez del concurso, en función de las concretas circunstancias concurrentes, determinara el plazo que estimase más adecuado para una correcta instrucción.

concurzal se forme un juicio razonado sobre la estrategia procesal o sobre la procedencia o conveniencia de sostener el proceso en curso del que era parte el concursado.

3.3.2.4.2.5. Las distintas actuaciones procesales de la administración concursal en el proceso declarativo pendiente tras el plazo de instrucción

Producida la sucesión procesal, personada la administración concursal y transcurrido el plazo de 5 días, ésta puede adoptar una distinta actuación procesal atendiendo a dos criterios: en primero término, al momento procesal en el que se encuentre el proceso cuando se produce la sucesión; y, en segundo término, e íntimamente ligado a lo anterior, a la idoneidad y estrategia procesal seguida por el deudor en el proceso pendiente.

Así, puede ocurrir que la referida sucesión procesal acontezca cuando el deudor no ha formulado todavía su estrategia procesal –por ejemplo, cuando interpuesta demanda contra el deudor no ha transcurrido el plazo para contestar a la demanda y formular reconvenición-. En tal caso, la administración concursal podrá entablar reconvenición o allanarse –total o parcialmente-.

Si, por el contrario, el objeto del proceso estuviera ya determinado -y hubieran transcurrido determinados trámites-, aquel proceso podrá continuar - en el estadio en el que quedó cuando se produjo la sucesión- o, en su caso, finalizar por desistimiento, renuncia o transacción.

Con independencia del momento en el que se haya producido la sucesión procesal, para la continuación del proceso, la administración concursal no necesita autorización judicial. No ocurre lo mismo, sin embargo, para aquellas actuaciones en las que la administración concursal pretenda una finalización anormal del proceso. En tales supuestos en los que la administración concursal dispone del objeto del proceso requerirá de la autorización del juez del concurso (art. 51.2 LC).

3.3.2.4.2.6. La necesaria autorización judicial de la administración concursal para la finalización anormal del proceso y otros actos procesales de disposición de su objeto

3.3.2.4.2.6.1. Ámbito en el que es necesaria la autorización judicial

El art. 51.2 LC establece: «la administración concursal (...) necesitará la autorización del Juez del concurso para desistir, allanarse, total o parcialmente, y transigir litigios»⁶⁵⁶⁶⁵⁷. Se condiciona, así, la finalización anormal del proceso a la concurrencia de una autorización judicial previa. Ocurre, sin embargo, que el legislador olvida casos en los que, de igual modo, se produce una disposición del objeto del proceso. Así sucede con la renuncia a la acción, el acuerdo de mediación, la satisfacción extraprosesal de la pretensión y la carencia sobrevenida del objeto. ¿Qué ocurre en estos supuestos? ¿Obedece su ausencia a un olvido del legislador?

A nuestro juicio, la administración concursal necesitaría la expresa autorización judicial, tanto en la renuncia como en el acuerdo de mediación, por cuanto son actos procesales que suponen la disposición del objeto del proceso.

Menos nítida es la cuestión en lo que atañe a la satisfacción extraprosesal de la pretensión y la carencia sobrevenida del objeto. En tales hipótesis, por cuanto la disposición del referido objeto por las partes no es tan clara y para su

⁶⁵⁶ Conviene recordar que el art. 51.2 LC está dirigido a los procesos declarativos en trámite con independencia de la posición activa o pasiva que ocupe el deudor.

⁶⁵⁷ Dentro del Ordenamiento jurídico italiano, el art. 31 Legg. fall. establece, respecto al *curatore fallimentare*, que «non può stare in giudizio senza l'autorizzazione del giudice delegato, salvo che in materia di contestazione e di tardive dichiarazioni di crediti e di diritti di terzi sui beni acquisiti al fallimento, e salvo che nei procedimenti promossi per impugnare atti del giudice delegato o del tribunale e in ogni altro caso in cui non occorra ministero di difensore». Para SPIOTTA, «Il curatore sta in giudizio in virtù di un potere proprio, attribuitogli dalla legge fallimentare, sebbene la sua capacità processuale debba essere integrata dall'autorizzazione del giudice delegato» (*Il curatore fallimentare*, cit., p. 31). En *La legge fallimentare esplicata...*, cit., p. 61, se señala que la autorización del *curatore* para *stare in giudizio* «ha natura di provvedimento ordinario vincolante, privo, in quanto tale, di carattere decisorio». Continúa: «la funzione dell'autorizzazione è quella di rimettere alla valutazione giuridica del giudice delegato l'attività giudiziaria proposta dal curatore». Por último, establece que «si è affermato in dottrina che il difetto di autorizzazione determina nullità assoluta della costituzione del curatore e del relativo giudizio, rilevabile, in quanto tale, anche d'ufficio».

efectiva “disposición” el art. 22.1 LEC establece el necesario acuerdo *interpartes* –decidiendo el juez en caso de no producirse el mismo-, entendemos que solo cuando se pretenda aquél será necesaria la autorización judicial⁶⁵⁸.

Junto a los descritos actos de disposición del objeto del proceso que suponen la terminación anormal del mismo, encontramos una cuestión de notable complejidad: ¿puede la administración concursal interponer recurso frente a la sentencia que recaiga en el proceso declarativo en trámite sin la autorización del juez del concurso? A nuestro juicio, pese al silencio legal, es también necesaria autorización judicial⁶⁵⁹.

Lo descrito hasta el momento constata una idea: la administración concursal tiene limitadas sus posibilidades de actuación procesal en cuanto a la disposición del objeto del proceso⁶⁶⁰. Este control jurisdiccional, articulado a través de la pertinente autorización judicial, nos parece del todo lógico en aras a garantizar y asegurar la debida conformación del patrimonio concursal.

3.3.2.4.2.6.2. El procedimiento para la obtención de la autorización judicial

El procedimiento para obtener la descrita autorización judicial se encuentra disciplinado, si bien parcialmente, de un lado, en el art. 51.2 LC y, de otro, en el art. 188 LC. Este último regula, con carácter general, las autorizaciones judiciales. Procedamos, pues, a determinar el *iter* procedimental que ha de seguirse para obtener aquélla.

El procedimiento comenzará, como es lógico, con la presentación por la administración concursal de la pertinente solicitud por escrito de autorización

⁶⁵⁸ Sigue el mismo criterio, PÉREZ DEL BLANCO, *Efectos procesales...*, cit., p. 232.

⁶⁵⁹ Entendemos que, realizando una interpretación integradora de la LC, la administración concursal necesita para la interposición de los pertinentes recursos -en los referidos procesos pendientes- la autorización del juez del concurso.

⁶⁶⁰ Nos parece errónea la afirmación que realiza PÉREZ DEL BLANCO acerca de que la administración concursal tiene una legitimación limitada (*Efectos procesales...*, cit., p. 231) pues, como veíamos, la administración concursal no ostenta legitimación alguna.

judicial (ex art. 188.1 LC)⁶⁶¹. A nuestro juicio, la referida solicitud, deberá estar lo suficientemente motivada, reconociéndose los motivos que justifican la disposición del objeto del proceso así como el alcance de la misma⁶⁶².

Un matiz quizás imperceptible a primera vista sería el de la competencia para autorizar los actos que en esta sede describimos. Es al juez del concurso a quien compete el descrito cometido con independencia de que el proceso declarativo en trámite quede o no integrado en el proceso concursal. La razón es lógica: en tanto que conocedor del concurso, es a él a quien corresponde autorizar los actos de disposición que puedan afectar a la debida conformación del patrimonio concursal.

Tras la presentación de la solicitud se suceden una serie de trámites: en primer lugar, por imperativo del art. 51.2 LC, «de la solicitud presentada por la administración concursal dará el Secretario judicial traslado al deudor en todo caso y a aquellas partes personadas en el concurso que el Juez estime deban ser oídas respecto de su objeto»⁶⁶³; acto seguido se concederá un plazo para alegaciones no inferior a tres días ni superior a diez –en atención a la complejidad e importancia de la cuestión- (art. 188.2 LC); por último, finalizado el trámite de audiencia, el juez «resolverá sobre la solicitud mediante auto dentro de los cinco días siguientes al último vencimiento» (art. 188.2 LC).

⁶⁶¹ Conviene puntualizar que la autorización judicial debe ser previa a la realización del acto dispositivo.

⁶⁶² En este sentido, PÉREZ DEL BLANCO afirma: «sea cual sea el tipo de acto de disposición del objeto del proceso, la comunicación previa no podrá limitarse a contener una exposición genérica de lo que pretende hacerse, sino que por el contrario deberá motivarse, comunicándose al juez las causas por las que se estima conveniente la disposición –lo que será suficiente en supuestos de disposición puros, es decir, cuando se asuma la posición procesal de la parte contraria con carácter global– y los términos de la disposición –cuando esta no sea pura, habrá que exponer al juez sobre qué extremos del objeto del proceso se pretende realizar la disposición–» (*Efectos procesales...*, cit., pp. 232 y 233).

⁶⁶³ Por su parte, el art. 188.2 LC se pronuncia en términos similares: «de la solicitud presentada se dará traslado a todas las partes que deban ser oídas respecto de su objeto». Ante la ausencia de una mayor concreción en los arts. 51.2 y 188.2 LC, en la determinación de las partes –concreción que, por otro lado, sería recomendable- es necesaria una interpretación amplia del derecho de audiencia con el fin de evitar posibles vulneraciones del derecho de defensa. De la misma opinión, PÉREZ DEL BLANCO, *Efectos procesales...*, cit., p. 233.

La resolución que estime la solicitud de autorización judicial presentada por la administración concursal deberá determinar específicamente el acto que se autoriza y las características del mismo⁶⁶⁴.

Finalmente, contra el auto que conceda o deniegue la autorización solicitada, la administración concursal –o el resto de partes- podrá interponer, exclusivamente, recurso de reposición (art. 188.3 LC).

Queremos cerrar este epígrafe evidenciando dos cuestiones que son un tanto paradójicas. De una parte, resulta llamativo que, en caso de que el proceso declarativo en trámite quede integrado en el concurso, el mismo juez – del concurso- que decide sobre la autorización es el mismo que, posteriormente, tiene que dictar sentencia en dicho proceso que se integra. Este criterio no parece muy lógico⁶⁶⁵. De otra parte, adviértase que en caso de negativa del juez del concurso a autorizar la finalización anormal del proceso, la administración concursal se verá obligada a pleitear, aun cuando entienda que la estrategia procesal “heredada” y argüida por el concursado no es sostenible.

Ambos extremos evidencian la importancia de que la administración concursal motive de manera minuciosa la solicitud de autorización judicial, a fin de que el juez del concurso pueda conocer, con el rigor suficiente, los motivos de la pretendida disposición del objeto del proceso. Obviamente, el fin último es, en todo caso, proteger el patrimonio concursal y procurar el mayor montante posible⁶⁶⁶⁶⁶⁷.

⁶⁶⁴ Como de manera acertada afirma PÉREZ DEL BLANCO no cabe «formular autorizaciones globales o formuladas de un modo genérico (si la administración concursal solicitase una autorización de este tipo la misma debería ser inadmitida por el juez del concurso, requiriendo concreción y especificación al respecto)» (*Efectos procesales...*, cit., p. 234).

⁶⁶⁵ De la misma opinión, MARÍN LÓPEZ, *El proceso...*, cit., p. 502.

⁶⁶⁶ Así, por ejemplo, si la administración concursal intenta una transacción judicial, deberá motivar y justificar de la mejor manera posible que lo que pretende con la transacción es evitar incurrir en mayores costes para el concurso -gastos y costas-.

⁶⁶⁷ En cuanto a las costas, advierte el art. 51.2.1º *in fine* LC: «las costas impuestas a consecuencia del allanamiento o del desistimiento autorizados tendrán la consideración de crédito concursal; en caso de transacción, se estará a lo pactado en materia de costas». Sobre el particular, vid. PÉREZ DEL BLANCO, *Efectos procesales...*, cit., pp. 234 a 236.

3.3.2.4.2.7. La representación y defensa separada por el deudor

3.3.2.4.2.7.1. Planteamiento de la cuestión

Sosteníamos que el art. 51.2 LC disciplina un supuesto de sucesión procesal. Y, como todo fenómeno de sucesión procesal, la parte primitiva –el deudor– queda apartada del pleito⁶⁶⁸, ocupando su posición en el proceso el nuevo sujeto, este es, el patrimonio concursal⁶⁶⁹.

Sentado lo anterior, tropezamos con una cuestión controvertida: ¿qué posición ocupa, entonces, el deudor habida cuenta la opción que le concede el art. 51.2.2º LC? Recordemos el contenido del precepto: «la sustitución no impedirá que el deudor mantenga su representación y defensa separada por medio de sus propios procurador y abogado, siempre que garantice, de forma suficiente ante el juez del concurso, que los gastos de su actuación procesal y,

⁶⁶⁸ Dentro del Ordenamiento jurídico italiano, aunque la Legg. fall. guarda silencio sobre esta cuestión, la doctrina y jurisprudencia mayoritaria entienden que el deudor puede actuar en juicio personalmente en caso de urgencia o de desinterés del *curatore fallimentare*, esto es, ante la “*inerzia*” del mismo. En tal sentido, vid. NIGRO y VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese...*, cit., p. 132. En la misma línea, PACCHI afirma que «si tende (...) ad ammettere che il fallito possa agire in giudizio in caso di urgenza e di disinteresse del curatore quando non sia però giustificato da una valutazione di non convenienza dell’iniziativa processuale» («Gli effetti del fallimento per il fallito», *Manuale di Diritto Fallimentare*, PACCHI (coord.), 2ª ed., Giuffrè, Milano, 2011, p. 167). Para RUSSO, «l’azione giudiziale del fallito è ammessa soltanto in caso di inerzia del curatore e, pertanto, la qualificazione di tale stato è quindi estremamente rilevante ai fini dell’esercizio legittimo (o meno) della tutela giurisdizionale da parte del contribuente fallito» («La legittimazione processuale del fallito nelle liti tributarie», cit., p. 5). Continúa el autor: «il vero problema nasce poi intorno la distinzione tra mancato compimento, da parte del curatore, di una attività giudiziale, cioè di una effettiva “inerzia”, o (al contrario) di una condotta consapevole adottata da quest’ultimo mediante decisioni intraprese intorno la non opportunità dell’avviamento di attività processuali» (p. 5). Como ya estableciera BRACCI, «nell’inerzia del curatore riviva la capacità processuale del fallito» (*La posizione...*, cit., p. 7). Por último, MONTANARI señala que «spetterebbe (...) al debitore fallito una capacità processuale di tipo *suppletivo o residuale*, destinata a venire in gioco con riguardo a quei rapporti patrimoniali che, pur astrattamente ricompresi nel fallimento, ne risulterebbero di fatto estranei, alla stessa stregua di quelli espressamente contemplati dall’art. 46 Legg. fall., in virtù di un atteggiamento di totale disinteresse mostrato nei loro confronti da parte degli organi della procedura» («Sulla pretesa legittimazione processuale tributaria del contribuente fallito», *Rivista di Giurisprudenza Tributaria*, nº 2, 2002, p. 1, edición online –dottrina.ipsoa.it-).

Nos parece interesante traer aquí la Sentencia de la Corte di Cassazione Civile (Sez. I) de 19 de febrero de 2002 (nº 1901) en la que se reconoce el «orientamento della giurisprudenza che riconosce al fallito la legittimazione processuale anche in ordine a rapporti patrimoniali ricompresi nel fallimento, rispetto ai quali si verifichi una situazione di totale disinteresse da parte della curatela».

⁶⁶⁹ Afirma que el deudor “sale” del proceso, si bien de manera un tanto tímida, BELLIDO PENADÉS, «Comentario al artículo 51», cit., p. 1009.

en su caso, la efectividad de la condena en costas no recaerán sobre la masa del concurso»⁶⁷⁰⁶⁷¹.

3.3.2.4.2.7.2. La naturaleza jurídica de la intervención del deudor operada la sucesión procesal

Somos conscientes de la complejidad de la cuestión descrita. Conviene, sin embargo, seguir indagando para dilucidar cuál es la naturaleza jurídica de la intervención del deudor una vez operada la sucesión procesal.

Pronunciarnos sobre la cuestión tiene plena relevancia a la hora de fijar algunos extremos de nuestra investigación. Así, el deudor, de intervenir, ¿adquiere de nuevo la condición de parte? Y si es llamado a declarar en juicio, ¿en calidad de qué lo haría?

En un primer y superficial análisis de la cuestión podría parecer que el momento en que se produce la sucesión procesal es determinante para definir la naturaleza de la intervención del deudor. En efecto, podríamos pensar, si la sucesión se ha producido en un momento en el que el objeto del proceso ya ha quedado determinado, por cuanto la sucesión no puede acarrear su ampliación⁶⁷², la administración concursal, de permanecer en el proceso, mantendría la posición argüida por el deudor⁶⁷³. Ello, a priori, tiene

⁶⁷⁰ Y sigue rezando el mentado artículo: «sin que en ningún caso pueda realizar las actuaciones procesales que, conforme al párrafo anterior, corresponden a la administración concursal con autorización del juez».

⁶⁷¹ En contra de esta posibilidad de intervención del deudor se muestra, MARÍN LÓPEZ, «Comentario al artículo 51 LC», cit., pp. 506 y 507. Este autor señala: «desde el punto de vista de política legislativa, me parece que es muy desafortunada la opción acogida por la LC de permitir al concursado que intervenga en el proceso en trámite. Se trata, en primer lugar, de una posición incoherente, pues si el concursado ha sido suspendido del ejercicio de sus facultades patrimoniales de administración y disposición, debe ser sustituido en los procesos judiciales en curso. (...) Su posición ya está siendo defendida por la administración concursal, que es quien le sustituye. (...) Adviértase además que en ninguno de los trabajos prelegislativos, ni en Anteproyecto de Ley Concursal de 1983 ni en la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995, se admite la posible intervención del concursado que ha sido suspendido».

⁶⁷² Sobre la imposibilidad de ampliar el objeto del proceso producida la sucesión procesal, vid. RAMOS MÉNDEZ, *La sucesión...*, cit., p. 280.

⁶⁷³ Obviamente nos referimos a la posición sostenida por el deudor antes de su “salida” del proceso.

trascendencia por cuanto, de solicitar el deudor su intervención y ser ésta aceptada por el juez, lo lógico es que su intervención fuera adhesiva. Primero porque, atendiendo a la doctrina de los actos propios, de mantener el deudor una posición en el proceso, sería la misma que la formulada antes de que se produjera la sucesión procesal. Quedaría así descartada la denominada intervención principal. Y, segundo, cabría entender, también a priori, que la intervención sería adhesiva litisconsorcial (frente a la adhesiva simple) por cuanto de intervenir lo haría como sujeto de la relación jurídica objeto del proceso⁶⁷⁴⁶⁷⁵.

El problema surge cuando la sucesión se produce en el momento de contestar a la demanda y formular posible reconvencción. En este hipotético supuesto, planteada y formulada por la administración concursal una concreta estrategia procesal, ¿puede el deudor intervenir como litisconsorte principal manteniendo una posición distinta a la esgrimida por la administración concursal? La cuestión es peliaguda. No solo porque la LC nada diga al respecto sino porque, en la propia LEC, cuando se regula la institución de la intervención –art. 13 LEC⁶⁷⁶–, se hace de un modo defectuoso⁶⁷⁷.

⁶⁷⁴ Como sabemos, en la intervención adhesiva simple, el sujeto interviene pero no como sujeto de la relación jurídica objeto del proceso sino en virtud de un interés directo en el resultado del mismo.

⁶⁷⁵ Evidentemente queda orillada la posibilidad de que el deudor pueda intervenir en el supuesto descrito en virtud de una intervención provocada.

⁶⁷⁶ De hecho, si atendemos a la rúbrica del art. 13 LEC, «Intervención de sujetos originariamente no demandantes ni demandados», y realizamos una interpretación literal de la misma, deberíamos entender no aplicable el precepto. Recuérdese que el deudor era parte originaria del proceso declarativo en trámite, pero que, consecuencia de la sucesión procesal, se ve apartado del mismo.

⁶⁷⁷ Obsérvense sin más las distintas corrientes doctrinales que, en torno al art. 13 LEC, se han pronunciado sobre los tipos de intervención que regula el precepto. Así, sobre la cuestión, vid. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, quien señala: «cabe distinguir hasta tres posiciones sobre el tratamiento dispensado por la LEC a la intervención adhesiva simple. Así, en primer lugar, hay un sector doctrinal que estima que el art. 13 LEC regula únicamente la intervención adhesiva litisconsorcial y que, en consecuencia, el silencio de la ley sobre la intervención simple debe interpretarse como una exclusión de su existencia. Por tanto, no habría en nuestro ordenamiento procesal civil intervención adhesiva simple. En segundo lugar, para otro sector doctrinal el art. 13 LEC engloba tanto la intervención adhesiva litisconsorcial como la simple: la regulación de ambas figuras sería, por tanto, la misma en todos sus aspectos. Finalmente y en tercer lugar, hay otro sector doctrinal, al que nos adherimos, que entiende que aunque tanto la intervención litisconsorcial como la simple están contempladas y, por tanto, admitidas en el art. 13 LEC, algunas de sus previsiones son sólo aplicables a la primera» (*Derecho Procesal Civil...*, cit., pp. 216 y 217).

Para clarificar la institución en virtud de la cual interviene el deudor, lo primero que debemos hacer es pronunciarnos sobre la denominada intervención principal. Ésta debe ser descartada, el motivo es muy sencillo: a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos jurídicos, en el nuestro la intervención principal no es reconocida. La doctrina más autorizada se ha pronunciado sobre la misma en estos términos: «se considera mayoritariamente y, con acierto, que esta figura no es necesaria y que su introducción podría ser más perturbadora que beneficiosa»⁶⁷⁸. Y aún más, «concretamente en lo que se refiere a nuestro ordenamiento, la inexistencia de esta figura no implica una merma de garantías para el tercero, ya que el efecto que el tercero obtendría a través de una intervención principal también puede obtenerlo presentando una demanda frente a los litigantes del proceso en curso y solicitando la acumulación de procesos»⁶⁷⁹. La rotunda afirmación reproducida puede quebrar, sin embargo, en los supuestos que aquí planteamos. En efecto, adviértase que en los casos en los que se decreta el régimen de suspensión, por cuanto el deudor pierde toda opción de accionar – pierde el poder de disposición sobre el objeto del proceso-⁶⁸⁰, le está vetada la posibilidad de presentar demanda frente a los litigantes del proceso en curso. Así pues, la existencia de esta figura quedaría, en tales supuestos, plenamente justificada.

Orillada la intervención principal por no estar reconocida en nuestro Ordenamiento jurídico, y habida cuenta que el deudor es sujeto de la relación jurídica objeto del proceso, la solución, *a priori*, estaría clara: el deudor, de intervenir, lo haría como interviniente adhesivo litisconsorcial⁶⁸¹. Pero, ¿es esto cierto?

⁶⁷⁸ *Ibidem*, p. 215.

⁶⁷⁹ *Ibidem*, p. 215.

⁶⁸⁰ Tal posibilidad la ostenta la administración concursal como representante necesario de la masa concursal si bien, como sabemos, no con carácter pleno por cuanto necesita de la autorización del juez del concurso para disponer del objeto del proceso (art. 51.2 LC).

⁶⁸¹ Esta es la opción sostenida por MARÍN LÓPEZ, «Comentario al artículo 51», cit., pp. 506 y 507. El autor llega a reflexiones y a conclusiones como las siguientes: «el legislador de la LC nos presenta una filigrana jurídica. Nos muestra un caso de sucesión procesal en el que la persona sustituida puede, si se dan determinados requisitos, seguir manteniendo su condición de parte». Y concluye: «mi postura crítica sobre esta decisión del legislador de la LC se

Para arrojar luz a la cuestión debemos poner el punto de mira en un aspecto: la titularidad de la relación jurídica objeto del proceso. El deudor, no cabe duda, es titular de la relación jurídica sustantiva. Sin embargo, a lo largo de nuestra investigación hemos constatado que, en lo que a nosotros interesa, como consecuencia de la declaración de concurso, el titular de la relación jurídica procesal es el patrimonio concursal. Ello nos permite despejar toda duda en torno al tipo de intervención del deudor: éste, de intervenir, no lo haría como titular del objeto del proceso sino como sujeto con interés directo en el resultado del proceso. La intervención del deudor sería, por tanto, una intervención adhesiva simple.

Que, de hacerlo, la intervención del deudor sea adhesiva simple es, a nuestro juicio, lo más acorde a los intereses del concurso. Se dibuja, así, que el deudor, en caso de intervenir, lo haría en una posición subordinada a la administración concursal⁶⁸². Así es como parece estar confeccionada legalmente la intervención adhesiva simple frente a la litisconsorcial⁶⁸³. De esta suerte: «si la parte originaria renuncia, se allana, desiste o se aparta del procedimiento por cualquier causa, el interviniente litisconsorcial (pero no el simple) puede continuar el proceso, en el bien entendido de que tales actos de disposición son lícitos y no perjudican a tercero (...). Si la parte originaria

agudiza si se tiene en cuenta que no existe límite alguno en cuanto al posible modo de actuar del concursado (salvo en materia de terminación anormal del proceso). Es posible, por tanto, que un concursado malhumorado se dedique en el proceso de un modo que no es el más conveniente para los intereses de la masa, perjudicando incluso el propio modo de actuar de la administración concursal». Estas reflexiones serían correctas si fuera adecuada la solución por la que se decanta el autor. Como veremos seguidamente, la solución, a nuestro juicio, es otra.

⁶⁸² Habla de una posición «completamente subordinada a la posición que puede asumir la administración concursal», RIBELLES ARELLANO, «Comentario al artículo 51», cit., p. 287. Como «mero coadyuvante (...) que no goza de autonomía plena en el mantenimiento de sus posiciones procesales» se pronuncia PÉREZ DEL BLANCO, *Efectos procesales...*, cit., p. 240.

⁶⁸³ Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ: «No obstante, el hecho de que el art. 13.3 LEC utilice la expresión “su litisconsorte” abona la conclusión de que no son las mismas las facultades procesales del interviniente adhesivo litisconsorcial que las del interviniente adhesivo simple. Aquellas facultades que integran el poder de disposición sobre el objeto del proceso debe entenderse que sólo pueden ser ejercidas separadamente por el interviniente litisconsorcial y no por el interviniente simple, pues de otro modo se produciría el anómalo resultado de que el poder de disposición de las partes se vería limitado por una persona que no es sujeto de la relación jurídica litigiosa» (*Derecho Procesal Civil...*, cit., p. 218).

consiente alguna resolución y no la recurre, el interviniente litisconsorcial (no el simple) puede utilizar los recursos que procedan»⁶⁸⁴⁶⁸⁵.

En cualquier caso, con independencia de si la intervención del deudor es calificada como adhesiva simple o adhesiva litisconsorcial, este sería, de nuevo, parte en el proceso⁶⁸⁶.

Entonces, si fuera llamado a declarar el deudor, ¿le sería de aplicación lo previsto en los arts. 301 a 316 LEC referido al interrogatorio de las partes?

3.3.2.4.2.8. El interrogatorio del deudor

En orden a determinar las reglas por las que debe regirse el interrogatorio del deudor, debemos realizar una importante matización. En función de si el deudor solicita -o no- su intervención en el concurso será de aplicación un régimen u otro. No es predicable, como ha pretendido la doctrina mayoritaria, un mismo *status* del deudor al margen de si éste deviene o no, de nuevo, parte en el proceso⁶⁸⁷.

Así, si el deudor finalmente detenta la condición de parte en el proceso, en caso de ser llamado a declarar lo haría en aquella condición. Esta afirmación requiere ser precisada.

⁶⁸⁴ *Ibidem*, p. 218, en su interpretación del art. 13.3 LEC.

⁶⁸⁵ Ello supone que si la administración concursal decide la finalización anormal del proceso y el juez autoriza la misma, el deudor aun cuando esté personado y quiera continuar con el pleito, no podrá hacerlo. A favor, PÉREZ DEL BLANCO, *Efectos procesales...*, cit., p. 240. Aun así este último autor propone: «no obstante, puede llegarse a una postura intermedia que aproveche el propio procedimiento a seguir tras la solicitud que efectúe la administración concursal sometiendo al control del juez del concurso la probable disposición del objeto del proceso para dar audiencia al concursado y así conocer el parecer del mismos respecto de tal disposición. En este caso sería el propio juez del concurso el que examinaría la consistencia de la eventual oposición del deudor y resolvería acerca de la conveniencia o no, para el buen fin del concurso y los intereses del patrimonio, acerca de tal disposición. En cualquier caso la postura autónoma del concursado no puede sostener el proceso en el que la administración concursal ha dispuesto del objeto y el juez del concurso ha adoptado una resolución favorable al respecto».

⁶⁸⁶ Ahora bien, como es lógico, sería parte pero con las peculiares notas características de estar sometido a un régimen de suspensión en el ejercicio de sus facultades patrimoniales, esto es, privado de su poder de disposición.

⁶⁸⁷ La doctrina cuando se ha pronunciado sobre la cuestión lo ha hecho sin diferenciar la distinta posición en la que se puede encontrar el deudor en el proceso declarativo en trámite. Entre otros, CORDÓN MORENO, «Comentario al artículo 51», cit., p. 606; ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, *La «vis attractiva»...*, cit., pp. 321 y 322.

En primer término, por cuanto el deudor está suspendido en sus facultades de administración y disposición patrimonial, las afirmaciones que en el proceso realice y le sean perjudiciales, a diferencia de lo que se establece en el art. 316.1 LEC⁶⁸⁸, no pueden tenerse por ciertas. Téngase en cuenta, de un lado, que el deudor concursado podría hacer uso de esta prueba de valoración tasada para conseguir un propósito fraudulento y beneficiar o perjudicar a un concreto acreedor; de otro, por cuanto hay una pérdida de disposición del objeto del proceso, el deudor no puede, consecuencia de sus declaraciones, condicionar el destino del patrimonio concursal. Es indubitado que, el deudor, de prestar una declaración que le fuera enteramente perjudicial, en el marco descrito, condicionaría al patrimonio concursal.

En segundo término, por cuanto el concursado solo puede mantener en el proceso la misma posición que la administración concursal, ésta no puede solicitar el interrogatorio del deudor *ex art. 301.1 in fine LEC*⁶⁸⁹.

Por el contrario, en aquellas hipótesis en las que el deudor no solicitara su intervención –o siendo solicitada le fuera denegada-, de ser llamado a declarar lo haría en calidad de testigo *ex art. 301.2 LEC*⁶⁹⁰.

3.3.2.4.2.9. El interrogatorio a la administración concursal

Solventadas las cuestiones relativas al deudor, conviene que nos pronunciemos ahora sobre la administración concursal. Así, si ésta fuera llamada a declarar, ¿en calidad de qué lo haría?

A lo largo de nuestra investigación ha quedado evidenciado que un aspecto que hemos tenido en cuenta en todo momento para determinar la posición que

⁶⁸⁸ Así reza el precepto: «si no lo contradice el resultado de las demás pruebas, en la sentencia se considerarán ciertos los hechos que una parte haya reconocido como tales si en ellos intervino personalmente y su fijación como ciertos le es enteramente perjudicial».

⁶⁸⁹ Reza el art. 301.1 *in fine* LEC: «un colitigante podrá solicitar el interrogatorio del otro colitigante siempre y cuando exista en el proceso oposición o conflicto de intereses entre ambos». Sobre la aplicación del art. 301.1 *in fine* LEC, se pronuncia en el mismo sentido, CORDÓN MORENO, «Comentario al artículo 51», cit., p. 606.

⁶⁹⁰ Según este artículo, «cuando la parte legitimada, actuante en el juicio, no sea el sujeto de la relación jurídica controvertida o el titular del derecho en cuya virtud se acciona, se podrá solicitar el interrogatorio de dicho sujeto o titular».

ostenta la administración concursal y los perfiles de su actuación en el proceso: es representante necesario del patrimonio concursal. Esta afirmación determinará el régimen jurídico aplicable.

Entendemos de aplicación los apartados primero y segundo del art. 309 LEC. En virtud de éste, la administración concursal, representante necesario del patrimonio concursal, podrá facilitar la identidad del deudor para que sea citado a declarar en calidad de testigo (art. 309. 1 LEC⁶⁹¹) –recordemos que cuando el deudor sea parte le estará vetada a la administración la posibilidad de solicitar su interrogatorio *ex art. 301.1 in fine* LEC-. De otro lado, respecto a aquellos actos en los que la administración concursal no hubiera intervenido directamente podrá responder según sus conocimientos dando razón de su origen e identificando a la persona del deudor –si es la que hubiera intervenido en los hechos- para que, en su caso, el tribunal de oficio lo interroge fuera del juicio como diligencia final (art. 309. 2 LEC⁶⁹²)⁶⁹³.

En ambos apartados del art. 309 LEC se habrá de tener en cuenta, como es lógico, si el deudor deviene de nuevo parte en el proceso o, por el contrario, no.

⁶⁹¹ Dispone el art. 309.1 LEC: «cuando la parte declarante sea una persona jurídica o ente sin personalidad, y su representante en juicio no hubiera intervenido en los hechos controvertidos en el proceso, habrá de alegar tal circunstancia en la audiencia previa al juicio, y deberá facilitar la identidad de la persona que intervino en nombre de la persona jurídica o entidad interrogada, para que sea citada al juicio. El representante podrá solicitar que la persona identificada sea citada en calidad de testigo si ya no formara parte de la persona jurídica o ente sin personalidad».

⁶⁹² El art. 309.2 LEC preceptúa: «cuando alguna pregunta se refiera a hechos en que no hubiese intervenido el representante de la persona jurídica o ente sin personalidad, habrá, no obstante, de responder según sus conocimientos, dando razón de su origen y habrá de identificar a la persona que, en nombre de la parte, hubiere intervenido en aquellos hechos. El tribunal citará a dicha persona para ser interrogada fuera del juicio como diligencia final, conforme a lo dispuesto en la regla segunda del apartado 1 del artículo 435».

⁶⁹³ Más arriesgada vemos, en cambio, la aplicación del art. 308 LEC. En efecto, en tal supuesto el precepto habilita a que el declarante pueda proponer que conteste también a la pregunta un tercero que tenga conocimiento personal de los hechos «por sus relaciones con el asunto, aceptando las consecuencias de la declaración». El riesgo en que se puede incurrir en tales supuestos es que, aceptada la declaración del deudor concursado con carácter previo, resulte, al ser prestada, que sea falsa o interesada, con los perjuicios que ello podría acarrear al patrimonio concursal.

3.3.2.4.2.10. La importancia de los procesos declarativos en trámite para la debida conformación del patrimonio concursal

Nos gustaría concluir este punto del Capítulo IV destacando, brevemente, la importancia de los procesos declarativos en trámite para la debida conformación del patrimonio concursal y el notable papel que en este cometido es atribuido a la administración concursal.

Como ha quedado evidenciado, la diligente y correcta actuación procesal de la administración concursal es fundamental para el devenir de los procesos declarativos que se hallaran en trámite en el momento de la declaración de concurso. Y, por ende, para la correcta determinación del patrimonio concursal.

Con independencia de que los procesos declarativos pendientes queden o no integrados en el concurso, el art. 53.1 LC determina los efectos de la resolución firme que ponga fin a aquéllos. Éstas deberán quedar integradas en el concurso debiendo darles el juez del concurso el tratamiento procesal que corresponda⁶⁹⁴.

3.3.3. La posición y la actuación procesal de la administración concursal en los procesos declarativos en trámite en el momento de la declaración de concurso decretado el régimen de intervención de las facultades patrimoniales del deudor

3.3.3.1. Precisiones metodológicas

Como sabemos, junto al régimen de suspensión de las facultades de administración y disposición patrimonial, el juez del concurso puede decretar el régimen de intervención.

El régimen de intervención se encuentra disciplinado, en el plano sustantivo, en el art. 40.1 LC, y, en el ámbito procesal, en el art. 51.3 LC. A este precepto dedicaremos las páginas siguientes. Su contenido es mínimo: «en caso de

⁶⁹⁴ Conviene recordar, asimismo, respecto al reconocimiento de créditos, que según el art. 86.2 LC: «se incluirán necesariamente en la lista de acreedores aquellos créditos que hayan sido reconocidos por laudo o por resolución procesal, aunque no fueran firmes».

intervención, el deudor conservará la capacidad para actuar en juicio, pero necesitará la autorización de la administración concursal, para desistir, allanarse, total o parcialmente, y transigir litigios cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio. En cuanto a las costas, se estará a lo dispuesto en el párrafo primero del apartado anterior».

En aras a facilitar la lectura y evitar reiteraciones inútiles, partiremos de la descripción ofrecida en el régimen de suspensión. Al igual que como hemos hecho en otras partes de nuestro trabajo, en los procesos declarativos en trámite en el momento de la declaración de concurso, nos hemos pronunciado primero sobre el régimen de suspensión. Este orden sistemático obedece a una realidad: los efectos de la declaración de concurso decretado el régimen de suspensión son más severos para el deudor que los derivados del régimen de intervención. Así, explicados los efectos, mecanismos y actuación procesal de deudor y administración concursal en el régimen de suspensión, contamos con una base sólida para poder pronunciarnos sobre un régimen que, aunque exteriorizado con distinta intensidad, presenta un fundamento común⁶⁹⁵.

Ahora bien, en el referido trasplante normativo debemos tener en cuenta una importante diferencia –ya señalada en el Capítulo III-: el deudor atendiendo a la dicción del art. 7.8 LEC continúa siendo la parte. Sin perjuicio de ello, en el tratamiento que del régimen de intervención realicemos en páginas sucesivas, partiremos de la propuesta de *lege ferenda* que planteamos en el Capítulo III, esto es, la supresión del referido art. 7.8 LEC y la ampliación del art. 6.1.4º LEC para los supuestos de intervención. Entenderemos, pues, que en el régimen de intervención también el patrimonio concursal es la parte y, por tanto, el deudor es su representante necesario⁶⁹⁶.

⁶⁹⁵ Debemos recordar que el fin último del proceso concursal es la satisfacción de los acreedores. Que el juez del concurso decrete el régimen de suspensión o intervención atenderá exclusivamente al sistema que garantice y salvaguarde de la mejor manera posible el patrimonio con que satisfacer a aquéllos. Como vimos *in extenso* en el Capítulo III, tanto en el régimen de suspensión como en el de intervención, el deudor pierde la legitimación originaria que pasa a la masa concursal. Desde ese momento, ésta deviene parte en el proceso.

⁶⁹⁶ Por el contrario, al igual que sucedía en el régimen de suspensión, en los procesos que afectan a su patrimonio personal o a los derechos de su personalidad, el deudor seguirá siendo la parte.

La postura es arriesgada. Desconocemos la existencia de un pronunciamiento semejante en la doctrina. Sin embargo, por atrevida que parezca, la afirmación no es gratuita: es resultado de la profunda reflexión realizada en el Capítulo III. Aunque no reiteraremos los argumentos que en aquella sede esgrimimos, sí partiremos de las conclusiones ofrecidas entonces para, en esta sede, construir nuestro estudio sobre la posición de la administración concursal –y del deudor- en los procesos declarativos en trámite cuando se decreta el régimen de intervención.

Asimismo, por cuanto la mayor parte de extremos expuestos para el régimen de suspensión son aplicables al régimen de intervención, nos pronunciaremos exclusivamente sobre las especialidades que encontremos en el régimen de intervención; especialidades que, por otro lado, atienden al destacado hecho que diferencia el régimen de suspensión y el régimen de intervención: el representante necesario es el deudor –y no la administración concursal como ocurre en los supuestos de suspensión-.

3.3.3.2. Aspectos generales del fenómeno de sucesión procesal en el régimen de intervención

En el régimen de intervención opera el mismo fenómeno de sucesión procesal entre deudor y patrimonio concursal que el descrito para el régimen de suspensión. Obviamente, para que el deudor mute su posición de parte y devenga representante necesario del patrimonio concursal es condición *sine qua non* que se produzca dicho fenómeno.

Ocurre que, por cuanto la Ley concibe, a nuestro juicio de manera errónea, una limitación de la capacidad en el deudor (art. 7.8 LEC), a priori, podría parecer que el deudor sigue siendo la parte. En tal caso, no podríamos sostener que se produce una sucesión procesal. El deudor concursado, diríamos, con la declaración de concurso vería, en el régimen de intervención, limitada su capacidad procesal, necesitando su integración para la realización

de determinados actos –de disposición del objeto del proceso-. Este es, además, el parecer mayoritario de la doctrina⁶⁹⁷⁶⁹⁸.

Sin embargo, como vimos en el capítulo III, mantener este criterio sería contrario al fundamento mismo del concurso de acreedores y a la pura lógica⁶⁹⁹.

Llegábamos, entonces, a tres importantes conclusiones de las que partiremos en la descripción que realicemos en páginas sucesivas, como si de cimientos de una construcción se trataran. En primer término, se crea un patrimonio concursal con capacidad jurídica independiente a la del deudor; en segundo término, el deudor no sufre una limitación a la capacidad sino una prohibición de administración y disposición patrimonial; por último, la parte en el proceso deviene, con la declaración de concurso, el patrimonio concursal⁷⁰⁰.

Todo ello marcará los derroteros de nuestra exposición. Debemos advertir, empero, que en el análisis, reflexión y posterior descripción de estas líneas padecemos los temores de sostener una tesis nunca descrita en el régimen de intervención. Asumimos los riesgos de este trabajo con la convicción de que los argumentos desarrollados gozarán de la suficiente solvencia para enriquecer el panorama científico y estimular al legislador en la búsqueda de soluciones solventes, ajustadas de Derecho y, sobre todo, no contrarias a la lógica ni a la razón.

⁶⁹⁷ RIBELLES ARELLANO, «Comentario al artículo 51», cit., p. 286 y «Comentario al artículo 54», *Derecho Concursal Práctico*, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (dir.), Iurium, Madrid, 2004, pp. 291 a 293; BELLIDO PENADÉS, «Comentario al artículo 54», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, pp. 1023 y 1024; y ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, *La «vis attractiva»...*, cit., p. 323.

⁶⁹⁸ En sentido contrario, PACCHI entiende que «la perdita della capacità processuale attiva e passiva del fallito è, quindi, conseguenza diretta dello spossamento, mentre non può in alcun modo ricollegarsi ad una ridotta capacità d'agire del fallito» («Gli effetti del fallimento per il fallito», cit., p. 166).

⁶⁹⁹ Nos remitimos a las pp. 291 y ss. del Capítulo III.

⁷⁰⁰ Esta última cuestión, evidentemente, respeto a aquellos procesos en los que el patrimonio concursal puede quedar afectado. Para el resto, el deudor sigue siendo la parte.

3.3.3.3. **Ámbito sobre el que opera la sucesión procesal en el régimen de intervención**

En los mismos términos que describíamos respecto al régimen de suspensión, en el régimen de intervención el patrimonio concursal deviene parte en todos aquellos procesos que pueden afectar a su debida conformación. En tales supuestos, la posición del deudor es la de representante necesario⁷⁰¹.

De esta suerte, la misma delimitación, positiva y negativa, que realizábamos respecto al ámbito de actuación de la administración concursal, nos sirve ahora para determinar los procesos en los que el deudor actuará como representante necesario.

Pese a la pertinente remisión al régimen de suspensión en lo que atañe a los aspectos generales del referido ámbito de actuación, nos pronunciaremos en esta sede sobre aquellos supuestos controvertidos que ya enunciábamos al analizar el régimen de suspensión. Antes, sin embargo, debemos recordar el tenor del art. 51.3 LC: «en caso de intervención, el deudor conservará la capacidad para actuar en juicio, pero necesitará la autorización de la administración concursal, para desistir, allanarse, total o parcialmente, y transigir litigios cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio»⁷⁰².

El primer supuesto controvertido sería el siguiente: ¿qué ocurre en aquellos procesos que afectan al derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen cuando en ellos se solicita una indemnización económica? ¿qué posición detenta el deudor en tales procesos?

⁷⁰¹ Para el resto de procesos, como ya adelantábamos, el deudor sigue ostentando la posición de parte.

⁷⁰² Insistimos, la capacidad procesal del deudor se mantiene intacta. Junto a los argumentos ya esgrimidos –a nuestro juicio de la suficiente rotundidad como despejar toda duda al respecto– cabe realizarse otra pregunta. Si el deudor quedase limitado en su capacidad, ¿cómo puede intervenir dotado de plena capacidad procesal en aquellos procesos que afectan a los derechos de su personalidad? La única opción sostenible sería deslindar ambos supuestos, reconociendo que en unos casos el deudor tiene limitada su capacidad y en otros no. A nuestro juicio, o se tiene capacidad procesal o no se tiene, pero una postura híbrida no nos parece adecuada. Esta opinión es, además, compartida por la doctrina más solvente. Entre otros, SERRA DOMÍNGUEZ: «la capacidad se tiene o no se tiene, siendo difícil imaginar supuestos de incapacidad parcial» («Precisiones...», cit., p. 304, nota al pie 46).

A nuestro juicio, el deudor asumiría una doble posición: parte en aquellos aspectos que afectan a su persona y representante necesario del patrimonio concursal en aquellas cuestiones atinentes a la pretensión económica.

Aun cuando puede ser llamativo reconocer una distinta posición procesal en el deudor en función de la concreta pretensión que se dirija contra él, adviértase que de mantener que el deudor, en casos de intervención, sufre una limitación a la capacidad –y, por tanto, es parte-, de igual modo, requeriría de la autorización de la administración concursal para disponer del objeto del proceso en lo que a la pretensión económica se refiere.

Queremos con ello evidenciar que, sosteniendo tanto una como otra tesis, sería igualmente predicable una distinta actuación del deudor en el proceso atendiendo a si la concreta cuestión se refiere al ámbito de su persona o, por el contrario, afecta a un aspecto económico.

La segunda cuestión controvertida que encontramos sería la siguiente: en el marco de un proceso penal, ¿puede realizar el deudor actos dispositivos que afecten al patrimonio concursal? Y, ¿qué ocurriría con la pretensión civil de contenido económica ejercitada junto a la acción penal?

La solución a la primera pregunta es clara: para la realización de actos dispositivos que afecten al patrimonio concursal, el deudor necesita de la autorización de la administración concursal.

En lo atinente a la segunda cuestión, a nuestro juicio, en aquellos procesos en los que se ejercitaran conjuntamente las acciones civil y penal, el deudor detentaría la condición de parte respecto a la acción penal, mientras que respecto a la civil devendría representante necesario del patrimonio concursal. Se distingue, de nuevo, una distinta posición en el deudor atendiendo a si se ejercita la acción penal o la acción civil derivada del hecho punible.

Y, por último, ¿qué ocurre si ejercitadas ambas acciones el concursado prestara su conformidad ex arts. 655, 787 o 801 LECr? ¿Queda vinculado el objeto civil a la conformidad prestada? A nuestro juicio no se produciría

automáticamente tal vinculación, siendo necesaria la pertinente autorización judicial. Y, en caso de que prestada la conformidad se anudaran respecto al objeto civil los efectos a ella aparejados, entendemos que la administración concursal podrá ejercitar la acción de anulación *ex art. 40.7 LC*⁷⁰³.

3.3.3.4. La sucesión procesal y la integración normativa del artículo 51.3 LC

3.3.3.4.1. Aspectos previos

El fenómeno de sucesión procesal y la integración normativa para su efectiva implantación es, en el régimen de intervención, más sencillo que el que propugnábamos para el régimen de suspensión. La presencia del deudor en el proceso declarativo en trámite y la circunstancia de que es en él sobre quien recae la representación necesaria del patrimonio concursal permite la instauración de un régimen jurídico menos dilatado en el tiempo.

Pasemos a describir, cuál debiera ser, a nuestro juicio, el *iter* lógico por el que debería discurrir la sucesión procesal en los casos de intervención. Afrontaremos esta tarea, dado el silencio legal, con cierta incertidumbre.

Para afrontar la tarea de integración normativa con éxito partimos, como es lógico, de las cautelas advertidas en el régimen de suspensión y de los obstáculos que deben ser superados para el eficaz tránsito del cambio de partes.

Como sabemos, hay dos obstáculos que en todo fenómeno de sucesión procesal deben ser superados: que quiebre el principio de *perpetuatio legitimationis* y que se preste audiencia a la parte contraria.

Respecto a la primera traba, por cuanto con la declaración de concurso acontece el fenómeno de sucesión procesal, el deudor pierde la legitimación originaria pasando ésta al patrimonio concursal.

⁷⁰³ Misma solución cabe predicar aun cuando sostuviéramos que respecto a la acción civil el deudor es la parte.

En cuanto a la debida audiencia, es necesario articular un trámite para que, admitida por el juez la sucesión procesal, se realice aquella. De nuevo nos servimos del art. 17 LEC.

3.3.3.4.2. El *iter* procedimental para que opere con plenas garantías la sucesión procesal

Como decíamos para el régimen de suspensión, basta con que se haga referencia al cambio en la titularidad jurídico procesal durante la pendencia del proceso declarativo en trámite para que, acreditado suficientemente el referido cambio –a juicio del juez o tribunal-, éste resuelva sobre la admisión en el proceso del nuevo sujeto, previa audiencia de la parte contraria.

Ocurre, sin embargo, que estando el deudor en el proceso y recayendo sobre su figura la representación necesaria, nos parece una quiebra del principio de flexibilidad instaurado en la LC –Exposición de Motivos, considerando X- y un tanto absurdo exigir al deudor que solicite al juez su entrada en el proceso.

Adviértase que el deudor va a seguir en todo caso en el proceso declarativo en trámite, bien como parte en la misma posición que ostentaba antes de la declaración de concurso -si no se admite la sucesión por el juez- bien como representante necesario del patrimonio concursal -si se admite la sucesión-.

A nuestro juicio, el deudor tiene la obligación de informar al juez ante el que discurre el proceso declarativo en trámite de la declaración de concurso. Así parece inferirse del art. 42 LC. Aunque el precepto se refiera al juez de lo mercantil, parece lógico para el correcto desenvolvimiento del proceso declarativo en trámite que el deudor debe informar de la existencia del concurso al juez del proceso declarativo en trámite -«colaborar e informar en todo lo necesario o conveniente para el interés del concurso» reza el art. 42 LC-.

Informado el referido juez de la existencia del concurso parece lógico que sea éste quien requiera al juez del concurso para que remita el auto de

declaración y constate así que se ha decretado el régimen de intervención. No obstante, entendemos que podrá ser el mismo deudor el que, al informar de la declaración de concurso, aporte el auto en el que se decreta el régimen de intervención.

De entender que el deudor sufre una limitación a la capacidad de obrar y, por tanto, sigue siendo la parte, concurriría en el mismo el deber de informar al juez del proceso declarativo en trámite –*ex art. 42 LC*- de la existencia de la declaración de concurso. Téngase en cuenta que desde ese momento, de igual modo, para la disposición del objeto del proceso necesitaría de la autorización de la administración concursal.

La diferencia entre ambos supuestos estriba en que, dado que nosotros defendemos la existencia de un fenómeno de sucesión procesal –que no acontecería de entender que se produce una limitación a la capacidad del deudor-⁷⁰⁴, tras informar el deudor al juez del proceso declarativo en trámite y quedar acreditado que se produce el cambio en la titularidad jurídico procesal, éste deberá prever un plazo para conceder audiencia a la parte contraria –para evitar posibles fraudes-⁷⁰⁵. En los mismos términos a como planteamos para el régimen de suspensión, durante este tiempo de audiencia el proceso declarativo en trámite quedará en suspenso. Si no se formulara oposición o de ser planteada fuera desestimada por el juez, operaría la referida sucesión procesal. En caso contrario, de ser estimada la oposición, no se producirá dicho fenómeno.

⁷⁰⁴ Si entendiéramos que el deudor sufre una limitación en su capacidad de obrar se trataría de un cambio de estado no cambio de parte (en este sentido, RAMOS MÉNDEZ, *La sucesión...*, cit., pp. 17 y ss.).

⁷⁰⁵ En esta sede, de nuevo y con más intensidad, aplicar los trámites del incidente concursal, no parece razonable.

3.3.3.4.3. La necesaria autorización de la administración concursal para disponer del objeto del proceso

3.3.3.4.3.1. Consideraciones previas

Entre sus escasas previsiones, el art. 51.3 LC establece la necesidad de que para disponer del objeto del proceso, el deudor, en su posición de representante necesario del patrimonio concursal, necesita la autorización de la administración concursal.

Decíamos en el Capítulo III que, en el régimen de intervención, a través del control que, con la prestación de autorización para los actos de disposición del objeto del proceso se otorga a la administración concursal, ésta asume un rol semejante al ejercido por un auxiliar judicial. Y es que si nos detenemos por un momento sobre la cuestión, la administración concursal realiza, en este concreto cometido, una labor equiparable a la que desarrolla el juez en el régimen de suspensión⁷⁰⁶.

El deudor no puede llevar a cabo actos de disposición del objeto del proceso sin la pertinente autorización de la administración concursal. Ocurre que, al igual que acontecía en el art. 51.2 LC, en el art. 51.3 LC el legislador, en su enumeración, olvida determinados actos procesales que suponen la disposición del objeto del proceso. En concreto: la renuncia a la acción, el acuerdo de mediación, la satisfacción extraprocesal de la pretensión, la carencia sobrevenida del objeto del proceso y la posible interposición de

⁷⁰⁶ En efecto, en el régimen de intervención, la administración concursal realiza sobre el deudor, el control que, en el régimen de suspensión, desarrolla el juez sobre la administración concursal. Este hecho ha sido criticado por la doctrina. Así, PÉREZ DEL BLANCO, *Efectos procesales...*, cit., p. 243; y MARÍN LÓPEZ para quien: «conviene hacer una reflexión crítica sobre el distinto criterio empleado por el legislador en los arts. 51.2.1 y 51.3 LC. En el caso de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, no basta con la decisión de la administración concursal para desistir, allanarse o transigir; es preciso que sea autorizada por el juez del concurso. Sin embargo, en caso de intervención basta con la autorización de la administración concursal, previa solicitud del deudor. Francamente no alcanza a comprenderse la razón por la que el legislador en el primer caso no se fía de la decisión adoptada por la administración concursal, mientras que en el segundo supuesto sí parece confiar en el buen hacer de esta administración» («Comentario al artículo 51», cit., p. 512).

recursos⁷⁰⁷. Para todos ellos mantenemos la misma postura que sostuvimos al analizar el régimen de suspensión⁷⁰⁸. A aquella sede nos remitimos.

⁷⁰⁷ Una cuestión controvertida, que carece de una solución normativa clara y que plantea posiciones antagónicas es la de la conformidad de la administración concursal para la interposición de recursos en procesos iniciados con anterioridad a la declaración de concurso. La controversia es objeto de pronunciamiento en la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 28 de mayo de 2012 [RJ 2012, 9316]. El núcleo de la cuestión que planteó el asunto litigioso radicaba en determinar si es o no necesaria la conformidad de la administración concursal para interponer recursos en procedimientos iniciados con anterioridad a la declaración de concurso pero que terminan con una sentencia impugnada en un momento posterior a dicha declaración. Y todo ello habida cuenta de que el precepto en principio aplicable (art. 51.3 LC) no contiene referencia expresa a la necesidad de que la administración concursal preste tal conformidad. En la referida sentencia encontramos dos posiciones antagónicas que, descritas sucintamente, defienden: de un lado, que la conformidad no es necesaria por cuanto debe hacerse una interpretación literal de la norma -posición sostenida por la mayoría de la Sala 2ª del TS-; de otro, mantenida en el voto particular emitido por SANCHO GARGALLO -a la sazón magistrado especialista en asuntos mercantiles-, que nos encontramos ante «un supuesto de integración normativa y una laguna legal que ha de solucionarse acudiendo a los procesos de autointegración y en concreto, a las soluciones y principios que establece la propia Ley Concursal». De este modo, para el referido magistrado, aun cuando el art. 51.3 LC omite una referencia expresa a la necesidad de conformidad para recurrir la sentencia, ésta es exigible a través de su integración normativa por vía del art. 40 LC. No entiende, en cambio, que sea aplicable al presente caso el art. 54 LC, pero sí que «ilustra el sentido de integrar el art. 51.3 LC con el art. 40 LC, al objeto de entender exigible la conformidad de la administración concursal para formalizar un recurso de apelación frente a una sentencia dictada después de la declaración de concurso, pero que resuelve un procedimiento iniciado antes de dicha declaración».

A nuestro juicio, ambas posturas planteadas en la indicada sentencia son defendibles. A favor de la solución finalmente acogida por el TS cuenta un argumento de considerable relevancia: siguiendo la dicción literal del art. 51.1 LC -art. 3 CC- no es necesaria la referida conformidad. En esta norma se establece que los juicios declarativos pendientes al tiempo de declararse el concurso «continuarán hasta la firmeza de la sentencia», de lo que cabe deducir que el concurso no restringe ni limita el régimen de recursos. Sin embargo, frente a la postura mayoritaria, la decisión defendida por el voto particular cuenta con un sustrato jurídico, a nuestro juicio, de mayor coherencia y cohesión que el sostenido por el TS. Un argumento de consistente reconocimiento, ya planteado, es el que entiende que la omisión al recurso del art. 51.3 LC debe completarse con el art. 40.1 LC. En efecto, reconocer excepciones al «interés del concurso» supondría permitir la posibilidad de que la masa activa del concurso pudiera quedar mermada descuidando los principios de conservación que, en todos los estadios del proceso, la LC se preocupa de garantizar. Junto a las dos posiciones expuestas, encontramos una tercera interpretación del precepto que permite, a nuestro juicio, obtener una solución pacífica sin necesidad de llevar a cabo ninguna tarea de integración normativa. Consiste en entender el término «recursos» del art. 54.2 LC -«en caso de intervención, el deudor conservará la capacidad para actuar en juicio, pero necesitará la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio» reza el precepto- no como medio de impugnación (como hace el TS y el voto particular) sino como institución iniciadora de acciones jurídicas individuales -en similitud a la demanda-. Este criterio interpretativo supondría que, declarado el concurso y dictada resolución judicial no firme tras aquella declaración, sería exigible al deudor la conformidad de la administración concursal para la interposición de recursos. Esta interpretación permite un juego limpio de los arts. 51.3 y 54.2 LC, sin una eventual merma en la masa activa del concurso, que no encontramos en ninguna de las dos posturas doctrinales expuestas en la referida STS. Siendo así, la no alusión en el art. 51.3 LC al recurso tendría pleno sentido por quedar subsumido éste en el art. 54.2 LC.

Debemos ahora dar un paso más y pronunciarnos sobre la autorización de la administración concursal.

3.3.3.4.3.2. Procedimiento para la obtención de la autorización de la administración concursal

En el procedimiento para la obtención de la autorización de la administración concursal encontramos una importante laguna. En efecto, nada dice la LC. Aun cuando algún autor ha propugnado la aplicación del art. 188 LC para este supuesto⁷⁰⁹, no somos de la misma opinión. A nuestro entender son suficientes las reglas formuladas por los arts. 35.2 y 3 LC para intuir el *iter* que se ha de seguir⁷¹⁰.

El procedimiento que, a nuestro juicio, debería seguirse es el siguiente: en primer término, el deudor deberá dirigirse a la administración concursal solicitando autorización para la disposición del objeto del proceso. La solicitud debe ser formulada para cada concreto supuesto y por escrito. Abona esta afirmación un hecho: a nuestro juicio, la solicitud debe especificar el objeto de la pretensión, el tipo de juicio que se está desarrollando, el estado procesal en el que se encuentra y cualesquiera otros pormenores que permitan a la administración concursal poder decidir sobre la cuestión. Aún más, el deudor debe aportar a la administración concursal cuantos datos y documentos obren en su poder que permitan a ésta formular un juicio razonado y correcto sobre la

⁷⁰⁸ Con una importante matización. Cuando la transacción judicial o extrajudicial -o acuerdo de mediación- supongan la enajenación de un bien será necesaria la autorización del juez del concurso (art. 43.2 LC). En el mismo sentido, BELLIDO PENADÉS, «Comentario al artículo 51», cit., p. 1012.

⁷⁰⁹ Así, ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, «Comentario al artículo 188», *Nueva Ley Concursal*, SALA, MERCADAL y ALONSO-CUEVILLAS (coords.), Bosch, Barcelona, 2004, p. 799. Si bien en un trabajo posterior mantiene un criterio distinto, afirmando: «debe entenderse que la solicitud de autorización a la administración concursal no es un acto procesal, sino un requisito para llevar válidamente a cabo un acto de administración –o, en su caso, de disposición- patrimonial, y por tanto no requiere ningún procedimiento específico» (*La «vis attractiva»...*, cit., pp. 326 y 327).

⁷¹⁰ Siguen mismo criterio, BELLIDO PENADÉS, «Comentario al artículo 51», cit., p. 1012; y MARÍN LÓPEZ, «Comentario al artículo 51», cit., pp. 511 y 512.

procedencia o no de autorización judicial. Y parece lógico que, debiendo ser así, la solicitud deba constar por escrito⁷¹¹.

Recibida la solicitud de autorización, la administración concursal procederá a decidir sobre la idoneidad de la misma. Para la adopción de la decisión, debemos distinguir en función de la distinta composición que puede tener la administración concursal: unipersonal o bimembre. Si la administración concursal está compuesta por un único miembro, resolverá él mismo. Si, por el contrario, la administración concursal se conforma de dos miembros será de aplicación el art. 35.2 LC. En este caso, ambos miembros decidirán conjuntamente –dice la Ley «mancomunadamente»- y, en caso de que no se alcance acuerdo, el juez.

Al igual que la solicitud de autorización debe ser singular, en lógica consecuencia, las autorizaciones a prestar por la administración concursal también deben serlo. En ningún caso puede ésta conceder autorizaciones generales para disponer del objeto del proceso⁷¹². Es necesario, por tanto, un pronunciamiento concreto y entendemos que, en caso de negativa, fundando los motivos de la misma⁷¹³.

En cualquier caso, la decisión de la administración concursal deberá constar por escrito (art. 35.3 LC). Escrito éste que deberá acompañar el deudor ante el juez del concurso para disponer del objeto del proceso⁷¹⁴.

⁷¹¹ A juicio de ALONSO-CUEVILLAS SAYROL es preferible que sea por escrito aun cuando no es exigible ni siquiera esta formalidad (*La «vis attractiva»...*, cit., p. 326, nota al pie 526).

⁷¹² De la misma opinión, BELLIDO PENADÉS, «Comentario al artículo 51», cit., p. 1012.

⁷¹³ No entendemos, en cambio, que cuando se conceda la autorización sea necesaria fundamentación alguna. Adviértase que, en tales casos, el juez del proceso declarativo en trámite no va a entrar a analizar la autorización prestada por la administración concursal. La autorización tiene efectos automáticos.

No ocurre lo mismo, como veremos seguidamente, cuando la administración concursal deniega la autorización. En estos casos, el deudor podrá impugnar la denegación y entendemos que es fundamental que el juez del concurso –que decidirá sobre la misma- tenga conocimiento de los motivos de tal denegación. Abonan esta solución los principios de actuación diligente de la administración concursal -promovidos en el art. 35.2 LC- y razones de justicia más elemental.

⁷¹⁴ Si el deudor no dispone de la autorización de la administración concursal, no se cumple uno de los presupuestos necesarios para la validez de la relación jurídica. La falta de autorización es controlable de oficio por el juez. Adviértase el control en el cumplimiento de los requisitos

3.3.3.4.3.3. Impugnación de la denegación de autorización por la administración concursal

Nos encontramos con un problema añadido al vacío normativo descrito cuando, presentada la solicitud de autorización, la administración concursal la deniega. La pregunta parece obvia: ¿puede el deudor impugnar esta decisión? Y, en caso afirmativo, ¿cuál es el procedimiento por el que debe discurrir la impugnación? De nuevo, nada dice la LC. La salvaguarda del derecho de defensa del deudor hace pensar que debe darse a éste la oportunidad para impugnar la denegación de autorización de la administración concursal.

Pero, ¿de qué procedimiento nos servimos? A priori, podríamos acudir al art. 192.1 LC a la vista de su contenido: «todas las cuestiones que se susciten durante el concurso y no tengan señalada en esta ley otra tramitación se ventilarán por el cauce del incidente concursal». Hay, sin embargo, otro elemento añadido que conviene resaltar: atendiendo al apartado 3º del art. 192 LC «no se admitirán los incidentes que tengan por objeto solicitar actos de administración o impugnarlos por razones de oportunidad».

Esta última previsión legal no es un problema por cuanto, como vimos en el Capítulo III, en el foro se dispone -no se administra- y, sobre todo, en esta sede estamos abordando la denegación de un acto de disposición del objeto del proceso. Siendo, entonces, el incidente concursal aplicable, conviene plantearse: ¿es éste cauce adecuado para resolver la impugnación de la denegación de autorización de la administración concursal? A nuestro juicio, parece un cauce excesivamente dilatorio. Es por ello por lo que, sin perjuicio de que instemos al legislador a que afronte este vacío legal, no nos parece descabellada la propuesta formulada por parte de la doctrina⁷¹⁵ sobre la base de los principios de flexibilidad, rapidez y simplicidad proclamados en la Exposición de Motivos de la LC –considerando X- de crear un procedimiento *ad hoc* similar al previsto en el art. 188 LC. La tramitación sería la que sigue: en

legalmente exigibles para la realización de los actos dispositivos atribuido al juez (arts. 19.1, 20.1 y 21.1 LEC).

⁷¹⁵ La propuesta pertenece a ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, *La «vis atractiva»...*, cit., p. 331.

primer término, presentación de escrito del concursado al juez del concurso solicitando la revisión de la decisión denegatoria de la administración concursal; en segundo término, traslado de dicho escrito a la administración concursal por plazo de 3 a 10 días en función de la entidad o complejidad de la cuestión –en términos similares al art. 188 LC- y, por último, resolución por medio de auto.

En caso de que el juez del concurso autorice el acto dispositivo, el deudor podrá llevarlo a cabo presentando ante el juez del proceso declarativo en trámite el auto que recoja aquella decisión⁷¹⁶.

4. LA ACTUACIÓN PROCESAL DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL EN LOS PROCESOS NUEVOS TRAS LA DECLARACIÓN DE CONCURSO: LOS ARTÍCULOS 50 Y 54 LC

4.1. Consideraciones previas

Los arts. 50 y 54 LC disciplinan los efectos de la declaración de concurso sobre el ejercicio de nuevas acciones⁷¹⁷; ya se trate de acciones ejercitadas por un tercero frente al patrimonio concursal (art. 50 LC) ya de las acciones que se ejercitan frente a un tercero a favor del patrimonio concursal (art. 54 LC).

La distinta posición –activa o pasiva- en la que se halle la masa concursal es fundamental para nuestra investigación: los derroteros procedimentales de uno y otro precepto determinan una distinta actuación de la administración concursal⁷¹⁸.

⁷¹⁶ En caso de negativa, solo cabría recurso de reposición ex art. 188.3 LC.

⁷¹⁷ En puridad, no podemos hablar de los efectos de la declaración de concurso sobre los procesos declarativos nuevos porque éstos todavía no existen. Sí podemos hablar, en cambio, de efectos de la declaración de concurso sobre la pretensión de instar tales procesos. Como advierte PÉREZ DEL BLANCO aunque el legislador no hubiera empleado en el art. 50 LC el término pretensión sí empleó otros que, aunque imprecisos, pueden ser sinónimos de aquel, así: «se interponga demanda» y «se ejerciten acciones» (*Efectos procesales...*, cit., p. 104).

⁷¹⁸ De esta suerte, se produce la paradójica situación de que, atendiendo a la posición activa o pasiva en la que se sitúe el patrimonio concursal, la nueva acción ejercitada quedará o no integrada en el concurso. Esta realidad no parece que atienda a lógica alguna. Si el fundamento de la *vis attractiva* del proceso concursal es que todos los procesos que afecten al patrimonio concursal –aumentando o disminuyendo su caudal- queden integrados en el concurso, no hay razón que justifique la referida distinción. En profundidad sobre la cuestión, vid. PÉREZ DEL BLANCO, *Efectos procesales...*, cit., pp. 106 y 128.

De esta suerte, si un tercero acciona frente al patrimonio concursal respecto de una materia de la que deba conocer el juez del concurso, el proceso queda integrado en el proceso concursal sustanciándose por los trámites del incidente concursal (art. 192.1.2º LC). En cambio, cuando la administración concursal o el deudor accionan a favor del patrimonio concursal, el proceso iniciado sigue su normal tramitación ante el órgano jurisdiccional competente para conocer de aquella acción. Ello no es óbice, sin embargo, para que la declaración de concurso tenga importantes efectos sobre tales procesos, en particular, sobre los sujetos que pueden actuar en los mismos.

En el análisis de ambos preceptos, lo lógico, por riguroso orden sistemático, sería comenzar por el art. 50 LC. Las importantes lagunas normativas de que adolece este último precepto y la regulación más completa de que goza el art. 54 LC aconsejan, empero, comenzar por este último.

4.2. La actuación procesal de la administración concursal en los procesos declarativos nuevos ex artículo 54 LC

4.2.1. Introducción

Antes de entrar a analizar el art. 54 LC conviene realizar algunas consideraciones.

En primer término, el art. 54 LC se pronuncia sobre el ejercicio de nuevas acciones por la administración concursal o por el deudor en función del tipo de acciones a ejercitar —«no personales» y «demás acciones»- y del régimen de intervención o suspensión decretado por el juez del concurso. Como veremos, el precepto adolece de vacíos normativos, debiendo acudir, para su integración normativa, a lo dispuesto en el art. 51.2 y 3 LC.

Aun cuando la norma no lo prevea expresamente, el régimen legal contenido en el art. 54 LC no es aplicable únicamente a las acciones de naturaleza civil, sino también a las de cualquier otra índole. El presupuesto: que su ejercicio resulte apropiado a los intereses del patrimonio concursal.

Por último, es necesaria una precisión de importante calado, el art. 54 LC constituye el régimen aplicable a cualquier acción ejercitada frente a terceros que no encuentre previsión expresa en la LC.

4.2.2. La actuación procesal de la administración concursal en el ejercicio de nuevas acciones ex artículo 54 LC decretado el régimen de suspensión

4.2.2.1. Consideraciones generales

El apartado primero del art. 54 LC establece: «en caso de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, corresponderá a la administración concursal la legitimación para el ejercicio de las acciones de índole no personal. Para el ejercicio de las demás acciones comparecerá en juicio el propio deudor, quien precisará la conformidad de los administradores concursales para interponer demandas o recursos, allanarse, transigir o desistir cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio».

El art. 54.1 LC, en una primera lectura, parece determinar con claridad los sujetos que están legitimados activamente para el ejercicio de las referidas acciones. Sin embargo, como en todo trabajo de investigación que pretenda ser riguroso, no basta con remitirse a la norma sin indagar el motivo de la opción legislativa, considerar su acierto y, en su caso, enmendar o mejorar la norma. Nos corresponde, pues, plantearnos la siguiente pregunta: ¿ostenta legitimación la administración concursal?

4.2.2.2. La legitimación en el ejercicio de acciones nuevas ex artículo 54.1 LC por la administración concursal

4.2.2.2.1. Consideraciones previas

El elemento configurador de la legitimación es el interés. Generalmente, semejante interés se proyecta en el proceso en la afirmación de la titularidad de una relación o situación jurídica que se ostenta respecto de otros sujetos.

Cuando esa titularidad sirve para fundamentar una acción se produce lo que podríamos denominar el trasunto hacia la legitimación activa⁷¹⁹.

Como dejamos apuntado en el Capítulo III, dentro de la teoría general del proceso civil, en el régimen denominado ordinario, la acción solo puede hacerse valer por el titular del derecho que la fundamenta o, en términos más amplios, por aquel que detenta una concreta posición en el seno de una relación o situación jurídica⁷²⁰. Ocurre, sin embargo, que, en determinadas relaciones o situaciones jurídicas, el Ordenamiento jurídico concede legitimación a quien no ostenta la titularidad del derecho que fundamenta la acción afirmada en el proceso⁷²¹. Como afirma MONTERO AROCA «no es frecuente encontrar normas en las que el legislador priva de la legitimación al titular de un derecho subjetivo, dado que esa privación normalmente comportaría la supresión del derecho subjetivo mismo y supondría la negación del derecho a la tutela judicial, pero hay casos en que la privación tiene clara justificación y la misma no significa ni negación del derecho, que puede ser ejercido por otro, ni negación de la tutela judicial, pues se le atribuye a otro»⁷²². Éste es precisamente el supuesto que alberga nuestro interés: el deudor

⁷¹⁹ Cfr. HERRERO PEREZAGUA, «Legitimación y procedimiento en las acciones de reintegración», *La reintegración en el concurso de acreedores*, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ (dir.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 163 y 164.

⁷²⁰ *Ibidem*, p. 164.

⁷²¹ En España, a diferencia de lo que ocurre en otros Ordenamientos jurídicos, se excluye la denominada ampliación convencional de la legitimación. En Alemania, con importantes resistencias doctrinales, se ha reconocido el desplazamiento convencional de la legitimación activa –en ningún caso, de la legitimación pasiva– sobre la base del parágrafo 185.1 del *Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil alemán) que habilita a un tercero a disponer de cosas ajenas si cuenta con el consentimiento del titular de aquéllas (sobre la cuestión, *in extenso*, vid. NIEVA FENOLL, *La sustitución...*, cit., pp. 50 a 55). En Italia, por el contrario, el descrito desplazamiento convencional de la legitimación no es reconocido. De un lado, por cuanto la legitimación por sustitución sólo puede admitirse cuando así lo reconozca la Ley; de otro, por cuanto se trata de una atribución excepcional, lo que impide su aplicación analógica (así, FAZZALARI, «Processo civile (dir. vig.)», *Enciclopedia del Diritto*, XXXVI, edición online – www.iusexplorer.it-, p. 32). En idénticos términos acontece en España: los sujetos que ostentan la titularidad de la relación jurídica no pueden constituir, por su voluntad, supuestos de legitimación extraordinaria. Sobre la cuestión, vid. MONTERO AROCA, *De la legitimación...*, cit., pp. 323 y 324.

⁷²² Cfr. MONTERO AROCA, *De la legitimación...*, cit., p. 324.

concurado, titular de la relación jurídica, queda –en casos de suspensión– privado de su legitimación *ex lege*⁷²³.

4.2.2.2. El interés como fundamento en el ejercicio de acciones ex artículo 54.1 LC por la administración concursal

Constatado que el deudor es privado *ex lege* de legitimación en el ejercicio de determinadas acciones y que ésta es conferida a la administración concursal: ¿cuál es el interés subyacente en semejante atribución?

La determinación de dicho interés nos permitirá conocer el fundamento de las acciones *ex art. 54 LC* y la legitimación activa concedida por aquella norma.

Hemos reiterado en distintos estadios de este trabajo –en un ejercicio de quizá excesiva insistencia– que el fin principal al que se dirige el concurso es la satisfacción de los acreedores. El Ordenamiento jurídico, en aras a alcanzar este cometido, articula un conjunto de medidas extraordinarias que permiten, bajo la concurrencia de determinados presupuestos, la efectiva y correcta formación del patrimonio con el que satisfacer a los acreedores. Las acciones del art. 54 LC forman parte de ese elenco medidas extraordinarias⁷²⁴. El interés que se persigue con su ejercicio es el interés de la masa concursal. Sobre el mismo debemos focalizar nuestra atención para dilucidar a quién se atribuye, en realidad, la legitimación.

⁷²³ En páginas sucesivas tendremos ocasión de pronunciarnos sobre qué ocurre en los supuestos de intervención.

⁷²⁴ Son varias las acciones y medidas extraordinarias que atribuye la LC a la administración concursal para la consecución de la correcta formación del patrimonio concursal. Entre otras, las concebidas en el art. 40.7 LC (acción de anulabilidad); en el art. 48.1 LC (acción contra el socio o socios personalmente responsables por la deudas de ésta anteriores a la declaración de concurso); en el art. 48.2 LC (acción para el desembolso de las aportaciones sociales diferidas y de las prestaciones accesorias pendientes de cumplimiento); en el art. 61.2.2º LC (acción de resolución de contratos con obligaciones recíprocas); en el art. 64.2 LC (modificación sustancial de las condiciones de trabajo y la extinción o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en que sea empleador el concursado); en el art. 65.1 LC (extinción o suspensión de los contratos con el personal de alta dirección); en el art. 70.1 LC (enervación de la acción de desahucio); en el art. 72.1 LC (acciones rescisorias y demás de impugnación); en el art. 72.2 LC (acciones rescisorias y demás de impugnación contra acuerdos de refinanciación); y en el art. 80.1 LC (ejercicio del derecho de separación).

4.2.2.2.3. La legitimación de la administración concursal ex artículo 54.1 LC

De ser tal, la legitimación atribuida a la administración concursal en el art. 54.1 LC sería, obviamente, una legitimación extraordinaria. En efecto, se atribuiría a la administración concursal la legitimación para el ejercicio de acciones que, de no existir el concurso, pertenecerían al deudor⁷²⁵⁷²⁶.

El legislador concursal erige a la administración concursal en garante de la correcta formación del patrimonio concursal. Se le dota, para ello, de los instrumentos procesales apropiados para la defensa de la masa. Y semejante atribución, predicable de manera coherente con otros cometidos conferidos a la administración concursal, aparece siempre que es necesario dispensar tutela a la masa⁷²⁷.

Doctrinalmente se ha venido afirmando que la legitimación extraordinaria que se atribuye a la administración concursal para el ejercicio de acciones de índole no personal es una legitimación por sustitución⁷²⁸. Aunque es cierto que la LC otorga legitimación a un sujeto distinto de la persona titular de la relación jurídica litigiosa (art. 10.2 LEC), a nuestro juicio, la legitimación por sustitución no es apropiada. Adviértase que en los supuestos de legitimación por sustitución en los que un sujeto actúa en juicio pretendiendo una tutela en interés propio pero con base en un derecho ajeno, el sujeto titular de la relación

⁷²⁵ En el supuesto de hecho contemplado en el art. 54 LC sí podemos hablar de acciones que, de no existir el concurso, pertenecerían al deudor. No podemos aseverar lo mismo en el ejercicio de otras acciones como, por ejemplo, la rescisoria concursal (art. 72.1 LC). Esta constituye un instrumento procesal extraordinario de tutela del patrimonio concursal concebido únicamente en tanto existe el concurso de acreedores.

⁷²⁶ Para PACCHI, «la legittimazione processuale del fallito, sia nei giudizi instaurati *ex novo*, sia in quelli che proseguono durante la procedura e relativi ai rapporti patrimoniali compresi nel fallimento, viene trasferita al curatore che non assume, invece, quella inerente ai rapporti di carattere personale e a quelli di natura patrimoniale non compresi nel fallimento» («Gli effetti del fallimento per il fallito», cit., p. 166).

⁷²⁷ Cfr. HERRERO PEREZAGUA, «Legitimación...», cit., p. 166.

⁷²⁸ En este sentido, MARÍN LÓPEZ, «Comentario al artículo 54», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), tomo I, Tecnos, Madrid, 2004, p. 544; GONZÁLEZ CANO, *El nuevo tratamiento...*, cit., p. 390; RIBELLES ARELLANO, «Comentario al artículo 54», cit., p. 292.

jurídica no queda privado de legitimación; acontece, por el contrario, un fenómeno de ampliación de la legitimación⁷²⁹.

Si atendemos al supuesto típico de legitimación por sustitución, este es, la acción subrogatoria *ex art. 1111 CC*, podemos constatar que el deudor sustituido no es privado de su legitimación, sino que se produce una ampliación de la misma a sus acreedores⁷³⁰. El elemento determinante de todo fenómeno de ampliación de legitimación es la inactividad del titular de la relación jurídica.

Por el contrario, en el supuesto que en esta sede abordamos, el deudor concursado no mantiene plenas posibilidades de accionar, sino que es privado de legitimación. Ésta es atribuida, siguiendo la dicción literal del precepto, a la administración concursal.

Además, no podemos hablar de legitimación por sustitución pues, como recién expusimos, la administración concursal no actúa en interés propio sino en interés de la masa⁷³¹.

De esta suerte, o ampliamos el concepto de sustitución doctrinalmente aceptado o los administradores concursales no pueden ser calificados como sustitutos⁷³².

A la vista de lo expuesto, ¿ostenta la administración concursal legitimación para el ejercicio de acciones *ex art. 54 LC*? Y, aún más, ¿el término legitimación es empleado adecuadamente en el *art. 54.1 LC*?

Para responder a ambas preguntas de manera precisa es necesario acudir a los arts. 6.1.4º y 7.5 LEC. Como analizamos en el Capítulo III, el art. 6.1.4º LEC atribuye capacidad para ser parte al patrimonio concursal, constituyendo la administración concursal el complemento necesario para su comparecencia en juicio (*art. 7.5 LEC*). Este hecho permite inferir que cuando la administración

⁷²⁹ De este parecer, MONTERO AROCA, *De la legitimación...*, cit., pp. 327 y 328.

⁷³⁰ Otros supuestos de legitimación por sustitución pueden leerse en NIEVA FENOLL, *La sustitución...*, cit., pp. 84 a 91; y MONTERO AROCA, *De la legitimación...*, cit., pp. 355 a 364.

⁷³¹ Sobre la cuestión nos pronunciamos en el Capítulo III, pp. 176 y ss.

⁷³² La misma reflexión es ofrecida por HERRERO PEREZAGUA respecto a las acciones de reintegración («Legitimación...», cit., p. 168).

concurzal acciona en virtud del art. 54.1 LC, en realidad, está haciendo valer acciones que pertenecen a la masa concursal. Así, en coherencia con lo que sostuvimos en el Capítulo III, la administración concursal no ostenta legitimación sino que se erige en la representante necesaria del patrimonio concursal^{733 734}. La cualidad de parte recae, por tanto, en el patrimonio concursal⁷³⁵.

⁷³³ Como afirma con acierto MONTERO AROCA –después de analizar los arts. 6.1.4º y 7.5 LEC-: «con estas dos normas se advierte más claramente como se ha pretendido legalmente que los administradores del concurso aparezcan como representantes, ya no del concursado, sino realmente de la masa patrimonial, lo que no debe ser negado por textos poco expresivos de la LC, como lo previsto en el art. 51.2 (“sustituirá”)» (*De la legitimación...*, cit., p. 328).

⁷³⁴ Esta categorización permite salvar un importante obstáculo. En efecto, de no conceptuarse del modo descrito estaríamos reconociendo que el patrimonio concursal cuando ostenta una posición pasiva actúa como parte –y la administración concursal es su representante necesario- y que, en cambio, en los procesos en los que la administración concursal ejercita una acción a favor del patrimonio concursal, aquélla actúa con legitimación indirecta y, por tanto, es la parte –y no el patrimonio concursal-. Esta formulación respondería a una visión parcial de la institución concursal y, aún más, de una concreta posición –activa o pasiva- obviando a la institución en su conjunto.

En el régimen de intervención, de mantener que el deudor es la parte –y no el patrimonio concursal- nos encontraríamos con el mismo problema: la posición activa la ostentaría el deudor y, en cambio, la pasiva recaería en el patrimonio concursal. Dicho de otro modo: para el ejercicio de acciones, la condición de parte –y la legitimación activa- recaería sobre el deudor; para la oposición de resistencias, la condición de parte –y la legitimación pasiva- la detentaría la masa concursal.

Que la legitimación pasiva la ostenta la masa concursal queda reforzado por el hecho de que, con la declaración de concurso y la formación del patrimonio concursal, es en éste sobre el que recaen las responsabilidades contraídas por el deudor con anterioridad –y posterioridad- a la declaración de concurso. De esta suerte, las acciones ejercitadas por un tercero tras la declaración de concurso deben dirigirse contra el patrimonio concursal. Y, siendo esto así, volvemos a plantearnos cuestiones que ya formulamos en el Capítulo III: ¿podemos reconocer la legitimación pasiva y la legitimación activa a sujetos distintos respecto de un mismo tipo de pretensiones? Aún más, ¿podemos admitir la existencia de dos partes en función de si, respecto a una misma categoría de pretensiones, se ejercitan acciones u oponen resistencias? Y en el caso de que la respuesta sea afirmativa, ¿qué ocurriría si, ejercitada una pretensión por la administración concursal, la parte demandada reconviniera? ¿Esta reconvención frente a quien debe entenderse efectuada? Las respuestas no pueden ofrecer una visión parcial que atienda a la concreta posición en el proceso de los sujetos concursales. Debe, por el contrario, ofrecer una respuesta conjunta; respuesta que focaliza su atención, en todo caso, en el proceso concursal.

⁷³⁵ Del mismo parecer, MONTERO AROCA para quien: «la administración concursal, partiendo desde luego de la privación de legitimación del concursado, actúa como representante de la masa patrimonial, que es la verdadera parte» (*De la legitimación...*, cit., p. 359); y CORDÓN MORENO: «la administración concursal no ostenta la cualidad de sustituto en sentido estricto, sino que más bien asume la representación procesal de la masa de bienes del concurso, que es la que, en realidad, sustituye al deudor y tiene interés propio en el litigio» («Comentario al artículo 54», *Comentarios a la Ley Concursal*, CORDÓN MORENO (dir.), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004, p. 437). En términos casi idénticos, vid., del mismo autor, «Comentario al artículo 54», *Comentarios a la Ley Concursal*, CORDÓN MORENO (dir.), tomo I, 2ª ed., 2010, p. 627). Sin embargo, CORDÓN MORENO, en ocasiones, muestra, sobre la cuestión, un parecer un tanto confuso; así afirma: «en caso de suspensión de las facultades (...) la cualidad de parte la

Podríamos afirmar, pues, que se produce una suerte de desplazamiento de la legitimación⁷³⁶ a favor del patrimonio concursal: el patrimonio concursal ostenta la legitimación para ejercitar acciones que, con anterioridad a la declaración de concurso, pertenecían al deudor. Sin embargo, siendo un supuesto de legitimación, no sería por sustitución si entendemos que para que pueda concebirse ésta es necesaria una ampliación de la legitimación⁷³⁷.

Si podríamos sostener, en cambio, que nos encontramos ante un supuesto de legitimación por sustitución si siguiéramos la definición proporcionada por DE LA OLIVA SANTOS de que nos hemos servido a lo largo de este trabajo: actúan en virtud de una legitimación por sustitución «quienes son parte en juicio para pretender una tutela cuyo fundamento es un derecho ajeno y actúan, sin embargo, en interés propio, es decir, pretenden la tutela para sí mismos»⁷³⁸.

asume el sustituto (la administración concursal)» (*Proceso concursal*, 3ª ed., cit., p. 124) o «en el proceso ostentará la cualidad de parte la administración concursal, aunque el deudor podrá personarse y defenderse» («Comentario al artículo 54», 2ª ed., cit., p. 631).

⁷³⁶ Siendo empleada esta terminología en el sentido de desplazamiento de la legitimación de un sujeto de la relación jurídica discutida hacia otro sujeto distinto, que recibe la facultad de llevar el proceso como parte y en nombre propio, con las consecuencias que a ella lleva inherentes. Seguimos en esta sede los postulados de PRIETO-CASTRO, *Tratado...*, cit., pp. 319 a 321 que sostiene la doctrina alemana creada por KOHLER en lo que denominó *Prozesstandschaft* o “facultad otorgada para estar en juicio por otro”. Queremos distanciarnos, sin embargo, de la equivalencia que, respecto a la legitimación por sustitución, reconoce el propio PRIETO-CASTRO (p. 319). Las consideraciones introducidas *supra* sobre la necesaria ampliación de la legitimación para hablar, en puridad, de un auténtico supuesto de legitimación por sustitución, evidencia la existencia de una categoría de supuestos en los que, atribuyéndose legitimación a un sujeto distinto del titular de la relación jurídica, no actúa por sustitución –ni tampoco por legitimación representativa–.

⁷³⁷ Así es concebida la legitimación por sustitución por algunos destacados procesalistas. Entre otros, MONTERO AROCA, *De la legitimación...*, cit., pp. 327 y 328; y NIEVA FENOLL, *La sustitución...*, cit., p. 84. Este último autor dedica en su trabajo un epígrafe a lo que denomina “supuestos auténticos de sustitución procesal” y en todos ellos concurre una nota común: la ampliación de la legitimación a sujetos distintos del titular de la relación jurídica, conservando éste la posibilidad de accionar.

⁷³⁸ Cfr. DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal Civil...*, cit., p. 156. Lo descrito hasta el momento encuentra acertada expresión en lo manifestado por el destacado autor (p. 157): «si entendiéramos que es sustituto o legitimado por sustitución todo sujeto que actúa por derechos ajenos y no es claramente representante (porque él es la parte), cabría sostener que los administradores de los citados patrimonios (y los de la herencia yacente) son sustitutos, pues el concepto de sustitución resultaría muy amplio. Pero ese concepto tan amplio no es el concepto conveniente de legitimación por sustitución, que debe seguir incluyendo la nota de actuación, no sólo en nombre propio, sino también *en interés propio* del así legitimado o *sustituto*. Con la LEC (arts. 6.1,4º y 7.5), las masas pueden actuar con una legitimación por sustitución, al ejercitar acciones fundadas en la titularidad de derechos de otros, pero los administradores son representantes de las masas». Mismo criterio es defendido por CORDÓN MORENO, para quien: «a diferencia de lo que ocurre en otros supuestos de sustitución procesal (acción subrogatoria,

Aun cuando en esta investigación nos hemos servido de la formulación acuñada por DE LA OLIVA SANTOS de legitimación por sustitución, conviene advertir que, de mantener el parecer de aquellos autores –MONTERO AROCA o NIEVA FENOLL- que entienden que para que acontezca un verdadero fenómeno de legitimación por sustitución es necesario que se produzca una ampliación de la legitimación, no hallaríamos en nuestro Ordenamiento jurídico solución que permitiera explicar el fenómeno que en esta sede acontece. Habría que crear, pues, una nueva categoría de legitimación.

Por último, queremos finalizar este epígrafe afrontando el término legitimación que emplea el art. 54.1 LC. Como hemos podido comprobar, éste no es utilizado, desde luego, como presupuesto de la acción. Podríamos entender que, al igual que ocurre en algunos estadios de la LEC, cuando el art. 54.1 LC se refiere a la legitimación lo hace como titularidad de un derecho subjetivo procesal. Se atribuiría, así, a la administración concursal la posibilidad de actuar en el proceso, con éxito, en razón a la posición en que se encuentra, pero en virtud de un derecho estrictamente procesal⁷³⁹. Este podría ser el sentido con el que el art. 54.1 LC emplea el término legitimación.

Tampoco sería descabellado pensar que la acepción de legitimación que maneja el art. 54.1 LC es una *legitimación ad processum*.

4.2.2.2.4. El ejercicio de acciones de índole no personal

La atribución de “legitimación” concedida a la administración concursal ex art. 54.1 LC se circunscribe al ejercicio de «acciones de índole no personal». La referencia a este tipo de acciones es, ciertamente, un tanto imprecisa. En rigor, no podemos hablar de acciones de índole personal ni de acciones de

por ejemplo), se produce una verdadera subrogación en el derecho u obligación ejercitados; aunque el derecho (o la obligación) continúa perteneciendo al deudor, los efectos del acto de ejercicio no ingresan en su patrimonio (como ocurre en la acción subrogatoria), sino en el de la masa» («Comentario al artículo 54», 2ª ed., cit., p. 627).

⁷³⁹ Cfr. DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal Civil...*, cit., p. 164. El término legitimación con ocasión de la titularidad de un derecho subjetivo procesal es empleado en varios preceptos de la LEC. Ya veíamos algunos en la nota al pie 576. Otros ejemplos los encontramos en el art. 101 (para la recusación), en el art. 526 (para solicitar la ejecución provisional), en el art. 595 (para interponer la tercería de dominio), etc.

índole no personal; en ningún cuerpo normativo procesal encontramos, al menos, una expresión de esta naturaleza⁷⁴⁰.

Con la “legitimación” atribuida a la administración concursal respecto a las acciones de índole personal, podemos afirmar que la Ley pretende impedir a ésta el ejercicio de acciones que puedan afectar a los derechos de la personalidad del deudor⁷⁴¹. Esta limitación es del todo lógica atendiendo al fin al que se dirige el concurso: la correcta formación del patrimonio concursal para satisfacer a los acreedores.

Así, la administración concursal solo podrá ejercitar aquellas acciones dirigidas a garantizar la debida formación de aquel patrimonio. Para el ejercicio del resto de acciones, es el deudor quien podrá actuar en el proceso.

En cualquier caso, del precepto no cabe inferir que solo puedan ser ejercitadas acciones de índole civil, siendo igualmente aplicable a las acciones de otra naturaleza –social, contencioso-administrativa y, en el ámbito penal, la acción civil derivada de hecho punible-⁷⁴².

Por último, nada dice el art. 54.1 LC sobre la necesidad de autorización judicial de la administración concursal para ejercitar acciones y, en su caso, para disponer del objeto del proceso. Es extraña esta falta de previsión normativa por cuanto el art. 51.2 LC, para supuestos con la misma relevancia sobre el patrimonio concursal, sí se pronuncia expresamente sobre la necesidad de autorización judicial –para que la administración concursal pueda llevar a cabo tales actos procesales-. A nuestro juicio, el silencio legal obedece, de nuevo, a un mero olvido del legislador, debiendo ser integrado con lo

⁷⁴⁰ En este sentido, afirma PÉREZ DEL BLANCO: «debe dejarse claro que no existen acciones de índole personal o no personal, sólo existe un tipo de acción, como sólo existe un derecho de acción, que se corresponde con el derecho constitucional a obtener la tutela judicial efectiva» (*Efectos procesales...*, cit., p. 158).

⁷⁴¹ De hecho, la redacción originaria contenida en el Proyecto de Ley de 23 de julio de 2002 presentada por el Gobierno empleó la expresión «acciones de índole exclusivamente patrimonial». Sobre la tramitación parlamentaria, vid. GUILARTE MARTÍN-CALERO, *La capacidad...*, cit., pp. 77 y 79.

⁷⁴² En el mismo sentido, CORDÓN MORENO, «Comentario al artículo 54», 2ª ed., cit., p. 627; y MARTÍNEZ GALLEGU, «Comentario al art. 54», *Comentario práctico a la nueva Ley Concursal*, LÓPEZ LÓPEZ y MACÍAS CASTILLO (coords.), La Ley, Madrid, 2012, p. 307.

dispuesto en el art. 51.2 LC. En aras a la coherencia del sistema debiera ser exigible la previa autorización judicial para que la administración concursal pudiera llevar a cabo tales actos procesales⁷⁴³.

4.2.2.5. El ejercicio de acciones por el concursado y la necesaria conformidad de la administración concursal

El art. 54.1 LC, tras atribuir a la administración concursal “legitimación” para el ejercicio de acciones de índole no personal, establece: «para el ejercicio de las demás acciones comparecerá en juicio el propio deudor, quien precisará la conformidad de los administradores concursales para interponer demandas o recursos, allanarse, transigir o desistir cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio».

Atendiendo a la dicción del precepto podemos afirmar que para aquellas acciones distintas de las de índole no personal -«demás acciones»- será necesaria la conformidad de la administración concursal. Pero, en realidad, ¿es así?

Pese a la literalidad de la norma, en orden a determinar la necesidad de la conformidad de la administración concursal para el ejercicio de acciones por el deudor, debemos atender a un hecho: si el ejercicio de aquéllas puede afectar o no al patrimonio concursal⁷⁴⁴. De esta suerte, debemos distinguir dos tipos de acciones.

⁷⁴³ En similares términos, vid. RIBELLES ARELLANO, «Comentario al artículo 54», cit., p. 293.

⁷⁴⁴ Este criterio es el sostenido por la mayoría de la doctrina. Entre otros, MARÍN LÓPEZ, «Comentario al artículo 54 », cit., p. 547; BELLIDO PENADÉS, «Comentario al artículo 54», cit., p. 1023; MARTÍNEZ FLÓREZ, «La declaración...», cit., p. 72, nota al pie 9; ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, *La «vis atractiva»...*, cit., p. 295; y, en los mismos términos, en «Comentario al artículo 54», *Nueva Ley Concursal: Ley 22/2003, de 9 de julio, comentarios, jurisprudencia aplicable y formularios*, SALA, MERCADAL y ALONSO-CUEVILLAS (coords.), Bosch, Barcelona, 2004, p. 301; CORDÓN MORENO, «Comentario al artículo 54», 2ª ed., cit., pp. 627 y 628. En contra, en una posición nada desdeñable, GUILARTE MARTÍN-CALERO, *La capacidad...*, cit., pp. 81 y 82. Para esta autora, en las «demás acciones» del art. 54.1 LC: «deben englobarse (...) aquellas acciones 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 y las que se ejerciten en un juicio por alimentos debidos por disposición legal o por otro título. Y ello es así, a pesar de que el éxito de alguna de ellas implique una modificación en el patrimonio del concursado; piénsese en una acción de filiación que culmina en un deber de alimentos a favor del hijo del concursado o una pensión compensatoria acordada en sentencia de separación

De una parte, las acciones inherentes a la persona que no tienen repercusión en el patrimonio concursal. Éstas pueden ser ejercitadas por el deudor sin necesidad de que la administración concursal preste su conformidad. El deudor podrá, de igual modo, llevar a cabo actos procesales que supongan la disposición del objeto del proceso sin la referida conformidad. La razón de seguir este criterio es lógica: por cuanto la acción no puede afectar al patrimonio concursal⁷⁴⁵, la participación de la administración concursal no está justificada.

De otra, encontramos aquellas acciones singulares de la persona que pueden repercutir en el patrimonio concursal. Solo el deudor concursado podrá ejercitar este tipo de acciones, recurrir o llevar a cabo un acto procesal que suponga la finalización anormal del proceso. Ahora bien, en tanto los actos procesales descritos tengan trascendencia en el patrimonio concursal, será necesaria la conformidad de la administración concursal.

Esta tesis es acorde a la expuesta al analizar la actuación procesal de la administración concursal en los procesos declarativos en trámite *ex art.* 51 LC. En coherencia con lo que exponíamos entonces, en aquellos aspectos en los que la acción pueda repercutir en el patrimonio concursal es necesaria la conformidad de la administración concursal por cuanto será ésta la que tendrá que defender en juicio aquellas pretensiones que repercutan en el referido patrimonio⁷⁴⁶.

también a cargo del deudor. Entiendo que ésta debe ser la interpretación que debe propugnarse y no la que vendría determinada por una lectura literal de lo dispuesto en el último inciso del apartado primero del artículo 54: sólo esta legitimado para ejercitar por sí solo acciones de carácter personal que no afectan al patrimonio, de suerte que podría solicitar una modificación de las medidas acordadas en sentencia de separación relativa al horario y frecuencia de las visitas pero no a la pensión por alimentos. Se trata, entiendo, de juicios que afectan a la esfera estrictamente personal del quebrado (...) y que, aunque puedan tener alguna significación patrimonial, no deben caer dentro del ámbito de control y fiscalización de la administración concursal».

⁷⁴⁵ Así, por ejemplo, encontramos las acciones de reclamación e impugnación de la filiación, la acción de nulidad matrimonial, separación o divorcio, o los derechos morales de autor siempre que no tengan una repercusión patrimonial distinta, de una eventual condena en costas.

⁷⁴⁶ A juicio de GONZÁLEZ CANO «este régimen de conformidad de la administración concursal tiene su razón de ser en que éste órgano tiene por misión valorar la viabilidad de la acción, de cara a prevenir una futura condena en costas que gravaría a la masa pasiva del concurso» (*El nuevo tratamiento...*, cit., p. 392).

Respecto a los actos procesales en los que el deudor precisa la conformidad de la administración concursal, el art. 54.1 LC contempla la interposición de demandas o recursos, el allanamiento, la transacción y el desistimiento «cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio». Sobre la cuestión son varias las precisiones que debemos realizar.

En primer término, sorprende la omisión en el precepto a otros modos de terminación anormal del proceso, así, a la renuncia a la acción, la satisfacción extraprocesal de la pretensión o la carencia sobrevenida del objeto. A nuestro parecer, los referidos actos debieran estar incluidos en la norma en los mismos términos que describíamos al abordar el art. 51.2 LC. Allí nos remitimos para evitar reiteraciones⁷⁴⁷.

En segundo término, invita a la reflexión la alusión al allanamiento que contempla el art. 54.1 LC. Veíamos que este precepto disciplina tanto el ejercicio de acciones por la administración concursal como por el deudor; ambos sujetos, de ostentar una posición en el proceso, detentarían la posición activa. Siendo así, la inclusión del allanamiento puede sorprender. Encontramos, sin embargo, un reducto sobre el que incardinar el allanamiento en el precepto. Nos referimos a la hipotética reconvencción formulada por un tercero frente a la acción de índole “personal” ejercitada por el deudor –en la nomenclatura empleada por el legislador concursal- con repercusión en el patrimonio concursal⁷⁴⁸. Solo en estos supuestos puede concebirse un allanamiento por el deudor que precise de la conformidad de la administración concursal.

En último lugar, la alusión a los recursos contenida en el precepto debe ser matizada. En concreto, debe ser circunscrita a aquellos recursos que pudieran

⁷⁴⁷ Vid. páginas ... del presente Capítulo IV.

⁷⁴⁸ Tratándose de una acción civil ejercitada en un proceso sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores del Título I del Libro IV de la LEC, el juez del concurso no es competente para conocer de la misma (art. 8.1º LC). De esta suerte, formulada reconvencción por un tercero, el tribunal que debe conocer de ésta será el mismo ante el que se interpuso la acción por el deudor.

ser interpuestos respecto a los procesos iniciados tras la declaración de concurso⁷⁴⁹.

Nada dice el art. 54.1 LC respecto al procedimiento para la obtención de la conformidad de la administración concursal⁷⁵⁰. Entendemos, pues, aplicable el mismo procedimiento que, para la obtención de autorización, describimos al analizar el art. 51.3 LC⁷⁵¹. En caso de negativa de la administración concursal a prestar la conformidad solicitada por el deudor⁷⁵² acudimos, del mismo modo, a aplicar el trámite de impugnación que describimos al analizar el art. 51.3 LC⁷⁵³.

⁷⁴⁹ Para los procesos iniciados antes de la declaración de concurso entendemos aplicable el art. 51.2 LC. El mismo criterio es sostenido por MARÍN LÓPEZ, «Comentario al artículo 54», cit., p. 548.

⁷⁵⁰ Sobre el modo en que ha de constar la conformidad prestada por la administración concursal compartimos el criterio sostenido por MARTÍNEZ GALLEGO. Como expone la autora: «dicha conformidad de la administración concursal de acuerdo con la mayoría de la jurisprudencia menor no es necesario que conste en documento fehaciente, pues el art. 54.1 LC no exige que la autorización de los administradores para interponer demandas deba ser intervenida por fedatario público, sea el Sr. Secretario Judicial del Juzgado donde tramita el Concurso o por Notario, de modo que cualquier documento firmado por la administración concursal debe reputarse suficiente a los efectos de subsanar y/o suplir cualquier falta de capacidad procesal de la entidad concursada, a no ser que se repute y/o acredite el carácter falsario de dicho documento (sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca de 6 de octubre de 2008)» -SAP (Sección 1ª) de Cuenca de 6 de octubre de 2008 [JUR 2009, 93442]- («Comentario al artículo 54», cit., pp. 309 y 310).

⁷⁵¹ Aun cuando los términos autorización y conformidad no son sinónimos (la RAE define la conformidad, en su acepción 6ª, como «asenso, aprobación» y la autorización, en su acepción 2ª, como «acto de una autoridad por el cual se permite a alguien una actuación en otro caso prohibida»), el legislador concursal emplea ambos términos indistintamente. Así se infiere de los arts. 51 y 54 LC –el primero habla de autorización y el segundo de conformidad-. Este mismo criterio ha sido sostenido por la mayor parte de la doctrina, entre otros, MARÍN LÓPEZ, «Comentario al artículo 54 », cit., p. 548; MARTÍNEZ FLÓREZ, «Comentario al artículo 40», cit., p. 778; ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, *La «vis atractiva»...*, cit., p. 295, nota al pie 474, e, implícitamente, CORDÓN MORENO, «Comentario al artículo 54», 2ª ed., cit., p. 628. No entienden tal equiparación, en cambio, BELLIDO PENADÉS, «Comentario al artículo 54», cit., p. 1023; y GONZÁLEZ CANO para quien: «nótese que el precepto habla de conformidad y no de autorización expresa, por lo que podría plantearse la suficiencia de una conformidad tácita» (*El nuevo tratamiento...*, cit., pp. 391 y 392). Esta misma autora, sin embargo, al analizar el art. 54.2 LC -que habla de conformidad- emplea el término autorización.

⁷⁵² Para MARTÍNEZ GALLEGO, la consecuencia jurídica de actuar en el proceso sin la necesaria conformidad es la nulidad («Comentario al artículo 54», cit., p. 309). En este sentido se pronuncia, entre otras, la SAP (Sección 3ª) de Baleares de 21 de octubre de 2008 [JUR 2009, 122205] -en un supuesto en el que el deudor se allana sin la debida conformidad de la administración concursal-.

Interesantes, al respecto, la matizaciones realizadas por CORDÓN MORENO, *Proceso concursal*, 3ª ed., cit., p. 125. Para este autor la cuestión radica en determinar si la falta de autorización inicial puede ser subsanada en un acto posterior conforme a lo dispuesto en el art. 11 LOPJ. En el régimen vigente, la SAP (Sección 1ª) de Cuenca de 6 de octubre de 2008 [JUR 2009, 93442] entiende que, por cuanto el art. 54.1 LC no exige que la autorización de los administradores concursales para interponer demandas sea intervenida por fedatario público, el

4.2.3. La actuación procesal de la administración concursal decretado el régimen de intervención en los supuestos del artículo 54.2 LC

4.2.3.1. El ejercicio de acciones por el deudor y la necesaria conformidad de la administración concursal

El art. 54.2 LC disciplina los efectos de la declaración de concurso sobre las pretensiones a ejercitar frente a terceros cuando el régimen decretado es el de intervención. En tales casos «el deudor conservará la capacidad para actuar en juicio, pero necesitará la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio».

El primer aspecto discutible lo encontramos al inicio del artículo: «el deudor *conservará* la capacidad para actuar en juicio» (la cursiva es nuestra). Ciertamente, si con ello el legislador está queriendo referirse a la capacidad procesal del deudor, podríamos afirmar que la terminología empleada no es del todo incorrecta -aun cuando sea censurable el término “conservará”, por cuanto, *a sensu contrario*, significa que en otros supuestos pierde tal capacidad-, en tanto que si, como venimos sosteniendo, el deudor es representante necesario del patrimonio concursal, aquél debe gozar de capacidad para actuar en juicio. Aunque la declaración de concurso como limitación a la capacidad parece desprenderse de algunos preceptos, a la vista de otros preceptos –sobre todo del art. 7.8 LEC, aunque también del art. 51.2 LC-, como vimos, esta concepción no nos parece sostenible⁷⁵⁴.

documento firmado por los tres administradores –advírtase que la sentencia se dicta con el régimen anterior a la Ley 38/2011- será suficiente para subsanar la falta de autorización. A nuestro juicio, siendo la autorización o conformidad de la administración concursal un requisito para la validez del acto, debe ser admisible, la subsanación.

⁷⁵³ Sobre el mismo, en sede del art. 54 LC, la doctrina no muestra un parecer unánime. Para MARÍN LÓPEZ: «es dudoso si el concursado podrá en tal caso acudir al cauce del incidente concursal para resolver la discrepancia que mantiene con la administración concursal, aunque me inclino por la respuesta negativa» («Comentario al artículo 54», cit., p. 548). Favorable al empleo del incidente concursal, MARTÍNEZ GALLEGU, «Comentario al artículo 54», cit., p. 309.

⁷⁵⁴ Como afirma MONTERO AROCA: «el artículo 54.2 dice que, tratándose de la intervención, “el deudor conservará la capacidad para actuar en juicio”, con lo que se vuelve a incurrir en un absurdo, pues nadie puede concluir que la declaración del concurso priva al concursado de esa capacidad. Sin embargo vuelve a considerarse en la LC que la declaración de concurso sí

El segundo aspecto del precepto que requiere un tratamiento separado atiende a los actos procesales que necesitan de la conformidad de la administración concursal. Según la dicción del art. 54.2 LC, el deudor «necesitará la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio». Esta previsión normativa precisa de varias puntualizaciones.

En primer término, para las acciones que no afecten al patrimonio concursal el deudor no necesita la conformidad de la administración concursal. En la interpretación de qué debemos entender por acciones que no afecten al patrimonio concursal nos remitimos a la exégesis que, páginas atrás, realizamos al interpretar las «demás acciones» a que alude el art. 54.1 *in fine* LC.

En segundo término, la referencia contenida a los recursos en el art. 54.2 LC debe ser interpretada siguiendo el criterio mantenido respecto a los «recursos» del apartado primero de ese mismo precepto, esto es, será aplicable, en exclusiva, respecto a aquellos procesos iniciados tras la declaración de concurso.

En tercer término, sorprende que la conformidad sea requerida para la interposición de demandas o recursos y no, en cambio, para llevar a cabo actos que supongan la finalización anormal del proceso. Esta opción del legislador es ininteligible a la vista del tenor de otros preceptos –arts. 54.1, 51.2 y, sobre todo, 51.3 LC- que delimitan el ratio de actuación de la administración concursal sobre la base de aquellos actos procesales que pueden afectar al patrimonio concursal. Así, aun cuando nada advierta al respecto el precepto, para la realización de actos por el deudor que supongan la terminación anormal

afecta a la capacidad jurídica, de modo que el concursado, incluso en el caso de que se hubiera decretado sólo la intervención, pierde parte de esa capacidad y de ahí la necesidad de que sea completada la misma con la conformidad o autorización de la administración concursal» (*De la legitimación...*, cit., p. 328, nota al pie 462).

del proceso entendemos que será necesaria la conformidad de la administración concursal⁷⁵⁵.

Respecto al procedimiento para la obtención de la conformidad de la administración concursal y en lo atinente a la posible impugnación en caso de negativa de ésta nos remitimos una vez más a lo que ya describimos páginas atrás al analizar el art. 51.3 LC⁷⁵⁶⁷⁵⁷.

4.2.3.2. El ejercicio de acciones por la administración concursal ex artículo 54.2 in fine LC en caso de negativa del deudor a accionar

El segundo inciso del art. 54.2 LC establece, respecto al régimen de intervención, que cuando la administración concursal lo estime conveniente a los intereses del concurso, podrá instar al deudor a la interposición de una demanda y si éste se negara a formularla, el juez del concurso podrá autorizar a aquélla para interponerla⁷⁵⁸.

⁷⁵⁵ En este sentido, ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, *La «vis attractiva...»*, cit., p. 296 y «Comentario al artículo 54», cit., p. 302; MARÍN LÓPEZ, «Comentario al artículo 54», cit., p. 550; GUILARTE MARTÍN-CALERO, *La capacidad...*, cit., p. 86. En contra, BELLIDO PENADÉS, que parece decantarse por el «significativo silencio del legislador» aun cuando reconoce la identidad de razón con otros preceptos de similar contenido («Comentario al artículo 54», cit., p. 1025); y GONZÁLEZ CANO para quien «en cuanto a los actos dispositivos, el deudor no requerirá en ningún caso autorización de los administradores, a diferencia del régimen previsto en el art. 51, falta de previsión que creemos inadecuada, dado que los fines de esa autorización, en cuanto protección de la masa del concurso, coinciden tanto en el art. 51 como en el art. 54» (*El nuevo tratamiento...*, cit., p. 393). Guarda silencio sobre la cuestión, CORDÓN MORENO, «Comentario al artículo 54», 2ª ed., cit., p. 628.

⁷⁵⁶ Respecto a la referida impugnación, en caso de negativa de la administración concursal a la conformidad, parte de la doctrina se decanta por la posibilidad de sustanciar el incidente concursal. Entre otros, CORDÓN MORENO, «Comentario al art. 54 LC», 2ª ed., cit., p. 628; y MARTÍNEZ GALLEGU, «Comentario al artículo 54», cit., p. 310.

⁷⁵⁷ En los casos en los que se decreta el régimen de intervención cabe reconocer que, como sostuvimos para los supuestos de suspensión, en caso de no concurrir la conformidad en el deudor, procede reconocer un plazo para la subsanación. Mismo criterio sostiene RIBELLES ARELLANO, «Comentario al artículo 54», cit., p. 293.

⁷⁵⁸ Este precepto de la LC parece una reminiscencia del art. 5 LSP que, en su párrafo final, señalaba: «corresponderá (...) a los Interventores proponer el ejercicio de las acciones convenientes al interés del patrimonio del suspenso, bien a iniciativa propia o de cualquier acreedor, pudiendo, mediante autorización del Juez, ejercitarlas por sí mismos si así lo demandase el interés de la masa».

A nuestro juicio, a pesar del sentir mayoritario de la doctrina, no nos encontramos ante un supuesto de legitimación subsidiaria ni de legitimación por sustitución⁷⁵⁹.

Entendemos que, de reunirse los requisitos exigidos por la norma, se produciría una suerte de cambio de régimen “encubierto” para el ejercicio de la concreta acción, esto es, la administración concursal devendría, como en los supuestos de suspensión, representante necesario del patrimonio concursal. Abona esta solución el hecho de que, en caso de que la administración concursal ejercite la concreta acción, se reproduce el mismo esquema que en los supuestos de suspensión: la administración concursal, como decíamos, deviene representante necesario de la masa concursal y el deudor queda habilitado para personarse y mantener una defensa separada en el proceso promovido por la administración concursal (art. 54.3 LC). La legitimación, como presupuesto de la acción, la ostentaría el patrimonio concursal.

Para el ejercicio de la referida acción por la administración concursal⁷⁶⁰, la LC exige la concurrencia de dos requisitos: de un lado, que se haya instado previamente al deudor a ejercitar la demanda⁷⁶¹; y, de otro, previa negativa del deudor a formular aquélla, que el juez del concurso autorice su interposición.

Respecto al primer presupuesto, este es, el requerimiento al deudor para la interposición de la demanda, la LC guarda silencio. Para integrar el vacío normativo es necesario pronunciarnos sobre tres aspectos: el procedimiento a seguir; el plazo de que dispone el deudor para el ejercicio de la acción; y la forma en que ha de dirigirse la administración concursal a aquél. A nuestro

⁷⁵⁹ Ambas terminologías son empleadas por MARÍN LÓPEZ, «Comentario al artículo 54», cit., pp. 550 y 551. De legitimación por sustitución hablan GONZÁLEZ CANO, *El nuevo tratamiento...*, cit., p. 393 y RIBELLES ARELLANO, «Comentario al artículo 54», cit., p. 294. A la legitimación subsidiaria se refiere BELLIDO PENADÉS, «Comentario al artículo 54», cit., p. 1025.

⁷⁶⁰ Nos referimos, obviamente, a acciones que pudieran tener trascendencia para el patrimonio concursal y no sean inherentes a la persona del concursado.

⁷⁶¹ En contra, PÉREZ DEL BLANCO para quien no es necesario que la administración concursal requiera al concursado la interposición de la demanda. A juicio del citado autor «este trámite, por pura economía procesal, debe ser integrado en el procedimiento en el que se resuelva sobre la autorización por el Juez del concurso, en el marco del cual el concursado podrá explicar las razones de su pasividad o su intención de demandar» (*Efectos procesales...*, cit., p. 159, nota al pie 225).

juicio, con remitir comunicación o escrito al deudor concediéndole un plazo razonable para el ejercicio de la acción sería suficiente para cumplir el requisito que parece desprenderse de la norma. No entendemos aplicable, por ser excesivamente dilatorio, el plazo de dos meses que, para el ejercicio de acciones por parte de los acreedores ante la inactividad de la administración concursal y el deudor, se prevé en el art. 54.4 LC⁷⁶². De esta suerte, si el deudor se negara o no contestara en el plazo concedido para ejercitar la acción, la administración concursal podrá solicitar la autorización judicial en los términos del art. 188 LC⁷⁶³⁷⁶⁴, cumpliendo así con el segundo presupuesto.

En último término, cumplidos ambos presupuestos e iniciado el proceso por la administración concursal, ¿es preceptiva la autorización judicial para la realización de un acto procesal que suponga la finalización anormal del proceso o para la interposición de recursos? A nuestro juicio, la respuesta debe ser afirmativa. En el caso de que finalmente la administración concursal ejercite la demanda se produce una suerte de cambio de régimen respecto a la concreta acción –de intervención a suspensión-. De este modo, en los mismos términos a como reconoce el art. 51.2 LC, será necesaria la autorización judicial para llevar a cabo actos procesales que supongan la disposición del objeto procesal⁷⁶⁵⁷⁶⁶.

⁷⁶² Optan por un “plazo razonable” y descartan la aplicación analógica del plazo de 2 meses concedido a los acreedores, entre otros, ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, *La «vis attractiva»...*, cit., p. 297; y en «Comentario al art. 54 LC», cit., p. 302; MARÍN LÓPEZ, «Comentario al artículo 54», cit., p. 551; y MARTÍNEZ GALLEGU para quién, además, es necesario que se advierta al deudor de la posibilidad de que goza la administración concursal de recabar autorización judicial para la interposición de la acción a que se le insta («Comentario al artículo 54», cit., p. 310). Criterio respetable es el apuntado por CORDÓN MORENO para quien es suficiente que el requerimiento no sea atendido por el deudor para que la administración concursal pueda instar la autorización judicial («Comentario al artículo 54», cit., p. 631).

⁷⁶³ Sobre la preceptividad de la autorización se pronuncia el AAP (Sección 1ª) de Asturias de 9 de octubre de 2008 [JUR 2009, 93116]: «no puede eludirse esa exigencia invocando el interés preponderante del concurso, pues el tenor del precepto es claro y supondría desconocer, en la generalidad de los casos, la eficacia de una norma imperativa».

⁷⁶⁴ El juez del concurso debe dar traslado al deudor para que sea oído, concediéndole la posibilidad de exponer las alegaciones que entienda pertinentes ante su negativa a interponer la demanda instada por la administración concursal. El juez resolverá por medio de auto frente al que podrá interponerse recurso de reposición (art. 188.3 LC).

⁷⁶⁵ Como advertíamos páginas atrás, la omisión en el art. 54.1 LC a la autorización judicial para la interposición de recursos o para la finalización anormal del proceso responde, a nuestro juicio, a un mero olvido del legislador.

4.2.3.3. La legitimación por sustitución de los acreedores ex artículo 54.4. LC

En su apartado 4, el art. 54 LC reconoce que «los acreedores que hayan instado por escrito a la administración concursal el ejercicio de una acción del concursado de carácter patrimonial (...) estarán legitimados para ejercitarla si ni el concursado, en su caso, ni la administración concursal lo hiciesen dentro de los dos meses siguientes al requerimiento».

Nos encontramos ante un supuesto de legitimación por sustitución⁷⁶⁷ en el que los acreedores pueden ejercitar una acción si el deudor o la administración concursal, en caso de intervención, o esta última, en caso de suspensión, no ejercitan aquélla en el plazo de dos meses desde su solicitud. Los acreedores actuarían en nombre e interés propio pero con fundamento en un derecho que no es suyo⁷⁶⁸.

Tanto para los supuestos de suspensión como para los de intervención habrá que dirigir escrito a la administración concursal «señalando las pretensiones concretas en que consista y su fundamentación jurídica»⁷⁶⁹. El requerimiento debe hacerse, en todo caso, de forma escrita. No es necesario que sea notarial pero sí que pueda ser acreditada su realización⁷⁷⁰. En cuanto al contenido del requerimiento, deberá constar la identidad de los acreedores, las pretensiones a ejercitar, las personas contra las que se van a dirigir y el

⁷⁶⁶ En contra, MARÍN LÓPEZ, «Comentario al artículo 54», cit., p. 552.

⁷⁶⁷ Sobre la cuestión se ha pronunciado de manera unánime la doctrina, entre otros, MONTERO AROCA, *De la legitimación...*, cit., p. 359.

⁷⁶⁸ La acción debe ser, en todo caso, de índole patrimonial y no inherente a la persona del deudor. Respecto a las acciones de esta última naturaleza, como sabemos, solo el deudor puede ejercitar las mismas, aun cuando repercutan en el patrimonio concursal –sin perjuicio de que, en tal caso, sea necesaria la conformidad de la administración concursal–.

⁷⁶⁹ Para los casos en los que se hubiese decretado la intervención, lo lógico sería que el escrito también se dirigiera al deudor (en este sentido, vid. ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, *La «vis atractiva»...*, cit., p. 298; GONZÁLEZ CANO, *El nuevo tratamiento...*, cit., p. 396; GUILARTE MARTÍN-CALERO, *La capacidad...*, cit., p. 89; MARÍN LÓPEZ, «Comentario al artículo 54», cit., p. 560). En cualquier caso, la administración concursal, tan pronto como reciba el referido escrito de los acreedores, deberá darle traslado al deudor sin valorar la oportunidad –o no– de ejercitar la acción propuesta por los mismos.

⁷⁷⁰ Como afirma BELLIDO PENADÉS, es necesario acreditar la efectiva realización para poder ejercitar, posteriormente, la acción. Es válida la fe notarial, la firma indubitada de la recepción por la administración concursal o cualquier otro medio que permita la referida acreditación («Comentario al artículo 54», cit., p. 1026).

fundamento de las mismas. Por último, en lo relativo al tiempo para la formulación de la petición por los acreedores, es lógico entender que éste puede ser efectuado en cualquier momento a lo largo del procedimiento. Para ello es necesario, obviamente, que el acreedor sea tal. Sería, pues, suficiente con que conste el crédito en la documentación aportada por el deudor o que éste haya sido comunicado a la administración concursal. En todo caso es necesario que el crédito sea reconocido en la lista de acreedores para que la acción pueda prosperar. De otra suerte, el requirente carecerá de legitimación para el ejercicio de la acción⁷⁷¹. Junto al referido requerimiento, es necesario el transcurso de dos meses a contar desde que se hizo aquél a la administración concursal⁷⁷².

Cumplidos ambos presupuestos, los acreedores requirentes podrán ejercitar la acción pretendida⁷⁷³. Como decíamos, se trata de un derecho ajeno y, como en la acción subrogatoria *ex art. 1111 CC*, si su acción triunfa, el bien no ingresará en el patrimonio de los acreedores requirentes sino en el patrimonio concursal. Los acreedores pretenden, de esta forma, la mejor reconstitución del patrimonio concursal para una mayor probabilidad de satisfacción de su crédito.

Se trata de un mecanismo subsidiario de salvaguarda del patrimonio concursal que reconocido, de igual modo, en otros estadios de la LC (v. gr., acciones de reintegración *ex art. 72.1 LC*) permiten salvar la eventual inactividad de la administración concursal o, en su caso, del deudor⁷⁷⁴.

⁷⁷¹ El mismo criterio es sostenido por BELLIDO PENADÉS, «Comentario al artículo 54», cit., p. 1026.

⁷⁷² Aun cuando la administración concursal hubiera negado el ejercicio de la acción, los acreedores deberán esperar el plazo de dos meses para su ejercicio.

⁷⁷³ A la vista del art. 54.4.3º LC -«las acciones ejercitadas conforme al párrafo anterior se notificarán a la administración concursal»- se suscita la duda de si debe ser el deudor o el órgano judicial el que notifique la acción ejercitada a la administración concursal. A nuestro parecer, la segunda de las opciones descritas parece la más sensata (mismo criterio sostiene, RIBELLES ARELLANO, «Comentario al artículo 54», cit., p. 295).

⁷⁷⁴ Para el resto de aspectos que no atañen a la administración concursal en el ejercicio de acciones por los acreedores, nos remitimos a los trabajos que, sobre la misma, se han realizado. Entre otros, vid. MARÍN LÓPEZ, «Comentario al artículo 54», cit., pp. 556 a 562; CORDÓN MORENO, «Comentario al artículo 54», 2ª ed., cit., pp. 631 y 632; y BELLIDO PENADÉS, «Comentario al artículo 54», cit., pp. 1026 a 1028.

4.3. La actuación procesal de la administración concursal en los procesos declarativos nuevos ex artículo 50 LC

4.3.1. Régimen aplicable

El art. 50 LC disciplina el tratamiento procesal de las acciones que se ejercitan por un tercero frente al concursado una vez iniciado el concurso de acreedores.

Dicho precepto consta de cuatro de apartados. Solo los apartados 1 y 4 serán objeto de nuestra atención por cuanto nos permiten adivinar la actuación de la administración concursal respecto a los procesos nuevos iniciados por un tercero frente al patrimonio concursal⁷⁷⁵.

Así, el apartado 1 del art. 50 LC establece: «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 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». Por su parte, el apartado 4 del mismo precepto advierte: «los jueces o tribunales de los órdenes contencioso-administrativo, social o penal ante los que se ejerciten, con posterioridad a la declaración de concurso, acciones que pudieran tener trascendencia para el patrimonio del deudor emplazarán a la administración concursal y la tendrán como parte en defensa de la masa, si se personase».

El apartado primero del art. 50 LC nos permite inferir qué procesos tendrán que sustanciarse ante el juez del concurso. Son varios los presupuestos que han de concurrir: en primer término, que se ejercite una acción cuya

⁷⁷⁵ Los apartados 2 y 3 del art. 50 LC, incluidos tras la Ley 38/2011, introducen dos supuestos en los que se prevé la inadmisión a trámite, durante la sustanciación del concurso, de acciones ejercitadas contra terceros distinto del concursado. De un lado, el art. 50.2 LC contempla el ejercicio de la acción de responsabilidad frente a los administradores de sociedades de capital por deudas sociales –teniendo competencia para el conocimiento de la misma los Juzgados de lo Mercantil ex art. 86 ter 2 a) LOPJ-; de otro, el art. 50.3 LC se refiere al ejercicio de la acción prevista en el art. 1597 CC –de la que son competentes los Juzgados de Primera Instancia-. En ambos casos, de admitirse a trámite la demanda, se archivará todo lo actuado y carecerán de validez las actuaciones practicadas. Sobre la cuestión, vid. ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, «Aspectos procesales...», cit., pp. 55 y 56.

competencia objetiva sea atribuida al juez del concurso; en segundo lugar, que se trate de una acción nueva, esto es, de una acción interpuesta tras la declaración de concurso; y, por último, que la acción se dirija contra el patrimonio del concursado.

Cuando concurren los presupuestos indicados, el nuevo proceso iniciado por el tercero deberá sustanciarse ante el juez del concurso por los trámites del incidente concursal (art. 192.1.2º LC⁷⁷⁶)⁷⁷⁷.

Por el contrario, el resto de procesos que no reúnan los referidos presupuestos seguirán sus trámites normales ante el tribunal que fuera competente para conocer de la materia.

Antes de comenzar el análisis de la actuación procesal de la administración concursal respecto de los procesos que disciplina el precepto conviene realizar algunas consideraciones.

En primer término, es manifiesta la deficiente y escasa regulación que contempla el art. 50 LC, sobre todo si se pone en relación con lo que preceptúa el art. 54 LC, respecto a aquellos supuestos en los que el patrimonio concursal se sitúa en la posición activa, o el art. 51 LC, respecto a los procesos

⁷⁷⁶ El art. 192.1.2º LC, dedicado a disciplinar el incidente concursal, advierte: «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».

⁷⁷⁷ El incidente concursal se convierte en el cauce procedimental por el que deberá discurrir toda acción civil con trascendencia patrimonial ejercitada por un tercero frente al patrimonio concursal. Este hecho constituye, a nuestro juicio, un despropósito mayúsculo. Adviértase que en el supuesto en el que la acción ejercitada por el tercero deba tramitarse por los cauces del juicio ordinario *ex art. 249 LEC*, la integración en el concurso llevará consigo una sustancial reducción de trámites, con la consecuente pérdida de garantías. De otro lado, cuando la acción ejercitada deba seguir los trámites del juicio verbal *ex art. 250 LEC*, la integración en el concurso llevará consigo el efecto inverso, esto es, un aumento significativo de los trámites procedimentales. Idéntico problema encontramos con los procesos monitorio o cambiario (sobre ambos procesos, *vid.*, CORDÓN MORENO, «Comentario al artículo 50», *cit.*, pp. 590 y ss.). Surge, asimismo, la duda de si los procesos sumarios deben sustanciarse por los trámites del incidente concursal. Nótese que se trata de procesos cuya sentencia no produce efectos de cosa juzgada, y que la sentencia dictada en el incidente concursal si tiene la referida eficacia. De esta suerte, tenemos tres opciones. Podríamos entender, en primer término, que los procesos sumarios, por no tener aquella eficacia, no se deben sustanciar ante el juez del concurso –sino ante juez diferente–; en segundo lugar, que sí se deben tramitar ante el juez del concurso pero por su cauce procesal ordinario; o, por último, que se deben sustanciar por los trámites del incidente concursal ante el juez del concurso pero sin producir los efectos de cosa juzgada.

declarativos pendientes. En particular, sobre los sujetos que deben intervenir en los procesos que contempla el art. 50 LC deberemos realizar una importante tarea de integración normativa.

La determinación de los cauces procedimentales por los que debe sustanciarse el proceso iniciado por el tercero es de vital importancia en la referida tarea de integración normativa.

De un lado, encontramos los procesos nuevos que deban sustanciarse ante el juez del concurso, que deberán tramitarse por los cauces del incidente concursal –siendo de aplicación los artículos 192 a 196 LC-. Este precepto, debemos advertir, no proporciona adecuada respuesta a todos los interrogantes que se plantean en torno a aquellos procesos.

De otro, el resto de procesos que no se deban sustanciar ante el juez del concurso sino ante jueces distintos al del concurso, que seguirán sus trámites normales, pero adoleciendo su regulación, sin embargo, de lagunas normativas que es necesario integrar.

Para colmar los vacíos legales que presenta el art. 50 LC, se nos plantean dos opciones: por una parte, servirnos del art. 54 LC referido al ejercicio de acciones nuevas por la administración concursal o por el deudor frente a terceros y aplicarlo en sentido inverso, esto es, a la posición pasiva; de otra, apoyarnos en el art. 51 LC relativo a los procesos declarativos pendientes que regula los supuestos en los que el deudor se encuentra en la posición activa o pasiva.

A nuestro juicio, la segunda opción es la más razonable. Aunque es cierto que los procesos declarativos en trámite no pueden ser equiparados a los procesos nuevos, en cuanto al tratamiento de los sujetos que intervienen no se producen sustanciales variaciones. De esta suerte, en lo que pueda ser de aplicación, el art. 51 LC deberá utilizarse para integrar las lagunas de aquella norma⁷⁷⁸.

⁷⁷⁸ Sostiene igual criterio, PÉREZ DEL BLANCO, *Efectos procesales...*, cit., pp. 163 y 164.

Descartamos así la aplicación del art. 54 LC. Al estar referido a la posición activa -de la administración concursal o del deudor- encontramos previsiones no aplicables a la posición pasiva y obviamente otras que, de ser de aplicación a la posición pasiva, debieran estar contempladas.

4.3.2. La actuación procesal de la administración concursal en los procesos nuevos iniciados por tercero ante el juez del concurso

4.3.2.1. La actuación procesal de la administración concursal en los procesos nuevos iniciados por tercero ante el juez del concurso decretado el régimen de suspensión

La actuación procesal que puede llevar a cabo la administración concursal vendrá determinada por los cauces marcados por los arts. 192 a 196 LC, relativos al incidente concursal, y el art. 51.2 LC, relativo al régimen de suspensión en los procesos declarativos en trámite.

Conviene recordar que, en el régimen de suspensión, la administración concursal deviene representante necesario del patrimonio concursal. De esta suerte, interpuesta demanda incidental conforme a lo dispuesto en el art. 399 LEC (art. 194.1 LC) por un tercero ante el juez del concurso, la administración concursal, en aquellas materias que recaigan dentro de su ámbito de actuación (art. 51.2 LC)⁷⁷⁹, deberá, si así lo considerara pertinente, contestar a la demanda en el plazo de 10 días⁷⁸⁰ -conforme a lo dispuesto en el art. 405 LEC (art. 194.3 LC)-.

⁷⁷⁹ Lógicamente el plazo de 5 días que prevé el art. 51.2 LC para que la administración concursal se instruya de las actuaciones no es aplicable pues desde el comienzo formará parte del proceso.

⁷⁸⁰ Se reduce, de esta forma, el plazo de 20 días que para la contestación a la demanda prevé el art. 404.1 LEC.

En el caso de que se celebrara la eventual vista *ex art.* 194.4 LC⁷⁸¹, la administración concursal será la encargada, como es lógico, de llevar a cabo las actuaciones necesarias ante el juez del concurso.

En cuanto a la disposición del objeto del proceso, se mantiene el tenor de lo prescrito en el art. 51.2 LC. De esta suerte, la administración concursal necesitará de autorización judicial para la realización de actos que supongan la finalización anormal del proceso o para reproducir la cuestión en la apelación más próxima –siempre que hubiera formulado protesta en el plazo de 5 días-⁷⁸²⁷⁸³.

Es de aplicación, asimismo, el párrafo 2 del art. 51.2 LC, en virtud del cual el deudor podrá mantener su representación y defensa separada por medio de su procurador y abogado, debiendo garantizar, para ello, de forma suficiente, ante el juez del concurso, que los gastos de su actuación procesal y, en su caso, la efectividad de la condena en costas no recaerán sobre la masa concursal⁷⁸⁴.

⁷⁸¹ El art. 194.4 LC establece que la vista se llevará a cabo: «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». Tras la última reforma acometida por Ley 38/2011 se acentúa el carácter excepcional de la vista. Si el Real Decreto-Ley 3/2009 sustituyó la preceptividad de la misma, supeditando su celebración a la previa petición de las partes, con la Ley 38/2011 se intensifica la restricción. Sobre la vista en el incidente concursal tras la Ley 38/2011, vid. SENÉS MOTILLA, «Aspectos procesales de la reforma concursal (Ley 38/2011, de 10 de octubre)», *Cuestiones actuales de Derecho patrimonial desde una perspectiva italo-española*, MURGA FERNÁNDEZ y TOMÁS TOMÁS (coords.), Tirant Lo blanch, Valencia, 2013, pp. 286 a 288 (279-294); y ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, «Aspectos procesales...», cit., pp. 63 y 64.

⁷⁸² Tal y como disciplina el art. 197.4 LC: «contra las sentencias dictadas en incidentes concursales promovidos en la fase común (...) no cabrá recurso alguno, pero las partes podrán reproducir la cuestión en la apelación más próxima siempre que hubieren formulado protesta en el plazo de cinco días».

⁷⁸³ En estos supuestos se puede dar una situación paradójica por cuanto el tribunal que va a autorizar la disposición del objeto del proceso –y en su caso, la denegación- es el mismo que va a resolver sobre aquél –advírtase que el juez que conoce del incidente concursal es el juez del concurso- (en el mismo sentido, PÉREZ DEL BLANCO, *Efectos procesales...*, cit., p. 164).

⁷⁸⁴ Esta solución es también abonada por la dicción del art. 193 LC.

4.3.2.2. La actuación procesal de la administración concursal en los procesos nuevos iniciados por tercero ante el juez del concurso decretado el régimen de intervención

En casos de intervención, el régimen legal aplicable está constituido, de un lado, por los artículos 192 a 196 LC; de otro, en lo posible, por lo dispuesto en el art. 51.3 LC.

Por cuanto el deudor deviene representante necesario del patrimonio concursal, en los procesos que en esta sede estamos abordando, llevará a cabo la misma actuación que acabamos de describir para la administración concursal en el régimen de suspensión. Concorre una excepción: para la realización de actos de disposición del objeto de proceso, el deudor necesitará la autorización de la administración concursal –y no del juez del concurso–.

4.3.3. La actuación procesal de la administración concursal en los procesos nuevos iniciados por tercero ante juez distinto del juez del concurso

4.3.3.1. El régimen legal del artículo 50.4 LC

El art. 50.4 LC determina que las acciones que se ejerciten con posterioridad a la declaración de concurso ante los órdenes contencioso-administrativo, penal y laboral –salvo aquellos supuestos con objeto laboral de los que conoce el juez del concurso *ex art. 8 LC*– quedan excluidas de la competencia del juez del concurso. No quedan afectadas, por tanto, por la *vis attractiva* del proceso concursal⁷⁸⁵.

⁷⁸⁵ En el proyecto de Ley Concursal el art. 49.2 LC rezaba: «los Jueces o Tribunales de los órdenes contencioso-administrativo o penal ante los que se ejerciten, con posterioridad a la declaración del concurso, acciones que pudieran tener trascendencia para el patrimonio del deudor emplazarán a la administración judicial y la tendrán como parte en defensa de la masa, si se personase». Sin embargo, durante el trámite parlamentario se introdujo el orden social a propósito de las enmiendas presentadas al Proyecto de Ley por varios grupos parlamentarios (así, las enmiendas 71 del Grupo de Izquierda Unida, 170 y 202 del Grupo Mixto y 278 del Grupo Socialista –BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A: Proyectos de Ley, 2 de diciembre de 2002, núm. 101-15, pp. 119, 151, 163 y 198, respectivamente). En ellas se establecía: «como ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional en las sentencias 3/83 y 125/91, el derecho laboral tiene un específico carácter compensador e igualador de las desigualdades sociales, a cuyos efectos no sólo sirven las normas sustantivas sino las

En una primera lectura destaca la omisión al orden civil. La ausencia de previsión al respecto es lógica: declarado el concurso, solo las acciones dirigidas contra el concursado referidas en el art. 8.1 LC relativas a los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio o menores o las acciones que no tengan trascendencia para el patrimonio concursal podrán sustanciarse ante los tribunales de primera instancia. No obstante, igual que sostuvimos páginas atrás, si se trata de procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores con repercusión en el patrimonio concursal entendemos que la administración concursal deberá ser emplazada en defensa del patrimonio concursal⁷⁸⁶⁷⁸⁷.

Los procesos incardinables en el art. 50.4 LC se desarrollarán al margen del concurso y se regirán por los parámetros y criterios que respecto de cada orden jurisdiccional procedan. Esto, sin embargo, no es óbice para que con la declaración de concurso surtan efectos sobre la tramitación de aquellos procesos que se sustancien ante los órdenes jurisdiccionales penal, contencioso-administrativo o laboral referidos –y civil en los extremos indicados- que puedan tener trascendencia para el patrimonio. En lo que a nosotros atañe: se reconoce a la administración concursal la condición de “parte”. La previsión es lógica en estrecha coherencia con el fin al que se dirige el concurso y la protección del patrimonio. Se pretende, así, evitar posibles fraudes que pudieran ser cometidos en detrimento de la masa. El problema

procesales, por lo que en concordancia con las enmiendas anteriores, el artículo 49 debe ser redactado en los términos que se propone, para que los trabajadores de las empresas en concurso no se vean desplazados de las garantías sustantivas y vías de defensa procesal que otorga al resto de los trabajadores el derecho laboral». Con la reforma acometida por Ley 38/2011 se mantiene íntegro el contenido del precepto, si bien cambia el orden del apartado que se desplaza del 2 al 4.

⁷⁸⁶ Quedan fuera, por tanto, los procesos civiles cuyo objeto no tenga carácter patrimonial. No obstante, quizá hubiese sido razonable que incluso en estos procesos se previera la personación de la administración concursal para controlar la eventual posibilidad de que surgiera cualquier extremo con relevancia para el patrimonio del concurso.

⁷⁸⁷ Como afirma PÉREZ DEL BLANCO: «el art. 50.2 LC se refiere sólo al ámbito de los procedimientos penales, contencioso-administrativos y laborales dejándose al margen previsión alguna sobre los procedimientos civiles que no se integren en el concurso, por lo que no es un precepto que regule –como se presume en apariencia- todos los procesos que quedan al margen del concurso. Esto tiene su lógica porque los procesos civiles no integrados no tendrán relevancia patrimonial alguna, pero ello no hace descartable –y por lo tanto la Ley debería regularlo- cierta presencia de la administración concursal a efectos de controlar la real intrascendencia patrimonial del objeto del proceso» (*Efectos procesales...*, cit., p. 166). Lo razonable hubiese sido, por tanto, prever la aplicación del art. 50.2 LC respecto de los procesos civiles. De la misma opinión, MARÍN LÓPEZ, «Comentario al artículo 50», cit., p. 477.

radica, de nuevo, en el deficiente empleo de la terminología procesal: la condición de parte que se atribuye a la administración concursal no es tal⁷⁸⁸ pues, como sabemos, aquella condición recae sobre la masa patrimonial.

En el seno del art. 50.4 LC son varias las hipótesis problemáticas que conviene esclarecer. En primer término, puede ser común el desconocimiento de la situación de concurso por parte de aquel que inicia el proceso y, sobre todo, por el órgano jurisdiccional que va a conocer de aquél. En tales casos, en virtud del deber general de colaboración *ex art. 42 LC*, el deudor concursado tendrá la obligación de comunicar el ejercicio de pretensiones en su contra a la administración concursal⁷⁸⁹. El órgano jurisdiccional –contencioso-administrativo, penal⁷⁹⁰ o social- también deberá ser informado de la situación de concurso para modificar, en su caso, el régimen de notificación^{791 792}.

En segundo término, el art. 50.4 LC no distingue entre los regímenes de intervención o suspensión en las facultades patrimoniales del deudor. Esta falta de distinción puede obedecer a un olvido de legislador o a una idea meditada de que, en tales supuestos, la administración concursal sea la que represente a la masa concursal en todo caso, controlando la patrimonialidad de las pretensiones que allí se ejerciten con independencia del régimen decretado. Aun cuando la segunda postura pudiera ser sostenible, no es coherente con una interpretación sistemática del resto de preceptos⁷⁹³. De esta suerte, la

⁷⁸⁸ En contra, GUZMÁN FLUJA, «Las relaciones...», cit., p. 332.

⁷⁸⁹ De la misma opinión, MARÍN LÓPEZ, «Comentario al artículo 50», cit., p. 475.

⁷⁹⁰ Como ya hemos señalado, la eventual personación de la administración concursal en procesos penales irá dirigida a la defensa de la masa concursal en lo atinente a la responsabilidad civil derivada del hecho punible.

⁷⁹¹ Aun cuando de la dicción literal del art. 42 LC se desprende que el deber de colaboración es solo predicable respecto del juez del concurso y los administradores concursales, es razonable entender –como ya apuntábamos páginas atrás- que tal deber de colaboración es también exigible para el resto de órganos cuando la hipotética actuación de colaboración o no colaboración pueda tener repercusión en el patrimonio concursal.

⁷⁹² El principal problema lo podemos encontrar en aquellos supuestos en los que el concursado no comunica, ni a la administración concursal ni al órgano jurisdiccional ante el que se insta el proceso, la situación de concurso. Se dictaría, en tales hipótesis, una resolución sin la presencia de la parte afectada en el proceso, quedando en indefensión. En tales supuestos, procedería plantear el incidente de nulidad de actuaciones –art. 241 LOPJ-.

⁷⁹³ Este criterio es sostenido, entre otros, por PÉREZ DEL BLANCO, *Efectos procesales...*, cit., pp. 167 y 168; MARÍN LÓPEZ, «Comentario al artículo 50», cit., pp. 475 y 476; ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, *La «vis attractiva»...*, cit., p. 237 y «Comentario al artículo 50», *Nueva Ley Concursal: Ley 22/2003, de 9 de julio, comentarios, jurisprudencia aplicable y formularios*, SALA, MERCADAL

administración concursal solo procederá en los términos del art. 50.4 LC en los supuestos de suspensión. Para los supuestos de intervención será el deudor el encargado de actuar en el proceso. Una vez más, serán de aplicación los arts. 51.2 LC, para los supuestos de suspensión, y 51.3 LC, para los casos de intervención, a los que nos remitimos.

Una última cuestión a tratar versa sobre la posibilidad de personación que se concede en el art. 50.4 LC a la administración concursal -«si se personase»-. A nuestro juicio, la personación de la administración concursal, en los supuestos de suspensión, constituye una obligación y no una simple carga procesal⁷⁹⁴. Buena prueba de ello es la responsabilidad que se puede irrogar frente a aquélla por el desarrollo de una actuación no diligente en el ejercicio de sus funciones (arts. 35.1 y 36.1 LC).

4.3.3.2. El emplazamiento a la administración concursal ante otros órdenes jurisdiccionales

El emplazamiento a la administración concursal para su personación en el proceso variará en función del orden jurisdiccional al que pertenezca el tribunal que deba conocer de la demanda ejercitada.

4.3.3.2.1. El emplazamiento a la administración concursal ante la jurisdicción social

En el orden de la jurisdicción social, lo lógico es que el emplazamiento se realice tras el auto de admisión de la demanda. El propio art. 80.1.b. LJS establece, respecto a la forma y contenido de la demanda, que «si la demanda se dirigiese contra una masa patrimonial, patrimonio separado, entidad o grupo carente de personalidad, además de identificados suficientemente, habrá de hacerse constar el nombre y apellidos de quienes aparezcan como administradores, organizadores, directores, gestores, socios o partícipes, y sus

y ALONSO-CUEVILLAS (coords.), Bosch, Barcelona, 2004, p. 292: «nos decantamos por interpretar que la dicción del artículo 50.2 LC se debe a un mero error o gazapo, rigiendo también en este supuesto las reglas ordinarias sobre intervención o suspensión».

⁷⁹⁴ En contra, GUZMÁN FLUJA, para quien la personación de la administración concursal constituye una simple carga («Las relaciones...», cit., p. 331).

domicilios, sin perjuicio de las responsabilidades legales de la masa patrimonial, entidad o grupo y de sus gestores e integrantes».

De esta suerte, interpuesta la demanda ante el Juez de lo Social –y estando decretado el régimen de suspensión- la administración concursal, en caso de ser admitida la demanda (art. 81 LJS), será emplazada por el secretario judicial.

La administración concursal deberá comparecer en el proceso laboral para la celebración de los actos de conciliación y juicio -que son sucesivos *ex art. 86.2 LJS*- en los términos del art. 82 LJS. La administración concursal deberá concurrir desde su comparecencia -ante un eventual juicio-, con todos los medios de prueba de que intente valerse (art. 86.3 LJS)⁷⁹⁵.

En el supuesto en el que el régimen decretado fuera el de intervención, el deudor personado en el proceso laboral necesitará de la autorización de la administración concursal para llevar a cabo actos aquellos que supongan la disposición del objeto del proceso –en aplicación supletoria del art. 51.3 LC-.

4.3.3.2.2. El emplazamiento a la administración concursal ante la jurisdicción contencioso-administrativa

A priori, en los procedimientos sustanciados ante el orden contencioso-administrativo, la eventual personación de la administración concursal puede parecer anecdótica a la vista de lo dispuesto en los arts. 1.1 y 3 LJCA -referidas a las pretensiones de las que conocen los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo-. En cualquier caso, la intervención de la administración concursal es viable a la vista de quienes pueden ser partes demandadas *ex art. 21.1 LJCA*: «a) las Administraciones públicas o cualesquiera de los órganos mencionados en el artículo 1.3 contra cuya actividad se dirija el recurso. b) Las personas o entidades cuyos derechos o

⁷⁹⁵ Para el resto de aspectos nos remitimos a los arts. 82 y ss. LJS de los que se puede inferir la actuación procesal de la administración concursal en los procesos laborales.

intereses legítimos pudieran quedar afectados por la estimación de las pretensiones del demandante»⁷⁹⁶.

De esta suerte, interpuesto recurso contencioso-administrativo, el secretario judicial del juzgado o tribunal que esté conociendo del proceso requerirá a la Administración pública demandada que le remita el expediente administrativo⁷⁹⁷, ordenándole la práctica de aquellos emplazamientos previstos en el art. 49 LJCA (art. 48 LJCA). Según el art. 49 LJCA, «la resolución por la que se acuerde remitir el expediente se notificará en los cinco días siguientes a su adopción, a cuantos aparezcan como interesados en él, emplazándoles para que puedan personarse como demandados en el plazo de nueve días. La notificación se practicará con arreglo a lo dispuesto en la Ley que regule el procedimiento administrativo común».

4.3.3.2.3. El emplazamiento a la administración ante la jurisdicción penal

La administración concursal solo podrá ser emplazada en un hipotético proceso penal en lo atinente a la responsabilidad civil que pudiera recaer sobre el concursado. En concreto, son dos los supuestos que pueden ser planteados: de un lado, que el concursado haya cometido un hecho punible del que se derive responsabilidad civil; de otro, que el concursado sea responsable civil del hecho cometido por otra persona.

Con carácter previo conviene señalar que, atendiendo al art. 589 LECr, en aquellos supuestos en los que del sumario resulten indicios de criminalidad contra el concursado y el juez de lo penal exija fianza para asegurar las responsabilidades pecuniarias derivadas del hecho punible, ésta deberá ser prestada, en su caso, por la administración concursal. Asimismo, siguiendo el tenor del art. 615 LECr, cuando en la instrucción del sumario haya constancia de la existencia de responsabilidad civil de un tercero -en este caso el deudor-,

⁷⁹⁶ Y sigue rezando el precepto: «c) las aseguradoras de las Administraciones públicas, que siempre serán parte codemandada junto con la Administración a quien aseguren».

⁷⁹⁷ Como señala el art. 48.1 LJCA: «el expediente se reclamará al órgano autor de la disposición o acto impugnado o a aquél al que se impute la inactividad o vía de hecho».

el juez exigirá fianza, a instancia del actor civil, a la persona contra quien resulte la responsabilidad. En este supuesto, de nuevo la administración concursal será la encargada de prestar fianza.

En cualquier caso, tanto si el concursado resulta penalmente responsable de un hecho punible del que se deriva responsabilidad civil como si el concursado es responsable civil del hecho cometido por otra persona, el emplazamiento a la administración concursal, entendemos, deberá realizarse una vez haya quedado determinada la eventual responsabilidad civil, esto es, una vez presentado el escrito de calificación *ex art. 650 LECr*.

RIASSUNTO CAPITOLO V

Per raggiungere la finalità alla quale s'indirizza il processo fallimentare, cioè, la soddisfazione dei creditori di un debitore comune, la LC stabilisce due soluzioni: il concordato e/o la liquidazione.

In qualsiasi delle due opzioni in cui possa sfociare il fallimento è necessario determinare, in modo preventivo, i beni e diritti che compongono il patrimonio fallimentare –massa attiva del fallimento- e quali sono i crediti la cui soddisfazione si vuole raggiungere attraverso il fallimento –massa passiva del fallimento-. Entrambi compiti, di carattere imperativo, integrano la c.d. “fase común” del fallimento.

Nella determinazione dei beni e diritti che contraddistinguono la massa attiva del fallimento e nel riconoscimento dei crediti che costituiscono la massa passiva, assume un ruolo fondamentale il curatore fallimentare. Infatti il parere di quest'ultimo, sia nell'inclusione sia nell'esclusione dei crediti della massa passiva –con il riconoscimento del suo importo e la sua classificazione- è incluso, rispettivamente, nell'inventario e nella lista dei creditori.

Insieme ai compiti preannunciati –che saranno oggetto d'analisi nel presente Capitolo- la LC attribuisce al curatore fallimentare l'esercizio di un insieme di azioni, variate e di diverso contenuto, molto importanti per la costituzione del patrimonio concorsuale. A causa della cospicua varietà delle stesse e dell'impossibilità di studiarle tutte, nel presente Capitolo ci concentreremo nell'approfondire le azioni rescissorie fallimentari e quelle d'impugnazione regolate sotto la rubrica di “azioni di reintegrazione della massa” negli artt. 71 a 73 LC.

1. Azioni rescissorie

Il modello di reintegrazione disegnato dalla LC, disciplinato dagli artt. 71 a 73, permette l'esercizio, insieme all'azione rescissoria fallimentare, di altre

azioni d'inefficacia che si possono proporre già prima della dichiarazione di fallimento. Facciamo riferimento, tra le altre, all'azione revocatoria ordinaria o pauliana, di nullità, di annullabilità, surrogatoria e qualsiasi azione che si può esercitare prima della dichiarazione di fallimento.

In particolare, l'azione rescissoria fallimentare permette, dichiarato il fallimento, la rescissione di quelli atti pregiudiziali per la massa attiva realizzati dal debitore entro i due anni precedenti la data di dichiarazione di fallimento, anche se non esista un intento fraudolento. Per le altre azioni di reintegrazione –diverse dell'azione rescissoria fallimentare- non è applicabile il termine di due anni che, dalla dichiarazione di fallimento, è fissato dall'art. 71 LC per l'azione rescissoria fallimentare. Così, quelle seguiranno i termini previsti dalle singole disposizioni normative che le disciplinano.

Rispetto delle azioni rescissorie non fallimentari, anche se diverse, hanno una nota comune: con le stesse si commina l'inefficacia dell'atto o negozio realizzato dal fallito prima della dichiarazione di fallimento.

Le azioni non fallimentari possono essere esercitate prima o dopo la dichiarazione di fallimento, sebbene il regime giuridico applicabile sia diverso. Infatti, se l'azione si fosse esercitata prima della dichiarazione di fallimento e il processo dichiarativo suddetto fosse in corso, le regole applicabili sarebbero quelle contenute nell'art. 51 LC. All'inversa, se l'azione fosse esercitata dopo la dichiarazione di fallimento –rispetto agli atti o negozi conclusi prima della dichiarazione di fallimento- le regole del gioco sarebbero diverse. Così, l'azione sarebbe di competenza del giudice fallimentare (art. 71.7 LC) e, attraverso l'incidente concorsual *ex artt.* 192 a 196 LC (art. 72.4 LC), la "legittimazione attiva", secondo il tenore dell'art. 72.1 LC, ricadrebbe sul curatore fallimentare.

La "legittimazione attiva" per l'esercizio dell'azione rescissoria fallimentare e delle altre d'impugnazione ricade in via principale sul curatore fallimentare, e in via sussidiaria sui creditori, nei termini dell'art. 72.1 LC.

Ci concentreremo in questo Capitolo sull'interesse che esiste nell'esercizio delle azioni di reintegrazione per comprendere su chi ricade la legittimazione.

Se l'interesse, come fondamento della legittimazione, viene definito nel suo verso positivo come il vantaggio o utilità giuridica che si avrebbe nel caso di successo della pretesa esercitata nel processo, dobbiamo domandarci su chi ricade l'utilità di esercitare le riferite azioni di reintegrazione.

Una parte della dottrina intende che l'utilità di esercitare le azioni di reintegrazione ricade, in maniera immediata, sulla sfera giuridica dei creditori. Ancora di più, si pensa che la legittimazione attribuita al curatore fallimentare costituisca una legittimazione per sostituzione in quanto la titolarità del diritto soggettivo che si fa valere tramite lo stesso corrisponde, in realtà, ai creditori. Ma è veramente così?

Se analizziamo i presupposti dell'esercizio delle azioni di reintegrazione, troveremo la chiave per risolvere questa questione. In particolare, per quanto riguarda l'azione di reintegrazione fallimentare, l'art. 71 LC stabilisce che devono essere atti pregiudizievoli per la massa attiva. Nel pregiudizio alla massa attiva risiede, quindi, l'interesse come fondamento della legittimazione.

Secondo il parere di quelli che sostengono che i creditori sono i titolari del diritto soggettivo in virtù del quale agisce il curatore fallimentare, si starebbe affermando che la formula sancita dal legislatore "atti pregiudizievoli per la massa attiva" è equivalente a dire atti pregiudizievoli per i creditori. Insieme al tenore del precetto, secondo un'interpretazione sistematica e finalista dello stesso, apprezziamo una dissociazione tra il pregiudizio alla massa attiva e il pregiudizio dei creditori.

Posto che l'interesse che si persegue è quello della massa fallimentare, nuovamente si verifica nelle azioni di reintegrazione un fatto che sosteniamo nella nostra ricerca: il curatore fallimentare esercita azioni che appartengono alla massa come strumento necessario per rendere possibile che il patrimonio fallimentare possa agire in giudizio. Quest'attribuzione per l'esercizio delle azioni di reintegrazione compete al curatore fallimentare sia nei casi in cui si fosse stabilito il regime di *suspensión* sia in quelli in cui si fosse stabilito il regime d'*intervención*.

La nostra soluzione, che fa ricadere nel patrimonio fallimentare –né nel debitore né nei creditori- il centro di gravità, permette di chiarire certe situazioni che, altrimenti, non avrebbero spiegazione.

Lo scenario descritto permette di affermare due idee. La prima riguarda il fenomeno della successione processuale che difendevamo nell'analizzare l'art. 51.3 LC che fa riferimento al regime d'*intervención*. Nella situazione descritta si conferma la tesi sostenuta in quel momento. Infatti, si è dimostrato che non soltanto nei casi di *suspensión*, ma anche in quelli d'*intervención*, la legittimazione per l'esercizio di azioni di reintegrazione ricade sul patrimonio fallimentare.

Un secondo argomento ci permette anche di sostenere la seguente soluzione: nell'esercizio di azioni di reintegrazione, la legittimazione passiva ricade sul debitore –e su coloro che siano parte dell'atto impugnato- (art. 72.3 LC). Questo fatto ci allontana inevitabilmente della posizione dottrinale che afferma che quando il curatore fallimentare esercita azioni lo fa come rappresentante del debitore, avendo questo la qualità di parte. A sostenere che il curatore fallimentare è rappresentante del debitore, si incapperebbe in una contraddizione in termini. Infatti, si affermerebbe che il curatore fallimentare, rappresentante del debitore, propone domanda contro colui che rappresenta. Quest'affermazione è giuridicamente insostenibile.

La determinazione dell'ambito temporale per l'esercizio delle azioni di reintegrazione non è una questione banale. L'attribuzione del suo esercizio al curatore fallimentare ci permette di stabilire quale sia il momento giusto per la sua proposizione.

Il primo presupposto per l'esercizio di azioni di reintegrazione da parte del curatore fallimentare si rinviene, ovviamente, nell'accettazione dell'incarico. Fissato il presupposto logico, conviene indagare sul momento giusto per l'esercizio di azioni di reintegrazione per il curatore fallimentare. A nostro avviso, questo momento coincide con la presentazione dell'inventario della massa attiva ex art. 82 LC.

Posto che la presentazione dell'inventario costituisce il momento idoneo per l'esercizio di azioni di reintegrazione sovengono, però, alcuni dubbi che conviene eliminare. Così, l'assenza di tali azioni nell'inventario è motivo di impugnazione dello stesso? E invece, l'inclusione di queste, obbliga il curatore fallimentare al suo esercizio in un momento successivo?

Per quanto riguarda la prima domanda, a nostro avviso, non è possibile l'impugnazione. In effetti, l'art. 96.2 LC, che fa riferimento all'impugnazione dell'inventario, non contempla tra le cause di impugnazione la non inclusione di azioni che debbano essere esercitate dal curatore fallimentare.

Conviene sottolineare, egualmente, che la non inclusione di certe azioni nell'inventario – perchè non sia possibile o per qualsiasi circostanza - non impedisce il suo esercizio futuro.

Per quanto riguarda la seconda questione, ci pare logico pensare che l'inclusione di azioni nell'inventario da parte del curatore fallimentare obbliga lo stesso al suo esercizio in momento venturo. Occorre, tuttavia, sottolineare che non esiste un modo per obbligare il curatore fallimentare ad esercitare un'azione preannunciata nell'inventario, a parte l'eventuale responsabilità ex art. 36 LC per danni e pregiudizi alla massa.

Neanche la citata azione di responsabilità è chiara, in quanto la legittimazione sussidiaria, che la LC riconosce ai creditori per l'esercizio delle azioni di reintegrazione, esclude quella possibilità e, in tutti i casi, obbliga a considerare anche l'eventualità di una colpa concorrente tra i creditori e il curatore fallimentare che non agisce.

Esiste, tuttavia, un caso di responsabilità del curatore fallimentare nel caso in cui la mancanza di esercizio dell'azione di reintegrazione, richiesta espressamente e in modo preventivo dai creditori, provochi la prescrizione o caducità dell'azione, pregiudicando così la massa concorsuale.

Per ultimo, ci pronunceremo su una questione controversa: fino a che momento possono esercitarsi le azioni di reintegrazione? A priori, la risposta è chiara: fino alla conclusione del fallimento.

Il momento in cui si esercita l'azione di reintegrazione, sia nella "fase común" che in quella di concordato o liquidazione, apre alcuni interrogativi a cui bisognerebbe rispondere in questa sede, le cui risposte però esorbitano dallo scopo di questo riassunto, il quale deve rimanere tale. Rimandiamo, quindi, al testo principale della tesi.

2. L'inventario e l'elenco dei creditori

All'interno del fallimento sono molto importanti l'inventario e l'elenco dei creditori. Entrambi i documenti, che delimitano la massa attiva e quella passiva del fallimento, costituiscono le basi da cui partire per arrivare alla conclusione della procedura fallimentare, pertanto della loro corretta formazione deve, conseguentemente, essere garantita la tutela giurisdizionale.

Nel fallimento, l'inventario e l'elenco dei creditori vengono a delimitare l'elemento essenziale di tutela fissando, da un lato, i beni e i diritti che compongono la massa attiva e, dall'altro, l'esistenza e la natura dei crediti che formano la massa passiva.

La suddetta mansione è attribuita al curatore fallimentare, potendo essere impugnati quei documenti davanti al giudice del fallimento.

L'inventario e la lista dei creditori non sono semplici documenti privati: una volta concluso l'*iter* d'impugnazione formano parte degli atti giudiziari del processo fallimentare. Il curatore fallimentare non agisce, nella redazione di questi documenti, come perito designato dal giudice il cui parere può essere valutato liberamente dallo stesso. Infatti, se non impugnati, l'attivo e il passivo del debitore vengono fissati in questi documenti e tutti i soggetti che agiscono nel fallimento, anche il giudice, operano su quella base.

È ovvio che la mansione attribuita al curatore fallimentare nell'elaborazione dell'inventario e della lista dei creditori è molto simile a quella dei periti –natura

tecnica-, ma diversa in quanto la sua efficacia è vincolante all'interno del fallimento.

3. La formazione dell'inventario all'interno del fallimento

Generalmente all'inventario viene attribuita, in dottrina e in giurisprudenza, una funzione informativa; infatti, la volatilità della massa attiva impedisce che l'inventario possa avere un'altra funzione.

Nell'inventario, il curatore fallimentare deve includere tutti i beni e diritti del debitore che integrano la massa fallimentare e una loro valutazione alla data di chiusura (art. 82.1 LC) secondo il suo valore di mercato (art. 82.3 LC). L'inventario offre quindi l'immagine fedele della massa attiva in un momento determinato.

La finalità dell'inventario è quella di fornire le informazioni necessarie per valutare la possibilità della continuazione dell'attività imprenditoriale, di un eventuale concordato e, nel caso, della liquidazione.

4. La formazione della lista dei creditori all'interno del fallimento

L'elenco dei creditori elaborato dal curatore fallimentare permette ai soggetti in esso riconosciuti di partecipare alla procedura e ottenere, nel caso, la soddisfazione del credito. Se il credito non viene riconosciuto nell'elenco dei creditori, anche se esistente, non può essere fatto valere all'interno del fallimento. La funzione dell'elenco dei creditori è, quindi, diversa da quella riconosciuta all'inventario.

L'elaborazione dell'elenco dei creditori da parte del curatore fallimentare, deve includere o escludere i crediti rilevati dal processo che si devono includere in liste separate –inclusi o esclusi- (art. 94.1 LC).

L'elenco dei creditori, risultato esplicito della mansione di riconoscimento e verifica realizzata dal curatore fallimentare, costituisce, quindi, una dichiarazione di diritti di credito che fissano il percorso del fallimento. Si tratta di un documento che fissa la massa passiva del fallimento e la posizione di ogni creditore.

5. L'impugnazione dell'inventario e la lista dei creditori e la posizione giuridico processuale del curatore

L'impugnazione dell'inventario e dell'elenco dei creditori è molto importante, rappresentando il momento in cui il giudice verifica la correttezza delle funzioni svolte dal curatore fallimentare.

La presentazione dell'inventario e della lista dei creditori –insieme al parere– al giudice fissa la posizione del curatore fallimentare rispetto a quanto stabilito in questi documenti. Questo ha due importanti conseguenze: in primo luogo, non è possibile una modificazione posteriore dei documenti se non attraverso la sua impugnazione tramite l'incidente concursal *ex art. 96 LC*; in secondo luogo, in questi viene determinata la posizione che di fronte ad una eventuale impugnazione difenderà, a priori, il curatore fallimentare.

L'impugnazione dell'inventario e della lista dei creditori costituisce il meccanismo attraverso il quale qualche interessato può far valere i suoi diritti nel fallimento contro la previa attività di formazione delle masse attiva e passiva svolta dal curatore fallimentare.

Secondo il tenore dell'art. 96 LC, le parti in giudizio e gli altri interessati possono impugnare l'inventario allo scopo di includere o escludere beni e diritti o di aumentare o diminuire la valutazione degli stessi (art. 96.2 LC) o la lista dei creditori per chiedere l'inclusione o esclusione dei crediti, così come la quantità o la classificazione di quelli riconosciuti (art. 96.3 LC). L'*iter* per l'impugnazione dell'inventario e della lista dei creditori sancito dall'art. 96.5 è l'incidente concursal.

Per quanto riguarda la legittimazione passiva l'art. 96.1 LC non stabilisce nulla. Tuttavia, sebbene l'art. 194.1 LC attribuisca all'attore l'onere di individuare nella domanda i soggetti contro i quali si chiede tutela –nella sua remissione all'art. 399 LEC–, l'art. 193.1 LC amplia la condizione di convenuto a qualsiasi soggetto che sostenga una posizione diversa da quella della parte attiva.

Secondo quanto descritto, la condizione di attore appartiene a colui che

presenta la domanda, sia esso il fallito oppure i creditori. All'inverso, la posizione di convenuto ricade su coloro contro cui si richiede la tutela. Nel caso d'impugnazione dell'inventario o della lista dei creditori, devono avere la qualità di convenuti, il curatore fallimentare –come creatore di entrambi i documenti-, coloro che subiscono un pregiudizio diretto dall'impugnazione e, secondo il tenore dell'art. 193 LC, qualsiasi altro che sostenga una posizione diversa da quella della parte attiva. A nostro avviso, anche il debitore deve essere convenuto.

La questione controversa riguarda la legittimazione passiva e la posizione che occupa il curatore fallimentare nell'eventuale incidente d'impugnazione dell'inventario e della lista dei creditori. Esiste accordo in dottrina sul fatto che la domanda incidentale d'impugnazione di entrambi i documenti deve indirizzarsi, sempre, al curatore fallimentare.

Ma, cosa accade se l'attore non esercita azione contro il curatore fallimentare? A nostro avviso, si produce un'errata formazione della *litis*. Nell'incidente concursal esistono due classi di convenuti, in primo luogo, quelli espressamente indicati nella domanda incidentale, che dipendono della libera elezione dell'attore, per quanto la mancanza di qualcuno di loro costituisce un caso di litisconsorzio passivo necessario; in secondo luogo, le parti che intervengono nell'incidente sostenendo posizioni contrarie a quella attiva, che sono parti sopravvenute per ragione dell'intervento processuale.

Quest'affermazione implica che, in quei casi in cui la parte attiva non esercita l'azione contro il curatore fallimentare si produce un'inadeguata costituzione della *litis*. Intendiamo che il giudice fallimentare, ex art. 184.1 LC, deve notificarla al curatore fallimentare ma, di essere ammessa la domanda, chiamato il curatore fallimentare, questo può addurre la mancanza di litisconsorzio passivo necessario (art. 416.1.3° LEC), anzi, il difetto legale nel modo di proporre la domanda (art. 416.1.5° LEC).

Invece, anche se non è facile stabilire in che condizione agisce il curatore fallimentare, a nostro avviso, la sua condizione di parte, in questa sede, ci pare

indiscutibile. Non agisce, quindi, come rappresentante necessario del patrimonio fallimentare. Il curatore fallimentare, nell'elaborazione dei documenti –inventario e lista dei creditori- ha un ruolo della quale mancanza di compimento deve rispondere. Tuttavia, questo fatto non determina né la sua condizione di parte né la legittimazione passiva. La sua condizione di parte viene determinata dalla titolarità del rapporto giuridico-materiale dell'incidente concorsuale come creatore dell'inventario e della lista dei creditori. Avrebbe, quindi, legittimazione passiva in virtù dell'ufficio.

CAPÍTULO V

OTRAS ACTUACIONES PROCESALES DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL EN LA FORMACIÓN DE LAS MASAS ACTIVA Y PASIVA DEL CONCURSO

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

Para lograr la finalidad a la que se dirige el proceso concursal, esta es, la satisfacción de los acreedores de un deudor común, la LC arbitra dos soluciones: el convenio y/o la liquidación.

En cualquiera de las dos vías en las que desemboque el concurso es necesario determinar, con carácter previo, qué bienes y derechos conforman el patrimonio concursal –masa activa del concurso- y cuáles son los créditos cuya satisfacción se pretende alcanzar por medio del concurso de acreedores – masa pasiva del concurso-. Ambas labores, de carácter imperativo, integran lo que la LC denomina “fase común” del concurso.

En la determinación de los bienes y derechos que conforman la masa activa del concurso y en el reconocimiento de los créditos que constituyen la denominada masa pasiva, la administración concursal detenta un papel de vital importancia. El parecer de la administración concursal tanto en la inclusión o exclusión de los bienes y derechos de la masa activa como en la inclusión o exclusión de los créditos de la masa pasiva -con el reconocimiento de su importe y clasificación- se plasma, respectivamente, en el inventario y en la lista de acreedores. Ambos documentos deberán ser presentados por la administración concursal ante el juez del concurso, junto con el informe sobre la situación patrimonial del concursado (art. 75.2 LC), en el plazo de dos meses desde la fecha de aceptación del administrador concursal –si la administración concursal es unipersonal- o desde la aceptación de uno de los dos

administradores concursales designados –si la administración concursal es bimembre- (art. 74. 1 LC⁷⁹⁸)⁷⁹⁹.

Junto a los cometidos expuestos –que serán objeto de análisis en el presente Capítulo-, veámos en el Capítulo IV la labor que, en la defensa del patrimonio concursal, en casos de suspensión, o en su necesaria autorización o conformidad, en casos de intervención, lleva a cabo la administración concursal respecto a los procesos declarativos pendientes en el momento de la declaración de concurso (art. 51 LC) o nuevos (arts. 50 y 54 LC).

Junto a la descrita actuación procesal de la administración concursal en los referidos procesos, la LC atribuye a la administración concursal el ejercicio de

⁷⁹⁸ Respecto al art. 74.1 LC debemos realizar una interpretación correctora. El citado precepto dispone: «el plazo para la presentación del informe de los administradores concursales será de dos meses, contados a partir de la fecha en que se produzca la aceptación de dos de ellos». De la dicción literal se desprende que, en lo que a la estructura de la administración concursal se refiere, el precepto no ha sido adaptado a la reforma acometida por Ley 38/2011. Piénsese, así, en los supuestos en los que la administración concursal está integrada por un único miembro. De otro lado, la referencia a «la aceptación de dos de ellos» contenida en el art. 74.1 LC no encuentra adecuado encaje en su trasplante normativo a los supuestos de estructura bimembre. Esta debería ser interpretada como aceptación de uno de ellos. A la vista de lo descrito, el precepto debería estar formulado del siguiente modo: «el plazo para la presentación del informe de la administración concursal será de dos meses, contados a partir de la fecha en que se produzca la aceptación del administrador concursal designado en caso de estructura unipersonal o de al menos uno de ellos en caso de estructura bimembre».

Tras la referida reforma de 2011, se introducen dos nuevos apartados -2 y 3- que permiten que el plazo de dos meses para la presentación del informe sea prorrogado por el juez del concurso. De un lado, el apartado 2º dispone: «el plazo de presentación podrá ser prorrogado por el juez: 1.º en caso de que concurren circunstancias excepcionales, a solicitud de la administración concursal presentada antes de que expire el plazo legal, por tiempo no superior a dos meses más. No obstante, el administrador que haya sido nombrado en, al menos, tres concursos en tramitación no podrá solicitar prórroga para la emisión de su informe, salvo que justifique que existen causas ajenas a su ejercicio profesional. 2.º si al vencimiento del plazo de dos meses no hubiera concluido el plazo de comunicación de créditos, a solicitud de la administración concursal, hasta los cinco días siguientes a la conclusión del plazo» . De otro, el apartado 3º preceptúa: «cuando el número de acreedores sea superior a dos mil, los administradores concursales podrán solicitar una prórroga por tiempo no superior a cuatro meses más».

Por último, señalar que, desde 2011, en los supuestos en los que se hubiera acordado el procedimiento abreviado, la entrega por la administración concursal del inventario y la lista de acreedores, de un lado, y del informe descriptivo de la situación patrimonial del deudor ex art. 75 LC, de otro, se producen en momentos distintos. En concreto, advierten los apartados 1 y 2 del art. 191 LC: «1. el administrador concursal deberá presentar el inventario de bienes y derechos de la masa activa dentro de los 15 días siguientes a la aceptación del cargo. 2. el administrador concursal deberá presentar el informe previsto en el artículo 75 en el plazo de un mes, contado a partir de la aceptación del cargo. Razonadamente, podrá solicitar al juez una prórroga que en ningún caso excederá de 15 días».

⁷⁹⁹ Cfr. VEGAS TORRES, «Los aspectos procesales del concurso», *La Ley Concursal y los aspectos sociales*, RÍOS SALMERÓN y SEMPERE NAVARRO (dirs.), Laborum, Murcia, 2004, p. 119.

un conjunto de acciones, variadas y de distinto alcance, de importante calado en la conformación del patrimonio concursal. Entre otras: las contempladas en el art. 40.7 LC -acción de anulabilidad-; en el art. 48.1 LC -acción contra el socio o socios personalmente responsables por las deudas de ésta anteriores a la declaración de concurso-; en el art. 48.2 LC -acción para el desembolso de las aportaciones sociales diferidas y de las prestaciones accesorias pendientes de cumplimiento-; en el art. 61.2.2º LC -acción de resolución de contratos con obligaciones recíprocas-; en el art. 64.2 LC -modificación sustancial de las condiciones de trabajo y la extinción o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en que sea empleador el concursado-; en el art. 65.1 LC -extinción o suspensión de los contratos con el personal de alta dirección-; en el art. 70.1 LC -enervación de la acción de desahucio-; en el art. 72.1 LC -acciones rescisorias y demás de impugnación-; en el art. 72.2 LC -acciones rescisorias y demás de impugnación contra acuerdos de refinanciación-; y, en el art. 80.1 LC -ejercicio del derecho de separación-.

Ante tal variedad y la imposibilidad de abarcar todas ellas, en el presente capítulo nos centraremos en las denominadas acciones rescisorias concursales y demás de impugnación reguladas bajo la rúbrica de «acciones de reintegración de la masa» en los arts. 71 a 73 LC. Las conclusiones a las que lleguemos con nuestra investigación serán, con las salvedades oportunas, extensibles al resto de acciones.

Conviene advertir, por último, que tanto en lo atinente al ejercicio de acciones como en lo relativo a la formación del inventario y la lista de acreedores, en lo posible, cercaremos el ratio de nuestra investigación a conocer la posición jurídico procesal que ostenta la administración concursal en la realización de tales cometidos.

2. EL EJERCICIO DE ACCIONES DE REINTEGRACIÓN POR LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL. EN PARTICULAR, SOBRE EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN RESCISORIA CONCURSAL Y OTRAS ACCIONES DE IMPUGNACIÓN.

2.1. Régimen general

El modelo de reintegración diseñado por el legislador de 2003, disciplinado en los arts. 71 a 73 LC, permite el ejercicio, junto a la acción rescisoria concursal, de otras acciones de ineficacia que ya podían instarse antes de la declaración de concurso⁸⁰⁰. Así se infiere del art. 71.7 LC «el ejercicio de las acciones rescisorias no impedirá el de otras acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a Derecho» y del art. 72.1 LC «la legitimación activa para el ejercicio de las acciones rescisorias y demás de impugnación (...)». Nos referimos, entre otras, a las acciones revocatoria ordinaria o pauliana, de nulidad, de anulabilidad, subrogatoria y cualesquiera otras que pudieran ejercitarse antes de concurrir la declaración de concurso⁸⁰¹.

En particular, la acción rescisoria concursal permite, declarado el concurso, la rescisión de aquellos actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, aunque no concurriera intención fraudulenta⁸⁰². El legislador concursal, consciente de la dificultad que puede entrañar la prueba del perjuicio, arbitra dos tipos de presunciones en los apartados 2 y 3 del art. 71

⁸⁰⁰ En el Ordenamiento jurídico italiano, siguiendo a NIGRO y VATTERMOLI, podemos afirmar que «la reintegrazione in sede fallimentare del patrimonio del debitore è conseguibile sia con lo strumento di diritto comune dell'azione revocatoria ordinaria di cui agli artt. 2901 ss. c.c. (che il curatore fallimentare può azionare: art. 66) e sia, soprattutto, con lo strumento di diritto speciale della revocatoria fallimentare, prevista e disciplinata dagli artt. 64-65 e 67-69, che si collega direttamente, quanto a logica, alla revocatoria ordinaria, al cui *genius* del resto appartiene (v. Art. 2904 c.c.), ma dalla quale si differenzia quanto a portata e modo di operare» (*Diritto della crisi delle imprese...*, cit., p. 162).

⁸⁰¹ Sin embargo, a juicio de NIGRO y VATTERMOLI, cuando se ejercita dentro del concurso la acción revocatoria ordinaria, ésta sufre ciertas modificaciones. Así, «il suo "innesto" in una procedura fallimentare determina infatti la sua trasformazione da strumento di tutela individuale del singolo creditore a strumento di tutela collettiva della massa dei creditori» (*ibidem*, p. 163).

⁸⁰² En el Ordenamiento jurídico italiano también se aplican mecanismos de «retrodatazione legale dello stato di insolvenza» (*ibidem*, p. 164). Estos mecanismos, en función del tipo de acto, varían desde los dos años para los actos a título gratuito, un año para los actos anormales de gestión y seis meses para los actos normales.

LC. La primera presunción, contenida en el apartado 2, es *iure et de iure* y acoge un único supuesto de hecho: «el perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso, excepto si contasen con garantía real, en cuyo caso se aplicará lo previsto en el apartado siguiente»⁸⁰³; la segunda presunción, disciplinada en el apartado 3, es *iuris tantum* y abarca tres supuestos distintos: «salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos: 1.º Los dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado. 2.º La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas. 3.º Los pagos u otros actos de extinción de obligaciones que contasen con garantía real y cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso». Para el resto de supuestos que no alberga la norma, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria (art. 71.4 LC)⁸⁰⁴.

El resto de acciones de reintegración –distintas a la acción rescisoria concursal- no están sometidas al plazo de dos años que, desde la declaración de concurso, fija el art. 71.1 LC para la acción rescisoria concursal. De esta

⁸⁰³ De igual modo acontece en el Ordenamiento jurídico italiano, en el que los actos de disposición a título gratuito son “automáticamente” ineficaces. En este sentido, «non vi è bisogno di una pronunzia di revoca da parte del giudice (si parla di *revoca ex lege*)» (*ibidem*, p. 167).

⁸⁰⁴ No podrán ser objeto de rescisión los supuestos de hecho contemplados en los apartados 5 y 6 del art. 71 LC. El apartado 5º establece: « en ningún caso podrán ser objeto de rescisión: 1.º Los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales. 2.º Los actos comprendidos en el ámbito de leyes especiales reguladoras de los sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados. 3.º Las garantías constituidas a favor de los créditos de Derecho Público y a favor del FOGASA en los acuerdos o convenios de recuperación previstos en su normativa específica». El apartado 6, por su parte, dispone: «no podrán ser objeto de rescisión los acuerdos de refinanciación alcanzados por el deudor, así como los negocios, actos y pagos, cualquiera que sea la forma en que se hubieren realizado, y las garantías constituidas en ejecución de tales acuerdos cuando en virtud de éstos se proceda, al menos, a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas(...)». Para ello, deberán reunirse los presupuestos que fija el propio apartado 6.

suerte, aquéllas se regirán por los plazos que, respecto de cada acción, contemple el cuerpo normativo donde se hallen disciplinadas.

Respecto de las acciones rescisorias extraconcursoales, pese a su diversidad, concurre una nota común: con todas ellas se pretende la ineficacia del acto o negocio realizado por el concursado con anterioridad a la declaración de concurso. La naturaleza jurídica de la ineficacia jurídica puede ser estructural, esto es que responda a la concurrencia de un vicio en el acto o negocio jurídico –y correspondería instar la acción de nulidad⁸⁰⁵ o anulabilidad⁸⁰⁶ - o funcional, atendiendo a los perjuicios que respecto de terceros ocasiona ese acto o negocio jurídico –siendo ejercitable la acción de rescisión-⁸⁰⁷. Quedan al margen aquellas acciones que, respecto de determinados actos o negocios, con ocasión de la declaración de concurso, quedan sujetas a un régimen propio. Así acontece, entre otras, con la acción de anulabilidad *ex art. 40.7 LC* respecto a los actos realizados por el deudor infringiendo las limitaciones a las facultades de administración y disposición

⁸⁰⁵ En términos generales, nuestro legislador sanciona con nulidad los actos y negocios jurídicos contrarios a una norma imperativa, siempre que no se establezca un efecto distinto para el caso de contravención (art. 6.3 CC). La acción de nulidad también es ejercitable cuando se celebra un negocio jurídico que carece de alguno de sus elementos esenciales (art. 1261 CC). En el concurso de acreedores es habitual la celebración de un negocio jurídico con falsedad o inexistencia de la causa. Cuando nos encontramos ante una simulación absoluta del negocio podría instarse, en primer término, la acción de nulidad y, subsidiariamente, la acción rescisoria concursal, para que en caso de que la primera fuera desestimada, se estimara la segunda. Asimismo, puede ocurrir que el juez aprecie no una simulación absoluta sino una simulación relativa –por ejemplo porque se declarara el negocio traslativo gratuito y no oneroso- pudiendo de esta forma operar la acción rescisoria concursal atendiendo a la presunción de perjuicio que establece el art. 71.2 LC. Vid., en tal sentido, SANCHO GARGALLO, «Reintegración de la masa del concurso: aspectos procesales de la acción rescisoria concursal», *Revista jurídica de Catalunya*, vol. 105, nº 2, 2006, p. 323, nota al pie 1.

⁸⁰⁶ La acción de anulabilidad podrá ejercitarse, al igual que la acción de nulidad, de forma acumulada a la rescisoria concursal. Vid. SANCHO GARGALLO, «Reintegración...», cit., pp. 323, nota al pie 1.

⁸⁰⁷ El ejercicio de la acción rescisoria concursal no impedirá el ejercicio de acciones rescisorias específicas: de un lado, aquellas que prevé la ley para determinados actos y negocios como ocurre, por ejemplo, con la rescisión de la partición hereditaria; de otro, las rescisorias ordinarias –o paulianas- que operan con carácter residual cuando no proceda el ejercicio de otras acciones para la impugnación del negocio que pretende ser declarado ineficaz. Lo lógico, así, será que la acción rescisoria concursal se ejercite antes que la rescisoria ordinaria quedando ésta relegada a los supuestos en los que no proceda otra acción de impugnación y haya transcurrido el plazo de dos años para el ejercicio de la rescisoria concursal.

patrimonial decretadas por el juez del concurso o con las acciones que respecto a la resolución de contratos prevén los arts. 61 y ss. LC⁸⁰⁸.

Las referidas acciones extraconcursoales pueden ser ejercitadas con anterioridad a la declaración de concurso o en un momento posterior, si bien el régimen jurídico aplicable cambia de manera notable. En efecto, si la acción se hubiera ejercitado con anterioridad a la declaración de concurso y el proceso declarativo instado se hallara en trámite, las reglas aplicables serían las contenidas en el art. 51 LC. De esta suerte, siguiendo la regla general contenida en el apartado 1 del art. 51 LC, tras la declaración de concurso el proceso declarativo en el que se ejercitó aquella acción seguirá su normal sustanciación ante el tribunal que estuviera conociendo del mismo hasta la firmeza de la sentencia⁸⁰⁹, si bien se producirán los efectos que sobre los sujetos se establecen en los apartados 2 y 3 referidos, respectivamente, a los regímenes de suspensión e intervención. A ellos nos remitimos.

En cambio, si la acción se hubiera ejercitado con posterioridad a la declaración de concurso –respecto de actos o negocios celebrados, insistimos, con anterioridad a la declaración de aquél- las reglas de juego son distintas. En efecto, la acción se sustanciará ante el juez del concurso (art. 71.7 LC) por los trámites del incidente concursal ex arts. 192 a 196 LC (art. 72.4 LC) recayendo la “legitimación activa” -según la dicción literal del art. 72.1 LC- en la administración concursal.

2.2. La legitimación para el ejercicio de las acciones de reintegración

2.2.1. Introducción

La “legitimación activa” para el ejercicio de la acción rescisoria concursal y demás de impugnación que procedan conforme a Derecho recaerá en la

⁸⁰⁸ Cfr. SANCHO GARGALLO, «Reintegración...», cit., pp. 323 y 324.

⁸⁰⁹ Tras la reforma acometida por Ley 38/2011, los procesos iniciados con el ejercicio de alguna de las acciones comprendidas en el art. 71.7 LC, con anterioridad a la declaración de concurso, no quedan integrados en el concurso. Como vimos en el capítulo IV, sólo podrán ser integrados aquellos procesos declarativos en trámite que «se encuentren en primera instancia y no haya finalizado el acto de juicio o la vista» y versen sobre «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».

administración concursal, de manera principal, y, subsidiariamente, en los acreedores en los términos del art. 72.1 LC⁸¹⁰⁸¹¹.

⁸¹⁰ La legitimación subsidiaria atribuida a los acreedores en el art. 72.1 LC es un claro supuesto de legitimación por sustitución. Así lo entiende un sector mayoritario de la doctrina, entre otros, MONTERO AROCA, *De la legitimación...*, cit., p. 360; y HERRERO PEREZAGUA, «Legitimación...», cit., pp. 172 y 173; de «legitimación por sustitución con especiales características» habla ESPIGARES HUETE, *La acción rescisoria concursal*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 205, nota al pie 346, si bien el último extremo -«especiales características»- no alcanzamos a comprenderlo por cuanto, a nuestro juicio, se trata de un auténtico supuesto de legitimación por sustitución; de legitimación extraordinaria habla REVILLA GONZÁLEZ, «Procesos incidentales concursales con tramitación específica y calificación del concurso», *Tratado de Derecho Mercantil*, OLIVENCIA RUIZ, FERNÁNDEZ-NÓVOA y JIMÉNEZ DE PARGA (dirs.); JIMÉNEZ SÁNCHEZ (coord.), vol. 7 (Derecho Procesal Concursal), Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 301. En efecto, el acreedor, de concurrir los presupuestos para su ejercicio, actúa en nombre propio por un interés propio pero haciendo valer un derecho que no es suyo. Los presupuestos que han de concurrir son únicamente los fijados en el art. 72.1 LC, a saber, que los acreedores «hayan instado por escrito de la administración concursal el ejercicio de alguna acción, señalando el acto concreto que se trate de rescindir o impugnar y el fundamento para ello» y «estarán legitimados para ejercitarla si la administración concursal no lo hiciere dentro de los dos meses siguientes al requerimiento». El referido requerimiento a la administración concursal por los acreedores puede llevarse a cabo directamente sin necesidad de abogado ni procurador (HERRERO PEREZAGUA, «Legitimación...», cit., p. 175; ALCOVER GARAU, «Aproximación al régimen jurídico de la reintegración concursal», *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003*, GARCÍA VILLAVERDE, ALONSO UREBA y PULGAR EZQUERRA (dirs.), Dilex, Madrid, 2003, p. 343). Aquel deberá realizarse de un modo que permita acreditar la efectiva recepción -y la fecha- por la administración concursal. Adviértase que los acreedores, posteriormente, deberán justificar ante el juez del concurso que efectivamente hicieron el requerimiento y que el plazo de dos meses establecido por la norma. En tercer término, conviene apuntar que aun cuando los acreedores requirieran a la administración concursal para el ejercicio de una concreta acción y hubiera transcurrido el plazo de dos meses sin que ésta la interpusiera, si los acreedores todavía no la han ejercitado, la administración concursal podrá hacerlo. Dicho de otro modo, no hay un veto a la actuación procesal de la administración concursal que opere como consecuencia del requerimiento y el transcurso de los dos meses sin ejercitar la acción requerida. Aún más, si los acreedores hubieran ejercitado la acción, la administración concursal podrá intervenir en el concreto proceso. A nuestro juicio, como interviniente adhesivo litisconsorcial tanto para defender la posición de los acreedores como para oponerse a su pretensión (del mismo parecer, RIPOLL OLAZÁBAL, «Comentario al artículo 72», *Derecho Concursal Práctico*, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (dir.), Iurgium, Madrid, 2004, p. 387).

Por último, el art. 72.4 LC señala «las demandas interpuestas por los legitimados subsidiarios se notificarán a la administración concursal». Parece que la referida notificación es un cometido que la norma atribuye al juez del concurso (de este parecer, entre otros, SANCHO GARGALLO, «Reintegración...», cit., p. 334; ESPIGARES HUETE, *La acción...*, cit., p. 208; en contra, GULLÓN BALLESTEROS para quien «la notificación no parece obligación del órgano judicial» («La acción rescisoria concursal», *Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, tomo IV, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 4125 y ss.).

⁸¹¹ Por el contrario, en el Ordenamiento jurídico italiano, «la legittimazione all'azione revocatoria fallimentare spetta esclusivamente al curatore fallimentare: qui va aggiunto che i singoli creditori non possono surrogarsi al curatore, nemmeno ove questo rimanga inerte» (NIGRO y VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese...*, cit., p. 182).

En el mismo sentido, MONTANARI y PEDERZINI entienden que la prohibición contenida en el art. 51 Legg. fall. -*divieto di azioni esecutive o cautelari individuali dei creditori*-, «ricadono invece nella sfera applicativa del divieto anche azioni che, pura vando natura cognitiva, sono strumentali alla soddisfazione del diritto di credito, come le azioni di condanna, di simulazione,

El ejercicio de cualesquiera de las acciones referidas ante el juez del concurso, se sustanciarán por los trámites del incidente concursal⁸¹², en pieza separada dentro de la sección tercera (art. 183.3º LC).

Es importante resaltar que la atribución de “legitimación” a la administración concursal para el ejercicio de tales acciones se produce en todo caso, con independencia del régimen de suspensión o intervención decretado por el juez. Se trata, pues, de una excepción al régimen general previsto en el art. 54 LC que distingue entre ambos regímenes⁸¹³.

di nullità del contratto o di revocatoria ordinaria, proposte prima della dichiarazione di fallimento. L'apertura del concorso ne determina l'improcedibilità» (*L'imprenditore e il mercato...*, cit., p. 299).

⁸¹² Como ha afirmado parte de la doctrina (entre otros, LEÓN SANZ, «Comentario al artículo 72», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, p. 1328) la sustanciación por los cauces del incidente concursal supone, una vez más, una prioridad por los intereses del concurso, que exigen una especial celeridad, en detrimento del desarrollo de un procedimiento en el que las partes puedan hacer uso de cuantos medios de defensa entendieran adecuados. Piénsese, por ejemplo, en el ejercicio de una acción que, de no existir la declaración de concurso, debiera tramitarse por los cauces del procedimiento ordinario y que, en cambio, por ser ejercitada dentro del concurso, se debe tramitar por los cauces del incidente concursal. El cambio de procedimiento –del ordinario regulado en los arts. 248 y ss. LEC al incidente concursal de los arts. 192 a 196 LC-, como ya hemos apuntado en distintas ocasiones, supone una merma en los medios de que disponen las partes para argüir su defensa. Este hecho era todavía más pronunciado, respecto a las acciones de reintegración –y también de separación-, con anterioridad a la reforma operada por Ley 38/2011. En efecto, con anterioridad a la referida reforma, los recursos contra las sentencias resolutorias de incidentes concursales quedaban limitados al recurso de reposición (art. 197.3 LC), sin perjuicio de que la cuestión se reprodujera en la apelación más próxima previa protesta en el plazo de 5 días (antiguo art. 197.4 LC) –sobre la cuestión, vid. SENÉS MOTILLA, «La integración legal de la “apelación más próxima” en el proceso concursal», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 18, 2009, pp. 115 y ss.-. Tras la Ley 38/2011, junto al recurso de reposición *ex art.* 197.3 LC, se reconoce que «las sentencias dictadas en los incidentes a que se refiere el artículo 72.4 y el artículo 80.2 (...) serán apelables directamente. Este recurso de apelación tendrá carácter preferente» (art. 197.4 *in fine* LC).

⁸¹³ En igual sentido, SANCHO GARGALLO, «Reintegración...», cit., p. 331.

2.2.2. La legitimación principal concedida a la administración concursal

2.2.2.1. Un apunte al régimen precedente

Con la legislación concursal de 2003 se atribuye la “legitimación activa” principal para el ejercicio de acciones de reintegración, en términos próximos a como acontecía en la legislación derogada, a la administración concursal⁸¹⁴.

La atribución de personalidad que la LEC/1881 (art. 1366) concedía a la sindicatura para el ejercicio de acciones de reintegración era significativa⁸¹⁵. Esta atribución tenía, en aquel tiempo, plena lógica. En efecto, por cuanto el quebrado era apartado de la gestión patrimonial y de la posibilidad de actuar en procesos que pudieran afectar al patrimonio concursal y éste no tenía

⁸¹⁴ En el Ordenamiento jurídico italiano, como afirmara BERTACCHINI, «la legittimazione attiva all'esercizio delle azioni revocatorie in sede fallimentare spetta esclusivamente al curatore, il quale non può agire in revocatoria senza l'autorizzazione scritta del giudice delegato (art. 31, comma 2, l. fall.)» («Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori», *Manuale di Diritto Fallimentare*, PACCHI (coord.), 2ª ed., Giuffrè, Milano, 2011, p. 250).

⁸¹⁵ En la quiebra, los arts. 1366 a 1377 LEC/1881 disciplinaban el ejercicio de acciones de reintegración. El art. 1366 LEC/1881 establecía expresamente «la personalidad para pedir la retroacción de los actos que en perjuicio de la quiebra haya hecho el quebrado en tiempo inhábil, o que por su carácter fraudulento puedan anularse, aun cuando se hubieren hecho en tiempo hábil, residirá en los Síndicos, como representantes de la masa de acreedores de la quiebra y administradores legales de su haber». En el supuesto en el que los síndicos no ejercitaran la acción de reintegración, los acreedores podían dirigirse al comisario para que dispusiera, si así lo consideraba pertinente, el ejercicio de aquella por los síndicos; incluso, en su defecto, podían dirigirse al juez para que éste hiciera lo propio (art. 1367 LEC/1881). Sin embargo, pese a la claridad en la atribución de legitimación activa a los síndicos para el ejercicio de las referidas acciones, surgieron importantes dudas en torno a la atribución de legitimación activa a la denominada Comisión Liquidadora –creada por los acreedores en virtud de un convenio para: la realización de lo dispuesto en el acuerdo de liquidación, el ejercicio de las facultades de administración y disposición y el ejercicio de acciones conducentes a la reintegración de bienes en el patrimonio concursal-. Así, aun cuando la STS (Sala de lo Civil) 13 de marzo de 2003 [RJ 2003, 2744], la STS (Sala de lo Civil) de 30 de septiembre de 2002 [RJ 2002, 8490], la STS (Sala de lo Civil) de 5 de junio de 2002 [RJ 2002, 4873], la STS de 14 de junio de 2000 [RJ 2000, 5286], la STS (Sala de lo Civil) de 15 de marzo de 2000 [RJ 2000, 1837] y la STS (Sala de lo Civil) de 1 de febrero de 1993 [RJ 1993, 788] afirmaran que los síndicos, en exclusiva –sin perjuicio, obviamente, del eventual ejercicio por el depositario con carácter previo al nombramiento de aquellos-, podían ejercitar las referidas acciones, encontramos STS posteriores que conceden la referida legitimación activa también a la Comisión Liquidadora. Entre otras, la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 17 de febrero de 2005 [RJ 2005, 1413]. En esta sentencia se establecía, además, que lo previsto en el art. 1366 LEC/1881, en el que se determinaba la legitimación exclusiva de la sindicatura de la quiebra para el ejercicio de acciones de reintegración, regía mientras la sindicatura estuviera en el ejercicio de sus funciones, pero no para los supuestos en los que todavía no estuviese constituida o hubiera cesado. Sobre la cuestión, vid. MORALEJO MENÉNDEZ, «1912 Sentencia de 17 de febrero de 2005», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 72, 2006, pp. 1273 y ss.

reconocida la capacidad para ser parte, la sindicatura era dotada de “personalidad” para el ejercicio de aquellas acciones. Podría afirmarse, con las debidas cautelas, que se trataba, haciendo uso del término acuñado por PRIETO-CASTRO, de una suerte de legitimación por razón del oficio⁸¹⁶.

Sin embargo, conviene plantearse si, en la actualidad, con el reconocimiento al patrimonio concursal de la capacidad para ser parte –en los casos de suspensión- podemos aseverar que la atribución de legitimación activa corresponde, en términos similares al régimen precedente, a la administración concursal o, en cambio, dicho reconocimiento responde a la inercia e influencia de las legislaciones precedentes.

2.2.2.2. El interés en el ejercicio de las acciones de reintegración

Ya exponíamos en el Capítulo IV que el interés es el elemento configurador de la legitimación. Ese interés responde, generalmente, a la afirmación de la titularidad de una relación o situación jurídica que se tiene respecto de otros sujetos. Como afirma HERRERO PEREZAGUA, «cuando esa titularidad sirve para fundamentar una acción o pretensión, esto es, cuando constituye el sustrato de la tutela jurisdiccional que se pide ante los tribunales en un determinado proceso, se produce el trasunto hacia la legitimación activa». Es por ello por lo que la acción no se puede hacer valer, de ordinario, si no es por el titular del derecho que la fundamenta o, haciendo uso de una terminología más amplia,

⁸¹⁶ Aun cuando la atribución de legitimación por razón del oficio a los órganos de administración fuera la corriente doctrinal imperante en el régimen precedente, a nuestro juicio, se trataba de una solución que presentaba importantes “claroscuros”. No queremos con ello desmerecer esta postura doctrinal pues permitía, dada la regulación existente, explicar de la mejor manera posible la posición jurídico procesal que ostentaba la sindicatura en el proceso. Sin embargo, la atribución de legitimación a la sindicatura determinaba su reconocimiento como parte procesal y de su posición en el proceso no podía desprenderse, desde luego, semejante atribución. A la vista quedaba –y queda- que la mayoría de institutos jurídicos y fenómenos procesales que entroncan con la condición de parte no podían predicarse de la sindicatura. Así, a título de ejemplo, ni la competencia para conocer del asunto, ni los efectos de la litispendencia, ni los efectos de cosa juzgada, ni la ejecución de sentencias a favor o en contra de sus bienes, ni, en fin, las costas corrían a su cargo.

por quien ostenta una determinada posición dentro de una relación o situación jurídica⁸¹⁷.

Por ello, nos adentraremos una vez más en el interés que subyace en el ejercicio de las acciones de reintegración para averiguar sobre quién recae la legitimación. Si el interés como fundamento de la legitimación ha sido definido en su vertiente positiva como «la ventaja o utilidad jurídica que se obtendría en caso de prosperar la pretensión ejercitada en el proceso, y su existencia viene determinada por la efectividad de esa utilidad»⁸¹⁸, debemos plantearnos sobre quién recae la utilidad de ejercitar las referidas acciones de reintegración.

Un sector de la doctrina ha entendido que la utilidad de ejercitar las acciones de reintegración recae, de manera inmediata, en la esfera jurídica de los acreedores. Aún más, se ha entendido que la legitimación atribuida a la administración concursal es una legitimación por sustitución por cuanto la titularidad del derecho subjetivo que se hace valer por ésta es, en realidad, de los acreedores⁸¹⁹. Pero, ¿es esto cierto?

Si indagamos en los presupuestos para el ejercicio de las acciones de reintegración hallaremos la clave para resolver esta cuestión. En particular, en lo que se refiere a la acción de reintegración concursal, el art. 71 LC, de un lado, establece un requisito de índole temporal, que los actos realizados por el deudor que pretendan ser rescindidos se encuentren dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración de concurso; de otro, que se trate de actos perjudiciales para la masa activa. En el perjuicio a la masa activa radica el perseguido interés, fundamento de la legitimación.

La norma es clara: «serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa» (art. 71.1 LC). Si siguiéramos el parecer de aquellos que sostienen que

⁸¹⁷ Cfr. HERRERO PEREZAGUA, «Legitimación...», cit., pp. 163 y 164.

⁸¹⁸ Cfr. MONTERO AROCA, *De la legitimación...*, cit., p. 205.

⁸¹⁹ Así, entre otros, GIL RODRÍGUEZ, «Comentario al artículo 72», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), tomo I, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 875 y 876; MARTÍN REYES, «La impugnación de los actos perjudiciales para la masa activa. Breves apuntes sobre una reforma esperada», *Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, tomo IV, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 4185; REVILLA GONZÁLEZ, «Procesos...», cit., pp. 297 y ss.; CORDÓN MORENO, *Proceso concursal*, cit., pp. 163 y 164.

los acreedores son los titulares del derecho subjetivo en virtud del cual acciona la administración concursal, estaríamos admitiendo que la fórmula empleada por el art. 71.1 LC «actos perjudiciales para la masa activa» es equivalente a hablar de actos perjudiciales para los acreedores. Pero ¿es esto cierto?

No podemos negar que un acto perjudicial para la masa activa es siempre perjudicial para los acreedores. Pese a ello, no todo acto perjudicial para los acreedores encuentra cobijo en el perjuicio a la masa activa que regula la norma⁸²⁰.

Junto a la referida literalidad del precepto, si seguimos una interpretación sistemática y finalista del mismo, apreciamos una desvinculación entre el perjuicio a la masa activa y el perjuicio a los acreedores⁸²¹.

Respecto a la interpretación sistemática cabe resaltar dos aspectos. De un lado, el art. 71.5 LC contempla supuestos que no pueden ser objeto de rescisión aun cuando supongan un perjuicio para los acreedores. De otro, cuando siendo impugnado un acto realizado por el deudor no quede probado el perjuicio para la masa activa, aquél no podrá ser rescindido aun cuando suponga un perjuicio para los acreedores (v. gr., garantías reales a favor de obligaciones anteriores a la declaración de concurso)⁸²².

⁸²⁰ Nos mostramos, así, contrarios a la interpretación del perjuicio en sentido amplio sostenida por un sector de la doctrina. Si sostuviéramos esta posición la exigencia de perjuicio ex art. 71 LC sería interpretado, indefectiblemente, como perjuicio para los acreedores. De esta suerte, cualquier acto que implicara una afección negativa para el interés de aquéllos sería susceptible de impugnación. La interpretación del perjuicio en sentido amplio ha sido sostenido, entre otros, por LEÓN SANZ, «El sistema de reintegración concursal», *Revista del Poder Judicial*, nº extra 18, 2004, pp. 241 y ss. y en «Comentario al artículo 71», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, pp. 1307 y 1308; FERNÁNDEZ SEJO, «Acciones rescisorias y reintegración efectiva del patrimonio del deudor», *Estudios de Derecho Judicial*, nº 85 (ejemplar dedicado a la reforma concursal), Madrid, 2005, p. 231.

⁸²¹ Esta posición es sostenida, entre otros, por HERRERO PEREZAGUA, «Legitimación...», cit., pp. 164 y 165; ESPIGARES HUETE, *La acción...*, cit., pp. 113 y ss.; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «La reintegración de la masa activa en la Ley Concursal», *Las claves de la Ley Concursal*, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ; QUINTANA CARLO y BONET NAVARRO (dirs.), Aranzadi-Thomson, Navarra, 2005, pp. 356 a 358; CARRASCO PERERA, *Los derechos de garantía en la Ley concursal*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 370 y 371.

⁸²² Seguimos el parecer sostenido, a nuestro juicio de modo acertado, por GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «La reintegración...», cit., p. 356 a 358.

La interpretación finalista aboca a la misma solución: «se estaría sujetando la valoración de un acto en razón de un suceso futuro y, desde luego, incierto en el momento en el que acto viniera a realizarse pero, también, el sistema quedaría privado de cualquier exigencia mínima de seguridad jurídica pues, por definición, toda disposición anterior que se celebrara dentro del plazo bianual dispuesto en la LCon resultaría ser perjudicial para los acreedores concursales, en cuanto que –con independencia de su justificación y suficiencia en el momento de celebrarse- aquel acto vendrá a suponer un menoscabo para esos futuros acreedores en el concurso, siempre que la masa activa resulte ser insuficiente para atender el pasivo concursal, circunstancia que –desde luego- será más que frecuente»⁸²³.

Sentado así que el perjuicio *ex art.* 71.1 LC no debe ser interpretado como perjuicio a los acreedores sino como perjuicio a la masa activa, estamos en situación de pronunciarnos sobre el interés que se persigue con el ejercicio de las acciones de reintegración. La respuesta es evidente: el interés de la masa.

2.2.2.3. La legitimación directa atribuida a la administración concursal para el ejercicio de acciones de reintegración

Fijado que el interés que se persigue es el de la masa concursal y excluido, como ya adelantábamos, que nos encontramos ante un supuesto de legitimación por sustitución en el que los acreedores ostentan el derecho subjetivo en virtud del cual opera la administración concursal, conviene plantearse, una vez más, si en el ejercicio de acciones de reintegración la administración concursal ostenta legitimación.

Sirviéndonos, de nuevo, de la definición que de legitimación por sustitución nos proporciona DE LA OLIVA SANTOS como fenómeno procesal en el que son parte en juicio quienes pretenden una tutela con fundamento en un derecho

⁸²³ *Ibidem*, p. 357. Como afirman el propio GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ (p. 357) y HERRERO PEREZAGUA («Legitimación...», cit., p. 165), el sistema de reintegración impuesto tras la Ley de 2003 pretende la salvaguarda de los acreedores concursales pero no de forma inmediata sino mediata o indirecta. La forma que articula el legislador de 2003 para ello es la previa reconstitución del patrimonio concursal garantizando su correcta formación y dejándolo inmune de actos jurídicos que supongan una merma injustificada de éste.

ajeno pero actuando en interés propio, debemos descartar que la administración concursal ostente legitimación alguna. Como analizamos *supra* la administración concursal no actúa en interés propio sino en interés de la masa.

De nuevo se corrobora en las acciones de reintegración un hito que venimos sosteniendo durante toda la investigación: la administración concursal no ostenta legitimación sino que opera como representante necesario del patrimonio concursal. En efecto, en el ejercicio de las acciones de reintegración se vuelve a ratificar esta afirmación: la administración concursal ejercita acciones que pertenecen a la masa erigiéndose en el salvoconducto necesario para que el patrimonio concursal pueda comparecer en juicio⁸²⁴.

Esta atribución para el ejercicio de las acciones de reintegración, decíamos páginas atrás, se atribuye a la administración concursal tanto en los supuestos en los que se hubiera decretado la suspensión como en aquellos en los que se acordara la intervención. Nos encontramos, entonces, con una importante traba. En efecto, si para los supuestos de suspensión entendemos que la administración concursal es representante necesario del patrimonio concursal, verdadera parte en el proceso *ex art. 6.1.4º y 7.5 LEC*, para los casos de intervención, en cambio, no podemos sostener semejante aseveración.

La teoría que sosteníamos en el Capítulo III y predicamos en el Capítulo IV vuelve a adquirir, en esta sede, plena virtualidad. Como vimos entonces, los supuestos de intervención no tienen cabida en los arts. 6.1.4º y 7.5 LEC. Por el contrario, el art. 7.8 LEC parece estar pensando en tales supuestos.

⁸²⁴ Sigue este parecer, HERRERO PEREZAGUA, «Legitimación...», cit., p. 168. Conviene destacar el pronunciamiento unánime de la doctrina –salvo la excepción, que sepamos, resaltada- de entender que la administración concursal ostenta legitimación. Entre otros, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «La reintegración...», cit., pp. 362 y ss.; ESPIGARES HUETE, *La acción...*, cit., pp. 201 y 202; SANCHO GARGALLO, «Reintegración...», cit., pp. 19 y 20; LEÓN SANZ, «Comentario al artículo 72», cit., pp. 1324 y 1325; RIPOLL OLAZÁBAL, «Comentario al artículo 72», cit., pp. 386 y 387; GIL RODRÍGUEZ, «Comentario al artículo 72», cit., pp. 875-876; SILVETTI, «Comentario al artículo 72», *Comentarios a la Ley Concursal*, CORDÓN MORENO, F. (dir.), tomo I, 2ª ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 819 y ss.

⁸²⁵ Conviene añadir que no nos parece descabellado pensar que el art. 72.1 LC cuando emplea el término legitimación activa de la administración concursal lo hace como legitimación *ad processum*.

Postulamos entonces –y defendemos, de nuevo, en esta sede- la supresión del art. 7.8 LEC y la inclusión de los supuestos de intervención en el ámbito del art. 6.1.4º LEC de tal suerte que, incluso en éstos, se considere que la parte es el patrimonio concursal y no el deudor. En efecto, en el ejercicio de acciones de reintegración queda evidenciado que, tanto en suspensión como en intervención, la legitimación la ostenta el patrimonio concursal. Lo que entonces predicábamos se confirma sin género de duda: en el ejercicio de acciones –y oposición de resistencias- la parte es, en todo caso, el patrimonio concursal, siendo la administración concursal su representante necesario.

La solución disertada, que ubica en el patrimonio concursal –y no en el deudor ni en los acreedores- el centro de gravedad permite explicar algunas situaciones que, de otro modo, carecerían de solución.

Así, en primer término, veíamos que el ejercicio de las acciones extraconcursoales –ex arts. 71.7 LC y 72.1 LC- podían haber sido ejercitadas por el deudor bien con carácter previo a la declaración de concurso, rigiéndose entonces por lo dispuesto en el art. 51 LC, o tras la declaración de concurso, en cuyo caso la legitimación es atribuida, con carácter principal, a la administración concursal –sin perjuicio de la legitimación subsidiaria que se atribuye a los acreedores- (art.72.1 LC).

El escenario descrito permite corroborar dos ideas. La primera afecta al fenómeno de sucesión procesal que defendimos al analizar el art. 51.3 LC referido al régimen de intervención. En la situación descrita se confirma la tesis entonces defendida. En efecto, ha quedado demostrado que no solo en los supuestos de suspensión, sino también en los de intervención, la legitimación para el ejercicio de acciones de reintegración recae en el patrimonio concursal. Si negáramos que, decretado el régimen de intervención, en los procesos declarativos en trámite en el momento de la declaración de concurso se produce el fenómeno de sucesión procesal del deudor al patrimonio concursal y, por tanto, el deudor sigue siendo la parte, estaríamos reconociendo que en función del momento en el que se ejercite un mismo tipo de acciones, antes o después de la declaración de concurso, la cualidad de parte recae en el deudor

–si se ejercita antes de la declaración de concurso y sigue en trámite una vez declarado el concurso- o en el patrimonio concursal –si la acción se ejercita con posterioridad a dicha declaración-. Mantener esta posición es, a nuestro juicio, inadmisibile. El momento en el que se ejercita una acción no puede ser determinante para la atribución de la condición de parte. De esta suerte, insistimos una vez más, con la declaración de concurso, el patrimonio concursal deviene parte en todos aquellos procesos que puedan afectar a su debida formación. Y, por tanto, en el ejercicio de las acciones “extraconcursales” *ex art. 71.7 y 72.1 LC* podemos, de nuevo, corroborar esta posición.

Un segundo argumento también nos permite abonar la solución predicada: en el ejercicio de acciones de reintegración, la legitimación pasiva recae en el deudor – y en «quienes hayan sido parte en el acto impugnado»- (*art. 72.3 LC*). Este hecho aleja de manera irreconciliable la posición doctrinal que sostiene que cuando la administración concursal ejercita acciones lo hace como representante del deudor, ostentando éste la cualidad de parte. Si en el ejercicio de acciones de reintegración, declarado el concurso, la administración concursal debe interponer demanda de rescisión *ex art. 72.3 LC* contra el deudor y quienes hubieran sido parte en el acto impugnado, ¿en qué posición se encuentra la administración concursal?, ¿quién ostenta la legitimación? Si sostuviéramos que la administración concursal es representante del deudor nos encontraríamos con una contradicción en sus propios términos. En efecto, estaríamos afirmando que la administración concursal, representante del deudor, interpone demanda contra su propio representado. Esta aseveración es jurídicamente inviable⁸²⁶.

⁸²⁶ El hecho descrito corrobora que no nos encontramos ante una limitación de la capacidad de obrar del deudor. Como sabemos, de sostener esta tesis estaríamos reconociendo que la parte es el deudor y la administración concursal su representante y esta posición quiebra de manera concluyente en el supuesto descrito.

2.2.2.4. El ejercicio de acciones de reintegración por la administración concursal: su delimitación temporal

La determinación del ámbito temporal para el ejercicio de las acciones de reintegración no es cuestión baladí. La atribución de su ejercicio a la administración concursal nos permite esclarecer el momento idóneo para su interposición.

El primer presupuesto para el ejercicio de acciones de reintegración por la administración concursal exige, obviamente, la aceptación en el cargo; esto es, la aceptación del administrador concursal si la administración concursal es de estructura unipersonal o de uno de los administradores concursales si la estructura es bimembre⁸²⁷.

⁸²⁷ Para los supuestos de estructura bimembre mantenemos este criterio a pesar del tenor del art. 35.2 LC: «cuando la administración concursal esté integrada por dos miembros, las funciones de este órgano concursal se ejercerán de forma conjunta. Las decisiones se adoptarán de forma mancomunada (...)». Siguiendo una interpretación literal deberíamos colegir que solo cuando aceptan ambos miembros –de otro modo, no hay mayoría y, desde luego, no hay mancomunidad en la adopción de la decisión para ejercitar la acción- pueden ejercitarse las acciones de reintegración. Sin embargo, mantener este criterio determinaría la inoperancia e ineficacia de una eventual acción de reintegración habida cuenta del momento en el que se produce la aceptación del segundo miembro. Para pronunciarnos sobre la cuestión con la solvencia requerida debemos indagar sobre dicho momento. En efecto, el art. 27.2.3º LC establece que en los supuestos de estructura bimembre: «el juez nombrará, además del administrador concursal previsto en el apartado 1 de este artículo, a un administrador concursal acreedor titular de créditos ordinarios o con privilegio general no garantizado de entre los que figuren en el primer tercio de mayor importe. A estos efectos, cuando el conjunto de las deudas con los trabajadores por los créditos señalados en el párrafo anterior estuviera incluida en el primer tercio de mayor importe, el juez podrá nombrar como administrador acreedor a la representación legal de los trabajadores, si la hubiere, que deberá designar un profesional que reúna la condición de economista, titulado mercantil, auditor de cuentas o abogado (...)». A la vista del precepto, habría que esperar no solo hasta el trámite de reconocimiento y clasificación de créditos, sino hasta que el texto definitivo de la lista de acreedores fuera definitivo, lo que atendiendo a la letra del art. 97.1.2º bis LC podría producirse hasta que «recaiga la resolución por la que se apruebe la propuesta de convenio o se presente en el juzgado los informes previstos en los apartados segundo de los artículos 152 y 176 bis» (estos son los informes sobre liquidación y conclusión del concurso por insuficiencia de bienes en la masa). La aplicación que se derivaría de una interpretación literal de la norma llevaría aparejado que, en los concursos de especial trascendencia, hasta el nombramiento y aceptación del segundo administrador, la administración concursal operase con un único miembro, lo que a priori es contrario a la idea del legislador de una estructura reforzada –bimembre-. Tampoco nos parece acertado posicionarnos en el extremo opuesto a la interpretación literal, esto es, que cualquier acreedor de que tenga constancia el juez pueda ser designado como administrador concursal. La norma es clara al disponer que «el juez nombrará, además del administrador concursal previsto en el apartado 1 de este artículo, a un administrador concursal acreedor titular de créditos ordinarios o con privilegio general no garantizado de entre los que figuren en el primer tercio de mayor importe». Se exige, pues, que el juez conozca qué acreedores titulares de

Fijado el presupuesto lógico, conviene indagar sobre el momento idóneo para el ejercicio de las acciones de reintegración por la administración concursal. A nuestro juicio, este momento coincide con la presentación del inventario de la masa activa *ex art. 82 LC*⁸²⁸ –que deberá acompañar, en el procedimiento ordinario, al informe sobre la situación patrimonial del concursado *ex art. 75 LC*-⁸²⁹. La dicción del art. 82.4 LC promueve esta interpretación: «al inventario se añadirá una relación de todos los litigios cuyo resultado pueda afectar a su contenido y otra comprensiva de cuantas acciones debieran promoverse, a juicio de la administración concursal, para la reintegración de la masa activa. En ambas relaciones se informará sobre viabilidad, riesgos, costes y posibilidades de financiación de las correspondientes actuaciones judiciales».

Junto a la interpretación literal, encontramos otros motivos que abocan a esta solución. En primer término, la adopción de una acción de reintegración exige un juicio razonado por parte de la administración concursal que difícilmente puede situarse en un momento anterior a la presentación del inventario⁸³⁰. El inventario es «el momento en que se expresan las

créditos ordinarios o con privilegio general no garantizado son los que figuran en el primer tercio de mayor importe, lo que pasa indefectiblemente porque la administración concursal haya presentado, al menos, la lista de acreedores. A nuestro juicio, otra interpretación sería insostenible, pues el juez no podría conocer, de otro modo, qué créditos son los que figuran en el primer tercio de mayor importe. Por todo lo expuesto entendemos que, los plazos previstos en la ley para la presentación del inventario, la lista de acreedores y el informe *ex art. 75 LC* comienza a contar desde la aceptación de un administrador en el caso de estructura bimembre –y, evidentemente, desde la aceptación del único administrador en caso de estructura unipersonal-. Es con la presentación de la primera lista de acreedores –no definitiva- cuando el juez pueda designar al administrador acreedor. Esperar hasta la presentación de la lista de acreedores definitiva para el nombramiento del segundo administrador no es razonable, pues supondría postergar en exceso la actuación de una administración concursal, en teoría bimembre, pero que de facto opera, hasta el nombramiento del segundo administrador, con un solo miembro. A la vista de todo lo expuesto debemos concluir que la redacción actual de la LC no se adapta a los fines para los que la estructura bimembre está prevista. Lo lógico sería articular un sistema que permitiera, desde el comienzo, que la administración concursal operara con dos miembros.

⁸²⁸ En contra, LEÓN SANZ, «Comentario al artículo 72», cit., p. 1326. y la SAP (Sección 1ª) de Pontevedra de 22 de julio de 2009 [JUR 2009, 361897].

⁸²⁹ Como ya señalamos, no ocurre lo mismo en el procedimiento simplificado, por cuanto el administrador concursal deberá presentar el inventario de bienes y derechos de la masa activa en el plazo de 15 días desde la aceptación de aquél (art. 191.1 LC) y el informe del art. 75 LC en el plazo de un mes (art. 191.2 LC).

⁸³⁰ En este sentido, GIL RODRÍGUEZ, «Comentario al artículo 72», cit., p. 877; MASSAGUER FUENTES, «Aproximación al régimen de los efectos del concurso sobre los actos perjudiciales

características de los bienes y derechos relacionados, pero también en el que afloran los gravámenes, trabas y cargas que afectan a esos bienes cuya constitución puede fundar, precisamente, la causa de la rescisión que definitivamente se inste»⁸³¹.

Aconsejan esta solución, en segundo término, los breves plazos para la presentación del inventario: en el procedimiento ordinario, de dos meses desde la aceptación del cargo –sin perjuicio de las posibles prórrogas⁸³²–; de mayor prontitud para el procedimiento abreviado, 15 días desde la aceptación del mismo (art. 191.1. LC)⁸³³.

Determinado que la presentación del inventario constituye el momento idóneo para el ejercicio de acciones de reintegración surgen algunas dudas que conviene despejar. Así, la no inclusión de acciones en el inventario: ¿es motivo

para la masa activa: la reintegración de la masa», *Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, tomo IV, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 4230; y HERRERO PEREZAGUA, «Legitimación...», cit., p. 168 y 169.

⁸³¹ Cfr. HERRERO PEREZAGUA, «Legitimación...», cit., p. 168.

⁸³² Con la reforma acometida por Ley 38/2011, cambió sustancialmente el tenor del art. 74 LC respecto a la posible prórroga en el procedimiento ordinario cambia sustancialmente. En efecto, el art. 74.2 LC, en su redacción anterior a 2011 establecía: «este plazo podrá ser prorrogado por el juez, por tiempo no superior a un mes, a solicitud de la administración concursal, presentada antes de su expiración y fundada en circunstancias extraordinarias». Tras la Ley 38/2011, el art. 74.2 LC se modificó en los siguientes términos: «El plazo de presentación podrá ser prorrogado por el juez: 1.º En caso de que concurran circunstancias excepcionales, a solicitud de la administración concursal presentada antes de que expire el plazo legal, por tiempo no superior a dos meses más. No obstante, el administrador que haya sido nombrado en, al menos, tres concursos en tramitación no podrá solicitar prórroga para la emisión de su informe, salvo que justifique que existen causas ajenas a su ejercicio profesional. 2.º Si al vencimiento del plazo de dos meses no hubiera concluido el plazo de comunicación de créditos, a solicitud de la administración concursal, hasta los cinco días siguientes a la conclusión del plazo» y se añadió un tercer apartado –desplazando el entonces tercer apartado a un cuarto apartado– que preceptuaba: «cuando el número de acreedores sea superior a dos mil, los administradores concursales podrán solicitar una prórroga por tiempo no superior a cuatro meses más».

⁸³³ El apartado 1 del art. 191 LC también se ve modificado sustancialmente tras la reforma de 2011 en tanto que con anterioridad establecía: «Con carácter general, acordado el procedimiento abreviado, los plazos previstos en esta ley se reducirán a la mitad, redondeada al alza si no es un número entero, salvo aquellos que, por razones especiales, el juez acuerde mantener para el mejor desarrollo del procedimiento. En todo caso, el plazo para la presentación del informe por la administración concursal será de un mes a contar desde la aceptación del cargo y sólo podrá autorizarse una prórroga por el juez del concurso no superior a quince días».

En el procedimiento abreviado, a diferencia de lo que ocurre en el ordinario, el inventario no se presenta junto con el informe sino que éste se deberá entregar en el plazo de un mes desde la aceptación del cargo con la posibilidad de prórroga de 15 días más (art. 191.2 LC).

para su impugnación? Y, la inclusión de aquéllas: ¿obliga a la administración concursal a su posterior ejercicio?

En lo que respecta a la primera pregunta, a nuestro juicio, resulta improcedente la impugnación. En efecto, el art. 96.2 LC, relativo a la impugnación del inventario, no contempla entre sus causas de impugnación la no inclusión de acciones que debieran emprenderse por la administración concursal. Ello imposibilita una eventual impugnación por este motivo⁸³⁴.

Conviene apuntar, asimismo, que la no inclusión de determinadas acciones en el inventario -por ser inviable su interposición o por cualquier otra circunstancia-, no imposibilita su ejercicio futuro. Esto es coherente, con la eventual posibilidad de que, con posterioridad a la redacción del inventario, aparezcan nuevos hechos desconocidos por la administración concursal, cambien las circunstancias concurrentes o la administración concursal estime, por cualquier razón, el ejercicio de acciones de reintegración.

En lo atinente a la segunda cuestión, parece lógico entender que la inclusión de acciones en el inventario por la administración concursal compelen a ésta a su ejercicio. Ocurre, empero, que no existe medio para forzar a la administración concursal a ejercitar una acción anunciada en el inventario -y no ejercitada-, salvo la eventual responsabilidad en que pudiera incurrir ex art. 36

⁸³⁴ En este sentido, vid. MASSAGUER FUENTES, «Aproximación...», cit., p. 4230; HERRERO PEREZAGUA, «Legitimación...», cit., p. 171; y ESPIGARES HUETE, *La acción...*, cit., p. 55. La posibilidad de impugnación está vedada incluso aun cuando, como apunta este último autor, se trate de actos dispositivos del deudor respecto de los que el legislador ha establecido presunciones *iuris et de iure* del perjuicio a la masa (art. 71.2 LC). Y respecto de tales actos ¿la administración concursal está obligada a ejercitar acción? A nuestro parecer, la respuesta debe ser negativa. La valoración y oportunidad de ejercitar una posible acción debe ser valorada, para cada concreto supuesto, por la administración concursal. Adviértase que ésta debe valorar, para cada concreto supuesto, la probabilidad de éxito y el coste que su ejercicio puede comportar para la masa y, en función de ello, decidir. De esta suerte, encontramos supuestos en los que puede no ser de interés para la masa la impugnación de actos que le son perjudiciales. Imaginemos un supuesto extremo, así cuando se produce la donación de un bien por el deudor concursado a un tercero y éste realiza un negocio jurídico con otro que se convierte, previa inscripción en el Registro de la Propiedad, en tercero hipotecario. Si el sujeto al que se dona el bien y celebra el negocio jurídico fuera declarado en concurso accionar frente a él supondría la obtención de una sentencia de condena a su favor pero de muy difícil cobro. Como el ejemplo expuesto encontramos otros que, aunque excepcionales, pueden acontecer. Ello nos aboca a entender que la administración tiene plena autonomía en el ejercicio de acciones, sin perjuicio de la eventual responsabilidad en que pudiera incurrir ex art. 36 LC -«por los actos y omisiones contrarios a la Ley o realizados sin la debida diligencia»-.

LC por los daños que su no ejercicio pudiere haber causado a la masa⁸³⁵. Ni siquiera la mentada exigencia de responsabilidad es clara. La legitimación subsidiaria que la LC reconoce a los acreedores para el ejercicio de las acciones de reintegración excluye semejante posibilidad y, en todo caso, obliga la observancia de la concurrencia de culpas entre los acreedores que conocían los hechos y no instaron su ejercicio y los administradores concursales que no accionaron⁸³⁶.

Cabe apreciar, en cambio, un supuesto de responsabilidad por los administradores concursales cuando el no ejercicio de la acción de reintegración supone la prescripción o caducidad de la misma en claro perjuicio para la masa concursal⁸³⁷. No se irroga, sin embargo, responsabilidad en todos

⁸³⁵ Así, TIRADO MARTÍ: «el ejercicio de las *acciones de reintegración de la masa* presenta ciertas particularidades en punto a la responsabilidad de la administración concursal. Se trata de acciones incluidas en el patrimonio del deudor concursado (pero no del deudor *in bonis*, obviamente) y, como tales, constituyen un elemento que debe ser administrado por el órgano. Igual que ocurre con los restantes elementos patrimoniales (y con las demás acciones), la administración concursal responderá siempre que, de manera negligente, permita la pérdida de estas pretensiones que pueden tener un valor importante. Aparte del supuesto de dolo, este comportamiento pasivo puede haberse debido a dos causas: *el desconocimiento de la posibilidad de impugnar un acto concreto o a la valoración contraria sobre las posibilidades de éxito de la impugnación*. En este último caso, el órgano conocía el supuesto pero entendió que no procedía ejercitar la acción por falta de perspectivas favorables (*fumus boni iuris*). No cabe ninguna duda que, en ambos casos, la ignorancia negligente de los administradores hará surgir la responsabilidad ante la masa por daño colectivo» (*Los administradores...*, cit., pp. 668 y 669). Sobre la cuestión, vid. también JUAN Y MATEU, para quien: «el daño causado a la masa puede consistir en la disminución del valor del activo (...), en la falta de incremento del activo, o en un incremento menor posible (por ejemplo, cuando se omite el cobro de algún crédito o el ejercicio de una acción de reintegración de la masa)» («Comentario al artículo 36», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, pp. 730 y 731).

⁸³⁶ Sobre la cuestión, vid. TIRADO MARTÍ, *Los administradores...*, cit., p. 669, en particular, nota al pie 39. En el mismo sentido, ESPIGARES HUETE para quien «difícilmente podría un acreedor probar daño y perjuicio alguno contra la masa cuando él mismo lo podría haber evitado, en su totalidad, ejercitando la acción cuya omisión esgrime como causa del daño. Ni un cambio de criterio –caprichoso y no suficientemente justificado; o contrario al asesoramiento prestado por expertos independientes- de la administración concursal en relación a la viabilidad y ejercicio de las acciones sería suficiente para exigirle esta responsabilidad. Incluso habiendo incluido la acción en la relación que se acompaña al inventario siempre cabe afirmar que los acreedores pudieron después, ante la pasividad de la administración concursal, requerirla para su ejercicio» (*La acción...*, cit., p. 59).

⁸³⁷ La prescripción o caducidad de la acción aludida *supra* no es predicable respecto a la acción rescisoria concursal por cuanto la LC no establece plazo temporal para su ejercicio –somos conscientes, no obstante, que se trata de una cuestión discutida y discutible en tanto que un importante sector de la doctrina entiende que es de aplicación el plazo que para la rescisoria ordinaria establece el CC-. Para el resto de acciones de reintegración -a que se refieren los arts. 71.7 y 72.1 LC- puede darse la situación descrita *supra*.

los supuestos pues, de nuevo, podrá alegarse la referida concurrencia de culpas entre acreedores que conocían los hechos y la administración concursal. Solo cabe anudar de manera indefectible tal responsabilidad cuando los acreedores, habiendo formulado requerimiento para el ejercicio de una acción a la administración concursal, ésta no la hicieran valer, caducando o prescribiendo la misma. En los referidos supuestos, por cuanto los acreedores no pudieron evitar el daño, es indiscutible la exigencia de responsabilidad a la administración concursal por los daños y perjuicios causados a la masa⁸³⁸.

Cabe plantearse, de igual modo, qué ocurre en los supuestos en los que las referidas acciones prescriben o caducan en un momento previo al de presentación del inventario. Parece lógico entender que si la administración concursal tiene constancia de las circunstancias concurrentes y de la idoneidad de ejercitar aquéllas en un momento previo al de presentación del inventario tendrá que accionar so pena de incurrir en responsabilidad⁸³⁹.

Por último, nos pronunciaremos sobre una cuestión peliaguda: ¿Hasta cuando pueden ejercitarse las acciones de reintegración?. En principio, la respuesta es clara: hasta la conclusión del concurso⁸⁴⁰.

El momento en el que se ejercite la acción de reintegración, sea en la fase común, de convenio o liquidación, es relevante por cuanto lleva consigo el planteamiento de algunos interrogantes que conviene despejar.

⁸³⁸ Cfr. ESPIGARES HUETE, *La acción...*, cit., pp. 60 y 61.

⁸³⁹ Para la obtención de una sentencia estimatoria de responsabilidad de la administración concursal, deberá probarse que ésta tenía conocimiento de la circunstancia descrita. Los acreedores deberán acreditar, por tanto, que requirieron a la administración concursal para el ejercicio de la acción. En este sentido, ESPIGARES HUETE, *La acción...*, cit., p. 60.

⁸⁴⁰ Así queda evidenciado, además, por el tenor del art. 176 bis LC que en su apartado primero establece: «desde la declaración del concurso procederá la conclusión por insuficiencia de la masa activa cuando, no siendo previsible el ejercicio de acción de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros ni la calificación del concurso como culpable, el patrimonio del concursado no sea presumiblemente suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa, salvo que el juez considere que estas cantidades estén garantizadas por un tercero de manera suficiente. No podrá dictarse auto de conclusión del concurso por insuficiencia de la masa activa mientras se esté tramitando la sección de calificación o estén pendientes demandas de reintegración de la masa activa o de exigencia de responsabilidad de terceros, salvo que las correspondientes acciones hubiesen sido objeto de cesión o fuese manifiesto que lo que se obtuviera de ellas no sería suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa».

La fase común, tras la reforma acometida por la Ley 38/2011, se puede sustanciar simultáneamente, al menos en parte, junto a la fase de liquidación. Así, desde 2011, la liquidación puede ser solicitada en cualquier momento (art. 142.1 LC)⁸⁴¹.

Por el contrario, la referida simultaneidad no es predicable respecto de la fase de convenio. Para la apertura de esta fase es necesaria la entrega de los textos definitivos del inventario y la lista de acreedores, momento en el cual se dicta auto poniendo fin a la fase común del concurso y abriendo la de convenio (art. 111.1 LC).

La situación sucintamente expuesta evidencia que el ejercicio de acciones de reintegración se desarrollará, por los trámites del incidente concursal ex arts. 192 a 196 LC (art. 72.4 LC), en varias fases. Desde la interposición de la acción, habitualmente tras la presentación del inventario, hasta su resolución por medio de sentencia en el incidente.

Ahora bien, ¿qué ocurre si ejercitada una acción de reintegración por la administración concursal se abre la fase de convenio estando pendiente el proceso en el que se sustancia la referida acción? ¿puede seguir actuando la administración concursal? Con la regulación anterior a 2011, la cuestión era compleja por cuanto el art. 133.2 LC establecía que, desde la eficacia del convenio, los administradores concursales cesaban en sus cargos, sin perjuicio

⁸⁴¹ La referida simultaneidad se ve, además, potenciada por el tenor de los arts. 97 bis y 97 ter.1 LC. De una parte, el art. 97 bis LC señala: «1. La modificación del texto definitivo de la lista de acreedores sólo podrá solicitarse antes de que recaiga la resolución por la que se apruebe la propuesta de convenio o se presente en el juzgado los informes previstos en los apartados segundo de los artículos 152 y 176 bis. A tal efecto los acreedores dirigirán a la administración concursal una solicitud con justificación de la modificación pretendida, así como de la concurrencia de las circunstancias previstas en este artículo. La administración concursal en el plazo de cinco días informará por escrito al juez sobre la solicitud. 2. Presentado el informe, si fuera contrario al reconocimiento, se rechazará la solicitud salvo que el solicitante promueva incidente concursal en el plazo de diez días, en cuyo caso se estará a lo que se decida en el mismo. Si el informe es favorable a la modificación pretendida, se dará traslado a las partes personadas por el término de diez días. Si no se efectúan alegaciones o no son contrarias a la pretensión formulada, el juez acordará la modificación por medio de auto sin ulterior recurso. En otro caso, el juez resolverá por medio de auto contra el que cabe interponer recurso de apelación». De otra, el art. 97 ter LC preceptúa en su apartado 1: «la tramitación de la solicitud no impedirá la continuación de la fase de convenio o liquidación. A petición del solicitante, el juez del concurso cuando estime probable el reconocimiento podrá adoptar las medidas cautelares que considere oportunas en cada caso para asegurar su efectividad».

de las funciones que aquél pudiese encomendarles. Aun cuando la solución mayoritaria fue rechazar la falta de “legitimación” sobrevenida en la administración concursal⁸⁴², la cuestión era problemática. En la actualidad, la nueva redacción proporcionada por la Ley 38/2011 despeja toda duda, reconociendo en su art. 133.3 LC: «no obstante su cese, los administradores concursales conservarán plena legitimación para continuar los incidentes en curso, pudiendo solicitar la ejecución de las sentencias y autos que se dicten en ellos, hasta que sean firmes».

Por último, aprobado judicialmente el convenio ¿cabe el ejercicio de acciones de reintegración? La aprobación judicial del convenio, como decíamos, supone el cese de los administradores concursales, de tal suerte que tras la referida aprobación la administración estaría imposibilitada para su ejercicio. Surge la duda en aquellos supuestos en los que en el convenio se encomienda a los administradores concursales el ejercicio de concretas acciones de reintegración. Parece que esta posibilidad es perfectamente posible por cuanto al respecto nada prohíbe la LC⁸⁴³. No procede, en cambio, la atribución generalizada de acción de reintegración a la administración concursal⁸⁴⁴.

No cabe duda que, fracasado el convenio y abierta la fase de liquidación, por cuanto la administración concursal vuelve al ejercicio del cargo podrá, de nuevo, ejercitar las acciones de reintegración que estime pertinentes⁸⁴⁵.

⁸⁴² Así, HERRERO PEREZAGUA, «Legitimación...», cit., p. 184.

⁸⁴³ En este sentido, vid. REVILLA GONZÁLEZ, «Procesos...», cit., p. 301.

⁸⁴⁴ A juicio de ESPIGARES HUETE no cabe esta atribución generalizada por cuanto el «grado de indeterminación privaría al convenio de una base seria, definitiva y previsible, en cuanto a la concreción de la masa del concurso. Pudiendo afectar incluso al plan de viabilidad que en su caso debiese presentarse o, más genéricamente, determinando la futura inviabilidad objetiva del convenio así aprobado» (*La acción...*, cit., pp. 70 y 71). En este sentido, vid. la SAP (Sección 15ª) de Barcelona de 2 de mayo de 2006 [JUR 2012, 89140] y el AAP (Sección 3ª) de Castellón de 26 de julio de 2010 [JUR 2010, 3444559].

⁸⁴⁵ Con la Ley 38/2011 se solventa un problema que existía con anterioridad a su entrada en vigor. En efecto, por cuanto la apertura de la fase de liquidación suponía *ex art. 145.3 LC* el cese de los administradores y liquidadores del deudor persona jurídica ocurría que, ejercitada acción de reintegración frente a ella, no podía oponerse a la demanda produciéndose un allanamiento automático. Ante esta coyuntura, evidenciada por la doctrina (entre otros, BELTRÁN SÁNCHEZ y MARTÍNEZ FLÓREZ, «Comentario al artículo 145», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo II, Civitas, Madrid, 2004, pp.

3. LA POSICIÓN JURÍDICO PROCESAL DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL EN LA IMPUGNACIÓN DE LA LISTA DE ACREEDORES Y EL INVENTARIO

3.1. Ideas preliminares

A nadie escapa la importancia que a los fines del concurso tienen el inventario y la lista de acreedores. Ambos documentos, encargados de delimitar las masas activa y pasiva del concurso, constituyen la base para la solución concursal. De su correcta formación depende, por tanto, la satisfacción del derecho a la tutela jurisdiccional⁸⁴⁶.

Ad intra del proceso concursal, el inventario y la lista de acreedores vienen a establecer el elemento esencial de tutela, determinando, de un lado, los bienes y derechos que conforman la masa activa y, de otro, la existencia y naturaleza de los créditos que conforman la masa pasiva. Semejante cometido es atribuido a la administración concursal.

El inventario y la lista de acreedores deben acompañar al informe *ex art.* 75 LC que se debe presentar sobre la situación patrimonial del concursado. No son, empero, partes integrantes del mismo, sino documentos anexos que deben acompañar a aquél (art. 75.2 LC).

El inventario y la lista de acreedores no parece que merezcan la mera consideración de documentos privados: una vez concluidos los trámites de impugnación se integran en los actos judiciales del proceso concursal. Los administradores concursales no actúan, en la confección de ambos textos, como «peritos de designación judicial cuyo dictamen pueda ser valorado libremente por el juez conforme a las reglas de la sana crítica»⁸⁴⁷. En efecto, a

2345 y 2346; y HERRERO PEREZAGUA, «Legitimación...», cit., p. 184) la Ley 38/2011 modificó el art. 145.3 LC cuya nueva dicción contempla: «si el concursado fuese persona jurídica, la resolución judicial que abra la fase de liquidación contendrá la declaración de disolución si no estuviese acordada y, en todo caso, el cese de los administradores o liquidadores, que serán sustituidos por la administración concursal, sin perjuicio de continuar aquéllos en la representación de la concursada en el procedimiento y en los incidentes en los que sea parte».

⁸⁴⁶ Cfr. HERRERO PEREZAGUA, «La lista de acreedores...», cit., p. 131.

⁸⁴⁷ Cfr. GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, «La discusión de derechos de crédito incluidos en el inventario», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 25, 2012, p. 439.

falta de impugnación, queda establecido el activo y el pasivo del deudor concursado, y todos los sujetos que actúan en el concurso, incluido el juez, operan sobre esa base⁸⁴⁸.

Pese a lo anterior, es manifiesto que el cometido atribuido a la administración concursal en la elaboración del inventario y la lista de acreedores se asemeja al de un perito por su indudable naturaleza técnica, pero se aleja de aquel en la eficacia vinculante que respecto de aquellos se desprende en el seno del concurso⁸⁴⁹.

⁸⁴⁸ *Ibidem*, p. 439.

⁸⁴⁹ No cabe anudar al inventario y a la lista de acreedores los mismos efectos fuera del concurso. Pese a algunos amagos fallidos de atribuir a ambos textos, de cumplirse determinados presupuestos, efectos de cosa juzgada (así, la SAP (Sección 5ª) de Murcia de 9 de enero de 2007 [AC 2007, 1542] al afirmar: «esta Sala (...) opta por aceptar la interpretación extensiva y por ello entender que el artículo 97.1 LC impide al deudor de un concursado oponer en el declarativo que corresponda cualquier cuestión relativa a la discusión en el juicio ordinario de un crédito que pudo y debió ser impugnado en el seno del concurso. Lógicamente esta afirmación debe ser matizada en el sentido de que las consecuencias de esta falta de impugnación que prevé el artículo 97.1 LC solo operan en el caso de que el interesado, a los efectos que aquí interesan el deudor del concursado, haya tenido efectivo conocimiento de la existencia de la deuda y su inclusión en el inventario de la masa activa del concursado, pues no puede llevarse la interpretación de la norma hasta el punto de excluir cualquier tipo de posibilidades de defensa del deudor en relación a una deuda sobre la que no ha tenido opciones para impugnar. En consecuencia las limitaciones que impone el artículo 97.1 LC lo son en relación a quien haya sido parte en el concurso, mediante su personación en las actuaciones y por tanto su acceso a todos los documentos emanados del Juzgado de lo Mercantil y de la Administración Concursal, o bien quien haya recibido comunicación previa a la emisión del informe definitivo por la administración concursal en la que se le comunique la existencia del concurso y la deuda a favor de la masa de acreedores que se ha fijado en el inventario del activo. Lo fundamental es garantizar el derecho de defensa del deudor, por lo que sería contrario a dicho principio constitucional plasmado en el artículo 24.2 CE una interpretación que extendiese a todos los deudores del concursado, hubiesen o no tenido conocimiento del informe de la administración concursal, los efectos del citado artículo 97.1 LC. Garantizado este derecho de defensa, y en el ámbito del concurso se garantiza de forma nítida a través de incidente concursal previsto en el artículo 96 LC en el que se pueden impugnar tanto el inventario como la lista de acreedores, si el interesado no utiliza libre y voluntariamente esta vía procesal que el legislador ha puesto a su disposición, pudiendo hacerlo, habrá que entender que debe sufrir las consecuencias que imperativamente se establecen en el artículo 97.1 LC, y por tanto no podrá plantear ni dentro ni fuera del concurso ningún tipo de alegación que esté destinada a lograr la modificación del contenido del informe, bien de forma directa a través de la pretensión de modificación del documento, o bien de forma indirecta por la vía de oposición al pago de la deuda, pues de estimarse tal oposición se produciría una merma en el activo del concursado ya aprobado definitivamente y por ello una modificación de todo el inventario que se produciría fuera del marco del concurso y de las previsiones legales para su formación, afectando de manera directa a las garantías de los acreedores que se han adoptado dentro del propio concurso y, se insiste, con plenas garantías de defensa para cualquier interesado, sea acreedor o deudor») ni la jurisprudencia del TS (STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) de 28 de septiembre de 2010 [RJ 2010, 4887] que casó la SAP de Murcia referida) ni la doctrina reconocen efectos de cosa juzgada *ad extra* del proceso

3.2. La formación del inventario y su alcance en el concurso

Es generalmente admitido, doctrinal y jurisprudencialmente, que el inventario cumple una función eminentemente informativa⁸⁵⁰. La volatilidad, indisociable característica de la masa activa, impide que aquella pueda tener una función distinta.

La finalidad del inventario se dirige a proporcionar información sobre la viabilidad de la continuación en la actividad empresarial, sobre un eventual convenio o, en su caso, la liquidación.

En el inventario, los administradores concursales deben hacer constar todos los bienes y derechos del deudor que integran la masa concursal y un avalúo de los mismos a la fecha de cierre (art. 82.1 LC) con arreglo a su valor de mercado (art. 82.3 LC). El inventario ofrece así, la imagen fiel de la masa activa en un momento determinado. Sin embargo, ésta puede variar a lo largo del proceso: el valor de mercado de los bienes cambia y los bienes y derechos que componen la masa activa varían –por ejemplo, por el ejercicio de acciones de reintegración, del derecho de separación, por la resolución de litigios pendientes, etc.-. De esta suerte, la masa activa es la que es en cada momento, con independencia del contenido del inventario⁸⁵¹.

concursal (vid., entre otros, GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, «La discusión...», cit., pp. 440 y 441) salvo en lo atinente a aquellas cuestiones que hayan sido objeto de impugnación.

Fuera del proceso concursal, son los efectos de cosa juzgada y litispendencia los que pueden impedir o condicionar un posterior pronunciamiento jurisdiccional. Por ello, en los supuestos en los que hay impugnación y plena discusión sobre los hechos controvertidos por medio del incidente concursal, la resolución firme que se dicte (esto es, la sentencia del incidente concursal o la resolución que se dicte en la apelación más próxima de recurrirse aquélla) tendrá efectos de cosa juzgada, siendo por tanto imposible iniciar un nuevo proceso que verse sobre el mismo objeto. Sobre la cuestión, volveremos más adelante.

⁸⁵⁰ En este sentido, CERVERA MARTÍNEZ, «Determinación de la masa activa del concurso», *Tratado Judicial de la Insolvencia*, tomo I, Thomson-Reuteurs Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 1248 y 1264 y ss.; SÁNCHEZ PAREDES, «La inclusión en el inventario de los créditos por devoluciones de IVA», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 22, 2011-1, pp. 452 y ss.; la SJM nº 7 de Madrid de 28 de enero de 2008 [AC 2008, 356] y la SJM nº 1 de Oviedo 6 de julio 2006 [AC 2006, 1827].

⁸⁵¹ Vid. CARDENAL CARRO, «Consecuencias de la falta de impugnación en tiempo y forma del inventario de la masa activa del concurso», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 89, Mayo-Agosto, 2012, p. 28.

Buena prueba de la función informativa que cumple el inventario radica en las previsiones legales que se contienen para la liquidación de los bienes y derechos que integran la masa activa –entre otros, arts. 148.1 LC, 149.1.1º y 151 LC-. En ninguno de los preceptos se hace referencia al inventario como documento fehaciente de la realidad de la masa activa⁸⁵². Se reconoce, de este modo, su carácter mutable⁸⁵³.

Los breves plazos de la fase común, dos meses en el procedimiento ordinario –sin perjuicio de la eventual prórroga- (art. 74 LC) y 15 días en el procedimiento abreviado (art. 191.1 LC), y la inclusión o exclusión de bienes y derechos que puede producirse transcurrida aquélla, aconsejan el referido carácter informativo.

3.3. La formación de la lista de acreedores y su alcance en el concurso

La lista de acreedores elaborada por la administración concursal permite a los sujetos en ella reconocidos la posibilidad de participar en el procedimiento y lograr, en su caso, la satisfacción de su crédito. Si el crédito no es reconocido en la lista de acreedores, aunque exista, no podrá aspirar a su satisfacción en el seno del concurso. La función y el alcance atribuido a la lista de acreedores es, por tanto, distinto al reconocido para el inventario.

La elaboración de la lista de acreedores por la administración concursal, referida a la fecha de solicitud de concurso, deberá incluir o excluir los créditos puestos de manifiesto en el procedimiento constando en listas separadas

⁸⁵² El avalúo de los bienes y derechos que se plasma en el inventario por los administradores concursales debe servir como referencia para la posterior realización de aquéllos durante la liquidación. Lo normal es que, entre la aprobación del inventario y la liquidación, transcurra un período de tiempo considerable –salvo que se haya instado la liquidación desde el inicio del proceso ex art. 142.1 LC-; ello determina que la administración concursal deberá valorar de nuevo los bienes y derechos conforme al valor de mercado y hacerlo constar en el plan de liquidación o en los informes sobre el estado y operaciones de liquidación. Además, en caso de proceder a la venta conjunta de la empresa o de un lote o unidad productiva, la administración concursal, igualmente, deberá entrar a valorar tales bienes. Sobre el particular, vid. FERNÁNDEZ SEJO, «Lógicas Procesales y Lógicas Mercantiles (A propósito del plazo para impugnar el informe e la administración concursal y las consecuencias de la no impugnación del informe)», *I foro de encuentro de Jueces y Profesores de Derecho Mercantil*, SALELLES CLIMENT, GUERRERO LEBRÓN, y FUENTES DEVESA (coords.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 66.

⁸⁵³ Sobre la cuestión, vid. CARDENAL CARRO, «Consecuencias...», cit., pp. 29 y 30.

ordenadas alfabéticamente (art. 94.1 LC)⁸⁵⁴. La administración concursal se debe pronunciar sobre todos los créditos, tanto sobre los que se hayan comunicado expresamente como sobre aquellos otros que resultaran de los libros y documentos del deudor o que, por cualquier razón, constaran en el concurso (art. 86.1 LC).

La lista de acreedores, resultado explícito de la labor de reconocimiento y verificación llevada a cabo por la administración concursal, se constituye, de esta suerte, en una declaración de derechos crediticios que marcan el devenir del proceso concursal. Se trata de un documento que fija la masa pasiva del concurso y la posición de cada uno de los acreedores que figuran en él⁸⁵⁵.

3.4. La impugnación del inventario y la lista de acreedores

La presentación del informe, el inventario y la lista de acreedores reviste una especial importancia en el devenir del proceso concursal⁸⁵⁶. Con él se

⁸⁵⁴ La referencia en el precepto a la fecha de solicitud del concurso ha sido criticada por la doctrina y la jurisprudencia. En efecto, la LC en varios estadios toma como referencia no la fecha de solicitud sino la del auto de declaración –entre otros, arts. 49 y 59 LC-. Este criterio parece más sensato, sobre todo teniendo en cuenta que desde la solicitud de concurso hasta su efectiva declaración puede transcurrir un tiempo. En este sentido, vid. VEIGA COPO, «La impugnación de la lista de acreedores en el concurso. Los legitimados», *Diario La Ley*, nº 7161, 2009, p. 1, edición online (diariolaley.laley.es); y *La masa pasiva del concurso de acreedores*, Civitas-Thomson Reuters, 2ª ed., 2012, p. 508; también la SJM nº1 de Bilbao de 24 de febrero de 2006 [AC 2006, 139].

⁸⁵⁵ Como afirma GARRIDO GARCÍA la lista de acreedores «es un documento con ciertos efectos constitutivos, ya que (...) representa la primera base para el reconocimiento de los créditos como créditos concursales, con derecho a recibir los pagos en el seno del concurso» («Comentario al artículo 94», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, p. 1684).

⁸⁵⁶ En este sentido, la SJM nº 3 de Barcelona de 27 de febrero de 2006 [AC 2006, 140] afirma: «el trámite de impugnación se convierte en uno de los momentos de mayor trascendencia en el proceso concursal: a) Porque, tal y como advierte la doctrina, es el momento en el que el Juez puede fiscalizar a instancia de los interesados la actuación de los administradores en la “decantación” de las masas; b) Porque el informe de la administración concursal supone la culminación de la fase común y, por regla general supone un lapso procesal necesario para conocer cual es el verdadero destino del concurso y para conciliar si los datos facilitados por el concursado respecto de su activo y pasivo se corresponden con la situación real de dichas masas; c) Porque ese trámite de impugnación es uno de los “cuellos de botella” del procedimiento que normalmente compromete el normal desarrollo del procedimiento ya que la tramitación de las impugnaciones demora la apertura de las fases de liquidación o convenio. Por estas razones deben extremarse las precauciones al objeto de evitar que en la impugnación puedan ventilarse cuestiones ajenas a la misma».

En el caso de la lista de acreedores, la inclusión o exclusión del crédito, así como su clasificación, le permitirá su participación en distintos estadios del proceso. Así, cabe predicarse de varios preceptos, entre otros: arts. 113, 116.4, 118.1, 119, 123.1 y 124 LC.

determinan dos realidades –la masa activa y la masa pasiva- que marcarán los derroteros del proceso. Esta primera presentación goza, sin embargo, de un carácter provisional hasta, en su caso, la oportuna revisión judicial o transcurso del plazo sin impugnaciones, momento en el cual devienen definitivos.

La impugnación del inventario y la lista de acreedores tiene una indudable trascendencia pues supone la fiscalización de la labor por el juez de la tarea que ha llevado a cabo la administración concursal.

La presentación del inventario y la lista de acreedores –junto con el informe al Juez del concurso –que serán notificados a quienes se hayan personado en el concurso en el domicilio señalado a efectos de notificaciones y se publicarán en el Registro Público Concursal y en el tablón de anuncios del juzgado- fija la posición de la administración concursal respecto a lo que en los referidos documentos consta. Ello lleva consigo dos importantes consecuencias: en primer término, no cabe una modificación posterior de los textos por la administración concursal –salvo eventual error- sino a través de su impugnación por medio del incidente concursal *ex art. 96 LC*; en segundo término, en ellos queda determinada la posición que ante una posible impugnación va a defender, a priori, la administración concursal.

La impugnación del inventario y la lista de acreedores se constituye, pues, en el mecanismo a través del cual cualquier interesado puede hacer valer sus derechos en el concurso frente a la previa actividad de formación de las masas activa y pasiva desarrollada por la administración concursal⁸⁵⁷⁸⁵⁸.

⁸⁵⁷ Vid. GARRIDO GARCÍA, «Comentario al artículo 96», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, p. 1709 a 1720.

⁸⁵⁸ La Ley 38/2011, con la intención de reducir la litigiosidad ante eventuales errores en la formación del inventario y la lista de acreedores, introdujo un acertado trámite previo a la presentación de ambos documentos en aras a garantizar la celeridad del proceso concursal. Así, el nuevo art. 95.1 LC establece: «La administración concursal, con una antelación mínima de diez días previos a la presentación del informe al juez, dirigirá comunicación electrónica a los acreedores sobre los que conste su dirección electrónica, informándoles del proyecto de inventario y de la lista de acreedores. Los acreedores podrán solicitar a la administración concursal, igualmente por medios electrónicos, hasta tres días anteriores a la presentación del informe al juez, que se rectifique cualquier error o que complementen los datos comunicados». A priori, la norma parece estar dirigida a que cada acreedor ponga de manifiesto los errores que se hayan producido en el reconocimiento de su crédito, sin embargo, nada obsta a que los

Siguiendo la literalidad del art. 96 LC, las «partes personadas» y «demás interesados» pueden impugnar el inventario, para interesar la inclusión o exclusión de bienes y derechos o el aumento o disminución del avalúo de los incluidos (art. 96.2 LC), o la lista de acreedores, para solicitar la inclusión o exclusión de créditos, así como la cuantía o clasificación de los reconocidos (art.96.3 LC)⁸⁵⁹. Queda fuera, pues, la posibilidad de impugnar el informe ex art. 75 LC⁸⁶⁰.

El procedimiento para la impugnación del inventario y la lista de acreedores previsto en el art. 96.5 LC es el incidente concursal. No cabe, por tanto, iniciar un nuevo proceso declarativo pretendiendo, al margen del concurso, el reconocimiento del crédito –el art. 50.1 LC veta semejante posibilidad-.

En la delimitación de las partes en el incidente concursal, el art. 193 LC, que lleva por rúbrica «Partes en el incidente», no se ocupa de todos los extremos relativos a éstas, sino principalmente de la posición de demandado y de las facultades del interviniente⁸⁶¹. Aun cuando nada señala el precepto sobre la capacidad y legitimación de las partes⁸⁶², en lo que afecta a la legitimación activa para la impugnación del inventario y la lista de acreedores debemos estar a lo disciplinado en el art. 96.1 LC.

acreedores puedan evidenciar y manifestar a la administración concursal equívocos en el inventario o en la lista de acreedores que afecten a otros sujetos. No concurriendo prohibición expresa, no hay razón aducible en contra que impida la posibilidad descrita.

⁸⁵⁹ Ello determina que puedan ser impugnados créditos de otros acreedores. De la misma opinión, VALPUESTA GASTAMINZA, para quien: «queda claro que la impugnación puede referirse no sólo al crédito propio, reconocido en menor cuantía o peor clase que la comunicada, sino también en cuanto a los créditos de otros acreedores. (...) Y es que la oposición puede basarse en el carácter ficticio de algunos créditos (...) o simplemente puede buscar evitar que algún acreedor concurrente cobre más o en mejor posición que el opositor» («Comentario al artículo 96», *Comentarios a la Ley Concursal*, CORDÓN MORENO (dir.), tomo I, 2ª ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 1095).

⁸⁶⁰ En este sentido, CERVERA MARTÍNEZ, «Determinación...», cit., p. 1254; implícitamente, GARRIDO GARCÍA, «Comentario al artículo 96», cit., pp. 1710 y ss.; la SAP (Sección 15ª) de Barcelona de 4 de febrero de 2008 [JUR 2008, 146412]. En contra, CORDERO LOBATO, «Comentario al artículo 96», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), tomo I, Tecnos, Madrid, 2004, p. 1116 (pp. 1115 a 1119); VEIGA COPO, «La impugnación...», cit., p. 2 y *La masa...*, cit., pp. 509 a 511, para quienes el informe, al margen del inventario y la lista de acreedores, es susceptible de impugnación.

⁸⁶¹ Cfr. HERRERO PEREZAGUA, «Comentario al artículo 193», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), tomo II, Tecnos, Madrid, 2004, p. 1946.

⁸⁶² En este sentido, SENÉS MOTILLA, «Comentario al artículo 193», ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, pp. 2806 a 2811.

La fórmula contemplada en el art. 96.1 LC para la atribución de la legitimación activa es excesivamente amplia: de un lado, se concede a las «partes personadas» para presentar demanda de impugnación en el plazo de diez días desde la notificación del art. 95.2 LC; de otro, para los «demás interesados» se otorga un plazo de diez días que se computará desde la última de las publicaciones⁸⁶³⁸⁶⁴. A la vista de lo descrito, asumirá la posición de demandante quien presenta la demanda, sea el concursado⁸⁶⁵, los acreedores o cualquier otro interesado.

La atribución a las «partes personadas» de legitimación activa, en una interpretación sistemática del art. 96.1 LC junto con el art. 95.1 LC se refiere no solo a las partes que efectivamente se hayan personado -en el caso de acreedores entendemos mediante la comunicación de su crédito-, sino también a aquellos acreedores o deudores cuyo crédito, por constar en la documentación obrante, es reconocida por la administración concursal aun cuando aquellos no se hubieran dirigido a la administración concursal. El segundo inciso del precepto «demás interesados» está referido a cualquier

⁸⁶³ Esta amplitud en la atribución de la legitimación activa ya se contenía en la redacción originaria del art. 96 LC que empleaba la fórmula «cualquier interesado». La redacción actual responde a la reforma acometida por Real Decreto-Ley 3/2009.

⁸⁶⁴ Con anterioridad a la reforma acometida por Ley 38/2011, la LC parecía establecer una duplicidad de regímenes impugnatorios. De un lado, por cuanto el art. 95.1 LC disponía que en la comunicación personal que la administración concursal debía dirigir a determinados interesados tenía que hacerse mención al plazo de diez días para formular las reclamaciones que se tuvieran por conveniente. De otro lado, el art. 96.1 LC establecía también un plazo de diez días para que cualquier interesado pudiera impugnar la lista de acreedores. Ambas fórmulas llevaron consigo dudas de si nos encontrábamos ante una única vía de impugnación o, por el contrario, ante dos. Sobre la cuestión, vid. DÍAZ MORENO, «Cuestiones en torno a la impugnación de la lista de acreedores», *I foro de encuentro de Jueces y Profesores de Derecho Mercantil*, SALELLES CLIMENT, GUERRERO LEBLÓN, y FUENTES DEVESA (coords.), Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 69 y ss. En particular, sobre las distintas interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales a la hora de determinar el *dies a quo*, vid. pp. 77 y ss.

⁸⁶⁵ Sobre el concursado, la SAP (Sección 1ª) de Pontevedra de 25 de junio de 2008 [JUR 2008, 337717] señala: «el deudor concursado también merece la calificación de interesado a los efectos de poder impugnar el inventario y la lista de acreedores que acompañan al informe de la administración concursal. De manera que el tratamiento para su demanda incidental de impugnación debe ser el sometimiento al régimen expuesto, por lo que el plazo para presentarla vencerá, como para los demás, en diez días desde la publicación general de la presentación del informe (arts. 95.2 y 96.1 LC)». Mismo criterio sostiene el AAP (Sección 15ª) de Barcelona de 28 de septiembre de 2006 [JUR 2007, 123982]. Más discutible nos parece, en cambio, que el deudor pierda la legitimación cuando se insta la liquidación. De este parecer, VEIGA COPO, *La masa...*, cit., pp. 560 y 561.

sujeto que pueda tener un interés en el efectivo reconocimiento –o no- de un bien, derecho o crédito del concurso.

La demanda incidental formulada por cualquiera de los legitimados no puede ser admitida de modo automático. El demandante debe probar un interés económico para que se proceda a su admisión a trámite por el juez. En el caso de los acreedores o del concursado, el interés es manifiesto.

En lo atinente a la legitimación pasiva nada contempla el referido art. 96.1 LC. Sin embargo, si bien el art. 194.1 LC parece atribuir al actor la carga de individualizar en la demanda los sujetos frente a los que se pide la tutela –en su remisión al art. 399 LEC-, el art. 193.1 LC amplía la condición de demandado a cualesquiera otras personas que sostengan posiciones contrarias a lo pedido por la actora.

La posición de demandado recaerá en aquellos frente a los que se pide la concreta tutela. En el caso de impugnación del inventario o la lista de acreedores, deberán ostentar la condición de demandados, la administración concursal -como autora de uno y otro documento-, aquel a quién perjudique de modo directo la impugnación y, siguiendo la dicción literal del art. 193.1 LC, cualquier otro que sostenga una posición contraria a lo pedido por la actora. Cuestión controvertida, es la posición del deudor. Sobre ésta nos pronunciaremos más adelante.

La cuestión peliaguda afecta a la legitimación pasiva y a la posición que ocupa la administración concursal en el eventual incidente de impugnación del inventario y la lista de acreedores. Hay consenso doctrinal en entender que la demanda incidental de impugnación de ambos textos debe dirigirse, en todo caso, a la administración concursal. Como ya adelantábamos, también deberá dirigirse la demanda frente a aquellos sujetos directamente afectados por la impugnación. Nos encontraríamos, pues, ante un litisconsorcio pasivo necesario en aplicación del art. 12.2 LEC⁸⁶⁶.

⁸⁶⁶ Así, por ejemplo, si se pretende la exclusión de un bien que goza de un privilegio especial, también deberá demandarse al acreedor titular de esa preferencia. Y lo mismo acontece si se

Pero, ¿qué ocurre si el demandante no ejercita acción frente a la administración concursal? A nuestro juicio, se produce una indebida constitución de la *litis*. Como afirmara SERRA DOMÍNGUEZ, en el incidente concursal existen dos clases de partes demandadas, en primer término, las expresamente señaladas en la demanda incidental, que dependen de la libre elección del demandante, por lo que la falta de alguno de ellos constituye un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario; en segundo término, las partes comparecidas en el concurso que intervengan en el incidente y sostengan posiciones contrarias a la actora, que son partes sobrevenidas por razón de la intervención procesal⁸⁶⁷.

La posición expuesta ratifica que, en aquellos supuestos en los que el demandante no ejercite la acción frente a la administración concursal se produce una indebida constitución de la *litis*. Entendemos que el juez del concurso, al amparo del art. 184.1 LC, deberá darle traslado a la administración concursal pero, de ser admitida a trámite la demanda, y emplazada la administración concursal. Ésta podrá aducir falta del debido litisconsorcio pasivo necesario (art. 416.1.3º LEC) y, también, el defecto legal en el modo de proponer la demanda (art. 416.1.5º LEC)⁸⁶⁸.

pretende la exclusión de un crédito o su disminución, pues será necesario demandar al acreedor titular del mismo para que no quede en indefensión. Sobre la cuestión, vid. GARRIDO GARCÍA, «Comentario al artículo 96», cit., p. 1713.

⁸⁶⁷ Cfr. SERRA DOMÍNGUEZ, «Comentario al artículo 193», *Comentarios a la Ley Concursal*, SAGRERA TIZÓN; SALA REIXACHS y FERRER BARRIENDOS (coords.), tomo III, Bosch, Barcelona, 2004, p. 1915.

De esta suerte, planteado un incidente concursal por un acreedor por haber sido excluido su crédito, el resto de acreedores podrán personarse si así lo estimaran pertinente, por cuanto el reconocimiento del crédito ahora excluido puede, de ser incluido, suponer una reducción proporcional de las cantidades a percibir.

⁸⁶⁸ Mismo criterio apunta VEIGA COPO para quién: «la Ley concursal en ningún momento apuesta por una suerte de extensión judicial de la condición de demandado a los administradores concursales en el incidente si éstos no son debida y oportunamente emplazados conforme a como rezan los artículos 399.1 en relación con el 155 de la LEC, aplicables a la demanda incidental a que se refiere el artículo 96.1 y 4 de la Ley Concursal por expresa remisión del artículo 194.1 de la Ley Concursal. Tampoco permite, que sepamos hasta el momento, que el Juez del concurso supla el defecto de la demandante a la hora de identificar a la contraparte en el procedimiento incidental. Permitir lo contrario significaría que el Juez purgue o subsane de oficio la defectuosa constitución de la relación jurídico-procesal. Una cosa es que, según la Ley Concursal, el Juez tenga que emplazar no sólo a las personas naturales o jurídicas demandadas, sino también a las personadas en la Sección correspondiente, y otra muy distinta que el juez pueda, al margen de la determinación efectuada por la actora,

Cuestión distinta acontece con el deudor, ¿debe ser también demandado el deudor cuando se insta la exclusión de un bien debidamente incluido o la inclusión de un crédito debidamente excluido? A nuestro juicio, es indudable que sí. El deudor concursado debe tener la posibilidad de combatir debiendo ser, en todo caso, demandado. Mantener otro criterio supondría una clara vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva⁸⁶⁹⁸⁷⁰. No demandar al deudor supondría, pues, una indebida constitución de la *litis*⁸⁷¹.

Lo que no es fácil de dilucidar es en calidad de qué actúa la administración concursal. A nuestro juicio, opera en calidad de parte y no como representante necesario del patrimonio concursal. No opera, pues, como representante necesario del patrimonio concursal. La administración concursal en la elaboración del inventario o lista de acreedores asume un deber del que, en caso de incumplimiento, deberá responder. Sin embargo, este hecho no determina su condición de parte y la atribución de legitimación pasiva⁸⁷². Este

considerar demandados a sujetos distintos de aquellos contra los que se hubiere dirigido la demanda» (*La masa...*, cit., pp. 557 a 558).

⁸⁶⁹ Mismo criterio sigue VEIGA COPO, «La impugnación...», cit., p. 5 online.

⁸⁷⁰ En Italia, un sector de la doctrina y de la jurisprudencia cuestionó la legalidad del art. 100 Legg. fall. en relación al derecho a la tutela judicial efectiva contemplado en su artículo 24 de la *Costituzione della Repubblica Italiana*. Sobre la cuestión, vid. BONFATTI, *La formazione dello stato passivo nel fallimento. Dieci anni di giurisprudenza*, Milano, 1981, pp. 266 y ss.

En contra de la participación del deudor, vid. PELLEGRINO, *Fallimento e nuovo processo civile*, Giuffrè, Milano, 1994, pp. 160 y ss., si bien la admite de un modo genérico –p. 25– advierte una serie de inconvenientes. Cabe señalar, no obstante, la evolución que en la jurisprudencia y en la doctrina experimenta la participación del deudor tras superar la rígida concepción consecuencia de las limitaciones en su capacidad procesal. Para un sector de la doctrina no se puede atribuir legitimación alguna al deudor dado que no es parte en sentido formal, entre otros, PROVINCIALI, *Trattato di Diritto Fallimentare*, tomo III, Giuffrè, Milano, 1974, p. 1494; y SCALERA, *Verifica costituzionale della legge fallimentare*, CEDAM, Padova, 1977, p. 113.

⁸⁷¹ Distinto criterio sostiene la SJM nº 3 de Barcelona de 27 de febrero 2006 [AC 2006, 140] para la cual: «la posición de la concursada en el incidente derivado de la impugnación del informe no es asimilable de modo automático a la posición de un demandado en un proceso declarativo, el concursado está legitimado activamente para impugnar pero en cuanto a su legitimación pasiva la cuestión es dudosa ya que no es la autora material del informe y su posición en estos incidentes no debe ser la del mero demandado sino la de un coadyuvante que pueda, indistintamente, tener interés en mantener las tesis de la administración concursal o del impugnante. Respecto de los coadyuvantes la Ley de Enjuiciamiento Civil no establece norma alguna que les permita reconvenir».

⁸⁷² En la impugnación de la lista de acreedores y el inventario no cabe hablar de legitimación activa de la administración concursal: es inviable el planteamiento de reconvencción. Parece ilógico que la administración concursal impugne los textos que ella misma elaboró. Cuestión distinta es que la administración concursal pueda corregir eventuales errores, lo que sí nos parece del todo razonable.

status, entendemos, viene determinada por ser titular de la relación jurídico-material que se deduce en el incidente concursal como autora del inventario y de la lista de acreedores. Adquiriría, pues, virtualidad la legitimación –pasiva– por razón del oficio⁸⁷³.

En el incidente concursal, la administración concursal debe ir asistida de letrado⁸⁷⁴. En el caso de que alguno de los administradores concursales sea letrado deberá asumir la defensa técnica (art. 184.5 LC).

En el resto de la actuación de la administración concursal se seguirán los trámites disciplinados en los arts. 194 a 196 LC. Así, tras la admisión a trámite de la impugnación con entrega de la copia a la administración concursal –y demás codemandados– éstos podrán contestar a la misma, proponiendo los medios de prueba en el plazo de diez días (art. 194.3 y 4 LC). Tras la celebración de la eventual vista en los supuestos del apartado 4 del art. 193 LC y por los trámites del art. 443 LEC, se procederá a dictar sentencia.

Las sentencias que resuelvan las impugnaciones, de devenir firmes, tendrán efectos de cosa juzgada (art. 196.4 LC)⁸⁷⁵.

Dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la última sentencia resolutoria de las impugnaciones, la administración concursal introducirá en el

⁸⁷³ Distinto parecer sostiene VEIGA COPO para quien: «con independencia de que el deudor concursado sea o no demandado y sí lo sea la administración concursal, que es quién ha confeccionado, estudiado y calibrado la lista de acreedores, no cabe duda que esta es una actuación o función que afecta directa y decididamente al patrimonio del deudor concursado. Los administradores no actúan *in rem propriam* pese a la responsabilidad que asumen por su mala o negligente gestión, sino que actúan por y para el concurso. Con la confección y elaboración de la lista de acreedores se determina su pasivo, o lo que es lo mismo, se determina el *quantum* de su deuda. Y es con su patrimonio, endeble o mísero, a fin de cuentas con el que ha de satisfacerse las deudas del concursado, no con el de los administradores concursales» (*La masa...*, cit., pp. 562 y 563).

⁸⁷⁴ Conviene plantearse qué ocurriría si ejercitada demanda incidental frente a la administración concursal en impugnación de la lista de acreedores o el inventario, ésta se allanara: ¿quedaría vinculado el juez del concurso? Siguiendo el principio rogatorio del proceso civil, el juez del concurso no podría ir más allá comprobando la labor de verificación realizada por la administración concursal. El objeto del proceso queda delimitado por lo recogido en la demanda y en la contestación a la misma. Ocurriría, sin embargo, que el allanamiento podría determinar un fraude de ley o suponer perjuicios para tercero (art. 21.1 *in fine* LC), por lo que entendemos ajustada a derecho, que el juez realice una previa labor de control al respecto.

⁸⁷⁵ Adviértase que frente a la sentencia dictada cabe reproducir la cuestión en la apelación más próxima (art. 197.4 LC).

inventario, en la lista de acreedores y en la exposición motivada de su informe las modificaciones que, en su caso, procedan, presentando al juez del concurso los textos definitivos correspondientes (art. 96.5 LC). En ocasiones, la modificación del inventario llevará consigo la de la lista de acreedores, y, también a la inversa, esto es, que una modificación de la lista de acreedores podrá modificar el inventario⁸⁷⁶. De igual modo, las modificaciones en las listas del inventario y la lista de acreedores puede llevar consigo la modificación del informe por cuanto una variación en las masas, activa o pasiva, puede conllevar un juicio y análisis del concurso.

No es necesario una nueva redacción de los textos sino la modificación de aquellos aspectos sobre los que resuelven las sentencias resolutorias de la impugnación.

Respecto a la lista de acreedores se permite tras la Ley 38/2011 que, concluido el plazo de impugnación y hasta la presentación de los textos definitivos, se pueda presentar comunicaciones de nuevos créditos que serán considerados como subordinados –salvo que el acreedor justificara no haber tenido noticia antes de su existencia en cuyo caso se deberán clasificar según su naturaleza- (art. 96.1 bis LC).

Tras las modificaciones derivadas de las impugnaciones y de los nuevos créditos comunicados, la administración concursal deberá presentar al juez del concurso, la lista de acreedores, el inventario y el informe definitivo.

Respecto a la decisión adoptada por la administración concursal en lo atinente a los nuevos créditos comunicados, por cuanto no ha habido posibilidad de impugnación, se permite su articulación en el plazo de diez días desde la puesta de manifiesto de los textos definitivos (art. 96.3 bis LC)⁸⁷⁷. De

⁸⁷⁶ Así, por ejemplo, cuando se excluya del inventario un bien sobre el que un acreedor tiene un privilegio especial debiendo ser modificado, también la clasificación del acreedor o la exclusión de un crédito con privilegio especial traerá consigo que el bien sobre el que recayera el privilegio sea considerado de manera diversa dentro del inventario. Sobre la cuestión, vid. GARRIDO GARCÍA, «Comentario al artículo 96», cit., pp. 1719 y 1720.

⁸⁷⁷ De manera acertada, para evitar una mayor dilación, se establece que esta última impugnación no impide la continuación de la fase de convenio o de liquidación siendo de aplicación lo dispuesto en el art. 97 ter LC.

igual modo, se sustanciará por los trámites del incidente concursal ocupando la administración concursal la misma posición descrita páginas atrás.

Por último, tras la Ley 38/2011, cabe solicitar la modificación de la lista de acreedores definitiva antes de que recaiga la resolución en la que se apruebe la propuesta de convenio o se presente en el juzgado los informes previstos en el art. 152 LC –para la liquidación concursal- y en el art. 176 bis LC –para la conclusión del concurso- (art. 97.1 bis LC).

Los acreedores deberán presentar una solicitud con justificación de la modificación pretendida –las causas aparecen contempladas en el art. 97.3 LC-, debiendo la administración concursal informar por escrito al juez sobre la solicitud.

Si el informe de la administración concursal es contrario al reconocimiento se rechazará la solicitud salvo que el solicitante promueva incidente concursal en el plazo de diez días, debiendo estar a lo que en él se resuelva; si el informe de la administración concursal fuera favorable al reconocimiento se dará traslado a las demás partes personadas por el término de diez días para que efectúen alegaciones, que de no ser contrarias a la pretensión formulada, el juez acordará la modificación por medio de auto frente al que no cabe recurso; en otro caso, frente al auto que se dicte cabrá interponer recurso de apelación (art. 97 bis LC).

CONCLUSIONI

CONCLUSIONI

I. Analizzando l'evoluzione dei diversi sistemi fallimentari, osserviamo che sebbene in un primo momento il debitore soltanto vedeva limitati i suoi poteri d'amministrazione e disposizione, a causa delle frodi che ne produceva in sede processuale, nelle evoluzioni normative posteriori, insieme al *curator* è apparso una specie di *curator ad litem* –che integrava la capacità processuale del debitore-. Successivamente questa dualità di funzioni –materiali e processuali- sarà esercitata da un unico soggetto. Questo fatto ha provocato certe difficoltà nella determinazione della natura giuridica del *curator*, oggi rappresentate nelle complesse teorie dottrinali costruite intorno alla natura giuridica dell'attuale *administración concursal*.

II. A nostro avviso, non esiste all'interno dell'Ordinamento giuridico spagnolo una separazione radicale tra le organi del sistema precedente e quelli attuali. In buona misura la LC nasce della consapevolezza degli aspetti positivi e degli errori della regolazione precedente. In questo modo nella figura dell'*administración concursal* si fondono le innumerevoli funzioni che nel sistema vecchio avevano, da una parte, gli *interventores judiciales* nel procedimento di *suspensión de pagos*, e, dall'altra, i *síndicos*, *depositario* e *comisario* nel procedimento di *quiebra*.

III. L'eterogenea attività assegnata all'*administración concursal* provoca che la delimitazione della sua natura giuridica sia una questione controversa. Il complesso ruolo sviluppato dall'*administración concursal* ha reso impossibile la creazione di una teoria valida per tutte le fasi del processo in cui l'*administración concursal* sviluppa le sue funzioni.

Di conseguenza, gli sforzi di catalogazione non produrrebbero un risultato certo e uniforme sugli effetti di un'attuazione degli *administradores concursales* contraria a quanto stabilito nella LC. Così diverse sono le funzione assegnate

che egualmente diverse sono le conseguenze del suo comportamento contrario alla legge.

IV. Anche se, considerato l'interesse che se persegue, e cioè l'interesse fallimentare- si potesse preconizzare un carattere privato all'organo di amministrazione fallimentare, quest'affermazione deve essere puntualizzata. Da un lato, perché la designazione è realizzata dal giudice per potere della legge e non dalla *junta de acreedores* come succedeva con i *síndicos*. Dall'altro, tenuto conto delle funzioni che sono attribuite all'*administración concursal* in termini simili a coloro con funzioni pubbliche.

V. Dall'analisi della sua natura giuridica e le eterogenee funzioni attribuite all'*administración concursal* si possono trarre le seguenti conseguenze:

Da un lato, l'*administración concursal* non rappresenta gli interessi di nessuno dei soggetti che intervengono nel fallimento né si posiziona a favore di nessuna parte in particolare, orientandosi a tutelare l'interesse fallimentare, dove si intersecano gli interessi dei creditori, debitore, terzi ed altri di natura pubblica.

Dall'altro, la sua caratterizzazione come organo ausiliare del giudice deve sostenersi in tutte le fasi del fallimento. Non possiamo condividere tuttavia la sua considerazione come organo delegato del giudice in quanto le sue funzioni non discendono da una delega del personale giudiziario ma direttamente dalla Legge. In occasioni comunque adotta la posizione di parte processuale. Ciononostante la suddetta molteplicità di funzioni comporta l'impossibilità di sostenere la sua considerazione di parte in tutte le fasi del fallimento. Cadere in un simile errore significherebbe partire da posizioni rischiose, piene di eccezioni, che diventerebbero insostenibili.

VI. La natura giuridica delle limitazioni che soffre il debitore nelle sue facoltà d'amministrazione e disposizione patrimoniale una volta dichiarato il fallimento, è una questione complessa che presenta un'importante influenza sulla posizione giuridico-processuale che ostenta il curatore fallimentare. Sebbene nell'attualità il dibattito si circoscrive a due opzioni: da una parte, intendere la

limitazione alle facoltà patrimoniali del debitore come una proibizione d'amministrare e disporre sul patrimonio fallimentare; dall'altra, considerare che quella restrizione risponde ad una limitazione della sua capacità di agire. A nostro avviso, con la dichiarazione di fallimento, ricade sul debitore fallimentare una proibizione d'amministrare e disporre sul patrimonio fallimentare. La capacità del debitore si mantiene, quindi, intatta, agendo nel traffico giuridico con piena capacità se non contravviene le proibizioni concernenti il patrimonio fallimentare. Sostenere che le restrizioni patrimoniali che soffre il debitore sono limitazioni alla capacità di agire implicherebbe che il curatore fallimentare è il rappresentante del debitore. Se il debitore si vede limitato nella sua capacità di agire, il modo di supplirla sarebbe sempre la rappresentanza.

VII. Con la dichiarazione di fallimento si crea, in ogni caso, il patrimonio fallimentare. Nel caso delle persone fisiche l'originario patrimonio del debitore si divide in due: il patrimonio personale e il patrimonio fallimentare. Sul primo, il debitore ha i suoi poteri d'amministrazione e disposizione. Sul secondo, dalla dichiarazione di fallimento, si applica il regime di *suspensión o intervención* sancito dal giudice. Nel caso di persone giuridiche, tutto il patrimonio passa a conformare il patrimonio concorsuale essendo assoggettato, nello stesso modo, al regime di *suspensión o intervención*.

La creazione del patrimonio fallimentare ha un importante effetto: l'originaria legittimazione del debitore si trasferisce al patrimonio fallimentare.

VIII. Il riconoscimento della capacità di essere parte *ex art. 6.1.4° LEC* alle masse patrimoniali o ai patrimoni separati, il cui titolare sia stato privato delle sue facoltà d'amministrazione e disposizione, determina che nell'ambito dei rapporti giuridici-processuali che si sostanziano sull'amministrazione o disposizione del patrimonio, nei casi in cui si abbia stabilito il regime di *suspensión*, il soggetto titolare di quel rapporto sia il patrimonio fallimentare.

Per quanto il patrimonio fallimentare ostenti capacità di essere parte pur non avendo supporto sostanziale con cui attuare, si attribuisce la capacità processuale di agire validamente nel processo al curatore fallimentare (art. 7.5

LEC). Coticché, costui, nei casi in cui si decreta il regime di suspensión, agisca nel processo come rappresentante necessario del patrimonio fallimentare.

IX. Il curatore fallimentare innegabilmente agisce per diritti altrui. Anche se questa è una nota predicabile sia dei casi di rappresentanza sia dei casi di legittimazione indiretta –rappresentativa e per sostituzione-, il curatore fallimentare non ha legittimazione: essendo è una qualità predicabile dalla parte, e la parte è il patrimonio fallimentare (art. 6.1.4° LEC), la conclusione è obbligata: il curatore fallimentare non ha nessuna legittimazione.

X. Nel regime d'*intervención* delle facoltà d'amministrazione e disposizione patrimoniale del debitore fallimentare, non possiamo intendere che il patrimonio fallimentare sia la parte. Da un lato, in quanto l'art. 6.1.4° LEC rispetto al fallimento tiene un ambito d'applicazione limitato: il regime di suspensión. Dall'altro, in quanto l'art. 7 LEC, che fa riferimento alla capacità processuale, nel suo comma 8° sembra essere pensato per disciplinare il regime d'*intervención* delle facoltà d'amministrazione e disposizione patrimoniale. Nel regime d'*intervención* il debitore è la parte.

A nostro avviso, quest'affermazione ci porta a situazioni assurde. Il logico è che il patrimonio sia anche nel regime d'*intervención* la parte. Da un lato, perché non può legarsi a una previsione normativa meno restrittiva (*intervención* vs. *suspensión*) una conseguenza giuridica più gravosa (limitazione di capacità vs. proibizione d'amministrare e disporre). Dall'altro, all'interno del regime di *intervención*, troviamo l'esistenza di due capacità giuridiche differenti tra il debitore e il patrimonio fallimentare. Per ultimo, che nel regime d'*intervención* si attribuisca al debitore l'amministrazione e la disposizione patrimoniale risponde, esclusivamente, alla migliore gestione del patrimonio fallimentare come garanzia dei creditori. Il centro di gravità, dunque, risiede sul patrimonio fallimentare.

Nostra proposta di lege ferenda si concentra su due aspetti. In primo luogo, propugniamo la soppressione dell'art. 7.8 LEC. È un precetto inutile in quanto, come dimostrato, il suo ambito di applicazione rimane vuoto, cioè, fa riferimento

a casi che non esistono; casi in cui la parte è il debitore e le limitazioni alla capacità del debitore devono essere integrati dal curatore fallimentare. In secondo luogo, vogliamo ampliare l'ambito d'applicazione dell'art. 6.1.4° LEC allo scopo di includere anche i casi d'intervención.

XI. Il controllo che si fa derivare, nei casi d'intervención, dall'autorizzazione o dalla conformità del curatore fallimentare per la realizzazione di certi atti dal debitore, ci permette d'apprezzare l'assunzione da parte del stesso di un ruolo simile a quello di un ausiliario giudiziario.

XII. La varietà di azioni riconosciute legalmente al curatore fallimentare, che impediscono di parlare di un regime d'attuazione unitario, raccomandano, da un lato, il trattamento individualizzato di quelle e impedisce, dall'altro, di categorizzare in termini generali sulla posizione giuridica che ostenta il curatore fallimentare nel processo. Questo implica che, anche se nell'art. 184 LC si riconosce la condizione di parte al curatore fallimentare in tutte le sezioni del fallimento, per determinare tale qualità dobbiamo riguardare ogni mansione indipendentemente. L'attribuzione generalizzata di tale condizione è, quindi, sbagliata.

A nostro avviso, con il riconoscimento della condizione di parte al curatore fallimentare, il legislatore pretende che vengano concesse al curatore fallimentare la conoscibilità di tutte le azioni che si svolgono nei processi inclusi nel fallimento.

XIII. Rispetto ai processi dichiarativi in corso che devono essere integrati comprendiamo che, anche se l'art. 51.1.1° LC sancisce che i processi si accumuleranno d'ufficio al fallimento, l'accumulazione potrà essere richiesta dal curatore fallimentare o da qualsiasi parte del processo che pretende l'accumulazione.

Il carattere rogato dell'accumulazione, costante storica nei testi spagnoli regolatori delle situazioni di crisi patrimoniale, e la difficoltà del fatto che il giudice fallimentare possa conoscere da se stesso l'esistenza di un processo

dichiarativo in corso, raccomandano di considerare che l'accumulazione possa essere richiesta dal curatore fallimentare o da qualsiasi parte nel processo.

XIV. Nei processi dichiarativi in corso, dichiarato il fallimento e stabilito il regime di suspensión si produce un chiaro fenomeno di successione processuale. Per supportare questa istituzione in sede dell'art. 51.2 LC è necessario accettare che è possibile svincolare la successione processuale della successione sostanziale. In caso non si ammettesse questa possibilità, il fenomeno della successione processuale non sarebbe applicabile.

A nostro avviso, la riferita separazione è possibile, quindi, la costruzione sarebbe questa: nei processi dichiarativi in corso i quali il debitore è parte, conseguenza della dichiarazione di fallimento e avendosi stabilito il regime di suspensión, il patrimonio fallimentare passa alla posizione del debitore in una sorte di successione processuale, avendo il curatore fallimentare la rappresentanza necessaria del patrimonio fallimentare nel processo.

Così, come in tutti casi di sostituzione processuale, la parte originaria, il debitore, è rimosso dalla litis, occupando la sua posizione nel processo il nuovo soggetto precedentemente indicato, cioè, il patrimonio fallimentare.

Di intervenire nel processo il debitore ex art. 51.1.2° LC, lo farebbe in una posizione subordinata al curatore fallimentare, sebbene avrebbe, nuovamente, la condizione di parte processuale.

XV. In teoria, nel regime d'intervención, secondo quanto stabilito dall'art. 7.8 LEC, non possiamo pensare che esista un fenomeno di successione processuale. La parte, con la dichiarazione di fallimento, continua ad essere sempre il debitore. Tuttavia, riguardando la nostra proposta di lege ferenda di soppressione dell'art. 7.8 LEC e l'ampliamento dell'ambito d'applicazione dell'art. 6.1.4° LEC ai casi di intervención che supportiamo, il patrimonio fallimentare avrebbe la condizione di parte rispetto a tutti i processi che potrebbero inerire alla sua conformazione. Il debitore diventerebbe quindi rappresentante necessario. Così, opererebbe lo stesso fenomeno di

successione processuale tra il debitore e il patrimonio fallimentare da quello descritto per il regime di suspensión.

XVI. L'art. 54.1 LC rispetto ai processi da iniziare dopo la dichiarazione di fallimento, concede legittimazione al curatore fallimentare per l'esercizio di azioni di indole non personale. A nostro avviso, quest'attribuzione non è corretta.

Quando il curatore fallimentare agisce in virtù dell'art. 54.1 LC, in realtà, fa valere azioni che appartengono alla massa fallimentare. Così, il curatore fallimentare non vanta nessuna legittimazione ma diventa rappresentante necessario del patrimonio concorsuale.

Il patrimonio fallimentare presenta, quindi, la legittimazione per esercitare azioni che, prima della dichiarazione di fallimento, appartenevano al debitore. Tuttavia, essendo un caso di legittimazione, non avverrebbe per sostituzione, se pensiamo che per poter parlare di legittimazione per sostituzione è necessario parlare di ampliamento della legittimazione.

XVII. Il concetto di "legittimazione" dell'art. 54 LC non si utilizza, ovviamente, come presupposto dell'azione. Non sappiamo, con certezza, il significato attribuitogli dalla LC.

Ci sono due opzioni: da un lato, intendere che quando l'art. 54.1 LC fa riferimento alla legittimazione, nello stesso modo che in certi precetti della LEC, lo fa come titolarità di un diritto soggettivo processuale: si attribuirebbe, così, al curatore fallimentare la possibilità di agire nel processo, con successo, in ragione della posizione nella quale si trova, ma in virtù di un diritto strettamente processuale. Dall'altro, considerare che il concetto di legittimazione che utilizza l'art.54 LC è quello di legittimazione ad processum.

XVIII. Nei processi da instaurare dopo la dichiarazione di fallimento, sancito il regime d'intervención, l'art. 54.2 LC permette che il curatore fallimentare possa richiedere al debitore all'interposizione di una domanda quando sia conveniente agli interessi del fallimento. Così, se il debitore si negasse a formulare domanda

e il giudice fallimentare autorizzasse il curatore fallimentare a porre in essere la sua interposizione, potrebbe procedere così. In tali casi non ci troviamo davanti a un caso né di legittimazione sussidiaria né di legittimazione per sostituzione. Intendiamo che, al fine di riunire i requisiti stabiliti dalla norma, si produrrebbe una sorta di cambiamento di regime per l'esercizio dell'azione concreta, cioè, il curatore fallimentare, diverrebbe, come nei casi di suspensión, rappresentante necessario del patrimonio concorsuale.

XIX. L'attribuzione concessa nel comma 4 dell'art. 54 LC ai creditori per esercitare azioni, in casi di inattività sia del curatore fallimentare sia del debitore nel termine di due mesi dalla richiesta, è un caso di legittimazione per sostituzione. I creditori agirebbero in nome e interesse proprio ma con fondamento in un diritto altrui.

XX. Rispetto ai processi in cui si esercitano azioni da terzi contro il patrimonio concorsuale, a causa della sua deficiente regolazione ex art. 50 LC è necessaria la sua integrazione normativa attraverso l'art. 51 LC che fa riferimento ai processi dichiarativi in corso nel momento della dichiarazione di fallimento. Il ruolo descritto per il processi dell'art. 51 LC è pienamente applicabile ai processi in cui si esercita un'azione da un terzo contro il patrimonio fallimentare.

XXI. L'art. 50.4 LC rispetto ai processi con ripercussione nel patrimonio fallimentare che si svolgono davanti ad altri ordini giurisdizionali, attribuisce la condizione di parte al curatore fallimentare, senza distinguere tra il regime d'intervención e quello di suspensión. A nostro avviso, tale distinzione deve essere realizzata in maniera che nei casi di suspensión, si deva "chiamare" il curatore fallimentare e nei casi d'intervención si deva "chiamare" al debitore.

Il curatore fallimentare quando è chiamato dinanzi i riferiti ordini giurisdizionale ex art. 50.4 LC non ha la condizione di parte, ricadendo questa sul patrimonio fallimentare.

XXII. L'art. 72.1 LC attribuisce al curatore fallimentare la legittimazione attiva per l'esercizio di azioni di reintegrazione una volta dichiarato il fallimento. Il

legislatore fallimentare spagnolo utilizza il concetto “legittimazione” in maniera sbagliata.

Sebbene un settore della dottrina ha inteso che, nell’esercizio di azioni di reintegrazione fallimentare, la titolarità del diritto soggettivo che si fa valere per il curatore fallimentare ricade sui creditori, a nostro avviso, quest’affermazione non è corretta. Il curatore fallimentare non agirebbe, quindi, in virtù di una legittimazione per sostituzione. Il pregiudizio, presupposto per l’esercizio dell’azione di reintegrazione fallimentare dal curatore fallimentare, determina che l’interesse perseguito dal curatore fallimentare non sia quello dei creditori ma quello della massa. L’interesse, elemento configuratore della legittimazione, annulla ogni dubbio sulla questione: la legittimazione ricade sul patrimonio fallimentare. Il curatore fallimentare si converte, ancora una volta, nello strumento necessario per l’attuazione del patrimonio fallimentare nel processo.

XXIII. Il momento processuale giusto per l’esercizio di azioni di reintegrazione è quello della presentazione dell’inventario della massa attiva (art. 82 LC). Un’interpretazione letterale dell’art. 82.5 LC, insieme alla necessità di avere un termine minimo per valutare l’idoneità della sua interposizione e i brevi termini sanciti dalla LC, raccomandano questa soluzione.

XXIV. La non inclusione di azioni di reintegrazione da parte del curatore fallimentare nell’inventario della massa attiva non determina l’impossibilità del suo posteriore esercizio se il curatore fallimentare lo considera conveniente.

Nella stessa maniera, l’inclusione di azioni di reintegrazione dal curatore fallimentare nell’inventario non obbliga il curatore fallimentare al suo posteriore esercizio. Non esiste il modo di costringere il curatore fallimentare in questo senso, senza dimenticarci dell’eventuale responsabilità che, per danni e pregiudizi, si potesse svolgere contro lui *ex art. 36 LC*.

XXV. L’inventario e l’elenco dei creditori non sono documenti privati: dopo l’impugnazione rientrano negli atti giudiziali del processo fallimentare. Il curatore fallimentare, anche se svolgendo un’attività di carattere tecnico, non agisce

come perito nominato dal giudice il cui parere possa essere valutato in modo libero dal giudice stesso.

XXVI. La questione problematica riguarda la posizione che occupa il curatore fallimentare nell'eventuale incidente d'impugnazione dell'inventario e della lista dei creditori. A nostro avviso, nell'impugnazione dell'inventario e della lista dei creditori la condizione di parte del curatore fallimentare è indiscutibile. Non opera, quindi, come rappresentante necessario del patrimonio fallimentare. Il curatore fallimentare assume un onere del quale, in caso di mancato compimento, deve rispondere. Tuttavia, questo fatto non determina né la sua condizione di parte né la sua legittimazione passiva. La sua condizione di parte viene determinata dal fatto di essere titolare del rapporto giuridico-materiale dell'incidente concorsuale, cioè, dall'attività di redazione dell'inventario e della lista dei creditori, la legittimazione passiva gli è attribuita per ragione dell'ufficio.

JURISPRUDENCIA

Tribunal Constitucional

- STC (Sala Primera) de 13 de febrero de 2003 [RTC 2003, 32].

Tribunal Supremo

- STS de 17 de junio de 1887 (núm. 3) [Jurisprudencia Civil, Tomo 62, Colección Completa de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en los recursos de nulidad, casación civil e injusticia notarial y en materia de competencias desde la organización de aquéllos en 1838 hasta el día, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Impr. De La Revista De Legislación, Madrid, 1888, pp. 18 a 25].
- STS de 3 de octubre de 1901 (núm. 62) [Jurisprudencia Civil, Tomo 92 (2º de 1901), Junio a Diciembre, Colección Completa de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en los recursos de nulidad, casación civil e injusticia notarial y en materia de competencias desde la organización de aquéllos en 1838 hasta el día; resoluciones hipotecarias dictadas por la Dirección General de los Registros y fallos del Supremo Tribunal de la Rota, cuya publicación se autorice, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Impr. De La Revista De Legislación, Madrid, 1902, pp. 211 a 215].
- STS de 17 de febrero de 1909 (núm. 92) [Jurisprudencia Civil, Tomo 113 (1º de 1909), Enero y Febrero, Colección Completa de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en los recursos de nulidad, casación civil e injusticia notarial y en materia de competencias desde la organización de aquéllos en 1838 hasta el día; resoluciones hipotecarias

- dictadas por la Dirección General de los Registros y fallos del Supremo Tribunal de la Rota, cuya publicación se autorice, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Impr. De La Revista De Legislación, Madrid, 1910, pp. 617 a 625].
- STS de 17 de marzo de 1910 (núm. 78) [Jurisprudencia Civil, Tomo 117 (1º de 1910), Enero a Abril, Colección Completa de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en los recursos de nulidad, casación civil e injusticia notarial y en materia de competencias desde la organización de aquéllos en 1838 hasta el día; resoluciones hipotecarias dictadas por la Dirección General de los Registros y fallos del Supremo Tribunal de la Rota, cuya publicación se autorice, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Impr. De La Revista De Legislación, Madrid, 1912, pp. 471 a 476].
 - STS de 19 de abril de 1919 (núm. 24) [Jurisprudencia Civil, Tomo 146 (2º de 1919), Abril a Junio, Colección Completa de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en los recursos de nulidad, casación civil e injusticia notarial y en materia de competencias desde la organización de aquéllos en 1838 hasta el día; resoluciones hipotecarias dictadas por la Dirección General de los Registros y fallos del Supremo Tribunal de la Rota, cuya publicación se autorice, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Instituto Editorial Reus, S.A., Madrid, 1921, pp. 128 a 137].
 - STS de 13 de mayo de 1927 (núm. 41) [III Jurisprudencia Civil, Tomo 175 (3º de 1927), Mayo y Junio, Colección Completa de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo (en los recursos de nulidad, casación civil e injusticia notarial y en materia de competencias desde la organización de aquéllos en 1838 hasta el día; resoluciones hipotecarias dictadas por la Dirección General de los Registros y fallos del Supremo Tribunal de la Rota, cuya publicación se autorice) y por la Dirección General de los Registros y del Notariado, Revista General de Legislación

- y Jurisprudencia, Instituto Editorial Reus, S.A., Madrid, 1929, pp. 186 a 194].
- STS de 29 de diciembre de 1927 (núm. 124) [III Jurisprudencia Civil, Tomo 179 (7º de 1927), Diciembre, Colección Completa de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo (en los recursos de nulidad, casación civil e injusticia notarial y en materia de competencias desde la organización de aquéllos en 1838 hasta el día; resoluciones hipotecarias dictadas por la Dirección General de los Registros y fallos del Supremo Tribunal de la Rota, cuya publicación se autorice) y por la Dirección General de los Registros y del Notariado, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Instituto Editorial Reus, S.A., Madrid, 1929, pp. 789 a 811].
 - STS de 1 de marzo de 1929 (núm. 3) [III Jurisprudencia Civil, Tomo 188 (2º de 1929), Marzo y Abril, Colección Completa de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo (en los recursos de nulidad, casación civil e injusticia notarial y en materia de competencias desde la organización de aquéllos en 1838 hasta el día; resoluciones hipotecarias dictadas por la Dirección General de los Registros y fallos del Supremo Tribunal de la Rota, cuya publicación se autorice) y por la Dirección General de los Registros y del Notariado, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Instituto Editorial Reus, S.A., Madrid, 1929, pp. 18 a 25].
 - STS de 22 de junio de 1929 (núm. 166) [III Jurisprudencia Civil, Tomo 189 (8º de 1929), Mayo y Junio, Colección Completa de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo (en los recursos de nulidad, casación civil e injusticia notarial y en materia de competencias desde la organización de aquéllos en 1838 hasta el día; resoluciones hipotecarias dictadas por la Dirección General de los Registros y fallos del Supremo Tribunal de la Rota, cuya publicación se autorice) y por la Dirección General de los Registros y del Notariado, Revista General de Legislación

- y Jurisprudencia, Instituto Editorial Reus, S.A., Madrid, 1929, pp. 1005 a 1011].
- STS de 7 de marzo de 1931 (núm. 19) [III Jurisprudencia Civil, Tomo 199 (2º de 1931), Marzo y Abril, Colección Completa de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo (en los recursos de nulidad, casación civil e injusticia notarial y en materia de competencias desde la organización de aquéllos en 1838 hasta el día; resoluciones hipotecarias dictadas por la Dirección General de los Registros y fallos del Supremo Tribunal de la Rota, cuya publicación se autorice) y por la Dirección General de los Registros y del Notariado, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Instituto Editorial Reus, S.A., Madrid, 1932, pp. 119 a 131].
 - STS de 17 de diciembre de 1931 (núm. 99) [III Jurisprudencia Civil, Tomo 201 (4º de 1931), Noviembre y Diciembre, Colección Completa de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo (en los recursos de nulidad, casación civil e injusticia notarial y en materia de competencias desde la organización de aquéllos en 1838 hasta el día; resoluciones hipotecarias dictadas por la Dirección General de los Registros y fallos del Supremo Tribunal de la Rota, cuya publicación se autorice) y por la Dirección General de los Registros y del Notariado, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Instituto Editorial Reus, S.A., Madrid, 1932, pp. 654 a 661].
 - STS de 3 de enero de 1933 (núm. 4) [III Jurisprudencia Civil, Tomo 207 (1º de 1933), Enero y Febrero, Colección Completa de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo (en los recursos de nulidad, casación civil e injusticia notarial y en materia de competencias desde la organización de aquéllos en 1838 hasta el día; resoluciones hipotecarias dictadas por la Dirección General de los Registros y fallos del Supremo Tribunal de la Rota, cuya publicación se autorice) y por la Dirección General de los Registros y del Notariado, Revista General de Legislación

- y Jurisprudencia, Instituto Editorial Reus, S.A., Madrid, 1933, pp. 22 a 31].
- STS de 16 de febrero de 1933 (núm. 96) [III Jurisprudencia Civil, Tomo 207 (1º de 1933), Enero y Febrero, Colección Completa de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo (en los recursos de nulidad, casación civil e injusticia notarial y en materia de competencias desde la organización de aquéllos en 1838 hasta el día; resoluciones hipotecarias dictadas por la Dirección General de los Registros y fallos del Supremo Tribunal de la Rota, cuya publicación se autorice) y por la Dirección General de los Registros y del Notariado, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Instituto Editorial Reus, S.A., Madrid, 1933, pp. 610 a 616].
 - STS de 8 de noviembre de 1941 [RJ 1941, 1223].
 - STS de 10 de marzo de 1944 (núm. 12) [Jurisprudencia Civil, Tomo VI, Marzo-Mayo 1944, Colección Completa de las Resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo (en los recursos de casación civil y revisión y en materia de competencias) y por la Dirección General de los Registros y del Notariado bajo la dirección del Excmo. Sr. D. JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, arreglada y anotada por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Instituto Editorial Reus Centro de Enseñanza y Publicaciones, S.A., Madrid, 1944, pp. 124 a 150].
 - STS de 20 de diciembre de 1952 (núm. 102) [Jurisprudencia Civil, Tomo XL, Octubre-Diciembre 1952, Colección Completa de las Resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo (en los recursos de casación civil y revisión y en materia de competencias) y por la Dirección General de los Registros y del Notariado, arreglada y anotada por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Instituto Editorial Reus Centro de Enseñanza y Publicaciones, S.A., Madrid, 1955, pp. 972 a 1002].

- STS de 7 de febrero de 1957 (núm. 99) [Jurisprudencia Civil, Tomo LIX, Enero-Febrero 1957, Colección Completa de las Resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo (en los recursos de casación civil y revisión y en materia de competencias) y por la Dirección General de los Registros y del Notariado, Arreglada y anotada por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Instituto Editorial Reus Centro de Enseñanza y Publicaciones, S.A., Madrid, 1959, pp. 1101 a 1102].
- STS de 24 de junio de 1957 (núm. 151) [Jurisprudencia Civil, Tomo LXI, Mayo-Junio 1957, Colección Completa de las Resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo (en los recursos de casación civil y revisión y en materia de competencias) y por la Dirección General de los Registros y del Notariado, arreglada y anotada por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Instituto Editorial Reus Centro de Enseñanza y Publicaciones, S.A., Madrid, 1960, pp. 1791 a 1801].
- STS de 27 de febrero de 1960 (núm. 142) [Jurisprudencia Civil, Enero-Febrero 1960, Tomo LXXXV, Ministerio de Justicia, Colección Legislativa de España, Primera Serie, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1960, pp. 875 a 882].
- STS de 29 de octubre de 1962 (núm. 764) [*Jurisprudencia Civil*, Julio-Octubre 1962, Tomo 111, Ministerio de Justicia, Colección Legislativa de España, Primera Serie, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1960, pp. 776 a 789].
- STS de 25 de noviembre de 1968 [RJ 1968, 5539].
- STS (Sala de lo Civil) de 16 de abril de 1980 [RJ 1980, 1420].
- STS (Sala de lo Civil) de 20 de septiembre de 1982 [RJ 1982, 4920].
- STS de 13 de julio de 1984 (núm. 464) [Jurisprudencia Civil, Mayo-Julio 1984, Ministerio de Justicia, Colección Legislativa de España, Primera Serie, Centro de Publicaciones, Madrid, 1985, pp. 3412 a 3428].

-
- STS (Sala de lo Civil) de 9 de abril de 1985 [RJ 1985, 1686].
 - STS (Sala de lo Civil) de 8 de julio de 1985 [RJ 1985, 3645].
 - STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 18 de abril de 1986 [RJ 1986, 2796].
 - STS (Sala de lo Civil) de 12 de marzo de 1987 [RJ 1987, 1435].
 - STS (Sala de lo Civil) de 22 de abril de 1987 [RJ 1987, 2722].
 - STS (Sala de lo Civil) de 11 de febrero de 1988 [RJ 1988, 940].
 - STS (Sala de lo Civil) de 9 de marzo de 1988 [RJ 1988, 1609].
 - STS de 4 de mayo de 1988 (núm. 364) [Jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, Consejo General del Poder Judicial, 1988, Segundo trimestre, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1990, pp. 475 a 480].
 - STS (Sala de lo Civil) de 17 de mayo de 1988 [RJ 1988, 2210].
 - STS (Sala de lo Civil) de 26 de mayo de 1988 [RJ 1988, 4343].
 - STS (Sala de lo Civil) de 3 de julio de 1989 [RJ 1989, 5283].
 - STS (Sala de lo Civil) de 14 de julio de 1989 [RJ 1989, 5617].
 - STS (Sala de lo Civil) de 1 de diciembre de 1989 [RJ 1989, 8787].
 - STS (Sala de lo Civil) de 7 de mayo de 1990 [RJ 1990, 3689].
 - STS (Sala de lo Civil) de 20 de diciembre de 1990 [RJ 1990, 10316].
 - STS (Sala de lo Civil) de 5 de marzo de 1991 [RJ 1991, 2030].
 - STS (Sala de lo Civil) de 21 de mayo de 1991 [RJ 1991, 3779].
 - STS (Sala de lo Civil) de 23 de octubre de 1991 [RJ 1991, 7235].
 - STS de 15 de noviembre de 1991 (núm. 820) [Jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, Consejo General del Poder

Judicial, 1991, Cuarto trimestre, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1993, pp. 754 a 757].

- STS (Sala de lo Civil) de 4 de diciembre de 1992 [RJ 1992, 10390].
- STS (Sala de lo Civil) de 1 de febrero de 1993 [RJ 1993, 788].
- STS (Sala de lo Civil) de 19 de abril de 1993 [RJ 1993, 2890].
- STS (Sala de lo Civil) de 19 de mayo de 1993 [RJ 1993, 3558].
- STS (Sala de lo Civil) de 1 de febrero de 1994 [RJ 1994, 854].
- STS (Sala de lo Civil) de 7 de febrero de 1994 [RJ 1994, 914].
- STS (Sala de lo Civil) de 18 de diciembre de 1995 [RJ 1995, 9148].
- STS (Sala de lo Civil) de 2 de septiembre de 1996 [RJ 1996, 6498].
- STS (Sala de lo Civil) de 6 de marzo de 1998 [RJ 1998, 1121].
- STS (Sala de lo Civil) de 4 de febrero de 1999 [RJ 1999, 335].
- STS (Sala de lo Social) de 9 de noviembre de 1999 [RJ 1999, 8520].
- STS (Sala de lo Civil) de 15 de marzo de 2000 [RJ 2000, 1837].
- STS (Sala de lo Civil) de 14 de junio de 2000 [RJ 2000, 5286].
- STS (Sala de lo Civil) de 17 de abril de 2002 [RJ 2002, 4781].
- STS (Sala de lo Civil) de 5 de junio de 2002 [RJ 2002, 4873].
- STS (Sala de lo Civil) de 30 de septiembre de 2002 [RJ 2002, 8490].
- STS (Sala de lo Civil) 13 de marzo de 2003 [RJ 2003, 2744].
- STS de (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 17 de febrero de 2005 [RJ 2005, 1413].
- STS (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 2ª) de 28 de septiembre de 2010 [RJ 2010, 4887].

- STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 28 de mayo de 2012 [RJ 2012, 9316].

Tribunales Superiores de Justicia

- STSJ (Sala de lo Civil y Penal) de Navarra de 11 de noviembre de 1995 [RJ 1995, 8643].
- STSJ (Sala de lo Social) de Madrid de 21 de marzo de 1996 [AS 1996, 546].
- STSJ (Sala de lo Social) de Madrid de 16 de abril de 1996 [LA LEY 12057, 1996].

Audiencias Provinciales

- SAP (Sección 15ª) de Barcelona de 14 de septiembre 1990 [LA LEY, 179253-NS/0000].
- AAP de Murcia de 2 de octubre de 1997 [AC 1997, 2272].
- AAP de Soria de 4 de junio de 1999 [AC 1999, 1312].
- SAP (Sección 6ª) de Málaga de 20 de febrero de 2001 [AC 2001, 1626].
- SAP (Sección 15ª) de Barcelona de 2 de mayo de 2006 [JUR 2012, 89140].
- AAP (Sección 15ª) de Barcelona de 28 de septiembre de 2006 [JUR 2007, 123982].
- SAP (Sección 5ª) de Murcia de 9 de enero de 2007 [AC 2007, 1542].
- SAP (Sección 15ª) de Barcelona de 4 de febrero de 2008 [JUR 2008, 146412].
- AAP (Sección 5ª) de las Islas Baleares de 31 de marzo de 2008 [AC 2008, 1649].

- SAP (Sección 1º) de Pontevedra de 25 de junio de 2008 [JUR 2008, 337717].
- SAP (Sección 3ª) de Córdoba de 7 de julio de 2008 [JUR 2009, 95813].
- SAP (Sección 1ª) de Cuenca de 6 de octubre de 2008 [JUR 2009, 93442].
- AAP (Sección 1ª) de Asturias de 9 de octubre de 2008 [JUR 2009, 93116].
- SAP (Sección 3ª) de Baleares de 21 de octubre de 2008 [JUR 2009, 122205].
- SAP (Sección 28ª) de Madrid de 30 de diciembre de 2008 [JUR 2009, 113914].
- SAP (Sección 1ª) de Pontevedra de 22 de julio de 2009 [JUR 2009, 361897].
- AAP (Sección 11ª) de Barcelona de 14 de octubre de 2009 [JUR 2009, 489751].
- SAP (Sección 3ª) de Córdoba de 14 de mayo de 2010 [AC 2010, 1490].
- AAP (Sección 3ª) de Castellón de 26 de julio de 2010 [JUR 2010, 3444559].
- AAP (Sección 5ª) de Sevilla de 7 de marzo de 2011 [AC 2011, 1157].
- AAP (Sección 4ª) de Las Palmas de 4 de abril de 2011 [JUR 2011, 334893].
- AAP (Sección 5ª) de Islas Baleares de 22 de junio de 2011 [JUR 2011, 310667].

Juzgados de lo Mercantil

- SJM nº 1 de Bilbao de 24 de febrero de 2006 [AC 2006, 139].

- SJM nº 3 de Barcelona de 27 de febrero 2006 [AC 2006, 140].
- SJM nº 1 de Oviedo 6 de julio 2006 [AC 2006, 1827].
- AJM nº 1 de Pamplona de 16 de enero de 2007 [AC 2009, 951].
- SJM nº 7 de Madrid de 28 de enero de 2008 [AC 2008, 356].
- SJM nº 6 de Madrid de 26 de febrero de 2008 [consultada en BELTRÁN SÁNCHEZ y SÁNCHEZ PAREDES (dirs.); LÓPEZ APARCERO (colaborador), *Cinco años de aplicación de la Ley Concursal*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 288].
- AJM nº 2 de Bilbao de 19 de junio de 2008 [LA LEY 152263, 2008].
- AJM nº 10 de Santander de 14 de octubre de 2008 [JUR 2009, 79814].
- AJM nº 1 de Cádiz de 1 de junio de 2009 [AC 2011, 1855].
- AJM nº1 de Murcia de 5 de febrero de 2010 [JUR 2010, 347243]
- AJM nº 1 de Santander de 31 de octubre de 2011 [JUR 2011, 378851].
- AJM nº 10 de Barcelona de 1 de febrero de 2012 [AC 2012, 314].
- AJM nº 1 de Palma de Mallorca de 9 de enero de 2013 [AC 2013, 1271].

Dirección General de los Registros y del Notariado

- RDGRN de 19 de septiembre de 1921 [Anuario de 1921, Dirección General de los Registros y del Notariado, Ministerio de Gracia y Justicia, Administración, Imprenta de Estanislao Maestre, Madrid, 1922, pp. 244 a 248].
- RDGRN de 29 de septiembre de 1983 [RJ 1983, 7018].
- RDGRN de 20 de febrero de 1987 [RJ 1987, 1068].

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Profesores de Derecho Procesal de las universidades españolas*, tomo I, Tecnos, Madrid, 1972.

ALBERTO, J.: «Fallimento (diritto privato e processuale)», *Enciclopedia del Diritto*, Annali III, 2010, pp. 331 a 394.

ALCOVER GARAU, G.: *La retroacción de la quiebra*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.

- «Aproximación al régimen jurídico de la reintegración concursal», *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003*, GARCÍA VILLAVERDE, R., ALONSO UREBA, A. y PULGAR EZQUERRA, J. (dirs.), Dilex, Madrid, 2003, pp. 325 a 356.

ALEJANDRE GARCÍA, J. A.: *La quiebra en el Derecho histórico español anterior a la Codificación*, nº 7, Publicaciones de la Universidad de Sevilla. Anales de la Universidad Hispalense, Sevilla, 1970.

ALLORIO, E.: *Diritto Processuale Tributario*, 4ª ed., UTET, Torino, 1962.

- *Problemas de Derecho procesal*, SENTÍS MELENDO, S. (traducido por), tomo II, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1963.

ALMAGRO NOSETE, J.: *Derecho Procesal* (con CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.; MORENO CATENA, V.; y GIMENO SENDRA, V.), vol. I, 6ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992.

ALONSO UREBA, A.: «La responsabilidad de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal (el art. 171.3 del Anteproyecto de Ley Concursal y sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad)», *Estudio sobre el Anteproyecto de Ley concursal de 2001*,

ALONSO UREBA, A., GARCÍA VILLAVERDE, R. y PULGAR EZQUERRA, J. (dirs.), *Dilex*, Madrid, 2002, pp. 263 a 313.

ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J.: «Comentario al artículo 50», *Nueva Ley Concursal: Ley 22/2003, de 9 de julio, comentarios, jurisprudencia aplicable y formularios*, SALA, A., MERCADAL, F. y ALONSO-CUEVILLAS, J. (coords.), Bosch, Barcelona, 2004, pp. 279 a 293.

- «Comentario al artículo 51», *Nueva Ley Concursal: Ley 22/2003, de 9 de julio, comentarios, jurisprudencia aplicable y formularios*, SALA, A., MERCADAL, F. y ALONSO-CUEVILLAS, J. (coords.), Bosch, Barcelona, 2004, pp. 294 a 296.
- «Comentario al artículo 54», *Nueva Ley Concursal: Ley 22/2003, de 9 de julio, comentarios, jurisprudencia aplicable y formularios*, SALA, A., MERCADAL, F. y ALONSO-CUEVILLAS, J. (coords.), Bosch, Barcelona, 2004, pp. 299 a 303.
- «Comentario al artículo 188», *Nueva Ley Concursal: Ley 22/2003, de 9 de julio, comentarios, jurisprudencia aplicable y formularios*, SALA, A., MERCADAL, F. y ALONSO-CUEVILLAS, J. (coords.), Bosch, Barcelona, 2004, pp. 796 a 799.
- *La «vis atractiva» del proceso concursal*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007.
- «Aspectos procesales de la reforma de la Ley concursal (Ley 38/2011)», *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, nº 16, 2012, pp. 43 a 66.

ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P.: «El proceso incidental concursal. El llamado “incidente concursal”», *Tratado de Derecho Mercantil*, OLIVENCIA, M., FERNÁNDEZ-NOVOA, C. y JIMÉNEZ DE PARGA, R. (dirs.), JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. (coord.), vol. 7 (Derecho procesal concursal), Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 207 a 289.

ANDRIOLI, V.: «Fallimento (Diritto privato e processuale)», *Enciclopedia del Diritto*, XVI, Milano, 1967, edición online (www.iusexplorer.it).

APOCADA Y OSUNA, F.: *Presupuestos de la quiebra*, Stylo, México, 1945.

ARAGONESES ALONSO, P. y GUASP DELGADO, J.: «Nociones generales y requisitos del concurso de acreedores», *Revista de Derecho Procesal*, nº 1-3, 2004, pp. 329 a 358.

ARMENTA DEU, T.: *La acumulación de autos: (reunión de procesos conexos)*, Montecorvo, Madrid, 1983.

- *Lecciones de Derecho procesal civil: proceso de declaración, proceso de ejecución y procesos especiales*, 6ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2012.
- *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, 7ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2013.

ARMUZZI, R.: «Il “magister” e il “curator” della bonorum venditio (contributo allo studio del concorso nel diritto romano)», *Archivio Giuridico*, LXXII, 1904, pp. 481 a 506.

AUBRY, C. Y RAU, C.: *Cours de droit français: d’après la méthode de Zachariae*, Marchal-Billard, Paris, 1869-1883.

AUDINO, A.: «Commentario all’articolo 165», *Commentario breve alla legge Fallimentare*, MAFFEI ALBERTI (dir.), 6ª ed., CEDAM, Padova, 2013, pp. 1105 a 1110.

AZZOLINA, U.: *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, vol. I, 2ª ed., UTET, Torino, 1961.

BANACLOCHE PALAO, J.: *Los Juzgados de lo Mercantil: régimen jurídico y problemas procesales que plantea su actual regulación*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005.

BARRIO CALLE, A.: «La administración concursal en la Ley 22/2003 de 22 de julio», *Estudios sobre la nueva legislación concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-

CANO, R. *et al.*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 133 a 158.

BELLIDO PENADÉS, R.: «Comentario al artículo 51», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, pp. 996 a 1001.

- «Comentario al artículo 54», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, pp. 1020 a 1028.
- *El procedimiento de declaración de concurso*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2010.

BELTRÁN SÁNCHEZ, E.: *Las deudas de la masa*, Real Colegio de España, Bologna, 1986.

- «Comentario al artículo 49», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, pp. 989 a 995.
- «El procedimiento de liquidación en el concurso de acreedores», *Foro Galego: revista xurídica*, nº 193, 2004, pp. 9 a 50.

BELTRÁN SÁNCHEZ, E. y MARTÍNEZ FLÓREZ, A.: «Comentario al artículo 145», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo II, Civitas, Madrid, 2004, pp. 2336 a 2348.

BELTRÁN SÁNCHEZ, E. y SÁNCHEZ PAREDES, M. L. (dirs.); LÓPEZ APARCERO, A. (colaborador): *Cinco años de aplicación de la Ley Concursal*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2009.

BELTRÁN SÁNCHEZ, E. y TIRADO MARTÍ, I.: «La prohibición de autocontratación de los administradores concursales», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 1, 2004, pp. 87 a 126.

BENITO Y ENDARA, L.: *Manual de Derecho Mercantil: Derecho mercantil español*, Victoriano Suárez, Madrid, 1929.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «La incapacitación de personas afectadas por enfermedades mentales crónicas de carácter cíclico», *Poder Judicial*, nº 3, 1986, pp. 107 a 112.

- «Comentario al artículo 40», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), tomo I, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 357 a 369.

BERTACCHINI, E.: «Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori», *Manuale di Diritto Fallimentare*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 2011, pp. 202 a 253.

BERTRÁN Y MUSITU, J.: *La suspensión de pagos del Banco de Barcelona*, Unión Librera de Editores, Barcelona, 1923.

BETTI, E.: *Istituzioni di diritto romano*, CEDAM, Padova, 1947.

BIAVATI, P.: *Argomenti di Diritto Processuale Civile*, Bononia University Press, Bologna, 2011.

BISBAL MÉNDEZ, J.: *La empresa en crisis y el Derecho de quiebras (una aproximación económica y jurídica a los procedimientos de conservación de empresas)*, Real Colegio de España, Bologna, 1986.

BLACKSTONE, W.: *Commentaries on the Laws of England*, Book The Second, Dublin, printed for EXSHAW, J.; GRIERSON, B.; SAUNDERS, H.; LYNCH, E. and WILLIAMS, J., 4th edition, 1771.

BLANCO CONSTANS, F.: *Estudios elementales de Derecho Mercantil*, 2ª ed., Madrid, 1901.

BLANQUER UBEROS, R.: «Efectos del concurso sobre los derechos de la persona del deudor, familia y sucesiones», *Cuadernos de derecho y comercio*, nº 43, 2005, pp. 37 a 192.

BONELLI, G.: «Di una nuova teoria della personalità giuridica», *Riv. It. Scienze Giur.*, vol. IX, fasc. I, 1889, pp.325 a 360.

- «La personalità giuridica dei beni in liquidazione giudiziale», *Riv. It. Scienze Giur.*, vol. VII, fasc. I, 1889, pp. 169 a 230.
- «La teoria della persona giuridica (I)», *Riv. Dir. Civ.*, 1910, pp. 445 a 508.
- «La teoria della persona giuridica (II)», *Riv. Dir. Civ.*, 1910, pp. 593 a 673.
- *Del fallimento*, tomo I, Vallardi, Milano, 1923.

BONET NAVARRO, A.: «Comentario al artículo 21», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), tomo I, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 210 a 222.

BONFATTI, S.: *La formazione dello stato passivo nel fallimento. Dieci anni di giurisprudenza*, Milano, 1981.

BONSIGNORI, A.: *Profilo sistematico delle vendite fallimentari*, Morano, Napoli, 1963.

- «Inattualità del fallimento», *Rivista di Diritto fallimentare e delle società commerciali*, fasc. I, 1978, pp. 429 a 474.
- «Fallimento», *Digesto*, 1990, edición online (bddx.leggiditalia.it).

BRACCI, A.: *La posizione processuale del fallito e i poteri del curatore*, Giuffrè, Milano, 1974.

BROSETA PONS, M.: *Manual de Derecho Mercantil*, Tecnos, Madrid, 1994.

BRUNETTI, A.: *Diritto fallimentare italiano*, Foro Italiano, Roma, 1932.

- *Tratado de Quiebras*, RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, J. A. (traducido por), Porrúa Hnos., México, 1945.

CABAÑAS GARCÍA, J. C.: *La tutela judicial del tercero. Estudio sobre la legitimación indirecta, individual y colectiva, en el proceso civil*, DIJUSA, Madrid, 2008.

CABRERA MERCADO, R.: *El proceso de incapacitación*, McGraw-Hill, Madrid, 1998.

CALAMANDREI, P.: *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, CEDAM, Padova, 1936.

- «La sentenza dichiarativa di fallimento come provvedimento cautelare (a proposito di una recente pubblicazione)», *Rivista di Diritto Commerciale*, I, 1936, pp. 279 a 307.
- *Estudios sobre el proceso civil*, SENTÍS MELENDO, S. (traducido por), Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945.
- «Il processo come gioco», *Rivista di Diritto Processuale*, nº 1, 1950, pp. 23 a 50.
- *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, SENTÍS MELENDO, S. (traducido por), tomo II, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962.

CANARIS, C.: *Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas*, BRÜCKNER, D. y DE CASTRO, J. L. (traducido por), Civitas, Madrid, 1995.

CANDIAN, A.: «Sentenza dichiarativa di fallimento e processo di fallimento», *Rivista di Diritto Processuale Civile*, vol. VIII, 1, 1931, pp. 234 a 265.

CAPILLA RONCERO, F.: *La persona jurídica: funciones y disfunciones*, Tecnos, Madrid, 1984.

- *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito*, Fundación Universitaria de Jerez, Cádiz, 1989.

CARDENAL CARRO, M.: «Consecuencias de la falta de impugnación en tiempo y forma del inventario de la masa activa del concurso», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 89, Mayo-Agosto, 2012, pp. 15 a 31.

CARNELUTTI, F.: *Lezioni di Diritto Processuale Civile, 2: la funzione del processo di cognizione. Parte prima*, La Litotipo, Padova, 1926.

- «Espropriazione del creditore», *Studi in diritto commerciale in onore di Cesare Vivante*, tomo I, Società editrice del Foro italiano, Roma, 1931, pp. 253 a 267.
- *Sistema de Derecho Procesal Civil*, ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N. (traducido por), tomo II, Uteha Argentina, Buenos Aires, 1944.
- *Estudios de Derecho Procesal*, SENTÍS MELENDO, S. (traducido por), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952.
- *Teoría General del Derecho*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.

CARRASCO PERERA, A.: *Los derechos de garantía en la Ley concursal*, Civitas, Madrid, 2004.

CARRERAS LLANSANA, J.: *El embargo de bienes*, Bosch, Barcelona, 1957.

- «Aspectos procesales de la retroacción de la quiebra», *Escritos en homenaje al profesor Prieto-Castro*, tomo I, Editora Nacional, Madrid, 1979, pp. 57 a 88.
- «El Juez y la Sindicatura del concurso», *La reforma del derecho de quiebra. Jornadas sobre la reforma del Derecho concursal*, Civitas, Madrid, 1982, pp. 249 a 271.

CASELLI, G.: *Legge fallimentare. Organi del fallimento (artt. 23-41)*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1977.

- «Gli organi del fallimento: il curatore», *Giur. Comm.*, núm. 1, 1978, pp. 488 a 508.

CASSANDRO, G.: *Le rappresaglie e il fallimento a Venezia nei secoli XIII-XIV*, S. Lattes, Torino, 1938.

CASTAGNOLA, A.: *La liberazione del debitore (discharge) nel diritto fallimentare statunitense*, Giuffrè, Milano, 1993.

- «L'esdebitazione del fallito», *Giurisprudenza Commerciale*, 2006, fasc. 3, pt. 1, pp. 448 a 458.
- «La nuova riforma delle procedure concorsuali: una prima lettura», *Rivista di Diritto Processuale*, nº 1, 2008, pp. 153 y ss., edición online (dottrina.ipsoa.it).

CASTÁN TOBEÑAS, J.: «En torno a la teoría del patrimonio», *Separata de la Revista de la Real Academia de jurisprudencia y legislación*, 4ª, Impr. Viuda de Galo Sáez, 1952.

CATALLOZZI, P.: «Amministrazione del patrimonio fallimentare. Il nuovo ruolo del curatore nella acquisizione dei beni», *Il fallimento*, nº 9, 2007, edición online (dottrina.ipsoa.it).

CERDÀ ALBERO, F. y SANCHO GARGALLO, I.: *Curso de Derecho concursal*, Colex, Madrid, 2000.

- *Quiebras y suspensiones de pagos: claves para la reforma concursal*, La Caixa, Servicio de Estudios, Barcelona, 2001.

CERRI, P. A.: *Il patrimonio di destinazione nel fallimento*, Giappichelli, Torino, 1983.

CERVERA MARTÍNEZ, M.: «Determinación de la masa activa del concurso», *Tratado Judicial de la Insolvencia*, tomo I, Thomson-Reuteurs Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 1247 a 1315.

CHIOVENDA, G.: *Principios de Derecho Procesal Civil*, CASAIS I SANTALÓ (traducido por), tomo II, Instituto editorial Reus, Madrid, 1977.

COLÁS ESCANDÓN, A. M.: «Comentario al artículo 172», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), tomo II, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 1801 a 1805.

COLINA GAREA, R.: «Las restricciones a las facultades patrimoniales del deudor declarado en concurso (en torno a la aplicación del art. 40 de la Ley Concursal)», *Aranzadi civil: revista doctrinal*, nº 1, 2007, edición online (westlaw).

COMELLAS SALMERÓN, M.: «El control judicial de la quiebra y las juntas de acreedores», *Revista de Derecho Procesal*, 1975, pp. 729 a 744.

COMERCI, V. Y CHINAGLIA, S.: «Comentario all'articolo 43», *Commentario breve alla Legge fallimentare*, 6ª ed., CEDAM, Padova, 2013, pp. 271 a 283.

CORDERO LOBATO, E.: «Comentario al artículo 96», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), tomo I, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 1115 a 1119.

CORDÓN MORENO, F.: «Anotaciones acerca de la legitimación», *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, nº 2, 1979, pp. 305 a 339.

- «De nuevo sobre la legitimación», *Revista de Derecho Procesal*, nº 1, 1997, pp. 45 a 83.
- *Suspensión de pagos y quiebra. Una visión jurisprudencial*, 3ª ed., Aranzadi, Pamplona, 1999.
- «Los aspectos procesales del concurso», *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003*, GARCÍA VILLAVERDE, R., ALONSO UREBA, A. y PULGAR EZQUERRA, J. (dirs.), Dilex, Madrid, 2003, pp. 577 a 609.
- *Proceso concursal*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003.
- «Comentario al artículo 40», *Comentarios a la Ley concursal*, CORDÓN MORENO, F. (dir.), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004, pp. 343 a 353.

- «Comentario al artículo 54», *Comentarios a la Ley Concursal*, CORDÓN MORENO, F. (dir.), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004, pp. 435 a 440.
- *Proceso concursal*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005.
- «Comentario al artículo 40», *Comentarios a la Ley Concursal*, CORDÓN MORENO, F. (dir.), tomo I, 2ª ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 489 a 502.
- «Comentario al artículo 50», *Comentarios a la Ley Concursal*, CORDÓN MORENO, F. (dir.), tomo I, 2ª ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 579 a 599.
- «Comentario al artículo 51», *Comentarios a la Ley Concursal*, CORDÓN MORENO, F. (dir.), tomo I, 2ª ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 599 a 607.
- «Comentario al artículo 54», *Comentarios a la Ley Concursal*, CORDÓN MORENO, F. (dir.), tomo I, 2ª ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 624 a 632.
- *Proceso Concursal*, 3ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012.

CORDONES RAMÍREZ, M. Y AURIOLES MARTÍN, A.: *La quiebra en las ordenanzas consulares de Málaga*, Cámara de Comercio. Universidad de Málaga, Málaga, 1987.

CORK, K.: *Insolvency Law and Practice. Report of the Review Committee*, Insolvency Law Review Committee, London, 1982.

CORTADAS ARBAT, R.; LLATJÓS SANUY, I.; CAPDEVILLA FRANCÀS, J. y CAPDEVILLA DALMAU, D.: *La administración concursal*, Bosch, Barcelona, 2005.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: «Aproximación al proceso de declaración de quiebra», *Revista de Derecho Mercantil*, nº 146, 1977, pp. 461 a 517.

- «La naturaleza jurídica de la declaración judicial de concurso», *Tratado de Derecho Mercantil*, OLIVENCIA RUIZ, M., FERNÁNDEZ-NOVOA, C. Y JIMÉNEZ DE PARGA, R. (dirs.); JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. (coord.), vol. 7 (*Derecho Procesal Concursal*), Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 17 a 39.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., GIMENO SENDRA, V. y MORENO CATENA, V.: *Derecho Procesal Civil. Parte especial*, 2ª ed., Colex, Madrid, 2000.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y MORENO CATENA, V.: *Derecho Procesal Civil. Parte General*, 2ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.

COTTINO, G.: *Diritto Commerciale*, tomo II, CEDAM, Padova, 1978.

CUENAS CASAS, M.: «Ley de emprendedores y exoneración de deudas o *fresh start*», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 31, 2014, pp. 123 a 159.

DASSO, A.: *Derecho Concursal Comparado*, tomo I, Legis Argentina, Buenos Aires, 2008.

- *Derecho Concursal Comparado*, tomo II, Legis Argentina, Buenos Aires, 2008.

DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho Civil de España*, tomo II (Derecho de la persona), Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952.

- *Temas de Derecho Civil*, Madrid, 1976.
- *La persona jurídica*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1984.

DE FERRA, G.: *Manuale di Diritto fallimentare*, Giuffrè, Milano, 1989.

DE LA CRUZ BÉRTOLO, J. M.: «Comentario al artículo 27», *Comentarios a la legislación concursal*, PULGAR EZQUERRA, J.; ALONSO UREBA, A.; ALONSO LEDESMA, C. y ALCOVER GARAU, G. (dirs.), tomo I, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 527 a 542.

- «La intervención de la administración concursal en defensa de la masa en juzgados distintos al que está conociendo del concurso», *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, nº 4, 2006, pp. 359 a 362.

DE LA CUESTA RUTE, J. M.: *El Convenio Concursal. Comentarios a los artículos 98 a 141 de la Ley Concursal*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004.

- «La liquidación concursal como solución rigurosamente alternativa al convenio concursal», *Estudios de Derecho Concursal*, PEINADO GRACIA, J. I. y VALENZUELA GARACH, F. J. (coords.), Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 349 a 368.

DE LA MORENA SANZ, G. y DE LA MORENA, A.: «El seguro de responsabilidad civil y garantía equivalente de los administradores concursales», *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, nº 18, 2013, pp. 357 a 367.

DE LA OLIVA SANTOS, A.: *La sociedad irregular mercantil en el proceso*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1971, pp. 21 a 37.

- «Comentario al artículo 6», *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (con DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., VEGAS TORRES, J. y BANACLOCHE PALAO, J.), Civitas, Madrid, 2001, pp. 80 a 84.
- *Derecho Procesal Civil: el proceso de declaración* (con DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.), 3ª ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004.

DE LA PLAZA NAVARRO, M.: *Derecho Procesal Civil Español*, tomo II, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.

DE MARTINI, A.: «Posizione degli organi fallimentari rispetto al fallito e ai creditori», *Rivista di Diritto Processuale*, nº 2, 1946, pp. 110 a 138.

- *Il patrimonio del debitore nelle procedure concorsuali*, Giuffrè, Milano, 1956.

DE SEMO, G.: *Diritto Fallimentare: principi generali, fallimento, concordato preventivo, amministrazione controllata, liquidazione coatta amministrativa, reati in materia fallimentare*, 4ª ed., CEDAM, Padova, 1964.

DE SOTO CARNIAGO, J. J.: «Algunas reflexiones en torno al Anteproyecto de Ley Concursal», *Anuario de la Facultad de Derecho*, nº 3, 1984-1985, pp. 365 a 392.

DEL VECCHIO, F.: «Il curatore fallimentare come terzo ed avente causa del fallito», *Rivista di Diritto fallimentare e delle società commerciali*, fasc. 3-4, 1984, pp. 237 a 259.

DÍAZ MORENO, A.: «Cuestiones en torno a la impugnación de la lista de acreedores», *I foro de encuentro de Jueces y Profesores de Derecho Mercantil*, SALELLES CLIMENT, J. R., GUERRERO LEBLÓN, M. J., y FUENTES DEVESA, R. (coords.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 69 a 129.

DÍEZ-PICAZO, L. M.: *La representación en el Derecho Privado*, Civitas, Madrid, 1979.

- *Fundamentos de Derecho civil patrimonial, II, Las relaciones obligatorias*, Civitas, Madrid, 1996.
- *Derecho procesal civil: el proceso de declaración* (con DE LA OLIVA SANTOS, A.), 3ª ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004.

DÍEZ-PICAZO, L. M. y GULLÓN, A.: *Sistema de derecho civil, I: introducción, derecho de la persona, autonomía privada, persona jurídica*, 11ª ed., Tecnos, Madrid, 2004.

DUPOUY, C.: *Le Droit des faillites en France avant le Code de commerce*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1960.

DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F.: «Reflexiones fundamentales sobre el régimen de la crisis económica de la empresa y sobre su reforma», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 33, nº 1, 1980, pp. 29 a 104.

EHRlich, E.: *I fondamenti della sociologia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1976.

ENCISO CALVO, A.: «Acción y personalidad. Contribución al estudio de las excepciones dilatorias de los números 2 y 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», *Revista de Derecho Privado*, tomo XXIII, nº 272, 1936, pp. 165 a 175.

ENNECERUS, L., KIPP, T. y WOLFF, M.: *Tratado de Derecho Civil*, PÉREZ GONZÁLEZ, B. y ALGUER, J. (traducido por), tomo I, Bosch, Barcelona, 1953.

ESPIGARES HUETE, J. C.: *La acción rescisoria concursal*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011.

FACCIOLI, M.: «Commentario all'articolo 16», con ZACCARIA, A., *Commentario breve alla legge Fallimentare*, MAFFEI ALBERTI (dir.), 6ª ed., CEDAM, Padova, 2013, pp. 98 a 103.

FAZZALARI, E.: «Processo civile (dir. vig.)», *Enciclopedia del Diritto*, XXXVI, 1987, edición online (www.iusexplorer.it).

FENECH NAVARRO, M.: *Principios de Derecho Procesal Tributario*, vol. II, Bosch, Barcelona, 1949.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.: *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, La Ley, Madrid, 2006.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., RIFÁ SOLER, J. M. y VALLS GOMBAU, J. F.: *Derecho procesal práctico*, tomo VII, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 1995.

FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.: «Acciones rescisorias y reintegración efectiva del patrimonio del deudor», *Estudios de Derecho Judicial*, nº 85 (ejemplar dedicado a la reforma concursal), Madrid, 2005, pp. 241 a 292.

- «Lógicas Procesales y Lógicas Mercantiles (A propósito del plazo para impugnar el informe e la administración concursal y las consecuencias de la no impugnación del informe)», *I foro de encuentro de Jueces y Profesores de Derecho Mercantil*, SALELLES CLIMENT, J. R.; GUERRERO LEBRÓN, M. J., y FUENTES DEVESA, R. (coords.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 47 a 68.

FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A.: «Comentario al artículo 8», *Derecho Concursal Práctico*, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A. (dir.), Iurium, Madrid, 2004, pp. 61 a 72.

FERRARA JR., F.: «Curatore del fallimento», *Enciclopedia del Diritto*, XI, 1962, edición online (www.iusexplorer.it).

- *Il fallimento*, 3ª ed., Giuffrè, Milano, 1974.

FERRARA JR, F. y BORGIOLO, A.: *Il fallimento*, 5ª ed., Giuffrè, Milano, 1995.

FERRARA SR., F.: «Patrimonio sotto amministrazione», *Riv. dir. comm.*, tomo I, 1912, pp. 317 a 339.

- *Teoría de las personas jurídicas*, OVEJERO Y MAURI, E. (traducido por), Reus, Madrid, 1929.

FERRÉ FALCÓN, J. y KELLER, N.: «La reforma de la legislación concursal en Alemania», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 27, 2012, pp. 327 a 334.

FERRER MARTÍN, D.: «La intervención de las operaciones del deudor en los procedimientos de suspensión de pagos», *Revista de Derecho Procesal*, nº 1, 1961, pp. 79 a 104.

FERRI, G.: *Manuale di Diritto Commerciale*, UTET, Torino, 1982.

GALLEGO SÁNCHEZ, E.: *La intervención judicial en la suspensión de pagos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

- «La administración concursal», *Estudios sobre la Ley concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, tomo II, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 1321 a 1358.

GARBAGNATI, E.: *La sostituzione processuale*, Giuffrè, Milano, 1942.

GARBERÍ LLOBREGAT, J.: *Derecho Procesal Civil*, Bosch, Barcelona, 2011.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, Civitas, Madrid, 1983.

GARCÍA ESPAÑA, J. J.: «Documentos para la historia económica y mercantil de Málaga (Siglos XVIII y XIX)», *Historia, instituciones, documentos*, nº 2, 1975, pp. 43 a 188.

GARCÍA GARCÍA, J. M.: «*Teoría general del patrimonio*», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (coord.), vol. I, Civitas, Madrid, 2002, pp. 581 a 610.

GARCÍA MARRERO, J.: «El estatuto de la administración concursal: algunas cuestiones problemáticas sobre su nombramiento», *La legislación concursal: respuestas jurídicas para una crisis, XXXIII Jornadas de la Abogacía General del Estado*, disponible en <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292347816961?blobheader...>, consultado, por última vez, el 2 de marzo de 2014).

GARCÍA VALDECASAS, A.: *Dictamen sobre la quiebra "Barcelona Traction Light and Power C^o. Ltd"*, Elzeviriana, Barcelona, 1953.

GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A.: «La reintegración de la masa activa en la Ley Concursal», *Las claves de la Ley Concursal*, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A.; QUINTANA CARLO, I. y BONET NAVARRO, A. (dirs.), Aranzadi-Thomson, Navarra, 2005, pp. 347 a 380.

GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G.: «La discusión de derechos de crédito incluidos en el inventario», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 25, 2012, pp. 435 a 443.

- «Administradores concursales y liquidación. En especial, la prohibición a éstos de adquirir bienes de la masa», *La liquidación concursal*, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A. (dir.), Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 159 a 176.

GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P. M.: *Los nuevos tribunales de lo mercantil*, Aranzadi, Pamplona, 2004.

GARNICA MARTÍN, J. F.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M. A., RIFÁ SOLER, J. M. y VALLS GOMBAU, J. F. (coords.), I, Irgium, Barcelona, 2000.

GARRIDO GARCÍA, J. M.: «Comentario al artículo 94», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, pp. 1681 a 1698.

- Comentario al artículo 96», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, pp. 1709 a 1720.

GARRIGUES, J.: *Curso de Derecho Mercantil*, tomo II, 6ª ed., Imprenta Aguirre, Madrid, 1974.

- *Curso de Derecho Mercantil*, tomo II, 8ª ed. revisada con la colaboración de SÁNCHEZ CALERO, F., Madrid, 1983.

GASCÓN INCHAUSTI, F.: *La acumulación de acciones y de procesos en el proceso civil*, La Ley, Madrid, 2000.

- «Comentario a la SAP Badajoz de 23 de junio de 2000», *Tribunales de Justicia*, Diciembre, 2001, pp. 103 a 107.

GHIDINI, G.: «Sul curatore di fallimento», *Temì emil.*, II, 1933, parte seconda, cc. 41 a 64.

GIL RODRÍGUEZ, J.: «Comentario al artículo 72», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), tomo I, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 872 a 886.

GIRÓN TENA, J.: «Las sociedades irregulares», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 4, nº 4, 1951, pp. 1291 a 1327.

- *Derecho de Sociedades*, tomo I: parte general, sociedades colectivas y comanditarias, Artes Gráficas Benzal, Madrid, 1976.

GOLDSCHMIDT, J.: *Derecho Procesal Civil*, PRIETO-CASTRO, L. (traducido por), Labor, Barcelona, 1936.

GÓMEZ MARTÍN, F.: *Administración Concursal*, CISS, Valencia, 2004.

GÓMEZ ORBANEJA, E.: *Derecho Procesal civil. Parte general* (con HERCE QUEMADA, V.), tomo I, 7ª ed., Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1975.

- *Derecho Procesal Civil* (con HERCE QUEMADA, V.), tomo I, 8ª ed., Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1979.

GÓMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V.: *Derecho Procesal Civil*, Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1960.

GONZÁLEZ BILBAO, E.: «Identificación de los “intereses concurrentes” y del “interés del concurso” en la nueva Ley Concursal», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 94, 2004, pp. 167 a 192.

GONZÁLEZ CANO, M. I.: *El nuevo tratamiento procesal de la insolvencia y la fase común del proceso concursal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.

GONZALO LÓPEZ, V.: «La reforma del Derecho concursal alemán», *Revista de Derecho Mercantil*, nº 215, 1995, pp. 211 a 221.

GUASP DELGADO, J.: *La quiebra de la “Barcelona Traction Light and Power Cº Ltd.”*, Imprenta Elzeviriana, Barcelona, 1952.

- *Derecho Procesal Civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956.
- *Derecho Procesal Civil. Parte Especial*, tomo I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968.
- *Derecho Procesal Civil. Parte Especial*, tomo II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968.
- *Derecho Procesal Civil*, tomo I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1977.

GUIDOTTI, R.: «Commentario all'articolo 142», *Commentario breve alla legge fallimentare*, 6ª ed., CEDAM, Padova, 2013, pp. 915 a 930.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: «Naturaleza jurídica de la prodigalidad. Prohibiciones que afectan al curador; actos celebrados por el pródigo sin la debida asistencia de aquél: su sanción (Comentario a la S.T.S. (Sala 1ª) de 23 de diciembre de 1997)», *Revista de Derecho privado*, año nº 83, mes 9, 1999, pp. 638 a 649.

– *La capacidad del deudor concursado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.

GULLÓN BALLESTEROS, A.: «La acción rescisoria concursal», *Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, tomo IV, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 4125 a 4136.

GURREA CHALÉ, A.: *La administración concursal. Sus funciones (formulario conforme al artículo de la Ley Concursal)*, Comares, Granada, 2004, pp. 67 a 73.

GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, P.: «A vueltas con la legitimación: en busca de una construcción estable», *Revista del poder judicial*, nº 54, 1999, pp. 211 a 276.

GUTIÉRREZ DE CABIEDES Y FERNÁNDEZ DE HEREDIA, E.: «La excepción dilatoria de falta de carácter», *Estudios de Derecho Procesal*, GUTIÉRREZ DE CABIEDES Y FERNÁNDEZ DE HEREDIA, E., Universidad de Navarra, Pamplona, 1974, pp. 243 a 299.

GUZMÁN FLUJA, V.: «Las relaciones entre el proceso concursal y los procesos singulares declarativos y de ejecución», *Ley 22/2003, concursal: puntos críticos*, ELORZA GUERRERO, F. y GUERRERO LEBRÓN, M. J. (coords.), Ministerio de Ciencia e Innovación, Madrid, 2009, pp. 317 a 349.

HERCE QUEMADA, V.: *La carga de la prueba*, Separata del Boletín del Real Colegio de Abogados de Zaragoza, Zaragoza, 1962.

- *Derecho Procesal Civil* (con GÓMEZ ORBANEJA, E.), tomo II, 8ª ed., Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1979.

HERNÁNDEZ PUÉRTOLAS, F. J.: «La administración concursal: composición, funciones, retribución y responsabilidad», *Las claves de la Ley Concursal*, QUINTANA CARLO, I., BONET NAVARRO, A. Y GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A. (dirs.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005, pp. 199 a 225.

HERRERO PEREZAGUA, J. F.: «Comentario al artículo 192», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), tomo II, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 1937 a 1946.

- «Comentario al artículo 193», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), tomo II, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 1946 a 1951.
- «La lista de acreedores: comunicación y reconocimiento de créditos en el concurso», *Il trattamento giuridico delle crisi d'impresa: profili di Diritto Concorsuale italiano e spagnolo a confronto*, SARCINA y GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ (a cura di), Cacucci Editore, Bari, 2008, pp. 131 a 157.
- «Legitimación y procedimiento en las acciones de reintegración», *La reintegración en el concurso de acreedores*, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A. (dir.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 163 a 194.

HESTON, M. J.: «The United States Trustee: the missing link of bankruptcy crime prosecutions», *ABI Law Review*, nº 6, 1998, pp. 359 a 408

HOLDSWORTH, W. S.: *A History of English Law*, tomo I, Methuen, London, 1903.

HUALDE LÓPEZ, I.: *La fase de liquidación en el proceso concursal: apertura, efectos y operaciones de liquidación*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.

ILLESCAS RUS, A. V.: «Comentario al artículo 29», *Derecho Concursal Práctico*, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A. (dir.), Iurgium, Madrid, 2004, pp. 177 a 183.

ÍNIGO FUSTER, A.: «El administrador concursal persona jurídica tras la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 29 de julio, Concursal», *Revista CEF Legal*, nº 130, 2011, pp. 61 a 72.

«Introducción a la administración concursal», *Esquemas de Derecho Concursal*, 5ª ed., Tirant Lo Blanch, 2013 (consultado en Tirant Online).

INVREA, F.: «La natura giuridica della sentenza che dichiara il fallimento», *Rivista di Diritto Commerciale*, I, 1930, pp. 534 a 548.

IRIBARREN BLANCO, M.: «El seguro de responsabilidad civil de los administradores concursales», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 29, 2013, pp. 19 a 59.

JIMÉNEZ CONDE, F.: «Precedentes del error de derecho en la apreciación de las pruebas como motivo de casación (I)», *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, nº 4, octubre-diciembre, 1977, pp. 787 a 849.

JUAN Y MATEU, F.: «Comentario al artículo 36», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, pp. 725 a 740.

La legge fallimentare esplicata. La normativa spiegata articolo per articolo, 5ª ed., Edizione Giuridiche Simone, Napoli, 2012.

LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho Civil*, Tomo I, 12ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2006.

LEÓN SANZ, F. J.: «Comentario al artículo 71», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, pp. 1301 a 1321.

- «Comentario al artículo 72», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, pp. 1322 a 1328.

- «El sistema de reintegración concursal», *Revista del Poder Judicial*, nº extra 18, 2004, pp. 241 a 292.

LIGUORI, B.: «Gli organi del fallimento», *Rivista di diritto fallimentare e delle società commerciali*, I, 1965, pp. 137 a 153.

LIPARI, F. G.: «Struttura e funzione della sentenza dichiarativa di fallimento», *Il circolo giuridico*, Parte Prima, 1931, pp. 7 a 33.

LÓPEZ SÁNCHEZ, J.: «Comentario al artículo 184», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), tomo II, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 1881 a 1908.

- *El proceso concursal*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012.

LÓPEZ SÁNCHEZ, M. A.: «Los efectos de la declaración de concurso (una primera aproximación a la disciplina contenida en la ley 22/2003, de 9 de julio)», *Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, tomo II, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 2005 a 2091.

MACHADO PLAZAS, J.: «La administración concursal», *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 103, nº 4, 2004, pp. 1031 a 1054.

MAFFIA, O.: «Personificación del concurso y función orgánica de la sindicatura», *Il diritto fallimentare e delle società commerciale*, I, 1981, pp. 24 a 65.

MAGRO SERVET, V.: «El nombramiento de los administradores judiciales por los jueces de lo mercantil en la reforma concursal», *La Ley: revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 7, 2001, pp. 1625 a 1630.

MANZANA LAGUARDA, R.: «En torno a la retroacción de la quiebra», *Documentación Jurídica*, núms. 29-32, 1981, pp. 311 a 329.

MARCOS GONZÁLEZ LECUONA, M. M.: *La declaración formal de quiebra y sus efectos*, Cedecs, Barcelona, 1997.

- «Comentarios a los artículos 21 y 22», *Comentarios a la Ley Concursal*, CORDÓN MORENO, F. (dir.), tomo I, 2ª ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 334 a 349.

MARÍN LÓPEZ, M. J.: «Comentario al artículo 50», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), tomo I, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 450 a 477.

- «Comentario al artículo 51», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), tomo I, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 478 a 513.
- «Comentario al artículo 54», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), tomo I, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 535 a 562.
- «La limitación de las facultades patrimoniales del concursado», *Aranzadi Civil*, 2005, nº 13, pp. 17 a 63.

MÁRQUEZ LOBILLO, P.: «Condiciones subjetivas para el nombramiento de administradores concursales», *Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, tomo II, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 1389 a 1406.

MARTÍN REYES, M. A.: «La impugnación de los actos perjudiciales para la masa activa. Breves apuntes sobre una reforma esperada», *Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, tomo IV, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 4175 a 4192.

MARTÍNEZ ESPÍN, P.: «Comentario al artículo 27», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), tomo I, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 251 a 272.

- «Comentario al artículo 29», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), tomo I, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 282 a 287.

- «Comentario al artículo 35», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), tomo I, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 313 a 322.

MARTÍNEZ FLÓREZ, A.: *Las interdicciones legales del quebrado*, Civitas, Madrid, 1993.

- «Sobre la naturaleza y comienzo de la inhabilitación del quebrado en el ámbito procesal (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1998)», *Tribunales de Justicia. Revista Española de Derecho Procesal*, nº 6, 1999, pp. 531 a 538.
- *La inhabilitación del quebrado (ámbito temporal)*, Aranzadi, Navarra, 2002.
- «Comentario al artículo 40», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, pp. 771 a 820.
- «Comentario al artículo 42», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, pp. 868 a 886.
- «La intervención y la suspensión del concursado en el ejercicio de las facultades de administrar y de disponer de los bienes integrantes de la masa activa», *Revista del Poder Judicial*, nº extra 18, 2004, pp. 123 a 205.
- «Los deberes de comparecencia, colaboración e información del concursado», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 1, 2004, pp. 191 a 213.
- «La declaración de concurso y la capacidad de obrar del deudor», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 6, 2005, pp. 65 a 127.
- «Las técnicas para limitar el ejercicio de las facultades patrimoniales del concursado desde el Derecho Romano a la Codificación», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 4, 2005, pp. 315 a 344.

MARTÍNEZ GALLEGO, E. M.: «Comentario al artículo 50», *Comentario práctico a la nueva Ley Concursal*, LÓPEZ LÓPEZ, E. y MACÍAS CASTILLO, A. (coords.), La Ley, Madrid, 2012, pp. 287 a 295.

- «Comentario al artículo 51», *Comentario práctico a la nueva Ley Concursal*, LÓPEZ LÓPEZ, E. y MACÍAS CASTILLO, A. (coords.), La Ley, Madrid, 2012, pp. 295 a 301.
- «Comentario al artículo 54», *Comentario práctico a la nueva Ley Concursal*, LÓPEZ LÓPEZ, E. y MACÍAS CASTILLO, A. (coords.), La Ley, Madrid, 2012, pp. 306 a 311.

MARTÍNEZ JIMÉNEZ, M. I. y SIERRA NOGUERO, E.: «Los órganos del concurso y la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal», *Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, tomo II, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 1407 a 1456.

MASSAGUER FUENTES, J.: *La reintegración de la masa en los procedimientos concursales*, Bosch, Barcelona, 1986.

- «Aproximación al régimen de los efectos del concurso sobre los actos perjudiciales para la masa activa: la reintegración de la masa», *Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, tomo IV, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 4211 a 4238.

MARTORELL ZULUETA, P.: «Algunas notas sobre la capacidad del suspenso para intervenir como parte en el proceso declarativo», *Cuadernos de Derecho judicial*, vol. 2, 1992, pp. 77 a 88.

MONACCIANI, L.: *Azione e legittimazione*, Giuffrè, Milano, 1951.

MONEREO PÉREZ, J. L.: *La conservación de la empresa en la Ley Concursal: aspectos laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2006.

MONTANARI, M.: «Sulla pretesa legittimazione processuale tributaria del contribuente fallito», *Rivista di Giurisprudenza Tributaria*, nº 2, 2002, edición online (dottrina.ipsoa.it) .

MONTANARI, M. Y PEDERZINI, E.: *L'imprenditore e il mercato. Imprenditore. Procedure concorsuali. contratti commerciali*, Giappichelli, Torino, 2013.

MONTERO AROCA, J.: *El proceso laboral*, Bosch, Barcelona, 1979.

- *Las partes en el proceso de trabajo: capacidad y legitimación*, Estudios de Derecho Procesal, Barcelona, 1981.
- *La legitimación en el proceso civil: intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre él*, Civitas, Madrid, 1994.
- *De la legitimación en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 2006.

MORALEJO MENÉNDEZ, I.: «1912 Sentencia de 17 de febrero de 2005», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 72, 2006, pp. 1259 a 1284.

MORENO SERRANO, E.: «La aplicación del art. 40 LC en la jurisprudencia (la intervención o suspensión de las facultades patrimoniales del órgano de administración de las sociedades de capital en el concurso)», *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, nº 8, 2008, pp. 333 a 340.

- «La retribución de los administradores concursales como coste del concurso», *Academia Vasca de Derecho*, año VIII, nº 19, 2010, pp. 81 a 109.

MORRAL SOLDEVILA, R.: «Comentario a los artículos 29 y 31», *Comentarios a la Ley Concursal*, SAGRERA TIZÓN, A.; SALA REIXACHS, J. M. y FERRER BARRIENDOS, A. (coords.), tomo I, Bosch, Barcelona, 2004, pp. 356 a 365.

MOYA JIMÉNEZ, A.: *La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes*, 8ª ed., Bosch, Barcelona, 2012.

MUÑOZ DE BENAVIDES, C: «La administración concursal en el Proyecto de Ley de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Principales modificaciones», *Diario La Ley*, nº 7683, año XXXII, 2011, edición online (www.diariolaley.es).

MUÑOZ GARCÍA, A.: «El concurso de acreedores del Emprendedor de Responsabilidad Limitada. Incongruencias normativas», *Diario La Ley*, año XXXV, nº 8243, pp. 1 a 10.

MUÑOZ GONZÁLEZ, L.: «La acumulación de procesos al concurso», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 4, 2005, pp. 117 a 169.

MUÑOZ MONTAGUT, C. J.: *La administración concursal tras la reforma 2011: una perspectiva práctica. Análisis comparado de la Ley Concursal con la Ley 38/2011 de Reforma*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012.

MUÑOZ ROJAS, J. A.: «Parte y justa parte en el proceso civil», *Revista de Derecho Judicial*, nº 4, 1960, pp. 48 a 75.

- «Algunas facetas de los juicios universales», *Constitución, Derecho y Proceso. Estudios en memoria de los Profesores Vicente Herce Quemada y Ángel Duque Barragués*, AA.VV., Institución “Fernando El Católico”, Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1983, pp. 583 a 601.

NASI, A.: *Processo e esecuzione nel fallimento*, CEDAM, Padova, 1973.

NAVARRINI, U.: *Trattato di Diritto fallimentare secondo la nuova legislazione*, tomo I, Zanichelli, Bologna, 1934.

- *La quiebra*, HERNÁNDEZ BORONDO, F. (traducido por), Instituto Editorial Reus, Madrid, 1943.

NICOLETTI, C. A.: «Natura del fallimento e gestione fallimentare», *Riv. Dir. Civ.*, parte I, 1975, pp. 235 a 247.

NIEVA FENOLL, J.: *La sustitución procesal*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

NIGRO, A. Y VATTERMOLI, D.: *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, 2ª ed., Il Mulino, Bologna, 2012.

NÚÑEZ LOZANO, P. L.: «La administración del concurso», *Ley 22/2003, concursal: puntos críticos*, ELORZA GUERRERO, F. y GUERRERO LEBRÓN, M. J. (coords.), Ministerio de Ciencia e Innovación, Madrid, 2009, pp. 35 a 58.

OLIVENCIA RUIZ, M.: *Publicidad registral de suspensión de pagos y quiebras*, Montecorvo, Madrid, 1963.

- «La suspensión de pagos y la quiebra en el Código de Comercio», *Centenario del Código de Comercio*, tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1986, pp. 341 a 387.
- «Facultades del juez y voluntad de las partes en el procedimiento de declaración de concurso», *Revista del Poder Judicial*, nº extra 18, 2004, pp. 25 a 55.
- «Los motivos de la reforma de la Ley Concursal», *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, nº 17, 2012, pp. 23 a 30 (disponible en http://www.cuatrecasas.com/media_repository/docs/esp/los_motivos_de_la_reforma_de_la_ley_concursal__62.pdf, p. 18, consultado, por última vez, el 2 de marzo de 2014).

ORTELLS RAMOS, M.: *Derecho Procesal Civil*, AA.VV., 10ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010.

OSSORIO SERRANO, J. M.: *La prodigalidad*, Montecorvo, Madrid, 1987.

PACCHI, S.: «La reforma del Derecho concursal italiano», *Derecho de los negocios*, nº 187, 2006, pp. 7 a 19.

- «Gli effetti del fallimento per il fallito», *Manuale di Diritto Fallimentare*, PACCHI, S. (coord.), 2ª ed., Giuffrè, Milano, 2011, pp. 151 a 174.
- «Gli organi preposti al fallimento. Parte I», *Manuale di Diritto Fallimentare*, PACCHI, S. (coord.), 2ª ed., Giuffrè, Milano, 2011, pp. 87 a 104.

- «Gli organi preposti al fallimento. Parte II», *Manuale di Diritto Fallimentare*, PACCHI, S. (coord.), 2ª ed., Giuffrè, Milano, 2011, pp. 105 a 140.

PACHECO GORDILLO H.: *Capacidad y legitimación: estudio práctico y doctrinal*, Gráficas Fomento, Barcelona, 1953.

PACHECO GUEVARA, A.: *La administración concursal*, Aranzadi, Pamplona, 2009.

PAJARDI, P.: *Manuale di Diritto fallimentare*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 1976.

- *Manuale di Diritto fallimentare*, 5ª ed., Giuffrè, Milano, 1998.

PAJARDI, P. y BOCCHIOLA, M.: *Gli organi del processo di fallimento*, Giuffrè, Milano, 1991.

PARRA LUCÁN, M. A.: *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2009.

PAU PEDRÓN, A.: *Las limitaciones patrimoniales del concursado*, Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2004.

PECORELLA, C. Y GUALAZZINI, U.: «Fallimento (storia)», *Enciclopedia del Diritto*, tomo XVI, 1967, pp. 220 a 232.

PEITEADO MARISCAL, P.: *La declaración de concurso*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005.

PELLEGRINO, G.: *Fallimento e nuovo processo civile*, Giuffrè, Milano, 1994.

PÉREZ ÁLVAREZ, M. P.: «Observaciones sobre D.17.1.22.10 (Paul. I. XXXII ad ed.)», *Revue internationale des droits de l'antiquité*, nº 45, 1998, pp. 355 a 386.

- *La bonorum venditio. Estudio sobre el concurso de acreedores en Derecho Romano clásico*, Mira-UAM, Madrid, 2000.

PÉREZ BUSTAMANTE, C.: *Compendio de Historia Universal*, Ediciones Atlas, Madrid, 1977.

PÉREZ DEL BLANCO, G.: *Efectos procesales de la declaración del concurso. La vis atractiva concursal*, Reus, Madrid, 2007.

PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.: «La administración concursal: su régimen jurídico en la Ley concursal», *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, nº 3-4, 2011, pp. 15 a 89.

PINO, A.: *Il patrimonio separato*, CEDAM, Padova, 1950.

POLO DÍEZ, A.: «Comentario a la STS de 8 de noviembre de 1941», *Revista de Derecho Privado*, XXVI, 1942, pp. 61 a 68.

POLO DÍEZ, A. y BALLBÉ PRUNES, M.: *La quiebra de "Barcelona Traction"*, Talleres Gráficos Mariano Galve, Barcelona, 1951.

POTTOW, J., «Un primer estudio de los cambios de la Ley concursal estadounidense de 2005», *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, nº 3, 2005, pp. 355 a 363.

PRADA GAYOSO, F.: «La administración concursal», *Revista del Poder Judicial*, nº extra 18, 2004, pp. 57 a 121.

PRIETO-CASTRO, L.: *Derecho Procesal Civil*, tomo II, Revista de Derecho Privado, 1964.

- *Derecho Concursal. Procedimientos sucesorios. Jurisdicción voluntaria. Medidas cautelares*, Tecnos, Madrid, 1978.
- *Tratado de Derecho Procesal Civil*, 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, 1985.

PROVINCIALI, R.: *Manuale di Diritto fallimentare*, Giuffrè, Milano, 1951.

- *Tratado de Derecho de quiebra*, RAMÍREZ, J. A., ROMERO DE TEJADA, J. y LUPO CANALETA, A. (traducido por), tomo I, AHR, Barcelona, 1958.
- *Tratatto di Diritto Fallimentare*, tomo I, Giuffrè, Milano, 1974.
- *Trattato di Diritto Fallimentare*, tomo III, Giuffrè, Milano, 1974.

PROVINCIALI, R. y RAGUSA MAGGIORE, G.: *Istituzioni di diritto fallimentare*, CEDAM, Padova, 1988.

PULGAR EZQUERRA, J.: *El concurso de acreedores. La declaración*, La Ley, Madrid, 2009.

QUIJANO GONZÁLEZ, J.: «La junta de acreedores en la nueva legislación concursal», *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, nº 3, 2005, pp. 65 a 87.

- «La administración concursal», *El concurso de acreedores: adaptado a la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal*, PULGAR EZQUERRA, J. (dir.), La Ley, Madrid, 2012, pp. 193 a 238.

RAGUSA MAGGIORE, G.: *Diritto fallimentare*, I, Morano, Napoli, 1974.

RAMÍREZ, J. A.: *La quiebra*, tomo I, Bosch, Barcelona, 1985.

- *La quiebra. Derecho concursal español*, tomo II, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1998.

RAMOS CHAPARRO, E.: *La persona y su capacidad civil*, Tecnos, Madrid, 1995.

RAMOS MÉNDEZ, F.: *La sucesión procesal. Estudio de los cambios de parte en el proceso*, Hispano Europea, Barcelona, 1974.

- *Derecho y proceso*, Bosch, Barcelona, 1979.
- *Derecho Procesal Civil*, vol. II, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1985.
- *Enjuiciamiento civil*, tomo I, Bosch, Barcelona, 1997.

REDENTI, E.: *Diritto Processuale Civile*, tomo I, 1ª ed., Giuffrè, Milano, 1957.

REVILLA GONZÁLEZ, J. A.: «Procesos incidentales concursales con tramitación específica y calificación del concurso», *Tratado de Derecho Mercantil*, OLIVENCIA RUIZ, M., FERNÁNDEZ-NÓVOA, C. y JIMÉNEZ DE PARGA, R. (dirs.); JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. (coord.), vol. 7 (Derecho Procesal Concursal), Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 291 a 346.

RIBELLES ARELLANO, J. M.: «Comentario al artículo 51», *Derecho Concursal Práctico*, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A. (dir.), Iurgium, Madrid, 2004, pp. 282 a 287.

- «Comentario al artículo 54», *Derecho Concursal Práctico*, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A. (dir.), Iurgium, Madrid, 2004, pp. 291 a 295.

RIFÁ SOLER, J. M.: «Comentario al artículo 21», *Derecho Concursal Práctico*, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A. (dir.), Iurgium, Madrid, 2004, pp. 135 a 144.

RIPOLL OLAZÁBAL, A.: «Comentario al artículo 72», *Derecho Concursal Práctico*, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A. (dir.), Iurgium, Madrid, 2004, p. 386 a 390.

RIVERO HERNÁNDEZ, F.: «Teoría general del patrimonio», *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos: Constitución. Gestión. Responsabilidad, continuidad y tributación*, vol. I (los patrimonios y la responsabilidad. Administración y gestión. Persona jurídica y patrimonio), GARRIDO MELERO, M. y FUGARDO ESTIVILL, J. M. (coords.), Bosch, Barcelona, 2005, pp. 45 a 138.

- «Los patrimonios autónomos. ¿Hacia una categorización general?», *Estudio de derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, LLAMAS POMBO, E. (coord.), vol. 2, La Ley, Madrid, 2006, pp. 601 a 640.

RIVES Y MARTÍ, F.: *Teoría y práctica de actuaciones judiciales en materia de concurso de acreedores y quiebras*, tomo II, Reus, Madrid, 1954.

ROBLES GARZÓN, J. A.: *La quiebra de la herencia*, Bosch, Barcelona, 1979.

ROCA I TRÍAS, E.: «El concurso del deudor persona física», *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 103, nº 4, 2004, pp. 1077 a 1098.

ROCCO, A.: *Il fallimento: teoria generale ed origine storica*, Giuffrè, Milano, 1962.

- «Naturaleza del proceso de quiebra y de la sentencia que declara la quiebra», *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, segunda época, núm. 4, 1964, pp. 673 a 743.

RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A.: «Efectos de la declaración de concurso», *Derecho Mercantil*, JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. (coord.), 10ª ed., Ariel, Barcelona, 2004, pp. 808 a 833.

RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A. y VIGUERA RUBIO, J. M.: «Pluralidad de acreedores», *Enciclopedia de Derecho Concursal*, BELTRÁN SÁNCHEZ, E. y GARCÍA-CRUCES, J. A. (dirs.), ÁVILA DE LA TORRE, A. y CAMPUZANO, A. B. (coords.), tomo II, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 2279 a 2296.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, J.: *Curso de Derecho Mercantil*, tomo II, Instituto Tecnológico de Monterrey, Monterrey, 1947.

RODRÍGUEZ-YNYESTO VALCÁRCEL, A.: *La prodigalidad en el nuevo sistema civil de la capacidad de obrar de la persona*, Aranzadi, Navarra, 1990.

ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.: «La declaración judicial de suspensión de pagos», *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, tomo III, La Ley, Madrid, 1994, pp. 2293 a 2332.

- «La reforma del Derecho concursal italiano y el Derecho concursal español (un apunte de Derecho comparado desde una perspectiva española)», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 10, 2007, pp. 315 a 341.

ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. Y TIRADO MARTÍ, I.: «Comentario al artículo 21», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. Y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, pp. 469 a 496.

ROSEMBERG, L.: *Derecho Procesal Civil*, ROMERO VERA, A. (traducido por), EJEA, Buenos Aires, 1955.

- *Tratado de Derecho Procesal*, ROMERO VERA, A. (traducido por), tomo I, EJEA, Buenos Aires, 1955.

ROSSI, G.: *Il fallimento nel diritto americano*, CEDAM, Padova, 1956.

RUBIO GARCÍA MINA, J.: *Introducción al Derecho Mercantil*, Nauta, Barcelona, 1969.

RUSO, A.: «La legittimazione processuale del fallito nelle liti tributarie», *Il fisco*, nº 34, 2013, edición online (dottrina.ipsoa.it).

SAGRERA TIZÓN, J. M.: *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos*, tomo I, Bosch, Barcelona, 1974.

SALAS CARCELLER, A.: *Las partes. Problemática procesal*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006.

SÁNCHEZ PAREDES, M. L.: «La inclusión en el inventario de los créditos por devoluciones de IVA», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 22, 2011-1, pp. 447 a 468.

SANCHO GARGALLO, I.: *La retroacción de la quiebra*, Aranzadi, Pamplona, 1997.

- «Reintegración de la masa del concurso: aspectos procesales de la acción rescisoria concursal», *Revista jurídica de Catalunya*, vol. 105, nº 2, 2006, pp. 321 a 342.

SANJUÁN Y MUÑOZ, E.: «La naturaleza jurídica del mediador concursal: sistema alternativo de gestión de los supuestos de insolvencia», *Diario La Ley*, nº 8230, 2014, pp. 1 a 8.

SANTARELLI, U.: *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, CEDAM, Padova, 1964.

SATTA, S.: *Instituciones del Derecho de quiebra*, FONTANARROSA, R. (traducido por), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1951.

- *Diritto Processuale Civile*, 4ª ed., CEDAM, Padova, 1954.
- *Istituzioni di Diritto fallimentare*, Foro Italiano, Roma, 1957.
- «Il concetto di parte», *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, III, CEDAM, Padova, 1958.
- *Diritto Processuale Civile*, 9ª ed., CEDAM, Padova, 1981.

SCALERA, I.: *Verifica costituzionale della legge fallimentare*, CEDAM, Padova, 1977.

SCHETTINI, I.: *Legge fallimentare e compiti del curatore*, G. Abruzzini, Roma, 1960.

SCHMIDT, K.: «Estudio preliminar. Fundamentos del nuevo Derecho concursal alemán. La Ley alemana de insolvencia de 1994 (InsO)», *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001*, GARCÍA VILLAVERDE, R.; ALONSO UREBA, A.; y PULGAR EZQUERRA, J. (dirs.), Dilex, Madrid, 2002, pp. 15 a 39.

- «Derecho de sociedades y Derecho concursal en Alemania –problemas de organización en sociedades anónimas insolventes-», *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, nº 5, 2006, edición online (laleydigital.laley.es)
- «La reforma del Derecho concursal italiano y el Derecho concursal alemán (un apunte de Derecho comparado desde una perspectiva alemana)», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 10, 2007, pp. 303 a 314.
- «La relación entre el órgano de gestión de la insolvencia y el órgano de dirección social en Derecho alemán», *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, nº 8, 2008, pp. 29 a 40.

SEMIANI BIGNARDI, F.: *Il curatore fallimentare pubblico ufficiale*, CEDAM, Padova, 1965.

SENÉS MOTILLA, C.: «Las partes del proceso civil», *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 1 (ejemplar dedicado a: disposiciones generales relativas a los juicios civiles en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil), 2000, DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. (dir.), pp. 13 a 50.

- «Comentario al artículo 183», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs.), tomo II, Civitas, Madrid, 2004, pp. 2725 a 2730.

- «Comentario al artículo 184», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs.), tomo II, Civitas, Madrid, 2004, pp. 2731 a 2750.
- «Comentario al artículo 192», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs.), tomo II, Civitas, Madrid, 2004, pp. 2792 a 2805.
- «Comentario al artículo 193», ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, pp. 2806 a 2811.
- «La integración legal de la “apelación más próxima” en el proceso concursal», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 18, 2009, pp. 115 a 143.
- «Aspectos procesales de la reforma concursal (Ley 38/2011, de 10 de octubre)», *Cuestiones actuales de Derecho patrimonial desde una perspectiva ítalo-española*, MURGA FERNÁNDEZ, J. P. y TOMÁS TOMÁS, S. (coords.), Tirant Lo blanch, Valencia, 2013, pp. 279 a 294.

SENÉS MOTILLA, C. y CONDE FUENTES, J.: «Ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización: aspectos procesales», *e-Dictum*, nº 23, 2013, disponible en <http://dictum.bthemattic.com/files/2013/11/Doctrina-Carmen.pdf>.

SEQUEIRA MARTÍN, A. J.: «La publicidad en el proceso concursal», *Estudios sobre la Ley concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, tomo I, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 1219 a 1250.

SENTÍS MELENDO, S.: «Desarrollo del proceso. Deberes del juez y cargas de las partes» (disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/24/art/art23.pdf>, consultado, por última vez, el 2 de marzo de 2014).

SERRA DOMÍNGUEZ, M.: «El interventor judicial en la Ley de Suspensión de Pagos», *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, tomo XIII, Barcelona, 1967, pp. 501 a 508.

- «El interventor judicial en la Ley de Suspensión de Pagos», *Estudios de Derecho Procesal*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1969, pp. 657 a 669.
- *Las medidas cautelares en el proceso civil* (con RAMOS MÉNDEZ, F.), Barcelona, 1974.
- «Precisiones en torno a los conceptos de parte, capacidad procesal, representación y legitimación», *Justicia: revista de derecho procesal*, nº 2, 1987, pp. 289 a 314.
- «Comentario al artículo 193», *Comentarios a la Ley Concursal*, SAGRERA TIZÓN, J. M.; SALA REIXACHS, A. y FERRER BARRIENDOS, A. (coords.), tomo III, Bosch, Barcelona, 2004, pp. 1915 a 1920.

SERRA RODRÍGUEZ, A.: «Consideraciones en torno al concepto de “interés del concurso”», *Revista Aranzadi de Derecho patrimonial*, nº 30, 2013, pp. 63 a 93.

SILVETTI, E.: «Comentario al artículo 72», *Comentarios a la Ley Concursal*, CORDÓN MORENO, F. (dir.), tomo I, 2ª ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 819 a 833.

SOLAZZI, S.: *Il concorso dei creditori nel diritto romano*, tomo II, E. Jovene, Napoli, 1938.

- *Il concorso dei creditori nel diritto romano*, tomo IV, E. Jovene, Napoli, 1943.

SOZA, M. A.: *Procedimiento concursal. La posición jurídica del Bonorum Emptor*, Dykinson, Madrid, 2008.

SPIOTTA, M.: *Il curatore fallimentare*, Zanichelli, Bologna, 2006.

STANGHELLINI, L.: «Organizzazione e competenze. Il curatore: una figura in transizione», *Il fallimento*, nº 9, 2007, edición online (dottrina.ipsoa.it).

STANTON, T. J.: «The United States Trustee System: a time for assessment», *Commercial Law Review*, nº 90, 1985, pp. 90 a 94.

TEDESCHI, G. U.: «Il curatore fallimentare», *Rivista di Diritto Civile*, nº 2, 1972, pp. 240 a 273.

TESCARO, M.: «Commentario all'articolo 28», con ZACCARIA, A., *Commentario breve alla Legge fallimentare*, 6ª ed., CEDAM, Padova, 2013, pp. 178 a 186.

- «Commentario all'articolo 29», con ZACCARIA, A., *Commentario breve alla Legge fallimentare*, 6ª ed., CEDAM, Padova, 2013, pp. 186 a 187.
- «Commentario all'articolo 30», con ZACCARIA, A., *Commentario breve alla Legge fallimentare*, 6ª ed., CEDAM, Padova, 2013, pp. 187 a 188.
- «Commentario all'articolo 43», con ZACCARIA, A., *Commentario breve alla Legge fallimentare*, 6ª ed., CEDAM, Padova, 2013, pp. 271 a 283.

TIRADO MARTÍ, I.: «La liquidación concursal de sociedades en el Derecho inglés», *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 17, 2001, pp. 199 a 245.

- «La sindicatura concursal», *La reforma de la legislación concursal: jornadas sobre la reforma de la legislación concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. (dir.), Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 151 a 224.
- «Aspectos controvertidos del régimen jurídico de los administradores concursales», *Estudios de derecho judicial*, nº 59 (ejemplar dedicado a: *La nueva Ley Concursal*), 2004, pp. 109 a 146.
- «Comentario al artículo 29», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, pp. 615 a 626.
- «Comentario al artículo 76», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, pp. 1357 a 1406.
- *Los administradores concursales*, Thomson-Civitas, Navarra, 2005.
- «Reflexiones sobre el concepto de "interés concursal": ideas para la construcción de una teoría sobre la finalidad del concurso de

acreedores», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 62, nº 3, 2009, pp. 1055 a 1108.

TORRES DE CRUELLES, J.: *La suspensión de pagos*, Bosch, Barcelona, 1957.

- «Consideración procesal de los Síndicos de la quiebra», *Revista General de Derecho*, nº 162, 1958, pp. 280 a 287.
- «Consideración procesal de los Síndicos de la quiebra», *Revista General de Derecho*, nº 163, 1958, pp. 379 a 401.

TORRES DE CRUELLES, J. Y MÁS Y CALVET, R.: *La suspensión de pagos*, Bosch, Barcelona, 1995.

TORTORICI, G. V.: *Il curatore fallimentare*, Edizioni FAG, Milano, 2012.

URÍA GONZÁLEZ, R.: *La quiebra de la "Barcelona Traction"*, Artes Gráficas Quintanilla, Barcelona, 1953.

VACAS MEDINA, L.: «Notas críticas sobre el vigente Derecho de quiebras español», *Información Jurídica*, 1956, pp. 529 a 561.

- «La reforma del Derecho Concursal español», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 8 (ejemplar dedicado a: Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal), 1985, pp. 47 a 88.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R.: *Derecho Civil. Parte general*, LÓPEZ LÓPEZ, A. M. y MONTES PENADÉS, V. L. (coords.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992.

VALPUESTA GASTAMINZA, E.: «Comentario al artículo 26», *Comentarios a la Ley Concursal*, CORDÓN MORENO, F. (dir.), tomo I, 2ª ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 371 a 378.

- «Comentario al artículo 29», *Comentarios a la Ley Concursal*, CORDÓN MORENO, F. (dir.), tomo I, 2ª ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 410 a 416.

- «Comentario al artículo 35», *Comentarios a la Ley Concursal*, CORDÓN MORENO, F. (dir.), tomo I, 2ª ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 452 a 462.
- «Comentario al artículo 96», *Comentarios a la Ley Concursal*, CORDÓN MORENO (dir.), tomo I, 2ª ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 1093 a 1101.

VARA DE PAZ, N.: «Comentario al artículo 137», *Comentarios a la legislación concursal*, PULGAR EZQUERRA, J., ALONSO UREBA, A., ALONSO LEDESMA, C. y ALCOVER GARAU, G. (dirs.), Dykinson, Madrid, 2004, pp. 1262 a 1265.

VÁZQUEZ CUETO, J. C.: «La legitimación activa de los administradores concursales para el ejercicio de acciones de responsabilidad contra los administradores de las sociedades de capital», *Estudios sobre la Ley concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, tomo II, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 2359 a 2387.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.: «Comentario al artículo 51», *Comentarios a la Ley Concursal*, vLex, 2010, edición online (vlex.es).

VEGAS TORRES, J.: «El proceso concursal y sus sujetos», *Derecho Procesal Civil. Proceso concursal. Arbitraje*, con Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004.

- «Los aspectos procesales del concurso», *La Ley Concursal y los aspectos sociales*, RÍOS SALMERÓN, B. y SEMPERE NAVARRO, A. (dirs.), Laborum, Murcia, 2004, pp. 97 a 139.
- «El concurso como proceso jurisdiccional: estructura del concurso», *Las claves de la Ley Concursal*, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A.; QUINTANA CARLO, I. y BONET NAVARRO, A. (dirs.), Aranzadi-Thomson, Navarra, 2005, pp. 83 a 111.

VEIGA COPO, A.: «La impugnación de la lista de acreedores en el concurso. Los legitimados», *Diario La Ley*, nº 7161, 2009, edición online (diariolaley.laley.es).

- *La masa pasiva del concurso de acreedores*, Civitas-Thomson Reuters, 2ª ed., 2012.

VELA TORRES, P. J. y SARAZÁ JIMENA, R.: «La administración concursal en las distintas fases del procedimiento del concurso», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 641, 2004, pp. 1 a 5.

VÉLAZ NEGUERUELA, J. L.: «La administración concursal», *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 3, 2012, pp. 147 a 190.

VICENT CHULIÁ, F.: «El contenido de nuestras instituciones concursales y las actuales perspectivas de reforma», *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 3, 1979, pp. 171 a 226.

VICENTE Y GELLA, A.: *Curso de Derecho Mercantil Comparado*, 4ª ed., La académica, Zaragoza, 1960.

VIGUERA RUBIO, J. M.: *Derecho Mercantil*, JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. (coord.), Ariel, Barcelona, 1990.

VITALONE, V.: «Gli organi del fallimento», *Il diritto processuale del fallimento* (con CHIMENTI y RIEDI), Giappicheli, Torino, 2010, pp. 89 a 155.

VIVES I CEBRIÁ, P. N.: *Traducción al castellano de los Usatges y demás derecho de Cataluña que no están derogados o no son notoriamente inútiles*, 2ª ed., Barcelona, 1864.

VON THUR, A.: *Teoría general del Derecho Civil alemán*, RAVÁ, T. (traducido por), vol. I, Depalma Editorial, Buenos Aires, 1946.

YANES YANES, P.: «La administración concursal», *Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003*, GARCÍA VILLAVARDE, R., ALONSO UREBA, A. Y PULGAR EZQUERRA, J. (dirs.), Dilex, Madrid, 2003, pp. 173 a 233.

WACH, A.: *Manual de Derecho Procesal Civil*, BANZHAF, T. A. (traducido por), tomo II, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1977.

WIELEBINSKI, J. J. y RUKAVINA, D.: «An overview of the Bankruptcy Code and the Bankruptcy Practice in the United States», *World Insolvency Systems: a comparative study*, FONSECA LOBO (editor), Thomson Reuters, Canada, 2009, pp. 693 a 800.

ZAMBRANA MORAL, P.: *Historia legislativa y doctrinal de la cesio bonorum y de la cesión de bienes*, tesis doctoral, Universidad de Málaga, 1999, disponible en <http://www.biblioteca.uma.es/bbl/doc/tesisuma/16276115.pdf>.

ZANZUCCHI, M. T.: *Diritto Processuale Civile*, I: introduzione e parte generale, 6^a ed., Giuffrè, Milano, 1964.

