

ARTÍCULO 21. Auto de declaración de concurso

1. El auto de declaración de concurso contendrá los siguientes pronunciamientos:

1.º El carácter necesario o voluntario del concurso, con indicación, en su caso, de que el deudor ha solicitado la liquidación.

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 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 la última de las publicaciones acordadas en el auto, dentro de las que con carácter obligatorio establece el apartado 1 del 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.

2. 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.

3. Declarado el concurso, se ordenará la formación de las secciones segunda, tercera y cuarta. Cada una de estas secciones se encabezará por el auto o, en su caso, la sentencia que hubiera ordenado su formación.

4. La administración concursal realizará sin demora una comunicación individualizada a cada uno de los acreedores cuya identidad y domicilio consten en el concurso, informándoles de la declaración de éste y del deber de comunicar sus créditos en la forma establecida en el artículo 85.

5. *El auto se notificará a las partes que hubiesen comparecido. Si el deudor no hubiera comparecido, la publicación de los edictos a que se refiere el artículo 23 producirá, respecto de él, los efectos de notificación del auto.*

Si el concursado fuera una entidad de crédito o una empresa de servicios de inversión participante en un sistema de pagos y de liquidación de valores o instrumentos financieros derivados, el auto se notificará, en el mismo día de su fecha, al Banco de España, a la Comisión Nacional del Mercado de Valores y al gestor de los sistemas a los que pertenezca la entidad afectada, en los términos previstos en la legislación especial a que se refiere la disposición adicional segunda.

Asimismo, se notificará el auto a la Comisión Nacional del Mercado de Valores cuando el concursado sea una sociedad que hubiera emitido valores admitidos a cotización en un mercado oficial.

Si el concursado fuera una entidad aseguradora, el auto se notificará, con la misma celeridad, a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, y si fuera una mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, se notificará en los mismos términos al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales ().*

(*) En el Derecho derogado, la declaración de concurso y de quiebra adoptaban la forma de auto (arts. 1173, 1326, 1328 LEC de 1881 ó 1033 CCom. de 1829, entre otros). En esta resolución no sólo se incluía la declaración de apertura del procedimiento, sino que el juez de la quiebra nombraba al comisario y al depositario, ordenaba la ocupación de los bienes del quebrado, establecía medidas limitativas de los derechos fundamentales del deudor insolvente, determinaba y ordenaba la publicidad al auto, convocaba a los acreedores a la primera junta general (art. 1044 1.º-7.º CCom. de 1829) y, en fin, podía señalar —aunque no de modo definitivo— la fecha a la que se debían retrotraer los efectos patrimoniales de la declaración de quiebra (art. 1024 CCom. de 1829; para el contenido en caso de concurso de acreedores, más restringido, v. art. 1074 LEC de 1881). El auto declarativo de la quiebra y del concurso de acreedores era provisionalmente ejecutivo (art. 1028 CCom. de 1829 y art. 1334 LEC de 1881), aunque una importante corriente jurisprudencial entendía que, en caso de impugnación de la declaración, el procedimiento debía desarrollarse únicamente hasta el nombramiento de los síndicos. La suspensión de pagos también se declaraba por auto, en el que el juez establecía si el suspenso se encontraba en estado de insolvencia provisional o definitiva (art. 8, inciso 6.º). En este último caso, se determinaba la cantidad en que quedaba cifrado el desbalance patrimonial del deudor, que quedaba emplazado a con-

signar o a garantizar la diferencia entre el activo y el pasivo (art. 8, inciso 6.º). La resolución era impugnativa y ejecutiva (art. 8, inciso 7.º).

La regulación de la declaración de concurso no presentaba grandes diferencias en los distintos textos prelegislativos. El Anteproyecto de 1959 establecía ya la separación entre concurso voluntario y necesario según quién hubiese solicitado la declaración (art. 179). Presentada la solicitud en forma, el juez, al día siguiente, podía declarar la apertura del concurso de acreedores en una resolución con forma de auto (art. 182). El auto, además, debía establecer los efectos personales y patrimoniales sobre el deudor, incluía el nombramiento de los síndicos, ordenaba la ocupación y el embargo de la masa activa y establecía las medidas de publicidad de la declaración de concurso (art. 183). En el Anteproyecto de 1983 el concurso se declaraba por sentencia. El contenido de la resolución incluía los mismos pronunciamientos del texto prelegislativo anterior, con excepción de la orden de ocupación de los bienes del deudor, lo cual se explicaba por el carácter esencialmente reorganizativo de un texto articulado que, en la mayoría de las situaciones, dejaba al deudor en posesión de la empresa. Además, se añadía la posible adopción de medidas cautelares o la terminación, modificación o extinción de las acordadas con anterioridad, la fijación de un plazo para que los acreedores insinuasen su crédito y la formación de las secciones del concurso (art. 113). Por últi-

COMENTARIO

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: 1. *La forma y los presupuestos de la declaración de concurso de acreedores.* 2. *La naturaleza jurídica del auto de declaración de concurso de acreedores.*—II. EL CONTENIDO DEL AUTO: 1. *El contenido necesario:* 1.1. La calificación del concurso como voluntario o necesario. 1.2. Los efectos sobre las facultades del deudor. 1.3. El nombramiento y la determinación de las facultades de los administradores concursales. 1.4. El llamamiento a los acreedores. 1.5. La apertura de las secciones del concurso. 1.6. La publicidad del auto. 1.7. Las especialidades por razón del carácter necesario del concurso de acreedores: el requerimiento al concursado para la presentación de documentos. 2. *El contenido contingente:* 2.1. Las «medidas cautelares». 2.2. Las especialidades por razón del contenido de la solicitud del deudor: 2.2.1. La admisión o la inadmisión de la propuesta anticipada de convenio. 2.2.2. La indicación de la solicitud de liquidación. 2.3. Otros pronunciamientos.—III. LA EFICACIA DEL AUTO: 1. *Los efectos del auto:* 1.1. Consideración general. 1.2. El momento de la producción de efectos. 2. *La ejecutividad del auto.*—IV. LA NOTIFICACIÓN DEL AUTO: 1. *La notificación a las partes.* 2. *La comunicación a los acreedores.* 3. *Las comunicaciones especiales.*

I. Introducción

1. La forma y los presupuestos de la declaración de concurso de acreedores

El juez declara el concurso de acreedores mediante una resolución en forma de *auto*. La elección legal del tipo de resolución judicial es congruente con las normas procesales generales (art. 206.2-2.º LEC). La consecuencia principal es que son aplicables a la declaración de apertura del concurso todas aquellas normas legales que establecen el contenido necesario de esta clase de resoluciones (v., principalmente, art. 208), a las que lógicamente se añaden todas las que la propia Ley Concursal establece como propias de este auto de apertura.

Para que el juez dicte el auto de declaración se requiere la concurrencia de determinados *presupuestos*. Los primeros, o *presupuestos procesales*, se refieren a que la declaración judicial de concurso es el resultado de un «proceso» iniciado a solicitud de parte legitimada (art. 3), con capacidad de obrar suficiente, y no de oficio o a

mo, en la Propuesta de Anteproyecto de 1995 la declaración de concurso también revestía la forma de sentencia y, junto a otras menciones, se incluía la convocatoria de la junta de acreedores (art. 17). En la Propuesta destacan dos menciones: por un lado, se establecía que si la resolución de apertura no incluía expresamente la hora, la sentencia se debía entender dictada a las cero horas del día de la fecha; por otro, se mencionaba expresamente la ejecutividad provisional de la resolución declarativa del concurso (art. 21).

La regulación del auto de declaración de concurso no ha sufrido grandes modificaciones desde la versión inicial contenida en el Anteproyecto de 2001 (art. 20). Entre este artículo inicial, que pasó sin modificaciones al Proyecto de Ley concursal, y la versión final de la Ley vigente, se produjeron los siguientes cambios: el Dictamen de la Comisión, primero, y el texto aprobado por el Senado,

después, fueron suprimiendo las especificaciones concretas sobre el contenido y el modo en que debía realizarse el llamamiento general a los acreedores; estos mismos textos prelegislativos añadieron —respectivamente— las referencias a la disolución de la sociedad de gananciales y la mención al procedimiento abreviado; el Dictamen de la Comisión introdujo la comunicación al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales en caso de concurso de una mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales; por último, en el Senado se añadió la comunicación individualizada que la administración concursal debe hacer a los acreedores cuya identidad y domicilio consten en autos y estableció la notificación a la Comisión Nacional del Mercado de Valores cuando el concursado sea una sociedad que hubiera emitido valores admitidos a cotización en un mercado oficial.

instancia del Ministerio fiscal (art. 4), ante juez competente tanto territorial como funcionalmente (arts. 8 a 12). Los segundos, o *presupuestos sustantivos o materiales*, son los relativos a las condiciones subjetivas del deudor (condición de persona jurídica o, por excepción, de herencia no aceptada pura y simplemente: art. 1) y la condición objetiva de la insolvencia (sea real y efectiva, sea inminente, sea, en fin, «insolvencia cualificada»: v. *supra* comentario al art. 2-I). No exige la Ley que para la declaración de concurso se acredite la existencia de una pluralidad de acreedores; y tampoco exige que el juez entre a valorar si existen o pueden existir (como consecuencia del previsible éxito de las acciones rescisorias o de eventuales acciones indemnizatorias u otro tipo de pretensiones) bienes suficientes para sufragar los costes del concurso. Ciertamente, la Ley Concursal no determina quién debe sufragar los costes iniciales del concurso de acreedores en el que no existe masa activa (o masa activa líquida); pero no permite que por esta causa el juez deniegue la declaración de apertura o que clausure el concurso inmediatamente después de haberlo abierto. El fundamento de esta opción de política legislativa es doble: de un lado, la imposibilidad de efectuar una correcta identificación y valoración de la masa activa en ese momento inicial; y, de otro, la doble función del concurso de acreedores, que, junto con la satisfacción de la colectividad crediticia, persigue la represión de la conducta del deudor que hubiera causado o agravado el estado de insolvencia (art. 164.1). Si el concurso no se abriera o se clausurara inmediatamente por falta de masa, esta segunda función —en el que está presente el interés público— no podría satisfacerse. Precisamente por estas razones, la Ley pospone a un momento procesal posterior la decisión acerca de si procede o no la conclusión del concurso de acreedores por inexistencia de bienes y derechos (art. 176.3).

2. La naturaleza jurídica del auto de declaración de concurso de acreedores

El auto de declaración de concurso, con todas las menciones necesarias establecidas en la Ley (art. 21.1-1.º, 2.º, 3.º, 5.º y 21.3), conforma una resolución compleja, imposible de reconducir a una naturaleza unitaria común. En realidad, para establecer la naturaleza jurídica del auto debe separarse la declaración principal, que es la apertura del concurso de acreedores *stricto sensu*, y las restantes menciones, que son *declaraciones instrumentales* para esa declaración principal o para el desarrollo del procedimiento concursal (medidas de intervención patrimonial, nombramiento de los titulares del órgano de administración, publicidad, etc.).

El auto de declaración de concurso es una resolución de carácter *constitutivo*, con eficacia *erga omnes*, por la que no sólo se declara la preexistencia de una situación jurídica determinada (los presupuestos de la declaración de concurso), constatada tras la realización de una actividad de cognición, sino que se crea una nueva, conformada por todos los efectos materiales y procesales que recaen sobre las partes del procedimiento. Se trata de una resolución necesaria, pues con independencia de la situación económica o jurídica del deudor común, sin el auto declarativo no existe un proceso colectivo y no se producen ninguno de los efectos propios del concurso. La declaración de concurso no constituye un «estado concursal» específico, como si se tratara de una subclasificación del estado civil. Los efectos legales del

auto tienen origen y contenido patrimonial, y en ningún caso afectan a la esfera personal: el concursado no es un incapaz, ni las eventuales restricciones a los derechos (fundamentales o no) que sufra son reconducibles a una nueva categoría de estado civil, sino que persiguen —simplemente— servir de instrumento para la mejor realización del «interés del concurso».

El auto de declaración de concurso no tiene una naturaleza estrictamente ejecutiva. Con independencia de las evidentes dificultades técnicas para encuadrar el concurso en la ejecución, se empobrece la comprensión de lo que el concurso de acreedores es si el auto se concibe como aquella declaración de apertura de una ejecución colectiva. Aunque es innegable que existen algunas analogías entre la ejecución singular y determinadas actuaciones del concurso de acreedores, la naturaleza jurídica del procedimiento concursal desborda ampliamente los límites de la ejecución. Como pone de manifiesto la propia Exposición de Motivos (VI), el sistema concursal que instaura la Ley 22/2003, de 9 de julio, se caracteriza por la existencia de un procedimiento judicial, dividido ordinariamente en dos fases —la fase común y, alternativamente, el convenio o la liquidación—, a través del cual se pretende la satisfacción colectiva de los acreedores, clasificados en categorías, de un deudor insolvente. La finalidad del concurso no es liquidar para repartir el líquido resultante entre los titulares de créditos contra el deudor. La finalidad es conseguir una composición de intereses de los afectados por esa situación de insolvencia, real o inminente, que permita la satisfacción de los acreedores que obtengan el reconocimiento de la condición de tales. El auto de declaración de concurso no supone la apertura de una ejecución propiamente dicha. Ésta puede producirse, pero no necesariamente. El *objeto* del auto de declaración concursal no es la intervención o la sustitución del deudor en el ejercicio de las facultades de administración o de disposición de la masa activa, sino que estos aspectos son *efectos legales* del concurso.

II. El contenido del auto

La Ley determina los pronunciamientos que deben —y los que, en algunos casos, pueden— incluirse en el auto de declaración de concurso (art. 21.1). No se trata de una lista cerrada, sino que el elenco legal constituye un contenido mínimo. En el auto de declaración del concurso se incluirán de manera imperativa determinados pronunciamientos, mientras que la inclusión de otros dependerá de la decisión del juez (por ejemplo, la adopción de «medidas cautelares» o la decisión de tramitar el concurso abreviado: art. 21.1-4.º y 8.º) o de la actividad procesal del deudor (por ejemplo, la solicitud de liquidación —art. 21.1-1.º *in fine*— o la presentación de convenio anticipado: art. 106.2). El contenido del auto no se agota en ese elenco de pronunciamientos, pero esta resolución judicial de apertura tampoco tiene un contenido ilimitado. La resolución judicial que declara el concurso está delimitada por las menciones previstas en la propia Ley Concursal y en la normativa procesal general aplicable a la resolución de declaración de concurso (art. 21 en relación con la disposición final 5.^a). Otros pronunciamientos deben quedar excluidos. Así, por ejemplo, el auto en que se contenga la declaración de concurso no debe ni puede

tener pronunciamiento alguno acerca de la clase de insolvencia expresada por el deudor (art. 21): que la insolvencia sea actual o sea inminente es irrelevante a los efectos del concurso de acreedores (v. *supra*, comentario al art. 2-III).

1. El contenido necesario

Se denomina contenido necesario a aquellas menciones cuya falta genera bien la ineficacia de resolución judicial (con aplicación del régimen general de la normativa procesal: arts. 225 y ss. LEC), bien la necesidad de proceder a completarla. La naturaleza de los pronunciamientos necesarios difiere según los casos y, en consecuencia, los efectos de la falta de inclusión en el auto son distintos. Como regla general, será susceptible de anulación el auto que carezca de aquellos requisitos legalmente establecidos cuya ausencia impida la consecución del fin perseguido por la resolución o pueda suponer indefensión de las partes (art. 227.1 LEC). Entre los pronunciamientos obligatorios del auto de declaración de concurso, generan la ineficacia de esta resolución la falta de motivación adecuada, la falta de nombramiento de los administradores concursales y la falta de llamamiento general a los acreedores. La no inclusión del tipo de concurso (voluntario o necesario) o de los efectos patrimoniales sobre el deudor sólo adquirirá el carácter esencial cuando no se haya nombrado a los administradores y se les haya delimitado con claridad el ámbito de sus funciones patrimoniales de administración y de disposición. En este sentido, al lado de los autos en los que las limitaciones al ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre los bienes y derechos que integran la masa activa se expresa de modo directo, como efectivamente exige la Ley (art. 21.1-2.º), existen otros en los que el grado de limitación se expresa indirectamente al determinar las facultades de la administración concursal. La falta de mención expresa de la publicidad de la declaración judicial de concurso no produce indefensión por cuando la propia Ley establece una publicidad mínima que debe cumplirse con independencia de si se incluye o no en el auto de declaración de concurso (art. 23.1). En todo caso, el pronunciamiento expreso de la eventual declaración de ineficacia del auto de apertura del concurso de acreedores está condicionada por dos principios esenciales del Derecho procesal: el de conservación de los actos procesales (art. 230 LEC) y el de subsanabilidad de las actuaciones procesales (art. 231 LEC).

En el contenido necesario del auto se distingue entre el *contenido necesario general*, que es común a la clase de resolución judicial en que consiste, y el *contenido necesario especial*, que es el propio de la declaración de concurso. En cuanto a los pronunciamientos necesarios generales (los exigidos por la propia forma de la resolución judicial), además de la indicación del juzgado y del nombre y la firma del magistrado que lo dicta, el auto de declaración de concurso, como las demás resoluciones judiciales, deberá contener la mención del lugar y de la fecha en que se hubiera adoptado (art. 208.3 LEC). No exige la Ley que, junto con esta expresión de la fecha, se incluya la hora en que la resolución judicial hubiera sido dictada. La falta de indicación de la hora puede plantear problemas respecto de los actos y contratos realizados por el deudor el mismo día del auto. Como es bien sabido, desde el momento en que se dicta esta resolución judicial el deudor —ya concur-

sado— tendrá limitadas o suspendidas, según haya acordado el juez, las facultades de administración y de disposición sobre los bienes y derechos que integran la masa activa (art. 21.1-2.º en relación con el art. 40.1 a 3), la cual se forma automáticamente por efecto de la declaración judicial de concurso sin necesidad de pronunciamiento expreso (art. 76). Según la propia Ley se encarga de señalar, los actos realizados por el deudor a partir de la declaración judicial de concurso, aunque todavía no se haya producido notificación del auto, son ineficaces, pudiendo ser anulados a instancia de la administración concursal (art. 40.7), mientras que, por el contrario, los actos anteriores a esa declaración judicial son plenamente eficaces, salvo que se hubieran realizado con infracción de la específica medida cautelar acordada por el juez antes de la realización de ese acto (art. 17) o sean perjudiciales para la masa activa (art. 71.1). El momento de realización del acto determinará la acción que debe ejercitarse: si el acto fuese posterior a la hora en que se hubiese dictado el auto de declaración, procederá la acción de anulación, salvo que la administración concursal lo haya convalidado o confirmado (art. 40.7); si fuese anterior a esa hora sólo podrá ser atacado mediante el ejercicio de una acción rescisoria, acreditando la existencia del perjuicio para la masa, salvo que, por razón de la naturaleza del acto, la Ley presuma la existencia de ese perjuicio (art. 71.2). La incertidumbre existe porque los actos realizados el mismo día del auto ni se presumen anteriores a la declaración judicial de concurso ni tampoco se presumen posteriores. Para evitar los problemas derivados de la duda acerca de si el acto realizado por el deudor el mismo día de la declaración judicial del concurso es un acto anterior o posterior a esa declaración, será muy oportuno que la administración concursal que pretenda combatir el acto ejercite de forma alternativa la acción de anulación y la acción de rescisión.

El auto deberá estar suficientemente *motivado* e incluirá, en párrafos separados y numerados, los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho que sirvan como base al contenido de la resolución (art. 208.2 LEC). Naturalmente, el relato fáctico deberá incluir las circunstancias que demuestran el cumplimiento de los requisitos subjetivos y objetivos para la declaración de concurso.

En fin, aunque la Ley no lo señale expresamente el precepto que comentamos, el auto de declaración de concurso deberá contener un pronunciamiento sobre las costas de lo actuado hasta el momento (v. *supra*, comentario al art. 20-I.2.2), las cuales recibirán el tratamiento concursal de créditos contra la masa (arts. 20.1 y 84).

1.1. LA CALIFICACIÓN DEL CONCURSO COMO VOLUNTARIO O NECESARIO

El primero de los pronunciamientos específicos del auto es la calificación del concurso como *voluntario* o como *necesario*. El juez determinará el carácter *voluntario* del procedimiento cuando la solicitud haya sido presentada por el deudor o por el administrador de la herencia, en caso de insolvencia de la masa hereditaria (v. *infra*, comentario al art. 22-I). En estos supuestos, el órgano judicial calificará el concurso como voluntario aunque se hubiera incumplido el deber de solicitud de concurso (art. 5.1). Lo hará también aunque se presenten otras solicitudes, siem-

pre y cuando el deudor haya presentado la suya con anterioridad. La misma calificación merecerá la presentación de una solicitud de apertura conjunta del deudor con otro cualquiera de los legitimados (v. *supra*, comentario al art. 22-I). La declaración de concurso necesario se producirá cuando se haya instado el concurso por uno cualquiera de los acreedores del deudor, por los socios o integrantes personalmente responsables de las deudas de la persona jurídica insolvente o por los herederos del deudor fallecido (v. art. 3 y comentario al art. 22). También se declarará el concurso necesario cuando se produzca una concurrencia de solicitudes con el deudor, si los otros sujetos legitimados han pedido la declaración de concurso antes que el concursado. Por último, habrá concurso *necesario* cuando la solicitud sea presentada por el deudor pero un tercero haya instado la apertura del procedimiento concursal en los tres meses anteriores a la fecha de solicitud del deudor (art. 22.2), tomando como *dies a quo* la fecha de la providencia que hubiera admitido a trámite la petición del legitimado (art. 3).

1.2. LOS EFECTOS SOBRE LAS FACULTADES DEL DEUDOR

En el auto de declaración del concurso se delimitarán los efectos que el concurso tendrá sobre las facultades de administración y disposición del deudor. Se trata de un pronunciamiento obligatorio que debe tener un contenido mínimo: el órgano judicial no puede dejar al concursado con el mismo grado de autonomía patrimonial que tenía antes del auto de declaración del concurso, ni siquiera parcialmente (art. 40.1). La intervención es la *limitación mínima* del ejercicio de las facultades de administración y disposición del deudor sobre la masa activa. El ámbito de esa limitación tiene que ser necesariamente *general*: el juez no podrá autorizar la libre administración por el concursado de determinados bienes con contenido patrimonial (de los que ingresan en el activo concursal *ex art.* 76) o limitar los poderes de los administradores concursales a una rama determinada de la actividad desarrollada por el insolvente. El grado de *limitación máxima* es la suspensión: si el juez suspende el ejercicio de esas facultades por el deudor queda sustituido éste por los administradores concursales (art. 40.2). A diferencia de lo que acontece respecto de la mera intervención, la suspensión no tiene por qué ser general: aunque la Ley parece haber configurado el grado de limitación por categorías cerradas (art. 40.1), no existe inconveniente en que la suspensión del ejercicio de esas facultades tenga un ámbito objetivo o territorial restringido (v. *gr.*, sólo respecto de determinados bienes o sólo a los situados en un determinado territorio), quedando el deudor simplemente intervenido por la administración para la disposición respecto de los demás.

En principio, el contenido del auto en este punto está predeterminado legalmente: si el concurso se ha iniciado por el deudor (*concurso voluntario*), el juez determinará la intervención de las facultades de administrar y disponer del deudor, que quedarán sujetas a la autorización de la administración concursal y del propio órgano judicial (art. 40.1); si, por el contrario, la solicitud ha sido presentada por cualquier otro legitimado (*concurso necesario*), el deudor verá suspendidas las posibilidades de actuación eficaz sobre sus bienes y derechos, y será *sustituido* por los

administradores del concurso (art. 40.2). Sin duda, esta asociación de los efectos patrimoniales del concurso sobre el deudor con la solicitud del concurso hace el procedimiento más atractivo para los deudores en dificultades económicas y persigue adelantar el momento de apertura del procedimiento. Pero esta finalidad no es más que un instrumento para conseguir un objetivo más amplio, que da sentido a todo el proceso: lograr la mayor satisfacción de los acreedores. Se anuda el grado de limitación de las facultades patrimoniales del deudor con la iniciativa para solicitar la apertura del concurso únicamente con la intención de favorecer el «interés del concurso» (art. 43.1), por lo que la regla podrá modificarse si con ello se favorece este objetivo. El juez puede acordar la sustitución del deudor en un concurso *voluntario*, o la intervención del concursado en un procedimiento *necesario* cuando entienda que ello posibilita una mejor realización de la finalidad del procedimiento. Naturalmente, al separarse de la regla inicial, deberá motivar la decisión señalando expresamente «los riesgos que se pretendan evitar y las ventajas que se quieran obtener» (art. 40.3). Por virtud de esta restricción a la discrecionalidad judicial, el juez sólo puede alterar la regla cuando esa alteración beneficie a los acreedores concursales o, no perjudicando a éstos, favorezca los intereses del deudor, de los trabajadores o de otros terceros con intereses tutelados en el concurso. Así, el juez podrá tomar en consideración aspectos como la situación patrimonial del deudor (la existencia, *a priori*, de déficit o de superávit y el grado de desbalance), las características de la empresa del concursado y del sector en que opera (por ejemplo, si exige elevados conocimientos técnicos, o actúa en un sector especialmente complejo, con lo que la sustitución puede dar lugar a retrasos y ocasionar costes elevados), la existencia de previos comportamientos fraudulentos o abusivos del concursado (pues no puede olvidarse que el concurso tiene también una finalidad sancionatoria, aunque subsidiaria: arts. 163 y ss.), las previsibles causas del estado de crisis económica (si ha sido ocasionado por la impericia del insolvente), etc. El juez deberá tener en cuenta también la fiabilidad de la información con que cuenta en el momento de dictar el auto (que habrá sido provista por el propio solicitante, que es un interesado directo: v. art. 6). Ahora bien, la regla general (arts. 22 y 40.1 y 2) establece una presunción de beneficio para el «interés del concurso» de carácter legal relativo, que puede quedar desvirtuada por cualquier circunstancia concurrente en el caso que sea especialmente significativa de que la mejor forma de satisfacer ese interés —al menos, de momento— es precisamente la inversión de la regla.

Para acordar la suspensión, el juez no está vinculado por el hecho de que el deudor solicitante haya pedido la liquidación, ya que la suspensión de las facultades del deudor se establece imperativamente por la Ley para el momento en que se declara el comienzo de la fase de liquidación (art. 145.3), no cuando ésta se solicita (v. *infra*, comentario al art. 40-III.2.1). Para acordar la mera intervención, el juez no está constreñido por el hecho de que previsiblemente no vaya a abrirse la fase de calificación (por ejemplo, debido a la presentación de convenio anticipado con suficientes adhesiones; v. art. 106.1 en relación con el art. 163), pudiendo incluso en este caso sustituir al concursado si considera que la sustitución beneficia al concurso. Por supuesto, el hecho de que el juez no esté vinculado no significa que no pueda tener en cuenta estas circunstancias a la hora de determinar un cambio en el régimen general de los efectos patrimoniales sobre el deudor. Sin embargo, el

órgano judicial habrá de acordar la sustitución en el supuesto de concurso de una herencia, sea ésta yacente o aceptada a beneficio de inventario (art. 40.5).

1.3. EL NOMBRAMIENTO Y LA DETERMINACIÓN DE LAS FACULTADES DE LOS ADMINISTRADORES CONCURSALES

El auto de declaración del concurso tiene eficacia ejecutiva inmediata (v. *infra*, III) y, por lo tanto, las limitaciones patrimoniales establecidas para el ejercicio por el concursado de las facultades de administración y de disposición sobre los bienes y derechos que integran la masa activa exigen la formación del órgano que o bien complemente el ejercicio o bien ejercite directamente esas facultades y que, además, realice las actuaciones necesarias para la determinación de la masa activa y para la determinación de la masa pasiva. De ahí que entre los pronunciamientos necesarios del auto de declaración de concurso figure el nombramiento de los miembros del órgano de administración del concurso. Éstos, como regla general, serán tres; podrán ser personas naturales o jurídicas; y habrán de reunir los requisitos subjetivos establecidos por la Ley, tanto los positivos (art. 27.1 y 2) como los negativos (arts. 28, 33). El órgano judicial nombrará a un abogado y a un especialista económico (auditor de cuentas, economista o titulado mercantil colegiado), ambos con una experiencia mínima de cinco años de ejercicio profesional (art. 27.1-1.º y 2.º), así como a un acreedor del deudor que sea titular de un crédito ordinario o con privilegio general no garantizado (art. 27.1-3.º). En caso de nombrar a una persona jurídica, la identidad de la persona natural que la represente (arts. 27.1-3.º, 27.2-1.º y 2.º, 27.4 y 30.1) deberá comunicarse al juez en un momento posterior (normalmente en el acto de aceptación), si bien en tanto no se produzca esta comunicación no se inscribirá la resolución de nombramiento (v., *infra*, comentario a los arts. 24 y 29). Cuando se declare el concurso de una entidad emisora de valores o instrumentos derivados negociados en un mercado secundario oficial, de una entidad encargada de regir la negociación, compensación o liquidación de esos valores o instrumentos, o de una empresa de servicios de inversión, el juez nombrará a un miembro de la Comisión Nacional del Mercado de Valores o a una persona designada por este organismo en lugar del administrador técnico-económico (art. 27.2-1.º). En este caso, bien el técnico de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, bien la persona propuesta serán propiamente administradores concursales, no representantes de una persona jurídica. En consecuencia, en tanto el organismo regulador no comunique la identidad del administrador, el auto de declaración del concurso no incluirá designación alguna. A diferencia del supuesto descrito, en caso de concurso de una entidad de crédito o de una entidad aseguradora el lugar del administrador-creedor lo ocupará el Fondo de Garantía de Depósitos o el Consorcio de Compensación de Seguros, que aparecerán directamente nombrados en el auto, pues éstos sí son miembros del órgano, y la persona que deben legalmente designar es su representante (art. 27.2-2.º). Si el juez establece que el concurso se desarrolle por los trámites del procedimiento abreviado (arts. 190 y 191), nombrará, si así lo cree conveniente (art. 191.2), un solo administrador, que deberá ser abogado, auditor de cuentas, economista o titular mercantil con los mis-

mos requisitos adicionales exigidos legalmente a los integrantes del órgano de administración colegiado (art. 27.2-3.º).

Para el nombramiento del administrador técnico-jurídico y técnico-económico, tanto en el procedimiento ordinario como en el abreviado, el juez deberá seleccionar a los candidatos de entre los contenidos en las listas que obrarán en el juzgado correspondiente (art. 27.3). El órgano judicial tendrá a su disposición un elenco suministrado por el colegio de abogados, por el de economistas y por el de los titulados mercantiles, enviados anualmente por las corporaciones con un ámbito territorial de actuación que comprenda el lugar donde se encuentra el juzgado del concurso. También deberá haber en el juzgado un elenco aportado por el Registro Oficial de Auditores de Cuentas así como uno creado especialmente para incluir a las sociedades profesionales que no tengan acceso a los colegios profesionales propios de su actividad (v. *infra*, comentario al art. 27-III.3). El juez no debe elegir a los candidatos por turno o por medio de un sorteo. Antes al contrario, el modelo de administración concursal exige una adecuación de la preparación y los medios de los administradores a las características del concurso, para lo cual se dota al juez de discrecionalidad en la selección de los integrantes del órgano (v. Exposición de Motivos, IV, e *infra*, comentario al art. 27-III.2). En todo caso, el juez no puede designar a cualquiera de las personas que integran las listas sin cerciorarse previamente de que, además de reunir formación universitaria y experiencia profesional de cinco años, han cumplido el compromiso de formación en materia concursal (art. 27.1-1.º y 2.º, 27.3). Por supuesto, cuando se trate de un concurso especialmente complejo, por el volumen del activo o del pasivo, por las especiales complejidades técnicas o por las dificultades del sector en que opera el deudor, el órgano judicial deberá seleccionar a aquellos candidatos que ofrezcan mayores garantías: así, en el caso del administrador concursal letrado, ser reconocido especialista en derecho concursal; y, en caso del administrador concursal economista o auditor, estar en posesión de una preparación reforzada, garantizar el acceso a buenas infraestructuras (incorporación a una persona jurídica —algo que deben declarar al aceptar: art. 30.2—) y especialización o, al menos, experiencia, en el sector empresarial de que se trate.

El juez nombrará al administrador acreedor en el auto de declaración de concurso sólo si, en ese momento, tiene constancia de la existencia de titulares de créditos contra el deudor que reúnan las características legalmente exigidas, y los posibles candidatos son, a juicio del juez, adecuados para el cargo. El órgano judicial no está obligado a designar al acreedor instante (aunque, en ocasiones, puede resultar aconsejable), ni a uno de los que resulten de la documentación inicialmente aportada.

En caso de concursos «especiales», el sistema de listas se sustituye por el de propuesta previa: cuando concursa una entidad emisora de valores o instrumentos derivados que se negocien en un mercado secundario oficial, una entidad encargada de regir la negociación, compensación o liquidación de esos valores o instrumentos, o de una empresa de servicios de inversión, el abogado y el acreedor serán nombrados por el juez a propuesta del Fondo de Garantía a que esté adherida la entidad o quien garantice el sistema de indemnización de inversores (art. 27.2-1.º). Naturalmente si, como ocurrirá en muchas ocasiones (sobre todo en caso de concurso

de una entidad emisora de valores cotizados), esas entidades no existen, se aplicará el régimen general (v. *infra*, comentario al art. 27-II.2.1). Cuando concurse una entidad de crédito o una entidad aseguradora, los administradores técnicos (sea el jurídico o el económico) se nombrarán de entre los propuestos por el Fondo de Garantía de Depósitos y por el Consorcio de Compensación de Seguros, respectivamente (art. 27.2-2.º).

El juez determinará también las facultades patrimoniales de los administradores concursales. Esta exigencia legal es el complemento necesario de aquella otra en la que se requiere que el auto establezca los efectos sobre las facultades patrimoniales del deudor: si se interviene al concursado, los administradores recibirán las facultades de intervención; si se le suspende, los miembros del órgano sustituirán al deudor en la administración de la masa. En este punto, el juez puede limitarse a declarar genéricamente una u otra situación, y en su caso, a asignar determinadas funciones individualmente a alguno de los miembros (art. 35.2 *in fine*).

1.4. EL LLAMAMIENTO A LOS ACREEDORES

El auto debe contener el llamamiento general a los acreedores del deudor concursado para que insinúen su crédito presentando la documentación necesaria ante los administradores concursales (v. art. 85). En la vocación se hará constar expresamente que el plazo para que los acreedores pongan su crédito en conocimiento del órgano de administración será de un mes a contar desde el día siguiente a la última publicación obligatoria del auto (*ex arts. 23.1 LC y 133.1 LEC*). La existencia de medios de publicidad adicionales no modifica el *dies a quo* del plazo, que comenzará a correr el día sucesivo a la más tardía de las fechas siguientes: la de publicación en el Boletín Oficial del Estado o en un uno de los diarios de mayor difusión en la provincia en la que el deudor tenga el centro principal de sus intereses, o, si no coincide con el centro principal de intereses, la publicación que se realice en uno de los diarios de mayor difusión en la provincia en la que radique el domicilio del concursado. Salvo que el juez señale otra cosa, estos plazos quedan reducidos a la mitad cuando el órgano judicial determine que el concurso se desarrolle por los trámites del procedimiento abreviado (art. 191.1).

Se trata de un llamamiento general realizado directamente por el juez en el auto; no debe, por tanto, confundirse, con la notificación individualizada a los acreedores cuya identidad y domicilio consten en el concurso que ha de efectuar el órgano de administración concursal (art. 21.4). El llamamiento general tan sólo tendrá la publicidad que se dé al auto de declaración de concurso.

1.5. LA APERTURA DE LAS SECCIONES DEL CONCURSO

En el propio auto —o en la sentencia que, con estimación del recurso de apelación (art. 20.2) hubiera declarado el concurso— deberá el juez o tribunal ordenar la formación de la sección segunda, relativa a la administración concursal (art. 183-2.º), de la sección tercera, relativa a la masa activa (art. 183-3.º), y de la

sección cuarta, relativa a la masa pasiva (art. 183-4.º). Aunque la Ley señale que la formación de estas secciones tiene lugar una vez «declarado el concurso» (art. 21.3 inciso primero), sería equivocado entender que se requiere una resolución judicial posterior al auto o a la sentencia que lo hubiera declarado. Es el propio auto o la sentencia de declaración del concurso la que tiene que contener necesariamente el orden de formar estas tres secciones, cada una de las cuales se encajará precisamente por ese auto o por esa sentencia (art. 21.3, inciso segundo). Si el concurso ha sido solicitado por el deudor, el juez procederá igualmente a ordenar la formación de la sección primera, relativa a la apertura del procedimiento concursal. Esto no será necesario cuando la solicitud de concurso la hubiera presentado cualquier otro legitimado (art. 3), pues la sección primera se forma con la admisión a trámite de la solicitud de declaración de concurso (art. 16).

1.6. LA PUBLICIDAD DEL AUTO

La resolución incluirá la publicidad de la declaración de concurso que, atendidas las circunstancias concretas, el juez considere necesaria. El órgano judicial no tiene plena libertad, pues, como se ha señalado, la Ley establece tres requisitos mínimos (art. 23.1 *in fine*): en cuanto a los *medios* utilizados, el auto se anunciará en el Boletín Oficial del Estado y en un diario de los de mayor difusión en la provincia donde radique el centro de sus principales intereses o donde se encuentre su domicilio; en punto al *contenido* del edicto, deberá incluir, al menos, los datos imprescindibles para identificar el proceso y las formas de personarse en él, lo que, en términos concretos, se traduce en los datos identificativos del concursado y del juzgado, el régimen de intervención o de suspensión del deudor (art. 21.1-2.º), el nombramiento y las facultades de los administradores concursales (art. 21.1-2.º) y el llamamiento a los acreedores para que den a conocer su crédito en el plazo de un mes o de quince días si procede el procedimiento abreviado (art. 21.1-5.º, art. 21.1-8.º; v. *infra*, comentario al art. 23-II.1); y, en fin, por lo que respecta a la *realización práctica* de la publicidad, el edicto que incluya los mencionados pronunciamientos del auto deberá insertarse en el Boletín Oficial del Estado y —en su caso— en otros periódicos oficiales «con la mayor urgencia».

Pero, junto con esta publicidad mínima, el juez podrá acordar otras medidas de publicidad cuando lo considere oportuno (art. 23.2). La publicidad adicional puede consistir en un aumento en el número de diarios en que se inserta el edicto, en la utilización de diarios oficiales autonómicos o provinciales, en la publicación de los edictos en la sede del juzgado, en la utilización de medios telemáticos, etc. Estas medidas se adoptarán, por ejemplo, cuando exista un número extraordinario de acreedores, cuando la naturaleza especial del concursado lo aconseje (a través de publicidad canalizada a través de organismos reguladores) o cuando una parte significativa del activo o del pasivo se encuentren en el extranjero.

1.7. LAS ESPECIALIDADES POR RAZÓN DEL CARÁCTER NECESARIO DEL CONCURSO DE ACREEDORES: EL REQUERIMIENTO AL CONCURSADO PARA LA PRESENTACIÓN DE DOCUMENTOS

En el caso de concurso declarado a solicitud de legitimado distinto del deudor (que el propio auto habrá calificado de concurso necesario: v. art. 21.1-1.º), el auto de declaración de concurso contendrá el requerimiento al concursado para que, en el plazo de diez días a contar desde la notificación de dicho auto, presente los documentos enumerados en la Ley (art. 6.2). Como ya se ha señalado (v. *supra*, comentario al art. 6), mientras que, en el caso de concurso declarado a solicitud del deudor, esos documentos deben acompañar a la solicitud (salvo que concurra justa causa: art. 6.4), en el caso de concurso declarado a solicitud de cualquiera de los demás legitimados (art. 3), los documentos de presentación obligatoria deben ser aportados a los autos, una vez declarado el concurso, por el ya concursado dentro del muy breve plazo establecido por la Ley. En uno y otro caso el autor de los documentos es el mismo: el deudor solicitante, si éste es quien insta la declaración, y el deudor concursado, si el concurso ha sido declarado a solicitud de cualquier otra persona legitimada. El fundamento de este pronunciamiento necesario es claro: la Ley considera que esos documentos son importantes para la información preliminar del juez (antes o inmediatamente después de la declaración, según los supuestos) y de la administración concursal, y de ahí que imponga el deber legal de presentación a la persona que esté en mejor condición para elaborarlos.

El sujeto pasivo o destinatario del requerimiento es el concursado, sea persona natural o jurídica. Es indiferente que el auto haya suspendido el ejercicio por el deudor de las facultades de administración y disposición o que haya sometido dicho ejercicio a la intervención de los administradores concursales (v. art. 40): también sobre el deudor que tenga suspendido ese ejercicio pesa el deber legal de cumplir ese requerimiento. Si fuera menor de edad o estuviera incapacitado, la elaboración y la presentación deberá realizarse por personas que ejerzan la patria potestad o la tutela; si el concursado fuere una persona jurídica, el cumplimiento del deber correrá a cargo de los administradores o liquidadores; y, en caso de concurso de la herencia, del administrador judicial de esa herencia.

Los documentos que deben presentarse son los enumerados en la Ley (art. 6), que distingue entre generales o comunes a toda clase de deudores (art. 6.2) y especiales, bien por el hecho de que el deudor esté obligado a la llevanza de la contabilidad (art. 6.3-1.º y 3.º), bien porque forme parte de un grupo de empresas (art. 6.3-4.º). El plazo para el cumplimiento del deber es el establecido por la Ley: diez días, sin que el juez, en el auto de declaración de concurso pueda reducirlo o ampliarlo. Esos días se cuentan desde la notificación del auto al concursado. Si el deudor hubiera comparecido en tiempo y forma a través de procurador (art. 14.1 en relación con el art. 184.2), la notificación será la que se efectúe a este representante procesal; si no hubiera comparecido, la publicación de los preceptivos edictos producirá respecto de él los efectos de la notificación personal del auto (art. 21.5). Como son al menos dos los edictos que han de publicarse (art. 23.1), el plazo comenzará a correr desde el siguiente día en que tenga lugar la publicación del último de ellos, trátese de los que deban publicarse por así exigirlo la Ley (art. 23.1), trátese

de los que, en su caso, hubiere acordado el juez como publicidad complementaria de los anteriores (art. 23.2). A diferencia de lo establecido para la presentación del informe por parte de los administradores concursales (art. 74.2), la Ley no autoriza al juez a conceder prórroga al concursado por la presentación de estos documentos. Se trata de una opción de política legislativa a fin de impedir el retraso de la tramitación ya que el informe de la administración concursal se inicia precisamente por el análisis de la memoria presentada por el deudor, y sigue por una exposición del estado de la contabilidad y de otros documentos (art. 75.1).

Como el auto es ejecutivo aunque no sea firme (art. 21.2), el deudor tiene el deber de presentar los documentos objeto del requerimiento judicial aunque ya haya presentado o presente escrito de preparación de la apelación contra el auto de declaración de concurso (v. art. 20.2 a 4 en relación con el art. 457 LEC) o haya interpuesto o interponga recurso de reposición contra el pronunciamiento del auto por el que se le requiere a la presentación de los documentos (art. 20.2 segundo inciso). Si el concursado pretende interponer recurso de apelación contra el auto una vez que el juez tenga por preparado ese recurso, el problema que se plantea es el del contenido de la memoria. Según la Ley, el deudor debe expresar las causas del estado de insolvencia en que se encuentre (art. 6.2-2.º) y, sin embargo, ese deudor pretende impugnar precisamente el auto de declaración de concurso de acreedores, es decir, una resolución judicial cuyo presupuesto es precisamente la insolvencia (art. 2). Si el deudor, en la memoria que tiene el deber de presentar, niega la existencia del estado de insolvencia, y luego el recurso de apelación es desestimado, ese documento contendrá una «inexactitud grave», con la consecuencia de que, en el supuesto de que fuera procedente la apertura de la sección de calificación (art. 163.1), el concurso necesariamente tendría que ser calificado como culpable (art. 164.2). Si el deudor, en dicha memoria, ajustándose al mandato legal, admite la insolvencia y expresa las causas del estado en que se encuentra habrá realizado una confesión que inevitablemente comprometerá el éxito de la apelación. En realidad, sin embargo, la Ley no exige que el concursado reconozca en la memoria que se encuentra en estado de insolvencia. Se limita a exigir que exponga las causas del estado en que se encuentra, sin calificar de uno u otro modo dicho estado. Comoquiera que la situación económica y financiera del deudor no será buena, podrá explicar en la memoria las causas de la situación por la que atraviesa, cuidando de que las expresiones utilizadas no supongan directa o indirectamente reconocimiento de un estado de insolvencia, que tampoco negará nada para evitar que, si fracasa la apelación, esa negativa comporte la señalada «grave inexactitud».

En el caso de que el deudor incumpla total o parcialmente el deber legal de presentación de documentos, no corresponde a los administradores concursales suplir totalmente la inactividad del concursado. Pero es evidente que, en los supuestos de incumplimiento total, el informe no puede contener el en otro caso preceptivo análisis de la memoria (v. art. 75.1-1.º); que el juicio sobre el estado de la contabilidad y sobre los demás documentos exigirá que los administradores concursales obtengan previamente de quien corresponda (del concursado, de registros públicos, de las autoridades de supervisión) dichos documentos o, al menos, los elementos indispensables para poder evaluar y pronunciarse sobre esos extremos (v. art. 75.1-2.º); y, en fin, que el inventario de la masa activa y la lista de acreedores —documentos

que deben acompañar al informe— tendrían que configurarse sin contar con la ayuda de los que hubiera debido aportar el concursado (art. 75.2).

El incumplimiento de este deber legal de presentación de documentos, sea incumplimiento total o parcial, y el cumplimiento tardío, no es objeto de sanción directa por la Ley concursal. Por supuesto, las multas coercitivas carecen de sentido porque tendrían que hacerse efectivas con cargo a la masa activa y, por consiguiente, repercutirían negativamente en los acreedores concursales. Existe, sin embargo, una posible *sanción indirecta* si procediera la formación de la sección de calificación del concurso de acreedores. La Ley establece que, salvo pacto en contrario, se presume que el deudor ha causado o agravado dolosamente o con culpa grave la insolvencia cuando no hubiera facilitado al juez o a la administración concursal «la información necesaria o conveniente para el interés del concurso» (art. 165.2). El supuesto de hecho considerado es suficientemente amplio para acoger la falta de cumplimiento de ese requerimiento judicial. Esa amplitud en la delimitación del ámbito objetivo de esta presunción relativa permite reprimir también aquellos casos extremos de cumplimiento tardío: cuando la presentación de los documentos se ha retrasado tanto que priva de valor a los que se presentan o, al menos, reduce considerablemente ese valor (*v. gr.*, presentación cuando está a punto de finalizar la prórroga concedida a la administración concursal para la emisión del informe), es legítimo considerar que el concursado no ha facilitado la información necesaria. En esos casos extremos, la información tardía se debe equiparar a la falta de información. Sin embargo, los casos de simple retraso (por ejemplo, de unos pocos días) permanecería fuera de la presunción relativa de dolo o culpa grave.

2. El contenido contingente

Se denomina contenido contingente a aquellos pronunciamientos que sólo tienen que incluirse en el auto de declaración de concurso si se dan determinadas circunstancias legalmente preestablecidas y cuya ausencia no tiene consecuencias sobre la eficacia de la resolución. En algunos supuestos, la inclusión en el auto dependerá de la mera solicitud de parte (por ejemplo, la solicitud de liquidación, la petición de tramitación de un convenio anticipado o la liquidación de la sociedad de gananciales). En otros casos, el juez tiene discrecionalidad en la apreciación de los supuestos de hecho y en la valoración en torno a su conveniencia para los intereses del concurso; una vez acreditados los hechos (cognición) y apreciado el beneficio del concurso, el juez deberá resolver su inclusión en el auto de declaración de concurso. Así, por ejemplo, cuando exista un especial riesgo para la integridad de la masa activa, el juez acordará someter a autorización todo acto de disposición en el ámbito de la actividad empresarial del deudor en tanto aceptan los administradores; o, en fin, si se dan los requisitos legales (art. 190), el órgano judicial determinará la sustanciación del concurso por el cauce del procedimiento abreviado.

2.1. LAS «MEDIDAS CAUTELARES»

Cuando el juez aprecie que las circunstancias así lo exigen, el auto de declaración del concurso incluirá la adopción de medidas cautelares «para asegurar la integridad, la conservación o la administración del patrimonio del deudor hasta que los administradores concursales acepten el cargo» (art. 21.1-4.º). El presupuesto objetivo no es unitario, sino plural, aunque con el denominador común de la necesidad de las medidas. El parámetro legal al que debe atenderse el juez para decidir si procede o no la adopción de esas medidas es que exista necesidad, y no mera oportunidad o conveniencia, de asegurar la *integridad* de la masa activa, de asegurar la *conservación* de esa masa o de garantizar la *administración* de la misma. Se trata de evitar que algunos bienes o derechos desaparezcan o perezcan (integridad de la masa), que algunos bienes o derechos se deterioren o pierdan valor (conservación de la masa), que algunos bienes o derechos no produzcan los rendimientos que les son propios (administración de la masa) (art. 22); es indiferente, en el primer caso, que, según el inventario que acompaña a la solicitud (art. 6.2-3.º), exista un claro superávit; es indiferente que el concurso sea voluntario o necesario; y es indiferente que se hubieran adoptado medidas cautelares durante la tramitación de la solicitud (art. 17) o que no hubieran existido. El juez puede acordar las medidas cautelares incluso en el caso en que el deudor hubiera acompañado a la solicitud una propuesta anticipada de convenio con adhesiones de los acreedores en medida suficiente (art. 106.1); y puede no acordarlas incluso cuando el deudor hubiera solicitado la liquidación (art. 6.4 en relación con el art. 142.1-1.º).

A pesar de la denominación que reciben, no se trata, en sentido técnico, de auténticas medidas cautelares: no se adoptan para asegurar la condena del que las sufre, no es necesaria la petición de parte ni, en fin, su inclusión en el auto puede ir precedido de fianza alguna. En consecuencia, no resultan directamente aplicables las normas de la legislación procesal general sobre medidas cautelares (arts. 721 y ss. LEC). En realidad, se trata de un efecto patrimonial del concurso sobre las facultades de administración y disposición del concursado, que tan sólo comparte con las medidas cautelares la característica de la interinidad. Este carácter necesariamente temporal, dentro del concurso de acreedores, es —también— lo único que las diferencia de las restantes medidas patrimoniales sobre el deudor. La finalidad de estas medidas no es otra que asegurar la efectividad de unas restricciones que, aunque plenamente eficaces desde la declaración de concurso (la intervención o la suspensión: art. 40), no pueden hacerse efectivas hasta la aceptación de la administración concursal por los sujetos nombrados judicialmente.

La referencia a estas «medidas» en la norma dedicada al contenido del auto de declaración de concurso cumple una doble finalidad: la determinación del ámbito temporal de las «medidas cautelares» adoptadas antes del auto de declaración de concurso (art. 17) y la fijación del régimen jurídico de la actividad profesional o empresarial del concursado hasta la aceptación de los administradores concursales (art. 44). Cuando existan medidas cautelares anteriores a la declaración de concurso, el auto deberá incluir un pronunciamiento expreso sobre la continuidad de la «eficacia» de esas medidas. A ello obliga la propia Ley al regular las medidas cautelares dictadas desde la admisión a trámite de la solicitud hasta la definitiva aper-

tura del procedimiento, al establecer que, declarado el concurso, «el juez se pronunciará sobre la eficacia de las medidas cautelares» (art. 17.3). En el auto de declaración de concurso se determinará bien la finalización, bien la continuación de las medidas preexistentes. En ambos casos la motivación deberá referirse a la desaparición o a la existencia de las circunstancias que ponen en riesgo la integridad, la conservación o las posibilidades de administración de la masa activa (art. 21.1-4.º). Si se determina la continuación, procederá, en todo caso, la devolución de la caución que haya prestado el solicitante de las medidas cautelares provisionales.

Ahora bien, si concurre el presupuesto para la adopción de estas medidas transitorias, el juez puede adoptar las que considere necesarias, sin que esté condicionado por las que hubiera acordado en su día durante la tramitación de la solicitud de declaración de concurso. Las medidas cautelares que se establezcan en el auto de declaración de concurso pueden coincidir con las anteriores o pueden ser total o parcialmente diferentes. En la determinación del contenido de estas medidas transitorias goza el juez de la más amplia discrecionalidad. Así, por ejemplo, como medida cautelar puede acordar el juez que algunos actos, delimitados bien con criterios objetivos, bien cuantitativos, queden sometidos a la autorización del propio juez; puede suspender o dejar sin efecto las facultades de todos o de algunos de los administradores de la persona jurídica declarada en concurso o las facultades de los apoderados generales, o exigir la actuación conjunta de dos o más de ellos aunque se trate de administradores o de gerentes con facultades solidarias; puede acordar el cierre del local donde están archivados los antecedentes documentales o el bloqueo de las cuentas corrientes o de crédito, etc. Con esta atribución de un amplísimo poder de configuración de las medidas, la Ley trata de proteger el interés de la colectividad de acreedores.

De otro lado, con el establecimiento de medidas especiales de intervención patrimonial se otorga al juez un instrumento con el que completar el régimen legal supletorio en caso de desarrollo por el concursado de una actividad profesional o empresarial antes de la aceptación de los administradores. En efecto, la Ley establece que, durante este período de inoperancia del órgano de administración, el «deudor podrá realizar los actos propios de su giro o tráfico que sean imprescindibles para la continuación de su actividad» (art. 44.2). Si el juez considera que el ejercicio de esa actividad hasta la aceptación de los administradores concursales puede suponer un riesgo para la masa y que, por tanto, resulta necesario «garantizar la integridad, conservación o administración del patrimonio» (art. 21.1-4.º), podrá establecer cautelas adicionales, sin limitación alguna (*v. gr.*, la necesaria autorización judicial para la realización de determinados actos, o la imposibilidad de que el deudor ejerza determinada actividad). En efecto, la Ley, atribuye al concursado la posibilidad de desarrollar la actividad profesional o empresarial hasta la aceptación de los administradores «sin perjuicio de las medidas cautelares que hubiera adoptado el juez al declarar el concurso» (art. 44.2 *in fine*). Aunque la norma legal contemple exclusivamente el supuesto de *intervención*, los mismos razonamientos deben entenderse aplicables cuando se han suspendido las facultades de administración y disposición sobre el patrimonio concursal (*v. infra*, comentario al art. 44-II.3).

Las medidas cautelares acordadas por el juez en el auto de declaración de con-

curso son transitorias o provisionales por naturaleza y se extinguen automáticamente sin necesidad de nuevo pronunciamiento judicial con la aceptación del único administrador concursal, en caso de órgano unipersonal, o con la aceptación de, al menos, dos de los que hubieran sido nombrados, en caso de administración pluripersonal. La aceptación de dos administradores permite la constitución del órgano y la adopción de acuerdos o decisiones (art. 35.3) y, por tanto, desaparece la razón de ser de las medidas adoptadas.

Estas medidas cautelares no sólo pueden afectar al deudor ya declarado en concurso, sino incluso a terceros. Medida independiente y por completo autónoma de las que ahora se analizan es la relativa al embargo de bienes y derechos de los administradores (de derecho o de hecho) o de los liquidadores de la persona jurídica deudora o de quienes hayan tenido esa condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración, siempre, naturalmente, que concurren los presupuestos necesarios para ello, es decir, que de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer las deudas (art. 47.3). La Ley señala que el juez puede acordar de oficio ese embargo «desde la declaración de concurso» de la persona jurídica deudora. En castellano «desde» es una preposición que no sólo equivale a «después de», sino que denota el punto, en tiempo o lugar, de que procede, se origina o ha de empezar a contarse una cosa, un hecho o una distancia. Por consiguiente, en el propio auto de declaración de concurso, como pronunciamiento posterior, cabe decretar ese embargo, que, a diferencia de las demás medidas cautelares, no perderá eficacia con la aceptación de los titulares de la administración concursal.

2.2. LAS ESPECIALIDADES POR RAZÓN DEL CONTENIDO DE LA SOLICITUD DEL DEUDOR

En la misma solicitud de concurso, el deudor cuya insolvencia sea inminente puede pedir la liquidación de los bienes y derechos que, tras la declaración, integrarán la masa activa; y, paralelamente, el deudor cuya insolvencia sea actual puede formular propuesta anticipada de convenio, salvo cuando hubiera incumplido el deber de solicitar el concurso (art. 105.1-6.^a). Con esta única particularidad de la propuesta anticipada de convenio (que no se permite presentar al deudor que hubiera instado la declaración transcurridos dos meses a contar desde la fecha en que hubiera conocido o debido conocer el estado de insolvencia: v. art. 5.1), el carácter inminente o actual de la insolvencia no determina la solución del concurso de acreedores. La liquidación de la masa propiedad de quien en el momento de la solicitud todavía no era insolvente y el convenio de quien en ese específico momento ya lo era son soluciones posibles en el Derecho español, sin que la clase de insolvencia condicione la opción por una u otra de las modalidades de solución posibles del concurso de acreedores.

2.2.1. *La admisión o la inadmisión de la propuesta anticipada de convenio*

En caso de que el deudor, en la misma solicitud de declaración del propio concurso, hubiera presentado propuesta anticipada de convenio (art. 104), acompañada de las adhesiones de acreedores ordinarios o privilegiados que sean titulares de más de la quinta parte del pasivo que resulte de la relación de acreedores que igualmente acompañará a esa solicitud (art. 106.1 en relación con el art. 6.2-4.º), el juez resolverá sobre la admisión de la propuesta en el auto de declaración (art. 106.2). La misma regla será de aplicación cuando la propuesta anticipada de convenio se formule antes de la declaración judicial de concurso (*v. gr.*, en el plazo señalado por el juez para completar la documentación aportada: *v. art.* 14.2), aunque no se contenga en la solicitud o en un documento adjunto a ese escrito inicial (art. 106.2). En estos casos, el auto de declaración de concurso voluntario deberá admitir a trámite la propuesta, cuando concurren todos los requisitos para ello (arts. 104 a 106) o rechazar la admisión (art. 106.2, 3). El juez no puede dejar para un momento procesal posterior este pronunciamiento, sino que necesariamente tiene que incluirlo en el auto de declaración. Si admite a trámite la propuesta anticipada de convenio, el contenido de la fase común, destinada a la delimitación de las masas activa y pasiva del concurso de acreedores, se enriquecerá con el que es específico de esa tramitación de la propuesta (arts. 107 y 108).

2.2.2. *La indicación de la solicitud de liquidación*

En el caso de que el deudor hubiera pedido la liquidación, bien en la solicitud, bien al allanarse a la presentada por cualquier otro legitimado, bien al formular oposición (*v. supra*, comentario al art. 18), el auto deberá contener la indicación de que esa solicitud de liquidación ha tenido lugar (art. 21.1-1.º). Se trata de una mera información a los interesados que, por el momento, carece de consecuencias jurídicas. En el auto de declaración de concurso, el juez no puede abrir la fase de liquidación (*v. arts.* 142 y *ss.*) ni ordenar la liquidación de todos los bienes y derechos que integran la masa activa. Sólo cuando algunos de esos bienes o derechos sean de muy costosa conservación o si concurre peligro de sufrir grave deterioro o disminuir considerablemente de valor, podrá acordarlo el juez en el propio auto de declaración o, lo que será más frecuente, en resolución posterior autorizando a los administradores concursales para enajenarlos, individualizando concretamente en dicho auto o en dicha resolución los bienes o derechos objeto de la enajenación (*v. infra*, comentario al art. 43). A la solicitud de liquidación formulada por el deudor en ese momento inicial del procedimiento no sigue, pues, la apertura de la fase de liquidación. Es necesario que finalice la fase común del concurso de acreedores para que el juez, atendiendo a esta solicitud del deudor, dicte auto poniendo fin a esa primera fase y abriendo la fase de liquidación. A diferencia de lo que acontece respecto al convenio como solución del concurso de acreedores, cuya propuesta autoriza la Ley que se tramite anticipadamente, cuando concurren determinados requisitos, durante la fase común del concurso (arts. 104 a 110), la liquidación es siempre posterior a esa fase común. No existe liquidación anticipada. Significa ello que, cuando el deudor pide la liquidación en el mismo escrito en que solicita la declaración del

propio concurso, o al allanarse a la solicitud de otro legitimado o, incluso, al formular oposición, la estimación de esta petición se difiere a un momento procesal muy posterior. El juez debe limitarse a recoger en el auto de declaración que esta petición ha sido realizada por el deudor, sin pronunciarse sobre ella. Precisamente por esta razón, parece aconsejable admitir la revocación de la solicitud de liquidación en tanto no tenga lugar la apertura de la fase de liquidación (v. *infra*, comentario al art. 142).

El hecho de que el deudor haya solicitado la liquidación no constriñe al juez a suspender al concursado en el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre los bienes y derechos que integran la masa activa. A este respecto sigue siendo válida la regla general según la cual en caso de concurso voluntario, el deudor conserva esas facultades (art. 40.1). Si el juez decide que, a pesar del carácter voluntario del concurso, el concursado debe tener suspendido el ejercicio de tales facultades, deberá motivar la decisión señalando en el auto los riesgos que se pretendieren evitar y las ventajas que se desea obtener (art. 40.3), sin que el mero hecho de la solicitud de la liquidación comporte riesgo específico para la masa activa. Por el hecho de la solicitud ni el concursado intervenido ni los administradores concursales quedan específicamente facultados para liquidar. Sólo a partir de la apertura de la liquidación podrán iniciar los administradores concursales las operaciones tendentes a la liquidación (arts. 148 y ss.).

2.3. OTROS PRONUNCIAMIENTOS

En el auto de declaración de concurso, el juez podrá establecer medidas que afecten a los *derechos fundamentales* del concursado (intervención de las comunicaciones del concursado; deber de residencia; y entrada en el domicilio y su registro), con independencia de cuáles sean los efectos del concurso sobre las facultades de administración y disposición del deudor (art. 1 LORC). Estas medidas las podrá adoptar de oficio o a instancia de parte, y podrá consistir en la enunciación de nuevas restricciones o en la continuación o modificación de las establecidas tras la admisión a trámite de la solicitud de concurso necesario (art. 1.1 LORC y art. 41 LC). Si se trata de nuevas medidas serán requisitos indispensables la previa audiencia del Ministerio Fiscal y que la adopción de la medida se justifique o motive específicamente (art. 1.3 LORC), fijando en el propio auto la duración de la medida adoptada [art. 1.3-d) LORC].

Cuando el régimen económico matrimonial del deudor sea el de la sociedad de gananciales u otro de comunidad de bienes, el cónyuge *in bonis* (o el propio deudor concursado: v. comentario al art. 77) así lo solicite y concurren los requisitos legales necesarios (art. 77.2), el auto de declaración del concurso incluirá la orden de formación de una *pieza separada* en la que se sustanciará la *disolución y liquidación de la sociedad o de la comunidad conyugal* (art. 21.1-7.º), y que se integrará en la sección tercera del concurso (art. 183-3.º). La declaración judicial de concurso no produce la disolución de pleno derecho de la sociedad de gananciales (art. 1392 CC), sino que la sociedad o la comunidad conyugal concluirá por decisión judicial a peti-

ción de cualquiera de los cónyuges si uno de ellos hubiera sido declarado en concurso de acreedores (art. 1393-1.º CC).

Si se dan los presupuestos legales (art. 190), el juez podrá acordar que la tramitación del concurso se realice a través del *procedimiento abreviado*, que supone la reducción a la mitad de los plazos previstos en la Ley concursal y que la administración concursal sea unipersonal (art. 191.2). No obstante, a pesar de ordenar esta tramitación simplificada, el juez puede modificar parcialmente estas consecuencias, bien manteniendo la duración ordinaria de algún plazo en concreto (*v. gr.*, el de emisión del informe por la administración concursal), bien manteniendo la regla general de que la administración concursal se integre por tres personas. En caso de que así sea, el pronunciamiento deberá incluir y motivar cualquier alteración del régimen general previsto por la Ley para el concurso abreviado: la existencia de plazos que no sean la mitad de los legalmente previstos para el procedimiento común (art. 191.1) o el mantenimiento de una administración concursal colegiada (art. 191.2).

III. La eficacia del auto

1. Los efectos del auto

1.1. CONSIDERACIÓN GENERAL

La declaración judicial de concurso constituye el *presupuesto* para la producción de todos los efectos sustantivos y procesales que la Ley establece como propios de esa declaración judicial. Con el auto comienza la fase común del concurso de acreedores, se abren las secciones 1.ª a 4.ª del proceso, si el concurso lo ha solicitado el deudor, y las secciones 2.ª a 4.ª si lo ha pedido otro legitimado (pues la 1.ª ya había sido abierta al admitir a trámite la solicitud *ex art.* 16) y empieza a desarrollarse la actividad procesal, sin necesidad de ulteriores pronunciamientos. Con la apertura del concurso comienzan también de manera automática los efectos personales y patrimoniales sobre la esfera jurídica del deudor común (restricciones de los derechos fundamentales, intervención o sustitución, etc.); los acreedores del concursado experimentan una importante alteración en el régimen jurídico de la tutela de sus créditos (paralización de ejecuciones, comunicación de créditos, etc.) y del contenido de sus propios derechos crediticios (prohibición de compensación, suspensión del devengo de intereses, interrupción de la prescripción, etc.); y, en fin, al declararse el concurso se modifica la posición jurídica del concursado con la aparición de instrumentos y de facultades jurídicas inexistentes para el deudor *in bonis* (efectos sobre los contratos, rehabilitación de créditos, etc.).

Estos efectos son provisionalmente ejecutivos (*v. infra* III, 1.2) y, por lo tanto, aunque se recurra la resolución que declara el concurso, se inicia de inmediato. Una vez resuelta negativamente la apelación o transcurrido el plazo sin que se interponga recurso, el auto de declaración de concurso deviene firme. Con ello adquiere los efectos propios de la cosa juzgada formal, y quedan sanados los posibles vicios o errores que hayan pasado inadvertidos a las partes. Así, por ejemplo, firme el auto,

la constatación posterior de que el centro principal de intereses del deudor se encontraba en un país extranjero no interrumpirá el concurso, que se desarrollará ante el juez mercantil español hasta su conclusión. Más complejo resulta determinar el efecto de cosa juzgada material que produce la propia declaración de concurso. Por el propio contenido instrumental, ninguno de los pronunciamientos 1.º a 8.º del precepto en estudio es susceptible de producir el mencionado efecto. Sólo podrán resultar cosa juzgada aquellos presupuestos del auto de declaración de concurso que constituyan el objeto de una actividad judicial decisoria de fondo. No produce el efecto de cosa juzgada la naturaleza profesional o empresarial del deudor, porque estas cualidades no constituyen un presupuesto subjetivo de la declaración de concurso. Tampoco se da este efecto respecto de la condición de acreedor del solicitante de concurso necesario, pues, salvo que el deudor se oponga a la solicitud alegando que el solicitante no es acreedor (art. 19.4), el juez no realiza más que una comprobación del título que se le presenta (como también demuestra el hecho de que el acreedor pueda ver posteriormente denegada la inclusión de su crédito en el concurso por los administradores concursales sin que ello implique la clausura del procedimiento). En fin, si el deudor solicita la apertura, el auto declarativo de concurso voluntario no tendrá efecto de cosa juzgada sobre el estado de insolvencia del deudor, puesto que el concursado puede fundar la petición tanto en la insolvencia real como en la inminente (art. 2.3), y la resolución judicial no podrá reflejar si el deudor se encuentra en una u otra situación (v. *supra*. II.1). Sin embargo, esta distinción no rige en caso de concurso necesario, pues el acreedor sólo podrá alegar aquellos hechos que la Ley considera presunciones de insolvencia actual (v. art. 2.1 y 4 y comentario al art. 2). En ese caso, la declaración de concurso necesario despliega los efectos propios de la cosa juzgada respecto de la situación de insolvencia del deudor común en el momento de esa declaración.

1.2. EL MOMENTO DE LA PRODUCCIÓN DE EFECTOS

El auto que declara el concurso se separa del régimen general de eficacia temporal de las resoluciones judiciales. La existencia de un trámite de apertura previo, que otorga al deudor afectado el derecho a formular oposición (arts. 13 y ss.), explica por qué no es necesario esperar a la notificación para que el auto comience a desplegar sus efectos. La propia Ley establece que «el auto producirá sus efectos *de inmediato*» (art. 21.2). La expresión «de inmediato» significa «en el momento, en el instante, sin interposición de otra cosa». El auto de declaración de concurso comienza a surtir efectos en el momento en que queda legal y completamente formalizada la actuación judicial, lo que normalmente acontecerá tras la firma del juez (que es, además, el momento en que la resolución deviene inalterable: art. 214.1 LEC). Naturalmente, el juez deberá cuidar que la fecha y la firma coincidan. Con esta contundente expresión, se refiere la Ley a la plena producción de efectos antes de la notificación y antes de la publicación en el Boletín Oficial del Estado, en un diario de la mayor difusión provincial (art. 23.1) o en los medios que el juez haya estimado conveniente (art. 23.2) y antes de que la resolución se haya inscrito en los registros preceptivos (art. 24). Si el deudor fuese sujeto inscribible en el Registro mercantil, no juegan respecto de la declaración judicial de concurso los efectos gene-

rales de la inoponibilidad por el Boletín Oficial del Registro Mercantil (v. *infra*, comentario al art. 24). Con esta solución se concede preeminencia a los intereses de los acreedores concursales sobre los eventuales terceros que entablen relaciones jurídicas con el deudor concursado antes de la publicidad y del registro del auto declarativo del concurso (v. *infra*, comentario al art. 40).

Sin embargo, surge un problema de orden práctico: determinar cuándo se completa la resolución no siempre será sencillo ya que ni la Ley de enjuiciamiento civil (que se refiere sólo al lugar y la fecha: art. 208) ni la Ley concursal obligan al juez a consignar la hora exacta en que se dicta el auto. Naturalmente, que no se señale expresamente no quiere decir que no pueda hacerlo; es más, será —sin duda— lo más conveniente para los intereses afectados y para el tráfico, pues con ello quedará aclarada la posición jurídica de las partes, se reducirá la litigiosidad y se simplificará la prueba. Si pese a esto, el juez no consigna la hora del auto, los sujetos interesados podrán probar esta circunstancia temporal con todos los medios que se permite utilizar a las partes en el proceso.

2. La ejecutividad del auto

Como regla general, a pesar de que el auto de declaración de concurso se recurra en apelación (art. 20.2), es provisionalmente ejecutable. Así lo declara expresamente la Ley al señalar que «el auto [...] será ejecutivo aunque no sea firme». El eventual éxito de la apelación del auto de declaración de concurso no afecta a la eficacia de lo actuado hasta ese momento (v. el art. 176.1-1.º, donde se incluye la apertura incorrecta del concurso —únicamente— como causa de conclusión, en relación con el art. 178; v. *infra*, comentario al art. 178). Se trata de una regla que pretende proteger el interés del concurso aumentando la celeridad y evitando el retraso en la puesta en marcha del procedimiento. Al mismo tiempo, la previsión legal protege la seguridad jurídica, de lo que no sólo se benefician los terceros que contratan con el deudor o con los administradores concursales, sino los propios acreedores del concurso, pues, de no concederse un mínimo de seguridad a estas actuaciones, la administración de la masa activa (y de la empresa concursada) se verían seriamente dificultadas en los momentos iniciales y el propio interés concursal resultaría perjudicado. Naturalmente, la ejecutividad del auto no implica que no haya actuaciones realizadas en ese intervalo temporal que puedan devenir ineficaces; pero estos actos sólo claudicarán si concurren las causas del régimen general de ineficacia. De este modo, si, por ejemplo, antes de la revocación del concurso, el deudor concursado hubiese realizado un acto sin la preceptiva autorización, esta actuación no podría ser dejada sin efecto únicamente por la infracción de una norma específicamente concursal; sin embargo, sí podría claudicar en caso de que el acto adoleciese de cualquier circunstancia que, conforme al Derecho general, permitiese invalidar tal actuación (infracción de una norma de interés público, actuación realizada bajo violencia o intimidación, etc.). En cambio, si la actuación que ha infringido una norma concursal hubiese sido ejercitada por el órgano de administración del concurso, el deudor podría solicitar la declaración de ineficacia del acto, pues habría sido realizado por un sujeto sin legitimación para ello (o, si se prefiere, sin poder).

Por excepción, la ejecutividad del auto en tanto se sustancia la apelación puede ser suspendida por el juez, sea de oficio o a solicitud de un interesado. La Ley establece que «el recurso de apelación no tendrá efecto suspensivo salvo que, excepcionalmente, el juez acuerde lo contrario» (art. 20.2). Con esta excepción se concede al juez la posibilidad de ponderar los intereses de sujetos distintos a los acreedores en cuyo beneficio se establece el carácter inmediatamente ejecutivo del auto, como los del deudor o de determinados terceros (por ejemplo, los trabajadores). Se trata de una decisión que el juez sólo debe adoptar de modo muy excepcional, es decir, cuando concurran unas circunstancias fuera de lo normal que aconsejen esa medida. La suspensión puede referirse a la totalidad de los efectos del auto de declaración de concurso o sólo a algunos de ellos (art. 197.5; v. *infra*, comentario al art. 178). Precisamente por el carácter excepcional de la medida, una suspensión de todos los efectos del auto, o de algunos tan trascendentes como los efectos sobre las facultades de administración y disposición del deudor o el nombramiento de los administradores concursales sólo puede adoptarse en situaciones extremas. En realidad, la suspensión de la ejecutividad del auto constituye una previsión legal destinada fundamentalmente a paralizar aquellas actuaciones concretas que, considerando un posible éxito de la apelación, produzcan efectos de difícil o imposible reparación o de gran trascendencia. Naturalmente, a la hora de adoptar estas medidas dirigidas a proteger al deudor, el órgano judicial deberá también tomar en consideración el interés del concurso, que es el tutelado principalmente por la regulación legal de los efectos del concurso. Por ello, en caso de que una actuación determinada pueda causar un grave daño al deudor en caso de revocación, pero pueda también ocasionarlo a la masa activa si finalmente no tiene éxito el recurso, el juez debe abstenerse de suspender el acto.

IV. La notificación del auto

La resolución judicial de declaración de concurso de acreedores se notifica formalmente a los interesados. En este punto la Ley realiza una distinción: se debe dar conocimiento del auto, de manera individualizada, a los sujetos que se hubieran personado en el procedimiento (art. 21.5), por una parte, y a todos aquellos acreedores de cuya existencia tenga conocimiento la administración concursal (art. 21.4), por otra. Estas dos previsiones, de diferente régimen jurídico, se complementan con el general llamamiento a los acreedores para que insinúen su crédito en plazo (art. 21.1-5.º; v. *supra*, II). Tanto en el caso de la notificación a las partes, como en la notificación a los acreedores cuya existencia conste en el concurso, la comunicación podrá realizarse por medios telemáticos, informáticos, electrónicos y similares (arts. 23 LC y 162 LEC).

1. La notificación a las partes

La notificación del auto «a las partes que hubiesen comparecido» (art. 21.5) es la aplicación concursal del régimen general de comunicación de las resoluciones judiciales (art. 150.1). La Ley se refiere al deudor que ha solicitado la declaración

de concurso voluntario y a los acreedores o al administrador de la herencia que hayan pedido la apertura del concurso necesario. Si se ha formulado oposición a la declaración de concurso (arts. 15 y 18), a los sujetos anteriores deben añadirse aquellos otros acreedores de cuya existencia hubiese tenido constancia el juez en el momento de la vista del trámite de oposición, cuando los que habían solicitado el concurso no se hubiesen presentado a esa vista y el órgano judicial considerase que concurre el presupuesto objetivo para la apertura del procedimiento (art. 19.3), siempre y cuando, claro está, estos acreedores se hubiesen personado tras la comunicación judicial. Si el deudor no hubiese comparecido ante el juez (art. 15.1), la publicidad de los edictos que contienen la declaración de concurso ordenada por el juez (la publicidad mínima más la adicional que en su caso establezca: v. art. 23) tendrá los efectos de notificación para el concursado (art. 21.5 *in fine*). Esta previsión legal no debe confundirse con la no comparecencia del deudor en la vista del trámite de oposición (art. 19), que debe entenderse como un allanamiento y no exime de la notificación personalizada.

La notificación a las partes se rige por el régimen general de los actos de comunicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Así, la notificación se realizará por el secretario judicial (o por la persona que éste designe: v. art. 152 LEC) dentro de los tres días siguientes a la fecha de la publicación (arts. 151 LEC y 23 LC). El contenido de la comunicación será el texto completo del auto de declaración de concurso. No será necesario incluir el *emplazamiento* para que los acreedores instantes (o llamados *ex art.* 19.3) comuniquen su crédito porque los títulos ya deben obrar en el juzgado (v. *supra*, comentarios a los arts. 7 y 19). Como en este caso la fecha de comunicación es relevante para el cómputo de plazos legales, será necesario que se utilice un medio que no sólo permita determinar con certeza la efectiva recepción, sino también el momento de la misma. Naturalmente, al notificarse el auto al deudor y a las demás partes que hubieran comparecido se indicará que es ejecutivo aunque no sea firme, así como los recursos que contra él procedan, el órgano ante el que deben interponerse y el plazo para ello (art. 248.4 LOPJ y art. 208.4 LEC).

2. La comunicación a los acreedores

La Ley establece también que la apertura del concurso debe comunicarse individualmente a los acreedores de cuya existencia se tenga constancia (art. 21.4). En principio, la fuente de información serán los documentos presentados por el deudor en su solicitud (art. 6), o tras el requerimiento para que aporte esta documentación en el plazo de diez días desde que el concursado recibe la notificación del auto (art. 21.1-3.º). La comunicación deberá contener noticia de la declaración de concurso así como el *emplazamiento* para que los acreedores destinatarios de la comunicación «comuniquen su crédito en la forma prescrita por la Ley» (art. 21.4 y art. 85). No obstante, la Ley recoge, para algunos supuestos, un reconocimiento simplificado (v. *infra*, comentario al art. 85) que otorga a los administradores concursales la facultad de incluir en la masa pasiva, sin comunicación previa, aquellos créditos «cuyos datos resulten de los libros y documentos del deudor o que por cualquier razón constaran en el concurso» (art. 86.1), o que se tenga conocimiento por

«otro procedimiento judicial» (art. 92.1). En todo caso, la participación en el concurso no es una obligación de los acreedores (sino una *carga*), de modo que los titulares del crédito contra el deudor pueden decidir voluntariamente su no inclusión en la masa pasiva del concurso. Además, los datos que sobre estos créditos consten en el concurso pueden no ser correctos. Ante esta situación, los acreedores están interesados en conocer si y cómo figuran en la lista. Por todo ello, los administradores del concurso, al comunicar el auto a cada uno de los acreedores, deben hacerles saber que, aunque no soliciten la inclusión de su crédito en el concurso, se les tiene por insinuados en el procedimiento en las condiciones que consten en autos. De este modo se produce la comunicación legalmente exigida (art. 21.4) y se protegen debidamente los intereses de los acreedores (v. *infra*, comentario al art. 85). La comunicación de los acreedores deberá hacerse «en el plazo de un mes a contar desde la última de las publicaciones acordadas en el auto» (art. 21.1-5.º al que se remite expresamente el art. 85.1).

A diferencia de lo que ocurría con la notificación a las partes, esta comunicación se realizará por la administración concursal. No es necesario que hayan aceptado los tres miembros, sino que es suficiente con que lo hayan hecho dos, salvo que se trate de una función expresamente asignada por el juez al único miembro que ya ha aceptado (art. 35.2). La propia Ley establece que la comunicación se hará «sin demora» (art. 21.4), que debe entenderse como inmediatamente. Pero la inmediatez sólo podrá darse una vez hayan aceptado dos de los administradores concursales (o uno especialmente facultado) y a medida que se vayan conociendo la existencia de acreedores. En caso de concurso necesario, la eficacia de este deber de comunicación reforzado (comunicación individualizada) se puede ver notablemente disminuida en la práctica. En efecto, la obligación del deudor de aportar los documentos (art. 6) tiene un plazo de diez días desde la notificación del auto (art. 21.1-3.º) que, a su vez, se habrá debido notificar dentro de los tres días siguientes a la firma por el juez del auto de apertura (art. 151 LEC). Dado que el *dies a quo* para computar el plazo de insinuación de créditos es el de la última publicación del auto (remisión expresa del art. 85.1 al art. 21.1-5.º), y no la notificación individual a los acreedores cuya existencia conozca el órgano de administración, los sujetos cuyo crédito conste en el concurso tienen ventaja respecto de aquellos otros que sólo disponen de la publicidad del concurso.

3. Las comunicaciones especiales

La Ley contempla reglas específicas de comunicación en el supuesto de concursos especiales, mandando notificar la resolución, en el mismo día del auto, a aquellos organismos llamados a intervenir, de una manera o de otra, en la solución a la crisis. Esta previsión legal complementa la notificación inicial de la admisión a trámite de la solicitud de concurso (art. 13), y se explica por la trascendencia que puede tener sobre interés general la insolvencia de las entidades que operan en determinados sectores. Así, el concurso de una entidad de crédito o una empresa de servicios de inversión participante en un sistema de pagos y de liquidación de valores o instrumentos financieros derivados se comunicará al Banco de España,

a la Comisión Nacional de Mercado de Valores y al gestor de los sistemas a los que pertenezca el concursado (art. 21.5). Si el insolvente es una sociedad emisora de valores cotizados en un mercado oficial, bastará con realizar la comunicación a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (art. 21.5). Cuando se abra el concurso de una entidad aseguradora se notificará el auto a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones y, si se trata de una mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, a la comunicación anterior se deberá añadir otra al Ministerio de Trabajo (art. 21.5 *in fine*).