

## Doctrina

---

*Por Juan Carlos Rodríguez Maseda, abogado experto en Derecho societario, insolvencia y reestructuraciones y socio de Dictum.*

### Sobre la naturaleza jurídica del auto de declaración del concurso

Un momento de tanta turbulencia normativa como el que nos ha tocado vivir puede resultar una buena ocasión para recordar un tema, ciertamente teórico, con indudable trascendencia práctica. Como todos los temas teóricos. Hago referencia a la naturaleza jurídica del auto de declaración del concurso. Tanto viaje concursal a que nos avoca nuestro intenso legislador, quizás, nos otorgue la oportunidad de buscar amparo y cierto descanso intelectual, en los principios del camino, procurando que no se nos escape la esencia que garantice la coherencia en el funcionamiento de nuestras instituciones concursales.

La concursalidad, con su aspiración de universalidad, comienza con el inicio del proceso concursal, que viene determinado por una resolución judicial que actúa como una navaja que corta la historia económica del deudor, que produce una ruptura en la realidad patrimonial del concursado, muy profunda, con diferentes consecuencias. Una ruptura o brecha entre lo anterior y lo posterior, que afecta a terceros. Una

perforación profunda a la que da inicio un auto judicial.

Es evidente que el auto judicial de declaración del deudor en situación concursal (art 28 TRLC), determina, formal y materialmente, el punto de partida para la configuración de la masa pasiva, de los créditos y acreedores concurrentes, generando una serie de efectos sobre el propio deudor, sobre el patrimonio, e, indudablemente, sobre los acreedores. Porque todos los acreedores, con independencia de su condición, quedan, de derecho, integrados en la masa pasiva; con las únicas excepciones previstas en la Ley<sup>1</sup>.

Pero, la naturaleza jurídica del auto de declaración del concurso es controvertida. ROJO<sup>2</sup>, la considera una resolución de carácter constitutivo, con eficacia erga omnes, por la que "(...) no solo 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". En análogo sentido, PULGAR<sup>3</sup>

abunda en el carácter complejo del auto de declaración, poniendo énfasis en la parte declarativa, que “declara” la preexistencia de una situación jurídica determinada -la insolvencia- a través de los presupuestos de la declaración del concurso; junto con su carácter constitutivo, determinado por todos los efectos procesales y materiales que constituyen el proceso.

En una postura diametralmente opuesta, desde la doctrina procesalista, LÓPEZ SÁNCHEZ<sup>4</sup> cuestiona, intensamente, este carácter constitutivo, incluso el declarativo. Reconoce que, efectivamente, el auto de declaración del concurso convierte al deudor insolvente en concursado, a su patrimonio en masa activa y califica a los acreedores de concursales, produciendo una mutación de las reglas que rigen la dinámica de las relaciones obligatorias. Pero, indica este autor que si bien, este auto configura una nueva situación jurídica, no deja de ser una resolución estrictamente procesal, con naturaleza de resolución interlocutoria, pues la situación concursal a que da origen se desenvuelve en tanto que subsiste el proceso concursal y se extingue con la resolución que lo da por concluido. Es decir, los efectos del auto de declaración nacen y se extinguen en el seno del proceso concursal: “(...) En definitiva, nos encontramos ante una resolución de ordenación del proceso concursal de indudable trascendencia y con notables efectos extraprocesales, pero, al fin y al cabo, una resolución interlocutoria. De desestimarse la declaración de concurso, tal resolución tendrá el simple carácter de un auto que pone término al proceso concursal intentado, sin que éste alcance su finalidad propia de satisfacción a los acreedores, bien por razones de carácter procesal, bien por inexistencia del presupuesto objetivo. Tanto en uno como en otro caso, no cabe hablar de una eficacia constitutiva- sino como mucho de la producción de ciertos efectos procesales y

materiales, vinculados al proceso concursal, ni mucho menos de cosa juzgada -que con carácter general y salvo pocas excepciones solo lo producen las sentencias que ponen término a un proceso”.

Parece interesante, en este sentido, preguntarse por la forma de la resolución judicial: porqué auto y no sentencia. GONZÁLEZ LECUONA<sup>5</sup>, dice que “Al respecto, en la nueva Ley Concursal la declaración de concurso se inserta en un procedimiento de naturaleza declarativa – y no de ejecución como en el sistema derogado-; sin embargo, esta modificación de la naturaleza de las actuaciones procesales no ha implicado la modificación correspondiente del tipo de resolución judicial de dicha declaración ya que la misma sigue siendo un auto (art. 21.1 LCon), y no una sentencia que sería más coherente con la resolución que pone fin al trámite contradictorio previo y que declara el concurso de acreedores”.

Esta referencia tiene interés para estas letras,<sup>2</sup> puesto que nos permite profundizar en la naturaleza del auto de declaración, que no puede ser Sentencia ya que no es una resolución que pone fin a ningún proceso ni conlleva ningún tipo de ejecución. Realmente, el auto solo “declara” una situación preexistente, de insolvencia, que no otorga ningún título de ejecución a favor de ningún acreedor. En efecto, si en realidad fuera constitutiva, probablemente sería más idónea la forma de sentencia, pero lo cierto es que el auto se limita a abrir el proceso concursal, que se desarrollará por todos sus cauces, hasta la conclusión; es decir, el auto abre el proceso, declara la situación de insolvencia y establece, con su contenido los presupuestos del proceso. Pero realmente no otorga ninguna tutela jurisdiccional concreta.

El artículo 28 del texto refundido de la Ley Concursal, aún vigente, dice:

1. En todo caso, el auto de declaración de concurso contendrá los siguientes pronunciamientos:

1.º El carácter voluntario o necesario del concurso, con indicación, en su caso, de que el deudor ha presentado propuesta anticipada de convenio o ha solicitado la liquidación de la masa activa.

2.º La determinación de si el concurso se tramitará conforme a las reglas establecidas para el procedimiento ordinario o conforme a las establecidas para el procedimiento abreviado.

3.º Los efectos sobre las facultades de administración y disposición del deudor respecto de la masa activa.

4.º El nombramiento de la administración concursal, con expresión de las facultades del administrador o de los administradores concursales nombrados.

5.º El llamamiento a los acreedores para que pongan en conocimiento de la administración concursal la existencia de sus créditos en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la publicación de la declaración de concurso en el «Boletín Oficial del Estado».

6.º La publicidad que haya de darse a la declaración de concurso.

2. En caso de concurso necesario, el auto deberá contener, además, el requerimiento al concursado para que, en el plazo de diez días a contar desde la notificación de la declaración de concurso, presente los mismos documentos que el deudor debe acompañar a la solicitud de concurso.

3. En el auto de declaración de concurso, el juez podrá acordar las medidas cautelares que

considere necesarias para asegurar la integridad, la conservación o la administración de la masa activa hasta que el administrador o los administradores concursales acepten el cargo.

La Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido, no aporta nada a este debate puesto que se limita a introducir la mención sobre presentación de una oferta vinculante de adquisición de unidad o unidades productivas; y a recoger la notificación a la representación legal de los trabajadores.

Leyendo el contenido del auto de declaración, tanto en la Ley Concursal, como en el texto refundido, pocas dudas nos pueden quedar sobre su naturaleza estrictamente procesal. Acierta LÓPEZ SÁNCHEZ al concluir que estamos en presencia de una resolución interlocutoria. Cualquier resolución judicial, es un acto jurídico procesal, dictado por un tribunal, que contiene una declaración de voluntad imperativa, en virtud de la <sup>3</sup> que se da cauce al procedimiento, bien impulsando su tramitación, bien resolviendo sus incidencias, bien decidiendo el objeto del proceso. Por ello<sup>6</sup> por su naturaleza se distinguen dos clases de resoluciones: (i) las resoluciones interlocutorias y las (ii) resoluciones de fondo, que son las que resuelven la pretensión objeto del proceso.

Pero ahora, nos interesan las interlocutorias que pueden ser de ordenación procesal, dando al proceso el curso que proceda, pudiéndose distinguir, también, entre las que dan mero impulso formal con disposiciones automáticas que no permiten alternativa procesal, o las que dan impulso material, que son las que adoptan decisiones entre varias alternativas.

Parece claro que, en base a esta clasificación, nos encontramos ante una resolución interlocutoria de impulso material, que se limita a decidir sobre la

organización del procedimiento concursal: (i) si es voluntario o necesario; (ii) si es ordinario o abreviado; (iii) si es con facultades de intervención o de suspensión; (iv) procediendo al nombramiento de la administración concursal; (v) llamando a los acreedores; y (vi) ordenando la publicación; etc.

Realmente el auto de declaración del concurso no constituye nada. Abre un procedimiento. No se produce un cambio de estado en el patrimonio del deudor, puesto que los efectos constitutivos, estarán determinados en función de la vigencia del proceso, de sus sucesivas fases, incidentes y de su resultado. Si se aprueba el convenio, el efecto constitutivo lo aporta la sentencia de aprobación del convenio. Si se abre la fase de liquidación, el efecto viene determinado por las resoluciones que dirigen dicho proceso y por la aprobación del plan de liquidación y su ejecución.

Efectivamente, el auto de declaración determina la apertura del procedimiento universal concursal. Un proceso colectivo derivado de una previa situación de insolvencia, que, con el auto de declaración, encuentra el cauce procesal correspondiente.

El cauce a un proceso en el que, a pesar de las sucesivas modificaciones que ha ido incorporando nuestro hiperactivo legislador, permanece vigente, como explica CAMPUZANO la triple unidad que la Ley Concursal, en el año 2003, adoptó como decisión esencial de unificación del procedimiento concursal, en una triple perspectiva: unidad legislativa, subjetiva y objetiva o procedimental<sup>7</sup>. Ciertamente, con algunas matizaciones muy polémicas generadas por la Ley 16/2022, cuyo análisis excede de esta breve nota.

En definitiva, el auto de declaración del concurso no constituye nada. Se trata de una resolución

juridicial de ordenación procesal e impulso material que decide la organización del procedimiento concursal.

<sup>1</sup> MARTÍN ALONSO, O. “La declaración de concurso”, en El Derecho de la Insolvencia (Dirs. Campuzano - Sanjuán), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015; PAVÓN NEIRA, C. Problemática en torno a la declaración del concurso de acreedores, Bosch, Barcelona, 2011; BELLIDO PENADÉS, R. El procedimiento de declaración de concurso, Thomson Reuters. Pamplona, 2010.

<sup>2</sup> ROJO, A. – TIRADO, I. “Artículo 21”, en Comentario de la Ley Concursal (Dirs. Rojo – Beltrán), Thomson Reuters Civitas, Madrid, 2008.

<sup>3</sup> PULGAR, J. El concurso de acreedores. La declaración, La Ley, Madrid, 2009.

<sup>4</sup> LÓPEZ SÁNCHEZ, J. El proceso concursal, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2012. Opinión diametralmente diferente es la sustentada por CORTÉS DOMINGUEZ, V. Derecho procesal concursal, Marcial Pons, Madrid, 2008, quien con señalada contundencia dice: “En estas condiciones no hay absolutamente ninguna duda que ese auto es un ejemplo paradigmático de lo que se conoce en Derecho Procesal como resolución de carácter constitutivo. Se constituye una situación jurídica, que es al mismo tiempo material y procesal, que afecta no solo al deudor común, sino también a todos y cada uno de los acreedores de dicho deudor e incluso a terceras personas que no tengan esa consideración de acreedor y que modifica el estatus competencial del órgano que ha dictado el auto y de otros que conocen de procesos que afectan al deudor”.

<sup>5</sup> GONZÁLEZ LECUONA, M. M. en Comentarios a la Ley Concursal (Dir. Cordón Moreno), T.I, Thomson Reuters Aranzadi, pamplona, 2004.

<sup>6</sup> LÓPEZ ORELLANA, M. Proceso civil. Doctrina jurisprudencial y práctica forense (Dir. Flors Maties), T. I, 2ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021; FERNÁNDEZ SEIJO, J. Mª. El proceso Civil, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001; MONTERO AROCA, J. - FLORS MATÍES. J. Tratado de proceso de ejecución civil, T.I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013; LACALLE SERER, E. - SANMARTÍN ESCRICHE, F. La ejecución civil, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015; GIMENO SENDRA, V. Proceso Civil Práctico, La Ley, Madrid, 2002.

<sup>7</sup> CAMPUZANO, A. B. “Los aspectos generales de la normativa concursal”, en Derecho Concursal (Coord. Nieto Delgado), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012. NIETO DELGADO, C. “Los

presupuestos del concurso de acreedores”, en El Derecho de la Insolvencia (Dir. Campuzano – Sanjuan), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.