

MADRID
Castellana, 216
28046 Madrid
Tel.: (34) 91 582 91 00

BARCELONA
Diagonal, 407 bis
08008 Barcelona
Tel.: (34) 93 415 74 00

BILBAO
Plaza Circular, 4
48001 Bilbao
Tel.: (34) 94 415 70 15

MÁLAGA
Marqués de Larios, 3
29015 Málaga
Tel.: (34) 952 12 00 51

VALENCIA
Gran Vía Marqués
del Turia, 49
46005 Valencia
Tel.: (34) 96 351 38 35

VIGO
Plaza de Compostela, 29
36201 Vigo
Tel.: (34) 986 44 33 80

LAS PALMAS
Buenos Aires, 8
35002 Las Palmas
Tel.: (34) 928 38 38 36

BRUSELAS
Avenue Louise, 267
1050 Bruselas
Tel.: (322) 231 12 20

LONDRES
Five Kings House
1 Queen Street Place
EC4R 1QS
Londres
Tel.: +44 (0)20 7329 5407

ABRIL 2009

EXPLICACIÓN DE LA REFORMA CONCURSAL 2009 (VI): ASPECTOS PROCESALES.

Alberto Díaz Moreno

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Sevilla y consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

La Exposición de Motivos del RDL 3/2009, de 27 de marzo, confiesa que, entre los objetivos de la reforma, se encuentran los de "agilizar los trámites procesales" del concurso. Pero junto con medidas coherentes con esta finalidad se han adoptado otras que tienden, en sustancia, a solucionar determinados problemas prácticos que se habían puesto de manifiesto en la práctica de los tribunales. Seguidamente expondremos las líneas básicas de las modificaciones introducidas.

1. El problema de la impugnación de la lista de acreedores y del inventario.

1.1. El problema.

Las cuestiones que se venían suscitando en relación con la impugnación de la lista de acreedores y del inventario son numerosas. Una de ellas –de innegable trascendencia práctica– era la de la determinación precisa del *dies a quo* para el cómputo del plazo de diez días con que los interesados cuentan para impugnar. El problema surgió debido a la escasamente afortunada redacción originaria de los artículos 95.1 y 96.1 LC, que llevó a dudar sobre si cada uno de ellos fijaba un *dies a quo* diferente para el cómputo del plazo de impugnación en función de quién fuera el potencial impugnante de la lista de acreedores. Resultaba, en efecto, que el artículo 95.1 LC parecía conceder, para el planteamiento de la impugnación, un

plazo de diez días a contar desde el recibo de la "comunicación personal" que se regulaba en el propio precepto. Sin embargo, el artículo 96.1 LC concedía un plazo –también de diez días– a contar desde un momento diferente: el de la "comunicación" a que se refería el apartado segundo del artículo 95 LC.

1.2. La situación previa.

Como es sabido, las respuestas que los Tribunales ofrecieron a esta cuestión fueron diversas, pudiéndose decir –aun a riesgo de simplificar en exceso– que tendieron a agruparse en torno a las dos tesis siguientes. La primera pasaba por considerar que los artículos 95.1 y 96.1 LC contemplaban dos *dies a quo* distintos que, además, eran "excluyentes" (SJMer [núm. 1] de Madrid de 6 de mayo de 2005; SJMer [núm. 1] de Valencia de 30 de septiembre de 2005; AAP de Madrid [Sección 10ª] de 30 de noviembre de 2005; Autos de la AP de Cáceres [Sección 1ª] de 16 y 19 de mayo de 2006; AAP de Tarragona [Sección 1ª] de 24 de octubre de 2006; AAP de Asturias [Sección 1ª] de 19 de diciembre de 2006; AJPI núm. 10 y Mercantil de Cantabria de 29 de junio de 2005 y SAP de Madrid [Sección 28ª] de 11 de enero de 2007). La segunda línea de pensamiento entendía, por el contrario, que el plazo del artículo 96.1 LC era "único y común" para todos los interesados y que había de contarse desde la "comunicación" prevista en el artículo 95.2 LC (SSJMer Vizcaya [núm. 1]



de 19 de mayo de 2006; Autos de la AP de Sta. Cruz de Tenerife [Sección 4ª] de 27 de junio y 26 de septiembre de 2005; AAP de Barcelona de 28 de noviembre de 2006; Autos de la AP de Madrid de 15 de febrero de 2007 y de 29 de febrero de 2008 –muy numerosos-).

1.3. La reforma.

Para acabar con esta situación de inseguridad en cuanto a la correcta interpretación del sistema legal, los apartados tercero a sexto del artículo 12 del RDL 3/2009 han alterado el contenido de los artículos 95 y 96 LC. Como consecuencia:

(i) Queda sin contenido el apartado 1 del artículo 95 LC (curiosamente, no se altera la numeración de los restantes apartados, que siguen siendo el segundo y el tercero aunque ya no hay primero). De esta forma se elimina la necesidad de que la administración concursal realice comunicación alguna a determinados grupos de acreedores.

(ii) La presentación del informe de la administración concursal y de la documentación complementaria se notificará por el juez a quienes se hayan personado en el concurso en el domicilio señalado a efectos de notificaciones. Y se publicará en el Registro Público Concursal (RPC) y en el tablón de anuncios del juzgado (art. 95.2 LC). En conexión con ello se especifica (art. 96.1 LC) que, para las partes personadas, el plazo de diez días para impugnar la lista y el inventario –que se mantiene– contará desde la referida notificación. Para los restantes interesados el plazo se computará desde la última de las publicaciones que han de realizarse en el RCP y en el tablón. Con esta norma se aclara el criterio legal: hay dos *dies a quo* distintos en

función de la situación procesal de los potenciales impugnantes (esto es, en función de que estén o no personados). Pero, aunque desde luego probablemente aminora su magnitud, la nueva normativa no resuelve contundentemente el problema que se produce en los concursos con un alto número de acreedores. En éstos, en efecto, la necesidad de llevar a cabo un número elevado de notificaciones (con sus previsibles incidencias) puede retrasar de modo considerable la culminación de la fase común; y ello aun cuando la notificación no ha de efectuarse a todos los acreedores concursales, sino únicamente a los personados.

2.- La identificación de la apelación más próxima.

2.1. El problema.

Una de las finalidades perseguidas con el sistema establecido en el artículo 197.3 LC es evitar la dispersión y multiplicidad de recursos. Se pretende, en suma, lograr cierta concentración de las impugnaciones, de manera que la Audiencia Provincial competente pueda alcanzar una visión de conjunto de las cuestiones suscitadas y resolverlas armónicamente. A este propósito sirve la norma del artículo 197.3 LC en cuanto impide la apelación inmediata de los autos resolutorios de recursos de reposición y de las sentencias dictadas en incidentes concursales promovidos en la fase común o en la de convenio (entre ellas, de la sentencia que ponga fin al incidente de impugnación de la lista de acreedores) y la difiere a un momento posterior. En concreto, la Ley permite que las partes “reproduzcan” la cuestión en la “apelación más próxima” siempre que hubieran formulado en tiempo la preceptiva protesta.

Pero este objetivo no podría alcanzarse si no se produjeran efectos preclusivos, esto es, si no se fijase un momento temporal pasado el cual ya no será admisible el recurso devolutivo. De ahí la importancia de definir con precisión cuál es la "apelación más próxima", esto es, cuál es la primera resolución posterior al auto resolutorio de la reposición o a la sentencia incidental que, por ser directamente apelable, constituye la ocasión (la única ocasión) para reproducir la pretensión desestimada.

2.2. La situación previa.

A grandes rasgos, la experiencia de los Tribunales desveló la existencia de dos diferentes maneras de entender la expresión "apelación más próxima": (a) La primera, que podemos calificar como "literal", suponía admitir que la cuestión de que se tratara –por ejemplo, la relativa a la impugnación de la lista de acreedores– podía ser reproducida con ocasión del pronunciamiento de la primera resolución apelable posterior a la sentencia incidental *con independencia de cuál fuera esta más próxima resolución contra la que cupiera apelación*. En la práctica el problema se había planteado especialmente en relación con el auto por el que se fija o modifica la retribución de los administradores concursales (art. 34.5 LC) que fue considerado, en ciertos casos, como resolución "vehículo" o "instrumento" apto para permitir la reproducción de la cuestión (Autos de la AP de Zaragoza [Sección 5ª] de 23 de noviembre de 2007 y 14 de marzo de 2008 y las Sentencias de las AAPP de Huesca de 18 de octubre de 2006, de Asturias de 18 de enero de 2008 y de Vizcaya de 18 de marzo de 2008). (b) Pero también resultaba posible realizar una lectura distinta, "funcional" o "finalista", que llevara a considerar que la apelación más próxima, es decir, la

resolución apelable que daría ocasión para reproducir la pretensión, había de tener un significado relevante en el seno del concurso (en relación con las diferentes soluciones del mismo) y había de vincularse con el propósito perseguido por la Ley de favorecer la concentración de los recursos (Autos de la AP de Madrid [Sección 28ª] de 14 de diciembre de 2006, 1 de febrero de 2007, 9 de marzo de 2007, 10 de mayo de 2007, 5, 16 y 19 de julio de 2007, 13 de septiembre de 2007, 4 de octubre de 2007, 20 de diciembre de 2007 y 6 de marzo de 2008; Auto de la AP de Tarragona de 4 de abril de 2006).

2.3. La reforma.

Con el objeto de eliminar las incertidumbres expuestas, el artículo 12.7 RDL 2/2009 ha introducido un nuevo párrafo en el artículo 98 LC. De acuerdo con esta norma, la resolución que el juez dicte una vez transcurrido el plazo de impugnación de la lista de acreedores y del inventario sin que se hubieran presentado impugnaciones (o, de haberse presentado, una vez puestos de manifiesto en la secretaría del juzgado los textos definitivos de aquellos documentos), será apelable. Y tendrá la consideración de apelación más próxima a los efectos de reproducir las cuestiones planteadas en los recursos de reposición o incidentes concursales promovidos durante la fase común a que se refiere el artículo 197.3 LC. Son varias las observaciones que merece esta nueva regla legal:

(i) El pronunciamiento al que se refiere el artículo 98 LC será, en el supuesto general, el auto que abra la fase de convenio o la de liquidación.

(ii) Pero cuando se haya tramitado un convenio anticipado las dudas se suceden. De una parte, si se llegara a aprobar un convenio anticipado habrá de

entenderse que el pronunciamiento de la correspondiente sentencia –que pondrá fina a la fase común (art. 109.2 LC) constituirá la ocasión para el replanteamiento de la cuestión. Las sentencias recaídas en incidentes *planteados con posterioridad* serán inmediatamente apelables (art. 197.4 LC).

(iii) Si la propuesta anticipada de convenio no concita el suficiente número de adhesiones el juez dictará auto (abriendo la fase de convenio o de liquidación, según corresponda) que será apelable con arreglo al artículo 98.2 LC.

(iv) En el caso de que el juez rechazara el convenio que hubiera obtenido un número suficiente de adhesiones, ¿cuál sería la apelación más próxima? ¿La sentencia que lo rechaza o el auto que debe dictarse posteriormente de conformidad con el artículo 111.1 LC? En efecto, el nuevo párrafo segundo del artículo 98 LC se refiere a la resolución mencionada en el primer párrafo. Pero éste no identifica con precisión a qué resolución se refiere, porque se limita a recordar que el juez dictará la resolución “que proceda”. No obstante, y dado que la nueva norma se introdujo justamente para hacer apelable una resolución que antes no tenía tal carácter, no parece estar pensando en la sentencia que rechaza *definitivamente* (sin que proceda conceder nuevo plazo para la reformulación de las adhesiones) el convenio anticipado –que ha de entenderse siempre apelable- sino, precisamente, en el auto de apertura de la fase de convenio o de liquidación (según proceda), que no lo era en el sistema legal originario. De esta forma, y por expresa previsión legal, la “apelación más próxima” no será la que corresponde contra la sentencia de rechazo del convenio anticipado –que puede ser cronológicamente la más cercana- sino

la que procede contra el auto posterior de apertura de la fase de convenio o de liquidación.

(v) Por lo demás, el nuevo artículo 98.2 LC resulta en cierta medida contradictorio con la finalidad antes mencionada de concentrar las impugnaciones en un solo “punto de referencia” procesal. En efecto, obsérvese que todas las resoluciones que recaigan *después de dictada la mencionada en el artículo 98 LC* en recursos de reposición o incidentes *promovidos* durante la fase común o de convenio (antes de su aprobación) seguirán sometidos al procedimiento de apelación mediata del artículo 197.3 LC (lo que, como mínimo y según el caso, diferirá la apelación hasta la sentencia de aprobación o de rechazo definitivo del convenio ordinario o hasta el auto que aprueba el plan de liquidación -art. 148.2 LC-).

(vi) La reforma no resuelve directamente la cuestión de si el “replanteamiento” de la cuestión del que habla el artículo 197.3 LC está condicionado a la formulación de recurso contra la resolución cuya apelación resulta ser la “más próxima”. Pero indirectamente sí ofrece una solución a tal problema. Como es sabido, los pronunciamientos de los Tribunales en torno a esta cuestión no han venido siendo coincidentes. Un primer conjunto de ellos vino a sostener que resultaba necesario que la resolución apelable –es decir, la que es tomada como “vehículo” para reproducir la cuestión decidida en primera instancia por el Juez de lo mercantil- generase un *gravamen* para la parte interesada en tal replanteamiento, de tal manera que fuera ella mismo objeto de recurso. Por el contrario, otros tribunales –a mi juicio con mejor criterio- parecieron inclinarse por no exigir que se impugnase efectivamente la primera resolución

apelable para admitir la reproducción de la cuestión controvertida. De esta forma, la primera resolución apelable constituiría puramente la ocasión para, en realidad, plantear una apelación diferida en el tiempo contra la sentencia incidental que se considera gravosa y que no pudo ser impugnada en su momento (aunque sí fue objeto de tempestiva protesta). Pues bien, la reforma operada confirma la corrección de esta segunda tesis, por cuanto atribuye a la apelación de determinadas resoluciones la consideración legal de "apelación más próxima" con independencia de que ellas mismas tengan de hecho carácter gravoso para el apelante. En suma: las partes afectadas por la sentencia incidental o por el auto resolutorio del recurso de reposición pueden apelar (si bien no de manera inmediata) basándose, únicamente, en el carácter lesivo que tales resoluciones tengan para ellas y sin necesidad de alzarse, por tanto, contra la resolución apelable más próxima que será, en ciertos casos, la contemplada en el artículo 98 LC.

3.- Ampliación del ámbito del procedimiento abreviado.

Con el objetivo de agilizar la tramitación del procedimiento y de reducir costes, se ha modificado la redacción del artículo 190 LC para ampliar significativamente el ámbito de aplicación del procedimiento abreviado. De esta forma, en todos los procedimientos concursales iniciados a partir del 1 de abril de 2009 se aplicará un procedimiento *especialmente simplificado* cuando, además de concurrir en el deudor las demás circunstancias ya antes exigidas (ser persona natural o persona jurídica que esté autorizada a presentar

balance abreviado), la estimación inicial de su pasivo no supere los 10.000.000 de euros.

Así pues:

(i) Previsiblemente se incrementará de manera ostensible el número de procedimientos abreviados.

(ii) Debe notarse que, mientras en el régimen vigente, la aplicación del procedimiento simplificado era potestativa para el Juez, la redacción actual del artículo 190 LC deja claro que dicho procedimiento ha de seguirse necesariamente cuando se den los requisitos para ello (las expresiones "podrá aplicar" -del primer apartado- y "podrá [...] ordenar" -del segundo- se sustituyen por los términos "aplicará" y "ordenará").

4.- Otras cuestiones.

(i) *Eliminación de la necesidad de vista en los incidentes concursales:* De acuerdo con la nueva redacción del artículo 194.4 LC, contestada la demanda incidental el proceso continuará conforme a los trámites del juicio verbal *salvo en lo relativo a la celebración de la vista*. Ésta sólo se celebrará cuando las partes la hayan solicitado en sus escritos de demanda y contestación y una vez declarada pertinente la prueba solicitada. En otro caso se dictará sentencia sin más trámite.

(ii) *Supresión de la posibilidad de plantear un incidente concursal en relación con las solicitudes de autorización dirigidas al Juez.* Del artículo 188. 3 LC ha desaparecido la previsión de que las partes puedan plantear la cuestión a

través del incidente concursal una vez dictado el auto que conceda o deniegue la autorización solicitada (contra el que no cabrá otro recurso que el de reposición).

(iii) *Reconocimiento expreso de la condición de parte de los interesados personados en la sección de calificación.* En rigor, esta previsión probablemente no era necesaria, puesto que no cabía otra interpretación del texto precedente del artículo 168 LC a la vista de lo dispuesto en el artículo 13.3 LECiv.