



UNIVERSIDAD
DE MURCIA

Escuela
de Doctorado

TESIS DOCTORAL

La prejudicialidad en el proceso concursal

AUTOR/A María del Carmen Bayón Fernández

DIRECTOR Salvador Tomás Tomás

2025



UNIVERSIDAD
DE MURCIA

Escuela
de Doctorado

TESIS DOCTORAL

La prejudicialidad en el proceso concursal

AUTOR/A María del Carmen Bayón Fernández

DIRECTOR Salvador Tomás Tomás

2025



DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y ORIGINALIDAD DE LA TESIS PRESENTADA PARA OBTENER EL TÍTULO DE DOCTOR/A

Aprobado por la Comisión General de Doctorado el 19 de octubre de 2022.

Yo, D^a. María del Carmen Bayón Fernández, habiendo cursado el Programa de Doctorado en Derecho de la Escuela Internacional de Doctorado de la Universidad de Murcia (EIDUM), como autor/a de la tesis presentada para la obtención del título de Doctor/a titulada:

La prejudicialidad en el proceso concursal

y dirigida por:

D.: Salvador Tomás Tomás

D.:

D.:

DECLARO QUE:

La tesis es una obra original que no infringe los derechos de propiedad intelectual ni los derechos de propiedad industrial u otros, de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente, en particular, la Ley de Propiedad Intelectual (R.D. legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, modificado por la Ley 2/2019, de 1 de marzo, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia), en particular, las disposiciones referidas al derecho de cita, cuando se han utilizado sus resultados o publicaciones.

Del mismo modo, asumo ante la Universidad cualquier responsabilidad que pudiera derivarse de la autoría o falta de originalidad del contenido de la tesis presentada, en caso de plagio, de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente.

Murcia, a 11 de junio de 2025

(firma)

Información básica sobre protección de sus datos personales aportados:	
Responsable	Universidad de Murcia. Avenida teniente Flomesta, 5. Edificio de la Convalecencia. 30003; Murcia. Delegado de Protección de Datos: dpd@um.es
Legitimación	La Universidad de Murcia se encuentra legitimada para el tratamiento de sus datos por ser necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento. art. 6.1.c) del Reglamento General de Protección de Datos
Finalidad	Gestionar su declaración de autoría y originalidad
Destinatarios	No se prevén comunicaciones de datos
Derechos	Los interesados pueden ejercer sus derechos de acceso, rectificación, cancelación, oposición, limitación del tratamiento, olvido y portabilidad a través del procedimiento establecido a tal efecto en el Registro Electrónico o mediante la presentación de la correspondiente solicitud en las Oficinas de Asistencia en Materia de Registro de la Universidad de Murcia

Esta DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y ORIGINALIDAD debe ser insertada en la quinta hoja, después de la portada de la tesis presentada para la obtención del título de Doctor/a.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	15
RESUMEN	19
ABSTRACT	21
INTRODUCCIÓN	23

CAPÍTULO I. APROXIMACIÓN A LA PREJUDICIALIDAD Y SU TRASCENDENCIA EN SEDE CONCURSAL

1. CONSIDERACIONES PREVIAS EN TORNO AL CONCEPTO DE PREJUDICIALIDAD	31
1.1. Prejudicialidad interna	33
1.2. Prejudicialidad externa	34
2. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LAS CUESTIONES PREJUDICIALES EN EL PROCESO CONCURSAL DESDE LA LEY 22/2003	36
3. LA TRASCENDENCIA DE LA PREJUDICIALIDAD EN EL PROCESO CONCURSAL	41
3.1. Análisis previo de los artículos 55, 519 y 520 TRLC	41
3.2. La prejudicialidad administrativa, laboral y civil	42
3.2.1. Aspectos generales	42
3.2.2. Tratamiento de cuestiones específicas	46
a) Los efectos de la cuestión prejudicial administrativa, social y civil en el ámbito concursal	46
b) Los incidentes y la suspensión por prejudicialidad civil	50
c) La competencia para resolver cuestiones prejudiciales de las que depende el dictado del auto de declaración de concurso	52
3.3. La prejudicialidad penal	56
3.3.1. Aspectos generales	56
3.3.2. Tratamiento de cuestiones específicas	58

a) La suspensión procedimental por falsedad documental	58
b) La suspensión procedimental por prejudicialidad ante la exoneración del pasivo insatisfecho.....	60
c) Los incidentes y la suspensión por prejudicialidad penal	62
4. LA DECLARACIÓN DE INSOLVENCIA ACORDADA CON ANTERIORIDAD AL PROCESO CONCURSAL	64
5. LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO EN OTROS PROCEDIMIENTOS	67

CAPÍTULO II. LA COEXISTENCIA DE MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO CONCURSAL Y EN PROCESOS DISTINTOS AL DEL CONCURSO

1. LAS MEDIDAS CAUTELARES ACORDADAS EN PROCESOS ANTERIORES A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO	71
1.1. Las medidas cautelares acordadas en procesos penales	72
1.2. Las medidas cautelares acordadas en procedimientos civiles, sociales y, especialmente, administrativos.....	74
1.3. La colaboración entre jurisdicciones	77
1.4. La negativa al alzamiento de medidas cautelares	81
2. LAS MEDIDAS CAUTELARES ACORDADAS ANTE LA COMUNICACIÓN DE INICIO DE NEGOCIACIONES	89
3. LAS MEDIDAS CAUTELARES ACORDADAS TRAS DECLARACIÓN DE CONCURSO	93
3.1. A solicitud de jueces o tribunales del orden jurisdiccional penal.....	93
3.2. A solicitud de jueces o tribunales del orden jurisdiccional civil, social y contencioso-administrativo.....	100
4. ESPECIAL REFERENCIA A LAS MEDIDAS CAUTELARES ACORDADAS EN DISTINTAS FASES DEL CONCURSO	101
4.1. Las medidas cautelares acordadas en fase de convenio	101
4.2. Las medidas cautelares acordadas con anterioridad a la estimación de la exoneración provisional del pasivo insatisfecho	108

4.3. Las medidas cautelares acordadas en arbitrajes relacionados con el proceso concursal.....	111
5. NOVEDADES INTRODUCIDAS POR EL TRLC EN MATERIA DE MEDIDAS CAUTELARES	112
6. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA MICROEMPRESAS	113

CAPÍTULO III. EL ACCESO AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE ANOTACIONES DE EMBARGO PREVENTIVAS DURANTE LA SUSTANCIACIÓN DEL CONCURSO DE ACREEDORES

1. DIFERENCIA ENTRE ANOTACIÓN E INSCRIPCIÓN DEL AUTO DE DECLARACIÓN DE CONCURSO.....	117
2. LOS SUPUESTOS DE PROHIBICIÓN DE ANOTACIÓN DE EMBARGOS EN LA MASA ACTIVA TRAS LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO.....	119
2.1. La trascendencia del auto de declaración de concurso en el acceso al registro de la propiedad de anotaciones de embargo preventivas.....	119
2.2. El acceso al registro de la propiedad de mandamientos librados por juez distinto al del concurso	123
3. LAS SOLUCIONES TENDENTES A EVITAR EL ACCESO AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE ANOTACIONES DE EMBARGO PREVENTIVAS TRAS LA DECLARACIÓN DE CONCURSO.....	130

CAPÍTULO IV. ANÁLISIS DE LAS RELACIONES ENTRE EL ARBITRAJE Y OTROS PROCESOS NO PENALES CON EL CONCURSO

1. ARBITRAJE.....	135
1.1. Precedentes legislativos.....	135
1.2. La prejudicialidad respecto al arbitraje	136
1.2.1. Procedimientos arbitrales “en tramitación”.....	136
1.2.2. Firmeza de los laudos arbitrales	138

2. EFECTOS DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES RECONOCEDORAS DE DERECHOS DE CRÉDITO NO FIRMES	145
--	-----

CAPÍTULO V. LA COMPATIBILIDAD ENTRE LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DE LAS ACCIONES SOCIETARIAS Y DE LA CALIFICACIÓN CONCURSAL

1. LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD.....	151
1.1. Consideraciones previas	151
1.2. Legitimación para el ejercicio de la acción social de responsabilidad	152
1.3. La acción de responsabilidad social tras la declaración del concurso	154
1.4. Acreedores que pueden instar a la administración concursal el ejercicio de la acción social de responsabilidad	160
2. LA ACCIÓN INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD	164
2.1. Consideraciones previas	164
2.2. La compatibilidad de la acción individual de responsabilidad y la responsabilidad concursal.....	165
2.3. La acción individual de responsabilidad frente a administradores por contratación dolosa tras el vaciamiento patrimonial de la sociedad.....	166
3. LA RESPONSABILIDAD POR DEUDAS SOCIALES.....	170

CAPÍTULO VI. LAS RELACIONES ENTRE EL PROCESO PENAL Y LA CALIFICACIÓN CONCURSAL

1. LA AUTONOMÍA DE LAS JURISDICCIONES PENAL Y CIVIL-CONCURSAL.....	181
1.1. Ámbito concursal.....	181
1.2. Ámbito penal	182
2. LOS SUPUESTOS DE CONCURSO CULPABLE Y DE INSOLVENCIA PUNIBLE	183
2.1. El concurso culpable.....	183

2.1.1.	Culpabilidad por dolo o culpa grave	185
2.1.2.	Supuestos de culpabilidad <i>iuris et de iure</i>	188
2.1.3.	Supuestos de culpabilidad <i>iuris tantum</i>	189
2.2.	La insolvencia punible.....	190
2.2.1.	Régimen legal.....	190
2.2.2.	Pluralidad de acreedores.....	195
2.2.3.	Especial referencia al procedimiento especial para microempresas.....	197
2.2.4.	Supuestos de reproche penal en las insolvencias punibles.....	198
2.2.5.	Responsabilidad civil	202
3.	EL PRINCIPIO <i>NON BIS IN IDEM</i>	204
3.1.	Antecedentes del principio <i>non bis in idem</i> y <i>double jeopardy</i>	204
3.2.	La jurisprudencia constitucional española.....	208
3.3.	Aplicabilidad del non bis in idem en sede concursal.....	211
3.4.	La jurisprudencia del TEDH sobre el principio non bis in idem en procedimientos de distinta naturaleza.....	214
3.5.	Consecuencias del doble enjuiciamiento de la conducta en los ámbitos penal y concursal.....	218
4.	LA AUTONOMÍA DE LA PRUEBA PRACTICADA EN EL PROCESO PENAL Y EN EL CONCURSAL	220
4.1.	Cuestiones previas	220
4.2.	Escenarios posibles.....	224
4.2.1.	La actividad probatoria realizada ante el juez del concurso y su posible vinculación en el proceso penal:	224
4.2.2.	La actividad probatoria realizada en el proceso penal y su posible vinculación en el proceso concursal:	225
4.3.	Otras causas de vinculación del proceso civil a lo resuelto en el penal ...	230
5.	LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO	234
5.1.	La sentencia penal con pronunciamiento en materia de responsabilidad civil anterior a la sentencia de calificación concursal	235
5.2.	La sentencia penal absolutoria anterior a la sentencia de calificación concursal.....	239

5.3.	La sentencia de calificación concursal con pronunciamiento en materia de responsabilidad civil anterior a la sentencia penal	243
6.	EL PAPEL DEL MINISTERIO FISCAL EN LA SECCIÓN DE CALIFICACIÓN	244
6.1.	Argumentos a favor de la intervención del Ministerio Fiscal	245
6.2.	Argumentos en contra de la intervención del Ministerio Fiscal	250
6.3.	Supresión del Ministerio Fiscal en la calificación como primer paso para la extinción de dicha sección	252

CAPÍTULO VII. LOS EFECTOS DE LA CALIFICACIÓN CONCURSAL EN LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO

1.	LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO “CULPABLE”	261
1.1.	Presupuestos de partida	261
1.2.	Alcance de la cosa juzgada en la sentencia de calificación del concurso.	264
1.3.	Límites a la vinculación entre la calificación como fortuita y la denegación de la exoneración	270
2.	LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO CON PLAN DE PAGOS	272

CAPÍTULO VIII. LOS CONCURSOS CONEXOS

1.	EL FUNDAMENTO DE LOS CONCURSOS CONEXOS	279
2.	LA ACUMULACIÓN DE CONCURSOS	282
2.4.	Acumulación inicial o declaración conjunta	283
2.5.	Acumulación sobrevenida	285
3.	LA COORDINACIÓN ENTRE LOS CONCURSOS CONEXOS	286
3.1.	El reconocimiento y la clasificación de créditos	287
3.2.	Las impugnaciones del inventario y la lista de acreedores	290
3.3.	El ejercicio de acciones rescisorias	292
3.4.	La calificación en los concursos conexos	297

3.4.1. Efectos personales de la sentencia de calificación	298
3.4.2. Efectos patrimoniales de la sentencia de calificación	301
CONCLUSIONES	313
JURISPRUDENCIA CITADA.....	325
BIBLIOGRAFÍA	343

ABREVIATURAS

AAP	Auto de la Audiencia Provincial
AEAT	Agencia Estatal de Administración Tributaria
AJI	Auto del Juzgado de Instrucción
AJM	Auto del Juzgado de lo Mercantil
ALC 1983	Anteproyecto de la Ley Concursal de 1983
ALC 1995	Anteproyecto de la Ley Concursal de 1995
ALC 2001	Anteproyecto de la Ley Concursal de 2001
AP	Audiencia Provincial
Art.	Artículo
ATS (SECC)	Auto de la Sala Especial de Conflictos de Competencia
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Real Decreto de 24 de julio por el que se publica el Código Civil
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CP	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
DF	Disposición Final
DGRN	Dirección General de Registros y del Notariado
EM	Exposición de Motivos
FJ	Fundamento Jurídico
FOGASA	Fondo de Garantía Salarial
JM	Juzgado de lo Mercantil
LA	Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje

LC	Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal
LEC 1881	Real Decreto de 3 de febrero de 1881 por el que se aprueba el proyecto de reforma de la Ley Enjuiciamiento Civil
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LECrim	Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal
LGT	Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria
LJCA	Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa
LJS	Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social
LH	Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
LOTIC	Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional
LPL	Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral
LSA	Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas
LSC	Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital
RDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado
RGF	Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial

Sec.	Sección
SECC	Sala Especial de Conflictos de Competencia
SJM	Sentencia del Juzgado de lo Mercantil
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TCJ	Tribunal de Conflictos de Jurisdicción
TEAC	Tribunal Económico-Administrativo Central
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TGSS	Tesorería General de la Seguridad Social
TRLC	Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia

RESUMEN

La prejudicialidad adquiere una especial significación en el proceso concursal. Su estudio exige un profundo análisis sustantivo y procesal de los diversos escenarios que se plantean y de las vías de actuación posibles, que se han de valorar, ante la duplicidad de enjuiciamientos o sanciones por identidad fáctica.

Las numerosas cuestiones que surgen durante la tramitación del proceso concursal inciden directamente en la delimitación de competencias entre los juzgados de distintos órdenes jurisdiccionales, así como en el alcance y trascendencia de las resoluciones dictadas, ya sea en el ámbito estrictamente concursal como en procedimientos ajenos al mismo, pero con proyección sobre su desarrollo. Esta complejidad obliga a adentrarse en materias que, aun siendo ajenas al objeto principal del proceso concursal, inciden de forma concluyente en su desarrollo y desenlace. Tales cuestiones son de naturaleza penal, civil, laboral e incluso contencioso-administrativa.

La abundante casuística existente sobre la prejudicialidad en el proceso concursal refleja una problemática viva, con relevantes implicaciones para los distintos operadores jurídicos desde un plano teórico y práctico.

El estudio de esta materia hace imprescindible su puesta en relación con otras figuras y principios de especial relevancia en el ordenamiento jurídico patrio. Entre ellos, adquieren especial importancia la cosa juzgada, en su vertiente formal y material, y el principio *non bis in idem*. Asimismo, la necesidad de alcanzar mecanismos procesales que permitan una coordinación eficaz entre órganos jurisdiccionales de diferentes órdenes se erige en clave de bóveda para garantizar la coherencia del sistema y asegurar una adecuada interrelación entre los distintos procesos.

En la investigación desarrollada nos hacemos eco tanto de la doctrina –cuya aportación resulta imprescindible para la correcta comprensión y sistematización de la institución jurídica analizada–, como de la jurisprudencia dictada por nuestros juzgados y tribunales –en ocasiones, especialmente esclarecedoras respecto a los aspectos más controvertidos de la materia–. Ello ha permitido ofrecer valiosos criterios interpretativos, con exposición de las principales corrientes existentes.

Esta memoria doctoral recoge propuestas de *lege ferenda* que persiguen la coordinación entre las distintas figuras que cohonestan con el proceso concursal y se proporcionan criterios orientados a facilitar la exégesis de las cuestiones más espinosas en materia de prejudicialidad.

ABSTRACT

Prejudiciality acquires special significance in insolvency proceedings. Its study requires an in-depth substantive and procedural analysis of the various scenarios that may arise and the possible courses of action to be assessed in light of the risk of duplicate judgments or sanctions based on the same factual background.

The numerous issues that arise during the processing of insolvency proceedings directly affect the delimitation of jurisdiction among courts of different judicial orders, as well as the scope and significance of the decisions issued—whether within the strictly insolvency context or in proceedings external to it, but with an impact on its development. This complexity necessitates an examination of matters which, although outside the main subject matter of the insolvency proceedings, decisively affect their course and outcome. Such matters may be of a criminal, civil, labor, or even administrative-litigation nature.

The abundant case law on prejudiciality in insolvency proceedings reflects a live and ongoing issue, with significant theoretical and practical implications for various legal practitioners.

The study of this subject requires it to be considered in connection with other legal figures and principles of particular relevance in the Spanish legal system. Among them, *res judicata*—in both its formal and substantive aspects— and the *non bis in idem* principle are of particular importance. Likewise, the need to establish procedural mechanisms that enable effective coordination among courts from different jurisdictions becomes a cornerstone for ensuring systemic coherence and a proper interrelation between different proceedings.

In the research conducted, we consider both academic doctrine—whose contribution is essential for the correct understanding and systematization of the legal institution under analysis— and the case law issued by our courts, which is sometimes particularly enlightening with regard to the more controversial aspects of the matter. This has made it possible to offer valuable interpretive criteria, along with an overview of the main existing schools of thought.

This doctoral dissertation presents *de lege ferenda* proposals aimed at coordinating the various legal figures that intersect with insolvency proceedings and offers guiding principles to facilitate the interpretation of the thorniest issues concerning prejudiciality.

INTRODUCCIÓN

La prejudicialidad se constituye como una institución jurídica de relevante trascendencia en el ámbito procesal, pretendiendo garantizar la economía procesal, la coherencia y el engranaje entre las distintas jurisdicciones.

La concurrencia de muy diversos intereses en el concurso, la complejidad técnica de su proceso y su innegable interrelación con otros órdenes de conocimiento pone de relieve la especial dificultad e importancia que la prejudicialidad presenta. La abundante casuística existente sobre la materia ha generado multitud de pronunciamientos, en muchas ocasiones, confrontados, tanto entre voces autorizadas de la doctrina como en los juzgados y tribunales españoles, que justifica un estudio de esta naturaleza.

Su tratamiento exige una reflexión teórica sobre el reparto de competencias entre el juez de lo mercantil y otros órganos jurisdiccionales, así como una valoración sobre los efectos concretos que ciertas decisiones externas pueden tener dentro del proceso concursal. La coexistencia de procedimientos civiles, penales, laborales o contencioso-administrativos paralelos al concurso plantea retos significativos respecto a la coordinación procesal, la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica. Ello obliga al juez del concurso a seguir criterios de integración para garantizar la coherencia del procedimiento concursal en su conjunto, circunscribiéndose a la competencia que le atribuye legalmente tanto el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (en adelante, TRLC) como la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante LOPJ).

La relevancia del principio de celeridad, rector del proceso concursal, es indiscutible en el ámbito de este estudio. El mismo tiene por objetivo lograr una tramitación ágil y eficiente del proceso, con el fin de proteger, entre otros, los intereses de los acreedores. De ahí que sea imprescindible alcanzar soluciones que eviten o, al menos, atenúen, su afectación. Las interferencias entre procesos pueden dar lugar a situaciones de bloqueo o ralentización del proceso concursal, especialmente cuando las cuestiones prejudiciales resultan determinantes para la continuación del mismo o para la resolución de cuestiones de vital importancia integradas en él.

Una correcta comprensión de la prejudicialidad exige, además, el estudio de otras figuras y principios jurídicos íntimamente relacionados con ella, especialmente, la cosa juzgada –formal y material– y el principio *non bis in idem*. Ambos se configuran como límites y garantías dentro del sistema procesal, condicionando el modo de articulación de las decisiones dictadas por los distintos órdenes jurisdiccionales. Asimismo, en sede de calificación concursal y enjuiciamiento penal de determinados delitos –principalmente, de insolvencias punibles– debe valorarse la idoneidad de la intervención del Ministerio Fiscal, como garante de la legalidad y el interés público.

De lo anterior se colige la importancia de abordar con profundidad y rigor los fundamentos de la prejudicialidad en el seno del concurso, la identificación de las hipótesis en que puede ser aplicada y sus efectos, tanto desde una perspectiva sustantiva como procesal. Todo ello con el fin principal de examinar los problemas vinculados al dictado de resoluciones que, ante una misma realidad fáctica, alcancen conclusiones desiguales o, incluso, contradictorias.

A luz de lo expuesto, nuestra investigación tiene un doble objetivo. De un lado, identificar y recopilar los diversos supuestos de prejudicialidad que pueden surgir a lo largo de la sustanciación del proceso concursal. Así tanto en relación con otros procesos ajenos al mismo y que se sustancien ante las jurisdicciones civil, penal, social y contencioso-administrativo. De otro, esclarecer las vías de actuación que permitan resolver los distintos escenarios identificados con el propósito de analizar los peligros asociados tanto a la duplicidad de sanciones por unos mismos hechos como a la coexistencia de pronunciamiento judiciales de contenido desigual o contradictorio, ante una idéntica realidad.

La sistemática de nuestro trabajo de investigación es, atendido lo expuesto, la siguiente:

El Capítulo I concede una primera visión general sobre la institución de la prejudicialidad y su evolución legislativa en sede concursal, desde su originaria

regulación hasta su actual aparición en el TRLC. Asimismo, se analizan en detalle algunas cuestiones comunes como la interferencia de la prejudicialidad en la sustanciación de incidentes concursales, y otras específicas: en concreto, respecto a la prejudicialidad administrativa, laboral y civil, los efectos que provoca y la competencia para resolver cuestiones prejudiciales de las que depende el dictado del auto de declaración de concurso; y, en relación a la prejudicialidad penal, la suspensión procedimental por falsedad documental y por prejudicialidad ante la petición de exoneración del pasivo insatisfecho.

El Capítulo II aborda el estudio de la coexistencia de medidas cautelares adoptadas en el proceso concursal y en procedimientos de otra naturaleza ajenos a este. Se analizan los casos en que dichas medidas se acuerdan antes de la declaración de concurso, durante su tramitación y tras su conclusión, incluso en hipótesis de aprobación de convenio. La ubicación de este capítulo en la memoria doctoral responde a su contenido, en tanto parte del mismo, como se indica, se centra en analizar medidas cautelares acordadas con carácter previo a la declaración.

En el Capítulo III tratamos el acceso al registro de la propiedad de anotaciones de embargo preventivas durante la sustanciación del concurso de acreedores. Para ello se presta especial atención a la identificación de los supuestos en que los mandamientos librados por juez distinto al del concurso pueden alcanzar dicho acceso. Además, se proponen soluciones tendentes a evitar que el citado acceso, fuera de los supuestos legalmente permitidos, implique posteriores cancelaciones de anotaciones o inscripciones registrales.

En el Capítulo IV se ahonda, de un lado, en el estudio de la convivencia de procedimientos arbitrales y el concurso de acreedores, y, de otro, en los efectos de las resoluciones judiciales reconocedoras de derechos de crédito no firmes –en concreto, lo que hace a su reconocimiento y calificación–.

El Capítulo V analiza el régimen de compatibilidad entre la responsabilidad derivada de la calificación concursal y de las acciones societarias. Se distinguen y detallan aquellos supuestos que pueden tener cabida en ambos procesos, ofreciendo soluciones

que permite coordinar la coexistencia de los mismos, y los pronunciamientos que finalmente resulten de ellos.

El Capítulo VI se dedica al análisis de las relaciones entre los procesos penales y la calificación concursal. En concreto, se centra en la identificación de aquellas conductas que son susceptibles de reproche en ambos procesos y en la autonomía de la prueba practicada en los mismos. Asimismo, abordamos la coordinación de las responsabilidades pecuniarias con origen en la responsabilidad civil derivada del delito y de la condena a la cobertura del déficit concursal, con detenimiento en el papel fundamental que cumple el Ministerio Fiscal como nexo de unión entre tales procedimientos.

El Capítulo VII estudia los efectos de la calificación concursal en la exoneración del pasivo insatisfecho. En concreto, analizamos la eventual vinculación del juez del concurso a lo resuelto previamente en fase de calificación a fin de estimar, en su caso, el derecho a la exoneración del pasivo insatisfecho.

Finalmente, el Capítulo VIII se dirige a analizar los supuestos de prejudicialidad en los concursos conexos, referidos al reconocimiento y clasificación de créditos, y las posibles impugnaciones del inventario y la lista de acreedores. Igualmente, incide en el ejercicio de acciones rescisorias y la calificación de dichos concursos vinculados, incluso, en este último caso, en supuestos de transacción de los efectos económicos alcanzados en la misma.

El exhaustivo análisis de estos elementos nos permitirá realizar propuestas de *legisferenda* con soluciones procesales orientadas a esclarecer y resolver, de manera definitiva, los escenarios y problemas que surgen entre los distintos procesos e intereses en juego relacionados o integrados en el proceso concursal.

Por último, en lo que respecta a las fuentes utilizadas, la presente investigación ha sido de carácter exclusivamente documental, por lo que, para su elaboración, se han consultado los siguientes materiales:

En primer lugar, el TRLC y la derogada Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante, LC). También hemos trabajado con la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), como norma supletoria en materia concursal, y otras disposiciones procesales y sustantivas con incidencia en nuestro estudio. Entre las más destacables hemos de citar: la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal (en adelante, Ley Orgánica 8/2003); la LOPJ; el Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim); el Real Decreto de 24 de julio por el que se publica el Código Civil (en adelante, CC); la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante, CP); el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC); la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (en adelante, LA); y el Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria (en adelante, LH).

De igual modo, hemos manejado textos históricos de Derecho nacional, especialmente los Anteproyectos de la Ley Concursal de 1983, 1995 y 2001 (en adelante, ALC 1983, ALC 1995 y ALC 2001), y la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (en adelante, LEC 1881).

Asimismo, cuando ha sido necesario, hemos examinado la evolución normativa experimentada por la legislación concursal, con detenimiento en aquellas reformas operadas que se han estimado relevantes para los fines del presente estudio.

El examen de la normativa mencionada se ha complementado con una detenida lectura y estudio de las aportaciones de la doctrina científica nacional contenidas en obras generales, trabajos monográficos y artículos en revistas especializadas.

Finalmente, esta memoria doctoral se ha nutrido de forma significativa de la jurisprudencia emanada de los tribunales españoles. Destacadamente, de las resoluciones judiciales dictadas por el Tribunal Constitucional (en adelante, TC); el Tribunal Supremo (en adelante, TS), en especial de la Sala Tribunal de Conflictos de Jurisdicción (en adelante, TCJ) y de la Sala Especial de Conflictos de Competencia (en adelante, SECC); las Audiencias Provinciales (en adelante, AP) y los Juzgados de lo Mercantil (en adelante, JM). Asimismo, han sido objeto de examen algunas resoluciones de la antigua Dirección

General de Registros y del Notariado (en adelante, DGRN), y, puntualmente, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJFP).

CAPÍTULO I

APROXIMACIÓN A LA PREJUDICIALIDAD

Y SU TRASCENDENCIA EN SEDE

CONCURSAL

1. CONSIDERACIONES PREVIAS EN TORNO AL CONCEPTO DE PREJUDICIALIDAD

Con carácter previo a su análisis dentro del proceso concursal, resulta imprescindible llevar a cabo una aproximación al concepto general de prejudicialidad en tanto se trata de una institución jurídica que presenta cierta complejidad.

Según voces autorizadas¹, dicha figura trae causa del concepto de función jurisdiccional, esto es, aquel cometido del Estado consistente en la tutela y realización del Derecho objetivo y que se predica, por igual, de todos los órganos judiciales según establece el artículo 117.3 de la Constitución Española (en adelante, CE)².

El desarrollo de esta potestad jurisdiccional exige la distribución por juzgados o tribunales de los diferentes derechos y obligaciones a tutelar, dando lugar a los bien conocidos órdenes jurisdiccionales: civil, penal, social y contencioso-administrativo³.

La interconexión que puede existir entre las materias a juzgar en cada uno de estos órdenes, puede provocar que, en ocasiones, se dude acerca de cuál de ellos tiene la

¹ Vid. GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J.L.: *Las cuestiones prejudiciales penales en el proceso civil*, La Ley, Madrid, 2002, pág. 15. También de interés, ASECIO MELLADO, J.M.: *Prejudicialidad en el proceso penal y criminalización social*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 49, quien sostiene que la prejudicialidad, pese a su apariencia, constituye un fenómeno natural y lógico que deriva de la realidad social «la cual muchas veces se antepone a las creaciones humanas, por muy racionales y necesarias que éstas sean». Concluye que la misma es consecuencia de la afirmada unidad del ordenamiento jurídico que, sin perjuicio de que se compartimente en ramas por razón de especialización, estas se interrelacionan entre sí en tanto las relaciones humanas y los conflictos son susceptibles de muchas de ellas.

² Al respecto, refiere ASECIO MELLADO, J.M.: *Prejudicialidad en el proceso penal y criminalización social*, cit., pág. 50, que la razón primaria de la prejudicialidad es «sustantiva o material, la interrelación del ordenamiento jurídico, siendo la procesal una respuesta a esa realidad previa». En el mismo sentido, SENÉS MOTILLA, C.: *Las cuestiones prejudiciales en el sistema procesal español*, Mc. Graw Hill, Madrid, 1996, pág. 2.

³ Y ello, pese a que nuestro ordenamiento jurídico se caracteriza por acogerse al principio de unidad jurisdiccional recogido en los artículos 117.5 CE y 3.1 LOPJ. De interés, vid. ASECIO MELLADO, J.M.: *Prejudicialidad en el proceso penal y criminalización social*, cit., págs. 85 y ss.

jurisdicción para tratar y resolver la cuestión. Dicha situación se encuentra prevista y solventada en los artículos 42 a 50 LOPJ.

Sin embargo, también puede ocurrir que, durante la sustanciación de un proceso, surja alguna cuestión que deba ser resuelta, por el mismo u otro orden jurisdiccional, con carácter previo a la que es objeto en el proceso originario. El escenario expuesto es el que da lugar a las cuestiones prejudiciales.

No es pacífica la definición que se le da a las mismas. Si bien parte de la doctrina ha considerado que la prejudicialidad se trata de un método procesal de fijación de hechos, en tanto, las cuestiones prejudiciales «sirven funcionalmente a la fijación de determinados elementos o extremos que –como si de cuestiones fácticas se tratara– posibilitan el enjuiciamiento sobre la *res in iudicio deducta*»⁴, lo cierto es que se han mantenido tres concepciones diferentes⁵. En primer lugar, la concepción amplia⁶, sostenida por aquellos que entienden la cuestión prejudicial como toda cuestión que exige un examen previo para llegar a una conclusión final en el estudio de cualquier aspecto jurídico. En segundo lugar, la concepción estricta⁷, la cual exige que se trate de cuestiones

⁴ Al respecto, vid. SENÉS MOTILLA, C.: *Las cuestiones prejudiciales en el sistema procesal español*, cit., págs. 63 y 64, al sostener la consideración de la cuestión prejudicial como cuestión de hecho, de modo que su resolución interesa al tribunal que esté conociendo del proceso dado la condición de antecedente lógico-jurídico del pronunciamiento jurisdiccional sobre el fondo. Dicha autora señala a su vez que las cuestiones prejudiciales no son estrictamente cuestiones de prueba, en tanto implican la fijación y valoración de unos hechos para su subsunción en normas jurídicas y ello con independencia de que posteriormente «pasen a la sentencia como cuestiones de hecho». Siguiendo esta postura, en el ámbito penal, ASENSIO MELLADO, J.M.: *Prejudicialidad en el proceso penal y criminalización social*, cit., pág. 88, señala que los mecanismos prejudiciales, aun sin tener naturaleza penal, tienen trascendencia en los elementos del tipo penal, afectando de forma directa sobre la determinación de la inocencia o culpabilidad, dada su inescindible vinculación al mismo.

⁵ Cfr. DE LA OLIVA SANTOS, A.: *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, pág. 543.

⁶ Sostenida, entre otros, por CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: «Las cuestiones prejudiciales», *Derecho procesal penal*, Madrid, 2023, págs. 193 a 195.

⁷ Mantenida, entre otros, por ALSINA, H.: *Las cuestiones prejudiciales en el proceso civil*, Olejnik, Chile, 1959, págs. 66 a 69, citado en GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J.L.: *Las cuestiones prejudiciales penales en el proceso civil*, cit., pág. 17.

independientes de la que ocupa el juicio principal y que precisen de un juicio autónomo ante otro tribunal diferente. Finalmente, la concepción intermedia que las define como las que surgen en el seno de un proceso, íntimamente ligadas al objeto principal, exigiendo su resolución con carácter previo por el mismo u otro órgano jurisdiccional con anterioridad al fallo sobre el fondo, en tanto impiden o condicionan el sentido en que se debe resolver el asunto principal⁸.

Cualquiera que sea la concepción admitida, lo cierto es que en todas ellas se recoge la prejudicialidad que a este estudio interesa, basada en lo que FENECH⁹ distinguió como prejudicialidad interna y prejudicialidad externa: la primera de ellas, relativa a la resolución de cuestiones que surgen dentro del propio proceso principal y que deben ser resueltas con carácter previo al fondo del asunto; y la segunda, basada en la trascendencia que una cuestión decidida en otro proceso previo al proceso principal puede tener sobre este último.

1.1. Prejudicialidad interna

La cuestión prejudicial interna, referida a aquellas que surgen durante la sustanciación del proceso principal, puede ser de la misma o distinta naturaleza a este. Tal distinción ha dado lugar a que la doctrina¹⁰ realice la siguiente subclasificación: en el primer caso, estamos ante cuestiones prejudiciales homogéneas, mientras que, en el segundo, nos hallamos ante cuestiones prejudiciales heterogéneas.

A su vez, las cuestiones prejudiciales heterogéneas dan lugar a cuestiones devolutivas y no devolutivas¹¹. Las cuestiones devolutivas son aquellas cuya resolución compete, por razón de la materia, a un orden jurisdiccional distinto de aquel en el que se incardina el procedimiento principal [arts. 40 LEC, 10.2 LOPJ, 3 y 6 LECrim, 4.3 y 86.2

⁸ Cfr. GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J.L.: *Las cuestiones prejudiciales penales en el proceso civil*, cit., págs. 16 y 23.

⁹ En *El proceso penal*, Agesa, Madrid, 1978, págs. 369 y 370.

¹⁰ Al respecto, vid. ORTELLS RAMOS, M.: *Derecho procesal civil*, Aranzadi, Pamplona, 2000, pág. 660; y DE LA OLIVA SANTOS, A.: *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, cit., pág. 543.

¹¹ Vid. ORTELLS RAMOS, M.: *Derecho procesal civil*, cit., págs. 661. En el mismo sentido, vid. SENÉS MOTILLA, C.: *Las cuestiones prejudiciales en el sistema procesal española*, cit., págs. 5 y 39 a 41.

del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (en adelante, LPL), y 4.1, apdo. 1º, de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante, LRJCA)]. En estas se diferencia entre devolutivas absolutas, cuando en ningún caso pueden ser resueltas por el órgano jurisdiccional del proceso principal (art. 40 LEC y 10.2 LOPJ), y devolutivas relativas, cuando, ante la falta de resolución por el órgano competente en el plazo legalmente previsto, la misma puede ser atendida por el tribunal del proceso principal (art. 4 LEC y 86.2 LPL)¹². Por su parte, las cuestiones prejudiciales no devolutivas son aquellas cuyo conocimiento se otorga al mismo órgano ante el que se tramita el procedimiento principal (arts. 42 LEC, 10.1 LOPJ, 4 LECrim, 4.1 LPL y 4.1, apdo. 2, LJCA)¹³, constituyendo esta la regla general¹⁴.

1.2. Prejudicialidad externa

Las cuestiones prejudiciales externas son aquellas cuya resolución se ha llevado a cabo en un proceso independiente de aquel posterior sobre el que van a tener trascendencia. Esto es, la vinculación que en un proceso actual puede tener lo acordado previamente en otro distinto.

En tales casos, es preciso determinar cuándo un juez o tribunal podrá quedar vinculado por lo acordado previamente por otro, pues, si bien la legislación actual no lo prevé así, a nuestro juicio deberá evitarse el dictado de resoluciones contradictorias.

¹² Vid. DE LA OLIVA SANTOS, A.: *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, cit., pág. 544. Al respecto también, SENÉS MOTILLA, C.: *Las cuestiones prejudiciales en el sistema procesal español*, cit., pág. 41.

¹³ Señala ORTELLS RAMOS, M.: *Derecho procesal civil*, cit., págs. 661, que en las cuestiones prejudiciales no devolutivas, el pronunciamiento únicamente tendrá efectos de cosa juzgada sobre el objeto del proceso principal dado su condición de antecedente lógico, pero no desplegará dicho efecto *ad extra*.

¹⁴ Cfr. DE LA OLIVA SANTOS, A.: *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, cit., págs. 544 y 545, que considera que, en atención al art. 10.1 LOPJ, la regla general es la prejudicialidad no devolutiva por economía procesal, pero ello sin perjuicio de que la legislación procesal pueda establecer excepciones a dicha regla. No obstante, tal pauta se invierte cuando se trata de cuestiones prejudiciales penales, siendo estas generalmente devolutivas. Asimismo, de interés, vid. SENÉS MOTILLA, C.: *Las cuestiones prejudiciales en el sistema procesal español*, cit., págs. 39 y ss.

La prejudicialidad externa encuentra una estrecha vinculación con la cosa juzgada material¹⁵, entendiéndose por esta el efecto externo que lo resuelto en un proceso despliega en procesos ulteriores, debiendo tomarse bien como punto de partida de lo que deba resolverse seguidamente en otro proceso (efecto positivo *ex art. 222.4 LEC*), bien como impedimento para volver a pronunciarse judicialmente sobre lo ya resuelto anteriormente (efecto negativo *ex art. 222.2 LEC*).

En lo que a la prejudicialidad se refiere, destaca indudablemente la vertiente positiva de la cosa juzgada material, pues como señala DE LA OLIVA SANTOS, «si el segundo (o tercero, cuarto, etc.) proceso no es reproducción del primero, pues su objeto esencial es sólo parcialmente idéntico a la cosa juzgada producida en el primer proceso, el juez del proceso posterior, en el caso de que formen parte de su “*thema decidendi*” cuestiones –cosas– ya decididas en sentencia firme anterior recaída respecto de los mismos sujetos, deberá atenerse al contenido de dicha sentencia, sin contradecir lo dispuesto en ella, sino tomándola, por el contrario, como indiscutible punto de partida. Esta es la llamada función *positiva* o *prejudicial* de la cosa juzgada»¹⁶.

Sin embargo, no toda resolución firme dictada en un proceso producirá efectos de cosa juzgada¹⁷. A este respecto, constituye una excepción a los efectos propios de la cosa juzgada material, las sentencias firmes sobre el fondo procedentes de procesos «sumarios» (art. 447.2, 3 y 4 LEC), entendiendo por tales aquellos en los que los actos de alegación y medios de prueba se encuentran limitados, y en los que lo resuelto tiene

¹⁵ Al respecto, vid. DE LA OLIVA SANTOS, A.: *Sobre la cosa juzgada*, Centro de Estudios Ramón Aceres, Madrid, 1991, pág. 23: «La cosa juzgada material presupone, pues, la formal. Pero la cosa juzgada material se suele predicar únicamente de cierto tipo de resoluciones con fuerza de cosa juzgada formal: indiscutiblemente, solo las sentencias destinadas a resolver definitivamente sobre el fondo. Tan solo el *fondo* es, sin discusión, *cosa* a los efectos de la “cosa juzgada”, cuando de cosa juzgada material se trata».

¹⁶ Vid. *ibidem*, pág. 25.

¹⁷ En la jurisdicción civil, vid. arts. 222.2 y 447 LEC; en la social, vid. art. 160.5 LRJS; en la contencioso-administrativa, vid. art. 4 LJCA; y en la penal, vid. arts. 3, 7 y 803 ter p LECrim.

carácter provisional, siendo posible el inicio de procesos plenarios posteriores en los que podrá dictarse una sentencia incluso diferente u opuesta a la inicial¹⁸.

2. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LAS CUESTIONES PREJUDICIALES EN EL PROCESO CONCURSAL DESDE LA LEY 22/2003

La originaria redacción de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante, LC) acogió entre su articulado la regulación del tratamiento de las cuestiones prejudiciales dentro del proceso concursal¹⁹. Sin perjuicio de lo anterior, en su

¹⁸ Así lo postulaba ya, bajo la LEC 1881, DE LA OLIVA SANTOS, A.: *Sobre la cosa juzgada*, cit., págs. 36 y 37. De hecho, tal ha sido la postura adoptada posteriormente por el legislador en la LEC, según manifiesta en el apartado XII de la Exposición de Motivos.

¹⁹ Con carácter previo, la prejudicialidad penal en los procesos concursales no había sido expresamente regulada, existiendo, por tanto, posiciones discrepantes en cuanto a la aplicación supletoria de los artículos 514 LEC 1881 y 114-I LECrim. Por una parte, se sostuvo la inaplicación de dichos preceptos en la suspensión de pagos alegando la ausencia de identidad fáctica exigida en la ley procesal penal: la suspensión de pagos se basaba en la crisis económica y el proceso penal en los hechos que la motivan o agravan. Por el contrario, algunas AP abogaron por la continuidad del procedimiento. En concreto destaca el pronunciamiento del Auto de la AP (en adelante, AAP) de Castellón (Sec. 2ª) núm. 70/2000, de 12 de febrero (AC 2000, 373) al resaltar la necesidad de rapidez y celeridad del procedimiento concursal, debiendo «prevalecer la finalidad perseguida por la Ley de Suspensión de Pagos de evitar la destrucción y desmembración del patrimonio del deudor que conviene mantener intangible como garantía común y parigual de quienes ostenten créditos contra el mismo, paralizándose las acciones individualizadas».

No obstante lo anterior, el ALC de 1983, con influencia de los sus textos prelegislativos, dispuso de forma expresa en su art. 347 que «[N]o regirán en los concursos los preceptos relativos a la prejudicialidad penal y su efecto suspensivo ordinario del proceso civil», añadiendo seguidamente el art. 348 que «[S]i se siguiera una causa criminal contra el concurso o alguno de sus acreedores por hechos de notoria influencia sobre existencia, legitimidad o exigibilidad de un crédito frente al deudor o a la masa, o de los que dependa su calificación, el Juez del concurso pedirá al Tribunal Penal la remisión de testimonio de las resoluciones que recaigan en la causa sobre la persona o derechos de los imputados», a fin de que el síndico valore «la existencia de la cusa criminal y las resoluciones que en ella recaigan en las operaciones que deba realizar en las distintas secciones en que se divide el procedimiento». Igualmente, previó la retención de pagos a acreedores procesados «por actos fraudulentos en perjuicio de la masa» y posterior exclusión de la masa activa de ser finalmente condenados (art. 348 ALC 1983). La misma estela fue seguida por el ALC de 1995 (art. 227).

Disposición Final Quinta se había establecido que: «en lo no previsto en esta ley será de aplicación lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, y específicamente en lo que se refiere al cómputo de todos los plazos determinados en la misma. En el ámbito de los procesos concursales, resultarán de aplicación los principios de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto a la ordenación formal y material del proceso». Por este motivo, algunas posturas doctrinales calificaron de innecesaria un tratamiento particular de la prejudicialidad en el proceso concursal²⁰.

Pese a las reservas formuladas, la prejudicialidad fue objeto de regulación específica en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante, LC), considerando algunos autores, a la vista de la misma, que el proceso concursal se constituye como un

La redacción dada al art. 189 de la originaria LC de 2003 fue obra de la Comisión General de Codificación, la cual fue objeto de una única enmienda (núm. 566 en el Congreso y 325 en el Senado) durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley. Dicha enmienda se basaba en una redacción novedosa de su apartado segundo que permitiera al juez del concurso determinar la responsabilidad civil derivada de las insolvencias punibles. Vino a seguir la misma línea que la enmienda presentada al art. 3 de la Ley Orgánica para la Reforma Concursal (núm. 42 en el Congreso) partidaria del mantenimiento del delito de insolvencia causada o agravada dolosamente y la atribución al juez del concurso de la competencia para determinar la responsabilidad civil en la oportuna pieza de calificación.

A diferencia de lo que ocurrió con la prejudicialidad penal, la social y contencioso-administrativa no había sido tratada ni en el ALC de 1983 ni en el de 1995, lo que hizo precisa una regulación completamente nueva influenciada por los arts. 10.1 LOPJ, y 42 y 43 LEC. La redacción finalmente contenida en el art. 9 LC es coincidente con la del ALC de 2001 (art. 8) y con la del Proyecto LC de 2002 (art. 8), no sin antes ser objeto de varias enmiendas (núms. 9, 52, 165, 197 y 239 en el Congreso, y 3, 9, 66 u 129 en el Senado), todas rechazadas: unas pretendían la supresión del último inciso («o cuya resolución sea necesaria...»); otras la inclusión de una previsión final («La decisión de los tribunales civiles sobre las cuestiones a las que se refiere el apartado anterior no surtirán efectos fuera del proceso en que se produzcan»); y otras partidarias de la inclusión de una prevención sobre la necesaria observancia de la legislación laboral en la resolución de cuestiones sobre esta materia.

Finalmente, y en lo que a la trascendencia de la calificación concursal frente al proceso penal se refiere, la falta de vinculación del juez penal a lo acordado en fase de calificación fue así previsto desde un inicio en la propia legislación penal (art. 260.4º CP de 1995). De tal precepto trae causa el posterior art. 163.2 LC.

²⁰ Entre otros, MUERZA ESPARZA, J.: «Comentario al art. 189 LC», *Comentarios a la Ley Concursal* (Dir. CORDÓN MORENO), Thomson Aranzadi, Navarra, 2004, pág. 1241, y SERRA DOMÍNGUEZ, M.: «Comentario al art. 189 LC», *Comentarios a la Ley Concursal, con concordancias jurisprudencia y formularios, III*, (Coord. SAGRERA TIZÓN y FERRER BARRIENDOS), Vol. III, Bosch, Barcelona, 2004, pág. 1894.

«iceberg totalmente estructurado, bloqueado y blindado frente a toda suerte de conflictos, incluso penales»²¹:

En primer lugar, en el artículo 9 LC. En relación al ámbito competencial del juez del concurso, se consideró que este conociera de las cuestiones prejudiciales administrativas y sociales directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución fuera necesaria para el buen desarrollo del procedimiento concursal. Posteriormente, el legislador, mediante la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, completó tal precepto incorporando también las cuestiones prejudiciales en materia civil, a excepción de las que se indicaban en el artículo 8, y añadió un apartado segundo en virtud del cual la resolución que se diera por el juez del concurso a tales cuestiones no tendría efecto de cosa juzgada, al disponer que «la decisión sobre las cuestiones a las que se refiere el apartado anterior no surtirán efecto fuera del proceso concursal en que se produzca».

Seguidamente, el artículo 189 LC, con rúbrica «Prejudicialidad penal», nunca fue reformado. Desde la entrada en vigor de la primera Ley Concursal, el legislador quiso dejar sentado el régimen relativo a la prejudicialidad penal en el ámbito del concurso señalando en su inciso primero que la incoación de procedimientos criminales relacionados con el concurso no implicará la suspensión de la tramitación de éste. A lo anterior, se añadió, en su apartado segundo, que «admitida a trámite querella o denuncia criminal sobre hechos que tengan relación o influencia en el concurso, será de competencia del juez de éste adoptar las medidas de retención de pagos a los acreedores inculcados u otras análogas que permitan continuar la tramitación del procedimiento concursal, siempre que no hagan imposible la ejecución de los pronunciamientos patrimoniales de la eventual condena penal».

Finalmente, destaca el artículo 163.2 LC, cuyo contenido se mantuvo durante mucho tiempo invariable desde la Ley de 2003: «La calificación no vinculará a los jueces

²¹ Cfr. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: «El rechazo a la prejudicialidad civil suspensiva en el concurso. El concurso como procedimiento iceberg», *Anuario de Derecho Concursal* N°. 63/2024, Civitas, versión digital, pág. 7. Asimismo, vid. CALAZA LÓPEZ, S.: «La tramitación del procedimiento», *Derecho concursal y preconcursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, págs. 2094 y 2095.

y tribunales del orden jurisdiccional penal que, en su caso, entiendan de actuaciones del deudor que pudieran ser constitutivas de delito».

Posteriormente, tales preceptos cambiaron de numeración con la entrada en vigor del TRLC. En concreto, el artículo 9 LC pasa a ser el 55 TRLC, y el referido 189 LC se desglosa en los artículos 519 y 520 TRLC. La misma numeración –y dicción– se mantiene en la redacción dada al TRLC por la nueva Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (en adelante, Directiva sobre reestructuración e insolvencia). En cuanto al artículo 163.2 LC, este pasa a ocupar el artículo 462 TRLC con algunas modificaciones.

Si bien la esencia de tales preceptos no sufre variación alguna en el tránsito de la Ley de 2003 al TRLC de 2020, la redacción sí que es levemente modificada con algún añadido no desdeñable:

Respecto del artículo 55 TRLC, la redacción se mantiene prácticamente intacta, con la única salvedad de que el apartado segundo habla de concurso de acreedores en lugar de proceso concursal: «la decisión sobre las cuestiones a las que se refiere el apartado anterior no surtirá efecto fuera del concurso de acreedores en que se produzca». Tal alteración, que carece de trascendencia práctica, parece obedecer a una cuestión meramente literaria tendente a evitar la reiteración del término «concursal» con el que se concluye el párrafo primero de tal artículo.

En cuanto al artículo 462 TRLC, la no vinculación de la calificación a los jueces de lo penal viene referida en esta nueva redacción a «aquellas actuaciones de las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices que pudieran ser constitutivas de delito». Esta falta de vinculación se extiende ahora también a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa «que conozcan de actuaciones sobre

responsabilidad en el ámbito administrativo de terceras personas relacionadas con el concursado».

Respecto al artículo 519 TRLC, relativo a la no suspensión de la tramitación del concurso en caso de incoación de procedimientos criminales relacionados con el deudor o que tuvieran relación o influencia en el concurso, se añade «ni de ninguna de las secciones en que se divide». A diferencia de lo anterior, artículo 189 LC preveía, asimismo, la competencia del juez del concurso para la adopción de «medidas de retención de pagos a los acreedores inculpados u otras análogas que permitan continuar la tramitación del procedimiento concursal», extremo que se traslada al precepto que seguidamente se analiza.

El artículo 520 TRLC, bajo la denominación «Medidas cautelares a solicitud de jueces o tribunales del orden jurisdiccional penal», reproduce en su apartado primero, casi sin alteración alguna, la redacción del anterior artículo 189.2 LC con las siguientes salvedades.

En primer lugar, el juez del concurso será competente para adoptar «a solicitud del juez o tribunal del orden jurisdiccional cualquier medida cautelar de carácter patrimonial que afecte a la masa activa», incluidas «las de retención de pagos a los acreedores inculpados en procedimientos criminales u otras análogas». Y ello siempre que se admita a trámite querella o denuncia criminal tanto «contra el deudor» como «por hechos que tuvieran relación o influencia en el concurso».

A continuación, el apartado segundo del artículo 520 TRLC recuerda que las medidas cautelares adoptadas no deben impedir la continuación de la tramitación del procedimiento concursal, acordándose del modo más conveniente para «garantizar la ejecución de los pronunciamientos patrimoniales de la eventual condena penal».

Finalmente, el artículo 520 adiciona un tercer apartado que sale en defensa de uno de los más elementales principios del derecho concursal como es la *par conditio creditorum*: «Las medidas cautelares acordadas no podrán alterar o modificar la clasificación de los créditos concursales, ni las preferencias de pagos establecidas en esta ley».

Principalmente en materia penal, que abordaremos más adelante, la prejudicialidad plantea numerosas cuestiones que exigen su estudio en orden a valorar la idoneidad de la regulación contenida en la legislación concursal, fundamentalmente atendiendo a la práctica procesal diaria.

3. LA TRASCENDENCIA DE LA PREJUDICIALIDAD EN EL PROCESO CONCURSAL

3.1. Análisis previo de los artículos 55, 519 y 520 TRLC

El Libro I, Título II, Capítulo I, Sección 2ª del vigente TRLC, establece los supuestos de ámbito material y el carácter de la jurisdicción reconocida al juez del concurso. Como ya adelantábamos, es dentro del tratamiento jurisdiccional donde el legislador decide, acertadamente, incluir las cuestiones prejudiciales en materia administrativa, social y civil (art. 55 TRLC). Sin embargo, omite en este instante la inclusión de las cuestiones prejudiciales penales que las relega a los artículos 519 y 520 incardinados dentro del Libro I, Título XII, Capítulo I, denominado «De la tramitación del procedimiento».

Desconocemos el motivo por el cual tales preceptos no se ubican sistemáticamente de forma conjunta o correlativa dentro del TRLC. La única disimilitud entre ambos estriba en que, si bien el artículo 55 TRLC prevé una competencia positiva del juez del concurso para la resolución en general de las cuestiones civiles, administrativas y sociales, en el ámbito penal, tal competencia es más limitada en tanto se prevé exclusivamente para adoptar cualquier medida cautelar de carácter patrimonial que afecte a la masa activa, entre las que se hallan las de retención de pagos a los acreedores inculcados en procedimientos criminales u otras análogas (art. 520.1 TRLC). De este modo, queda fuera de la sección dedicada a la jurisdicción del juez del concurso la que le habilita a la adopción de tales medidas cautelares sobre la masa activa del concurso.

No alcanzamos a apreciar cuál es el fundamento que justificaría la diferencia que se desprende de ambos artículos: de un lado, la necesaria resolución de cuestiones

prejudiciales administrativas, sociales y civiles para la continuación del procedimiento, y de otro, la no suspensión del proceso concursal ante la pendencia de una cuestión prejudicial penal que tenga relevancia en la sustanciación del mismo. Resulta incoherente, a nuestro parecer, la decisión adoptada por el legislador en este punto, máxime cuando, respecto de cuestiones prejudiciales penales, pueden derivarse resoluciones judiciales completamente contradictorias que supusieran una vulneración de los principios *non bis in idem* y *par conditio creditorum*. Al tratamiento de estas cuestiones dedicaremos un apartado más adelante.

3.2. La prejudicialidad administrativa, laboral y civil

3.2.1. Aspectos generales

De forma novedosa, el artículo 55 TRLC reguló, junto con la prejudicialidad de cuestiones administrativas y sociales, aquellas en materia civil²², recibiendo todas un mismo tratamiento: la extensión de la jurisdicción del juez del concurso siempre que estas estuvieran directamente relacionadas con el mismo o que su resolución fuera necesaria a

²² En materia civil, se podía haber hecho uso del régimen supletorio (art. 521 TRLC) y haber estado al contenido del artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Sin embargo, a diferencia de la suspensión prevista en dicho texto legal, el legislador optó por darle a las cuestiones prejudiciales civiles el mismo tratamiento que a las sociales y contencioso-administrativas. En tal sentido, señala GONZÁLEZ GARCÍA, J.M.: «Artículo 55. Extensión objetiva de la jurisdicción», *Comentario a la Ley Concursal: Texto refundido a la Ley Concursal*, Vol. I, Madrid, 2023, pág. 481, que el supuesto previsto en el artículo 43 LEC tiene escasa cabida en el procedimiento concursal al considerar que es difícilmente explicable la prejudicialidad con reenvío a la vista del poder del juez del concurso y la *vis attractiva* del concurso, a excepción de aquellos supuestos referentes a las acciones de estado civil que se encuentran expresamente excepcionadas del régimen de prejudicialidad en el artículo 52.1.1º TRLC. A este respecto, señala el Auto del JM (en adelante, AJM) de Madrid núm. 2/2024, 26 de febrero (citado por RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: «El rechazo a la prejudicialidad civil suspensiva en el concurso...» pág. 4), que, en sede concursal, ante cuestiones de prejudicialidad civil, rige el principio de unificación funcional y competencial que pretende la agilización del desarrollo del procedimiento de insolvencia, así como la protección, en último término, de los intereses tanto de las entidades concursadas como de la masa pasiva. Asimismo, con base en dicho principio y siempre que concurren los requisitos de relación directa con el concurso y necesidad de resolución de la cuestión para la correcta tramitación del mismo, se atribuirá su resolución al juez del concurso. Asimismo, vid. SAP de Barcelona (Sec. 15ª) núm. 20/2023, de 16 de enero (JUR 2023, 56591).

los efectos de conseguir un buen desarrollo del proceso concursal²³. Según señala la doctrina, no se admite cualquier tipo de conexión, en tanto quedan excluidas las cuestiones accesorias o secundarias, exigiéndose, por tanto, un «enlace directo y causal» entre la cuestión prejudicial y la resolución final. Es decir, el pronunciamiento sobre materia prejudicial ha de constituir un «presupuesto o pre-juicio de la decisión concursal», un «antecedente lógico jurídico del procedimiento principal»²⁴. Junto a ello, debe también concurrir otro elemento: que la cuestión tenga carácter controvertido, es decir, que exista disputa entre las partes sobre la misma y no haya sido resuelta previamente por el órgano jurisdiccional correspondiente con efectos de cosa juzgada. Por tanto, el juez del concurso únicamente entrará a conocer y resolver sobre esta cuando no haya sido objeto de un juicio independiente o cuando, aun habiéndolo sido, se haya resuelto sin efectos de cosa juzgada en su función positiva o no se haya dictado resolución hasta el momento.

La jurisdicción atribuida al juez del concurso en cualquiera de las tres materias incluidas en el artículo 55 TRLC implica reconocerle una competencia extraordinaria que menoscaba la atribuida, como regla general, a jueces de otros órdenes jurisdiccionales²⁵,

²³ Cfr. AJM N° 10 de Santander, de 4 de marzo de 2008 (JUR 2009, 84447). También de interés, CORDÓN MORENO, F.: «La prejudicialidad civil en el concurso de acreedores», *Gómez Acebo & Pombo*, noviembre 2022, pág. 2, considera que dicho precepto incluye tanto las cuestiones prejudiciales que constituyen el objeto principal del proceso como aquellas que no. Ello implica una ampliación del concepto de cuestión prejudicial al incluir, además de aquellas cuya resolución es necesaria para la adecuada tramitación del procedimiento concursal, aquellas que estén «directamente relacionadas con el concurso», las cuales estima que «no parece que necesariamente deban tener eficacia prejudicial».

²⁴ Vid. CALDERÓN CUADRADO, M.P.: «Art. 9. Extensión de la jurisdicción», *Comentario de la Ley Concursal* (Dirs. ROJO y BELTRÁN), Vol. I, Thomson Civitas, Madrid, 2006, pág. 314.

²⁵ Al respecto, vid. TOMÁS TOMÁS, S.: *La Masa Patrimonial como Parte en el Proceso Concursal*, Tesis de Doctorado, Universidad de Murcia, 2021, págs. 199 y 200. También de interés, vid. GIMÉNEZ-ALVEAR GUTIÉRREZ-MATURANA, F.: «Artículo 55. Extensión objetiva de la jurisdicción», *Comentario al texto refundido de la Ley Concursal* (Dir. VEIGA COPO), Vol. I, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021, págs. 374 y 375, quien, en relación con la prejudicialidad civil, expone que la diferenciación en el régimen dado a la misma en el concurso implica un incremento del ámbito de conocimiento prejudicial del juez del concurso en comparación con el del resto de juzgados y tribunales del orden civil, en tanto aquel «puede pronunciarse con carácter prejudicial sobre cuestiones correspondientes a otros órdenes jurisdiccionales siempre que se encuentren imprejuzgados».

encontrándonos, por tanto, ante cuestiones prejudiciales heterogéneas²⁶. Ello implica tanto un desplazamiento del órgano primariamente competente, que, en todo caso, la jurisprudencia ha considerado que debe producirse de forma restrictiva, como la concurrencia de una excepción al principio de improrrogabilidad²⁷.

Dicha jurisdicción podrá ejercerse tanto a instancia de parte, como de oficio por el propio juzgado²⁸, entendiendo la doctrina que esta facultad se fundamenta en la propia función jurisdiccional atribuida a los tribunales, en la medida en que implica el deber de resolver el objeto procesal planteado; y, para cumplir con dicha función, resulta imprescindible pronunciarse previamente sobre aquello que constituye su antecedente lógico-jurídico²⁹. En ambos supuestos el proceder será idéntico, hallándonos ante una cuestión prejudicial de carácter no devolutivo, no habiendo previsto el legislador excepción alguna al respecto.

Dado que la cuestión prejudicial se abordará por el juez dentro de la propia fundamentación jurídica del asunto concursal planteado, y no de forma aislada, su admisión, inadmisión y resolución no se contendrá en ningún caso en resolución independiente³⁰. Ello implica que, ante una disconformidad con lo resuelto sobre la misma, la única vía de ataque será por medio del recurso que proceda contra la propia resolución dictada, debiendo basarse la pretensión impugnatoria en la infracción producida (procesal, en cuanto a su admisibilidad, o material, por el sentido dado), así como en la doctrina del TC relativa a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con los defectos de motivación³¹.

²⁶ Vid. CALDERÓN CUADRADO, M.P.: «Art. 9. Extensión de la jurisdicción», cit., pág. 313.

²⁷ Cfr. STS [Sala Tribunal de Conflictos de Jurisdicción (en adelante, TCJ)] núm. 3/2013, de 9 de abril (RJ 2013, 5910), núm. 7/2013, de 17 de junio (RJ 2013, 7998), núm. 3/2017, de 12 de julio (RJ 2017, 6233), núm. 2/2018, de 21 de marzo (RJ 2019, 2706), núm. 1/2021, de 24 de marzo (JUR 2021, 143517), núm. 2/2021, de 20 de diciembre (JUR 2022, 34187) y núm. 2/2022, de 14 de noviembre de (JUR 2022, 366236).

²⁸ Vid. STS (Sala 2ª) de 6 de mayo de 1968.

²⁹ CALDERÓN CUADRADO, M.P.: «Art. 9. Extensión de la jurisdicción», cit., pág. 314.

³⁰ Ibidem, pág. 316.

³¹ Entre otras, vid. SSTC (Salas 1ª y 2ª) núm. 62/1984, de 21 mayo (RTC 1984, 62) y núm. 255/2000, de 30 octubre (RTC 2000, 255). Al respecto, señala COLOMER HERNÁNDEZ, I.: *La motivación de las*

Además, en materia contencioso-administrativa, la Ley 16/2022 modifica de forma novedosa el contenido del artículo 462 TRLC, estableciendo que la calificación del concurso no afectará a los órganos de lo contencioso-administrativo que conocieran de actuaciones sobre responsabilidad en el ámbito de terceras personas relacionadas con el concursado. De este modo, una vez más, el legislador deja patente su voluntad de desvincular las decisiones que se adopten en el concurso con la repercusión que puedan tener fuera de este.

Tal postura legislativa entendemos que tiene como base la ausencia de atribución de competencia al juez del concurso para conocer de la responsabilidad de los afectados por la calificación por responsabilidad solidaria derivada por la Tesorería General de la Seguridad Social (en adelante, TGSS) o la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (en adelante, AEAT)³², en tanto que dicha derivación únicamente se extiende a bienes y derechos de sujetos distintos a los concursados y sobre los que el juez del concurso no tiene competencia para actuar. De este modo, se da cobijo a la jurisprudencia

sentencias: sus exigencias constitucionales y legales, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 188 y 189, que la motivación es requisito imprescindible para que el juez goce de libertad para decidir, debiendo «justificar la racionalidad y la razonabilidad de la alternativa legítima elegida respecto al *factum probandum*».

³² En tal sentido, vid. FORTEA GORBE, J.L.: «La calificación del concurso», *Derecho Concursal y Preconcursal. Texto Refundido de la Ley Concursal tras la reforma por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre* (Dir. GALLEGO SÁNCHEZ), Vol. II, Tirant Lo Blanch, Valencia, pág. 1721; y LADRÓN RODA, T.: «La sentencia de calificación», *Derecho Concursal Penal* (Coord. DE URBANO CASTRILLO y GARCÍA MARTÍNEZ), Aranzadi La Ley, Madrid, 2025, págs. 166 y 167.

del TS (SECC³³ y Sala 3ª³⁴), respecto a las derivaciones de responsabilidad a los administradores giradas por la AEAT y por la TGSS.

3.2.2. Tratamiento de cuestiones específicas

a) Los efectos de la cuestión prejudicial administrativa, social y civil en el ámbito concursal

A pesar de la jurisdicción que se le atribuye al juez del concurso, la resolución de cuestiones prejudiciales administrativas, sociales o civiles por parte del mismo se caracteriza por no tener efectos de cosa juzgada³⁵, por lo que nos hallaremos ante una decisión jurisdiccional *incidenter tantum* que únicamente desplegaría sus efectos en el procedimiento en cuestión (art. 55.2 TRLC)³⁶.

³³ Cfr. ATS (SECC) núm. 39/2013, de 19 de diciembre (JUR 2014, 28190). Esta resolución refiere la ausencia de norma en la LC que impida, tras la declaración de concurso de la sociedad, la derivación de responsabilidad al administrador, en este caso la acordada por la Tesorería General de la Seguridad Social, en un procedimiento administrativo *ex art.* 15.3 de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con el art. 13 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social. Asimismo, añade que tampoco contempla la normativa concursal la atribución de competencia al juez del concurso respecto del control judicial de dicho acto administrativo.

³⁴ Cfr. SSTs (Sala 3ª) de 20 de junio de 2014 (RJ 2014, 4238), de 18 de noviembre de 2015 (RJ 2015, 5641), y núm. 1421/2016, de 15 de junio (RJ 2016, 3872).

³⁵ En este punto, el TRLC parece seguir la regla general prevista en el art. 42.2 LEC, por la cual el juez civil podrá conocer de asuntos atribuidos a los tribunales contenciosoadministrativo y social, con la salvedad de que, lo decidido por él, «no surtirá efecto fuera del proceso en que se produzca». Si bien esta última expresión es reproducida por completo en el artículo 55.2 TRLC y podríamos considerar innecesaria la previsión del legislador hecha en el ámbito concursal al haberse podido aplicar supletoriamente la LEC, lo cierto es que, seguidamente, el artículo 42.3 LEC hace alusión a la posibilidad de suspensión en supuestos legalmente previstos o a petición de las partes. Por tanto, observamos que el régimen finalmente aplicado no es el mismo.

³⁶ En el ámbito de la prejudicialidad civil en sentido estricto, existen resoluciones [cfr. ATJS de Andalucía (Sala de lo Civil y Penal), de 10 de febrero de 2014 (JUR 2014, 156593)] que han considerado que, ante la ausencia de los requisitos previstos en el art. 43 LEC, es factible atribuir al juez que esté conociendo del procedimiento principal la posibilidad de resolver la cuestión prejudicial *incidenter tantum*. Por el contrario, la postura mayoritaria aboga por excluir tal posibilidad al sostener que la prejudicialidad civil constituye una «excepción a la regla general (prevista en el artículo 10.1 LOPJ) de que los tribunales civiles pueden

El fundamento de dicha característica, se basa, según señalan voces en doctrina³⁷, de un lado, en entender que lo contrario supondría una alteración de las reglas de competencia genérica (art. 9 LOPJ) y objetiva (arts. 85 y 86 TRLC)³⁸; y, de otro, en que los litigantes perderían el control de la tutela pretendida sin su consentimiento y desconociendo el tema concreto sobre el que argumentar su defensa, en tanto la cuestión prejudicial simplemente será un antecedente lógico necesario para resolver la disputa principal de la cual pueden los litigantes desconocer el fondo.

En adición a lo anterior, si bien la esencia del artículo 55.2 TRLC trata de evitar continuas suspensiones del proceso concursal como consecuencia de la necesaria resolución de cuestiones esenciales al mismo en aras a su rápida resolución (principio de celeridad)³⁹, consideramos injustificado el riesgo de que su objeto pueda ser, al mismo

pronunciarse prejudicialmente sobre cuestiones, también civiles, que resulten antecedente lógico jurídico de la cuestión principal» [STS (Sala 1ª) núm. 628/2010, de 13 de octubre (RJ 2010, 7451)]. Asimismo, vid. STSJ de Madrid (Sala de lo Civil y Penal), núm. 31/2017, de 3 de mayo (AC 2017, 727). Ante tal escenario, resulta evidente que la solución adoptada por el legislador concursal se aparta de esta última tendencia mayoritaria, optando por conferir al juez del concurso capacidad para resolver las cuestiones prejudiciales en materia civil, siguiendo así la norma general del art. 10.1 LOPJ, eso sí, siempre *incidenter tantum* (art. 55.2 TRLC).

³⁷ CALDERÓN CUADRADO, M.P.: «Art. 9. Extensión de la jurisdicción», cit., pág. 316.

³⁸ De interés también, el AJM de Madrid núm. 2/2024, 26 de febrero (citado por RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: «El rechazo a la prejudicialidad civil suspensiva en el concurso...» pág. 4), el cual rechazó la suspensión por prejudicialidad civil pretendida por la administración concursal al considerar que los arts. 86 ter.6 LOPJ y 55.1 TRLC reconocen la prejudicialidad civil en el ámbito concursal de forma singular, excluyendo la regulación general de la prejudicialidad civil en el proceso español. Dicha postura viene a excluir la aplicación del art. 43 LEC al sostener que el art. 55 TRLC es la norma de atribución de jurisdicción en sede concursal que excepciona el régimen general del art. 43 LEC sobre prejudicialidad civil. De este modo se satisfacen, según ha señalado RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, las exigencias constitucionales de evitar dilaciones en la Administración de Justicia, favoreciendo una mayor celeridad que redundará en la obtención de una resolución sobre el fondo del asunto en un plazo razonable, «pudiendo salvarse posibles resoluciones con una interpretación amplia del recurso extraordinario de revisión» (en «El rechazo a la prejudicialidad civil suspensiva en el concurso. El concurso como procedimiento iceberg», cit., pág. 5).

³⁹ De interés, ibidem, pág. 4. Señala el autor que el legislador en la última reforma concursal reconoció como bien jurídico a proteger la celeridad, y no paralización del procedimiento, específicamente en lo que a la calificación concursal se refiere. Asimismo, refiere que el concurso se ha configurado como un proceso

tiempo, objeto principal de un segundo litigio fuera del ámbito concursal. Y ello, ya que no solo puede darse la consecuencia evidente de que existan resoluciones contradictorias, sino que también supone una duplicidad de procedimientos y dos juzgados trabajando en idéntica cuestión, con el perjuicio que ello supondría a la vista del colapso existente en la Administración de Justicia actualmente.

Por el contrario, hay autores que consideran justificado sacrificar dichas cuestiones en favor de una mayor celeridad, aun cuando ello supone relegar garantías de especial importancia como las ya expuestas⁴⁰.

Se hace necesario, en cualquier caso, diferenciar tres escenarios distintos:

El primero de ellos, cuando exista ya resolución firme con valor de cosa juzgada dictada por el juez competente sobre la cuestión prejudicial planteada dentro del seno del concurso. La vinculación del juez del concurso a dicha resolución será evidente a fin de evitar una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (arts. 24 CE, 222 LEC y 141 TRLC). Corresponderá a la parte que quiera hacer valer dicho pronunciamiento su aportación al procedimiento incluso dentro del plazo previsto para dictar la resolución concursal final *ex* artículo 271.2 LEC.

El segundo escenario, en el que la cuestión prejudicial es resuelta por el juez del concurso, estando pendiente de pronunciamiento por el juez originariamente competente en un proceso autónomo y diferenciado del concursal. En tal supuesto, si bien las partes podrán poner en conocimiento del juez competente dicha resolución, el mismo gozará de plenitud de jurisdicción para resolver, pudiendo separarse del pronunciamiento efectuado por el juez del concurso. Por ende, aunque puede valorar el mismo, no se prevé vinculación por su parte a dicha resolución previa del juez del concurso.

Y, por último, y derivado del anterior, puede ocurrir que el procedimiento autónomo concluya con una resolución opuesta a lo acordado por el juez en sede

iceberg, «encapsulado», en tanto que se atribuye al juez del concurso la competencia para conocer de la mayor parte de las cuestiones prejudiciales siempre en aras a la celeridad.

⁴⁰ En contraposición a lo sostenido, cfr. CALDERÓN CUADRADO, M.P.: «Art. 9. Extensión de la jurisdicción», cit., pág. 315.

concurral. Nos encontraríamos, en este caso, ante dos resoluciones contradictorias, planteándose como vía que puede resolver dicha discordancia, una vez agotados todos los recursos existentes frente a la decisión concursal comprensiva del pronunciamiento prejudicial, el amparo constitucional [art. 44 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (en adelante, LOTC)]⁴¹. La solución propuesta tuvo acogida inicialmente por el TC en su sentencia (Sala 1ª) núm. 158/1985, de 26 de noviembre⁴², en la que manifestó que repugna a los más elementales criterios de la razón jurídica «aceptar la firmeza de distintas resoluciones judiciales en virtud de las cuales resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron», añadiendo que ello «vulneraría, en efecto, el principio de seguridad jurídica que, como una exigencia objetiva del ordenamiento, se impone al funcionamiento de todos los órganos del Estado en el art. 9.3 C.E. Pero, en cuanto dicho principio integra también la expectativa legítima de quienes son justiciables a obtener para una misma cuestión una respuesta inequívoca de los órganos encargados de impartir justicia, ha de considerarse que ello vulneraría, asimismo, el derecho subjetivo a una tutela jurisdiccional efectiva, reconocido por el art. 24.1 C.E., pues no resulta compatible la efectividad de dicha tutela y la firmeza de pronunciamientos judiciales contradictorios. Frente a estos, por tanto, ha de reconocerse la posibilidad de emprender la vía de amparo constitucional, en el supuesto de que ningún otro instrumento procesal ante la jurisdicción ordinaria hubiera servido para reparar la contradicción»⁴³.

⁴¹ De interés, vid. CASTILLO FELIPE, R.: «Prejudicialidad civil y cosa juzgada en el orden contencioso-administrativo: a propósito de la potestad sancionadora de la Administración en materia de cláusulas abusivas», *Revista Aranzadi Doctrinal*, N.º 1, 2023, versión digital, pág. 8.

⁴² RTC 1985, 158.

⁴³ En el mismo sentido, vid. las SSTC (Sala 1ª) núm. 16/2008, de 31 de enero (RTC 2008, 16). Al respecto es de especial interés el pronunciamiento contenido en la STC (Sala 1ª) núm. 172/2016, de 17 de octubre (RTC 2016, 172) que mantiene que, aunque la jurisdicción constitucional ha reconocido que el art. 24.1 CE impone a los distintos órganos jurisdiccionales el deber de respetar lo resuelto en un proceso anterior cuando exista una estrecha conexión con la relación o situación que deban enjuiciar, lo cierto es que, debido a las peculiaridades propias de cada orden jurisdiccional, se admiten eventuales contradicciones cuando el análisis jurídico se realice desde perspectivas normativas distintas y, además, concorra una motivación suficiente que exprese el fundamento de la decisión adoptada o justifique la separación frente a lo resuelto en otro orden jurisdiccional.

Recientemente, dicho Tribunal ha reiterado tal doctrina en su sentencia (Sala 1ª) núm. 31/2025, de 10 de febrero⁴⁴.

Sin embargo, la postura expuesta no ha sido mantenida de manera firme por el referido tribunal⁴⁵. También propone el TC como vía satisfactoria para solventar la problemática expuesta en este último escenario que el órgano judicial encargado de resolver en segunda instancia puede, de manera razonada, desestimar la identidad de las situaciones cuando la contradicción sea solo aparente o existan motivos que justifiquen una interpretación diferente de los hechos⁴⁶. No se trata de que una jurisdicción deba aceptar de manera automática lo resuelto por otra, sino que cualquier distinta apreciación de los hechos debe ser debidamente fundamentada, al considerar el TC que el derecho a la tutela judicial efectiva incluye, entre otros aspectos, el derecho a obtener una resolución debidamente motivada en Derecho. En aquellos casos en los que, en principio, la resolución que un órgano judicial va a pronunciar pueda ser contradictoria con la dictada previamente por otro órgano, el tribunal que emite la segunda resolución deberá exponer las razones por las cuales, a pesar de las apariencias, considera que tal contradicción no existe⁴⁷.

b) Los incidentes y la suspensión por prejudicialidad civil

Una de las cuestiones de especial interés en esta materia es la determinación de si la jurisdicción del juez del concurso respecto de las cuestiones prejudiciales administrativas, sociales y civiles se extiende también a las que puedan plantearse durante la tramitación de los incidentes concursales.

Pese a que el artículo 55.1 TRLC no lo excluye de forma expresa, existen resoluciones judiciales que así lo han establecido respecto a las cuestiones prejudiciales

⁴⁴ JUR 2025, 29900.

⁴⁵ Cfr. AGUILERA MORALES, M.: *Unos mismos hechos. Un ensayo sobre las contradicciones fácticas en los procesos*, Marcial Pons, Madrid, 2021, págs. 29 a 32.

⁴⁶ Al respecto, vid. CASTILLO FELIPE, R.: «Prejudicialidad civil y cosa juzgada en el orden contencioso-administrativo ...», cit., págs. 7 y 8.

⁴⁷ Cfr. SSTC (Sala 1ª) núm. 158/1985, de 26 de noviembre (RTC 1985, 158), y núm. 16/2008, de 31 de enero (RTC 2008, 16).

civiles. En concreto, el AAP de Madrid (Sec. 28ª) núm. 253/2015, de 9 de diciembre⁴⁸ en el que se acuerda la suspensión de un incidente por prejudicialidad civil, en el que la parte demandante solicitaba el cumplimiento de contratos de arrendamiento de industria suscritos con la concursada, y todo ello sobre la base de que: se trataba de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes; y la suspensión del incidente había sido solicitada por la concursada (parte demandada) a la vista de la existencia de dos procedimientos en los que esta había instado la nulidad de la relación jurídica y la resolución de los contratos por incumplimiento. Y señala dicho auto expresamente: «La prejudicialidad puede ser planteada en cualquier momento del proceso, siempre que no se hubiera dictado sentencia firme, pues su finalidad es evitar la existencia de resoluciones contradictorias, de manera que dicho planteamiento no precluye en tanto pueda ser evitada dicha contradicción, de existir».

Sin embargo, a nuestro parecer, dicho planteamiento colisiona frontalmente con lo dispuesto en el artículo 55 TRLC por dos motivos. El primero de ellos, porque, como ya señalábamos, la propia redacción del precepto se refiere al concurso de forma genérica, debiendo entenderse que el mismo comprende los incidentes concursales que puedan surgir en su seno⁴⁹. Y, el segundo, en tanto la regla general contenida en el mismo es la exclusión de la jurisdicción del juez ordinario en beneficio del juez del concurso, quien dictará resolución *incidenter tantum*, y ello a riesgo de que la misma contradiga otra que posteriormente pudiera, en su caso, dictar el juez originariamente competente.

Es por ello por lo que, a nuestro juicio, estimamos necesaria una precisión por parte del legislador en la dicción del artículo 55 TRLC en la que se pronuncie expresamente sobre la extensión de la jurisdicción del juez del concurso ante cuestiones prejudiciales en cualquiera de las materias anteriores que puedan darse durante la tramitación de un incidente concursal.

⁴⁸ JUR 2016, 40128.

⁴⁹ Tal es la postura mantenida por CALDERÓN CUADRADO, M.P.: «Art. 9. Extensión de la jurisdicción», cit., pág. 314; así como por AHEDO PEÑA, O.: «Artículo 55. Extensión objetiva de la jurisdicción», *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal* (Drs. PRENDES CARRIL y FACHAL NOGUER), Vol. I, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021, págs. 357 y 358.

c) La competencia para resolver cuestiones prejudiciales de las que depende el dictado del auto de declaración de concurso

Otro de los asuntos que se plantea referente a la extensión de la jurisdicción del juez del concurso es si la misma despliega sus efectos en cuestiones prejudiciales de cuya resolución se haga depender la propia declaración del concurso. Se cuestiona, por tanto, si dicha jurisdicción tiene efectos desde el momento exacto en que se presenta la solicitud de concurso o si, por el contrario, la misma únicamente concurre cuando el auto de declaración de concurso alcanza su firmeza.

Es evidente que la trayectoria procedimental será diferente según la solicitud de concurso sea necesaria o voluntaria.

En la primera de ellas, el deudor goza de un trámite previo a la declaración que le permite oponerse a la misma *ex* artículo 20 TRLC, alegando la falta de legitimación del solicitante, la inexistencia del hecho externo revelador del estado de insolvencia en que se fundamente la solicitud, o que, aun habiéndose producido ese hecho, no se encontraba en estado de insolvencia o ya no se encuentra en ese estado. Todas estas causas de oposición pueden, a su vez, dar lugar a cuestiones prejudiciales cuya resolución se haga necesaria para el dictado del auto de declaración de concurso o, en su caso, del auto desestimando la solicitud de concurso.

Por el contrario, en las solicitudes de concurso voluntario, los acreedores tienen conocimiento del concurso tras la publicación del auto de declaración en el Boletín Oficial del Estado⁵⁰ (en adelante, BOE) (art. 35 TRLC) o, incluso con carácter previo, a

⁵⁰ Originariamente, en redacción de la LC de 2003, además de la publicación en el BOE, se exigía otra adicional en un diario de los de mayor difusión en la provincia donde el deudor tuviera el centro de sus principales intereses, así como en uno de los de mayor difusión en la provincia donde radicase su domicilio (art. 23.1 LC). Sin embargo, dicha exigencia se moduló en pro de una modernización electrónica tras el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, previéndose que la publicidad del auto de declaración de concurso, así como de las restantes notificaciones, comunicaciones y trámites del procedimiento, debían realizarse preferentemente por medios telemáticos, informáticos y electrónicos. Al respecto, vid. ARIZA COLMENAREJO, M.J.: «Cooperación Jurisdiccional, publicidad y actos de comunicación en los procesos

través de la comunicación que les es remitida por el administrador concursal (art. 252 TRLC), pero, en cualquiera de los casos, siempre una vez ya se ha dictado el auto de declaración de concurso. Ante este supuesto, el legislador no ha previsto el remoto escenario, aunque posible, por el cual acreedores del deudor puedan estar interesados en formular recurso contra el auto desestimando la solicitud de concurso, alegando incluso cuestiones prejudiciales que estimen oportunas. Consideramos que la única vía de oposición al mismo pasa por personarse en el procedimiento e interponer el correspondiente recurso de reposición y posterior apelación contra el mismo por la vía del artículo 546 TRLC, integrando de este modo la laguna legal referida.

Ante lo expuesto, dos son los aspectos a esclarecer: de un lado, si la jurisdicción del juez del concurso se extiende a cuestiones prejudiciales que puedan afectar a la declaración del concurso; y, de otro, cuál es el cauce procedimental para plantear dichas cuestiones prejudiciales.

Sobre ello se ha pronunciado el AAP de Pontevedra (Sec. 1ª) núm. 312/2017, de 4 de octubre⁵¹ al resolver sobre el siguiente supuesto: tras el dictado del auto de declaración de concurso voluntario presentado por una sociedad y, ante la disconformidad de uno de los acreedores respecto a la validez del acuerdo societario adoptado para la solicitud de concurso, se formularon tanto recurso de reposición y posterior apelación, ambos desestimados, como demanda incidental en impugnación de dicho acuerdo societario. Es decir, por vía del incidente concursal (arts. 532 y ss. TRLC), el acreedor en cuestión pretendía la resolución de la validez o no de tal acuerdo, lo cual constituye una cuestión de carácter prejudicial que afectará indudablemente a la legitimación del deudor para formular la solicitud de concurso (art. 3.1 in fine TRLC).

En primera instancia, el juez acordó la desestimación del incidente por considerar que, aunque el artículo 9 de la Ley Concursal (actual art. 55.1 TRLC) viene referido al conocimiento del juez del concurso de las cuestiones prejudiciales civiles, el mismo no

concursoles tras la reforma de 2009», *Revista Internacional de Estudios sobre Derecho Procesal y Arbitraje*, Nº. 1/2009, versión digital, págs. 6 y ss.

⁵¹ JUR 2018, 54767.

debe servir de pretexto para perseguir la finalidad de no admisión del concurso, estableciendo la ley la vía del recurso de apelación a tal fin.

Por el contrario, la AP dispuso que, si la solicitud de declaración en concurso de acreedores tiene su origen –como no puede ser de otro modo al ser un concurso voluntario– en el acuerdo adoptado por el consejo de administración de la sociedad, resulta evidente que la validez de dicho acuerdo constituye un presupuesto necesario para la puesta en marcha del procedimiento concursal, pues, la eventual estimación de una acción de impugnación puede conllevar la nulidad del acuerdo y, por ende, el archivo del concurso incoado con carácter voluntario.

Adiciona que el juez del concurso es el que se halla en mejores condiciones para conocer las circunstancias en que se adoptó el acuerdo de solicitud de concurso y en las que se fundamenta su impugnación, pues «si bien pueden ser completamente ajenas al concurso en sí (v.gr., defectos de convocatoria, constitución o votación...), también pueden afectar directamente a los presupuestos legalmente exigidos para la declaración de concurso (v.gr. la concurrencia de los requisitos exigidos para la estimación o desestimación de la solicitud, como la actualidad o inminencia realidad de la insolvencia...)». Esto último unido a lo dispuesto en el artículo 10 TRLC nos permite dar respuesta a la primera de las cuestiones planteadas: parece lógico que la jurisdicción del juez del concurso se extienda a la resolución de las cuestiones prejudiciales que sean antecedente lógico de la propia declaración de concurso⁵².

En cuanto al cauce procedimental por el que debe dirimirse la cuestión prejudicial, resuelve la AP señalando que, dado que la validez del acuerdo societario se trata de una cuestión previa al concurso y no deriva del mismo, no procede su tramitación por vía del incidente concursal, «lo que, unido a la previsión expresa de los arts. 207.1 LSC y 249.1.3º LEC, y al hecho de que el juicio ordinario ofrece un cauce en el que las partes

⁵² En tal sentido, dispone finalmente el AAP de Pontevedra núm. 312/2017, de 4 de octubre (JUR 2018, 54767), que, si bien es un tema controvertido, en virtud del criterio de mayor efectividad de la tutela judicial y dado que el órgano que mayor vinculación tiene con la controversia es ante el que se sustancia la solicitud de concurso, procede atribuir al mismo, en este concreto supuesto, el conocimiento de la acción impugnatoria.

pueden plantear sus pretensiones y motivos de oposición con mayor flexibilidad y plenitud, nos lleva a concluir de preferente aplicación el art. 249.1.3º LEC, como norma especial frente a los arts. 192 y ss. LC».

Frente a tal solución judicial, hay autores que consideran la inadecuación de los tramites indicados al entender que se trata de procedimientos plenarios en los que su resolución produce eficacia de cosa juzgada, cuando, de atribuirse la competencia al juez del concurso para su resolución, su pronunciamiento deberá ser *incidenter tantum*, bastando con que la resolución de la cuestión prejudicial planteada sea solicitada por ambas partes o por una de ellas, oída la contraria según prevé el artículo 43 LEC⁵³.

A nuestro parecer, a fin de no contravenir lo dispuesto en el artículo 55 TRLC, en tanto la cuestión prejudicial no puede dar lugar, como ya se ha apuntado en epígrafes anteriores, a una resolución independiente, sino que debe ser resuelta dentro de un asunto puramente concursal, la vía más adecuada para su tratamiento, cuando nos encontremos ante solicitudes de concurso voluntarias, será por medio del correspondiente recurso de reposición y posterior apelación que pueda plantearse por el acreedor frente al auto de declaración de concurso. Por el contrario, en el caso de concursos necesarios, el planteamiento de la prejudicialidad deberá llevarse a cabo en el trámite previo al dictado del auto de declaración de concurso mediante la oposición del deudor (art. 20 TRLC).

⁵³ CORDÓN MORENO, F.: «La prejudicialidad civil en el concurso de acreedores», cit., pág. 4.

3.3. La prejudicialidad penal

3.3.1. Aspectos generales

La regulación dada por el artículo 519 TRLC⁵⁴ viene a reproducir en esencia lo ya establecido en la normativa anterior, siendo dos sus aspectos principales⁵⁵:

En primer lugar, la no suspensión del procedimiento concursal ante la pendencia de un proceso penal que pudiera afectar al concurso⁵⁶ con fundamento en el principio de

⁵⁴ El título ofrecido a dicho precepto («Prejudicialidad penal») ha sido objeto de crítica por algunos autores en tanto que lo que realmente viene a regular es la no suspensión del proceso concursal ante la incoación de un proceso penal relacionado con el concurso, manteniéndose de este modo el proceso concursal y el proceso penal en un espacio temporal paralelo (vid. CALAZA LÓPEZ, S.: «La tramitación del procedimiento», cit., págs. 2094 y 2095). Añade dicha autora que un título más acorde a dicho precepto habría sido «no suspensión del proceso concursal ante la incoación del proceso penal».

⁵⁵ Vid. AAP de Madrid (Sec. 28ª) núm. 207/2009, de 11 diciembre (JUR 2010, 93381) y AAP de Islas Baleares (Sec. 5ª) núm. 13/2021, de 15 febrero (AC 2021, 253).

⁵⁶ Respecto de este primer aspecto, CANDAU PÉREZ, A: «Comentario al art. 189 LC», *Comentarios a la Legislación Concursal* (Dirs. SÁNCHEZ CALERO y GUILARTE GUTIÉRREZ), Vol. III, Lex Nova, Valladolid, 2004, págs. 3104 y ss., señala que para que pueda suscitarse una cuestión prejudicial penal no es suficiente que los hechos que constituyen el objeto del proceso penal guarden relación con el concurso, siendo necesario, además, que los mismos sean un presupuesto imprescindible para que el juez del concurso pueda dictar resolución. Es decir, debe tratarse de hechos cuya resolución resulte ineludible en el ámbito concursal y que, por su entidad, puedan por sí mismos configurar el objeto de un proceso penal autónomo. Por tanto, considera inadecuada la dicción del art. 189 LC y prácticamente extendida al art. 519 TRLC, en tanto estima que lo que pretende decir el legislador es que «debe descartarse que la mera relación de otros elementos del proceso penal (por ejemplo, sujetos) con el concurso suscite algún tipo de respuesta jurídica en el Juez concursal». En contraposición con la regla general contenida en el art. 40 LEC, concluye que nos encontramos, por tanto, con una «regla incondicionada» que impide al juez mercantil efectuar un pronunciamiento sobre una cuestión prejudicial penal, ni siquiera a los meros efectos del concurso.

celeridad⁵⁷, es decir, «en la fluida tramitación del concurso en aras a la pronta satisfacción de los acreedores»⁵⁸.

En segundo lugar, la exclusiva competencia del juez del concurso para adoptar y ejecutar⁵⁹ medidas cautelares en el proceso penal de carácter patrimonial que afecten a la masa activa⁶⁰. Dicha atribución le viene impuesta legalmente en los artículos 87.7.a).5ª LOPJ, 52.1.5º y 520.1 TRLC.

De ello se desprende el interés del legislador en garantizar la protección integral de la masa activa y el correcto desarrollo del proceso concursal, al margen de las consecuencias que ello pueda provocar.

⁵⁷ Vid. AAP de Madrid (Sec. 28ª) núm. 181/2008, de 4 julio (JUR 2008, 292550): «Como ha puesto de manifiesto la doctrina más autorizada, la previsión del art. 189.1 de la Ley Concursal constituye una de las excepciones genéricamente previstas en el último inciso del art. 10.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial al principio general de que “la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta determinará la suspensión del procedimiento mientras aquélla no sea resuelta por los órganos penales a quienes corresponda”, sin perjuicio de la competencia exclusiva del juez penal para declarar la existencia del delito y la responsabilidad criminal. La privación del efecto suspensivo de la prejudicialidad penal se fundamenta en los principios informadores del nuevo sistema concursal, en particular en el principio de celeridad, esto es, en la fluida tramitación del concurso en aras de la pronta satisfacción de los acreedores».

⁵⁸ Al respecto, vid. SENÉS MOTILLA, C.: «Art. 189. Prejudicialidad penal», *Comentario de la Ley concursal* (Dir. ROJO y BELTRÁN), Vol. II, Thomson Civitas, 2006, pág. 2772.

⁵⁹ De interés, vid. HERRERO PEREZAGUA, J.F.: «Comentario al art. 8», *Comentarios a la Ley Concursal* *Comentarios a la Ley Concursal, Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial* (Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Vol. I, Tecnos, Madrid, 2004, pág. 126.

⁶⁰ Al respecto, señala LÓPEZ SÁNCHEZ, J.: *El proceso concursal*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012, pág. 338, que la limitación de la competencia del juez del concurso al conocimiento exclusivo de las medidas cautelares de naturaleza patrimonial resulta lógica, en tanto que el concurso se concibe como un cauce dirigido a la actuación de toda responsabilidad patrimonial del deudor.

3.3.2. Tratamiento de cuestiones específicas

a) La suspensión procedimental por falsedad documental

Sin embargo, la regulación anteriormente referida deja sin resolver algunas cuestiones que en un futuro sería conveniente que el legislador abordara garantizando su expreso tratamiento en el TRLC.

La redacción actual no permite en ningún caso la suspensión del proceso concursal o de un concreto incidente incluso cuando nos encontramos ante el enjuiciamiento de un documento imprescindible para la tramitación y/o resolución del concurso. Esta circunstancia se aprecia ante la existencia de un procedimiento pendiente de resolución sobre falsedad documental que afecta a alguno de los documentos aportados a la solicitud de concurso o, incluso, con posterioridad y que pudiera ser de especial relevancia para el transcurrir de dicho proceso.

Si bien es cierto que el artículo 40.4 LEC prevé la automática suspensión ante el escenario expuesto, el artículo 519 TRLC, en contraposición, establece la no suspensión del proceso concursal sin recoger excepción alguna⁶¹. Además, dado su carácter de norma especial, dicho precepto prevalecerá frente a lo dispuesto en la LEC.

Esta cuestión ha sido objeto de crítica por la doctrina, manifestando que este criterio puede dar lugar a graves e irreparables perjuicios que deriven, de probarse la falsedad documental, en la nulidad de las actuaciones del procedimiento concursal. Ante tal escenario, se propugnó, bajo la anterior redacción del TRLC, una reforma en esta materia⁶². Sin embargo, en el nuevo TRLC, la cuestión recibe el mismo tratamiento, no

⁶¹ Tal excepción sí aparece, en cambio, en el artículo 487.2 TRLC, en relación a la exoneración del pasivo insatisfecho, según se abordará en el epígrafe 3.3.2.b) de este capítulo relativo a la suspensión procedimental por prejudicialidad ante la exoneración del pasivo insatisfecho.

⁶² Al respecto, vid. SERRA DOMÍNGUEZ, M.: «Comentario al art. 189 LC», cit., pág. 1895; VALLESPÍN PÉREZ, D.: «La prejudicialidad en el proceso concursal», *Justicia: revista de derecho procesal*, N.º. 1/2013, pág. 143; ANTÓN GUIJARRO, J.: «Art. 189. Prejudicialidad penal», *Tratado Práctico Concursal* (Dir. PRENDES CARRIL), Vol. IV, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2009, pág. 683; y GARNICA MARTÍN, J.F.: «Art. 189. Prejudicialidad Penal», *Derecho Concursal Práctico* (Coord. FERNÁNDEZ BALLESTEROS), Iurgium, Madrid, 2004, págs. 844 y 845.

haciéndose eco el legislador de las críticas expuestas. Lo más sencillo habría sido una simple remisión, dentro del artículo 519 TRLC, al artículo 40, apartados 4 a 7, LEC.

Con base en tal regulación, hay autores que consideran que el juez del concurso únicamente podrá optar por alguna de las siguientes opciones: (i) resolver *incidenter tantum* la falsedad o no de los documentos; (ii) resolver la inclusión de los créditos cuestionados bajo criterios exclusivamente concursales, obviando el aspecto penal. Sin embargo, ambas propuestas presentan inconvenientes: la primera de ellas, en tanto supone un proceder absolutamente contrario a lo que se propugna como regla general en el artículo 10.2 LOPJ; y la segunda, la inseguridad jurídica, puesto que, con posterioridad, podrá dictarse sentencia en el ámbito penal que resuelva sobre dicha falsedad, y tal fallo podría haber dado lugar a un proceder distinto del juez del concurso⁶³.

En adición a lo anterior y sobre la misma base de la seguridad jurídica, no debe obviarse tampoco que, según se verá más adelante, el TRLC prevé en su artículo 443.4º la calificación del concurso como culpable cuando el deudor haya incurrido en una inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o que presente durante la tramitación del procedimiento, o bien hubiere aportado documentos falsos. A la vista de esta premisa, sería de gran utilidad que, con carácter previo, se hubiera dictado sentencia en el proceso penal por el que se declare probada –o no– la falsedad del documento, pues, lo contrario puede dar pie a que lo acordado en la fase de calificación del concurso y lo dictaminado en sentencia penal sea dispar y, por ende, las consecuencias en ambos procesos sean completamente antagónicas, conculcando con ello el principio *non bis in idem*. Y, aún más: también puede ocurrir que en ambos procesos se acuerde la falsedad del documento, imponiéndose sanciones –principalmente las de multa e inhabilitación especial– que deben ser coordinadas a fin de evitar duplicidades e incompatibilidades, aspecto este que tratamos en el capítulo VI de este trabajo.

⁶³ Vid. CANDAU PÉREZ, A: «Comentario al art. 189 LC», cit., págs. 3104 y 3105.

b) La suspensión procedimental por prejudicialidad ante la exoneración del pasivo insatisfecho

Resulta especialmente llamativo que, a pesar lo de anteriormente expuesto, el artículo 487.2 *in fine* TRLC establezca que, en relación con el supuesto contemplado en el número 6.º del apartado anterior⁶⁴ (información falsa), será el juez del concurso quien deba valorar las circunstancias concurrentes respecto de la aplicación o no de la excepción, sin perjuicio de la prejudicialidad civil o penal. Ello constituye una salvedad a la regla general, previendo la posibilidad de suspensión por prejudicialidad civil o penal ante la existencia de información falsa, que comprendería la aportación de documentos ficticios al procedimiento, en tanto puedan contener información inexacta o errónea.

Sin embargo, a diferencia de lo que ocurría con la redacción anterior de la LC y del TRLC originario, el actual TRLC no prevé la suspensión del procedimiento en fase de pronunciamiento sobre la exoneración del pasivo insatisfecho cuando haya un procedimiento penal pendiente sobre los delitos establecidos en el art. 487.1.1º TRLC⁶⁵: contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores. Sin perjuicio de lo anterior, el art. 493.1.3º TRLC establece la revocación de la exoneración si dentro de los tres años siguientes a su concesión recayera sentencia condenatoria firme en dicho procedimiento penal. Pese a esta última apreciación, de la regulación actual se

⁶⁴ El art. 487.1.6º TRLC prevé la imposibilidad de obtener la exoneración del pasivo insatisfecho por el deudor en el que concurra, entre otros, el hecho de que haya proporcionado información falsa o engañosa o en el que hubiera concurrido un comportamiento temerario o negligente al tiempo de contraer endeudamiento o de evacuar sus obligaciones, incluso cuando ello no haya supuesto el dictado de una sentencia de calificación del concurso culpable.

⁶⁵ A este respecto, la redacción del artículo 487 contenida en el TRLC originario sí que preveía expresamente en su apartado 2º, como su antecesora (art. 178 bis, 3.2º LC), la no concesión del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho ante la condena del deudor por sentencia firme por delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los diez años anteriores a la declaración de concurso. Añadiendo seguidamente que cuando existiera «un proceso penal pendiente, el juez del concurso [debería] suspender la decisión respecto a la exoneración del pasivo insatisfecho hasta que recaiga resolución judicial firme».

desprende que, para la concesión de la exoneración, con independencia de la posible revocación posterior, el juez únicamente tendrá en cuenta las condenas firmes por sentencia dictadas en los diez años anteriores a la declaración del concurso, a excepción de aquellos procedimientos pendientes de resolución que, como ya indicábamos, no tengan cabida dentro de los supuestos previstos en el art. 487.1.6º TRLC⁶⁶.

Esta posibilidad de valorar la prejudicialidad penal, en lo que a falsedad documental se refiere, que otorga el citado precepto al juez del concurso es discutible. Dado que el artículo 519 TRLC no prevé la suspensión del procedimiento por prejudicialidad penal, en ningún supuesto, otorgar ahora la discrecionalidad al juzgador de entrar a valorar la existencia de procesos penales en los que se esté ventilando la veracidad de un documento aportado al concurso es cuestionable. Es más, si ello se permite en el supuesto del artículo 487.1.6º TRLC, ¿qué impide otorgar tal amplio margen judicial respecto de las restantes circunstancias que imposibilitan el acceso a la exoneración recogidas en los ordinales 1º a 5º de dicho precepto?

Más adecuado entendemos, si se hubiera querido prever un control sobre la aportación de documentación falsa al concurso a efectos de valorar la concesión de la exoneración del pasivo insatisfecho, incluir una previsión en el artículo 493 TRLC dentro de los supuestos de revocación, mediante la adición de un apartado 4º en el ordinal primero, que recogiera el dictado de sentencias firmes que declaren la falsedad de documentos aportados por el deudor al concurso.

A mayor abundamiento, lo contrario implica que el juez pueda dictar un auto denegando la exoneración frente al cual, en atención a la redacción del artículo 502 TRLC, no está previsto recurso alguno –sin perjuicio de lo mantenido por la jurisprudencia⁶⁷–, provocándole *a priori* una manifiesta indefensión al concursado.

⁶⁶ De interés, vid. TOMÁS TOMÁS, S.: «La exoneración del pasivo insatisfecho tras la Ley 16/2022, de 5 de septiembre», *Anuario de Derecho Concursal* 58, enero-abril 2023, págs. 103 y 104.

⁶⁷ Entre otras, el AAP de Barcelona (Sec. 15ª) núm. 116/2023, de 17 de octubre de 2023 (PROV 2024, 20607) consideró que el auto por el que se deniega la exoneración del pasivo insatisfecho es susceptible de recurso de apelación cuando tal denegación se produzca por iniciativa judicial, es decir, sin oposición de la administración concursal o de los acreedores (art. 502 TRLC). La misma solución se expone por la SAP de

c) Los incidentes y la suspensión por prejudicialidad penal

Con anterioridad a la entrada en vigor del TRLC, parte de la doctrina⁶⁸ cuestionaba si la no suspensión del procedimiento concursal ante la pendencia de un procedimiento penal prevalecía o no sobre todo el proceso concursal, incluidos los incidentes concursales. Pues bien, la nueva redacción dada en el artículo 519 TRLC señala expresamente que «la incoación de procedimientos criminales relacionados con el deudor o por hechos que tuvieran relación o influencia en el concurso de acreedores no provocará la suspensión de la tramitación de este, ni de ninguna de las secciones en que se divide»⁶⁹.

Girona (Sec. 4ª) núm. 61/2023, de 23 de enero (JUR 2023, 339372) al sostener que la falta de previsión legal de tal posibilidad de recurrir implica tener que acudir a las normas generales, operando la previsión supletoria del art. 545 TRLC, con remisión al artículo 455.1 LEC que permite la interposición de recurso de apelación frente a los «autos definitivos» como es el que nos ocupa con la finalidad de asegurar el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE).

⁶⁸ Cfr. HERRERO PEREZAGUA, J.F.: «Comentario al art. 189 LC», *Comentarios a la Ley Concursal* (Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Vol. II, Tecnos, Madrid, 2004, pág. 1922; VALLESPÍN PÉREZ, D.: «La prejudicialidad penal en el proceso concursal», *Justicia: revista de derecho procesal*, Nº. 1/2013, págs. 144 y 145; MUERZA ESPARZA, J.: «Comentario al art. 189 LC», *Comentarios a la Ley Concursal*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2004, pág. 1242.

⁶⁹ Sin embargo, a diferencia de la opción adoptada por el legislador en el actual TRLC referente a la no suspensión de ninguna de las secciones del concurso ante la incoación de procedimiento criminales relacionados con el deudor o por hechos relacionado con el concurso, autores como BERMÚDEZ ÁVILA, M.: «Suspensión de la pieza de calificación por prejudicialidad penal. Aproximación a la nueva regulación de las insolvencias punibles», *El concurso y la conservación de la empresa* (Coord. HERBOSA MARTÍNEZ), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019, pág. 438, entendían que, en atención al antiguo art. 189 LC, procedía lo contrario. En concreto, refiere que la LC parte de una clara diferenciación entre los ilícitos civiles y penales, circunscribiendo los efectos de la calificación concursal al ámbito civil, sin proyectarlos sobre la jurisdicción penal ni erigirlos como condición de prejudicialidad para la persecución de conductas que puedan constituir delito (apartado VIII de su Exposición de Motivos). En consecuencia, estima procedente acordar la suspensión de la tramitación de la pieza de calificación concursal mientras se resuelve la investigación penal de los hechos que constituyen su objeto, dado el carácter preferente de la instrucción criminal. Con ello se evita tanto la duplicidad de actuaciones (civiles y penales) como el posible perjuicio a la investigación criminal derivado de la tramitación paralela de la pieza de calificación. No obsta a dicha suspensión lo dispuesto en el art. 189 LC, pues el mismo viene referido expresamente a la suspensión del

Cabría plantearse en este punto si cuando hace mención a “*las secciones en que se divide*”, únicamente se refiere a las seis estipuladas legalmente, o si, por el contrario, también incluye los incidentes concursales que, dentro de ellas, puedan surgir durante su tramitación.

Bajo la vigencia de la LC, algunos autores defendieron que, en el desarrollo de un incidente concursal, en todo lo no previsto en los antiguos artículos 192 a 196 LC (actuales arts. 532 a 543 TRLC) habría de estar a lo dispuesto en la LEC en materia de prejudicialidad penal, esto es, a la suspensión⁷⁰. Por el contrario, otros autores sostienen que la prohibición de suspensión del procedimiento se extiende también a los incidentes concursales⁷¹, sobre la base de la elevada repercusión que estos pueden tener sobre el proceso concursal, de modo que el carácter suspensivo no afectará al propio proceso concursal, incluyendo sus incidentes, ni a aquellos procesos acumulados⁷².

En relación con esta cuestión, destacamos el AJM N° 1 de Cádiz, de 11 de octubre de 2005⁷³. Esta resolución judicial viene a dar respuesta a si, iniciado un procedimiento

concurso, «dejando a salvo la suspensión de una de sus piezas (concretamente la de calificación), siempre que se continúe, como se hace, con el trámite del resto del procedimiento concursal».

⁷⁰ En tal sentido, HERRERO PEREZAGUA, J.F.: «Comentario al art. 189 LC», cit., pág. 1922; MUERZA ESPARZA, J.: «Comentario al art. 189 LC», cit., pág. 1242, señala que, si bien tales supuestos no serán frecuentes, la interpretación más razonable del precepto conduce a entender que la prejudicialidad, esto es, la suspensión del procedimiento, debe ser acordada siempre que concurren los requisitos exigidos en el art. 40 LEC, por aplicación supletoria, en el seno de un incidente concursal y respecto a la resolución de una cuestión concreta.

⁷¹ Al respecto, vid. VALLESPÍN PÉREZ, D.: *La prejudicialidad penal en el proceso civil y en el proceso concursal*, Marcial Pons, Barcelona, 2007, pág. 95.

⁷² Vid. GARNICA MARTÍN, J.F.: «Art. 189. Prejudicialidad Penal», cit., págs. 844 y 845.

⁷³ JUR 2005, 279368. Asimismo, vid. AJM N° 1 de Cádiz, de 11 de octubre de 2005 (JUR 2005, 279368), FJ 2º: «Sin embargo, como se ha apuntado, no se estima aplicable el art. 40 LECiv (sic) por cuanto la LC contiene una norma específica de prejudicialidad penal en su art. 189 (...). Es decir, la LC excluye la suspensión del procedimiento concursal por prejudicialidad penal, sin duda por el principio de celeridad que informa toda la regulación concursal. Tampoco puede admitirse la suspensión del incidente concursal por cuanto, como se ha expuesto, la misma supondría la suspensión del procedimiento, contrariando la voluntad de legislador plasmada en el art. 189 LC». Asimismo, vid. AATS (Sala 1ª) de 20 de septiembre de 2017 (JUR 2017, 240044), y de 29 de octubre de 2019 (JUR 2019, 302170).

penal por falsedad documental de un contrato de arrendamiento tenido en cuenta para la calificación del activo, el mismo puede ser óbice para la suspensión del incidente concursal respecto a aquella parte que pueda verse afectada por el alcance del informe en lo relativo al inventario de la masa activa. El JM resuelve la cuestión entendiendo que: (i) no es aplicable el artículo 40 LEC en tanto existe una norma específica en la materia contenida en el artículo 189 LC (actual art. 519 TRLC); (ii) no procede acordar la suspensión por aplicación del principio de celeridad; (iii) tampoco tiene cabida la suspensión del incidente puesto que supondría la suspensión del proceso concursal en sí mismo contradiciendo el artículo 189 LC (art. 519 TRLC).

Sin embargo, debe resaltarse la trascendencia que la prejudicialidad penal presenta en la sección sexta del concurso relativa a la calificación, así como la influencia que dicha calificación puede tener sobre un procedimiento penal seguido por insolvencias punibles. Esta materia será objeto de un tratamiento más específico a continuación.

4. LA DECLARACIÓN DE INSOLVENCIA ACORDADA CON ANTERIORIDAD AL PROCESO CONCURSAL

Si bien es cierto que el procedimiento por excelencia para la gestión de las situaciones de insolvencia de los deudores es el concurso de acreedores, es muy frecuente que la declaración de insolvencia venga acordada, con carácter previo, en otros procedimientos judiciales o administrativos de forma sobrevenida al objeto principal de los mismos.

En el ámbito de la jurisdicción social, el artículo 276 LRJS prevé la posibilidad del empresario de solicitar la declaración de insolvencia, dándose audiencia con carácter previo al Fondo de Garantía Salarial (en adelante, FOGASA) por el letrado de la Administración de Justicia, «para que pueda instar la práctica de las diligencias que a su derecho convenga y designe bienes del deudor principal que le consten». Posteriormente, el letrado dictará decreto declarando, en su caso, la insolvencia total o parcial, según proceda. En caso de que la misma sea parcial, no adquirirá firmeza el decreto hasta que se conozcan bienes del ejecutado o se realicen los bienes embargados. Asimismo, el

apartado 5 del mismo precepto señala que «la declaración firme de insolvencia del ejecutado se hará constar en el registro correspondiente según la naturaleza de la entidad».

Por su parte, en la jurisdicción penal, ante condenas al pago de multas y/o responsabilidades civiles, también puede solicitarse por el penado su declaración de insolvencia con la finalidad de que se le exima o reduzca la satisfacción de las mismas.

De otro lado, puede tener lugar la declaración de insolvencia en sede administrativa derivada de la aparición de obligados tributarios fallidos, entendiéndose por tal aquellos de los que se ignore la existencia de bienes o derechos embargables o realizables para el cobro del débito [art. 61.1 Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación (en adelante, RGR)]. Dicha declaración de fallido podrá ir referida a la insolvencia total o parcial del deudor⁷⁴ en función de si con sus bienes es posible, en parte, el pago de su deuda tributaria, o si, por el contrario, el crédito es incobrable⁷⁵. Tras la determinación del carácter incobrable del crédito, y resultando fallidos todos los obligados a su pago, concluiría el procedimiento de apremio [art. 173.1.b de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante, LGT)], determinándose, asimismo, la baja en las cuentas de la Administración Tributaria en la cuantía a que se refiera dicha declaración (art. 62.1 RGR).

Pues bien, estas declaraciones judiciales o administrativas firmes tienen trascendencia en el proceso concursal.

Frente al sistema de *numerus apertus* al que puede acogerse el deudor para solicitar el concurso y justificar su situación de insolvencia, encontramos el de *numerus clausus* previsto para acreedores y cualesquiera otros legitimados distintos del deudor

⁷⁴ Es especialmente relevante la resolución dictada por el Tribunal Económico-Administrativo Central (en adelante, TEAC) de 9 de junio de 2010 (JT 2010, 1101), la cual matizó los requisitos necesarios para evidenciar la insolvencia total o parcial del deudor principal, aclarando que «no se trata de demostrar la total falta de bienes, sino la ausencia de bienes que puedan ser realizados».

⁷⁵ Vid. arts. 61.1 in fine RGR y 76 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante, LGT). Asimismo, de interés, vid. VALENZUELA VILLARRUBIA, M.A.: «Aproximación a la declaración de fallido y a la baja provisional por insolvencia», *El Consultor de los Ayuntamientos*, N°. Extra III, Wolters Kluwer, octubre 2018, págs. 74 y ss.

respecto a los hechos reveladores del estado de insolvencia, quienes se ven limitados por una serie tasada de supuestos recogidos en el artículo 2 TRLC que les permitirán acreditar la insolvencia del deudor⁷⁶. En concreto, el artículo 2.4.1º TRLC prevé, como uno de los hechos reveladores del estado de insolvencia del deudor, la concurrencia de una declaración judicial o administrativa de insolvencia del deudor previa, siempre que sea firme⁷⁷.

De este modo, la aportación de la resolución firme contenedora de dicha declaración de insolvencia será presupuesto suficiente para que el juez mercantil declare el concurso del deudor *ex* artículo 14.2.1º TRLC el primer día hábil siguiente sin traslado previo al deudor para oponerse a la solicitud, teniendo, en consecuencia, dicha resolución efectos de cosa juzgada. A este respecto, resulta especialmente relevante el hecho de que la declaración de fallido en vía administrativa correspondiente a personas o entidades inscritas en el Registro Mercantil será anotada en este en virtud de mandamiento expedido por el órgano de recaudación competente, siendo el mismo informado de cualquier acto que se presentase a inscripción o anotación con posterioridad (art. 62.3 RGR). Por tanto, el acreedor que quiera acreditar la insolvencia de personas o entidades inscritas en el Registro Mercantil, podrá solicitar la correspondiente certificación expedida por el registrador en la que aparezca anotada la declaración de fallido y cuya aportación será precisa, junto a la solicitud de declaración de concurso, a efectos de acreditar la insolvencia del deudor *ex* artículo 2.4.1º TRLC.

⁷⁶ Al respecto, vid. CAMPUZANO LAGUILLO, A.B.: «Los estados de insolvencia», *Anuario de Anuario de Derecho Concursal*, Nº 58/2023, versión digital, págs. 11 y 12.

⁷⁷ Anteriormente, en la LC dicha previsión se encontraba en el artículo 15.1 y establecía expresamente: «Cuando la solicitud hubiera sido presentada por un acreedor y se fundara en un embargo o en una investigación de patrimonio infructuosos o que hubiera dado lugar a una declaración administrativa o judicial de insolvencia, el juez dictará auto de declaración de concurso el primer día hábil siguiente».

5. LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO EN OTROS PROCEDIMIENTOS

Frente al planteamiento realizado en el apartado anterior, cabe también cuestionarse si la declaración de insolvencia de un deudor contenida en el auto de declaración de concurso tiene trascendencia en otros procedimientos ajenos al concursal.

Con independencia de quien efectúe la solicitud de concurso, el TRLC exige la concurrencia de una insolvencia actual o inminente del deudor⁷⁸. De ello cabe deducir que, dictado el auto de declaración de concurso, la existencia de una situación de insolvencia es patente y, por tanto, queda probada.

Tal escenario nos lleva a plantearnos si, al margen de los efectos propios de la declaración del concurso, esa insolvencia apreciada por el juez del concurso y que constituye presupuesto necesario para dicha declaración (entre otros, arts. 2.1, 6.1, 13, 224 quinquies, 611, 686 y 691 ter TRLC) vincula a otras jurisdicciones, o si, por el contrario, el deudor ha de probar nuevamente en sede penal y laboral su insolvencia, con el riesgo de pronunciamientos judiciales contradictorios.

Esta cuestión es abordada en el apartado 2.2.4 del capítulo VI, al que nos remitimos.

⁷⁸ En caso de solicitud realizada por el deudor, vid. art. 6.1 TRLC, y, ante la solicitud efectuada por cualquier otro legitimado distinto del deudor, vid. art. 2 TRLC.

CAPÍTULO II

LA COEXISTENCIA DE MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO CONCURSAL Y EN PROCESOS DISTINTOS AL DEL CONCURSO

La obligatoriedad de continuar con el desarrollo del concurso con independencia de la existencia de un proceso penal o de otra naturaleza (civil, social o contencioso-administrativo) ante un juez distinto al del concurso sobre hechos relacionados con aquel implica que tanto su sustanciación como su terminación no sean coetáneas. A fin de evitar resultados que impidan o dificulten el cumplimiento de los pronunciamientos patrimoniales derivados de la sentencia dictada en tales procesos, puede ser necesaria la adopción de medidas cautelares con el propósito de, como señala el propio artículo 721.1 LEC, «asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia que se dictare», lo que se traduce, en palabras de ARIZA COLMENAREJO, en el aseguramiento de la integridad del patrimonio del deudor⁷⁹.

La adopción de medidas cautelares antes de la declaración de concurso *ex* artículo 18 TRLC o con la declaración del concurso *ex* artículo 28 TRLC no presenta problemas. Por el contrario, acoger tales medidas en plena coexistencia de procesos ante jueces distintos genera conflictos y, en consecuencia, presenta un mayor interés.

1. LAS MEDIDAS CAUTELARES ACORDADAS EN PROCESOS ANTERIORES A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO

Cuestión especialmente compleja es el destino de las medidas cautelares que inciden sobre el patrimonio del deudor y que han sido acordadas por otros órganos judiciales antes de la declaración del concurso. La respuesta no se halla expresamente prevista en el TRLC. Sin embargo, nuestros tribunales se han pronunciado sobre la cuestión.

El ATS (SECC) núm. 6/2016, de 28 de abril de 2016⁸⁰ señala que la LC habilita al juez del concurso para acordar determinadas medidas cautelares tanto durante su tramitación como antes de su declaración. Sin embargo, no le confiere competencia para

⁷⁹ En «Medidas cautelares en el proceso de declaración y otras medidas del proceso concursal», *Tratado de Derecho Mercantil, Vol. 7 Derecho procesal concursal* (Dir. OLIVENCIA, FERNÁNDEZ-NÓVOA y JIMÉNEZ DE PARGA), Marcia Pons, Madrid, 2008, págs. 374 y 375.

⁸⁰ JUR 2016, 103203.

alzar o dejar sin efecto medidas cautelares previamente adoptadas por otros órganos judiciales o administrativos con anterioridad a la solicitud de concurso⁸¹. La adopción de tales medidas por un juez distinto al del concurso con anterioridad a su declaración tiene repercusión directa en la sustanciación y desarrollo del mismo.

1.1. Las medidas cautelares acordadas en procesos penales

Resulta frecuente que el juez penal adopte medidas cautelares como prohibiciones de disponer, retención de saldos de cuentas bancarias o embargos de bienes y derechos pertenecientes a los investigados. Sin embargo, una vez declarado el concurso, dichas medidas pueden afectar de pleno al devenir del mismo, pudiendo llegar, incluso, a entorpecer el desarrollo de la fase de liquidación, consecuencia, por ejemplo, de la concurrencia de prohibiciones de disponer acordadas en sede penal que impiden la realización del patrimonio del deudor y, en consecuencia, obstruyen la consecución de los fines de la aludida fase.

Sobre esta cuestión se ha pronunciado la jurisprudencia menor en el siguiente sentido:

⁸¹ Continúa dicha resolución señalando que la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica para la Reforma Concursal sugiere que, *a priori*, en atención al carácter universal del concurso y la necesidad de preservar la unidad del procedimiento, el juez del concurso tiene jurisdicción exclusiva y excluyente sobre todas las ejecuciones y medidas cautelares que afecten al patrimonio del deudor, incluso si han sido acordadas por otros órganos jurisdiccionales o administrativos. Sin embargo, al emplear el tiempo verbal «pueden adoptarse» parece evidenciarse que esta atribución de competencia viene referida únicamente a medidas que se acuerden con posterioridad a la declaración del concurso, excluyendo las adoptadas con anterioridad. En cuanto a estas últimas, mantiene que los arts. 55 a 57 LC contemplan su suspensión, pero no facultan al juez del concurso para su cancelación, especialmente en el caso de garantías reales. La LC únicamente permite su cancelación cuando se ha finalizado el proceso de ejecución y se ha satisfecho el crédito con privilegio especial *ex* artículo 155 LC, como ha reconocido la STS (Sala 1ª) núm. 491/2013, de 23 de julio (RJ 2013, 5203). Además, sostiene que el artículo 55.4 LC establece expresamente que las garantías reales quedan exentas del régimen general de suspensión de ejecuciones, y el artículo 57.1 LC reconoce al juez del concurso la competencia para autorizar el inicio o reanudación de la ejecución de dichas garantías, pero no para acordar su cancelación anticipada si el crédito garantizado aún no ha sido abonado.

El AJM N° 1 de Málaga, de 11 de noviembre de 2014⁸² analiza la cuestión controvertida: el Juzgado Central de Instrucción N° 6 había acordado la traba de determinados embargos sobre bienes de la concursada provocando, según manifiesta la administración concursal, la obstaculización de determinadas operaciones en la fase de liquidación con el riesgo de frustrarse o aminorarse el valor de los bienes de la masa activa y, en consecuencia, provocarse un importante perjuicio para los acreedores en el cobro de sus créditos. El JM N° 1 de Málaga solventa el problema manifestando que las eventuales responsabilidades civiles o penales cuyo aseguramiento se pretende mediante la traba de los embargos por el Juzgado Central de Instrucción N° 6 están sometidas a la jurisdicción del concurso y al régimen de pago previsto en la LC, ya que no existe al respecto preferencia alguna reconocida en la LEC ni en ninguna otra norma procesal o sustantiva penal. Ello no obsta a que los acreedores derivados del proceso penal –ya sea el Estado o los particulares– puedan ser reconocidos en el procedimiento concursal al objeto de cobrar sus créditos si ello es procedente. Con fundamento en lo expuesto, el JM acuerda requerir al Juzgado Central de Instrucción N° 6 de Madrid el levantamiento de los embargos trabados sobre el patrimonio de la concursada.

Asimismo, destaca el AJM N° 1 de Tarragona, de 12 de abril de 2016⁸³. En esta ocasión, el Juzgado de Instrucción N° 5 de Tortosa había trabado embargo sobre la cuenta bancaria de la concursada imposibilitando cualquier eventual enajenación de su unidad productiva, su actividad ordinaria e incluso una maximización de su valor de liquidación ante la evidente depreciación de los activos líquidos sometidos a los rigores de una traba judicial. Así refería el juzgado: «habiéndose practicado la traba por el Juzgado de Instrucción a los efectos de asegurar una eventual responsabilidad civil *ex delicto*, dada la naturaleza concursal de ese crédito, corresponde al juez del concurso efectuar el juicio de oportunidad del mantenimiento de la traba en la medida en que ésta comprometa, como aquí ocurre de manera grave, la continuidad del procedimiento concursal y la legítima expectativa de los acreedores a ver satisfechos, siquiera parcialmente, sus créditos». Se

⁸² JUR 2015, 43702.

⁸³ JUR 2016, 128316.

acuerda el requerimiento al Juzgado de Instrucción Nº 5 de Tortosa para dejar sin efecto el embargo trabado.

1.2. Las medidas cautelares acordadas en procedimientos civiles, sociales y, especialmente, administrativos

El antedicho AJM Nº 1 de Tarragona, de 12 de abril de 2016 analiza otra cuestión de especial interés: «Es polémico el levantamiento de embargos pre-concursales en la fase común de una entidad mercantil que pretende un convenio de continuidad; las resoluciones judiciales en este punto son unánimes, y se obvia la cita como el hecho de que el artículo 55.3 LC, en su nueva redacción, parece impedir el alzamiento en todo caso y de forma terminante en lo que respecta a los embargos administrativos». En este sentido, el actual artículo 143.2 TRLC regula la cuestión, estableciendo como un efecto propio de la declaración de concurso⁸⁴ y, por ende, dentro de la fase común, la posibilidad de levantar y cancelar los embargos trabados en aquellos procedimientos de ejecución suspendidos tras la declaración del concurso, siempre y cuando el mantenimiento de los mismos «dificultara gravemente la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado».

Ahora bien, dicho precepto, prevé una última precisión, conforme a la cual «el levantamiento y cancelación no podrá acordarse respecto de los embargos administrativos». A este respecto, el artículo 144.2 TRLC dispone que el dinero que se obtenga por medio de la ejecución se destinará al pago del crédito que hubiera dado lugar a la misma, y el sobrante se incorporará en la masa activa, añadiendo que, si en tercería de mejor derecho ejercitada por la administración concursal se apreciase la existencia de créditos concursales con preferencia de cobro, el importe obtenido al que alcance esa preferencia se pondrá a disposición del concurso⁸⁵. Por tanto, la solución ante embargos administrativos sobre bienes necesarios para la continuidad de la actividad profesional o

⁸⁴ El artículo 143 TRLC se encuadra dentro del Título III: «De los efectos de la declaración de concurso».

⁸⁵ De interés, vid. STS (TCJ) núm. 2/2010, de 18 de octubre (JUR 2010, 427063).

empresarial pasa inevitablemente por el ejercicio de una tercería de mejor derecho por parte de la administración concursal⁸⁶.

Sin embargo, establece el AJM N° 1 de Tarragona lo siguiente: «la literalidad del precepto admite muchos matices, hasta el punto de que la razón que justifica la imposibilidad del alzamiento cuando se trate de medidas administrativas e incluso judiciales no amparadas en el objetivo nexo competencial es, sencillamente, inexistente, si existe pronunciamiento expreso de necesidad para la prosecución de la actividad de esos bienes –lo que acontece analógicamente cuando existen expectativas de enajenación de la unidad productiva, acreditada *ex ante* la conservación de la estructura empresarial

⁸⁶ A este respecto, la STS (Sala 1ª) núm. 319/2018, de 30 de mayo (RJ 2018, 2318), FJ 3º.4, señala la importancia de advertir que el derecho de ejecución separada del concurso prevista en el párrafo segundo del art. 55.1 LC no implica ninguna preferencia de cobro, por lo que, en las ejecuciones, ya sean judiciales laborales o administrativas, después de la declaración de concurso, continúa siendo aplicable el orden de prelación de créditos concursal. Pero recuerda que es imprescindible que la administración concursal lo haga valer por medio de la correspondiente tercería de mejor derecho, que se resolverá con arreglo a las normas concursales. Siguiendo la misma línea, vid. STS (Sala 1ª) núm. 90/2019, de 13 de febrero (RJ 2019, 468), FJ 2º: «Esta tercería de mejor derecho podría hacerse valer, frente al crédito de la TGSS en virtud del cual se practica la ejecución, respecto de concretos “créditos concursales” que, con arreglo a las normas de prelación de créditos de los arts. 89 y ss. LC, tuvieran preferencia de cobro y por su exacto importe. Mientras esté pendiente el concurso, la legitimación para instar esta tercería de mejor derecho corresponde exclusivamente a la administración concursal, en cuanto representa los intereses del concurso, y no a los titulares de los concretos créditos que se esgriman como preferentes frente al crédito de la TGSS. Caso de estimarse la tercería, el importe de lo obtenido que alcance a los créditos con preferencia de cobro respecto del crédito de la TGSS se pondrá a disposición de la masa del concurso, por medio de la administración concursal. No irá directamente destinado al pago de los créditos concursales preferentes al crédito de la TGSS, que hayan justificado la estimación de la tercería de mejor derecho, sino a la masa, para que junto con el resto de los bienes y derechos se haga pago a los acreedores con arreglo a las normas del concurso de acreedores. Conviene remarcar que en la tercería de mejor derecho la administración concursal puede oponer los “créditos concursales” que gozan de prioridad de cobro respecto del crédito de la TGSS, pero no los “créditos contra la masa”. Estos tienen preferencia de cobro respecto de los créditos concursales dentro del concurso de acreedores, de acuerdo con las reglas previstas en el art. 84.3 y 4 LC, pero no fuera del concurso de acreedores. El carácter prededucible de los créditos contra la masa se aplica en el concurso de acreedores, y no en ejecuciones separadas. Esta es una de las diferencias entre la ejecución universal dentro del concurso de acreedores, cuando se opta por la liquidación, y las ejecuciones singulares separadas, realizadas por instancias judiciales o administrativas».

objeto de transmisión– pues de esta declaración se desprenderá la imposibilidad absoluta de continuar la ejecución separada».

Por tanto, podría concluirse que no existe causa real que venga a justificar el no alzamiento o cancelación de embargos administrativos cuando ello entorpezca la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concurso. En consecuencia, a nuestro juicio, es recomendable una nueva redacción del precepto que no diferencie entre embargos administrativos y judiciales, de modo que todos ellos queden incluidos en el mismo supuesto de hecho, que solo cedería bajo una condición: la continuidad de la actividad profesional o empresarial.

De este modo, procedería la supresión del trámite relativo al ejercicio de la tercería de mejor derecho frente a la administración correspondiente, con ahorro de tiempo y trabajo para todas las partes⁸⁷. La modificación del precepto quedaría justificada en la medida en que, conforme al principio de *la par conditio creditorum*, la administración, de ser acreedora de créditos con preferencia de cobro, no resultaría perturbada en su posición privilegiada y, de existir otros acreedores con esa misma preferencia crediticia, los bienes que se fueran a embargar por la administración estarían ya integrados en la

⁸⁷ Al respecto se pronuncia CARRASCO PERERA, A.: «Las tercerías en las ejecuciones extraconcursoales. Un absurdo innecesario creado por el Texto Refundido de la Ley Concursal», *Gómez-Acebo & Pombo*, disponible en: <https://ga-p.com/publicaciones/las-tercerias-en-las-ejecuciones-extraconcursoales-un-absurdo-innecesario-creado-por-el-texto-refundido-de-la-ley-concursal/> (consultado, por última vez, el 10 de junio de 2025), cuestionando el ejercicio de la tercería de mejor derecho por la administración concursal, al sostener que «lo sustantivo es que, aunque la ejecución se prolongara de forma que ya hubieran sido devengados créditos contra la masa, su preferencia no se puede hacer valer por medio de una tercería de mejor derecho. Conforme al artículo 614.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el tercerista ha de probar la preferencia de su crédito. Pero la administración concursal no tiene un crédito específico que priorizar, sino todos los créditos futuros, que no habrán nacido aún al momento del embargo, y que no se pueden cuantificar». En discrepancia con este autor se halla TOMÁS TOMÁS, S.: *La Masa Patrimonial como Parte en el Proceso Concursal*, Tesis de Doctorado, cit., pág. 212, nota al pie 424, quien refiere que la administración concursal puede hacer valer un crédito preferente desde el embargo y hasta el *dies ad quem* (art. 615 LEC), debiendo acontecer en tal sentido a excepción de que se trate de embargos de dinero, saldos de cuentas corrientes o divisas convertibles, en cuyo caso se debe producir la entrega directa al ejecutante. Ahora bien, ambos autores convienen en que la masa activa debe quedar integrada por la totalidad de los fondos, salvo que el ejecutante ostente carácter privilegiado.

masa activa de la concursada para hacer frente a los mismos, respetándose en todo momento el orden de prelación de pagos previsto en el TRLC.

1.3. La colaboración entre jurisdicciones

En este epígrafe estudiaremos la necesaria colaboración entre jurisdicciones (penal y civil-mercantil, en este caso). A tal fin, resulta de especial interés analizar el AJM N° 8 de Madrid, de 22 de abril de 2015⁸⁸.

El JM referido expone con acierto, y de forma sistemática, que todas las consecuencias jurídico-civiles derivadas del proceso penal son objeto de expresa regulación en el TRLC, en función del momento en el que surge la responsabilidad civil extracontractual derivada del delito. De esta suerte, respecto a los delitos cometidos con anterioridad a la declaración del concurso, aquella responsabilidad constituye un crédito privilegiado general del artículo 280.5º TRLC; en cuanto a los delitos cometidos durante la sustanciación del concurso y hasta su conclusión, encuentra su acomodo en el crédito contra la masa del artículo 242.13º TRLC; y, la que pueda derivarse de un procedimiento penal en curso durante la tramitación del concurso, se recoge como crédito contingente sometido a condición suspensiva previsto en el artículo 262.1 TRLC (en relación con el 261.3 del mismo texto).

Asimismo, respecto al segundo de los escenarios expuestos en tal resolución referente a la responsabilidad civil proveniente de una sentencia penal dictada durante la pendencia del concurso, cuestión que será objeto de análisis en este trabajo⁸⁹, extrae las siguientes reflexiones: de un lado, el artículo 519 TRLC establece la no suspensión de los procedimientos penales por la sustanciación del concurso; y, de otro, sostiene que la misma deberá hacerse efectiva mediante su reconocimiento en el proceso concursal. El artículo 142 TRLC prevé que no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales contra los bienes o derechos de la masa activa desde la declaración de concurso, extendiéndose dicha prohibición indudablemente al proceso penal. Asimismo, el artículo 143.1 TRLC añade que las actuaciones y los procedimientos de ejecución

⁸⁸ JUR 2015, 114876.

⁸⁹ Vid. capítulo VI, apartado 5.

contra bienes o derechos de la masa activa que se encuentren en tramitación quedarán en suspenso desde la declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que proceda dar a los respectivos créditos.

En adición a lo anterior, recuerda el Juzgado una cuestión que consideramos obvia y es que, en aquellos supuestos en los que el condenado al pago de la responsabilidad penal haya distraído su patrimonio dificultando así la ejecución de dicha condena, el remedio más factible no sería el inicio de procesos civiles aislados para la rescisión de tales actos, sino el ejercicio de acciones de reintegración concursal por parte de la administración concursal *ex* artículos 226 y ss. TRLC, conforme al principio de universalidad patrimonial del deudor consagrado en el artículo 192 TRLC⁹⁰. Y lo mismo ocurriría, señala el JM N° 8 de Madrid, con las condenas frente a terceros (apoderados generales, socios, administradores de hechos, cómplices, etc.) derivadas de la sección de calificación, frente a los que el perjudicado por el ilícito penal en una ejecución singular penal no tendría acción o debería costear la misma en un proceso declarativo civil individual. Ante tales situaciones, procedería el ejercicio de la acción de reintegración, pero ello solo tiene cabida dentro de los supuestos expresamente previstos en el artículo 226 TRLC:

En primer lugar, frente a los actos perjudiciales para la masa activa llevados a cabo por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la solicitud de declaración de concurso, así como los ejecutados desde esa fecha a la de la declaración, aun en ausencia de intención fraudulenta.

Y, en segundo, frente a los actos que perjudican la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la comunicación de la existencia de negociaciones para alcanzar un plan de reestructuración con los acreedores o la intención de iniciarlas, así como los que se produzcan desde esa fecha a la de la declaración de concurso, aun sin intención fraudulenta, siempre que se aprecien dos condiciones: que no

⁹⁰ En relación al principio de universalidad, vid. COLOMER HERNÁNDEZ, I.: «Ejecución singular y concurso de acreedores», *La ejecución civil* (Dir. MORENO CATENA), Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2005, págs. 176 a 178; y TOMÁS TOMÁS, S.: *La Masa Patrimonial como Parte en el Proceso Concursal*, Tesis de Doctorado, cit., pág. 111.

se hubiera aprobado un plan de reestructuración o que, de haberse aprobado, no hubiera sido homologado por el juez; y que el concurso se declare dentro del año siguiente a la conclusión de los efectos de esa comunicación o de la prórroga que hubiera sido concedida.

De otro lado, el AJM N° 8 de Madrid se adentra en la búsqueda de una respuesta jurídica a la interferencia de las medidas cautelares derivadas de uno y otro proceso (penal y concursal), partiendo de dos ideas: «(i) – existe una predominancia regulativa, por su globalidad y precisión, en el régimen de intervención patrimonial concursal frente a la normación procesal civil o criminal, y (ii) – la solución está en arbitrar el control de tales medidas concursales también para que el Juez de Instrucción y el Ministerio Fiscal de la causa penal, para que éste vea innecesario adoptar medidas que generen interferencias entre los procesos».

A fin de justificar la preferencia en el acogimiento de medidas cautelares en el proceso concursal frente al penal, el JM N° 8 de Madrid se apoya en las siguientes ideas: (i) el principio de universalidad patrimonial del deudor (art. 192 TRLC); (ii) el deber de conservación (art. 204 TRLC) y la prohibición de enajenación (art. 205 TRLC) hasta la aprobación del convenio o la apertura de la fase de liquidación; (iii) el sometimiento del deudor al régimen de intervención o suspensión de facultades de administración y disposición por la administración concursal (art. 106 TRLC), previendo la anulabilidad frente a los actos que lo infrinjan (art. 109 TRLC); (iv) la existencia de una acción especial concursal de reintegración (arts. 226 y ss. TRLC); (v) el sistema de publicidad registral sobre los bienes de la masa (art. 37 TRLC) y el cierre del registro para actos de disposición sobre los mismos que no estén expresamente autorizados o permitidos (art. 109.4 TRLC); (vi) y la intervención en el proceso de la figura del administrador concursal cuyas atribuciones, legitimación para el ejercicio de acciones, retribución y régimen de responsabilidad, entre otros, se encuentran perfectamente delimitados legalmente.

En atención a todo lo anterior, el JM N° 8 de Madrid refiere que «los fines de aseguramiento que se pretenden lograr en el proceso penal con ciertas medidas cautelares quedan mejor protegidos y logrados acudiendo a la superior regulación de los efectos del concurso de acreedores». Para ello es importante una colaboración efectiva y real entre la administración concursal y los jueces de instrucción y el Ministerio Fiscal, que les

permita a estos últimos profesionales cerciorarse de que las medidas cautelares adoptadas en el seno del concurso son suficientes y que las medidas de aseguramiento penal quedan colmadas con las previsiones concursales, evitando la adopción de otras que impidan la coordinación de ambos procesos.

A la vista del anterior razonamiento, el JM considera:

En primer lugar, que debe ser inmediatamente admitida y resuelta cualquier objeción planteada por el juez de instrucción y el fiscal sobre la identidad de dicho administrador concursal, para su sustitución, o cualquier observación, advertencia o valoración que efectúen sobre el desarrollo de sus funciones. Asimismo, el juez de instrucción y el fiscal deben ser consultados sobre qué régimen de intervención procede aplicar en el concurso, siendo siempre preferente el de suspensión; también ha de ser comunicado y consultado cualquier cambio de régimen.

De otro lado, la administración concursal, en opinión del juzgador, debe ser a su vez supervisada por el juez de instrucción y el fiscal, colaborando activamente con ellos y remitiéndoles copia del informe del artículo 292 TRLC, del plan de liquidación, de las solicitudes de enajenación de bienes y de los informes trimestrales, así como de los informes de retribución provisional y definitiva, y de la rendición de cuentas.

Finalmente, considera que el administrador concursal debe hacerle llegar al juez de instrucción y al Ministerio Fiscal información a efectos de su constancia sobre el resultado de acciones contra terceros, acciones de reintegración o pretensiones, y resultado de la calificación del concurso.

Sin embargo, estas conclusiones ofrecidas por el JM N° 8 de Madrid deben ser atendidas con cautela. El juez del concurso debe ser independiente y no ha de quedar sometido de forma continua, en lo que a las medidas cautelares se refiere, a la supervisión del juez penal. En este mismo sentido, es imprescindible destacar que la actuación del administrador concursal únicamente puede ser supervisada por el juez del concurso, por lo que resulta aventurada la idea de que dicha supervisión se lleve a cabo también por el juez de instrucción y el fiscal.

Frente a la tesis expuesta, que se extralimita de las precisiones legales, consideramos más razonable procurar la coordinación en la actuación de ambos órdenes jurisdiccionales en los términos expuestos en otros pasajes de este trabajo ⁹¹, especialmente mediante la medida de consulta del Registro Público Concursal propuesta.

1.4. La negativa al alzamiento de medidas cautelares

El problema surge cuando ante la falta de coordinación, fundamentalmente cuando el órgano judicial que inicialmente acordó la medida cautelar se opone a su alzamiento.

Ello se ve agravado por la regla contenida en el artículo 44 LOPJ, que establece el carácter preferente del orden jurisdiccional penal, de modo que, ningún juez o tribunal puede plantear conflicto de competencia a los órganos de tal orden jurisdiccional. Este carácter es reconocido, además, en los artículos 9 y 10 LOPJ, ante el que debe ceder la competencia exclusiva y excluyente del JM respecto a las «ejecuciones relativas a créditos concursales o contra la masa sobre los bienes y derechos de la persona concursada integrados o que se integren en la masa activa, cualquiera que sea el tribunal o la autoridad administrativa que la hubiera ordenado» (art. 87.7.a.2ª LOPJ), al entenderse, además, que esta se refiere a ejecuciones civiles, sociales y administrativas, pero en ningún caso las acordadas por órganos de la jurisdicción penal⁹². Y en el mismo

⁹¹ Los mismos argumentos son empleados en el AJM N° 3 de Pontevedra (sede en Vigo) de 9 de junio de 2016, en relación con el Auto del Juzgado de Instrucción (en adelante, AJI) N° 3 de Vigo de 15 de julio de 2016, en el que se acordó el alzamiento de las medidas cautelares patrimoniales acordadas sobre el patrimonio del investigado [citados en FACHAL NOGUER, N.: «Aspectos procesales de la adopción y alzamiento de las medidas cautelares en el concurso», *El Derecho. Revista de Derecho Mercantil*, 2016, versión digital (disponible en <https://elderecho.com/aspectos-procesales-de-la-adopcion-y-alzamiento-de-medidas-cautelares-en-el-concurso>, consultado por última vez el 10 de junio de 2025)].

⁹² Al respecto, la AAP de Zamora núm. 3/2011, de 19 de enero (AC 2011, 921), FJ 3º, sostiene que, además, de que el principio de preferencia de la jurisdicción penal constituye un principio general del Derecho *ex* arts. 9, 10 y 44 LOPJ, la competencia del juez penal para adoptar medidas cautelares como las acordadas en las diligencias objeto tal resolución le viene atribuida por los arts. 589 y ss. LECrim. Por su parte, la regulación en la LC de la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso en materia de ejecuciones y apremios considera que se refiere específicamente a ejecuciones singulares –judiciales y extrajudiciales–, haciendo referencia expresamente a las de carácter administrativo y laboral. De ello,

sentido, se pronuncia el artículo 520.2 TRLC al señalar que las medidas cautelares «se acordarán del modo más conveniente para garantizar la ejecución de los pronunciamientos patrimoniales de la eventual condena penal».

Todo ello hace necesaria la búsqueda de una solución eficaz que impida la correcta sustanciación del proceso concursal sin trabas ni retrasos en su tramitación.

En la materia, destaca el ATS (SECC) núm. 2/2019, de 19 de febrero⁹³ que resuelve la cuestión planteada por el JM N° 9 de Barcelona frente a una medida cautelar adoptada con anterioridad a la declaración de concurso por el Juzgado de Instrucción N° 37 de Madrid, que consistía en el bloqueo de cuentas de las mercantiles deudoras para asegurar la posible condena de responsabilidad civil derivada del delito enjuiciado. De dicho Auto, destacan los siguientes argumentos:

En primer lugar, una vez declarado el concurso, las facultades de administración y disposición del concursado se ven afectadas bien por su limitación, bien por su suspensión y atribución al administrador concursal (art. 107 TRLC). A este respecto, hay quienes han considerado que esa afección patrimonial derivada de la declaración del concurso podría ser entendida como una medida cautelar de control. En este sentido, se han pronunciado SÁNCHEZ RUS y SÁNCHEZ RUS⁹⁴ y el ATS (SECC) núm. 2/2019, de 19 de febrero⁹⁵, al entender que se trata de «medidas cautelares de control para evitar actos de despatrimonialización del deudor que puedan impedir todavía más el cobro de los créditos de sus acreedores». Por el contrario, otros autores como TOMÁS TOMÁS⁹⁶ han

considera que se desprende con claridad que el legislador ha circunscrito dicha competencia a ejecuciones propias de los órganos jurisdiccionales civiles de cualquier clase que sean, sociales y administrativos, sin mención alguna a las medidas o ejecuciones acordadas por la jurisdicción penal.

⁹³ RJ 2020, 408.

⁹⁴ En «Comentario al artículo 24», *Comentario de la Ley Concursal* (Coord. BELTRÁN SÁNCHEZ, ROJO FERNÁNDEZ, CAMPUZANO LAGUILLO y ALAMEDA CASTILLO), Vol. I, Thomson Civitas, Madrid, 2004, pág. 518.

⁹⁵ RJ 2020, 408.

⁹⁶ En *La masa patrimonial como parte en el proceso concursal*, Thomson Reuters Aranzadi, cit., pág. 147. En la misma línea: RIFÁ SOLER, J.M.: «Comentario al artículo 24», *Derecho Concursal Práctico* (Dir. FERNÁNDEZ BALLESTEROS), Iurgium, Madrid, 2004, págs. 138 a 140; ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. y TIRADO

considerado que su adopción no persigue garantizar la efectividad de una tutela judicial aún pendiente de pronunciamiento jurisdiccional, sino salvaguardar el valor de la masa activa conforme a los mandatos del legislador (art. 204 TRLC), evitando la desaparición, perecimiento, deterioro, pérdida de valor o de productividad de los bienes o derechos que la integran.

Lo cierto es que son varios los extremos que diferencian las consecuencias del auto de declaración de concurso como efecto de la tutela instada de las propias que se derivan de las medidas cautelares: primeramente, la afección propia de la declaración del concurso atañe de forma general a la totalidad del patrimonio del deudor, mientras que los embargos derivados de una medida cautelar lo son respecto de bienes concretos; seguidamente, el embargo exige el dictado de una resolución concreta por parte del letrado de la Administración de Justicia; y, por último, el embargo no entraña una limitación del poder de disposición sobre el bien sobre el que recae, así como tampoco una desposesión respecto de su titular, en tanto podrá ser objeto de enajenación, pero siempre con subsistencia de la carga.

En atención a lo anterior, resulta evidente que la postura sostenida por la SECC en el auto núm. 2/2019, de 19 de febrero⁹⁷ no es la más acertada, en tanto, son múltiples los argumentos que permiten desvirtuar el carácter de medida cautelar de las consecuencias propias de la declaración del concurso en lo que a la afección del patrimonio del concursado se refiere.

En segundo lugar, el ATS sostiene que el ordinal 3º del artículo 86 ter 1 LOPJ – actual art. 87.7.a.2ª LOPJ– otorga al juez del concurso la competencia exclusiva y

MARTÍ, I.: «Comentario al artículo 21», *Comentario de la Ley Concursal* (Dir. ROJO y BELTRÁN), Vol. I, Thomson Civitas, Madrid, 2004, pág. 485 (aunque en págs. 486 y 487 se refieren a estas medidas como cautelares); ARIZA COLMENAREJO, M.J.: «Medidas cautelares en el proceso de declaración y otras medidas del proceso concursal», *Tratado de Derecho Mercantil, Vol. 7 Derecho procesal concursal* (Dir. OLIVENCIA, FERNÁNDEZ-NÓVOA y JIMÉNEZ DE PARGA), Marcia Pons, Madrid, 2008, págs. 394 y 395; y ORTELLS RAMOS, M.: «Concurso de acreedores y tutela judicial cautelar (A propósito de la nueva Ley Concursal)», *Las Claves de la Ley Concursal* (Dir. QUINTANA CARLO, BONET NAVARRO y GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ), Thomson Aranzadi, Navarra, 2005, págs. 117, 118 y 132.

⁹⁷ RJ 2020, 408.

excluyente para conocer de las ejecuciones contra el patrimonio del concursado «cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado», a excepción de lo previsto en los artículos 144 TRLC y 56 LEC, los cuales no afectan al caso que nos ocupa. Asimismo, en el apartado 4º del mismo precepto de la LOPJ –ahora apartado 5º–, atribuye la competencia exclusiva y excluyente al juez del concurso respecto a toda medida cautelar que afecte al patrimonio del concursado, a excepción de las que se adopten en los procesos civiles que quedan excluidos de su jurisdicción en el número 1º y sin perjuicio de las medidas cautelares que decreten los árbitros durante un procedimiento arbitral. En consecuencia, afirma la Sala que no es posible que un tribunal distinto del juez del concurso adopte medidas cautelares que afecten directamente a la masa del concurso de acreedores mientras el mismo esté en vigor.

En tercer lugar, el crédito que se derive de la responsabilidad civil contra el deudor concursado como consecuencia de la sentencia penal debe quedar, en todo caso, sometido a las reglas del concurso de acreedores y, por ende, al juez que conoce del mismo, a quien el artículo 520 TRLC reconoce la competencia para adoptar las medidas dirigidas a garantizar que el acreedor de aquel posible crédito por responsabilidad civil derivada de delito, pendiente de resolución en una sentencia penal, no quede postergado en el cobro. En línea con lo ya expuesto, la resolución sostiene que es manifiesta la incompetencia del juez de instrucción en esta materia, en tanto debe entenderse que la declaración de concurso implica la innecesariedad de las medidas cautelares adoptadas en otros procedimientos, en tanto la función cautelar es sustituida por las medidas propias del proceso concurso.

Por último, concluye el auto reconociendo la competencia al juez del concurso para pronunciarse sobre la vigencia de las medidas cautelares que afectan al patrimonio del deudor concursado y a las que no le son de aplicación las excepciones a la paralización de ejecuciones o la competencia exclusiva del juez del concurso para la adopción de medidas cautelares. Dado que, en este asunto, la medida de bloqueo de cuentas se acordó en unas diligencias penales con la finalidad de garantizar una eventual condena a la concursada a indemnizar daños y perjuicios y, por tanto, no se incluye en aquellas excepciones, resuelve el conflicto de competencia atribuyéndosela al juez de lo mercantil que conoce del concurso.

Por tanto, del auto de la SECC examinado cabe colegir una primera solución respecto de las medidas cautelares que se adoptan por el juez penal con anterioridad a la declaración de concurso y que afectan de forma directa al patrimonio del deudor concursado. Tales medidas deben alzarse, una vez declarado el concurso, mediante petición del juez mercantil competente al juez penal del proceso en el que se hubieran acordado, puesto que, sin perjuicio de que se estime oportuna la adopción de medidas dentro del proceso concursal, dada la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso en esta materia, los propios efectos del mismo, entre los que se encuentran la limitación o suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, se constituyen como “medidas preventivas” tendentes a evitar una distracción de su patrimonio. Lo anterior no empece que, en determinadas ocasiones, sea necesaria, según señala ORTELLS RAMOS⁹⁸, la adopción de otras medidas adicionales previa valoración por el juez de las circunstancias concretas que las puedan justificar (art. 728.2 LEC). La adopción de tales medidas adicionales, en este caso, cautelares, podrán ser acordadas tanto a instancia del legitimado para instar el concurso necesario (art. 18 TRLC⁹⁹), como de oficio por el propio juez del concurso al dictar el auto de declaración del mismo (art. 28.3 TRLC).

De otra parte, en aquellos casos en que la medida cautelar adoptada por el juez penal consista en el embargo sobre bienes propiedad del concursado, existe otra posibilidad, si bien se relega, de conformidad con los artículos 225 y 430 TRLC, al momento de la transmisión o realización del bien sobre el que se haya acordado la medida cautelar en cuestión, según se trate de bienes que tengan reconocida o no sobre ellos una carga que suponga el reconocimiento de un crédito con privilegio especial (ej.: hipoteca).

⁹⁸ En «Concurso de acreedores y tutela judicial cautelar...», cit., pág. 150.

⁹⁹ Asimismo, también resultan de interés al respecto las palabras de TOMÁS TOMAS, S.: *La masa patrimonial como parte en el proceso concursal*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2022., pág. 143: «el eventual embargo que se adoptara constituiría un acto judicial independiente del referido auto. Adviértase que tal embargo, de resultar eficaz, operaría como un instrumento al servicio de la resolución declarativa de concurso destinado a garantizar la correcta conservación del patrimonio concursal en cumplimiento de una tutela la concedida».

Así, cuando el embargo no vaya vinculado a un crédito con privilegio especial, el artículo 225.1 TRLC dispone que en el decreto del letrado de la Administración de Justicia por el que se apruebe el remate o en el auto del juez por el que autorice la transmisión de los bienes o derechos se acordará la cancelación de todas las cargas anteriores al concurso constituidas a favor de créditos concursales. Por tanto, es una vez se produzca la transmisión, cuando la medida cautelar de embargo quedaría sin efecto, pasando el bien al patrimonio del nuevo propietario libre de cargas y gravámenes, a excepción de aquellos casos en los que la transmisión se hubiera realizado con subsistencia del gravamen al estar el bien transmitido afecto a la satisfacción de créditos con privilegio especial. En estos casos, habrá de estarse a lo establecido en el artículo 430 TRLC¹⁰⁰.

Sobre esta cuestión, se ha pronunciado el AJM N° 1 de Oviedo, de 9 de diciembre de 2011 ¹⁰¹, diferenciando los regímenes de cancelación de cargas aplicables en enajenaciones que se produzcan en fase común o en fase de liquidación: «la conclusión que una interpretación sistemática de ambos preceptos arroja es la siguiente: en fase de liquidación, o en fase común si se procede a la venta *ex* artículo 43.2, podrá procederse a la purga de embargos, incluidos los administrativos. El artículo 55 debe ser interpretado a la luz de su ubicación sistemática en la ley. Si nos fijamos, está colocado en sede de efectos de la declaración de concurso, de donde se colige que la simple declaración concursal o la apertura de la liquidación no son sustrato fáctico suficiente para proceder a la cancelación, que se difiere al momento ulterior de la venta».

¹⁰⁰ Al respecto, el ATS (SECC) núm. 6/2016, de 28 de abril de 2016 (JUR 2016,103203), FJ 3º, destaca que la medida cautelar acordada consistió en la constitución de una hipoteca y no en un embargo, lo que determina la aplicación de un régimen de cancelación concursal peculiar. De conformidad con el art. 155 LC, la cancelación de tal hipoteca por el juez del concurso únicamente procede cuando se produce la enajenación del bien hipotecado (sin subrogación), y nunca con carácter previo, debiendo además la misma llevarse a cabo con estricto cumplimiento de las exigencias impuestas en el citado precepto. Por su parte, los embargos tanto judiciales como administrativos se cancelarán según lo previsto en el artículo 149.5 LC.

¹⁰¹ Citado en FACHAL NOGUER, N.: «Aspectos procesales de la adopción y alzamiento de las medidas cautelares en el concurso», cit., versión digital.

Y es que, cuando se trata de bienes gravados con carga que determinen el reconocimiento de un crédito con privilegio especial, se presentan dos escenarios:

El primero, que el acreedor privilegiado especial esté interesado en adjudicarse el bien mediante una dación en pago o para pago (art. 211 TRLC), en cuyo caso la solución es la misma que se planteaba previamente: una vez transmitido el activo, se ha de proceder a la cancelación de las cargas conforme al artículo 225.1 TRLC, recibiendo el acreedor privilegiado el bien libre de cargas y gravámenes, con alzamiento de los embargos que se hubieran acordado por otros órganos judiciales al margen del procedimiento concursal. Lo mismo sucede en los siguientes supuestos: cuando el acreedor privilegiado consiente la transmisión del inmueble a un tercero por un precio inferior al mínimo pactado al constituirse la garantía, siempre que se le entregue el producto obtenido de la venta y se cancele con ello la carga derivada del privilegio especial; y cuando el juez, a solicitud del administrador concursal, autoriza la enajenación directa del bien afecto, con la condición de que la oferta de adquisición supere el precio mínimo pactado al constituirse la garantía (art. 210.3 TRLC).

Sin embargo, en caso de que el bien se transmita a un tercero con subsistencia del gravamen (art. 212 TRLC), el artículo 225.2 TRLC establece que no procede acordar la cancelación de cargas, en cuyo caso subsiste tanto el gravamen del privilegio especial como las restantes cargas, entre ellas, el embargo acordado por el juez penal, que han de ser, en consecuencia, asumidas por el adquirente del bien.

En atención a lo expuesto, consideramos que la solución propuesta es la única factible respecto a los embargos adoptados con anterioridad a la declaración del concurso en aquellos supuestos en los que no sea posible la coordinación entre jurisdicciones, y el juez penal que acuerda la medida cautelar se niega al alzamiento instado por el juez del concurso.

No obstante, existen supuestos en los que esperar hasta la enajenación del bien o derecho para poder obtener la cancelación de la traba impuesta por la medida cautelar dificulta enormemente el buen funcionamiento del concurso. Así ocurre, por ejemplo, en

el supuesto tratado en el ATS (SECC) núm. 2/2019, de 19 de febrero¹⁰² relativo al bloqueo de cuentas bancarias acordadas en el seno de un proceso penal. En tales casos, únicamente queda como vía posible para no entorpecer la sustanciación del proceso concursal que la coordinación y colaboración entre los jueces de los distintos órdenes jurisdiccionales sea una realidad.

A tales efectos, sería conveniente que el legislador adicionara un tercer apartado al artículo 212 TRLC en virtud del cual, tanto propia administración concursal mediante solicitud dirigida al juez del concurso, como este último, de oficio, pudieran acordar la cancelación de medidas cautelares adoptadas por otros juzgados cuando las mismas imposibiliten o dificulten el adecuado desarrollo del concurso, dirigiendo comunicación al juzgado que la acordase para que, además, lo ponga en conocimiento de las partes personadas en dicho proceso.

Ahora bien, también cabe la posibilidad de que la cuestión surja a la inversa, es decir, que, declarado el concurso, sea el juez del orden penal quien solicite al juez mercantil la adopción de una determinada medida cautelar y este se niegue a acordarla. En tales hipótesis, ante el desacuerdo con la decisión que adopte dicho juez y siendo su competencia exclusiva y excluyente en materia de adopción de medidas cautelares respecto a los bienes y derecho del concursado *ex* artículo 54 TRLC, debe plantearse la cuestión a la SECC (art. 42 LOPJ) cuando la medida se solicite de oficio y el recurso en caso de ser solicitada a instancia de parte y este sea acreedor personado en el concurso. En cuanto a esta última posibilidad, al no existir regulación específica del procedimiento para la solicitud y adopción de medidas cautelares en sede concursal, resulta de aplicación supletoria la LEC (art. 521 TRLC) y, en concreto, el artículo 736 de la norma procesal. Según lo dispuesto en este precepto, el juez ha de resolver la solicitud mediante auto, precisando en su apartado segundo que, «contra el auto en que el tribunal deniegue la medida cautelar sólo cabrá recurso de apelación, al que se dará una tramitación preferente». De esta suerte, es la AP correspondiente quien finalmente resolverá sobre conveniencia de la medida cautelar solicitada por el juez penal a instancia del acreedor.

¹⁰² RJ 2020, 408.

2. LAS MEDIDAS CAUTELARES ACORDADAS ANTE LA COMUNICACIÓN DE INICIO DE NEGOCIACIONES

El Libro II del TRLC, referido al derecho preconcursal, posibilita al deudor la comunicación al juzgado de lo mercantil de la apertura de negociaciones con sus acreedores o solicitar directamente la homologación de un plan de reestructuración (art. 583 TRLC).

En lo que respecta a la comunicación de apertura de negociaciones, los artículos 594 y ss. TRLC prevén los efectos que derivan de la misma. En lo que a este apartado interesa, debemos referirnos a las consecuencias que tal comunicación despliega sobre los procedimientos de ejecución¹⁰³ de los que se pueden dimanar medidas cautelares tendentes a hacer efectivo el cobro del crédito impagado por el deudor.

¹⁰³ Inicialmente, el artículo 5 bis LC previó la posibilidad del deudor de poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso el inicio de negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación. Sin embargo, en un primer momento nada se decía sobre la eventual prohibición de iniciar o suspender ejecuciones instadas por los acreedores. Es por ello que, algunos autores, como GARCÍA MORALES, E. y CALBACHO, F.: «La paralización de las ejecuciones individuales en situaciones preconcursales», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, N.º. 31/2012, pág. 59, consideraron la opción de que el deudor pudiera solicitar, junto con su comunicación al juzgado, que el juez adoptase como medida cautelar la prohibición de inicio o suspensión de ejecuciones: «no nos parecería rechazable *a priori* que el juez ante el que se presentase la comunicación pudiera declarar como medida cautelar de protección del patrimonio del deudor y del respeto al principio de la *par conditio creditorum* la paralización temporal de las ejecuciones individuales que los acreedores, y especialmente aquellos que pudieran llegar a quedar vinculados por la homologación del acuerdo de refinanciación, ejercitaran durante esa fase de negociación». Finalmente, el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y, posteriormente, la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, se hicieron eco de la necesidad indicada y modificaron el contenido del art. 5 bis LC, incluyendo en su apartado 4 la imposibilidad de iniciar ejecuciones judiciales o extrajudiciales de bienes o derechos que sean necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, quedando en suspenso, por decisión adoptada por el juez que estuviere conociendo de las mismas tras la presentación de la resolución del secretario judicial –ahora letrado de la Administración de Justicia– dando constancia de la comunicación, la tramitación de aquellas ejecuciones que recaigan sobre dichos bienes. Este planteamiento es el que, como ya hemos expuesto, ha tenido traslado al actual TRLC.

Los artículos 600 y 601 TRLC prevén la prohibición de inicio de ejecuciones y la suspensión de aquellas que ya se hallen en tramitación que vayan referidas a bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor durante un periodo de tres meses¹⁰⁴ a contar desde la presentación de la comunicación¹⁰⁵. Por tanto, los restantes procedimientos a iniciar o ya iniciados sobre bienes no calificados como necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor no quedan sometidos a tales limitaciones. En concreto, en lo que respecta a los titulares de derechos reales de garantía que recaigan sobre bienes y derechos del deudor, estos están autorizados a iniciar procedimiento de ejecución con independencia de la clasificación de los mismos. Sin embargo, una vez efectuada la comunicación, cuando dicha ejecución recaiga sobre bienes necesarios, la misma se ha de someter al mismo régimen de suspensión que las restantes ejecuciones ordinarias (art. 603.1 TRLC).

De forma excepcional, el artículo 602 TRLC posibilita que, a petición del deudor, dicha prohibición de inicio y suspensión se extienda a otros bienes o derechos de su patrimonio cuando resulten necesarios «para asegurar el buen fin de las negociaciones».

En lo que a las microempresas respecta, el artículo 690 TRLC regula la comunicación de apertura de negociaciones con remisión, casi en su integridad¹⁰⁶, al Libro II («Del Derecho preconcursal»), Título II («De la comunicación de apertura de

¹⁰⁴ Será posible *ex art.* 604 TRLC el alzamiento de tales limitaciones con anterioridad al plazo de tres meses cuando, por estimarse el recurso de revisión contra el decreto del letrado de la Administración de Justicia teniendo por efectuada la comunicación, resolviera que los bienes o derechos no son necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor, salvo que los efectos de la comunicación se hubiesen extendido a tales bienes de conformidad con lo previsto en el art. 602 TRLC.

¹⁰⁵ Cfr. artículo 605 TRLC. Tampoco serán aplicables las limitaciones previstas en los artículos 600 y ss. TRLC a las reclamaciones de créditos que legalmente no puedan quedar afectados por el plan de reestructuración (art. 606 TRLC). Al respecto, vid. arts. 616 y ss. TRLC.

¹⁰⁶ El art. 690.3 TRLC prevé dicha remisión a la regulación del concurso ordinario, pero establece tres especialidades: la primera, que las referencias al concurso de acreedores se entenderán hechas al procedimiento especial del libro tercero; la segunda, que no será obligatorio el nombramiento de experto en el periodo de negociaciones abierto a solicitud del deudor; y, la tercera, que los efectos de la comunicación de apertura de negociaciones no podrán dilatarse en el tiempo.

negociaciones con los acreedores»), Capítulos I («De la comunicación») y II («De los efectos de la comunicación») TRLC. Las especialidades previstas en su apartado tercero no afectan a la suspensión e inicio de ejecuciones contra bienes del concursado. De hecho, la única mención concreta que se realiza sobre tal cuestión es la referente a la no afección de los acreedores públicos a la suspensión de ejecuciones. El artículo 605.2 TRLC excluye de la prohibición a los acreedores públicos de inicio de ejecuciones y de suspensión de las ya iniciadas al tratarse de una categoría de acreedores que no se verá afectada por la suspensión de ejecuciones singulares. No obstante, cuando dichas ejecuciones recaigan sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor, una vez iniciado el procedimiento de ejecución, se podrá acordar la suspensión por el juez que esté conociendo del mismo únicamente en la fase de realización o enajenación. Ante ejecuciones extrajudiciales, la suspensión la podrá ordenar el juez ante el que se haya presentado la comunicación, solo en la fase de realización o enajenación. En ambos supuestos, tal suspensión se alzará y perderá toda su eficacia tras el transcurso de tres meses a contar desde el día de la comunicación, quedando la misma sin efecto, sin que sea necesario el dictado de resolución judicial alguna o, en su caso, acto alguno por el letrado de la Administración de Justicia.

En ambos casos, tanto la suspensión de las ejecuciones como la determinación del carácter necesario para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor para asegurar el buen fin de las negociaciones son competencia exclusiva del juez de lo mercantil ante el que se presente la comunicación de inicio de negociaciones, del mismo modo que ocurre una vez declarado el concurso (art. 147 TRLC)¹⁰⁷.

A pesar de que el proceder ante ejecuciones existentes y futuras no presenta, *a priori*, dudas, el legislador no hace mención alguna a qué ocurre con las medidas cautelares que hubieran sido adoptadas en los procedimientos de ejecución ya iniciados con anterioridad a la comunicación del inicio de negociaciones. Aquellas que recaigan sobre bienes y derechos del deudor no afectadas por las limitaciones indicadas

¹⁰⁷ Las discusiones doctrinales y jurisprudenciales sobre la competencia del juez del concurso para la declaración del carácter necesario de los bienes y derechos del deudor para la continuidad de la actividad profesional o empresarial son abordados más delante (vid. nota al pie nº 166).

previamente no presentan problema, en tanto las ejecuciones de las que dimanen seguirán activas. Sin embargo, aquellas adoptadas en ejecuciones suspendidas presentan una mayor complejidad en tanto puede verse comprometida la efectividad de las negociaciones o del plan de reestructuración que se alcance dada la restricción que suponen sobre la capacidad de disposición sobre tales bienes. No obstante, el mantenimiento de las mismas garantiza el cobro por los acreedores en la hipótesis de que las negociaciones no lleguen a buen fin y no se apruebe un plan de reestructuración.

A nuestro entender, la solución pasa por someter a criterio del juez que conoce de la comunicación la decisión de mantener o no dichas medidas cautelares mediante la aplicación analógica de los artículos 18 y 52.1.5ª TRLC. De esta forma, durante el proceso de negociación con los acreedores, si el deudor estima necesario el alzamiento de alguna de tales medidas por ser necesario para el buen fin de las mismas, debe poder interesarlo el referido juez quien, tras analizar la cuestión, ha de dictar resolución en uno u otro sentido. En caso de estimar procedente la petición del acreedor, debe remitir oficio al juez que conozca de la ejecución a fin de que alce la medida cautelar concreta. Además, en el caso de deudores ordinarios –no microempresas– la solicitud del deudor, del mismo modo que se prevé en el artículo 602.2 TRLC, debe ir acompañada de un informe favorable del experto de reestructuración, cuando haya sido designado. Tal posibilidad debe ser incluida dentro del Título II, Capítulo II, Sección 4ª TRLC, referida a los efectos de la comunicación sobre las acciones y los procedimientos ejecutivos.

De este modo, se mantiene la vigencia de las diferentes medidas cautelares adoptadas por los jueces que estén conociendo de las ejecuciones, protegiendo con ello el patrimonio del deudor frente a injerencias que pudieran privar de cobro a sus acreedores, pero, a su vez, se abre una posibilidad con la que evitar la posible frustración del buen fin de las negociaciones entre deudor y acreedores.

3. LAS MEDIDAS CAUTELARES ACORDADAS TRAS DECLARACIÓN DE CONCURSO

3.1. A solicitud de jueces o tribunales del orden jurisdiccional penal

Para abordar la cuestión es imprescindible diferenciar los escenarios que pueden plantearse.

El régimen de adopción de las mismas se encuentra expresamente previsto en el artículo 520 TRLC. Según veremos seguidamente, dicho precepto ha sido modificado en su numeración respecto de la antigua LC¹⁰⁸, y en su redacción, alterando, a nuestro juicio, las medidas cautelares que se amparan bajo el mismo.

La primera diferencia se localiza en el presupuesto de hecho. El artículo 189.2 LC señalaba que las medidas cautelares podían solicitarse «admitida a trámite querella o denuncia criminal sobre hechos que tengan relación o influencia en el concurso», lo que es modificado en el artículo 520 TRLC, según el cual pueden interesarse «admitida a trámite querella o denuncia criminal contra el deudor o por hechos que tuvieran relación o influencia en el concurso». A simple vista, cabe pensar que esa adición constituye una mera reiteración que puede considerarse ya incluida, aunque no expresamente reflejada, en la coletilla «por hechos que tuvieran relación o influencia en el concurso». Sin embargo, quizás ha venido a dar cobijo a un extremo que algunos autores echaban en falta. Como señalan MACÍAS CASTILLO y JUEGA CUESTA¹⁰⁹, el artículo 189.2 LC va dirigido a delitos cometidos por acreedores y no por el concursado, pese a que en la práctica es más frecuente lo contrario, es decir, que el denunciado o querellado suele ser el concursado.

Ambas redacciones coinciden en que la pervivencia del proceso penal constituye presupuesto indispensable para el mantenimiento de las medidas cautelares acordadas, de modo que tanto la sentencia absolutoria como el auto de sobreseimiento implican el

¹⁰⁸ El anterior se localizaba en el artículo 189.2 LC.

¹⁰⁹ En *Ley Concursal Comentada*, Lefebvre, Madrid, 2016, pág. 551.

inmediato alzamiento de la medida adoptada por el juez del concurso. Así se infiere de los apartados 1 y 2 de artículo 520 del TRLC.

En concreto, el apartado primero de dicho precepto posibilita la adopción de las cautelas que indicábamos al inicio atribuyendo su competencia al juez del concurso a instancia del juez penal. El fundamento sobre el que descansa esta prerrogativa se encuentra ya en la Exposición de Motivos IV de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal¹¹⁰, habiendo sido objeto de un desarrollo más pormenorizado en la Exposición de Motivos (II) de la Ley Orgánica 8/2003 por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial: «El carácter universal del concurso justifica la concentración en un sólo órgano judicial de las materias que se consideran de especial trascendencia para el patrimonio del deudor, lo que lleva a atribuir al juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente en materias como todas las ejecuciones y medidas cautelares que puedan adoptarse en relación con el patrimonio del concursado por cualesquiera órganos jurisdiccionales o administrativos, así como determinados asuntos que, en principio, son de la competencia de los juzgados y tribunales del orden social, pero que por incidir en la situación patrimonial del concursado y en aras de la unidad del procedimiento no deben resolverse por separado».

En lógica consecuencia, el artículo 54 TRLC prevé la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso en materia de medidas cautelares que afecten o pudieran afectar a los bienes y derechos del concursado integrados o que se integren en la masa activa. De este modo, se impide la adopción de medidas cautelares limitadas a la ejecución de la eventual sentencia penal condenatoria por el juez penal. Si posteriormente se dictase una sentencia condenatoria y el juez penal no pudiera hacer efectiva la medida cautelar acordada para satisfacer la responsabilidad económica contenida en tal sentencia,

¹¹⁰ «El carácter universal del concurso justifica la concentración en un solo órgano jurisdiccional del conocimiento de todas estas materias, cuya dispersión quebranta la necesaria unidad procedimental y de decisión. Además, la Ley Concursal concede al juez del concurso una amplia discrecionalidad en el ejercicio de sus competencias, lo que contribuye a facilitar la flexibilidad del procedimiento y su adecuación a las circunstancias de cada caso. Las facultades discrecionales del juez se manifiestan en cuestiones tan importantes como la adopción de medidas cautelares con anterioridad a su declaración o a la entrada en funcionamiento de la administración concursal (...)».

carecería de fundamento que dicho juez ostentara tal competencia¹¹¹. Esta postura es la mantenida en algunas resoluciones judiciales; en concreto, destaca el AAP de Zamora núm. 3/2011, de 19 de enero¹¹² que la competencia exclusiva y excluyente del JM¹¹³ no afecta a las competencias atribuidas por la propia LOPJ y la LECrim al Juez Penal para acordar medidas sobre los bienes y derechos del concursado, así como que el juez de lo mercantil carece de competencia para dejar sin efecto las medidas cautelares o definitivas que se adopten en la jurisdicción penal¹¹⁴.

Pero dicho precepto –artículo 54 TRLC–, como veremos más adelante, únicamente se refiere a la competencia para acordar medidas cautelares una vez declarado el concurso¹¹⁵.

¹¹¹ Al respecto, vid. GARCÍA-VILLARUBIA, M.: «Las tormentosas relaciones entre la justicia penal y las competencias del juez del concurso», *El Derecho. Revista de Derecho Mercantil*, nº 63, 2018, versión digital (disponible en <https://www.uria.com/es/publicaciones/5739-las-tormentosas-relaciones-entre-la-justicia-penal-y-las-competencias-del-juez-d>, consultado por última vez el 10 de junio de 2025): «no tendría demasiado sentido reconocer al órgano penal la competencia para adoptar medidas cautelares sobre determinados bienes si después, en caso de sentencia condenatoria, ésta no se pudiera ejecutar por ese mismo órgano para satisfacer la responsabilidad económica establecida en esa sentencia».

¹¹² AC 2011, 921.

¹¹³ Con la publicación en el BOE de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, la competencia que hasta entonces correspondía a los JM queda ahora atribuida a las Secciones de lo Mercantil, que sustituirán a los anteriores juzgados de lo mercantil a partir del próximo 31 de diciembre de 2025 ex disposición transitoria primera de la Ley Orgánica 1/2025.

¹¹⁴ También de interés, AAP de Madrid (Sec. 16ª) núm. 963/2017, de 24 de noviembre (JUR 2018, 28093).

¹¹⁵ Al respecto, vid. AJM Nº 6 de Madrid de 23 de febrero de 2016 (JUR 2016, 45049), FJ 4º.

Asimismo, en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, vid. AJM Nº 3 de Pontevedra (sede en Vigo) de 26 de mayo de 2014 (AC 2014, 1029), FJ 1º: «Cuando la norma dice que es competente para "toda medida cautelar", es que lo es para cualquier medida cautelar que afecte al patrimonio del concursado en el ámbito de cualquier jurisdicción. La norma es omnicompreensiva. No ha de olvidarse de que estamos en el ámbito de medidas cautelares – autorización de entrada en domicilio (...) para proceder al precinto provisional de los equipos e instalaciones de la mercantil– solicitadas al juzgado de lo contencioso administrativo con fecha 5 de noviembre de 2013; por tanto, días después de que Telecidade SA recuperase la condición de concursado con la apertura de la fase de liquidación, y de que el juez del concurso recuperase la competencia exclusiva y excluyente para la adopción de cualquier medida cautelar, incluso

En este punto, consideramos nuevamente que la figura del Ministerio Fiscal debería tener un papel relevante en su función coordinadora¹¹⁶, en el sentido de poner en conocimiento de los órganos jurisdiccionales de ambos procesos –penal y concursal– su coexistencia, a fin de que el juez de lo penal conozca de la posibilidad que la Ley le concede de solicitar las medidas cautelares oportunas al del concurso para hacer efectiva una eventual condena penal (art. 520.1 TRLC). De lo contrario, el tribunal de lo penal puede acordar medidas cautelares por desconocimiento de la existencia de un proceso concursal que, a la postre, no tendrían –o podrían no tener– validez alguna¹¹⁷.

En este sentido, podría resultar de especial interés la introducción, en los procesos penales en los que se enjuicien delitos de tal naturaleza, de la obligada consulta del Registro Público Concursal, tal y como ya se previó en el artículo 551.1 LEC¹¹⁸, como

de las solicitadas a instancias de la Administración para las que, de ordinario, sería competente la jurisdicción contenciosa – artículo 8.6 LJCA».

¹¹⁶ Hasta el momento, solo se prevé su intervención en el proceso concursal respecto a la adopción de medidas cautelares en las referentes a la intervención de las comunicaciones del deudor, deber de residencia del deudor persona natural en la población de su domicilio, entrada en el domicilio del deudor, y su registro y arresto domiciliario (art. primero de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en relación con el apartado 2–10 de la Instrucción 1/2013, sobre la intervención del fiscal en el proceso concursal).

¹¹⁷ De interés la SJM de Gijón núm. 42/2016, de 22 de febrero (JUR 42, 2016), FJ 1º.

¹¹⁸ El artículo 551.1 LEC atribuye al letrado de la Administración de Justicia la obligación de consultar el Registro Público Concursal, a los efectos del arts. 600 y ss. TRLC, tras la interposición de la demanda ejecutiva y con carácter previo al dictado por el tribunal del auto conteniendo la orden general de ejecución y despachando la misma. La figura del Registro Público Concursal tiene su origen en el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, por el cual se modificó la redacción de la LC y, en concreto, de su artículo 23, con la finalidad de modernizar y digitalizar la publicidad del proceso concursal. Con carácter previo en la redacción de la LC de 2003, ya se hacía referencia a una figura similar bajo la denominación de Registro de Resoluciones Concursales, si bien su desarrollo y funcionamiento se dejó en manos del Ministerio de Justicia (art. 198 LC), no estando expresamente previsto su empleo en el propio texto legal. Al respecto y de especial interés, vid. ARIZA COLMENAREJO, M.J.: «Cooperación Jurisdiccional, publicidad y actos de comunicación (...)», cit., pág. 15; y SÁNCHEZ GARCÍA, J.C.: «La fase común del concurso», *Reflexiones para la Reforma Concursal* (Coord. ARIZA COLMENAREJO y GALÁN GONZÁLEZ), Reus, Zaragoza, 2010, pág. 197.

requisito previo al dictado del auto conteniendo la orden general de ejecución y despachando la misma.

Asimismo, no debe obviarse que ello podría suponer, además, la vulneración de la *par conditio creditorum*, esto es, de las reglas de clasificación y pago de créditos. Como señala la doctrina¹¹⁹, en caso de que un acreedor concursal resulte beneficiado por un pronunciamiento patrimonial contenido en una sentencia penal, la ejecución de dicho pronunciamiento no puede suponer la vulneración de las reglas generales de pago establecidas por la LC. Así, aunque un acreedor ordinario obtenga un pronunciamiento patrimonial a su favor en esa condena penal, no podrá percibir suma alguna con preferencia a los créditos contra la masa. En consecuencia, la ejecución de esa condena patrimonial debe integrarse en el marco del procedimiento concursal y respetar los principios que rigen este proceso de carácter universal. Asimismo, GARCÍA-VILLARUBIA sostiene que «la consecuencia de la adopción de esas medidas sería la creación de una suerte de privilegio especial sobre los bienes objeto de la medida cautelar para el pago del crédito correspondiente a la responsabilidad económica derivada del delito», o «dicho de otra forma, los bienes trabados quedarían afectos al pago de ese crédito, o lo que implicaría un desconocimiento de esas reglas de clasificación y pago de créditos, que son de carácter imperativo»¹²⁰. En dicho sentido, se ha pronunciado la jurisprudencia menor; entre otras, la SJM N° 1 de Sevilla, de 29 de mayo de 2005¹²¹ que sostiene que de permitirse la adopción de medidas cautelares por el juez penal se generaría a favor del acreedor un privilegio especialísimo de retención para cobrar su crédito, que, pese a que traiga causa de un procedimiento penal, concurre con otros en este concurso, por lo que su satisfacción deberá ajustarse a lo dispuesto en la LC¹²².

¹¹⁹ Cfr. SENÉS MOTILLA, C.: «Art. 189. Prejudicialidad penal», cit., pág. 2775.

¹²⁰ GARCÍA-VILLARUBIA, M.: «Las tormentosas relaciones entre la justicia penal...», cit., versión digital.

¹²¹ JUR 2015, 160569.

¹²² En el mismo sentido, el AJM N° 6 de Madrid, de 20 de diciembre de 2017 (JUR 2018, 27963) señala que solicitar el aseguramiento de eventuales responsabilidades derivadas de delito en beneficio de los mismos acreedores concursales vulnera el orden de pagos imperativamente fijado y, además, persigue asegurar igual conjunto de acreedores; y AJM N° 3 de Pontevedra (sede en Vigo), de 26 de mayo de 2014 (AC 2014, 1029). Este criterio fue además el mantenido en las Conclusiones del Encuentro de Magistrados/as de lo Mercantil celebrados en fecha 4, 5 y 6 de octubre de 2017 (págs. 2 y 3) (accesible en

En sentido contrario, localizamos algún pronunciamiento como el sostenido en la SJM de Gijón núm. 42/2016, de 22 de febrero¹²³, al referir que, pese a que la LGT atribuye al Juez Penal la competencia para valorar la legalidad y procedencia de la retención practicada por los servicios tributarios, dicha previsión se refiere claramente a supuestos en los que el procesado no se encuentra sometido a un procedimiento concursal. Ante la existencia de concurso de acreedores, el artículo 189 LC confiere tal competencia al juez del concurso con la finalidad de garantizar la continuidad de la tramitación del proceso concursal. Ahora bien, la sentencia considera que la AEAT está en lo cierto al señalar que el último inciso del citado artículo limita la capacidad del juez del concurso en relación con las retenciones ya practicadas por este organismo, en tanto cualquier decisión que ordene dejar sin efecto dichas retenciones debe garantizar que no se frustre la ejecución de los pronunciamientos patrimoniales que puedan derivarse de una eventual condena penal. Razona la resolución que, dado que el concurso se encuentra en fase de liquidación, con bienes gravados por créditos privilegiados y con ingresos futuros inciertos, puesto que se hallan pendientes de resolución judicial, las posibilidades de que la AEAT cobre una eventual responsabilidad patrimonial son prácticamente nulas. Además, si se califica el concurso como fortuito, tal y como interesa la administración concursal en su informe, no cabría exigir responsabilidad a los administradores. Por ello, y para no frustrar una eventual ejecución penal, se desestima la solicitud de nulidad y, por ende, la demanda incidental promovida por la administración concursal.

A la vista de lo expuesto, cabría concluir que, en el caso de que ya se hubiera adoptado medida cautelar por el juez penal antes de la declaración de concurso, a fin de evitar cualquier consecuencia indeseada, lo más adecuado sería que el tribunal penal no alzase esta hasta que el juez del concurso adoptase la correspondiente medida, evitando así que, entre uno y otro trámite, se produzca cualquier acto que perjudique la masa activa del concurso. Solución parecida, si bien respecto a una actuación de la TGSS, fue ya admitida por nuestra jurisprudencia. En concreto, la STS (TCJ) núm. 9/2007, de 6 de

<https://www.icab.es/export/sites/icab/.galleries/documents-noticies/2018/conclusiones-del-encuentro-de-magistrados-as-de-lo-mercantil.pdf>, consultado por última vez el 10 de junio de 2025). Partidario de esta postura es también POLO RODRÍGUEZ, J.J.: «El concurso falsario», *Derecho Concursal Penal* (Coord. DE URBANO CASTRILLO y GARCÍA MARTÍNEZ), Aranzadi La Ley, Madrid, 2025, págs. 392 y 393.

¹²³ JUR 42, 2016, FJ 1º.

noviembre¹²⁴ permitió a la TGSS el embargo de bienes tras la declaración de concurso de forma exclusivamente cautelar, quedando la cuantía embargada a disposición del juez del concurso¹²⁵.

Finalmente, debemos abordar también qué ocurre con los bienes decomisados en sede penal una vez declarado el concurso. La regla general se prevé en el artículo 367 quinquies LECrim, según la cual, salvo en determinados supuestos en los que proceda su destrucción o conservación y uso para la prestación de servicio público, lo habitual será su realización, destinándose las sumas obtenidas, según establece el apartado 3, a los gastos derivados de la conservación y realización de los bienes, y la parte sobrante se ingresará en la cuenta de consignaciones del juzgado o tribunal, quedando afecta al pago de las responsabilidades civiles y costas que pudieran, en su caso, declararse en el procedimiento. Sin embargo, tras la declaración del concurso, dichos bienes forman parte del activo concursal planteándose, por tanto, la necesidad de dirimir si en ese momento sigue siendo aplicable la afección prevista en el artículo 367 quinquies LECrim.

Respecto a los delitos de insolvencias punibles (arts. 259 y ss. CP), la solución parece venir dada en el artículo 259.5 CP: «el importe de la responsabilidad civil derivada de dichos delitos deberá incorporarse, en su caso, a la masa». Ahora bien, para delitos distintos a los anteriores, tal solución ha sido rechazada, entre otros, por el AJM N° 6 de Madrid, de 18 de abril de 2017¹²⁶. En este sentido, expone POLO RODRÍGUEZ¹²⁷ que, no tratándose ya de bienes integrados en el patrimonio del concursado, el destino de la suma obtenida por la realización de los mismos puede quedar al margen de las reglas sobre clasificación y pago de créditos de la normativa concursal, con satisfacción de la parte beneficiaria del pronunciamiento sobre responsabilidad civil derivada del delito. Ello,

¹²⁴ RJ 2010, 1968. También de interés, vid. STS (TCJ) núm. 4/2008, de 19 de diciembre (RJ 2010, 1976).

¹²⁵ El art. 50.2 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, en relación con los arts. 142 a 144 TRLC, prohíbe el embargo ejecutivo, pero no el cautelar y, todo ello, sin perjuicio de la potestad del juez del concurso de acordar la suspensión de tales cautelas cuando las mismas resulten perjudiciales para la correcta tramitación del concurso mediante requerimiento para su alzamiento al juez que las hubiera establecido (art. 54.2 TRLC).

¹²⁶ JUR 2017, 212415.

¹²⁷ En «El concurso falsario», cit., págs. 396 y 397.

empero, implicaría el establecimiento de un privilegio especial sobre el producto de la realización de los bienes, que choca frontalmente con los principios y reglas del procedimiento concursal, en virtud de los cuales se permiten únicamente los privilegios que deriven del propio TRLC o de norma especial frente a la concursal (lo cual no ocurre con el CP). En definitiva, como con acierto sostiene el referido autor, la suma procedente de la realización de los bienes decomisados debe integrarse en la masa activa para la posterior aplicación de las reglas generales sobre clasificación y pago de los créditos.

3.2. A solicitud de jueces o tribunales del orden jurisdiccional civil, social y contencioso-administrativo

A diferencia de lo que ocurre con las medidas cautelares acordadas con posterioridad a la declaración de concurso a instancia de jueces o tribunales del orden penal, el TRLC no prevé la solicitud de adopción de medidas por jueces o tribunales de los restantes órdenes jurisdiccionales civil, social o contencioso-administrativo.

Lo cierto es que, en los procedimientos de ejecución que se hallaren en tramitación con anterioridad a la declaración de concurso, únicamente cabe la adopción de medidas cautelares por juez distinto al concurso siempre y cuando su continuación sea posible *ex* artículos 144, 146 y 148 TRLC, según se analiza en el capítulo III, apartado 3 de esta memoria doctoral. En caso contrario, la tutela cautelar tendente a la protección de la masa activa del concurso correspondería al juez del concurso.

Sin embargo, la duda se plantea respecto a los procesos declarativos. Si bien tras la declaración de concurso no está permitida la admisión a trámite de nuevas demandas en los supuestos previstos en el artículo 136 TRLC, el artículo 137 TRLC establece que «continuarán sustanciándose ante el mismo tribunal que estuviere conociendo de ellos hasta la firmeza de la sentencia, salvo aquellos que, por disposición de esta ley, se acumulen al concurso o aquellos cuya tramitación quede suspendida».

Dicho precepto plantea, en consecuencia, dos escenarios¹²⁸:

¹²⁸ Al respecto, vid. ORTELLS RAMOS, M.: «Concurso de acreedores y tutela judicial cautelar...», cit., pág. 138.

De un lado, la acumulación del proceso declarativo con base en el artículo 138 TRLC. En estos casos, la solución es sencilla: dado que el mismo será tramitado ante el juez del concurso, este adquiere también la competencia en materia de tutela cautelar.

De otro, la continuación del proceso declarativo al margen del concurso por no concurrir los presupuestos exigidos en el artículo 138 TRLC. En este caso, si bien el TRLC, como ya indicábamos, no ha hecho previsión alguna, consideramos que, cuando dicha medida pudiera afectar a elementos del activo concursal, el juez que esté conociendo del proceso declarativo puede solicitar al juez del concurso su adopción con la finalidad de salvaguardar el patrimonio del deudor. De esta forma, la competencia funcional del juez que conozca del proceso declarativo cede en beneficio del juez del concurso, quien, al amparo del artículo 52.1.5ª TRLC, desplegará su jurisdicción exclusiva y excluyente respecto a los bienes y derechos de la masa activa.

4. ESPECIAL REFERENCIA A LAS MEDIDAS CAUTELARES ACORDADAS EN DISTINTAS FASES DEL CONCURSO

4.1. Las medidas cautelares acordadas en fase de convenio

Tras la aprobación del convenio, el artículo 394 TRLC prevé el cese de todos los efectos propios del concurso, rigiéndose el concursado, a partir de entonces, por lo acordado en el mismo. De hecho, las únicas limitaciones o cautelas que pueden adoptarse durante dicha fase son las previstas en el artículo 321 TRLC, esto es, «medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio por el deudor de las facultades de administración y de disposición, durante el periodo de cumplimiento del convenio, sobre bienes y derechos de la masa activa», siendo estas susceptibles de inscripción en los registros públicos correspondientes y, en especial, en los que figuren inscritos los bienes o derechos afectados por ellas. Nada más prevé la legislación concursal.

De la aludida falta de previsión, se desprenden varios interrogantes:

(i) Qué ocurre con las medidas cautelares adoptadas por el juez del concurso vigentes hasta la aprobación del convenio

Durante la tramitación del concurso, es el juez mercantil el competente para la adopción de medidas cautelares respecto de los bienes del patrimonio del deudor (art. 52.1.5ª TRLC). La extinción de los efectos propios de la declaración del concurso con la aprobación del convenio debe llevarnos a cuestionar si ello implica, a su vez, el alzamiento de las medidas cautelares acordadas por el juez del concurso¹²⁹.

Entre las medidas cautelares referidas, especial mención exigen los embargos preventivos. El mantenimiento de los mismos una vez aprobado un convenio tiene varias implicaciones: la primera, que la concursada queda únicamente obligada a satisfacer los créditos conforme a los plazos, quitas y espera previstos en el mismo; la segunda, que los acreedores solo pueden ver satisfechos sus créditos con arreglo a dicho convenio; y, la tercera, que los embargos acordados en ejecuciones con anterioridad a la declaración del concurso no pueden ser alzados en dicho convenio, por lo que los mismos se mantendrán dentro de las ejecuciones suspendidas por los juzgados de primera instancia, quedando restringida la libre disposición del deudor sobre sus bienes.

A la vista de lo dispuesto en el artículo 398 TRLC, y de los efectos que se desprenden del convenio respecto a los créditos ordinarios, incluidos los derivados de ejecuciones anteriores a la declaración del concurso –a saber: «quedarán extinguidos en la parte a que alcance la quita, aplazados en su exigibilidad por el tiempo de espera y, en general, afectados por el contenido del convenio»–, carece de fundamento alguno el mantenimiento de los embargos acordados en tales procedimientos de ejecución, en tanto que, en ningún caso, pueden hacerse efectivos a fin de satisfacer el crédito del acreedor–ejecutante.

¹²⁹ A este respecto, voces autorizadas consideran muy discutible mantener que, desde la vigencia del convenio, se produzca la extinción de las medidas cautelares adoptadas, con carácter previo, por el juez del concurso. En tal sentido, vid. TOMÁS TOMAS, S.: *La masa patrimonial como parte en el proceso concursal*, Thomson Reuters Aranzadi, cit., pág. 219; y ORTELLS RAMOS, M.: «Concurso de acreedores y tutela judicial cautelar...», cit., pág. 140.

Sin embargo, la cuestión que nos ocupa no está prevista expresamente en el TRLC, por lo que debe ser el juez del concurso quien se pronuncie sobre tal vicisitud. La cuestión ha sido expresamente abordada por el AJM N° 6 de Madrid, de 9 de junio de 2008¹³⁰: «Del mismo modo debe recordarse que es doctrina jurisprudencial reiterada, de aplicación a la vigente Ley Concursal, que “(...) el convenio, según el sentir jurisprudencial, es una verdadera ley pactada, un negocio jurídico “sui generis” que se asemeja a los de naturaleza contractual, es un negocio jurídico complejo en que se integran factores contractuales y procesales, de interés privado o público – respectivamente–, a través del cual los créditos experimentan una especie de novación (...). Y atendiendo a la naturaleza de negocio jurídico de novación modificativa de los créditos que la aprobación judicial del convenio supone (Art. 136 LC) y la extensión y límites subjetivos del convenio (Art. 134 y 135 LC) resulta la necesidad de cancelar todos los embargos y trabas acordados por cualquier Autoridad Judicial o Administrativa que sean anteriores a la declaración concursal sobre los bienes titularidad de la concursada, para cuya efectividad procede librar el oportuno mandamiento al Sr. Registrador de la Propiedad».

El JM añade que, siendo la finalidad de la traba o embargo garantizar la efectividad del cobro y dar prioridad al acreedor embargante respecto al apremio sobre tales bienes, del concurso se deriva la suspensión de las ejecuciones singulares (art. 35 LC) que sólo podrán reanudarse en caso de revocación del auto de declaración de concurso (art. 176 LC) o si el concurso concluye por insuficiencia de masa (art. 178.2 LC).

En consecuencia, cuando el crédito ya ha sido reconocido y calificado como concursal, y su satisfacción queda sujeta a lo pactado en el convenio aprobado judicialmente, la traba o embargo anterior pierde eficacia y resulta innecesaria al quedar sustituida por el cumplimiento del convenio, lo que obliga a su cancelación por orden del juez del concurso (art. 84 LH), de conformidad con los artículos 79.2 y 206 LH.

Asimismo, señala que tal cancelación también procede respecto a las cargas reales a favor de derechos de crédito con garantía de tal calidad y que estén calificados como

¹³⁰ JUR 2010, 419645.

privilegiados especiales, siempre y cuando sus titulares hayan asistido a la Junta y votado favorablemente a la aprobación del convenio (art. 134.2 LC). Concluye que, de existir derechos reales de garantía anteriores a la declaración del concurso, procede mantener los mismos y su vigencia.

Por tanto, parece evidente que el mantenimiento de dichos embargos, una vez alcanzado un convenio con los acreedores, no otorga ningún beneficio a aquellos que tengan la condición de ejecutantes, en tanto el cobro de sus créditos queda sometido a lo pactado en el mismo y, en caso de incumplimiento del convenio, lo procedente es la apertura de la fase de liquidación, tal y como establece el apartado quinto del artículo 409.1 TRLC.

A fin de asegurar el cobro por parte de los ejecutantes, autores como TOMÁS TOMÁS¹³¹ destacan, con acierto, la procedencia de mantener la competencia atribuida al juez del concurso, incluso tras la aprobación del convenio, en materia de ejecuciones y medidas cautelares relativas a créditos concursales o contra la masa sobre los bienes y derechos del concursado que formen parte de la masa activa (art. 52.1.2ª y 5ª TRLC). Lo contrario supone descentralizar de la gestión las ejecuciones, dando lugar a ejecuciones separadas que pueden provocar el vaciamiento del patrimonio del concursado de manera irreversible¹³², así como la inobservancia de los artículos que prevén el pago de los créditos más perentorios que, al igual que en fase de liquidación, resultan de aplicación

¹³¹ Al respecto, vid. *La masa patrimonial como parte en el proceso concursal*, Thomson Reuters Aranzadi, cit., págs. 219 y ss.

¹³² Vid. ibidem, pág. 221: «Los mecanismos predispuestos por el TRLC pueden favorecer la restauración de la situación previa respecto a los actos realizados por el deudor (cfr. art. 405.2), pero esta previsión no alcanza a las ejecuciones finalizadas, aun cuando impliquen una alteración del principio de igualdad de trato de los acreedores que se hallan en igualdad de circunstancias». Añade que las tercerías de mejor derecho que se pudieran ejercitar (cfr. art. 144.2 TRLC) resultan instrumentos insuficientes e inaceptables con los principios que inspiran el proceso concursal, que deben imponer y garantizar, sin excepción, la aplicación del principio de comunidad de pérdidas o de justicia distributiva en la satisfacción de los acreedores, dejando al margen los criterios propios de la justicia conmutativa frente a la guerra de todos contra todos o del principio de *prior in tempore potior in iure*.

en fase de convenio (arts. 248 y 250 TRLC)¹³³. Ante la situación expuesta, si bien es cierto que la atribución de competencia al juez del concurso no garantiza la integridad del patrimonio, sí que permite coordinar y controlar la participación de las demás partes intervinientes en el concurso en defensa del interés de la masa y protección de la *par conditio creditorum*, así como asegurar el cumplimiento del deber de colaboración e información previsto en el artículo 135 TRLC, propugnado específicamente para la fase de convenio en el artículo 400 TRLC.

Todo ello nos permite concluir la preferencia de atribución al juez del concurso del monopolio para el conocimiento de las ejecuciones relativas a créditos concursales o contra la masa sobre los bienes y derechos del concursado que formen parte de la masa activa, con separación del órgano judicial que inicialmente ostentase dicha competencia¹³⁴. El sostenimiento de dicha afirmación tenía su base en el derogado artículo 86 ter.1.3º LOPJ, que *mutatis mutandi* se corresponde con el actual artículo 87 ter.7.a), el cual «nos dota de la base normativa para defenderlo así, con exclusión lógica de aquellas ejecuciones que, dirigidas frente al deudor, no se proyectan sobre los bienes y derechos que integran la masa activa»¹³⁵.

¹³³ Cfr. SSTs (Sala 1ª) núm. 711/2014, de 12 de diciembre (RJ 2014, 6561) y núm. 46/2015, de 18 de febrero (RJ 2015, 2670).

¹³⁴ Esta postura es mantenida, entre otros, por TOMÁS TOMAS, S.: *La masa patrimonial como parte en el proceso concursal*, Thomson Reuters Aranzadi, cit., pág. 225; HERRERO PÉREZAGUA, J.F.: «La competencia del juez del concurso», *Las claves de la Ley Concursal* (Dir. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, QUINTANA CARLO y BONET NAVARRO), Aranzadi Thomson, Navarra, 2005, pág. 189; y FERNÁNDEZ BALLESTEROS: «Comentario al artículo 8», *Derecho Concursal Práctico*, (Dir. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS), Iurgium, Madrid, 2004, pág. 70. Sin embargo, no es la compartida mayoritariamente por la jurisprudencia de nuestros tribunales [cfr. AJM Nº 3 de Pontevedra (sede en Vigo), de 26 de mayo de 2014 (AC 2014, 1029)].

¹³⁵ TOMÁS TOMAS, S.: *La masa patrimonial como parte en el proceso concursal*, Thomson Reuters Aranzadi, cit., págs. 225 y 226.

(ii) Posibilidad de acordar medidas cautelares por juez distinto al del concurso durante la fase de convenio

Aprobado el convenio, también debemos cuestionar la competencia de juez distinto al del concurso para acordar medidas cautelares que afecten al patrimonio del deudor. A la vista de la jurisprudencia existente en la materia, la respuesta parece ser afirmativa.

Destaca, en este sentido, el AJM Nº 3 de Pontevedra (sede en Vigo), de 26 de mayo de 2014¹³⁶ en el que el juez del concurso acuerda requerir de inhibición al juez de lo contencioso administrativo por considerar que la medida cautelar por él interesada (autorización de entrada en domicilio para proceder al precinto provisional de los equipos e instalaciones pertenecientes a la concursada) invade su competencia, en tanto que días antes se había acordado la apertura de la fase de liquidación a petición del propio deudor por su imposibilidad de dar cumplimiento al convenio. De este modo, el juez del concurso, como consecuencia de la referida apertura, recupera su competencia respecto a la adopción de medidas cautelares.

De ello se desprende que, con anterioridad, es decir, durante la fase de convenio, un juez distinto al del concurso ostenta competencia para ello.

Lo mismo es de aplicación a aquellas medidas cautelares que sean adoptadas por el juez penal y este se niegue a alzarlas, aprobándose seguidamente un convenio. Las mismas siguen vigentes atendiendo al criterio mantenido por nuestros juzgados y tribunales.

Sin embargo, en nuestra opinión, ello supone una colisión con la competencia exclusiva que tiene atribuida el juez del concurso en los artículos 87.7.a).5ª LOPJ y 52.1.5º TRLC. Recuérdese que la aprobación de un convenio no conlleva la conclusión del concurso, pues únicamente cuando el mismo se haya cumplido y transcurra el plazo

¹³⁶ AC 2014, 1029. Señala en concreto el auto reseñado que, aparte de los efectos propios del artículo 55 LC, respecto a la ejecución administrativa general, y que se reanudan tras la apertura de la fase de liquidación, la competencia para adoptar toda medida cautelar, ya sea administrativa o judicial, corresponde al juez del concurso, «sin que el *nomen iuris* altere su naturaleza».

de caducidad de las acciones de declaración de incumplimiento o, en su caso, sean rechazadas por resolución judicial firme las que se hubieren ejercitado, procede la conclusión del concurso y el archivo de actuaciones¹³⁷. Ahonda en esta línea argumental que el Capítulo VI del Título VII del Libro I del TRLC, referido a la eficacia del convenio, nada prevé respecto al cese de esta competencia del juez del concurso, lo que permite defender que la misma subsiste de forma exclusiva y excluyente.

(iii) Qué medidas cautelares es posible adoptar ante el incumplimiento del convenio aprobado

Asimismo, es de interés plantear qué ocurre ante un posible incumplimiento de convenio en el *impasse* existente entre la interposición de la demanda que insta la declaración de incumplimiento por parte de alguno de los acreedores afectados por el mismo (arts. 402.1 y 403.1 TRLC) y el dictado de la resolución de apertura de la fase de liquidación.

En un primer momento podría pensarse que, a excepción de las medidas cautelares ya mencionadas, previstas en el artículo 321 TRLC, cuya instauración no tiene lugar en todos los casos, el patrimonio del concursado podría quedar desprotegido en perjuicio de los acreedores cuyos créditos o parte de ellos podrían ver satisfechos en la posterior liquidación.

Sin embargo, algunos autores han considerado que la antedicha situación podría salvaguardarse mediante la aplicación supletoria de la LEC¹³⁸. De esta forma, ante la ausencia de prohibiciones o limitaciones establecidas en el convenio o por la insuficiencia de estas, el juez del concurso, que es el competente para conocer de la demanda, puede adoptar las medidas cautelares oportunas para «garantizar la salvaguarda del patrimonio concursal sobre el que recae la responsabilidad patrimonial del deudor»¹³⁹.

¹³⁷ Vid. arts. 465.4º y 467 TRLC. De interés también, ORTELLS RAMOS, M.: «Concurso de acreedores y tutela judicial cautelar...», cit., pág. 134.

¹³⁸ Vid. ibidem, pág. 135.

¹³⁹ TOMÁS TOMAS, S.: *La masa patrimonial como parte en el proceso concursal*, Thomson Reuters Aranzadi, cit., pág. 219.

4.2. Las medidas cautelares acordadas con anterioridad a la estimación de la exoneración provisional del pasivo insatisfecho

Otra cuestión de relevancia es la relativa a las medidas cautelares adoptadas tanto por el juez del concurso como por aquellos que estén conociendo de ejecuciones contra el deudor una vez se dicta resolución¹⁴⁰ accediendo a la exoneración provisional del pasivo insatisfecho¹⁴¹ solicitada por este.

En esta ocasión, la problemática planteada es similar a la expuesta respecto a la aprobación del convenio¹⁴². Los efectos de la declaración de concurso en ambos escenarios –aprobación de convenio y aprobación de una exoneración provisional mediante plan de pagos– son los mismos: estas cesan, debiendo estar al contenido previsto en el convenio o plan de pagos, con subsistencia de los deberes de colaboración e

¹⁴⁰ La resolución que se dicte ante la petición de la exoneración del pasivo insatisfecho puede ser un auto o una sentencia, en función de la vía por la que se quiere acceder al mismo, el carácter provisional o definitivo de la exoneración y las oposiciones que se planteen contra dicha solicitud. Al respecto, vid. TOMÁS TOMÁS, S.: «La exoneración del pasivo insatisfecho...», cit., pág. 124.

¹⁴¹ Tal y como señala TOMÁS TOMÁS (vid. ibidem, pág. 111), debemos partir de que, al solicitar la exoneración, la tutela judicial que insta el deudor es constitutiva, en tanto persigue obtener del tribunal la constitución y modificación de derechos y situaciones jurídicas preexistentes (art. 5.1 LEC). En concreto, nos encontramos ante un derecho potestativo a través del cual el deudor pretende conseguir un reconocimiento de una facultad extraordinaria «que le permite enervar las pretensiones de sus acreedores o excluir el deber de prestación que recae sobre él».

¹⁴² No obstante, la principal diferencia entre ambos trámites estriba en que, tras el acceso a la exoneración y una vez aprobada la rendición de cuentas presentada por la administración concursal junto con el informe final de liquidación (art. 478 TRLC), tiene lugar la conclusión del concurso. Por el contrario, el artículo 465.4º TRLC prevé como causa de conclusión: «cuando, dictado auto de cumplimiento del convenio, transcurra el plazo de caducidad de las acciones de declaración de incumplimiento o, en su caso, sean rechazadas por resolución judicial firme las que se hubieren ejercitado». Por tanto, dado que dicho precepto no hace mención específica a la exoneración, la aprobación de la exoneración provisional del pasivo insatisfecho no impide la conclusión del concurso. Así también cabe deducirlo de una lectura conjunta de los arts. 394 y 498 ter TRLC: en el primero de ellos se prevé el cese de los efectos del auto de declaración del concurso, con sometimiento a los efectos previstos en el convenio, pero subsistiendo los deberes de colaboración e información hasta la conclusión del procedimiento; por el contrario, el segundo contiene los mismos términos respecto al plan de pagos, pero en cuanto a la subsistencia de los deberes de colaboración e información predica que se extenderán hasta «la exoneración definitiva».

información durante su ejecución. Ello se traduce, automáticamente, en la desaparición de las medidas cautelares que hubieran podido adoptarse durante la sustanciación del concurso¹⁴³.

Ante esta situación, se hace obligatorio plantear cuál debe ser el contenido de dicho plan de pagos y si es posible acordar medidas cautelares que permitan salvaguardar el patrimonio del deudor en orden a garantizar el buen fin de dicho plan. El artículo 496 TRLC, referente al contenido del plan de pagos, nada prevé al respecto, estableciendo únicamente, en el apartado segundo, que la propuesta de plan de pagos deberá, a su vez, relacionar detalladamente los recursos previstos para su cumplimiento, así como para la satisfacción de las deudas no exonerables y de las nuevas obligaciones por alimentos, las derivadas de su subsistencia o las que genere su actividad, atendiendo a la renta y recursos disponibles futuros del deudor y su previsible variación durante el plazo del plan y, en su caso, el plan de continuidad de actividad empresarial o profesional del deudor o de la nueva que pretenda emprender, y los bienes y derechos de su patrimonio que estime necesarios para una u otra.

En este punto, el legislador parece haber obviado que la exoneración del pasivo insatisfecho no implica la extinción del crédito, por lo que prever, como regla general, la supresión de todos los efectos del concurso en tales supuestos puede constituir un riesgo para los mismos.

Sobre la pervivencia del crédito aun siendo exonerado, algunos autores¹⁴⁴ han defendido esta tesis con apoyo en tres ideas: la primera, que dicho crédito es exigible a los restantes obligados solidarios, así como a los avalistas o fiadores *ex* artículo 492 TRLC; la segunda, que el procedimiento de exoneración no es notificado a los acreedores afectados, por lo que es cuestionable mantener la privación del acreedor a ejercitar su

¹⁴³ Ello es de vital importancia en la exoneración provisional, reduciéndose la misma ante la exoneración definitiva derivada de la liquidación de los bienes, en tanto el deudor, en ese caso, habrá realizado la totalidad de su activo patrimonial, no precisando, en consecuencia, de protección alguna al respecto.

¹⁴⁴ De interés, vid. TOMÁS TOMÁS, S.: «La exoneración del pasivo insatisfecho...», cit., págs. 112 y 113; y CASTILLO FELIPE, R. y TOMÁS TOMÁS, S.: «La naturaleza y el tratamiento procesal del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho en la ejecución singular», *Anuario de Derecho Concursal*, N°. 56/2022, versión digital, págs. 3 y 9.

derecho a una tutela declarativa o ejecutiva; y, la tercera, que el hipotético pago por el deudor de un crédito exonerado en ningún caso es indebido, en tanto la exoneración no conlleva la extinción de la deuda, constituyendo esta simplemente una causa de oposición a su pago en caso de ser reclamada judicialmente, como podría ocurrir, por ejemplo, con la prescripción.

A ello, consideramos oportuno añadir una cuarta idea: si se concede una exoneración provisional por haber accedido a la misma mediante la vía del plan de pagos y, por incumplimiento del deudor, no llega a convertirse en definitiva, o si concedida la exoneración definitiva la misma es revocada (arts. 493 y ss. TRLC), el crédito exonerado “reviviría”, y, tal y como prevé el apartado segundo *in fine* del artículo 493 TRLC, los acreedores recuperarán sus acciones frente al deudor para el cobro de los créditos no satisfechos a la conclusión del concurso¹⁴⁵. Sin embargo, durante el tiempo que hubiera durado la exoneración, las posibilidades de cobro de sus créditos habrían quedado completamente desprotegidas.

Por el contrario, algunos acreedores sí que mantienen la protección de sus créditos incluso durante la fase de exoneración del pasivo insatisfecho del deudor. Nos referimos a aquellos que, además de ser titulares de créditos no exonerables, hubieran instado ejecución contra el deudor con anterioridad a la declaración de concurso. Y ello, en tanto que el TRLC no impide la continuación de dichas ejecuciones, ni otorga competencia al juez del concurso para su limitación (arts. 490 *in fine* y 499.2 TRLC).

Al respecto, algunas voces en la doctrina han considerado que, ante una exoneración por vía de plan de pagos, la continuación de ejecuciones contra el activo del deudor podría socavar el patrimonio disponible para su cumplimiento o entorpecer la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor, proponiendo como mecanismo a valorar «la posibilidad de incluir el crédito no exonerable en el plan de pagos, permitiendo al juez, excepcionalmente, cuando lo entienda necesario, extender los

¹⁴⁵ Ibidem, págs. 112.

efectos del plan y la suspensión o prohibición de inicio de ejecución a los referidos terceros durante su cumplimiento»¹⁴⁶.

A dicha propuesta y con el mismo espíritu, la aplicación de lo preceptuado en el artículo 499.2 TRLC puede ser de vital importancia: las acciones declarativas y de ejecución interpuestas por los acreedores de deuda no exonerable, así como aquellas relativas a nuevas obligaciones asumidas por el deudor durante el plazo del plan de pagos deberán ejercitarse ante el juez del concurso y tramitarse por vía del incidente concursal. En virtud de la competencia otorgada al juez del concurso, consideramos viable que este, durante la tramitación de tales acciones declarativas y de ejecución, pueda adoptar las medidas cautelares que considere oportunas al amparo del artículo 52.1.5ª TRLC¹⁴⁷, a fin de asegurar el buen fin del plan de pagos aprobado y, en su caso, del plan de continuidad de actividad empresarial o profesional del deudor o de la nueva que pretenda emprender.

4.3. Las medidas cautelares acordadas en arbitrajes relacionados con el proceso concursal

El artículo 23 LA prevé, como regla general, la potestad de los árbitros de adoptar medidas cautelares necesarias respecto al objeto del litigio, salvo acuerdo contrario de las partes, y a instancia de cualquiera de ellas.

En sede concursal, el artículo 54.1 TRLC recoge la jurisdicción exclusiva y excluyente del juez del concurso respecto a cualquier medida cautelar que afecte o pudiera afectar a los bienes y derechos del concursado integrados o que se integren en la masa activa, cualquiera que sea el tribunal o la autoridad administrativa que la hubiera

¹⁴⁶ Al respecto, vid. TOMÁS TOMÁS, S.: «La exoneración del pasivo insatisfecho...», cit., pág. 135. El mecanismo propuesto es considerado favorable por otros autores como THOMÀS PUIG, P. M.: «Reestructuración y exoneración de pasivo de empresas en crisis», *El derecho concursal y la transposición de la directiva sobre reestructuración preventiva* (Dir. GARNACHO CABANILLAS y ARIAS VARONA), Wolters Kluwer, Madrid, 2022, págs. 364, 369 y 370.

¹⁴⁷ La posibilidad de acordar medidas cautelares en los incidentes concursales se ha entendido que deriva de su propia naturaleza declarativa. Al respecto, vid. ARIZA COLMENAREJO, M.J.: «Medidas cautelares en el proceso de declaración (...)», cit., págs. 400 y ss.

acordado, excepcionando las adoptadas en determinados procesos, entre los que se encuentran las procedentes de un procedimiento arbitral vinculado al concurso.

A pesar de lo expuesto, el apartado segundo del precepto permite al juez del concurso acordar su suspensión y requerir al árbitro para que proceda al levantamiento de las medidas adoptadas cuando este considere que las medidas adoptadas son perjudiciales para la adecuada tramitación del concurso de acreedores. De no ser atendido dicho requerimiento, el juez del concurso debe plantear conflicto de jurisdicción, conflicto de competencia o cuestión de competencia, según proceda.

5. NOVEDADES INTRODUCIDAS POR EL TRLC EN MATERIA DE MEDIDAS CAUTELARES

Las diferencias en la regulación de las medidas cautelares en la antigua LC y en el actual TRLC no son baladíes. La principal diferencia entre ambas redacciones la localizamos en las medidas cautelares que son susceptibles de solicitarse y, en consecuencia, acordarse. En efecto, si bien el artículo 189.2 LC refería exclusivamente «medidas de retención de pagos a los acreedores inculcados u otras análogas que permitan continuar la tramitación del procedimiento concursal», el artículo 520.1 prevé la competencia del juez del concurso para la adopción de «cualquier medida cautelar de carácter patrimonial que afecte a la masa activa, incluidas las de retención de pagos a los acreedores inculcados en procedimientos criminales u otras análogas».

Bajo esa nueva redacción, entendemos que, en línea de lo ya apuntado, se amplía el catálogo de medidas cautelares que pueden ser solicitadas por el juez penal más allá de la retención de pagos a acreedores inculcados. Surge, empero, la duda de cuáles pueden ser en la práctica dichas medidas. Si ya era complicado la adopción de medidas distintas a la referida retención de pagos bajo la expresión «otras análogas»¹⁴⁸, hemos de

¹⁴⁸ HERRERO PEREZAGUA, J.F.: «Comentario al artículo 189», *Comentarios a la Ley Concursal, Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial* (Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tecnos, Madrid, 2004, pág. 1924: «Al margen de las medidas de retención de pagos, resulta difícil identificar otras análogas que, sin hacer imposible la ejecución de los pronunciamientos patrimoniales de

determinar si esa nueva redacción va a permitir, realmente, que se acuerden medidas cautelares realmente útiles y, sobre todo, compatibles con el concurso sin que, como ambos preceptos –el antiguo y el nuevo– exigen, impidan «continuar la tramitación del procedimiento concursal» acordándose «del modo más conveniente para garantizar la ejecución de los pronunciamientos patrimoniales de la eventual condena penal».

A nuestro juicio, esa adición en el precepto busca proporcionar mayor claridad en el sentido ya apuntado por SENÉS MOTILLA¹⁴⁹, al entender que, «en puridad, atendiendo a su materialización, ninguna medida cautelar es análoga a la retención. De ahí que, lo que la Ley autoriza es la adopción de otras medidas de contenido patrimonial que por analogía garanticen la devolución de las sumas recibidas en el concurso (por ejemplo, la fianza)», concluyendo que, en ningún caso, se admitirán medidas que contravengan las reglas de pago, como, por ejemplo, la exclusión provisional de los acreedores inculpadados.

6. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA MICROEMPRESAS

Con la entrada en vigor del actual TRLC, el Libro III recoge el procedimiento especial para microempresas. Las especialidades de este procedimiento determinan, al menos en teoría, una tramitación más rápida, sencilla y económica del concurso de acreedores específica para deudores personas físicas o jurídicas que, encontrándose en probabilidad de insolvencia, en estado de insolvencia inminente o en insolvencia actual, lleven a cabo una actividad empresarial o profesional, que hubieran empleado, durante el año anterior a la solicitud, una media de menos de diez trabajadores, y que tengan un volumen de negocio anual inferior a setecientos mil euros o un pasivo inferior a trescientos cincuenta mil euros según las últimas cuentas cerradas en el ejercicio anterior a la presentación de la solicitud (art. 685 TRLC).

la eventual condena penal, permitan continuar la tramitación del concurso. La no entrega del bien en los casos en que se haya ejercitado una acción de separación conforme a lo establecido en el artículo 80 LC puede proporcionar un ejemplo al respecto».

¹⁴⁹ En «Art. 189. Prejudicialidad penal», cit., pág. 2774.

En relación a la adopción de medidas cautelares, nada prevé el Libro III. Resulta, pues, de aplicación supletoria lo dispuesto en los Libros I y II del TRLC (art. 689.1 TRLC)¹⁵⁰.

De este modo, debe ser el auto de apertura del procedimiento especial (art. 692 TRLC) el que, junto a los demás elementos que han de constar en el mismo, haga referencia a las medidas cautelares que el juez estime necesarias, bien a instancia de los acreedores, bien de oficio, para proteger el patrimonio del deudor.

¹⁵⁰ El art. 689.1 TRLC recoge el carácter supletorio de los Libros I y II, sin perjuicio de las adaptaciones que fueran necesarias para acomodar los principios que rigen el procedimiento especial para microempresas y las reglas que integra Libro III.

CAPÍTULO III

EL ACCESO AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE ANOTACIONES DE EMBARGO PREVENTIVAS DURANTE LA SUSTANCIACIÓN DEL CONCURSO DE ACREEDORES

Como ya se indicaba, la coexistencia simultánea de procedimientos provoca numerosos conflictos, principalmente, entre las decisiones adoptadas por la autoridad judicial en cada uno de ellos. Los pronunciamientos patrimoniales es una de las causas que, en concreto, más disyuntivas ocasiona, pues los jueces pueden considerar necesaria la adopción de determinadas medidas cautelares con la intención de asegurar la efectividad de la tutela que se previera en sentencia (art. 721.1 LEC).

En materia de medidas cautelares referentes a responsabilidades pecuniarias, tanto la jurisdicción penal (art. 764 de la Lecrim) como la social [art. 79.1 Ley reguladora de la jurisdicción social (en adelante, LJS)] nos remiten a la regulación contenida en la LEC. Ello implica, entre otros aspectos, el acceso al registro de la propiedad de aquellas anotaciones preventivas de embargo que recaigan sobre bienes inmuebles (art. 629 LEC). Desde ese momento, la dificultad del encaje de pronunciamientos patrimoniales dictados por los jueces de las diferentes jurisdicciones se traslada ahora al registrador de la propiedad.

De este modo, surge la cuestión de si es posible el acceso al registro de la propiedad de anotaciones de embargo preventivas adoptadas por juez distinto al del concurso respecto de bienes que forman parte del activo concursal, teniendo especial trascendencia en ello, según veremos seguidamente, el dictado del auto de declaración de concurso.

1. DIFERENCIA ENTRE ANOTACIÓN E INSCRIPCIÓN DEL AUTO DE DECLARACIÓN DE CONCURSO

Antes de comenzar con el análisis de la cuestión que nos ocupa, resulta preciso exponer las diferencias existentes entre la anotación y la inscripción del auto de

declaración de concurso¹⁵¹, en tanto la primera tiene carácter provisional¹⁵² (art. 86 LH¹⁵³) y la segunda duración indefinida. Así, mientras la anotación de la declaración de concurso únicamente será susceptible de tener dos desenlaces –la conversión en inscripción o la extinción por caducidad (art. 77 LH¹⁵⁴)–, la inscripción solamente puede ser alterada (rectificada o modificada) conforme a lo previsto en los artículos 40 y 82 LH, siendo necesario para ello mandamiento remitido por el propio juez del concurso¹⁵⁵.

Por tanto, anotado el auto de declaración de concurso sin que se haya interesado su posterior inscripción, transcurridos cuatro años, dicha anotación podrá ser suprimida del folio registral por caducidad, en tanto la misma es automática y puede ser, incluso, apreciada de oficio por el registrador. En consecuencia, cabe afirmar que la anotación otorga una protección del bien o derecho provisional, siendo imprescindible para obtener una protección definitiva y extendida en el tiempo su conversión a inscripción.

Por lo demás, ambas –anotación e inscripción– producen los mismos efectos. La existencia de la anotación determina, *a priori*, que el auto de declaración de concurso no es firme –salvo que haya adquirido firmeza y no se haya solicitado la conversión de la anotación en inscripción– y, por ende, que es susceptible de impugnación en sede de

¹⁵¹ De interés, TOMÁS TOMÁS, S.: *La masa patrimonial como parte en el proceso concursal*, Thomson Reuters Aranzadi, cit., pág. 169: «La notación preventiva o la inscripción de la declaración de concurso en el Registro de la Propiedad, en función de la firmeza del auto, corrobora la descrita inclusión de los bienes en la masa activa (art. 192.1 TRLC) y la sujeción del patrimonio al régimen legal específico que previene el concurso». Asimismo, vid. SÁNCHEZ RUS, A. y SÁNCHEZ RUS, H.: «Comentario al artículo 24», cit., pág. 531.

¹⁵² En relación a la anotación del auto de declaración de concurso, ARIZA COLMENAREJO, M.J.: «Medidas cautelares en el proceso de declaración (...)», cit., págs. 393 y 394, resalta la semejanza inevitable de dicha medida con la anotación preventiva de demanda regulada en el artículo 727.5ª LEC.

¹⁵³ El artículo 86 LH establece que el plazo de caducidad de las anotaciones preventivas es de cuatro años a contar desde la propia anotación, pudiendo prorrogarse sucesivamente por periodos adicionales de cuatro adicionales, a instancia de parte o de la autoridad que la decretó, siempre que se solicite con anterioridad a que se produzca su caducidad.

¹⁵⁴ La extinción de las anotaciones preventivas se produce por tres causas: cancelación, caducidad o conversión en inscripción (art. 77 LH).

¹⁵⁵ La práctica de todos los mandamientos dirigidos a registros públicos de personas o bienes se encuentra atribuida al letrado de la Administración de Justicia (art. 555.1 TRLC).

apelación (art. 25 TRLC). Aunque dicho recurso carece, en el seno del concurso, de efectos suspensivos, el juez puede excepcionalmente acordar lo contrario, debiendo pronunciarse, en tal caso, en la admisión a trámite del recurso, «sobre el mantenimiento, total o parcial, de las medidas cautelares que hubiera acordado o adoptar aquellas que considere necesarias». En caso de suspender los efectos del auto, la anotación de este tendrá los mismos efectos que la anotación de demanda prevista en el artículo 42.2 LH: el deudor conservará sus plenas facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, pero cualquier tercero que adquiriera bienes del mismo no podrá colocarse bajo el paraguas de la fe pública registral en tanto no tendrá la condición de tercero hipotecario. En consecuencia, tales actos pueden ser rescindidos ante el eventual éxito de la acción de reintegración que se pueda ejercitar.

2. LOS SUPUESTOS DE PROHIBICIÓN DE ANOTACIÓN DE EMBARGOS EN LA MASA ACTIVA TRAS LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO

El estudio de las posibilidades de acceso al registro de la propiedad de anotaciones de embargo preventivas acordadas por juez distinto al del concurso respecto de bienes que forman parte del activo concursal requiere un tratamiento detenido.

2.1. La trascendencia del auto de declaración de concurso en el acceso al registro de la propiedad de anotaciones de embargo preventivas

En primer lugar, es preciso remitirnos al artículo 37 TRLC, en el que se prevé la anotación del auto de declaración de concurso y, una vez firme este, su inscripción en el folio correspondiente a cada uno de los bienes o derechos del concursado inscritos en registros públicos, con indicación del órgano judicial que lo hubiera dictado, el carácter de la resolución y la fecha en que se hubiera producido, la intervención o, en su caso, la suspensión de las facultades de administración y disposición del concursado sobre los

bienes y derechos que integren la masa activa, así como la identidad del administrador o de los administradores concursales¹⁵⁶.

Pero lo especialmente interesante aparece en su apartado segundo, al establecer literalmente que «una vez practicada la anotación o la inscripción, no podrán anotarse respecto de aquellos bienes o derechos más embargos o secuestros posteriores a la declaración de concurso que los acordados por el juez de este, sin más excepciones que las establecidas en esta ley», así como tampoco actos del deudor que vulneren el régimen de administración y disposición fijado en el auto de declaración del concurso¹⁵⁷.

Este precepto –37 TRLC– lo que persigue es, en palabras de SÁNCHEZ RUS y SÁNCHEZ RUS¹⁵⁸, igual que ocurre con las anotaciones de demanda o embargo en el registro de la propiedad, asegurar la afección de determinados bienes al resultado de un procedimiento judicial, impidiendo «la disgregación del patrimonio del deudor que podría producirse en el supuesto de aparición de un tercero protegido por el sistema registral»¹⁵⁹. De esta manera, existiría un obstáculo para la concurrencia de terceros protegidos por la

¹⁵⁶ Autores como SÁNCHEZ RUS, H. y SÁNCHEZ RUS, A. han sostenido la similitud entre la anotación de concurso y las anotaciones preventivas de prohibición de disponer o enajenar de origen judicial o administrativo en lo que a su eficacia se refiere (en «Comentario al artículo 24», cit., pág. 531).

¹⁵⁷ El art. 109.4 TRLC dispone que aquellos actos que realice el concursado infringiendo la limitación o suspensión de facultades patrimoniales no podrán ser inscritos en registros públicos en tanto no sean confirmados o convalidados, alcance firmeza la resolución judicial por la que se desestime la pretensión de anulación o se acredite la caducidad de la acción.

¹⁵⁸ SÁNCHEZ RUS, H. y SÁNCHEZ RUS, A.: «Comentario al artículo 24», cit., pág. 517. Asimismo, vid. pág. 532: «La denegación por el Registrador de la anotación de los embargos o secuestros posteriores a la declaración de concurso (salvo los ordenados por el juez de éste: art. 24.4) no es sino la consecuencia lógica de algunos de los aspectos de este régimen, como la prohibición de iniciar ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, o apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor (art. 55), la paralización temporal de las ejecuciones o realización de las garantía reales constituidas sobre los bienes del concursado (art. 56) o la sujeción a la jurisdicción del juez del ejercicio de las acciones derivadas de aquéllas».

¹⁵⁹ De hecho, a diferencia de los procedimientos de ejecución forzosa, una vez declarado el concurso no es posible la transmisión de bienes necesarios para el concurso. Por el contrario, en las ejecuciones forzosas, no es necesario que el bien se halle en el patrimonio del ejecutado para garantizar su afección. En este sentido, CARRERAS LLANSANA, J.: *El embargo de bienes*, Bosch, Barcelona, 1957, págs. 119 y ss.

fe pública registral (arts. 32 y 34 LH) frente a los que no se podría ejercitar acción de reintegración alguna (art. 235 TRLC)¹⁶⁰.

En tal sentido se ha pronunciado el AJM Nº 6 de Madrid, de 23 de febrero de 2016¹⁶¹, al solicitar la AEAT al juez penal la adopción de medidas cautelares para asegurar la responsabilidad civil, aun teniendo conocimiento de la existencia del concurso, a fin de obtener «un mejor trato y un aseguramiento de su posición crediticia en perjuicio de los demás acreedores de igual condición». Así, su fundamento jurídico cuarto señala lo siguiente: «cuando la A.E.A.T. instó del órgano judicial penal la adopción de medidas de aseguramiento sobre bienes de la cooperativa, por causa de un posible pronunciamiento civil derivado de ilícito penal, ya existía declaración concursal y situación liquidativa universal adoptada en el seno del concurso; por lo que sin perjuicio de dar el oportuno tratamiento concursal a los créditos a favor del Estado Español que puedan reconocerse y cuantificarse dentro de aquel proceso, carece de legitimación el acreedor para instar fuera del concurso tales medidas cautelares civiles y carece el Tribunal Penal de competencia para acordar constante concurso tales medidas cautelares y/o ejecutivas.

(...) Por último, baste indicar que consciente la normativa concursal de la situación de precariedad del concursado al tiempo de la declaración y de la existencia de embargos preventivos y/o ejecutivos previos, coetáneos y posteriores, no solo articula normas competenciales a favor del juez del concurso, sino también registrales, ordenando el art. 24.4.II L.Co. (sic) el cierre registral tras la anotación o inscripción de la declaración concursal, atribuyendo en exclusiva al juez del concurso la competencia para el

¹⁶⁰ En caso contrario, de no constar registralmente la existencia de concurso, la transmisión de bienes de la masa activa del deudor a un tercero de buena fe tendría acceso al registro. Sin embargo, el registrador denegaría la anotación o inscripción del mandamiento que, posteriormente, librase el letrado de la Administración de Justicia solicitando la práctica del asiento de la declaración del concurso (art. 20-II LH). En este sentido, vid TOMÁS TOMAS, S.: *La masa patrimonial como parte en el proceso concursal*, Thomson Reuters Aranzadi, cit., pág. 172, y SÁNCHEZ RUS, H. y SÁNCHEZ RUS, A.: «Comentario al artículo 24», cit., pág. 542.

¹⁶¹ JUR 2016, 45049.

libramiento de mandamientos que provoquen asientos posteriores, salvo lo dispuesto en el art. 55.1 L.Co. (sic) [–que no es al caso–].

Resulta de ello que sólo la laxa aplicación de la normativa registral ha permitido el acceso al Registro de un mandamiento judicial de medida cautelar civil de fecha posterior a la declaración concursal y emitido por Autoridad Judicial distinta al juez del concurso; y ello a instancia de acreedor ya personado en el concurso, reconocidos los créditos comunicados y dotado de cauce procesal [art. 97.3 L.Co. (sic)] para el posible reconocimiento de los fijados de modo mero declarativo [–en su día–] por el Tribunal penal».

Asimismo, es preciso hacer mención en este punto al procedimiento especial para microempresas, en tanto el apartado 4 del artículo 692 bis TRLC hace referencia a la publicidad registral en los siguientes términos: «La apertura del procedimiento especial será inscrita en los registros de personas y bienes conforme a las reglas del libro primero». La remisión expresa al Libro I TRLC, dentro del que se localiza el propio artículo 37 TRLC, determina que sean de aplicación los mismos efectos derivados de tal inscripción al margen del procedimiento por el que deban discurrir las actuaciones.

No obstante, nos llama poderosamente la atención que el mencionado apartado 4 del artículo 692 bis TRLC se refiera expresamente a la inscripción, y no a la anotación, lo que conduce a pensar que el auto de apertura de dicho procedimiento no es susceptible de recurso. A este respecto, el artículo 692 TRLC únicamente hace mención a la impugnación de dicha resolución «por falta de competencia judicial internacional o territorial mediante declinatoria», sin alusión a la posibilidad de formular recurso de reposición contra dicho auto. Sin embargo, el artículo 546 TRLC –al que supletoriamente se remite el procedimiento especial para microempresas *ex* artículo 689 TRLC– establece expresamente que «[C]ontra las providencias y autos que dicte el juez del concurso solo cabrá recurso de reposición, salvo que en esta ley se excluya todo recurso o, en el caso de los autos, se otorgue expresamente recurso de apelación». El artículo 451 LEC, por su parte, prevé la posibilidad de presentar recursos de reposición contra todos los autos no definitivos. A ello se suma que, dentro del régimen supletorio al que se remite este procedimiento especial, el artículo 25.1 TRLC faculta al acreedor y a cualquier otro legitimado distinto del deudor para interponer recurso de apelación contra el auto

estimatorio o desestimatorio de la solicitud de concurso. En consecuencia, puesto que el legislador no excluye, en esta ocasión, la posibilidad de recurrir en reposición ni en apelación dicho auto de apertura, podemos colegir que: (i) el auto de apertura es susceptible de recurso de reposición o de apelación; y (ii) el apartado 4 del artículo 692 bis TRLC, junto a la inscripción, debiera hacer mención previa a la anotación. De este modo, en rigor, el precepto debiera referir: «La apertura del procedimiento especial será anotada o inscrita en los registros de personas y bienes conforme a las reglas del libro primero».

2.2. El acceso al registro de la propiedad de mandamientos librados por juez distinto al del concurso

Procede analizar cuáles son las excepciones a las que el legislador hace referencia en el artículo 37.2 *in fine* TRLC, esto es, en qué supuestos es posible anotar en los folios de los registros referentes a bienes propiedad del concursado mandamientos de embargo preventivo dictados por jueces distintos al juez del concurso, coexistiendo de ese modo varias jurisdicciones en el seno registral-concursal. Ahondaremos en los supuestos en los que tienen cabida tres excepciones:

El primero de ellos es el relativo a mandamientos de anotación de embargo de fecha anterior al dictado del auto de declaración de concurso. En esta hipótesis está permitido el acceso al registro de los referidos mandamientos, al ser de data anterior al dictado del auto de declaración de concurso con independencia de que su anotación se produzca con posterioridad al mismo. El embargo anotado solo produciría efectos en caso de revocación del auto de declaración de concurso (art. 465.1º TRLC) y reanudación del procedimiento del que traiga causa dicho embargo¹⁶².

El segundo hace referencia a los procedimientos de ejecución cuya continuación está permitida con posterioridad a la declaración de concurso¹⁶³. La regla general es la prohibición de inicio de ejecuciones o de continuación de las que ya se hallaren iniciadas

¹⁶² De interés, vid. LÓPEZ SÁNCHEZ, J.: *El proceso concursal*, cit., págs. 339 y 340.

¹⁶³ La ejecución separada, como privilegio procesal de ejecución se previó por primera vez en la LC de 2003 (art. 55.1), teniendo actualmente su previsión en el art. 144.1 TRLC.

una vez dictado el auto de declaración de concurso (arts. 142 y 143 TRLC), pudiendo incluso «el juez del concurso, a solicitud de la administración concursal, previa audiencia de los acreedores afectados, acordar el levantamiento y cancelación de los embargos trabados en las actuaciones y los procedimientos de ejecución cuya tramitación hubiera quedado suspendida cuando el mantenimiento de esos embargos dificultara gravemente la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado» (art. 143.2 TRLC). Sin embargo, el TRLC prevé varias excepciones, y todas ellas relacionadas con la declaración de los bienes o derechos objeto de embargo como no necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado. A saber:

(a) Está permitida la continuación de ejecuciones laborales y procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera acordado el embargo sobre bienes no necesarios para la actividad empresarial o profesional del concursado¹⁶⁴ con anterioridad a la declaración del concurso (art. 144 TRLC)¹⁶⁵. En este supuesto, por tanto, es imprescindible que el procedimiento ejecutivo estuviera ya iniciado antes de la declaración del concurso, lo que nos ubica en la primera de las excepciones expuestas. No obstante, aunque el procedimiento estuviera iniciado con anterioridad a la declaración de concurso, es necesario que el juez del concurso se pronuncie sobre dicho carácter necesario de los bienes a embargar, antes de la continuación de la ejecución¹⁶⁶.

¹⁶⁴ Al respecto, señala COLOMER HERNÁNDEZ, I.: «Ejecución singular y concurso de acreedores», cit., pág. 184, que dicha exigencia responde al principio de continuación de la actividad profesional o empresarial del concursado consagrado en el artículo 44 LC –actual artículo 111 TRLC–, con la finalidad de lograr «una nivelación entre la masa pasiva y activa del concurso durante su tramitación», pues lo contrario supondría «privar al concursado y a sus acreedores de una eventual mejora de la posición económica global del patrimonio del deudor».

¹⁶⁵ Ello exige la determinación e identificación de los bienes concretos cuyo embargo se persigue (art. 587.1 LEC), pues pretender un embargo generalizado de los bienes del deudor sería nulo (art. 588.1 LEC).

¹⁶⁶ A este respecto se ha pronunciado la ATS (SECC) núm. 7/2010, de 22 de marzo (JUR 2010, 112010) en los siguientes términos: «3º De todos modos, la posibilidad de que el procedimiento continúe en el juzgado social requiere la concurrencia de dos requisitos: a) que el embargo sea anterior a la declaración de concurso, y b) que los bienes o derechos embargados “no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor”, que continúa a pesar del concurso, de modo que se requiere que exista una necesidad objetiva para la pervivencia de la actividad empresarial para que no opere la excepción competencial establecida en el Art. 55.1,2 LCon (sic) y sea el juez del concurso el que se ocupe

(b) Pueden iniciarse o continuarse ejecuciones de garantías reales existentes sobre bienes que hayan sido declarados no necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del concursado (art. 146 TRLC¹⁶⁷), debiendo el ejecutante

de las ejecuciones que se hubiesen iniciado en la vía social. 4º Esta misma solución se deduce a contrario *sensu*, del auto de esta Sala de 2 (sic) abril 2009, que declaró competente al juzgado social porque la actividad de la concursada había cesado y se encontraba en liquidación, por lo que no se cumplía el requisito de que los bienes fueran necesarios para la continuación de una actividad empresarial por la sencilla razón de que había desaparecido. 5º En el actual conflicto concurren los requisitos exigidos legalmente, puesto que a) la actividad del concursado continúa, y b) los bienes embargados han sido declarados como necesarios para la actividad de la entidad (...) por el juez del concurso, único competente para ello». También de interés, vid. ATS (SECC) núm. 29/2014, de 5 de diciembre (JUR 2015, 12207): «Sobre esta base, resulta que no hay continuidad de la actividad empresarial, con lo que no se está en la excepción que contempla el precitado art 55.1 de la Ley Concursal para residenciar la competencia en el Juzgado de lo Mercantil cuando se han embargado bienes con anterioridad a la declaración del concurso. (...) Esta excepción a la competencia general del juez del concurso no puede desnaturalizarse ni restringirse indebidamente por la vía de ampliar la noción de carácter necesario del bien para la mencionada continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, que es lo que prevé el precepto, a la consecución de la enajenación de la unidad productiva como un todo a que hace mención el Juzgado Mercantil, que es un supuesto no previsto en el antedicho párrafo 2 del precitado art. 55.1 de la Ley Concursal». Asimismo, procede recordar lo ya indicado previamente referente a la potestad del juez ante el que se siga la ejecución de acordar embargos cautelares, que no ejecutivos, quedando el importe embargado a disposición del juez del concurso [vid. SSTs (TCJ) núm. 9/2007, de 6 de noviembre (RJ 2010, 1968) y núm. 4/2008, de 19 de diciembre (RJ 2010, 1976)].

¹⁶⁷ En un primer momento, el artículo 56.2 LC exigía que para poder continuar las ejecuciones de garantías reales era preciso que el juez que estuviera conociendo de la misma se asegurara de la no necesidad del bien para la continuidad de la actividad empresarial o profesional. Dicho precepto fue interpretado por el TS [ATS (Sala 1ª) de 14 de septiembre de 2016 (JUR 2016, 200767)] de modo que el juez inicialmente competente debía remitir oficio al juez del concurso para que se pronunciase al respecto y, en atención a lo que este último resolviera, continuar o no con la ejecución. En contraposición a tal postura, se pronunciaron algunas AP, destacando en especial lo sostenido en el AAP de Murcia, de 22 de diciembre de 2016 (citado en TOMÁS TOMÁS, S.: *La masa patrimonial como parte en el proceso concursal*, Thomson Reuters Aranzadi, cit., pág. 245): «es carga del acreedor hipotecario que pretende iniciar una ejecución hipotecaria singular obtener previamente una resolución del Juez del concurso que declare la “no necesidad o no” de los bienes objeto de garantía a la actividad empresarial/profesional del deudor concursado. Si se declara “no necesario” podrá instar la enajenación ante el Juzgado de Primera Instancia, y si es “necesario”, tras la espera del plazo de “enfriamiento” del art. 56 LC, ante el Juez del concurso» [vid. AAP de Murcia (Sec. 4ª) núm. 190/2015, de 9 de julio (JUR 2015, 235027)]. Finalmente, ha sido esta última postura

acompañar la resolución del juez del concurso en la que se declare la no necesidad antedicha¹⁶⁸. Por ello, el juez que esté conociendo o vaya a conocer de la ejecución¹⁶⁹ puede expedir certificación de dominio y cargas (art. 656 LEC) y con acceso al registro correspondiente pese a la constancia en el mismo de la anotación o la inscripción de la declaración del concurso¹⁷⁰.

En ambos casos, como ya indicábamos, es necesaria la valoración por el juez del concurso de la necesidad o no para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado¹⁷¹ (art. 147 TRLC) de los bienes que van a ser objeto de

jurisprudencial la que ha tenido reflejo en el actual art. 146 TRLC: «Los titulares de derechos reales de garantía, sean o no acreedores concursales, sobre bienes o derechos de la masa activa no necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado que pretendan iniciar procedimientos de ejecución o realización forzosa sobre esos bienes o derechos o que pretendan alzar la suspensión deberán acompañar a la demanda o incorporar al procedimiento judicial o administrativo cuya tramitación hubiera sido suspendida el testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que no son necesarios para esa continuidad. Cumplido ese requisito podrá iniciarse la ejecución o alzarse la suspensión de la misma y ordenarse que continúe ante el órgano jurisdiccional o administrativo originariamente competente para tramitarla».

¹⁶⁸ Vid. resoluciones de la DGRN (en adelante, RRDGRN) núm. 15005/2012, de 6 de noviembre (RJ 2013, 1127), y núm. 3002/2013, de 15 de febrero (RJ 2013, 1981).

¹⁶⁹ Al respecto, vid. TOMÁS TOMÁS, S.: *La masa patrimonial como parte en el proceso concursal*, Thomson Reuters Aranzadi, cit., págs. 243 y ss.

¹⁷⁰ En relación con ello, ibidem, págs. 228 y ss.

¹⁷¹ En un inicio, la competencia del juez del concurso para determinar el carácter necesario de los bienes propiedad del concursado ante ejecuciones ya iniciadas con anterioridad a la declaración del concurso fue objeto de debate. Doctrinalmente, las posturas mayoritarias eran partidarias de la atribución de la competencia al juez del concurso [entre otros, vid. MARÍN LÓPEZ, M.J.: «Comentario al artículo 51», *Comentarios a la Ley Concursal* (Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tecnos, Madrid, 2004, págs. 577 y 578], pero también hubo quienes consideraron que debía ser el juez administrativo o laboral el competente a tal fin [vid. RIBELLES ARELLANO, J.M.: «Comentario al artículo 55», *Derecho Concursal Práctico* (Dir. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS), Iurgium, Madrid, 2004, pág. 298]. Con adscripción a la primera postura se pronunciaron los jueces especialistas en lo mercantil, en su primer encuentro, celebrado en Valencia los días 9 y 10 de diciembre de 2004, con algunas puntualizaciones: «Casi con unanimidad se acordó que la decisión debería corresponder al Juez de lo Mercantil, quien estará en mejores condiciones para resolver, porque tendrá un mayor conocimiento de dicha actividad, aunque se reconoce que la LC no contiene una previsión específica al respecto y que podrán surgir conflictos. En cualquier caso, quien verdaderamente dispondrá de los conocimientos necesarios sobre la actividad empresarial o profesional del deudor será la

administración concursal. La administración concursal podrá solicitar del juez del concurso que requiera al juez de lo social o autoridad administrativa que conozcan de la ejecución para que no la continúen sobre dichos bienes por ser necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado. En caso de ejecución laboral, la administración concursal también podrá plantear cuestión prejudicial mercantil ante el juez de lo social que esté conociendo de la ejecución, al amparo de lo previsto en el art. 4.1 LPL, en su redacción dada por la DF 15ª LC (que establece como salvedad al conocimiento por el juez de lo social de las cuestiones prejudiciales, lo previsto en la LC). Esta cuestión prejudicial determinará la suspensión de la ejecución laboral hasta que por el juez del concurso se decida la cuestión. En caso de conflicto, si la discrepancia surge con el Juez de lo Social, se planteará un conflicto de competencia a resolver por la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo (arts. 42 LOPJ), a sustanciar por los trámites previstos en los arts. 43 a 50 LOPJ; y si surge con la autoridad administrativa, el conflicto habrá de resolverse por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción (art. 38 LOPJ)». Finalmente, la cuestión fue zanjada por la STS (TCJ) núm. 10/2006, de 22 de diciembre (RJ 2007, 8690) proclamando que la Administración Tributaria, ante la existencia de un procedimiento en curso y la declaración del concurso, ha de dirigirse al órgano jurisdiccional para que éste decida si los bienes o derechos específicos sobre los que se pretende hacer efectivo el apremio son necesarios para la continuación de la actividad del deudor. De estimarse su carácter innecesario, la Administración recupera íntegramente las facultades de ejecución. En caso contrario, pierde su competencia *ex* artículo 55 LC, con los efectos previstos en el apartado tercero para la hipótesis de contravención. En el mismo sentido, vid. SSTs (TCJ) núm. 2/2008, de 3 julio (RJ 2010, 1974), núm. 3/2008, de 4 julio (RJ 2010, 1975), núm. 3/2010, de 18 octubre (RJ 2013, 4336), y núm. 10/2006, de 22 diciembre (RJ 2007, 8690). Posteriormente, se dicta nueva STS (TCJ) núm. 13/2012, de 11 de diciembre (RJ 2013, 4312) siguiendo el criterio anterior y ampliando su alcance: «El criterio que marca la preferencia del procedimiento administrativo o judicial desde la perspectiva temporal, no es en definitiva en las presentes actuaciones la fecha de la Providencia de apremio o de embargo, que queda claro que es anterior a la declaración del concurso, sino si, en la fecha en que esta declaración se produce, los bienes incursos en el procedimiento de apremio administrativo se han realizado o no. Si, como en el presente caso, en la fecha de declaración del concurso el Apremio administrativo no se ha terminado, el criterio relevante es el de si los bienes incursos en el mismo son necesarios o no para la continuidad de la actividad empresarial, momento en el que el procedimiento administrativo pierde la preferencia de la que gozaba inicialmente por razones temporales y queda sometida al concurso en los términos previstos en el art. 55 L.C (sic)». En términos similares, vid. STS (Sala 4ª) núm. 1075/2018, de 18 de diciembre (RJ 2018, 6058): «La competencia para efectuar la declaración sobre la necesidad de los bienes embargados por el JS la continuidad de la actividad empresarial de la concursada, es del JM, debiendo quedar en suspenso la ejecución hasta que se produzca tal declaración. El criterio es válido tanto para ejecuciones administrativas cuanto para las de carácter judicial, incluyendo las seguidas ante la jurisdicción social. La competencia del JS para ejecutar bienes embargados sin que exista previa declaración de su carácter necesario para la continuidad de la actividad solo se proclama cuando la empresa ya no está operativa y, en buena lógica, es improcedente tal declaración».

anotación de embargo, debiendo para ello considerar tanto su patrimonio como las actividades que este realice¹⁷².

En consecuencia, salvo que concurra la última de las excepciones expuestas, no será posible la anotación de embargo preventivo acordado con posterioridad a la fecha del auto de declaración de concurso, y ello con independencia de que el mismo se haya anotado o inscrito en el registro de la propiedad correspondiente.

¹⁷² Ello se desprende claramente de la resolución de la DGSJFP (en adelante, RDGSJFP) núm. 3949/2023, de 23 enero (RJ 2023, 1363): «En definitiva, es indudable que, tratándose de créditos ordinarios, que no gozan de privilegio especial, ni revisten naturaleza administrativa o laboral, la declaración de concurso impide anotar cualquier procedimiento de ejecución singular en tanto en cuanto no se acredite en el mismo, mediante testimonio de la resolución del juez que entiende del concurso (cfr. artículos 56.5 de la Ley Concursal, actual artículo 147.1), que los bienes concernidos no están afectos a actividad profesional o empresarial del concursado, y ello tanto conforme a la legislación vigente al tiempo de la declaración del concurso, como conforme al actual texto refundido, que, en esencia, mantiene los mismos principios suspensivos de los procedimientos de ejecución singular, siendo además nulas, como dispone el inciso final del apartado 1 del artículo 143 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, todas las actuaciones que se hubieran realizado desde ese momento, nulidad que reintroduce el Real Decreto 1/2020, de 5 de mayo, tras haber sido eliminada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que dio nueva redacción al apartado 3 del antiguo artículo 55 de la Ley Concursal».

La justificación de lo expuesto descansa en que, como han sostenido TOMÁS TOMÁS¹⁷³ y la propia DGRN¹⁷⁴, la anotación o inscripción registral del concurso no tiene carácter constitutivo.

Por último, teniendo claras las posibles excepciones, es necesario plantear un supuesto dable en la práctica y que podría originar un conflicto entre jueces adscritos a distintas jurisdicciones: declarado el concurso, ni el letrado de la Administración de

¹⁷³ TOMÁS TOMAS, S.: *La masa patrimonial como parte en el proceso concursal*, Thomson Reuters Aranzadi, cit., págs. 154 y 155: «Sí podemos afirmar, en cambio, que a pesar del dispar significado, función y eficacia de la anotación preventiva o inscripción en cada tipo de registro, los efectos asociados a la declaración de concurso rigen con independencia de que estas se hayan llevado a cabo. En efecto, si la inscripción registral gozara de carácter constitutivo, un proceso concursal en el que se procediera a la realización forzosa de los bienes, muebles o inmuebles, sin concurrir aquella, adolecería de un vicio de nulidad frente al que cabría interponer los remedios legales previstos en la Ley (arts. 238 y ss. LOPJ y 225 y ss. LEC). En el lado opuesto, una anotación preventiva o inscripción que detentara un valor meramente declarativo no repercutiría en la validez de la transmisión patrimonial realizada en el marco del concurso. No hay duda de que el proceso concursal se encuadra en esta segunda hipótesis. Las transmisiones realizadas en el concurso son plenamente válidas al margen de que la anotación preventiva o inscripción se haya realizado efectivamente. Más adelante demostraremos esta afirmación». Por el contrario, de la publicidad que regula el artículo 35 TRLC, esto es, que tiene lugar en el tablón de anuncios del juzgado (art. 554 TRLC), en el BOE (art. 335.1 TRCL) y en el Registro Público Concursal (arts. 35.1, 554 y 561.1ª TRLC), sí que puede predicarse su carácter constitutivo, dado que de ella se hace depender la producción de efectos del auto de declaración de concurso. En tal sentido, *ibidem*, págs. 151 a 153.

¹⁷⁴ Refiera la RDGRN núm. 1218/2017, de 16 enero (RJ 2017, 613) que, para que el registrador pueda calificar cualquier documento que se presente a inscripción sobre un bien titularidad de quien se encuentra declarado en concurso, no es preciso que conste previamente inscrito o anotado el documento judicial que declara esta situación. Entre otras, la RDGSJFP de 20 de septiembre de 2013 (RJ 2013, 7621) ha señalado el carácter no constitutivo de la anotación o inscripción registral del concurso, en tanto sus efectos se producen desde el mismo momento en que se dicta el auto que lo declara *ex art. 21.2 LC* –actual artículo 28.1.2ª TRLC–, y no se detienen ante los terceros de buena fe. Asimismo, la RDGSJFP de 16 de febrero de 2012 (RJ 2012, 5951) destaca que, por medio de los sistemas de interoperabilidad registral existentes entre los diferentes Registros, los registradores de la propiedad pueden conocer el contenido del Registro Mercantil por medios telemáticos, contenido que no puede ser desconocido dado que sus efectos legitimadores derivados de la presunción de exactitud y validez de su contenido se producen frente a todos.

Justicia, de oficio *ex* artículo 167 LEC, ni el solicitante¹⁷⁵ instan su anotación en el registro correspondiente y, con posterioridad, en un procedimiento de ejecución se expide mandamiento de embargo preventivo, que accede al registro, sobre un bien sobre el que no se ha pronunciado el juez del concurso acerca de su necesidad para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor. Desde nuestro punto de vista, la consecuencia de tal anotación es clara: el registrador debe, tan pronto como tenga conocimiento de la existencia del concurso, cancelar dicha anotación y proceder a anotar o inscribir, según el caso, el auto de declaración de concurso. Exclusivamente en el supuesto de que se declare, con posterioridad, que el bien no es necesario, puede procederse a la anotación de embargo.

3. LAS SOLUCIONES TENDENTES A EVITAR EL ACCESO AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE ANOTACIONES DE EMBARGO PREVENTIVAS TRAS LA DECLARACIÓN DE CONCURSO

Como hemos observado, es frecuente el acceso a los registros de la propiedad de mandamientos de anotación preventiva de embargo acordados por jueces distintos del competente para conocer del concurso durante la sustanciación de este. A fin de evitar cancelaciones posteriores, consideramos que tales situaciones podrían ser evitadas, en la mayoría de los casos, por medio de dos vías:

En primer lugar, por los propios registradores de la propiedad, mediante la consulta con anterioridad a la anotación de cualquier embargo preventivo del Registro Público Concursal, cerciorándose de que el titular registral no se halla declarado en concurso. Dicha medida viene exigiéndose desde hace años por la DGRN, quien en su resolución núm. 15770/2018, de 26 octubre¹⁷⁶, refería: «esta Dirección General tiene declarado que la coherencia y la funcionalidad del sistema legal exige que los registradores de la propiedad, en el momento de calificar la capacidad de las partes,

¹⁷⁵ Pese a que el artículo 167 LEC atribuya al letrado de la Administración de Justicia la obligación de remitir los mandamientos y oficios a la autoridad o funcionario a que vayan dirigidos, en la práctica forense es frecuente que sean remitidos al procurador del solicitante para su diligenciado.

¹⁷⁶ RJ 2018, 4841.

comprueben mediante la consulta del Registro Público Concursal si alguna de ellas tiene limitadas o suspendidas las facultades de administración y de disposición sobre los bienes y derechos que integran el patrimonio (...); y esa comprobación debe hacerse cuando el título se presenta originariamente a inscripción, y no después. En la práctica española es frecuente que la existencia del concurso no conste en la historia registral de la finca ni en el Libro de Incapacitados del Registro de la Propiedad; y de ahí la extraordinaria importancia de esa elemental cautela con la que tiene que actuar el registrador». Dicha consulta debe realizarse tanto en el concurso ordinario como en el procedimiento especial para microempresas, en el que también se contempla la publicidad en el Registro Público Concursal *ex* apartado 3 del artículo 692 bis TRLC.

En segundo lugar, reformando la legislación concursal. El artículo 28.1.5º TRLC prevé, como contenido del auto de declaración de concurso, «la publicidad que haya de darse a la declaración de concurso», estableciendo seguidamente el artículo 35 TRLC la que corresponde realizar en el Boletín Oficial del Estado y en el Registro Público Concursal. En la legislación anterior, el actual artículo 37 TRLC se correspondía con el artículo 24 LC, que llevaba por rúbrica «Publicidad registral», denominación que fue sustituida por la de «Anotación e inscripción en los registros públicos de bienes y derechos».

A nuestro juicio, es conveniente la modificación del citado artículo 28.1.5º TRLC, de modo que el auto de declaración de concurso haga mención no solo a «la publicidad que haya de darse a la declaración de concurso» sino también a la «la anotación del auto de declaración de concurso». Asimismo, sería necesario modificar el contenido del artículo 37.1 TRLC adicionando un plazo máximo para llevar a cabo dicha anotación por parte del letrado de la Administración de Justicia *ex* artículo 167 LEC. El precepto debiera referir: «Si el concursado tuviera bienes o derechos inscritos en registros públicos, junto al auto de declaración de concurso, el letrado de la Administración de Justicia expedirá mandamiento del mismo y lo remitirá al registro correspondiente en un plazo máximo de 5 días, y, una vez el auto devenga firme, se inscribirán en el folio correspondiente a cada uno de ellos la declaración de concurso (...)».

Idéntica situación se plantea en el procedimiento especial para microempresas atendiendo a la remisión contenida en el apartado 4 del artículo 692 bis TRLC. En el

sentido expuesto, es procedente, también en este procedimiento especial, realizar algunas modificaciones. En concreto, el artículo 692.1 TRLC, referente al auto de apertura, debiera quedar redactado del siguiente modo: «La apertura del procedimiento especial se realizará mediante auto dentro de los dos días hábiles siguientes a la admisión a trámite de la solicitud, o, en caso de oposición del deudor, en el auto que la resuelva en los términos previstos en el artículo anterior. El auto de apertura incluirá la identificación del deudor, el tipo de procedimiento especial, y, en su caso, mención de los distintos módulos seleccionados por el solicitante, de acuerdo con lo previsto en el Capítulo IV del Título II o en el Capítulo II del Título III de este Libro. Además, deberá especificar si, conforme a la documentación e información facilitada en el formulario, el procedimiento especial se declara sobre la base de probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente o insolvencia actual. Del mismo modo, contendrá la publicidad que haya de darse a la apertura del procedimiento y la anotación e inscripción¹⁷⁷ del auto de apertura». En cuanto al apartado 4 del artículo 692 bis TRLC, dado que el mismo se remite al libro primero, no precisa modificación alguna, pues resulta de aplicación el artículo 37.1 TRLC con la nueva redacción propuesta.

De esta forma se minimizarían considerablemente los supuestos de mandamientos de anotación de embargo preventivo anotados de forma indebida por desconocimiento del registrador de la existencia de una situación de concurso del titular del inmueble. En la práctica es muy frecuente el transcurso de largos períodos de tiempo hasta que, el juez ante el que se tramita el concurso expide mandamiento del auto de declaración para su anotación, quedando los bienes del deudor, durante ese tiempo, desprotegidos y al descubierto en perjuicio de sus acreedores.

¹⁷⁷ Como se apuntaba en el epígrafe 2.1. de este capítulo, mediante la aplicación supletoria *ex art.* 689 TRLC de los artículos 25.1 y 546 TRLC, y 451 LEC, queda abierta la posibilidad de formular recurso contra el auto que acuerde la apertura del procedimiento especial para microempresas.

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS DE LAS RELACIONES ENTRE EL ARBITRAJE Y OTROS PROCESOS NO PENALES CON EL CONCURSO

1. ARBITRAJE

1.1. Precedentes legislativos

La regulación contenida en el actual TRLC tiene su origen primigenio en la Ley Concursal de 2003. Con anterioridad a dicho texto legislativo, la regulación del arbitraje y la mediación en relación con los procesos concursales no había tenido acceso a un texto en vigor¹⁷⁸. De hecho, únicamente el Anteproyecto de Ley Concursal de 27 de junio de 1983 y la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 12 de diciembre de 1995 se hicieron eco de la utilidad de coordinar una de estas figuras de resolución alternativa de conflictos, el arbitraje, con la tramitación del procedimiento concursal¹⁷⁹.

Con la entrada en vigor de la Ley Concursal de 2003, su artículo 52 previó, por primera vez, que los convenios arbitrales en que fuera parte el deudor quedaran sin valor ni efecto durante la tramitación del concurso, así como que los procedimientos arbitrales en tramitación al momento de la declaración de concurso continuaran hasta la firmeza del laudo. Por su parte, el artículo 53 dispuso la vinculación del juez del concurso a los laudos firmes dictados antes o después de la declaración de concurso, y ello sin perjuicio de la acción que asiste a la administración concursal para impugnar los convenios y procedimientos arbitrales en caso de fraude.

Por el contrario, la mediación tuvo acceso en el artículo 52 de la Ley Concursal de 2003 en virtud de la modificación operada por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje

¹⁷⁸ De hecho, con la promulgación de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, esta institución únicamente era de aplicación a conflictos puramente de derecho civil, ampliándose a partir de entonces su ámbito a la resolución de controversias en materia mercantil. Así, el art. 1 de la Ley de 1988 estableció: «Mediante el arbitraje, las personas naturales o jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en materias de su libre disposición conforme a derecho».

¹⁷⁹ Al respecto, vid. BETHENCOURT RODRÍGUEZ, G. y AGULLÓ AGULLÓ, D.: «El arbitraje en sede concursal: problemas que derivan de la declaración judicial de concurso. Una propuesta de mejora», *Revista CEFLEGAL*, N° 165, octubre, 2014, págs. 9 y 10.

institucional en la Administración General del Estado, incluyéndose, junto a los convenios arbitrales, los pactos de mediación.

Aunque la dicción del artículo 140 TRLC contiene algunas modificaciones respecto al artículo 52 LC, su esencia y finalidad continúan siendo las mismas.

1.2. La prejudicialidad respecto al arbitraje

Si bien la literatura utilizada en los preceptos legales que coordinan los procedimientos de mediación con el proceso concursal no presenta, *a priori*, mayor inconveniente¹⁸⁰, no cabe decir lo mismo respecto de los procedimientos arbitrales.

Ello hace necesario analizar aquellos aspectos que más problemática despiertan y cuya resolución se hace indispensable en orden a determinar con exactitud cómo ha de proceder del juez del concurso ante la existencia de procedimientos arbitrales en trámite una vez declarado el concurso.

1.2.1. Procedimientos arbitrales “en tramitación”

La primera controversia observada la advertimos al inicio del artículo 140.2 TRLC cuando hace mención a los procedimientos arbitrales “en tramitación”. La doctrina y jurisprudencia se encuentran divididas respecto al momento en que puede entenderse que dichos procedimientos se encuentran en tal fase.

¹⁸⁰ La alusión a los pactos de mediación prevista en el apartado 1 del artículo 52 LC tras la promulgación de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado, actualmente, mantiene su redacción en el artículo 140.1 TRLC.

Existe un primer grupo de autores¹⁸¹ y resoluciones judiciales¹⁸² que equiparan los procedimientos arbitrales en tramitación con el inicio del arbitraje, estando este último previsto cuando la contraparte haya recibido el requerimiento de someter la controversia a arbitraje, salvo que las partes hubieran convenido otra cosa (art. 27 LA).

Por el contrario, encontramos otros autores¹⁸³ y resoluciones judiciales¹⁸⁴ que son partidarias de entender que “en tramitación” no equivale a “iniciado”, pues si así hubiera querido el legislador que fuera no emplearía términos diferentes. Según esta tesis, la tramitación comienza con la mera interposición de la demanda. Esta última postura se apoyaba, asimismo, en la analógica interpretación del artículo 51 LC en el que también

¹⁸¹ BELLIDO PENADÉS, R.: «Art. 52. Procedimientos arbitrales», *Comentario de la Ley Concursal* (Dir. ROJO y BELTRÁN), Vol. I, Thomson Civitas, Madrid, 2006, pág. 1015; BETHENCOURT RODRÍGUEZ, G. y AGULLÓ AGULLÓ, D.: «El arbitraje en sede concursal: problemas que...», cit., pág. 12; VIDAL FERNÁNDEZ, B.: «Comentario al artículo 27», *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje* (Dir. GUILARTE GUTIÉRREZ), Lexnova, Valladolid, 2004, págs. 488 a 491.

¹⁸² En tal sentido, vid. AJM Nº 1 de Sevilla, de 20 de febrero de 2018 (JUR 2018, 77192), STSJ de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal) núm. 45/2015, de 15 junio (RJ 2015, 4055), SAP de Barcelona (Sec. 15ª) núm. 89/2016, de 19 abril (JUR 2016, 114817), SAP de Madrid (Sec. 8ª) núm. 379/2010, de 20 septiembre (JUR 2010, 368667); AAP de La Rioja núm. 106/2009, de 8 octubre (JUR 2009, 459562).

¹⁸³ Cfr. GÓMEZ JENE, M.: «Arbitraje tramitado v. arbitraje iniciado», *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, Nº. 211, pág. 543: sostiene que la remisión al art. 27 LA «supone una quiebra injustificable de los principios de “unidad legal”, “unidad de disciplina” y “unidad de procedimiento” que informan al ordenamiento concursal. El fácil recurso al art. 27 LA en este contexto es debido, sobre todo, al silencio que guarda la LC al respecto; silencio que, no obstante, no puede acarrear una quiebra de aquellos principios. Más bien al contrario. El silencio de la LC al respecto impone, antes que una búsqueda de soluciones en el ordenamiento arbitral, una interpretación literal, sistemática y teleológica del ordenamiento concursal acorde con los principios expuestos. En interpretación literal, por ejemplo, debe repararse en que el art. 52 LC no alude a un procedimiento arbitral “iniciado” (que es lo que regula el art. 27 LA); el art. 52 LC alude expresa y conscientemente a un procedimiento arbitral “tramitado”. O lo que es lo mismo: para determinar la vigencia de un convenio arbitral ante una declaración de concurso, la LC no exige que el arbitraje esté “iniciado”; la LC sólo quiere saber si efectivamente se ha llevado a cabo el primer “trámite” necesario para que el arbitraje se inicie (“tramitado”); con independencia absoluta de los efectos procesales (posible prescripción...) que el inicio de ese arbitraje produzca conforme a la LA». En la página 544, el autor sostiene que la aplicación del criterio del art. 27 LA supondría dejar al arbitrio de las partes cuándo un arbitraje está o no en tramitación a los efectos de la legislación concursal, lo cual considera inadmisibles.

¹⁸⁴ AAP de Madrid (Sec. 20ª) núm. 64/2009, de 5 de febrero (JUR 2009, 172618).

se hablaba de juicios declarativos “en tramitación”, esto es, según algunas AP¹⁸⁵, desde la presentación de la demanda con independencia de que se hubiera o no admitido a trámite. Sin embargo, la actual redacción de dicho precepto localizada en el artículo 139 TRLC habla expresamente de juicios declarativos “iniciados”, lo que lleva a dos reflexiones que nos sitúan en el punto de partida, a saber: que la intención del legislador en todo momento ha sido la de equiparar el inicio con “en tramitación”, o que, respecto de los procedimientos arbitrales, al no haberse modificado en el mismo sentido que los juicios declarativos, el legislador quiere diferenciar entre ambos estadios del procedimiento.

De las reflexiones expuestas, nos hallamos en consonancia con la primera de ellas, al considerar que la tramitación de cualquier procedimiento se produce con la interposición de la demanda, momento en el que se pone en funcionamiento la maquinaria judicial. Por tanto, la mera presentación de la solicitud de arbitraje permitirá la continuación de este medio alternativo de resolución de conflictos con independencia de la declaración en concurso de cualquiera de las partes intervinientes en el mismo.

1.2.2. Firmeza de los laudos arbitrales

El segundo aspecto de relevancia a los efectos de la prejudicialidad pasa por determinar en qué momento devienen firmes los laudos arbitrales, de modo que el contenido de los mismos pueda tener reconocimiento en el concurso de forma definitiva (art. 141 TRLC).

La determinación del *dies a quo* de la firmeza de los laudos arbitrales constituye un tema controvertido en la doctrina: hay quienes consideran la firmeza del laudo desde el momento en que es dictado, reconociéndole, por ende, efectos de cosa juzgada *ab*

¹⁸⁵ AAP de Madrid (Sec. 10ª) núm. 89/2008, de 26 marzo (JUR 2008, 163389).

*initio*¹⁸⁶; mientras que otros¹⁸⁷ entienden que el laudo no adquiere firmeza tras su dictado (i) cuando se ejercite contra el mismo la acción de anulación dentro de los dos meses siguientes a su notificación (art. 40 LA)¹⁸⁸ o (ii) cuando, tras su notificación, dentro de los dos meses siguientes, cualquiera de las partes solicite aclaración, corrección o complemento de su contenido (art. 39 LA), postergando, por tanto, los efectos de cosa juzgada¹⁸⁹.

¹⁸⁶ Cfr. SENÉS MOTILLA, C.: *La intervención judicial en el arbitraje*, Thomson Civitas, Navarra, 2007, pág. 150; CORDÓN MORENO, F.: *El arbitraje de Derecho privado. Estudio breve de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre de Arbitraje*, Thomson Civitas, Navarra, 2005, págs. 284 y 285; FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A.: «Comentario al artículo 40 de la Ley española de Arbitraje» y «Comentario al artículo 43 de la Ley española de Arbitraje», *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre* (Coord. GONZÁLEZ SORIA), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2011, págs. 548 y 612; y ARIAS LOZANO, D.: *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003* (Coord. ARIAS LOZANO), Thomson Aranzadi, Navarra, 2005, págs. 405 y 406.

¹⁸⁷ Cfr. BETHENCOURT RODRÍGUEZ, G. y AGULLÓ AGULLÓ, D.: «El arbitraje en sede concursal: problemas que...», cit., págs. 13 y 14; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I.: *Derecho procesal civil. Proceso concursal. Arbitraje*, Ramón Aceres, Madrid, 2004, pág. 124; HINOJOSA SEGOVIA, R.: *Sistemas de solución extrajudicial de conflictos*, Ramón Aceres, Madrid, 2006, pág. 145; GARBERÍ LLOBREGAT, J.: *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje* (Dir. GARBERÍ LLOBREGAT), Vol. II, Bosch, Barcelona, 2004, pág. 1216; ARTACHO MARTÍN-LAGOS, M.: «La controvertida firmeza del laudo», *La Ley*, Nº. 6673, 16 de marzo de 2007, versión digital, pág. 9.

¹⁸⁸ Al respecto, vid. SAP de Cádiz (Sec. 6ª) núm. 50/2004, de 4 junio (AC 2004, 1054). En estos casos, será competente para conocer de la acción de anulación el TSJ de la comunidad autónoma donde se hubiera dictado el laudo (art. 8.5 LA) y no la AP a la que le corresponda resolver los recursos de apelación que se pudieran plantear en sede concursal.

¹⁸⁹ En tal sentido, vid. AAP Madrid (Sec. 10ª) núm. 144/2007, de 18 de julio (JUR 2007, 258602) y núm. 123/2007, de 21 de mayo (AC 2007, 1233). Las AP han aplicado la doctrina elaborada por el TS respecto de las sentencias civiles en lo que a la cosa juzgada material del laudo se refiere. Entre otras, destaca la SAP de Barcelona (Sec. 14ª) núm. 191/2004, de 11 marzo (JUR 2004, 195498): «la cosa juzgada material es el estado jurídico de la cuestión sobre la que ha recaído la sentencia firme (con autoridad de cosa juzgada formal), que tiene la eficacia de vincular al órgano jurisdiccional en otro proceso. Esta eficacia es negativa o excluyente, cuando se repite la misma cuestión y en este otro proceso no se entra en el fondo por acogerse la cosa juzgada como excepción. Y la eficacia es positiva o prejudicial cuando dicha cuestión no es el objeto único del otro proceso, sino que forma parte de éste, en cuyo caso la sentencia que recaiga deberá tener como punto de partida, y en ningún caso contradecir lo resuelto en la sentencia anterior».

A este respecto y dado que la LA no aclara la cuestión, consideramos imprescindible advertir la distinción entre laudos definitivos y laudos firmes. El artículo 38.1 LA prevé la terminación de las actuaciones arbitrales con el laudo definitivo. Seguidamente, el artículo 40 LA estatuye la posibilidad de ejercitar la acción de anulación contra los laudos definitivos, y, finalmente, el artículo 43 LA dispone que «el laudo produce efectos de cosa juzgada y frente a él sólo cabrá ejercitar la acción de anulación y, en su caso, solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes». Más allá de lo dispuesto en estos tres preceptos, la LA no contiene alusión alguna al carácter definitivo del laudo, no existiendo tampoco en dicho texto legal mención alguna al “laudo firme”, amén de lo señalado en el apartado IX de la Exposición de Motivos, que trataremos seguidamente.

Sirviéndonos de lo dispuesto en el artículo 207 LEC, respecto a las resoluciones: son definitivas las que ponen fin a la primera instancia y las que decidan los recursos interpuestos frente a ellas, siendo firmes aquéllas contra las que no cabe recurso alguno por no preverlo la ley o porque, estando previsto, ha transcurrido el plazo legalmente fijado sin que ninguna de las partes lo haya presentado. A fin de integrar el vacío legal existente en la LA a tal respecto y, atendiendo a la dicción del precepto de la LEC mencionado, podría colegirse que el laudo definitivo es aquél contra el que cabe recurso, mientras que es firme aquel frente al que no puede formularse recurso o, pudiendo impugnarse, transcurre el plazo previsto para ello.

Lo expuesto nos lleva a analizar si la acción de anulación (art. 40 LA) constituye propiamente un recurso. El apartado VIII de la Exposición de Motivos de la LA es claro al respecto: «Respecto de la anulación, se evita la expresión “recurso”, por resultar técnicamente incorrecta. Lo que se inicia con la acción de anulación es un proceso de impugnación de la validez del laudo¹⁹⁰. Se sigue partiendo de la base de que los motivos de anulación del laudo han de ser tasados¹⁹¹ y no han de permitir, como regla general, una

¹⁹⁰ Las AP han mantenido que la acción de anulación no constituye una apelación en el sentido de una segunda instancia. Entre otras, vid. SAP de Madrid (Sec. 10ª) de 16 de diciembre de 1995 (AC 1995, 2264) y SAP de Zaragoza (Sec. 5ª) núm. 501/1996, de 16 de septiembre (AC 1996, 1707).

¹⁹¹ Cfr. STS (Sala 1ª) de 2 de marzo de 1989 (RJ 1989, 1743).

revisión del fondo de la decisión de los árbitros»¹⁹². Secundando dicha idea, localizamos un sector de la doctrina que sostiene que la acción de anulación es completamente ajena a la figura del recurso por dos motivos¹⁹³: el primero, porque los recursos son resueltos por el mismo órgano o por otro superior, pero, en todo caso, siempre por órganos pertenecientes a una misma estructura, lo que no ocurre en los laudos, ya que, si bien se dictan extrajudicialmente, la acción de anulación es ventilada y resuelta en sede judicial (art. 8.5 LA); y, el segundo, en tanto que dictado el laudo, el procedimiento arbitral concluye y el ejercicio de la acción de anulación constituye el inicio de un nuevo proceso. No ocurre así, en cambio, ante la formulación de recursos, pues el proceso inicial continúa hasta la resolución. En definitiva, la acción de anulación no puede ser considerada un

¹⁹² Respecto a la imposibilidad de que el control judicial del laudo alcance la decisión de fondo, vid. AATC (Sala 2ª) núm. 231/1994, de 18 de julio (RTC 1994, 231), núm. 116/1992, de 4 de mayo (RTC 1992, 116), STC (Pleno) núm. 174/1995, de 23 de noviembre (RTC 1995, 174), SAP de Barcelona (Sec. 14ª) de 26 de noviembre de 2002 (JUR 2003, 61825), SAP de Vizcaya (Sec. 4ª) núm. 373/2005, de 17 de mayo (AC 2005, 1350), SAP de Barcelona (Sec. 15ª) núm. 220/2009, de 30 de junio (JUR 2009, 418666) y STSJ de Castilla-La Mancha (Sala de lo Civil y Penal) núm. 8/2016, de 24 de noviembre (AC 2016, 2377). En el mismo sentido, destaca lo señalado por la SAP de Barcelona (Sec. 15ª) de 24 de noviembre de 1999 (JUR 1999, 320061): «el recurso de anulación de un laudo arbitral no permite, por su naturaleza, un nuevo examen completo del fondo de la controversia. El Tribunal no puede actuar como una segunda instancia revisora ni corregir eventuales deficiencias de la decisión de los árbitros ni su manera más o menos acertada de resolver la controversia, lo que desnaturalizaría la institución del arbitraje caracterizada por su efecto negativo o excluyente de la jurisdicción».

¹⁹³ BERNARDO SAN JOSÉ, A.: «Principales efectos del laudo arbitral: cosa juzgada y ejecutabilidad», *Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Vol. I, Nº. 1/2008, pág. 123; FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A.: «Comentario al artículo 40 de la Ley española de Arbitraje», cit., pág. 550; ARIAS LOZANO, D.: *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*, cit., pág. 406; y HINOJOSA SEGOVIA, R.: *Sistemas de solución extrajudicial de conflictos*, cit., pág. 145.

recurso¹⁹⁴, de modo que frente al laudo que se dicte no existe recurso formulable¹⁹⁵, deviniendo firme desde aquel momento.

Sin embargo, lo anterior contradice lo previsto en el apartado IX de la Exposición de Motivos de la LA: «Esta ley se ocupa únicamente de la posibilidad de ejecución forzosa del laudo durante la pendencia del procedimiento en que se ejercite la acción de anulación. La ley opta por atribuir fuerza ejecutiva al laudo aunque sea objeto de impugnación. Ningún sentido tendría que la ejecutividad del laudo dependiera de su firmeza en un ordenamiento que permite ampliamente la ejecución provisional de sentencias. La ejecutividad del laudo no firme se ve matizada por la facultad del ejecutado de obtener la suspensión de la ejecución mediante la prestación de caución para responder de lo debido, más las costas y los daños y perjuicios derivados de la demora en la ejecución». En esta ocasión, la Ley refiere la posibilidad de que el laudo no sea firme en tanto sea viable su impugnación por medio de la acción de anulación.

Ante tal escenario, se ha sostenido por parte de la doctrina que la acción de anulación de laudos constituye un medio extraordinario de anulación de laudos definitivos, que aún no han adquirido firmeza ni producen efectos de cosa juzgada, y cuya interposición da lugar a un proceso de impugnación de la validez del laudo autónomo y diferenciado del procedimiento arbitral en el que se dictó el laudo cuya nulidad se pretende¹⁹⁶.

¹⁹⁴ FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A.: «Comentario al artículo 40 de la Ley española de Arbitraje», cit., pág. 550; y REMÓN PEÑALVER, J.: «La anulación del laudo: el marco general, el pacto de exclusión y el orden público», *Spain arbitration review: revista del Club Español del Arbitraje*, N°. 1/2008, ver. digital, pág. 7 (https://www.uria.com/documentos/publicaciones/1900/documento/061laudoUM.pdf?id=1942_es&forceDownload=true#:~:text=La%20acci%C3%B3n%20de%20anulaci%C3%B3n%20no,o%20no%20del%20laudo%E2%80%9D13, consultado por última vez el 10 de junio de 2025).

¹⁹⁵ El TC ha reiterado en numerosas ocasiones que el laudo arbitral no puede ser objeto de recurso de amparo. En concreto, en su sentencia (Sala 1ª) núm. 9/2005, de 17 de enero (RTC 2005, 9) señaló: «carece de jurisdicción para enjuiciar el laudo arbitral en sí mismo considerado, por cuanto como acto no referible a ningún tipo de poder público (art. 41.2 LOTC), resulta extraño al ámbito y función del proceso constitucional de amparo (SSTC 176/1996, de 11 de noviembre, FJ 1º; 13/1997, de 27 de enero, FJ 2º)».

¹⁹⁶ BERNARDO SAN JOSÉ, A.: «Principales efectos del laudo arbitral...», cit., pág. 127. Asimismo, vid. ARTACHO MARTÍN-LAGOS, M.: «La controvertida firmeza del laudo», cit., pág. 6. También de interés,

No obstante, no debe pasarse por alto el hecho de que la ejecución que se prevé para los laudos no sea una ejecución provisional, sino forzosa, esto es, la prevista en la LEC para las resoluciones firmes (art. 517 LEC).

La anterior reflexión es considerada de vital importancia a efectos concursales. Pues si bien el artículo 260.1 TRLC establece que los posibles derechos de crédito que se deriven de tales laudos deberán ser incluidos “necesariamente” en la lista de acreedores¹⁹⁷, cabrá plantearse seguidamente cuál debe ser la calificación que los mismos deban recibir.

GARBERÍ LLOBREGAT, J.: *Comentarios a la Ley 60/2003...*, cit., págs. 954 a 962. En el mismo sentido, vid. SAP de Palencia núm. 186/1999, de 10 junio (AC 1999, 1488), SAP de Barcelona (Sec. 14ª) de 14 de abril de 2003 (AC 2003, 2028), SAP de Girona (Sec. 2ª) núm. 147/2000, de 9 marzo (AC 2000, 4983) y SAP de Guipúzcoa (Sec. 1ª) núm. 57/2003, de 24 marzo (JUR 2003, 142325).

¹⁹⁷ Distinto tratamiento recibirán aquellos créditos que se deriven de procedimientos arbitrales y que tengan la consideración de créditos contra la masa. El reconocimiento forzoso previsto en el artículo 141 TRLC únicamente viene referido a los créditos concursales, por lo que en ningún caso será posible el reconocimiento de un crédito contra la masa contingente. En tal sentido se ha pronunciado la SAP de Málaga (Sec. 6ª) de 29 mayo 2020 (AC 2020, 834): «Conforme al art. 87.3 LC (RCL 2003, 1748), los créditos sometidos a condición suspensiva y los litigiosos serán reconocidos en el concurso como créditos contingentes sin cuantía propia y con la calificación que corresponda, admitiéndose a sus titulares como acreedores legitimados en el juicio sin más limitaciones que la suspensión de los derechos de adhesión, de voto y de cobro; ahora bien, los créditos a los que se está refiriendo son a los concursales, no a los créditos contra la masa. Es contundente en tal sentido, la STS (Sala 1ª) 335/2016, de 20 de mayo (RJ 2016, 2289) que “propiamente, el art. 87.3 LC regula la condición de crédito contingente únicamente respecto de los créditos concursales, que son además los únicos que necesitan ser objeto de reconocimiento en la lista de acreedores y respecto de los que, bajo las condiciones previstas en el art. 97 bis LC, podría pedirse la modificación de los textos definitivos. No tiene sentido pedir la modificación de los textos definitivos para que se incluyan determinados créditos contra la masa, ni mucho menos interesar que se clasifiquen estos como contingentes, por mucho que estén pendientes de liquidación. El pago de los créditos contra la masa, una vez devengados, puede requerirse de la administración concursal. Y si ésta no atiende al pago, puede reclamarse mediante un incidente concursal conforme al art. 84.3 LC. Lógicamente, mientras esté pendiente la liquidación o determinación de su cuantía, no podrán ser abonados”. La parte pretende que se le reconozca como crédito contra la masa contingente el previsible reconocimiento a su favor de unos daños y perjuicios derivados tras la declaración del concurso, pero ello no es posible, el crédito contra la masa es o no es; cuando se produzca su nacimiento (bien por devengarse, bien por reconocerse su existencia en el procedimiento donde se estuviera debatiendo), la parte o la AC de oficio deberá proceder a su

Si bien, *a priori*, tales créditos, al no constar en laudo firme, podrían ser calificados como contingentes por similitud a los créditos sometidos a condición resolutoria¹⁹⁸ (art. 261.1 TRLC), lo cierto es que el artículo 261.4 TRLC otorga al titular del crédito la totalidad de los derechos concursales que correspondan a su cuantía y clasificación cuando el mismo derive de una resolución susceptible de ejecución provisional.

En el caso de los laudos, la normativa es clara: «La ley opta por atribuir fuerza ejecutiva al laudo aunque sea objeto de impugnación» (apartado IX de la Exposición de Motivos). Y, es más, la vía de ejecución de los mismos, como se ha indicado previamente, es la forzosa. No cabe duda, pues, que el legislador ha pretendido, en todo caso, otorgar a dichos créditos la calificación que legalmente les corresponda, y no la de créditos contingentes, máxime cuando se trata de una resolución contra la que no cabe la interposición de recurso alguno.

Esta es la postura mantenida por la doctrina¹⁹⁹, que realiza una interpretación extensiva del artículo 261 TRLC, a saber, el reconocimiento de los créditos litigiosos

reconocimiento (y en su caso podrá debatirse su naturaleza conforme al art. 84.4 LC) y a su pago pero no es posible que dada su previsible existencia o su carácter litigioso deba reconocerse como contingente en el concurso, de la misma manera que las futuras rentas de un alquiler deban de recogerse sino que serán periódicamente cuando deberán reconocerse. Por tanto, no procede reconocer un crédito que no existe todavía, sin perjuicio de que tal y como indica en su suplico de demanda, en caso de sentenciarse a su favor comunique su existencia y la AC si procede lo reconozca como crédito contra la masa o pueda ser objeto de incidente concursal».

¹⁹⁸ De interés, vid. BERMEJO GUTIÉRREZ, N.: «Supuestos especiales de reconocimiento», *Comentario de la Ley concursal* (Dir. ROJO y BELTRÁN), Vol. II, Thomson Civitas, Madrid, 2006, pág. 1568: «La incertidumbre acerca de su existencia justifica que los créditos litigiosos sean tratados de forma análoga a los créditos suspensivamente condicionados».

¹⁹⁹ En tal sentido, autores como ÍÑIGO FUSTER, han considerado inadmisibles la calificación como contingentes de los créditos procedentes de sentencias o laudos no firmes por entender que la aplicación del art. 260 TRLC (reconocimiento forzoso) excluye la del art. 261 TRLC (en «El reconocimiento concursal de los créditos reconocidos por laudo, aunque no sea firme», *CEFLEGAL*, N° 82/2009, págs. 98 y ss.). En tal sentido, vid. SJM N° 1 de Bilbao núm. 72/2006, de 14 de febrero (AC 2006, 178) y SJM N° 1 de Valencia, núm. 234/2009, de 30 de abril (JUR 2024, 118319).

como contingentes supone conculcar el principio de igualdad de trato de los acreedores²⁰⁰, «perjudicando a quienes con carácter previo a la declaración del concurso ejercitaron las pertinentes acciones en defensa de sus derechos en vez de limitarse a comunicar a la Administración Concursal, tras la declaración del mismo, su crédito, impugnando, en su caso, la lista de acreedores»²⁰¹. Y con la finalidad de respaldar dicha tesis, se trae a colación el contenido del artículo 45 LA que permite la ejecución de laudos incluso cuando se haya ejercitado la acción de nulidad.

2. EFECTOS DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES RECONOCEDORAS DE DERECHOS DE CRÉDITO NO FIRMES

La falta de firmeza de las resoluciones judiciales de las que deriven créditos que deban ser reconocidos y calificados en el concurso es más problemática que la cuestión relativa a los laudos arbitrales abordada en el epígrafe precedente.

La premisa de partida es la misma que para los laudos arbitrales: su reconocimiento forzoso *ex* artículo 260.1 TRLC. Ahora bien, la cuestión controvertida es la calificación que deban recibir.

El artículo 261.4 TRLC refiere que, en tanto dichos créditos no sean confirmados por resolución susceptible de ejecución (art. 261.4 TRLC), deben ser calificados como contingentes (art. 261.1 TRLC). Tal postura ha sido refrendada por algunas resoluciones judiciales, entre las que destaca la SJM N° 1 de Palma de Mallorca núm. 137/2007, de 17 de mayo²⁰²: «Planteada la litis, debemos indicar que la nueva normativa concursal, dentro del art. 87 viene a recoger unos supuestos especiales de reconocimiento, creando un sistema mediante el cual la Ley matiza el régimen general de reconocimientos establecidos en la norma del art. 86. Dentro del apartado tercero, el artículo 87 contempla

²⁰⁰ Apartado V de la Exposición de Motivos de la LC: «Se considera que el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso, y que sus excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas».

²⁰¹ ÍÑIGO FUSTER, A.: «El reconocimiento concursal de los créditos reconocidos por laudo...», cit., pág. 103).

²⁰² JUR 2008, 357150.

lo que denomina como créditos contingentes, aquellos créditos cuya existencia, a los efectos concursales, no es segura, y en particular, dentro de esta modalidad, encontramos los litigiosos, esto es, aquellos que al tiempo de la declaración del concurso estuviesen sometidos a contienda judicial, y que por tanto deban resolverse durante la tramitación del procedimiento concursal. De forma lógica, también se incluyen los créditos cuyos títulos hayan sido impugnados por la administración concursal, en razón del cauce concursal».

Concluye la resolución justificando la procedencia de que los créditos litigiosos sean tratados de forma análoga a los créditos suspensivamente condicionados (aquellos que, por razón de la condición, no han devenido al tráfico jurídico, hasta que no se produce el hecho incierto y futuro) dada la incertidumbre sobre su existencia. De este modo, perderán su condición de contingentes a partir de que sean reconocidos en sentencia firme o susceptible de ejecución provisional, quedando plenamente acreditados desde ese momento y perdiendo su carácter controvertido²⁰³.

A diferencia de lo que ocurría con los laudos en los que la ejecución de los mismos es forzosa²⁰⁴ en tanto no cabe recurso contra ellos, el panorama se vislumbra diferente en lo que a las resoluciones judiciales se refiere, pues son susceptibles únicamente de ejecución provisional mientras no devengan firmes por ser posible la formulación del correspondiente recurso en sentido estricto²⁰⁵ contra las mismas.

²⁰³ No obstante, aquellos créditos cuya cuantificación haya quedado pendiente de efectuarse en ejecución posterior, no perderán su carácter contingente hasta que se produzca su cuantificación definitiva según ha entendido la STS (Sala 1ª) núm. 174/2020, de 11 de marzo (RJ 2020, 975).

²⁰⁴ A este respecto, señala BERMEJO GUTIÉRREZ, N.: «Reconocimiento de créditos», *Comentario de la Ley concursal* (Dirs. ROJO y BELTRÁN), Vol. II, Thomson Civitas, Madrid, 2006, pág. 1546: «El fundamento del reconocimiento forzoso es evidente: si una sentencia no firme de condena determina la existencia de una responsabilidad del deudor de forma suficiente para abrir una ejecución provisional, no puede negarse dicha virtualidad en sede concursal». Sin embargo, es necesario nuevamente precisar que, si bien compartimos dicho argumento respecto del reconocimiento forzoso, lo que no puede pretenderse es su extensión a la calificación de dicho crédito, la cual seguimos sosteniendo que debe ser la de contingente.

²⁰⁵ Al respecto, vid. BERNARDO SAN JOSÉ, A.: «Principales efectos del laudo arbitral...», cit., pág. 126.

Lo cierto es que a la vista de todo lo anterior cabe plantearse la siguiente reflexión: si durante la tramitación de la primera instancia existe contingencia, ¿qué podría llevarnos a pensar que la misma desaparece ante una sentencia recurrida? En ninguno de los casos, el crédito se encuentra confirmado, por lo que a nuestro parecer no existe razón alguna que nos permita concluir que el mero dictado de una sentencia no firme pone fin a la contingencia.

Dicho planteamiento resultaría contrario, en parte, a lo dispuesto en el artículo 261.4 TRLC, en virtud del cual el reconocimiento del crédito contingente en sentencia susceptible de ejecución provisional «otorgará a su titular la totalidad de los derechos concursales que correspondan a su cuantía y clasificación». Si bien es cierto que no todas las sentencias son susceptibles de ejecución provisional (cfr. art. 525 LEC), el legislador parece aceptar el fin de la contingencia respecto a aquellos créditos que se desprendan de sentencias ejecutables provisionalmente.

Mostramos nuestras reservas ante este criterio de política legislativa. Es cierto que la LEC concede el privilegio de instar la ejecución provisional ante una resolución no firme, siendo comprensible que, en el ámbito concursal, tal prerrogativa se quiera mantener con supresión de la contingencia ante resoluciones ejecutables. Con todo, a nuestro modo de ver, lo procedente, a fin de evitar una eventual acción rescisoria infructuosa consecuencia de una resolución en segunda instancia revocatoria, sería que el legislador exigiera en estos casos la prestación de caución suficiente antes del cobro dentro del proceso concursal; máxime cuando la falta de firmeza implica, a su vez, la ausencia de eficacia positiva de la cosa juzgada material²⁰⁶.

²⁰⁶ Al respecto, vid. BERMEJO GUTIÉRREZ, N.: «Reconocimiento de créditos», cit., pág. 1546.

CAPÍTULO V

LA COMPATIBILIDAD ENTRE LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DE LAS ACCIONES SOCIETARIAS Y DE LA CALIFICACIÓN CONCURSAL

Al igual que ocurre en el ámbito penal con determinadas conductas del deudor, que pueden ser consideradas un ilícito penal y una causa de calificación culpable del concurso, existen otros comportamientos, en estos casos de los administradores de sociedades²⁰⁷, susceptibles de motivar una acción de responsabilidad societaria –de las previstas en la LSC–, y de responsabilidad concursal, entendiendo por tal la condena a atender la cobertura del déficit (art. 456 TRLC).

Para ello, es preciso ahondar en el régimen jurídico de cada una de las acciones societarias (acción de responsabilidad por deudas, acción social y acción individual), analizando su viabilidad, una vez es declarado el concurso, y su compatibilidad con las consecuencias derivadas de la calificación concursal culpable, a fin de evitar la vulneración del principio *non bis in idem*.

1. LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD

1.1. Consideraciones previas

Regulada en el artículo 238 LSC, permite reclamar los daños sufridos por el patrimonio de la sociedad a causa de un proceder ilícito de los administradores. La acción social de responsabilidad «se dirige, por ende, a proteger y defender el patrimonio de la sociedad frente a los daños o lesiones que los actos u omisiones ilegales, antiestatutarios o incumplidores de los deberes de los administradores hayan provocado directamente sobre el mismo; esto es, de los daños que los administradores hayan causado a la mercantil por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo (art. 236.1 LSC), debiendo

²⁰⁷ ALONSO UREBA, A.: «La responsabilidad de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal (el art. 171.3 del Anteproyecto de Ley Concursal y sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad», *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001* (Dirs. GARCÍA VILLAVARDE, ALONSO UREBA y PULGAR EZQUERRA), Dilex, Madrid, 2002, págs. 281 y 282: «el carácter orgánico de la responsabilidad social explica que la misma se exige, no al órgano como tal, sino a sus miembros, es decir, a los administradores, siendo ello consecuencia del concepto mismo de órgano».

existir, en todo caso, un nexo causal entre la acción u omisión ilícita y el daño sufrido por la sociedad»²⁰⁸.

La finalidad última de esta acción no es otra que la defensa del patrimonio social²⁰⁹ y, en consecuencia, en sede concursal, su eventual estimación permitirá una mayor satisfacción de los créditos de los acreedores.

De esta suerte, con independencia de quién ejercite la acción, su éxito determinará la condena de los administradores a indemnizar a la sociedad por el importe que se fije en la propia sentencia o ya en fase de ejecución *ex* artículo 219 LEC, engrosando dicha suma el patrimonio social²¹⁰.

1.2. Legitimación para el ejercicio de la acción social de responsabilidad

La legitimación para el ejercicio de la acción social, según prevé el artículo 236.1 LSC, corresponde, en primera instancia, a la propia sociedad por acuerdo de su junta general; subsidiariamente, a aquellos socios que individualmente o junto con otros sean titulares de una participación que les permita solicitar la convocatoria de la junta general (5% del capital social) (art. 239 LSC); y finalmente, siempre y cuando no haya sido ejercitada por los anteriores, a aquellos que tengan reconocida la condición de acreedores

²⁰⁸ LARA GONZÁLEZ, R.: «La acción social de responsabilidad: ejercicio por la sociedad», *La responsabilidad de los administradores de las Sociedades Mercantiles* (Dir. ROJO y BELTRÁN), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 96.

²⁰⁹ La STS (Sala 1ª) núm. 255/2006, de 22 de marzo (RJ 2006, 4896), FJ 1º, sostiene que la acción social se dirige a recomponer o reconstituir el patrimonio social dañado por la actuación de los administradores. Asimismo, vid. STS (Sala 1ª) núm. 1168/2008, de 27 de noviembre (RJ 2008, 6323), FJ 1º: «no consta que las irregularidades que se imputan al demandado produjeran un perjuicio directo a los socios sino a la sociedad, de manera que sería el patrimonio social, y no el individual de cada accionista, el destinatario de las eventuales sumas indemnizatorias». También de interés: SSTs (Sala 1ª) núm. 397/2001, de 19 de abril (RJ 2001, 6883), núm. 138/2002, de 25 febrero (RJ 2002, 1908), núm. 1186/2003, de 17 de diciembre (2003, 8667), núm. 261/2007, de 14 de marzo (RJ 2007, 1793), entre otras.

²¹⁰ SÁNCHEZ CALERO, F.: *Los Administradores en las Sociedades de Capital*, Navarra, Thomson Civitas, Madrid, 2007, pág. 367.

de la sociedad cuando el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos (art. 240 LSC)²¹¹.

Resulta llamativo este último inciso contenido en el artículo 240 LSC —«siempre que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos»—, pues, como es sabido, la insolvencia del deudor constituye el presupuesto objetivo para la declaración del concurso de acreedores (art. 2 TRLC).

En relación con lo expuesto, son varias las cuestiones que suscitan nuestro interés: en primer lugar, que el artículo 240 LSC concede la posibilidad a los acreedores de ejercitar la acción social de responsabilidad, incluso cuando concurre el presupuesto objetivo para solicitar el concurso de la sociedad deudora; en segundo lugar, que la acreditación de tal presupuesto obligaría a los administradores de la sociedad deudora a instar la solicitud de concurso (art. 5.1 TRLC), so pena de resultar condenados como concurso culpable por incumplir el deber de solicitarlo; y, por último, que,

²¹¹ El artículo 240 LSC trae causa del anterior artículo 134.5 de la Ley de Sociedades Anónimas (en adelante, LSA). A este respecto: ALONSO UREBA, A.: «La responsabilidad de los administradores...», cit., págs. 281 y 282, señala que la LSA únicamente añade como nueva legitimación activa la de los acreedores sociales cuando la sociedad se encuentra en situación de insolvencia al momento del ejercicio de la acción. Carece de importancia si tal insolvencia deriva o no del daño causado a la sociedad por los administradores, dado que estos pueden no haberse producido todavía cuando ya existía la situación de insolvencia. Ahora bien, también es posible que la actuación de los administradores se aprecie cuando el daño ya se haya producido, provocando un agravamiento de la insolvencia existente en tal momento; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A.: «La responsabilidad concursal», *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles* (Dirs. ROJO FERNÁNDEZ y BELTRÁN SÁNCHEZ), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 344, refiere que el importe de la indemnización que deba ser satisfecho por los administradores sociales supondrá un incremento de la masa activa, con el consiguiente aumento de las expectativas de cobro de los acreedores concursales. Concluye que no debe desconocerse el significado de esta acción, en tanto se trata de una acción de incremento de la masa activa; y TOMÁS TOMAS, S.: *La masa patrimonial como parte en el proceso concursal*, Thomson Reuters Aranzadi, cit., pág. 313, destaca la función integradora de la masa activa derivada de la estimación judicial de la aludida de acción social de responsabilidad, en tanto permite resarcir el patrimonio dañado.

probablemente, a la vista del carácter indirecto²¹² de esta acción, resulte más rentable a los acreedores presentar una solicitud de concurso que ejercitar directamente la aludida acción, en tanto existen mayores posibilidades de cobro de su crédito por vía concursal²¹³.

1.3. La acción de responsabilidad social tras la declaración del concurso

A efectos de esta investigación, el ejercicio de la acción social nos obliga a plantear qué ocurre con la misma cuando se declara el concurso de acreedores. Ello exige atender a dos escenarios: a las acciones ejercitadas antes del auto de declaración de concurso y aquellas interpuestas con posterioridad.

La acción de responsabilidad social es la única expresamente regulada en nuestra legislación concursal. Es necesario señalar que el proceso en el que esta se ventile puede continuar²¹⁴ en caso de haberse iniciado con anterioridad a la declaración del concurso o de iniciarse posteriormente, con determinadas especialidades. Su prosecución no es, por tanto, incompatible con la sustanciación del propio proceso concursal. Así lo prevé el artículo 137 TRLC, en relación con el 138 del mismo texto legal: «Los juicios declarativos que se encuentren en tramitación a la fecha de la declaración de concurso en los que el concursado sea parte, continuarán sustanciándose», acumulándose «de oficio al concurso, siempre que se encuentren en primera instancia y no haya finalizado el acto del juicio o la vista» y tramitándose «ante el juez del concurso conforme al procedimiento por el que viniera sustanciándose» el ejercicio de la acción.

A su vez, el artículo 52.3.2º TRLC recoge también la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso para conocer de «las acciones de responsabilidad contra

²¹² JUSTE MENCÍA, J.: “Legitimación subsidiaria para el ejercicio de la acción social”, *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles* (Dir. ROJO FERNÁNDEZ y BELTRÁN SÁNCHEZ), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 154.

²¹³ A este respecto, JUSTE MENCÍA (ibidem, pág. 155) señalaba que la subsidiariedad pierde su razón de ser ante la aparición del concurso, dada la preferencia de los intereses de los acreedores sobre el patrimonio social frente al individual de los accionistas.

²¹⁴ Es evidente que el contenido del artículo 155 TRLC, relativo a la interrupción de la prescripción de las acciones contra el deudor por los créditos anteriores a la declaración, no será de aplicación a este tipo de acción societaria en tanto la tramitación del concurso en nada impide su ejercicio simultáneo.

los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho; contra la persona natural designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica y contra la persona, cualquiera que sea su denominación, que tenga atribuidas facultades de más alta dirección de la sociedad cuando no exista delegación permanente de facultades del consejo en uno o varios consejeros delegados, por los daños y perjuicios causados, antes o después de la declaración judicial de concurso, a la persona jurídica concursada».

De este modo, todas las acciones sociales que se ejerciten antes de la declaración del concurso, o con posterioridad, son sustanciadas ante juez del concurso. Se facilita, así, la coordinación entre esta acción social de responsabilidad y la de responsabilidad concursal, pudiendo interponerse ambas ante la generación o agravación del estado de insolvencia del concursado como consecuencia del incumplimiento del deber de diligencia de sus administradores²¹⁵. Dicha coordinación es necesaria en tanto que el resultado de cualquiera de ellas puede repercutir en la decisión de la acción pendiente de resolver. Como ha señalado doctrina autorizada, «si se diera el caso ciertamente extremo, de que la recomposición de la masa activa como consecuencia de la indemnización del daño causado por los administradores, o por los demás responsables de dicho daños, a través de la acción social, alcanzara para enjugar el déficit concursal, en todo o en parte, decaería en la misma medida la base material para una condena de responsabilidad concursal aunque se dieran los demás requisitos, dado que la condena del art. 172.bis tiene precisamente ese objetivo, la cobertura total o parcial del déficit». La función de ambas responsabilidades (la reintegración del patrimonio social/masa activa del concurso), justifica su compatibilidad²¹⁶.

²¹⁵ Ya ALONSO UREBA («La responsabilidad de los administradores de una sociedad...», cit., pág. 289) había sostenido que lo más lógico sería que el juez del concurso pasara a conocer del procedimiento en la fase en la que se encontrase aquel una vez se declarase el concurso, siguiéndose así con el carácter universal propio de este según el Anteproyecto de 2001, «concentrando en un solo órgano jurisdiccional todas las materias (principio de unidad procedimental y de decisión)».

²¹⁶ QUIJANO GONZÁLEZ, J.: «Coordinación de acciones societarias...», cit., pág. 6.

Por su parte, otros autores²¹⁷ entienden que la responsabilidad concursal y la acción social constituyen regímenes alternativos, no cumulativos, de modo que, únicamente en el caso de que no se ejercitase por los legitimados para ello, puede sustanciarse la responsabilidad concursal. Se aduce para ello que existe, bajo el régimen precedente, una desproporcionalidad entre el régimen extracontractual de la acción social y el de la responsabilidad concursal, pues el primero de ellos es más completo al abarcar los supuestos de liquidación y de convenio, así como los de culpa leve, frente a la responsabilidad concursal que se extendía únicamente a los supuestos de liquidación y a aquellos en los que concurriera dolo o culpa grave.

Sin embargo, respecto a este último extremo, la nueva dicción del artículo 446 TRLC, suprime el contenido del antiguo párrafo segundo, con supresión relativa a la formación de la sección de calificación (cuando se aprobase un convenio en el que se establecieran para todos los créditos o para los de una o varias clases o subclases de las establecidas en aquella Ley una quita inferior a un tercio del importe de esos créditos o una espera inferior a tres años, salvo que resultase incumplido). De este modo, desaparece, en parte, la aludida desproporcionalidad, extendiéndose la responsabilidad concursal a todos los procedimientos con independencia de que su tramitación se produzca por vía de convenio o de liquidación.

Por su parte, ALONSO UREBA²¹⁸ mantuvo que la responsabilidad social tendría que verse rezagada por la concursal, en la medida en que esta última permite satisfacer adecuadamente los intereses en juego, otorgando preferencia, como es propio del concurso, a los derechos de los acreedores. Y, aún más, sostenía que, como ocurre en la actualidad, la responsabilidad concursal debería extenderse tanto a los supuestos de liquidación como de convenio, de modo que «el resarcimiento por los administradores del daño causado a la sociedad y derivativamente a los acreedores, permitiese superar el

²¹⁷ VÁZQUEZ ALBERT, D.: «El concurso de las personas jurídicas: la responsabilidad...», cit., pág. 100. En el mismo sentido se pronunciaba llamativamente QUIJANO GONZÁLEZ, J.: «Responsabilidad societaria y concursal de administradores: de nuevo sobre la coordinación y el marco de relaciones», *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, N°. 10/2009, pág. 6.

²¹⁸ ALONSO UREBA, A.: «La responsabilidad de los administradores...», cit., pág. 290.

estado de insolvencia, protegiéndose así a través de la responsabilidad concursal no sólo a los acreedores sino también a los socios y a la sociedad».

Sea como fuere, ambas posturas tienen un final común: la suma obtenida y reintegrada en el patrimonio del concurso por la primera sentencia que se dicte en la sustanciación de dichos procesos debe ser minorada de la cantidad a la que se condene en la sentencia del segundo procedimiento de forma que no se incluya la indemnización ya satisfecha previamente. De este modo, se evita la duplicidad de sanciones por unos mismos hechos, siendo fundamental para ello, la competencia para conocer de ambos procesos atribuida al juez del concurso. Ello se traduce, en palabras de QUIJANO GONZÁLEZ²¹⁹, en que «si la indemnización de todo el daño al patrimonio social tras el ejercicio de la acción social permite satisfacer íntegramente los créditos, una vez reconstruida la masa activa, habrá desaparecido la base material de la responsabilidad concursal, por falta de uno de sus presupuestos; si eso sólo ha ocurrido en parte, el 172.3 permite dirigir la responsabilidad concursal hacia la satisfacción del resto; por el contrario, si ya se ha declarado la responsabilidad concursal antes de que culmine el ejercicio de la acción social, y, por efecto de aquélla, los administradores han pagado en todo o en parte los créditos insatisfechos, ésta sólo podrá tener como objetivo la indemnización del daño cuando sea superior al importe, total o parcial, de las deudas cubiertas, pues habría que entender que, al satisfacer créditos de la sociedad, han reparado materialmente el daño que provocaron en el patrimonio social, al menos en la cuantía concurrente, siendo así que entre el deterioro o insuficiencia patrimonial y la insatisfacción de los créditos hay una ostensible relación directa. Dicho con más simpleza, cuando los administradores pagan deudas de la sociedad, están a la vez, y en la misma medida, aunque sea indirectamente, reparando el daño causado a su patrimonio en última instancia, y cuando reparan el daño están facilitando el pago de las deudas a través del correspondiente aumento de la masa activa que recibe directamente la indemnización».

²¹⁹ Vid. QUIJANO GONZÁLEZ, J.: «Responsabilidad societaria y concursal de administradores...», cit., pág. 15. Aunque este autor mantiene el carácter complementario existente entre la responsabilidad por daños y la responsabilidad por déficit, ello no obsta para que, si mediante una de ellas se satisfacen íntegramente los créditos, la base material de la otra responsabilidad desaparezca, dado que ambas tienen por finalidad la reconstrucción de la masa activa.

Por tanto, la ausencia de incompatibilidad en el ejercicio de las acciones previamente apuntadas es justificada doctrinalmente por el hecho de que sanar el patrimonio social perjudicado por la actuación de los administradores permite incrementar la masa activa del concurso, existiendo, por ende, cierta concomitancia con las acciones de reintegración²²⁰. Lo cual justifica, *a priori*, que su ejercicio en sede de concurso corresponda, en exclusiva, a la administración concursal (art. 132.1 TRLC), principal valedor del interés del concurso²²¹, que comprende no solo la satisfacción de los acreedores, sino muchos otros intereses a cuya tutela se dirige igualmente la norma (vid. apartado VI, párrafo 7.º, EM LC y arts. 218 y ss., 317 y ss., 415 y ss. TRLC)²²². Tal

²²⁰ Al respecto, QUIJANO GONZÁLEZ, J.: «Coordinación de acciones societarias (social, individual y por deudas) y concursales de responsabilidad», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, N.º. 22/2015, 01/01/2015, Wolters Kluwer, versión digital, pág. 4, justifica el ejercicio de la acción social cuando tiene por finalidad la reintegración del patrimonio social dañado a consecuencia de la actuación de los administradores. Dado que el mismo constituye ahora la masa activa del concurso de una sociedad insolvente, imposibilitada para atender sus obligaciones de pago frente a los acreedores, es preciso el empleo de todos los instrumentos al alcance dirigidos a reconstruir el patrimonio social. Este razonamiento avala, a su vez, la reintegración concursal mediante acciones revocatorias contra actos perjudiciales realizados por el deudor con carácter previo a su declaración en concurso, así como el ejercicio de la acción social, de igual finalidad, en tanto busca la reparación indemnizatoria del daño causado por los administradores. De otro lado, MORALES BARCELÓ, J.: «La coordinación entre la responsabilidad concursal y la responsabilidad societaria en Derecho español», *Revista de Derecho*, N.º. 21/2016, pág. 11, sostiene que el ejercicio de la acción social de responsabilidad, ya sea con anterioridad o durante la tramitación del procedimiento concursal, reviste interés no solo para la sociedad misma, sino también para los socios minoritarios y los acreedores. La eventual sentencia condenatoria que se dictase implicará un reintegro al patrimonio de la sociedad, dado que su finalidad es resarcir el patrimonio dañado. De ahí, la función equivalente a las acciones de reintegración del procedimiento concursal.

²²¹ En tal sentido, MORALES BARCELÓ, J.: «La coordinación entre la responsabilidad concursal y la responsabilidad societaria...», cit., pág. 10.

²²² Si bien el apartado II, párrafo 4º, de la Exposición de Motivos de la LC establecía, desde una perspectiva subjetiva, que el interés del concurso se corresponde con la satisfacción de los créditos de los acreedores al disponer que «la unidad del procedimiento de concurso se consigue en virtud de la flexibilidad de que la ley lo dota (...) a través de las cuales puede alcanzarse la satisfacción de los acreedores, finalidad esencial del concurso» (asimismo, vid. art. 465.6.º TRLC, y apartado VI, párrafo 2.º, EM LC), lo cierto es que dicho interés concursal comprende más extremos. En este sentido, es de especial interés lo señalado por TOMÁS TOMAS, S.: *La masa patrimonial como parte en el proceso concursal*, Thomson Reuters Aranzadi, cit., págs. 467 y ss., para quien, a pesar de la generalizada idea de la satisfacción de los créditos de los acreedores

legitimación fue incluida en la Propuesta de Anteproyecto de 1995²²³, aduciéndose por algunos autores que, en sede concursal, lo primordial es la protección de los acreedores, lo que aconsejaba desechar que la sociedad o socios minoritarios puedan ejercitar la acción social²²⁴.

Sin embargo, no existe una postura pacífica respecto a tal legitimación²²⁵. Para su determinación es fundamental identificar el régimen de administración y disposición acordado por el juez del concurso: en caso de intervención, puede el mismo deudor, con autorización de la administración concursal, promover la correspondiente demanda de

como interés último del concurso, la realidad implica un heterogéneo interés entre ellos, consecuencia directa del reconocimiento y calificación de sus créditos, evidenciando la relegación de unos acreedores frente a otros, «con atribución de una posición disímil, que dificulta notablemente su reunión bajo un interés común». Es por ello que este autor manifiesta que, «al menos desde el punto de vista teleológico, es más exacto afirmar que el interés del concurso se identifica con la mayor satisfacción de algunos acreedores, con general menoscabo de otros, según el sistema de reparto legalmente establecido, procurando subsidiariamente la máxima reparación posible del resto de intereses afectados por la insolvencia». Junta al interés reseñado, confluyen otros igualmente destacados por TOMÁS TOMÁS: (i) el interés del deudor común, en tanto el concursado no pierde la titularidad de sus bienes con la declaración de concurso ante el eventual incentivo del remanente que pueda resultar tras la satisfacción del pasivo concursal, así como por la posibilidad de continuar con su actividad profesional o empresarial por medio de un convenio; (ii) el interés público, basado en la conservación del orden económico y la seguridad del tráfico mercantil, mediante la salida de la entidad deudora que no haya saldado la integridad de sus deudas (arts. 465.4.º y 5.º y 485 TRLC), y con la declaración de culpabilidad en sede concursal del deudor, representantes legales, administradores o liquidadores, directores generales que, con sus conductas, hubieran generado o agravado el estado de insolvencia mediando dolo o culpa grave (arts. 442 y 455 y ss. TRLC).

²²³ Rezaba el artículo 57.1 de la Propuesta de Anteproyecto 1995: «Durante la tramitación del concurso de la sociedad, la acción social contra los administradores, auditores y liquidadores de la sociedad deudora corresponderá exclusivamente a los síndicos o a los interventores, los cuales podrán ejercitarla sin necesidad de acuerdo de la junta o asamblea de socios».

²²⁴ ALONSO UREBA, A.: «La responsabilidad de los administradores...», cit., pág. 288. Asimismo, TOMÁS TOMÁS, S.: *La administración concursal. Claves para entender su actual régimen jurídico*, Thomson Reuters Civitas, Navarra, 2014, págs. 153 y 154: «Los administradores [concursoales] se erigen en un “instrumento de agresión procesal” contra el patrimonio del deudor ejercitando acciones que, antes de la declaración del concurso, correspondían, *uti singuli*, a los acreedores (art. 48 bis LC)».

²²⁵ De interés, vid. TOMÁS TOMÁS, S.: *La masa patrimonial como parte en el proceso concursal*, Thomson Reuters Aranzadi, cit., págs. 581 y ss.

ejecución, ostentando la administración concursal legitimación subsidiaria ante la pasividad del concursado y previa autorización judicial (art. 119 TRLC); por el contrario, en caso de suspensión, únicamente está legitimada la administración concursal en sustitución del deudor (art. 120 TRLC).

No obstante lo anterior, hay autores²²⁶ que consideran que la administración concursal puede exigir el cumplimiento con independencia del régimen de facultades de administración y disposición patrimonial acordado. Esta posición únicamente puede encontrar acomodo aplicando analógicamente lo dispuesto en el artículo 461 TRLC²²⁷ dedicado a la ejecución de la sentencia de calificación. Además, se justifica en la promoción del interés del concurso, función primordial a la que sirve la administración concursal y que exige el ejercicio de aquellas actuaciones que puedan redundar en un aumento de la masa patrimonial del deudor.

Asimismo, y pese al carácter taxativo de la legitimación atribuida para el ejercicio de la acción social en el concurso, existen voces en la doctrina que dudan acerca de la legitimación exclusiva de la administración concursal. A pesar de que el artículo 132 TRLC se trate de norma especial y, por ende, preferente, aducen la pervivencia del artículo 240 LSC²²⁸ que, de forma expresa, prevé el ejercicio de la acción por los acreedores de la sociedad ante la insuficiencia de patrimonio.

1.4. Acreedores que pueden instar a la administración concursal el ejercicio de la acción social de responsabilidad

De otro lado, no debe obviarse el contenido del artículo 122 TRLC: «los acreedores que hayan instado por escrito a la administración concursal el ejercicio de una acción de carácter patrimonial que correspondiera al concursado, con expresión de las

²²⁶ VICENT CHULIÁ, F.: «La responsabilidad de los administradores en el concurso», *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, N°. 4/2006, versión digital, pág. 7.

²²⁷ Dicho precepto también prevé la legitimación subsidiaria de los acreedores, similar a la del art. 122 TRLC, que hubieran solicitado a la administración concursal instar la ejecución de la sentencia de calificación cuando se produzca la inacción del mismo transcurridos dos meses desde que se efectuó el requerimiento.

²²⁸ JUSTE MENCÍA, J.: «Legitimación subsidiaria para el ejercicio de la acción social», cit., pág. 156.

concretas pretensiones en que consista y de la fundamentación jurídica de cada una de ellas, estarán legitimados para ejercitarla si el concursado, en caso de intervención, o la administración concursal, en caso de suspensión, no lo hiciesen dentro de los dos meses siguientes al requerimiento». Dicho precepto articula un mecanismo de control y protección del patrimonio a favor de los acreedores ante la falta de actuación de la administración concursal (en caso de suspensión de facultades del deudor) en la correcta formación de la masa activa²²⁹.

Yendo un paso más allá, se plantea la cuestión de si tal legitimación, que constituye para algunos autores una «legitimación por sustitución»²³⁰, es extensible a la totalidad de los acreedores del concursado, tanto titulares de créditos concursales que figuren en los textos definitivos como de créditos contra la masa, o exclusivamente a aquellos que sean titulares de un crédito vencido, exigible e impagado²³¹. Abona este debate que el legislador no haya previsto exclusión alguna²³².

²²⁹ De interés, vid. TOMÁS TOMÁS, S.: *La Masa Patrimonial como Parte en el Proceso Concursal*, Tesis de Doctorado, cit., pág. 595; y SANCHO GARGALLO, I.: «Reintegración de la masa del concurso: aspectos procesales de la acción rescisoria concursal», *Revista jurídica de Catalunya*, Vol. 105, nº 2, 2006, pág. 333, quien mantiene que el contenido de dicho precepto (art. 122 TRLC) encuentra su justificación en la falta de ejecución por la administración concursal de su cometido representativo de los intereses de los acreedores, lo que implica la necesidad de suplir esa inacción mediante la legitimación excepcional de estos últimos.

²³⁰ Vid. TOMÁS TOMÁS, S.: *La Masa Patrimonial como Parte en el Proceso Concursal*, Tesis de Doctorado, cit., pág. 597.

²³¹ En apoyo de la legitimación exclusiva de los acreedores titulares de un crédito vencido, exigible e impagado, vid. POLO SÁNCHEZ, E.M.: *Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima: (Artículo 123 a 143 de la Ley de Sociedades Anónimas)*, Civitas, Madrid, 1992, pág. 365.

²³² Esta legitimación universal de los acreedores dista de la reconocida para las acciones de reintegración en las que, según señala TOMÁS TOMÁS, S.: *La Masa Patrimonial como Parte en el Proceso Concursal*, Tesis de Doctorado, cit., pág. 595, únicamente están autorizados los acreedores concursales para su ejercicio. Asimismo, cfr. HERRERO PEREZAGUA, J.F.: «Legitimación y procedimiento en las acciones de reintegración», *La reintegración en el concurso de acreedores* (Dir. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ), Aranzadi Cizur Menor, Navarra, 2009, pág. 173.

Una corriente doctrinal²³³, con la que nos mostramos conformes, aboga por considerar que el presupuesto objetivo, constituido por la insuficiencia patrimonial, no debe estar directamente conectado con el requisito de la legitimación²³⁴. En esta línea, se sostiene que «no es necesario que el acreedor espere a que se confirme esa situación en el momento del vencimiento y exigibilidad de su crédito»²³⁵. Por tanto, a nuestro entender y dado el silencio legal, la legitimación subsidiaria es extensible a la totalidad de los acreedores.

Ahora bien, no debe obviarse que, a pesar de que cualquier acreedor pueda ejercitar esta acción, únicamente aquellos a los que les afecta la insuficiencia patrimonial tendrán interés en hacerla valer a fin de obtener el cobro de su crédito ya vencido²³⁶, máxime cuando su ejercicio les puede acarrear la asunción de gastos judiciales y costas²³⁷.

Asimismo, cabe plantearse si tal legitimación se ha de reconocer, de forma exclusiva, a aquellos que han requerido a la administración concursal el ejercicio de la acción, o si, por el contrario, puede extenderse a la totalidad de los titulares crediticios.

²³³ SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, L.: «La responsabilidad por deudas de los administradores de sociedad anónima», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez* (Coord. IGLESIAS PRADA y MENÉNDEZ MENÉNDEZ), Vol. II, Civitas, Madrid, 1996, pág. 2499; y ESTEBAN VELASCO, G.: «La acción social y la acción individual de responsabilidad contra los administradores de las sociedades de capital», *Estudios de derecho judicial*, N.º. 24/1999 (Ejemplar dedicado a: La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital) (Dir. BOLÁS ALFONSO), pág. 78.

²³⁴ A diferencia del régimen general del artículo 1.111 CC, cuya acción subrogatoria guarda especial relación con la que nos ocupa: «Los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe, pueden ejercitar todos los derechos y acciones de éste con el mismo fin, exceptuando los que sean inherentes a su persona; pueden también impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho».

²³⁵ JUSTE MENCÍA, J.: «Legitimación subsidiaria para el ejercicio de la acción social», cit., pág. 157.

²³⁶ VÁZQUEZ ALBERT, D.: «El concurso de las personas jurídicas: la responsabilidad de los administradores sociales», *Revista Jurídica de Cataluña*, n.º 4, 2004, pág. 99: «la acción social siempre debe ejercitarse en nombre y por cuenta de la sociedad, lo que significa que la indemnización de los daños y perjuicios que se obtenga revertirá en favor de la propia sociedad, sea quien sea el que haya ejercitado la acción. Esta circunstancia, entre otras, explica en gran medida la escasa trascendencia práctica de dicha acción».

²³⁷ De interés, vid. TOMÁS TOMÁS, S.: *La Masa Patrimonial como Parte en el Proceso Concursal*, Tesis de Doctorado, cit., págs. 597 y 598.

La dicción literal del precepto parece decantarse por la primera opción expuesta («los acreedores que hayan instado por escrito a la administración concursal el ejercicio de una acción de carácter patrimonial...»)²³⁸, si bien existe otra corriente doctrinal que opta por la segunda, al considerar que ello se desprende del espíritu y finalidad del propio precepto²³⁹.

A nivel doctrinal es, pues, comúnmente compartido, que la existencia de este precepto resuelve la cuestión de forma directa, con atribución de legitimación a los acreedores del concursado para el ejercicio de la acción, siempre que se ajuste al fundamento alegado en la solicitud formulada a la administración concursal. No es aceptable el empleo de motivos totalmente dispares a los aducidos en aquella²⁴⁰. Además, si bien el precepto establece un plazo de dos meses para ejercitar la pretensión ante la inacción de la administración concursal, su negativa expresa con anterioridad al transcurso de dicho periodo, habilita su ejercicio desde ese momento a fin de evitar demoras innecesarias²⁴¹.

De esta suerte, analizado el contenido de los artículos que regulan la cuestión, es claro que la exclusión de la legitimación para el ejercicio de la acción social es aplicable

²³⁸ Como partidarios de esta primera opción encontramos a BELLIDO PENADÉS, R.: «Comentario al artículo 54», *Comentario de la Ley Concursal* (Dirs. ROJO y BELTRÁN), Vol. I, Civitas, Madrid, 2004, pág. 1027; y MARÍN LÓPEZ, M.J.: «Comentario al artículo 54», *Comentarios a la Ley Concursal* (Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Vol. I, Tecnos, Madrid, 2004, pág. 558.

²³⁹ De esta opinión, GIL RODRÍGUEZ, J.: «Comentario al artículo 71», *Comentarios a la Ley Concursal* (Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Vol. I, Tecnos, Madrid, 2004, pág. 879; y TOMÁS TOMÁS, S.: *La Masa Patrimonial como Parte en el Proceso Concursal*, Tesis de Doctorado, cit., pág. 599.

²⁴⁰ En tal sentido, vid. GIL RODRÍGUEZ, J.: «Comentario al artículo 71», cit., pág. 879: «A este respecto, pudiera pensarse que, al menos, vincula el tipo de acción que se anunciara –con seguridad, si la propuesta inicialmente era una acción de nulidad, por simulación u otra causa–, en la medida en que se pretendiera luego una ineficacia “menor” y diversa –v.gr. rescisión–; y puede resultar también defendible que la concreta legitimación no queda supeditada, siempre que se mantenga la “trayectoria”, a la mera reproducción de los primitivos desarrollos argumentales».

²⁴¹ En favor de dicha postura, vid. TOMÁS TOMÁS, S.: *La Masa Patrimonial como Parte en el Proceso Concursal*, Tesis de Doctorado, cit., pág. 600. Sin embargo, otros autores sostienen la necesidad de agotar el plazo previsto en el art. 122 TRLC (entre otros, vid. BELLIDO PENADÉS, R.: «Comentario al artículo 54», cit., pág. 1027.

a la sociedad y a sus socios, y no, en cambio, a los acreedores. En efecto, a estos últimos supondría privarles injustificadamente «de un instrumento de tutela, que el ordenamiento reconoce con carácter general respecto de otras acciones patrimoniales del concursado, que en principio corresponden también a la administración concursal»²⁴².

2. LA ACCIÓN INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD

2.1. Consideraciones previas

La acción individual pretende el resarcimiento a socios o terceros de los daños provocados en sus intereses por actos de los administradores de la sociedad. Su regulación aparece contenida en el artículo 241 LSC: «los administradores sociales devienen responsables cuando, en el ejercicio de sus funciones como tales (...) han causado un daño directo a los socios o terceros, diferenciado del que indirectamente pudiera haberles originado la actuación de tales administradores lesionando el patrimonio social»²⁴³. La legitimación para el ejercicio de esta acción frente al administrador social corresponde, en consecuencia, a los socios o terceros.

Los perjuicios provocados a terceros, en concreto, a los acreedores, son los que más interés despiertan en relación al proceso concursal. A diferencia de lo que ocurría con la acción social, la legislación concursal no refiere nada sobre la posibilidad de ejercitar la acción individual durante su sustanciación, ni sobre las consecuencias que puedan derivarse de su ejercicio.

Sobre esta última cuestión, no debe obviarse que: (i) la condena indemnizatoria que pudiera imponérsele al administrador en nada repercute sobre el patrimonio de la sociedad en la que este actuaba, sino que únicamente tiene efecto sobre su patrimonio personal; y (ii) dado que la condena constituye una obligación personal del administrador, el crédito que por tal concepto pudieran ostentar los terceros perjudicados no tiene la consideración de crédito concursal en el concurso de la sociedad en la que este ha

²⁴² Ibidem, pág. 157.

²⁴³ JUSTE MENCÍA, J.: «Legitimación subsidiaria para el ejercicio de la acción social», cit., pág. 344.

intervenido como administrador. En consecuencia, el juez del concurso no es el competente para conocer del procedimiento que se derive del ejercicio de la acción. Por el contrario, sí tendría tal consideración –la de crédito concursal– de declararse el concurso del administrador como persona física.

2.2. La compatibilidad de la acción individual de responsabilidad y la responsabilidad concursal

Algunos autores²⁴⁴ han considerado que no es posible considerar la *par conditio creditorum* como fundamento para que la responsabilidad individual del artículo 241 LSC únicamente pueda exigirse una vez satisfecha la responsabilidad concursal de los administradores frente a los acreedores sociales por la vía del artículo 172 bis LC –actual artículo 456 TRLC–. Y ello, en tanto que quien se encuentra declarado en concurso es la sociedad y no los administradores de la misma. De este modo, mientras no se declare el concurso de estos últimos, los legitimados *ex* artículo 241 LSC están habilitados para reclamar la correspondiente indemnización.

A su vez, esta idea permite apreciar la independencia y, por ende, la perfecta compatibilidad de las responsabilidades que se exigen por medio del ejercicio de la acción individual y del proceso concursal. Ambas pueden concurrir, por tanto, sin que exista duplicidad alguna.

Sin embargo, hay voces en la doctrina²⁴⁵ que sostienen la necesidad de que el legislador prevea de forma expresa un criterio de coordinación entre ambas, sobre la base de la atribución de competencia al juez del concurso (art. 52 TRLC). De esta suerte, ante la declaración culpable del concurso, siempre que concurra la responsabilidad individual de los administradores frente a terceros *ex* artículo 135 LSA y la responsabilidad

²⁴⁴ ESTEBAN VELASCO, G.: «La acción individual de responsabilidad», *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles* (Dir. ROJO FERNÁNDEZ y BELTRÁN SÁNCHEZ), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 246 y 247.

²⁴⁵ ALONSO UREBA, A.: «La responsabilidad concursal de los administradores de una sociedad de capital *ex* art. 456 TRLConc», *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, Nº. 34/2021, págs. 21 a 58. Asimismo, ALONSO UREBA, A.: «La responsabilidad de los administradores...», *cit.*, págs. 292 y 293.

concursal de los administradores frente a los acreedores prevista en el artículo 455.2.5º TRLC, se puede ejercitar, junto a la acción de responsabilidad concursal, la acción individual.

Por el contrario, otra sector doctrinal²⁴⁶ considera innecesario establecer previsión alguna de coordinación. Se aduce para ello que el crédito que deriva del ejercicio de la acción individual le corresponde al tercero frente a un deudor ajeno al concurso y no, así, como acreedor concursal. De este modo, los créditos que ostentan tales sujetos no quedan sometidos a la *par conditio creditorum*, pues exclusivamente se someten a las exigencias de dicho principio concursal los créditos frente a los administradores que deriven de su responsabilidad concursal.

2.3. La acción individual de responsabilidad frente a administradores por contratación dolosa tras el vaciamiento patrimonial de la sociedad

Otro supuesto de relevancia, y objeto de atención doctrinal²⁴⁷ es el relativo a la posibilidad del ejercicio de la acción individual frente a aquellos administradores que han vaciado el patrimonio de la sociedad, contratando posteriormente, de forma intencionada, con acreedores a los que sabían que no podrían pagar. A diferencia de lo que ocurre con otro tipo de conductas cuya repercusión es directa sobre el patrimonio social y entre las que, *a priori*, se encuentran la que acabamos de exponer, la jurisprudencia²⁴⁸ ha venido

²⁴⁶ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A.: «La responsabilidad concursal», cit., pág. 349. En el mismo sentido, MUÑOZ PLANAS, J.M. y MUÑOZ PAREDES, J.M.: «Repercusiones del concurso de la sociedad sobre la responsabilidad de los administradores», *Revista de derecho mercantil*, Nº. 250/2003, pág. 1349, considera acertada la posición de la Ley respecto a la acción individual. No tendría fundamento restringir el derecho de los socios o acreedores a dirigirse contra los administradores por los actos lesivos contra sus derechos, así como tampoco que sea el juez del concurso el competente para conocer de tales procesos.

²⁴⁷ ALONSO UREBA, A.: «La responsabilidad de los administradores...», cit., pág. 294.

²⁴⁸ Vid. SAP de Tarragona (Sec. 1ª) núm. 398/2018, de 27 de septiembre (JUR 2018, 270856): «en determinados supuestos, que la imposibilidad del cobro de sus créditos por los acreedores sociales es un daño directo imputable a los administradores sociales. Pero para ello es preciso que concurren circunstancias muy excepcionales y cualificadas: sociedades que, como consecuencia de embargos han quedado sin bienes y han desaparecido de hecho, pese a lo cual los administradores, en su nombre, han seguido contrayendo créditos; concertación de servicios económicos por importe muy elevado justo antes de la desaparición de la empresa; desaparición de facto de la sociedad con actuación de los administradores

admitiendo el ejercicio de la acción individual con apoyo en la existencia de una lesión directa a unos acreedores concretos (los surgidos con posterioridad a la despatrimonialización de la sociedad). A este respecto, la STS (Sala 1ª) núm. 679/2021, de 6 de octubre²⁴⁹, considera que la imposibilidad de cobro de créditos por acreedores sociales es un daño directo imputable a los administradores sociales cuando concurren circunstancias muy excepcionales y cualificadas, como que las operaciones llevadas a cabo por los mismos fueran fraudulentas, extraordinarias o se alejasen de las pautas habituales de contratación de la sociedad.

Sin embargo, discrepamos con dicha solución adoptada por los tribunales, en tanto la disminución del patrimonio no solo afecta a los acreedores posteriores a la comisión de la conducta ilícita del administrador, sino a todos los demás que indudablemente verán mermadas las expectativas de cobro de sus créditos.

Por tanto, permitir el ejercicio de la acción individual únicamente a aquellos acreedores posteriores al vaciamiento patrimonial constituye una evidente discriminación frente a los restantes. Resulta más prudente y adecuado que tales conductas de los administradores se ventilen en sede concursal, máxime cuando las mismas se encuentran dentro de las tipificadas para la calificación del concurso como culpable²⁵⁰.

que ha impedido directamente la satisfacción de los créditos de los acreedores; vaciamiento patrimonial fraudulento en beneficio de los administradores o de sociedades o personas con ellos vinculados que imposibilitan directamente el cobro de los créditos contra la sociedad, etc.». Asimismo, vid. STS (Sala 1ª) núm. 87/2004, de 16 de febrero (RJ 2004, 648).

²⁴⁹ RJ 2021, 4484.

²⁵⁰ Pese a considerar nuestro Alto Tribunal que el ejercicio de la acción individual es posible en determinados supuestos excepcionales, también la STS (Sala 1ª) núm. 679/2021, de 6 de octubre (RJ 2021, 4484) señala que, como regla general, los administradores no son responsables por el impago de las deudas sociales de una sociedad que ha entrado en una situación de insolvencia que impide a sus acreedores cobrar lo que les corresponde. En contraposición, cuando la LSC ha querido atribuir a los administradores la responsabilidad solidaria por el impago de las deudas sociales, ha requerido el incumplimiento del deber de promover la disolución de la sociedad o de solicitar el concurso, limitando esta responsabilidad a los créditos que se generan después de que se haya manifestado la causa de disolución (art. 367 LSC). El quebranto patrimonial que sufre el acreedor al no poder cobrar su crédito es consecuencia de la actuación de la sociedad, y no de los administradores. La conducta antijurídica de los administradores, ya sea por

En este sentido, la solución dada por algunos autores²⁵¹ pasa por la aplicación del principio de la *par conditio creditorum*, de manera que los socios o terceros solo pueden exigir la responsabilidad de los administradores cuando esta, frente a todos los acreedores, hubiera quedado cubierta bien por vía de la acción social, bien por vía de la responsabilidad concursal. De esta suerte, la responsabilidad social o concursal y la responsabilidad individual se constituyen como cumulativas y no alternativas, teniendo preferencia las primeras sobre la segunda.

No estando legalmente prevista la solución a este supuesto de daños a los acreedores por el administrador social, lo procedente sería que aquellos acreedores que opten por el ejercicio de la acción individual y que, como consecuencia de ella, vean satisfecho el pago total o parcial de su crédito, deban minorar el importe recibido del crédito cuyo reconocimiento pretenden en el concurso de la propia sociedad, evitando así un indebido doble cobro²⁵². De este modo, subsiste la responsabilidad concursal por el importe no cobrado por vía de la acción individual²⁵³.

Sin embargo, desde la perspectiva de los restantes acreedores que no pueden ejercitar la acción individual frente al administrador, a fin de garantizar la existencia de patrimonio para hacer frente a la responsabilidad concursal y que estos puedan ver

negligencia o por falta de la diligencia debida, no puede ser considerada como el comportamiento, contractual o extracontractual, de la sociedad que ha dado lugar a un derecho de crédito a favor del demandante. Incluso en el supuesto de que los administradores no hubieran actuado con la debida diligencia en la gestión de la sociedad y esta hubiera llegado a la insolvencia, el daño directo se habría producido en la propia sociedad, que habría incurrido en pérdidas, y no en los acreedores, quienes solo habrían experimentado un daño de manera indirecta al no poder cobrar sus créditos. Por lo tanto, los daños sufridos por el acreedor no son daños directos o primarios, sino daños reflejos o secundarios, derivados de la insolvencia de la sociedad. Para que un administrador sea responsable frente a un socio o un acreedor que ejerce una acción individual de responsabilidad conforme al art. 241 TRLSC, es necesario que el patrimonio que recibe el daño directo sea el del demandante.

²⁵¹ VÁZQUEZ ALBERT, D.: «El concurso de las personas jurídicas: la responsabilidad...», cit., pág. 101.

²⁵² Al respecto, vid. QUIJANO GONZÁLEZ, J.: «Responsabilidad societaria y concursal de administradores...», cit., pág. 20, quien, además, considera que lo contrario supondría abrir paso a un doble pago por los administradores de la misma cantidad, provocando ello un enriquecimiento injusto, aun por distinto concepto, de los acreedores contractuales y concursales de la sociedad.

²⁵³ Vid. ibidem, pág. 20.

satisfechos sus créditos, se han expuesto por la doctrina²⁵⁴ dos vías de actuación: la primera de ellas, basada en la presentación de la solicitud de concurso de la sociedad de forma anticipada junto con la solicitud, como medida cautelar, del embargo preventivo de los bienes del administrador conforme a lo previsto en el artículo 133.1 TRLC²⁵⁵; la segunda, consistente en instar la extensión de la declaración del concurso de la sociedad a los administradores de modo que «los acreedores concursales de la sociedad podrían ejercitar las acciones de reintegración de la masa activa del concurso de los administradores que pagaron a los acreedores sociales por daño directo producido por ellos (dado que también son deudas sociales), debiendo reproducirse en dicho concurso el orden y las preferencias que se hubieran aprobado en el concurso de la sociedad»²⁵⁶.

En esta misma línea de dar prioridad a la responsabilidad concursal frente a la acción individual, se plantea la posibilidad de aplicar un régimen de suspensión de la acción individual con base en el artículo 155.3 TRLC, referente a la interrupción de la prescripción de las acciones contra, entre otros, los administradores desde que se declare el concurso y hasta el momento de su conclusión. Sin embargo, esta propuesta carece de un sustento legal real pudiendo entenderse que ello supone «desconocer que la acción se dirige por el perjudicado contra el causante de un daño que no está en concurso»²⁵⁷.

Del mismo modo, es compatible el ejercicio de la acción individual con la acción social ejercitada por la administración concursal ante el perjuicio sufrido en el patrimonio de la sociedad concursada por un mismo acto antijurídico que provoca el nacimiento de ambas responsabilidades²⁵⁸.

²⁵⁴ Cfr. VICENT CHULIÁ, F.: «La responsabilidad de los administradores en el concurso», cit., pág. 7.

²⁵⁵ Vid. QUIJANO GONZÁLEZ, J.: «Responsabilidad societaria y concursal de administradores...», cit., págs. 22 y 23, quien sostiene, en este sentido, que nos encontramos ante un instrumento eficaz en manos tanto del juez como de la administración concursal, y que permite el reequilibrio de intereses, asegurando el beneficio colectivo frente al individual y externo al concurso.

²⁵⁶ VICENT CHULIÁ, F.: «La responsabilidad de los administradores en el concurso», cit., pág. 7.

²⁵⁷ Cfr. QUIJANO GONZÁLEZ, J.: «Responsabilidad societaria y concursal de administradores...», cit., págs. 21 y 22.

²⁵⁸ Al respecto, vid. ESTEBAN VELASCO, G.: «La acción individual de responsabilidad», cit., pág. 246.

3. LA RESPONSABILIDAD POR DEUDAS SOCIALES

En el presente epígrafe, analizamos la regulación existente orientada a coordinar la responsabilidad concursal *ex* artículo 456 TRLC (condena a la cobertura del déficit) con los distintos supuestos de responsabilidad de los administradores por deudas sociales.

Por su frecuencia, el de mayor relevancia a nivel concursal es el previsto en el artículo 367 LSC. Este precepto establece la responsabilidad solidaria de los administradores frente a las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución cuando: (i) incumplan la obligación de convocar, en el plazo de dos meses, la junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución; o (ii) cuando no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución.

Algunos autores han considerado que, con la finalidad de no someterse a la *par conditio creditorum* y de simplificar el procedimiento, resulta más práctico el ejercicio de acciones individuales anticipándose, de ese modo, a lo previsto en el artículo 456 TRLC²⁵⁹. Sin embargo, la redacción dada actualmente al artículo 367 LSC parece venir a delimitar el ámbito objetivo de la responsabilidad por deudas, al indicarse que su ejercicio únicamente procede ante obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución o al incumplimiento del deber de instar el concurso. De este modo, algunos acreedores, atendiendo a la fecha de su crédito, no tienen más remedio que someterse al artículo 456 TRLC, con exclusión de la acción del artículo 367 LSC²⁶⁰.

²⁵⁹ MUÑOZ PLANAS, J.M. Y MUÑOZ PAREDES, J.M.: «Repercusiones del concurso de la sociedad...», cit., pág. 1351: «en muchos de los casos en que proceda la calificación del concurso como culpable es previsible que los acreedores puedan ejercitar acciones individuales y, especialmente, del 262,5 [LSA] (...) puede anticiparse que la eficacia práctica del artículo 172,3 de la Ley Concursal será reducida. Los acreedores tratarán de adelantarse a la solución concursal por cualquiera de esas vías extraconcursales, más sencillas y no sometidas a la *par conditio*».

²⁶⁰ Cfr. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A.: «La responsabilidad concursal», cit., pág. 351.

No es hasta la reforma de la Ley Concursal acometida por la Ley 38/2011 –y arrastrada al TRLC– cuando se establecen los criterios de coordinación entre ambas responsabilidades. A saber: (i) el artículo 136.1.2º TRLC prevé la inadmisión a trámite por parte de los jueces de lo mercantil de las demandas dirigidas a ejercitar acciones de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores de sociedades de capital en concurso que hubieran incumplido sus deberes legales ante la existencia de causa de disolución²⁶¹; (ii) el artículo 139.1 TRLC contempla la suspensión de los procedimientos iniciados con anterioridad a la declaración de concurso en los que se hayan ejercitado acciones de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores de sociedades de capital concursadas, por incumplimiento de los deberes legales vinculados a la concurrencia de causa de disolución, desde la declaración del concurso hasta la fecha de eficacia del convenio o, en caso de liquidación, hasta la conclusión del procedimiento.

Atendiendo a la finalidad última de estas normas, doblegando la acción del artículo 367 LSC frente a la del artículo 462 TRLC una vez declarado el concurso de acreedores, no debe obviarse que la redacción dada a los artículos 136.1.2º y 139.1 TRLC viene a contemplar un supuesto muy concreto de responsabilidad por deudas sociales, esto es, el incumplimiento de los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución. Se deja, por tanto, al margen de esas reglas de coordinación los restantes supuestos en los que es exigible la responsabilidad por deudas sociales a los administradores, como, por ejemplo, cuando la sociedad insolvente fuera declarada irregular o cuando se incumpla el deber de instar el concurso (art. 367 LSC, en relación con el art. 5 TRLC). Este último supuesto es verdaderamente frecuente, por lo que, atendida la redacción de los artículos 136.1.2º y 139.1 TRLC, la declaración del concurso

²⁶¹ Como señala GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A. (ibidem, pág. 352), el nuevo texto legal impide que, una vez declarada la apertura del concurso, los acreedores del concursado puedan ejercitar acciones individuales de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores, con el fin de exigirles el pago de créditos que corresponden originariamente al deudor.

no impediría requerir de pago al administrador de la mercantil deudora por incumplimiento de sus obligaciones sociales²⁶².

Volviendo al contenido de los artículos 136.1.2º y 139.1 TRLC, según señala GARCÍA-CRUCES²⁶³: «lo primero que llama la atención (...) es el hecho de disponer ciertos efectos anudados a la declaración de concurso y que recaen no sobre la masa activa sino, exclusivamente, en el hecho de que se impide el pago de créditos concursales con cargo al patrimonio de terceros. Esto es, la declaración de concurso incide sobre una relación jurídica en cuya virtud los acreedores pueden exigir el pago de lo debido por la concursada a un tercero, como son los administradores concursales». Y esta circunstancia no es novedosa, en tanto se da también en la hipótesis en que un tercero se constituye como fiador o avalista en garantía de un crédito que le ha sido concedido a la sociedad (ahora deudora). La solución a este supuesto aparece recogida en el artículo 263.2 TRLC: los créditos de acreedores garantizados mediante fianza por un tercero se reconocerán íntegramente, sin limitación alguna, sin perjuicio de la eventual subrogación del fiador en los derechos del acreedor tras el pago. Una vez efectuado dicho pago, la administración concursal deberá reclasificar el crédito conforme a la subrogación, optando por la categoría de clasificación más desfavorable entre las que correspondan al acreedor original o al fiador.

Tal solución dista considerablemente de la prevista respecto a la responsabilidad por deudas del artículo 367 LSC en relación con los artículos 136.1.2º y 139.1 TRLC. Sin embargo, el proceder ofrecido en estos últimos preceptos quizás no resulte ser el más acertado, puesto que, a simple vista, no concurre ningún inconveniente que justifique la no aplicación de un régimen similar al estatuido en el artículo 263.2 TRLC, pues el administrador abonaría al acreedor la suma adeudada por la sociedad, pasando seguidamente a subrogarse en la posición del acreedor en el concurso. Ello implicaría una

²⁶² De hecho, en aquellos casos en que el interesado en exigir el pago sea el propio concursado, el artículo 132.1 TRLC legitima de forma exclusiva y excluyente a la administración concursal para el ejercicio de las acciones de responsabilidad.

²⁶³ En «La responsabilidad concursal», cit., pág. 353.

«mejora cualitativa de la masa pasiva del concurso»²⁶⁴, ya que, además, el crédito sería calificado como subordinado al amparo del artículo 281.5º TRLC, en relación con el 283.1.2º del mismo texto legal. No obviamos que, en caso de declararse el concurso culpable, la mejora sería también “cuantitativa” en atención al artículo 455.2.3º TRLC, que determina que las personas afectadas por la calificación perderán cualquier derecho que tuvieran como acreedores concursales o de la masa²⁶⁵.

Por el contrario, otros autores²⁶⁶ sostienen que, si bien procedería la subrogación del administrador en la posición que ocupaba el acreedor cuyo crédito ha sido abonado, en ningún caso dicha subrogación queda sometida al artículo 263.2 TRLC, en tanto el administrador no es fiador; tampoco a los artículos 283.1.2º y 455.2.3º TRLC, no pudiendo ser calificado el crédito como subordinado.

Finalmente, existe una tercera postura doctrinal²⁶⁷, que niegan la posibilidad de subrogación del administrador tras el pago de la deuda que ostenta el acreedor. A su juicio dicho pago tiene la condición de sanción, en tanto el administrador «ha sido supuestamente el causante del nacimiento de las nuevas obligaciones sociales, por lo que nadie más que él debe cargar con ellas»; lo contrario haría desaparecer «toda la virtualidad sancionatoria del artículo 262.5 LSA, por lo que sería una medida no preconcursal sino anticoncursal».

Pese a las ventajas expuestas, no debe obviarse que la atención por parte del administrador de las deudas sociales mediante el pago de créditos a acreedores supone una evidente merma de su patrimonio, lo que afecta de forma directa a su capacidad de

²⁶⁴ Vid. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ: «La responsabilidad concursal», cit., pág. 354. En este mismo sentido, BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M.: «La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y limitadas incursas en causa de disolución», *Estudios de derecho judicial*, Nº. 24/1999, págs. 131 a 160.

²⁶⁵ En esta línea parece encontrarse la STS (Sala 1ª) núm. 653/2021, de 29 de septiembre (RJ 2021, 4389).

²⁶⁶ Cfr. MUÑOZ PLANAS, J.M. y MUÑOZ PAREDES, J.M.: «Repercusiones del concurso de la sociedad sobre la responsabilidad de los administradores», *Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid, Marcial Pons, 2005, pág. 2180.

²⁶⁷ Al respecto, vid. RODRÍGUEZ RUIZ DE LA VILLA, D. y HUERTA VIESCA, M.I.: *La responsabilidad de los administradores por las deudas de las sociedades de capital*, Marcial Pons, Pamplona, 2008, págs. 79 a 98.

hacer frente a la responsabilidad concursal que pudiera exigírsele de declararse el concurso culpable. Ante este escenario, la propuesta que efectúa GARCÍA-CRUCES debe ser valorada, al sostener que «la solución procedente no es impedir el ejercicio de la acción, ni suspender el procedimiento en que ésta ya se hubiera ejercitado, sino, por el contrario, instar la declaración de concurso del administrador insolvente».

Otras voces autorizadas ²⁶⁸ son partidarias de sostener que la responsabilidad concursal debería tener preferencia sobre la responsabilidad por deudas, en tanto la primera supone un beneficio para todo el conjunto de los acreedores y no solo para unos acreedores concretos, como implicaría la segunda. En consecuencia, ocurriría lo mismo que se plantea para la coordinación con la acción individual, esto es, que nos encontramos ante un régimen de responsabilidades que se acumulan entre sí y no se excluyen mutuamente, si bien se ordenan jerárquicamente, otorgando preferencia a la responsabilidad concursal o societaria frente a la responsabilidad por deudas. En el mismo sentido se pronuncia QUIJANO GONZÁLEZ²⁶⁹, añadiendo que sería procedente que se comunicase al juez del concurso la acción ejercitada o que el juez ante el que se tramita tuviera conocimiento del resultado del concurso en relación con el acreedor concreto que la haya instado, «todo ello para evitar posibles efectos de duplicidad entre la indemnización del daño y la satisfacción del crédito, cuando ambas cuestiones estén en relación en la demanda de acción individual».

Lo contrario supone adoptar un trato desigual entre los acreedores del administrador, pues con independencia del origen de las deudas, ambos –tanto los

²⁶⁸ De interés, VÁZQUEZ ALBERT, D.: «El concurso de las personas jurídicas: la responsabilidad...», cit., pág. 103.

²⁶⁹ QUIJANO GONZÁLEZ, J.: «Coordinación de acciones societarias...», cit., pág. 9. En el mismo sentido, QUIJANO GONZÁLEZ, J.: «Responsabilidad societaria y concursal de administradores...», cit., pág. 26, refiere que la responsabilidad concursal únicamente alcanza a las obligaciones insatisfechas tras la fase de liquidación, y ello en la medida en que efectivamente lo estén y dentro de los límites fijados por la correspondiente sentencia. En consecuencia, aquellas obligaciones que hayan sido total o parcialmente satisfechas en virtud de lo dispuesto en el artículo 262.5 LSC podrán, por la cuantía abonada, acogerse a la previsión del artículo 172.3 TRLC. A la inversa, el artículo 262.5 LSC podrá invocarse respecto del importe no satisfecho conforme al artículo 172.3 TRLC, siempre que concurran los presupuestos establecidos en ambos preceptos.

acreedores por deudas sociales como por deudas de origen diferente— tienen el mismo derecho a poder ejercitar las acciones de cobro que estimen procedentes. Sin olvidar, como ya indicábamos, que lo previsto en los artículos 136.1.2º y 139.1 TRLC solamente hace referencia a uno de los supuestos de responsabilidad por deudas, por lo que en caso de concurrir cualquier otro, la vía para el ejercicio del artículo 367 LSC quedaría expedita.

La falta de concreción legal sobre la cuestión que nos ocupa ha hecho necesaria su interpretación por parte de la jurisprudencia. A este respecto, consideramos de especial interés el contenido en la SAP de Barcelona (Sec. 15ª) núm. 193/2023, de 6 de marzo²⁷⁰, de la que parece desprenderse que las acciones de exigencia de responsabilidad al administrador social no son excluyentes, al establecer lo siguiente: «La solicitud del concurso de la sociedad, producida después de los hechos que determinan la responsabilidad que examinamos, solo produce el efecto de suspender temporalmente la exigencia de esta responsabilidad [por deudas sociales] (art. 139.1 TRLC) pero no determina que quede sustituida por la responsabilidad concursal. El legislador no ha establecido normas de coordinación entre la responsabilidad concursal y la extraconcursal y la conclusión que hemos de extraer de ello es que, con la salvedad de esa suspensión, no existe interferencia alguna entre una y otra».

Ante la desigualdad de vías de acceso al cobro de deudas, las sociales derivadas de la responsabilidad de los administradores, consideramos acertada la afirmación realizada por GARCÍA-CRUCES ²⁷¹, en el sentido de que es absolutamente desproporcionado privar al acreedor del ejercicio de una acción frente a un tercero por haberse declarado en concurso la sociedad de la que es o era administrador. De este modo, podría considerarse afectado negativamente el derecho fundamental de dicho acreedor a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Y ello máxime cuando las acciones para declarar la responsabilidad concursal y la responsabilidad por deudas no son equivalentes, ni en el plano procedimental ni en cuanto a sus efectos. La responsabilidad concursal requiere que, en la fase de calificación del concurso, se dicte una sentencia que declare el concurso como culpable. Además, debe señalarse expresamente al administrador como persona

²⁷⁰ JUR 2023, 262988.

²⁷¹ En «La responsabilidad concursal», cit., pág. 355.

afectada por la calificación y obligada a responder por los daños y perjuicios causados. Todo ello implica un procedimiento más complejo y prolongado, con el riesgo añadido de que, con el transcurso del tiempo, se produzca un eventual vaciamiento del patrimonio del administrador social.

Por lo expuesto, entendemos, que la solución aparentemente adoptada por el legislador, respecto a la exigencia de responsabilidad al administrador ante el incumplimiento de los deberes legales en caso de concurrencia de causa de disolución, no es la más acertada. Por algunas voces autorizadas²⁷² se han sugerido soluciones alternativas a fin de paliar las adversidades que pudieran surgir, siguiendo la estela de lo previsto en el artículo 263.2 TRLC para los créditos garantizados por fiadores y avalistas.

La primera propuesta está basada en la posible adopción por la administración concursal, como órgano conocedor de todos los pormenores de la propia sociedad concursada y sus administradores, de la medida cautelar de embargo preventivo de los bienes titularidad de estos últimos (art. 133.2 TRLC). De este modo, se salvaguarda el patrimonio de cara a una posible condena por responsabilidad concursal, para el caso de que se ejercitase, con anterioridad, la acción del artículo 367 LSC por otros acreedores ante causas distintas al incumplimiento de los deberes legales en caso de concurrencia de causa de disolución.

La segunda consiste en una condición de procedibilidad para el ejercicio de la acción del artículo 367 LSC. Implica exigirle al acreedor, como condición determinante de su legitimación, comunicar a la administración concursal su intención de ejercitar aquella, con indicación de sus pretensiones y fundamentación jurídica. Si bien el acreedor no podría instar la acción en el plazo que legalmente se fijase, este sí quedaría habilitado para solicitar la adopción de medidas cautelares bajo las normas procesales de carácter general²⁷³. Asimismo, la administración concursal podría, a la vista de la comunicación

²⁷² Ibidem, págs. 356 y 357.

²⁷³ De interés, vid. AAP de las Islas Baleares (Sec. 5ª) núm. 54/2007, de 10 de abril (JUR 2007, 313769): «Si en un proceso declarativo en solicitud de una condena dineraria contra una mercantil y su administrador puede acordarse tal medida cautelar, no existe razón para no adoptarla en sede concursal. Y es que, no es

efectuado por el acreedor, sopesar la adopción de la anotación preventiva de embargo al amparo del artículo 133.2 TRLC (con carácter preferente a cualquier otro instado por el acreedor en cuestión), evitándose el vaciamiento del patrimonio del administrador en caso de una posible condena de responsabilidad concursal. Esta segunda propuesta si bien exige pausar el ejercicio de la acción del artículo 367 LSC, paliaría, en parte, el principal perjuicio que puede derivarse de la desigualdad de vías de actuación existentes entre los distintos acreedores. Y decimos en parte, porque la tramitación del procedimiento concursal puede prolongarse más que el proceso derivado del ejercicio de la acción prevista en el artículo 367 de la LSC. Esto se debe a que la sección de calificación no se apertura hasta que se dicta el auto que pone fin a la fase común (art. 446 TRLC). Durante esta fase pueden plantearse numerosos incidentes concursales, especialmente por impugnaciones del inventario y de la lista de acreedores. En consecuencia, el acreedor podría ver retrasado el cobro de su crédito en mayor medida que aquellos legitimados para ejercitar directamente la acción del artículo 367 LSC.

casual que, en los últimos años, hayan proliferado el ejercicio de acciones civiles acumuladas contra la sociedad y sus administradores como último resorte para el cobro de los créditos».

CAPÍTULO VI

LAS RELACIONES ENTRE EL PROCESO PENAL Y LA CALIFICACIÓN CONCURSAL

1. LA AUTONOMÍA DE LAS JURISDICCIONES PENAL Y CIVIL-CONCURSAL

Tal y como apuntábamos, resulta de interés el estudio de la influencia que los procesos penales puedan tener en fase de calificación del concurso y viceversa, así como el carácter complementario que deriva de las tutelas prestadas en ambos procesos. Como con acierto señala TOMÁS TOMÁS²⁷⁴, la tutela penal refuerza la tutela civil del crédito que proporciona el proceso concursal, configurándose dos cauces diferenciados para la recuperación del marco legal y la mitigación del perjuicio causado por el incumplimiento de las obligaciones propias del estado de insolvencia, dirigiéndose ambas a enmendar conductas que, por dolo o negligencia, contravinieron el deber de diligencia en la gestión de los asuntos económicos durante una situación de crisis económica.

Sin perjuicio de las similitudes indicadas, la autonomía de ambas jurisdicciones ha sido expresamente regulada según sigue:

1.1. Ámbito concursal

El actual artículo 462 TRLC, bajo el título «Regla de la no vinculación de los jueces de lo penal ni de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa», establece que la calificación no vinculará ni los jueces de lo penal que conozcan de actuaciones de las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices, cuando tales hechos pudieran ser constitutivos de delito, ni tampoco a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa que conozcan de actuaciones sobre responsabilidad en el ámbito administrativo de terceras personas relacionadas con el concursado²⁷⁵. La redacción actual de este precepto es distinta de la inicialmente incluida en el originario TRLC que mantenía la dispuesta en el artículo 163.2 LC.

²⁷⁴ En «Reflexiones en torno a la respuesta del ordenamiento ante la insolvencia», *Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario*, Núm. 792, 2022, pág. 2059, diferencia una tutela civil del crédito de carácter necesario y plenamente aplicable a las sanciones de diverso signo expuestas, y una tutela penal aplicable únicamente ante la concurrencia de determinadas conductas típicas, siendo su sanción punitiva.

²⁷⁵ De interés, vid. STS (Sala 1ª) núm. 254/2019, de 7 de mayo de 2020 (RJ 2019, 1878), la cual concluye que, aunque el proceso concursal no es de naturaleza penal, la sección de calificación posee un carácter

Si bien de la redacción anterior puede entenderse que la falta de vinculación entre la calificación y la actividad judicial del orden penal únicamente afecta al propio deudor por cuanto así lo dispone el precepto de forma expresa, lo cierto es que en los hechos con posible relevancia penal pudieron haber intervenido terceras personas que, en consecuencia, podrían verse igualmente afectadas por la calificación del concurso. Es por ello, por lo que quizás el legislador en la actual dicción del precepto extiende dicha falta de vinculación a todas las personas que pudieran resultar afectadas por la calificación, incluidos los cómplices. Del mismo modo, extiende la no vinculación de la calificación a la jurisdicción contencioso-administrativa en lo referente al régimen de responsabilidades de terceras personas relacionadas con el concursado.

1.2. Ámbito penal

La regulación en sede penal se localiza en el delito de frustración en la ejecución. Abordan la cuestión dos preceptos:

El primero, el artículo 257.5 CP que dispone que el delito de frustración en la ejecución se perseguirá incluso cuando tras su comisión se iniciase un procedimiento concursal.

El segundo, el artículo 259.5 CP establece que la comisión por el deudor o persona que haya actuado en su nombre del delito de frustración en la ejecución y de los delitos singulares relacionados con él no precisarán de la conclusión del concurso para su persecución y ello, sin perjuicio de la continuidad del mismo, añadiendo en su apartado 6 que la jurisdicción penal en ningún caso quedará vinculada por la calificación de la insolvencia en el proceso concursal.

De los referidos preceptos se extrae la absoluta desvinculación de las jurisdicciones civil y penal respecto a lo que se acuerde en cada una de ellas. Sin embargo, de esta premisa de carácter genérico se dependen varias cuestiones que serán objeto de estudio seguidamente.

sancionador, y ciertas conductas que determinan la calificación culpable del concurso pueden, además, ser constitutivas de una infracción penal.

2. LOS SUPUESTOS DE CONCURSO CULPABLE Y DE INSOLVENCIA PUNIBLE

Según se analizará a continuación, las conductas que pueden o deben, según el caso, dar lugar a una sentencia de calificación culpable del concurso presentan una estrecha similitud con los supuestos de hecho tipificados como delitos de insolvencia punible en el artículo 259.1 CP. Tal escenario revela una intersección normativa entre el derecho concursal y el derecho penal económico que merece ser examinada con detenimiento.

2.1. El concurso culpable

El Título X del TRLC, rubricado «De la calificación del concurso», principia con el artículo 441 que establece que el concurso se puede calificar como fortuito²⁷⁶ o como culpable²⁷⁷.

²⁷⁶ Ni el TRLC ni previamente la LC reconocen una definición del concurso fortuito, por lo que la jurisprudencia ha considerado que se sobreentiende que es aquel cuya insolvencia sobreviene de forma inesperada, sin mediar intención dolosa por parte del deudor, y que tiene su origen en el infortunio y en circunstancias coyunturales ajenas a su voluntad. En tal sentido, vid. SJM N° 2 de Barcelona de 9 de mayo de 2006 (AC 2006, 1469), SJM N° 5 de Madrid núm. 7/2007, de 18 de enero (JUR 2007, 368567) y SAP de Barcelona (Sec. 15ª) núm. 173/2007, de 19 de marzo (JUR 2007, 272870). Destaca a su vez la SJM N° 1 de Palma de Mallorca núm. 127/2007, de 9 de mayo (AC 2008, 746) al señalar que «el legislador parte de una estructura simplista, al definir el concurso fortuito como aquel que no es culpable, lo que supone la necesidad de analizar cuándo concurre éste para poder concluir, por exclusión, los que son fortuitos y no sometidos a responsabilidad».

²⁷⁷ El origen de la represión del deudor insolvente lo encontramos, principalmente, en las Ordenanzas de Bilbao de 1737, en las que se diferenciaban tres tipos de quiebra: (i) la quiebra por atraso, referente a comerciantes que, a pesar de disponer de bienes suficientes, no pagaban en tiempo; (ii) la quiebra fortuita, aquella provocada por cualquier imprevisto que pudiera provocar la tierra o el mar; y (iii) la quiebra fraudulenta, provocada por quienes, por medio de una conducta dolosa, arriesgaban patrimonios ajenos. Posteriormente, las Ordenanzas Consulares de Málaga hicieron una clasificación más amplia de las clases de quiebra, previéndose además en su texto una sección específica reguladora de la tramitación de la calificación de la quiebra (arts. 1056 a 1080): (i) suspensión de pagos, relativa al comerciante que, a pesar de disponer de bienes con los que atender las deudas a corto plazo, no podía en el momento cumplir sus obligaciones de forma puntual; (ii) falencia inculpable, similar a la anterior quiebra fortuita; (iii) falencia

Según el TRLC, para que el concurso sea declarado culpable, deben concurrir una serie de presupuestos con encaje en alguno de los tres supuestos que seguidamente se analizarán.

No obstante lo anterior, es posible que una misma conducta del deudor tenga encaje en varios de ellos. Esta cuestión ha sido tratada jurisprudencialmente tomando el “desvalor de la conducta” como elemento clave para apreciar un proceder conducente a dos causas de culpabilidad diferentes.

Al respecto, la STS (Sala 1ª) núm. 650/2016, de 13 de noviembre²⁷⁸, dejó sentado: «un mismo hecho, la no aportación de las cuentas anuales o de determinados documentos contables, no puede integrar estas dos causas de culpabilidad del concurso, la prevista en el art. 164.2.1º de la Ley Concursal (incumplimiento sustancial de la obligación de llevar contabilidad, llevar doble contabilidad o haber cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la contabilidad que llevara), y la prevista en el art. 164.2.2º (inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento), cuando el desvalor de la conducta es el mismo. Del mismo modo, el hecho de no aportar esos documentos durante la tramitación del concurso, pese al requerimiento hecho para su aportación, no puede integrar la causa de culpabilidad prevista en el art. 164.2.2º (inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento) y la prevista en el art. 165.2º (no haber facilitado a la administración concursal la información necesaria o conveniente para el interés del

culpable, por ejemplo, llevanza irregular de libros del deudor que no entrañe fraude o perjuicio a terceros; (iv) falencia fraudulenta, parecida a la quiebra fraudulenta anterior; y (v) alzamiento, referente a la ocultación de dinero de su comercio, realización de ventas falsas, acuerdo privados con algunos acreedores en perjuicio de los demás, etc. Estas cinco categorías se mantuvieron en el Código de Comercio de 1829, reduciéndose posteriormente a tres en el Código de Comercio de 1885, texto que también recogió una sección específica para la calificación de la quiebra: (i) quiebra fortuita; (ii) quiebra culpable; y (iii) quiebra fraudulenta.

²⁷⁸ RJ 2016, 5199.

concurso), cuando, como se ha dicho, el desvalor determinante del reproche de ambas conductas sea coincidente»²⁷⁹.

Por el contrario, la STS (Sala 1ª) núm. 670/2019, de 16 de diciembre²⁸⁰, dispuso que debe advertirse que una misma realidad, por ejemplo, la desaparición de unos activos y su no inclusión en el inventario aportado con la solicitud de concurso, puede ser valorada desde distintas perspectivas para la aplicación de diversas causas de calificación culpable, siempre que cada una de ellas responda a un desvalor diferente. De este modo, la omisión de ese activo en el inventario, de revestir la gravedad exigida, podría justificar la calificación culpable *ex* artículo 164.2.2º LC. Por otro lado, si se acredita que ese activo salió del patrimonio del deudor sin causa justificada, cabría también la calificación culpable del concurso *ex* artículo 164.2.4º LC. En el ejemplo expuesto, el desvalor es distinto: en un caso se sanciona el suministro de información contable inexacta al solicitar el concurso; y, en otro, se sanciona el alzamiento o la desaparición de unos bienes o activos de la concursada. Resultaría razonable que el concurso se calificase como culpable al amparo de ambas causas puesto que, además de que el desvalor varía en cada caso, las consecuencias de la calificación también difieren: de apreciarse el alzamiento de bienes, se podría advertir una condena a su restitución (art. 172.2.3º LC), lo que no ocurriría si la calificación culpable se deriva de inexactitudes graves en la documentación aportada con la solicitud de concurso.

Realizado el anterior apunte, exponemos cada una de las conductas susceptibles de una calificación de culpabilidad concursal:

2.1.1. Culpabilidad por dolo o culpa grave

El artículo 442 TRLC prevé la culpabilidad cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia medie dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, directores generales, y de quienes, dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, hayan tenido cualquiera de estas

²⁷⁹ En el mismo sentido, vid. STS (Sala 1ª) núm. 319/2020, de 18 de junio (RJ 2020, 2752).

²⁸⁰ RJ 2019, 5208.

condiciones²⁸¹. Se trata de una cláusula general según la denominan algunas voces autorizadas²⁸².

Este precepto viene a calificar el concurso como culpable siempre que se aprecien factores de dolo o culpa grave que hayan generado o agravado la insolvencia y un nexo causal entre ambos elementos. En este sentido, el TS en su sentencia (Sala 1ª) núm. 185/2015, de 10 de abril²⁸³ expresamente refiere que en el artículo 442 TRLC tienen cabida todas aquellas conductas que, no acomodándose a los supuestos expresamente tipificados en los artículos 443 y 444 TRLC, comprendan factores de dolo o culpa grave que hayan generado o agravado la insolvencia por medio de un nexo de causalidad²⁸⁴.

Sobre tal presupuesto, se ha pronunciado la jurisprudencia a fin de determinar si es necesario acreditar la intención del deudor de dañar al acreedor o, por el contrario, se debe interpretar de una forma objetiva.

En concreto, la STS (Sala 1ª) de 17 de julio de 2006²⁸⁵ dispuso: «la sentencia (Sala 1ª) de 11 octubre 2001²⁸⁶ considera que el fraude se aprecia y puede existir tanto cuando se da intención decidida de causar un perjuicio a los acreedores, como cuando existe una

²⁸¹ Dicho precepto estaba anteriormente localizado en el artículo 164.1 LC, no habiendo sufrido variaciones en su redacción tras la entrada en vigor del TRLC a excepción de las dos siguientes: se sustituye la referencia de los “apoderados generales” por “directores generales”, y se suprime la mención a los supuestos de culpabilidad de los socios del artículo 165.2 LC.

²⁸² MUERZA ESPARZA, J.: «Calificación del concurso y proceso penal», *Anuario de Derecho Concursal*, Nº. 45/2018, pág. 15. MORENO GARCÍA, L.: «La autonomía de la calificación de la insolvencia en el proceso penal y en el proceso concursal», *Anuario de Derecho Concursal*, Nº. 54/2020, versión digital, pág. 2.

²⁸³ RJ 2015, 1517.

²⁸⁴ Al respecto, vid. STS (Sala 1) núm. 185/2015, de 10 de abril (RJ 2015, 1517), FJ 1º: «No es que los hechos base que contemplan los arts. 164.2 y 165 LC (RCL 2003, 1748) constituyan un “numerus clausus” de conductas a las que pueda atribuirse unos criterios de imputabilidad de la insolvencia culpable, sino que el art. 164.1 LC, como cláusula general, como norma sustantiva, tipifica el concurso culpable, por lo que, cualquier otra conducta no prevista en los hechos-base descritos en aquellos preceptos, pero en los que concurran los factores de dolo o culpa grave y hayan generado o agravado la insolvencia de acuerdo con un nexo de causalidad, es merecedora de calificarse de culpable, a los efectos de calificación del concurso».

²⁸⁵ RJ 2006, 4960.

²⁸⁶ RJ 2001, 8629.

simple conciencia de causarlo (en este mismo sentido, las sentencias (Sala 1ª) de 15 marzo 2002²⁸⁷, 13 junio 2003²⁸⁸ y 21 junio 2004). Esta tendencia a la objetividad se observa también en la STS (Sala 1ª) de 6 abril 1992²⁸⁹ que considera que en el *consilium fraudis* se incluye toda actividad intencionada o directamente dolosa, así como la simple conciencia de causar un daño, “llegándose a cotas de cuasi objetividad si el perjuicio se ocasiona por simple culpa civil o impremeditación” (ver también en este sentido las sentencias (Sala 1ª) de 28 octubre 1993²⁹⁰, 4 diciembre 1995, 31 diciembre 1997²⁹¹ y 31 diciembre 1998²⁹²). Esta Sala ha ido atenuando el requisito de la *scientia fraudis*, “para hacer factible en la práctica la operatividad de la acción revocatoria”, como afirma la sentencia (Sala 1ª) de 31 octubre 2002²⁹³, que añade que “frente a la concepción rigurosa que configuraba la exigencia como la intención o propósito de perjudicar al acreedor, y por contra de quienes mantienen un criterio objetivista neto en el sentido de que habrá de estarse al resultado producido con total abstracción del ánimo o intención del deudor, la doctrina predominante y la jurisprudencia siguen una orientación intermedia consistente en que basta demostrar el resultado producido y que éste fue conocido o debido conocer por el deudor (*scientia fraudis*)²⁹⁴ (...)”. Así, el fraude queda constituido por el hecho de que el resultado sea perjudicial para los acreedores y tal resultado fuera conocido por el deudor o éste hubiera debido conocerlo»²⁹⁵.

²⁸⁷ RJ 2002, 2841.

²⁸⁸ RJ 2003, 4304.

²⁸⁹ RJ 1992, 2942.

²⁹⁰ RJ 1993, 7666.

²⁹¹ RJ 1997, 9412.

²⁹² RJ 1998, 9774.

²⁹³ RJ 2002, 9735.

²⁹⁴ STS (Sala 1ª) de 15 de marzo de 2002 (RJ 2002, 2841).

²⁹⁵ Siguiendo tal postura, vid SSTs (Sala 1ª) núm. 185/2015, de 10 de abril (RJ 2015, 1517), FJ 3º y 4º, núm. 191/2009, de 25 de marzo (RJ 2009, 1662), y núm. 406/2010, de 25 de junio (RJ 2010, 5413).

2.1.2. Supuestos de culpabilidad *iuris et de iure*

Establecidos en el artículo 443 TRLC²⁹⁶, viene referido a hechos que, por sí solos, son merecedores de calificar el concurso como culpable²⁹⁷. La defensa del deudor puede ir, en consecuencia, exclusivamente dirigida a practicar contrapueba frente al hecho indicio en orden a acreditar su inexistencia y evitar que se aplique la presunción²⁹⁸. Tales hechos son:

1.º Cuando el deudor se alce total o parcialmente con sus bienes en perjuicio de sus acreedores o realice cualquier acto que retrase, dificulte o impida la eficacia de un embargo en cualquier clase de ejecución iniciada o de previsible iniciación.

2.º Cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso salgan fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos²⁹⁹.

3.º Cuando con anterioridad a la fecha de declaración del concurso el deudor realice cualquier acto jurídico con la finalidad de simular una situación patrimonial ficticia³⁰⁰.

4.º Cuando el deudor acompañe a la solicitud de concurso o presente con posterioridad durante la tramitación del procedimiento documentos comprensivos de inexactitudes graves o documentos falsos³⁰¹.

²⁹⁶ Mantiene su redacción anterior de la LC sin perjuicio de su reorganización numérica dentro del propio precepto.

²⁹⁷ De interés, vid. SAP de Barcelona (Sec. 15ª) núm. 541/2007, de 29 de noviembre (JUR 2009, 33340).

²⁹⁸ TOMÁS TOMÁS, S.: «Reflexiones en torno a la respuesta del ordenamiento ante la insolvencia», cit., pág. 2062.

²⁹⁹ Al respecto, vid. SAP de Navarra (Sec. 3ª) núm. 30/2010, de 8 de febrero (JUR 2010, 185788), y SAP de Barcelona núm. 541/2007, de 29 de noviembre (JUR 2009, 33340).

³⁰⁰ De interés, vid. SAP de Madrid (Sec. 28ª) núm. 158/2010, de 29 de junio (JUR 2010, 320291) y STS (Sala 1ª) núm. 669/2012, de 14 de noviembre (RJ 2013, 1614).

³⁰¹ En tal sentido, vid. SSAP de Barcelona (Sec. 15ª) núm. 541/2007, de 29 de noviembre (JUR 2009, 33340), y núm. 250/2009, de 16 de julio (AC 2009, 1882), SAP de Madrid (Sec. 28ª) núm. 298/2009, de 4 de diciembre (AC 2010, 399) y SAP de Baleares (Sec. 5ª) núm. 421/2009, de 10 de diciembre (JUR 2010, 43168).

5.º Cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad incumpla sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o cometa en la que llevara irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera³⁰².

6.º Cuando ante el incumplimiento del convenio por causa imputable al concursado se apertura la liquidación³⁰³.

2.1.3. Supuestos de culpabilidad *iuris tantum*

Finalmente, el artículo 444 del TRLC establece que el concurso se presumirá culpable, salvo prueba en contrario, en determinados supuestos que se enumerarán a continuación, cuando en ellos intervenga el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores. En tales casos, el deudor podrá defenderse aportando prueba en contrario para desvirtuar el hecho indicio, demostrar la falsedad del hecho presunto o acreditar la ausencia de nexo o vinculación entre uno y otro hecho³⁰⁴:

1.º Incumplir el deber de solicitar la declaración del concurso.

2.º Incumplir el deber de colaboración con el juez del concurso y la administración concursal, por no facilitar la información necesaria o conveniente para el interés del concurso, o no asistir, por sí o por medio de apoderado, a la junta de acreedores, siempre que su participación hubiera sido determinante para la adopción del convenio.

3.º No formular, no someter a auditoría, debiendo hacerlo, o, una vez aprobadas, no depositar en el Registro mercantil o en el registro correspondiente las cuentas anuales

³⁰² Al respecto, vid. SAP de Madrid (Sec. 28ª) núm. 122/2011, de 11 de abril (JUR 2011, 186143), y SAP de Barcelona (Sec. 15ª) núm. 348/2010, de 3 de noviembre (AC 2011, 1699)

³⁰³ De interés, vid. SAP de Las Palmas (Sec. 4ª) núm. 265/2013, de 24 de julio (JUR 2013, 278205) y SAP de Pontevedra (Sec. 1ª) núm. 390/2017, de 21 de julio (JUR 2017, 228802), entre otras.

³⁰⁴ TOMÁS TOMÁS, S.: «Reflexiones en torno a la respuesta del ordenamiento ante la insolvencia», cit., pág. 2062.

durante los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso cuando se trate de deudor obligado legalmente a la llevanza de contabilidad»³⁰⁵.

2.2. La insolvencia punible

2.2.1. Régimen legal

El tratamiento de las insolvencias punibles lo encontramos en el Capítulo VII bis del Título XII del CP dentro de los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Su regulación actual es fruto de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal³⁰⁶. Como consecuencia de esta modificación, las insolvencias punibles se separaron de los delitos de frustración de la ejecución (Capítulo VII del Título XII del CP), con la intención, según se hace constar en el Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo³⁰⁷, de atender a dos necesidades: primero, la de proporcionar una repuesta penal frente a proceder contrarios al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos que tengan lugar en el contexto de una situación de crisis económica del sujeto o empresa y que hacen peligrar los intereses de los acreedores y el orden socioeconómico, o que motivan directamente la situación de concurso; y, segundo, la de ofrecer la certeza y seguridad necesarias en la determinación de las conductas contrarias al deber de diligencia en la gestión de los asuntos económicos que constituyen un riesgo no permitido.

Con tal modificación del CP, la concurrencia del tipo penal ya no exige la causación de un daño material o lesión, siendo suficiente «la probabilidad o amenaza de

³⁰⁵ El contenido de estos últimos supuestos se mantiene intacto respecto a su anterior regulación en el artículo 165.1 LC, sufriendo únicamente variaciones en cuanto a su numeración.

³⁰⁶ La justificación de su reforma en esta materia la encontramos en su Preámbulo, apartado XVI: «Se lleva a cabo una revisión técnica de los delitos de insolvencia punible que parte de la necesidad de establecer una clara separación entre las conductas de obstaculización o frustración de la ejecución, a las que tradicionalmente se ha entendido referido el delito de alzamiento de bienes, y los delitos de insolvencia o bancarrota».

³⁰⁷ Apartado XVI del Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo (RCL 2015, 439).

la destrucción o menoscabo del patrimonio concursal»³⁰⁸, y ello sobre la base del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos³⁰⁹. Esto es, los delitos de insolvencias punibles se configuran ahora como delitos de peligro concreto, requiriéndose que la acción produzca un resultado de concreto peligro de lesión inmediata o próxima para el bien jurídico. Siendo el bien jurídico protegido en los delitos de insolvencias punibles, *a priori*, el derecho de los acreedores a la satisfacción de los créditos que les son debidos o, lo que es lo mismo, en palabras de SÁNCHEZ DAFAUCE el «derecho de los acreedores a la ejecución individual y aislada de sus créditos con todos los bienes presentes y futuros del deudor como patrimonio de garantía»³¹⁰, dicho peligro de lesión tiene que ir dirigido a provocar un perjuicio en el patrimonial del deudor o a ocultar su situación económica real o su actividad empresarial³¹¹. De ahí que la doctrina mayoritaria se incline por

³⁰⁸ TOMÁS TOMÁS, S.: «Reflexiones en torno a la respuesta del ordenamiento ante la insolvencia», cit., pág. 2060.

³⁰⁹ Considera LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *La reforma de los delitos económicos: la administración desleal, la apropiación indebida y las insolvencias punibles*, Civitas, Navarra, 2015, pág. 277, en relación con la determinación del bien jurídico protegido en el delito de insolvencia punible, que los comportamientos tipificados suponen, sin más, una infracción del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos.

³¹⁰ En *Estudio crítico sobre el delito concursal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2020, págs. 133 a 134. También de interés lo expuesto por GARCÍA RIVAS, N.: «Insolvencias punibles», *Derecho Penal Español. Parte Especial* (Dir. ÁLVAREZ GARCÍA), Vol. II, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011, pág. 392. Sostiene el autor que, aunque en primera instancia se tutele el correcto funcionamiento del procedimiento concursal, es evidente que, en última instancia, lo que se está protegiendo es el interés crediticio de los acreedores, burlado por las maniobras del deudor encaminadas a simular una insolvencia inexistente mediante el falseamiento de su estado patrimonial. De esta manera se sanciona un comportamiento paralelo al de la insolvencia ficticia del delito de alzamiento, «una “insolvencia” que comporta buenos réditos para el deudor, valga la paradoja».

³¹¹ Esa finalidad de peligro de lesión dirigida a perjudicar el patrimonio del concursado o a ocultar su situación económica real es lo que realmente permite diferenciar los delitos de insolvencia punible de los delitos de alzamiento de bienes, siendo en este punto especialmente esclarecedor lo manifestado por SÁNCHEZ DAFAUCE, M.: «Consideraciones de emergencia para una interpretación mesurada de los delitos de insolvencia», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal* N.º. 62/2021 parte *Análisis doctrinal. Cuestiones de Penal Sustantivo*, págs. 4 y 5, al señalar que, en el alzamiento de bienes, se produce un fraude por el cual el deudor mantiene el poder fáctico sobre el patrimonio que ha ocultado a sus acreedores (ej.: se vacía una sociedad para trasladar sus fondos a otra a nombre de un testaferro, pero dominada de hecho por el administrador de la primera). De esta forma, por medio del alzamiento de bienes el deudor que está

concebir estos delitos como un fraude patrimonial³¹². Es por ello que, según señala CEREZO MIR³¹³, los delitos de peligro concreto han sido entendidos desde el punto de vista dogmático como delitos de resultado.

Sin perjuicio de lo anterior, es preciso señalar que la fijación del bien jurídico protegido en los delitos de insolvencia punible ha sido un tema controvertido y que ha dado lugar a tres posturas doctrinales diferenciadas: la primera, denominada *tesis patrimonialista pura*, es aquella que entiende que el bien jurídico consiste en el derecho de garantía de los acreedores a la satisfacción de sus créditos por aplicación del artículo 1911 CC³¹⁴; la segunda, *tesis patrimonialista mixta*, sostiene la protección de un bien

capacitado para afrontar sus obligaciones, no lo hace, suponiéndole ello un enriquecimiento ilícito a costa del crédito del acreedor. Por el contrario, refiere el autor que, en el delito concursal, de presentarse solo, no se produce tal enriquecimiento, pues el patrimonio de garantía no se oculta, sino que, simplemente, se deteriora o se destruye. «El delito concursal es un tipo de disminución o deterioro del patrimonio de garantía (o de peligro de ello) debido a una gestión irregular de tal patrimonio, dolosa o imprudente. Por ejemplo, comete un delito concursal imprudente el administrador social que, en un contexto de crisis empresarial, acomete con un optimismo desconcertante negocios previsiblemente ruinosos. Y, también (sic) por ejemplo, comete un delito concursal doloso el administrador social que en un contexto de crisis destruye con maquinaciones financieras el patrimonio de la empresa con la pretensión de pasarse a la competencia (esto último es solamente un motivo para clarificar el caso: el tipo subjetivo no exige ningún elemento añadido al dolo)».

³¹² Cfr. FERJÓ SÁNCHEZ, B.J.: «Proyección presente y futura del concurso fraudulento en el Derecho penal español (art. 260 CP)», *Reflexiones para la Reforma Concursal* (Coord. ARIZA COLMENAREJO y GALÁN GONZÁLEZ), Reus, Zaragoza, 2010, págs. 93 y ss.

³¹³ En «Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo», *Revista de derecho penal y criminología*, 2ª Época, Nº. 10/2002, pág. 48. Seguidamente, en la página 50 establece: «el resultado de peligro ha de aparecer como realización del peligro creado o incrementado por la acción del sujeto y ha de estar, además, comprendido por el fin de protección de la norma, es decir el resultado de peligro ha de aparecer como realización de la conducta prohibida por la norma».

³¹⁴ Esta postura fue sostenida, entre otros, por OCAÑA RODRÍGUEZ, A.: *El delito de alzamiento de bienes. Sus aspectos civiles*, Colex, Madrid, 1997, pág. 37; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte especial*, 23.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pág. 450: «se pretende proteger el derecho de los acreedores en caso de insolvencia del deudor y la funcionalidad del procedimiento ejecutivo para conseguir la satisfacción del derecho de crédito»; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: «Las insolvencias punibles tras la reforma concursal de 2003», *Concurso e insolvencia punible* (Coord. HERNÁNDEZ MARTÍ), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 649.

jurídico supraindividual basada en el correcto funcionamiento del sistema crediticio y, en consecuencia, del orden socioeconómico en general³¹⁵; y, una tercera, *tesis meta*

³¹⁵ Postura mantenida, entre otros, por HUERTA TOCILDO, S.: «Bien jurídico y resultado en los delitos de alzamiento de bienes», *El nuevo Código penal, presupuestos y fundamentos: libro homenaje al profesor doctor don Ángel Torío Pérez*, Comares, Granada, 1999, pág. 794; BAJO FERNÁNDEZ, M. Y BACIGALUPO SAGGESE, S.: *Derecho penal económico*, 2ª ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2010, pág. 446; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 4ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 52; SOUTO GARCÍA, E.M.: *Los delitos de alzamiento de bienes en el código penal de 1995*, Tirant Lo Blanch, 2009, pág. 76; y POLAINO NAVARRETE, M. y POLAINO-ORTS, M.: «Injusto penal e ilícito mercantil en las insolvencias a la luz de la nueva Ley Concursal», *Estudios sobre la Ley concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 5023.

En la misma línea, destaca la STS (Sala 2ª) núm. 2212/2001, de 27 de noviembre (RJ 2002, 72) que el delito de alzamiento de bienes constituye un tipo delictivo pluriofensivo que tutela tanto el derecho de los acreedores a que no se defraude la responsabilidad universal (art. 1.911 CC) como el interés colectivo en el buen funcionamiento del sistema económico crediticio. El alzamiento de bienes implica una actuación del sujeto sobre sus bienes dirigida a mostrar su insolvencia –real o aparente–, frente a todos o frente a parte de los acreedores, con el propósito directo de frustrar los créditos que hubieran podido satisfacerse sobre dichos los mismos. A su vez, la STS (Sala 2ª) núm. 1203/2003, de 19 de septiembre (RJ 2003, 6853) define el alzamiento de bienes como un típico delito patrimonial de peligro o de tendencia, que no precisa de un quebranto o perjuicio económico efectivo para su comisión, puesto que, a tales efectos, se equipara la insolvencia real y la aparente. Considera típica toda conducta dirigida a menoscabar fraudulentamente el patrimonio y hacer ineficaz la acción de los acreedores (v. S. de 10 de febrero de 1976 [RJ 1976, 413]), debiendo concurrir en el sujeto activo un dolo específico de defraudar o la negativa al pago al acreedor. «Alzarse es colocarse en situación de insolvencia frente a los acreedores». Sustento de esta postura también es GALÁN MUÑOZ, A.: «Presente y futuro de las insolvencias punibles», *Revista Penal*, N.º 34, 2014, pág. 61; y BUSTOS RUBIO, M.: «Los delitos de bancarrota: una modalidad de insolvencia punible», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, N.º. 50/2018, versión digital, pág. 12, refiriendo este que, en estos últimos tiempos, la mayor parte de la doctrina reconoce que, al menos en segunda instancia y de forma mediata, los delitos de bancarrota protegen el correcto funcionamiento del sistema crediticio, ya que la ejecución de este tipo de conductas de impago de deudas asumidas implica un ataque al sistema de crédito, y el funcionamiento del sistema económico puede verse aquejado. Considera el autor que esta concepción permite dotar a los delitos en examen de una dimensión socioeconómica: «Así, se aduce, no debiera olvidarse la posible reacción en cadena que se derivaría también de “pequeños” incumplimientos, *a priori* individualistas, lo que acabaría poniendo en efectivo peligro el sistema de crédito en su conjunto, al que se pondría en tela de juicio, y lo que afectaría, a su vez, a su correcto funcionamiento».

patrimonialista, que mantiene la protección del funcionamiento o capacidad del sistema crediticio junto al patrimonio de los acreedores³¹⁶.

Por todo ello, los delitos de insolvencias punibles como delitos de peligro concreto se contraponen a los de peligro abstracto, en los que es suficiente que la conducta sea peligrosa para el bien jurídico, sea este cual fuere, pero no se exige ese elemento de inmediatez en el peligro de lesión.

De esta nueva configuración del delito, derivada de la modificación del CP, se desprende una intervención penal anticipada a la lesión, igualando de esta forma, según

³¹⁶ Las tesis meta patrimonialistas o supraindividuales se subdividen a su vez en cuatro líneas diferentes: la primera, partidaria de establecer como objeto de protección el sistema crediticio (vid. BUSTOS RAMÍREZ, J.: «Política criminal y bien jurídico en el delito de quiebra», *Anuario de Derecho Penal y Ciencia Penales*, 1990, págs. 32 y ss.); la segunda, que apuesta por la confianza o fe pública en el tráfico jurídico [vid. STS (Sala 2ª) núm. 771/2006, de 18 de julio (RJ 2006, 6301), FJ 6º, según la cual el art. 260 CP pretende la protección del derecho personal del crédito, «con la concurrencia de un interés difuso de naturaleza económico-social que se sitúa en la confianza precisa para el desarrollo de las operaciones financieras, en aras a la consecución de un desarrollo económico, exigiéndose como elementos integradores del tipo (...)»]; la tercera, que mantiene que el bien jurídico protegido es la Administración de Justicia en general o el proceso de ejecución en particular [vid. CABALLERO BRUN, F.: *Insolvencias punibles*, Iustel, Madrid, 2008, pág. 160; la STS (Sala 2ª) núm. 690/2003, de 14 de mayo (RJ 2003, 4410), FJ 8º, sostiene que, en todas las modalidades de insolvencia punible, el bien jurídico protegido es el mismo: la garantía de que goza todo acreedor de ejecutar y hacer efectivo su crédito, caso de incumplimiento, contra el patrimonio del deudor, conforme dispone el art. 1911 CC. Es por ello que lo que el CP busca proteger es el derecho a no impedir u obstaculizar que tal ejecución logre plena efectividad. «Así pues, cuantos actos, operaciones, negocios, contratos o maniobras, tendentes a impedir u obstaculizar la regular realización de un crédito deben tener cabida y ser considerados como un delito, sean cuales fueran el número de acreedores o de deudas, bien afecten al patrimonio personal o al de las sociedades que les pertenecen, bien se logre a través de un solo acto o a través de varios»]; y la cuarta, partidaria de considerar que el bien jurídico protegido por las insolvencias punibles es la función social de la propiedad o la función social de los derechos patrimoniales (cfr. GARCÍA SÁNCHEZ, A.: *La función social de la propiedad en el delito de alzamiento de bienes*, Comares, Granada, 2003, pág. 142, mantiene que los delitos de insolvencia implican un ataque intolerable a la institución de la función social de los derechos patrimoniales, en tanto constituyen supuestos en los que se ejercitan los derechos de contenido económico de una forma manifiestamente contraria al interés social, es decir, en contra de los intereses y valores económico-sociales recogidos y tutelados de forma expresa en la CE).

señala TOMÁS TOMÁS, la protección de la garantía patrimonial que otorga el derecho penal a la del derecho concursal³¹⁷.

Tras la reforma de 2015, otra de las novedades más llamativas se localiza en el apartado 4º del artículo 259 CP. Según este precepto, el delito de insolvencia punible «solamente será perseguible cuando el deudor haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones o haya sido declarado en concurso». De este modo, podrán ser sujetos activos del delito tanto aquellos que se encuentren en situación de concurso, como aquellos que hayan dejado de cumplir regularmente sus obligaciones. Esta última circunstancia nos traslada a la premisa exigida por el artículo 2.3 TRLC para considerar al deudor en estado de insolvencia actual y, por ende, a la obligación del mismo de tener que solicitar el concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer dicho estado de insolvencia actual (art. 5.1 TRLC).

Por tanto, con la reforma de 2015, el ámbito subjetivo del delito se amplía, abarcando no solo a aquellos sujetos ya declarados en concurso, sino también a los que se encuentren en situación de insolvencia actual y tengan obligación de solicitar el concurso dentro de dicho plazo de dos meses. Gracias a esta inclusión, se evitará que los sujetos en los que concurren los presupuestos legalmente exigidos para ser declarados en concurso se amparen en el hecho de no haberlo sido todavía para no ser penalmente condenados.

2.2.2. Pluralidad de acreedores

En este punto no debe obviarse la dicción literal del artículo 259.4 CP en lo referente al deudor que haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones. Si bien es cierto que, como ya se indicaba, vendría a hacer referencia a la insolvencia actual del deudor, no puede afirmarse que tal precepto deba entenderse únicamente en términos concursales. La declaración del concurso del deudor exige, entre otros requisitos, la

³¹⁷ En «Reflexiones en torno a la respuesta del ordenamiento ante la insolvencia», cit., pág. 2061: «Con destacadas diferencias respecto a la sanción civil en la protección de la garantía patrimonial, el Derecho penal debe constituir la última ratio para erigirse en igual ratio que el Derecho concursal en la protección de aquella garantía. La conquistada subsidiariedad de la sanción penal respecto a la civil y la tradicional reducción de la aplicación de la pena en sus justos límites queda así atemperada de manera notable».

existencia de una pluralidad de acreedores, puesto que así se desprende sin lugar a dudas del artículo 465.2º TRLC al disponer que procede la conclusión del concurso con el archivo de las actuaciones cuando resulte un único acreedor de la lista definitiva de acreedores³¹⁸.

Sin embargo, querer trasladar dicha exigencia al ámbito penal supondría excluir de la potestad sancionadora del Estado a sujetos que, si bien no pueden cumplir regularmente sus obligaciones, no son titulares de distintos débitos frente a varios sujetos. De esta forma, quedaría considerablemente reducido el ámbito de aplicación del precepto no siendo tal, *a priori*, la intención del legislador. Máxime teniendo en cuenta que, la protección que otorga el ámbito penal, junto a la que se dispensa en el ámbito civil mediante la acción pauliana (art. 1111 CC) o rescisoria (arts. 1290 y ss. CC), vendrían a completar la tutela necesaria en el escenario expuesto sin necesidad de acudir a la vía concursal³¹⁹. En consecuencia, cabe concluir que el artículo 259.4 CP se extiende respecto

³¹⁸ La exigencia de la pluralidad de acreedores como presupuesto necesario para la creación de la situación jurídica de concurso, aunque finalmente en el TRLC sí que se ha recogido claramente, no ha sido una idea sostenida de forma unánime por la doctrina a lo largo de los años. De interés vid. TOMÁS TOMAS, S.: *La masa patrimonial como parte en el proceso concursal*, Thomson Reuters Aranzadi, cit., págs. 58 y ss., quien señala que los partidarios de la controvertida idea de la ausencia de una pluralidad de acreedores han considerado que el proceso concursal «de un lado, salvaguarda mejor al acreedor contra actos que le son perjudiciales y, de otro, resulta más eficaz para sancionar al deudor o a quien quiera que haya contribuido de manera culpable a la situación de concurso». Sin embargo, el referido autor estima insuficientes tales argumentos y sostiene el carácter indiscutible de tal presupuesto: la articulación del proceso concursal como la distinta tutela jurisdiccional que proporciona descansa sobre la universalidad, tanto de los créditos como del patrimonio del deudor insolvente. La tutela jurisdiccional en el proceso concursal se fundamenta en un concepto de justicia –distributiva o comunitaria de pérdidas– diferente a la que prevalece en el régimen jurídico común, que es de naturaleza conmutativa. De aplicarse los mecanismos procesales ordinarios, como la ejecución individual, se alcanzaría el éxito de concretos intereses individuales, pero se produciría un rotundo fracaso de la colectividad, por lo que, dada tal situación, se justifica la creación por parte del estado de un proceso como el concursal. Finalmente, concluye el autor que, si bien es cierto que el proceso concursal brinda una protección particular a los acreedores, los mecanismos que utiliza para otorgarla están diseñados para responder a la situación del binomio insuficiencia patrimonial-pluralidad de acreedores. Solo en el contexto anómalo de esta situación se justifica la creación de una medida extraordinaria como el concurso de acreedores, que implica modificar las normas ordinarias del sistema jurídico.

³¹⁹ Al respecto, vid. *ibidem*, págs. 62 y 63: «Asimismo, debe ser puesta en entredicho la necesidad del proceso concursal, de existir un solo acreedor, a la hora de depurar responsabilidades. Es innegable, como

a los sujetos que no puedan cumplir regularmente sus obligaciones con independencia de que carezcan de una pluralidad de acreedores, en tanto el mismo se configura como una tutela independiente del proceso concursal.

2.2.3. Especial referencia al procedimiento especial para microempresas

A la vista del ámbito subjetivo del delito de insolvencia punible previsto en el artículo 259.4º TRCL, cabría preguntarse si, además de los supuestos ya analizados en el apartado 2.2.2. anterior, el mismo es aplicable al deudor que ha solicitado el procedimiento especial para microempresas (art. 685.1 TRLC³²⁰).

La respuesta es afirmativa. Como dispone el artículo 686 TRLC, el procedimiento especial para microempresas será aplicable a aquellas que se encuentren en probabilidad de insolvencia, en estado de insolvencia inminente o en insolvencia actual. De nuevo, se aprecia entre los distintos supuestos de aplicación, la insolvencia actual, esto es, la que concurre en el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles (art. 2.3 TRLC), debiendo, igual que ocurre con el concurso ordinario (art. 5.1 TRLC), solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiere conocido o debido conocer el estado de insolvencia actual (art. 686.2 TRLC).

exponíamos supra, que la declaración de concurso facilita esta labor. Ahora bien, no es necesario instar este proceso para dispensar una adecuada tutela: sea en el ámbito civil, con el ejercicio de las acciones pauliana (art. 1111 CC) o rescisorias “ordinarias” (arts. 1290 y ss. CC), sea en el ámbito penal, con el ejercicio de las acciones dirigidas a evitar la frustración de la ejecución (arts. 257 y ss. CP), encontramos cauces que proporcionan oportuna, solución, sin promover los drásticos, efectos que se prevén con la declaración de concurso».

³²⁰ El artículo 685.1 TRLC señala que el procedimiento especial para microempresas queda reservado a aquellos deudores –personas naturales o jurídicas– que, desarrollando una actividad empresarial o profesional, presenten una dimensión reducida tanto en términos de empleo como de volumen económico, siendo únicamente aplicable cuando concurren cumulativamente los dos requisitos previstos: haber empleado una media de menos de diez trabajadores en el año anterior a la solicitud, y no haber superado los umbrales establecidos de volumen de negocio o pasivo, conforme a las últimas cuentas cerradas en el ejercicio anterior.

En consecuencia, cabe concluir que los deudores sometidos al procedimiento especial de microempresas quedan dentro del ámbito subjetivo del artículo 259.4 CP.

2.2.4. Supuestos de reproche penal en las insolvencias punibles

El artículo 259.1 CP establece una pena prisión de uno a cuatro años y multa de ocho a veinticuatro meses para quien, encontrándose en una situación de insolvencia actual o inminente, realice alguna de las siguientes conductas:

1.^a Ocultar, causar daños o destruir bienes o elementos patrimoniales que formen o hayan formado parte de la masa del concurso en el momento de su apertura.

2.^a Realizar actos de disposición mediante la entrega o transferencia de dinero u otros activos patrimoniales, o mediante la asunción de deudas, que no guarden proporción con la situación patrimonial del deudor, ni con sus ingresos, y que carezcan de justificación económica o empresarial.

3.^a Realizar operaciones de venta o prestaciones de servicio por precio inferior a su coste de adquisición o producción sin justificación económica.

4.^a Simular créditos de terceros o reconocer créditos ficticios.

5.^a Participar en negocios especulativos sin justificación económica y resultando contrario al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos a la vista de las circunstancias del caso y de la actividad económica desarrollada.

6.^a Incumplir el deber legal de llevar contabilidad, lleve doble contabilidad, o cometa en su llevanza irregularidades que sean relevantes para la comprensión de su situación patrimonial o financiera, así como destruir o alterar los libros contables, dificultando o impidiendo con ello la comprensión de su situación patrimonial o financiera.

7.^a Ocultar, destruir o alterar la documentación de obligada conservación por el empresario antes del transcurso del plazo al que se extiende este deber legal, dificultando o imposibilitando su el examen o valoración de la situación económica real del deudor.

8.^a Formular las cuentas anuales o los libros contables en forma distinta a la legalmente exigida para la contabilidad mercantil, de manera que se dificulte o imposibilite el examen o valoración de la situación económica real del deudor, o incumplir el deber de formular el balance o el inventario dentro de plazo.

9.^a Realizar cualquier otra conducta activa u omisiva que implique una infracción grave del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos y que suponga una disminución del patrimonio del deudor u oculte la situación económica real del deudor o su actividad empresarial.

De la simple lectura de las anteriores conductas se infieren rápidamente ciertas analogías con algunos de los supuestos que permiten la calificación del concurso como culpable, en tanto ambos reproches (civil y penal) tienen como finalidad la corrección de actuaciones contrarias al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos derivadas de situaciones de crisis económica³²¹.

En primer lugar, los apartados 1 y 2 del artículo 443 TRLC prevén la calificación como culpable del concurso: cuando el deudor se hubiera alzado con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores o hubiera realizado cualquier acto que retrase, dificulte o impida la eficacia de un embargo en cualquier clase de ejecución iniciada o de previsible iniciación; o cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos. Por su parte, penalmente se castiga a quien oculte, cause daños o destruya los bienes o elementos patrimoniales que estén incluidos, o que habrían estado incluidos, en la masa del concurso en el momento de su apertura (art. 259.1.1^a CP); o realice actos de disposición mediante la entrega o transferencia de dinero u otros activos patrimoniales, o mediante la asunción de deudas, que no guarden proporción con la situación patrimonial del deudor, ni con sus ingresos, y que carezcan de justificación económica o empresarial (art. 259.1.2^a CP). Si bien la norma concursal y penal utilizan terminología distinta, en el

³²¹ De interés, vid. TOMÁS TOMÁS, S.: «Reflexiones en torno a la respuesta del ordenamiento ante la insolvencia», cit., pág. 2060.

fondo subyace la misma idea: sancionar la enajenación o transmisión injustificada de bienes del deudor en perjuicio de los acreedores.

En segundo término, el apartado 5º del artículo 443 TRLC califica el concurso como culpable cuando el deudor legalmente obligado a llevanza de contabilidad hubiera incumplido sustancialmente tal obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido en la que llevara irregularidad relevante para la comprensión de la situación patrimonial o financiera. En similares términos, el artículo 259.1.6ª CP condena tanto el incumplimiento del deber legal de llevar contabilidad, la llevanza de doble contabilidad, o la comisión en su llevanza irregularidades que sean relevantes para la comprensión de su situación patrimonial o financiera, como la destrucción o alteración de los libros contables, cuando de este modo se dificulte o impida de forma relevante la comprensión de su situación patrimonial o financiera.

Finalmente, el artículo 444.3º TRLC presume culpable el concurso cuando en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso, el deudor obligado legalmente a la llevanza de contabilidad no hubiera, entre otras conductas, formulado las cuentas anuales. Algunos autores han entendido que dicho presupuesto podría asimilarse al del artículo 259.1.8ª CP cuando habla del incumplimiento del deber de formular el balance o el inventario dentro de plazo³²².

Debe destacarse que, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, el artículo 259 CP volvió nuevamente a prever la sanción de las conductas imprudentes en la comisión de insolvencias punibles, a diferencia de lo recogido en el texto anterior en el que solamente se castigaban aquellas conductas en las que existiera la concurrencia de dolo³²³.

³²²En este sentido, MORENO GARCÍA, L.: «La autonomía de la calificación de la insolvencia en el proceso penal y en el proceso concursal», cit., pág. 8.

³²³ Se retorna de esta forma a lo que se preveía ya en los artículos 520 a 527 del Código Penal de 1973.

La reforma ha dotado a la insolvencia punible de una eficacia que viene a reemplazar a la calificación concursal³²⁴, pues la casuística recogida en los artículos 259 a 261 CP contiene todos los supuestos regulados en la legislación en relación con la calificación culpable. A lo que debemos añadir, que el artículo 259.1.9ª CP recoge una cláusula general de carácter abierto que permite imputar por insolvencia punible cualquier otra conducta activa u omisiva que implique una infracción grave del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos y a la que sea imputable una merma del patrimonio del deudor o por medio de la cual se oculte la situación económica real de este o su actividad empresarial. Lo cual, unido a que el artículo 259.3 CP también tipifica la comisión imprudente del delito, nos lleva a afirmar que el legislador ha proyectado la insolvencia punible más allá del ámbito concursal y también empresarial o societario.

Sin perjuicio de que tanto el TRLC (arts. 462 y 519) como el CP (art. 259) proclaman la independencia de ambos órdenes jurisdiccionales³²⁵, la interrelación entre ambos es una realidad en la práctica, llegándose incluso a solicitar por el juez de instrucción que se libre testimonio del procedimiento concursal a fin de acceder a toda la documentación que consta en el mismo, que puede ser de especial utilidad para comprender la situación del deudor³²⁶.

³²⁴ A este respecto, refiere el apartado VII del Preámbulo de la Ley 16/2022 que la Directiva no contiene previsiones específicas en materia de calificación del concurso, puesto que se trata de una figura propia de nuestro ordenamiento, sin equivalente en los restantes sistemas jurídicos de nuestro entorno, en los que, en cambio, se halla ampliamente desarrollado el Derecho penal de la insolvencia, con funciones parcialmente semejantes a las de la calificación.

³²⁵ Al respecto, vid. DE LA MATA BARRANCO, N.J.: «Delitos de frustración de la ejecución y delitos de insolvencia», *Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, Madrid, 2018, pág. 377.

³²⁶ En tal sentido, vid. CORTÉS, J.P. y MARTÍN, S.: «El delito concursal tras la reforma del Código Penal vs el concurso punible», *Diario La Ley*, N.º 8618, octubre de 2015, versión digital, pág. 6. Asimismo, vid. GALLEGU SOLER, J.I.: «Artículo 260 del Código Penal», *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010* (Dir. COCOY BIDASOLO Y MIR PUIG), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 580.

A este respecto, voces de la doctrina³²⁷ han planteado las consecuencias que podría tener una sentencia penal respecto a la sección de calificación concursal, distinguiendo para ello entre sentencias penales absolutorias y condenatorias: respecto a las absolutorias, consideran que la ausencia de responsabilidad penal derivada de un delito de insolvencia punible no impide *per se* que la conducta del deudor no pueda subsumirse en alguno de los supuestos de culpabilidad concursal; en cuanto a las sentencias condenatorias, entienden que el juez del concurso debe partir de los hechos declarados probados en la sentencia penal³²⁸, de modo que, si los mismos tienen encuadre en alguna de las causas de culpabilidad, procederá declarar la misma en sede concursal. Sin embargo, esta cuestión exige algunas precisiones que son objeto de un estudio pormenorizado en el apartado 4.2. de este capítulo, pues la solución expuesta por dichos autores precisa de varios matices.

2.2.5. Responsabilidad civil

En relación con los delitos de insolvencias punibles, se hace necesario determinar el engranaje entre la responsabilidad civil que pueda derivarse de los mismos y la responsabilidad civil por condena a la cobertura del déficit y por daños y perjuicios en sede concursal. La relación entre ambas responsabilidades es, a juicio de algunos autores, muy estrecha; tanto, que el propio artículo 259.5 CP *in fine* establece que el importe de la responsabilidad civil que se derive de tales delitos se incorporará, «en su caso», a la masa. Se ha considerado que dicha expresión –«en su caso»– implica que la suma derivada de la responsabilidad no se integra en la masa activa del concurso cuando este ya ha concluido o ni siquiera ha llegado a declararse, o cuando afecta a personas no implicadas en la calificación culpable dentro del proceso concursal. No obstante, si el concurso se encuentra abierto, dicha responsabilidad sí se incorpora a la masa del concurso³²⁹.

³²⁷ En CORTÉS, J.P. y MARTÍN, S.: «El delito concursal tras la reforma del Código Penal vs el concurso punible», cit., págs. 6 y 7. Asimismo, cfr. STS (Sala 1ª) núm. 537/2013, de 14 de enero de 2014 (RJ 2014, 1).

³²⁸ Esta materia es objeto de tratamiento en el apartado 4 del capítulo VI de este trabajo, al que nos remitimos. De interés, vid. STS (Sala 1ª) núm. 532/2013, de 19 de septiembre (RJ 2013, 7604).

³²⁹ Vid. LADRÓN RODA, T.: «La sentencia de calificación», cit., pág. 163.

A estos efectos, es especialmente clarificadora la STS (Sala 2ª) núm. 372/2012, de 11 de mayo³³⁰. El condenado por un delito de insolvencia punible fue igualmente condenado al abono de la responsabilidad civil *ex delicto* por importe de 2.801.404,67 €. Con carácter previo, había sido declarado civilmente responsable, mediante sentencia firme dictada en un procedimiento de reclamación de cantidad ejercitada al amparo de la acción de responsabilidad contra administradores por idéntica cifra. Frente a la resolución penal, el recurrente interpone recurso de casación invocando la infracción del principio *non bis in idem*, al considerar que se le había sancionado dos veces por los mismos hechos. La solución dada por el TS desestima el *bis in idem* y se apoya en el enriquecimiento injusto³³¹: «De ahí que no nos hallemos ante un problema de *non bis in idem*, como con cierto desenfoque se defiende en el motivo. La prohibición constitucional de doble incriminación, en la medida en que supone un desbordamiento del principio de culpabilidad, no acoge en su ámbito natural las cuestiones relacionadas con la responsabilidad civil. La exclusión del deber de pagar de forma duplicada una obligación civil, encuentra una explicación más lógica en la concurrencia de alguna de las causas de extinción de las obligaciones (art. 1156 Código Civil). No se trata, en fin, de un problema asociable al *non bis in idem*, sino a la idea civil de enriquecimiento injusto, excluible, precisamente, mediante una decisión jurisdiccional que, ya en fase de ejecución, analice la concurrencia de algún hecho extintivo del deber de hacer frente a la obligación declarada o, como sucede en el caso presente, de una disposición legal (art. 260.3 CP) que aplique a un destino específico –su incorporación a la masa– la cantidad resultante». Concluye que no existe impedimento para que el proceso penal finalice con una declaración de responsabilidad civil, la cual, en su caso, se hará depender del resultado del proceso concursal, correspondiendo al juez mercantil la adopción de las oportunas decisiones que eviten la generación de un enriquecimiento injusto para alguno de los perjudicados o una quiebra del principio de igualdad en la efectividad de los respectivos créditos.

³³⁰ RJ 2012, 6185.

³³¹ La introducción de la figura del enriquecimiento injusto también se aprecia en la Sentencia de la Audiencia Nacional (en adelante, SAN) (Sec. 3ª) de 5 de febrero de 2010 (JUR 2010, 59992). De interés, vid. OTERO LASTRES, J.M.: «Algunas reflexiones sobre el caso AFINSA», *Reflexiones para la Reforma Concursal* (Cood. ARIZA COLMENAREJO y GALÁN GONZÁLEZ), Reus, Zaragoza, 2010, págs. 73 y 74.

De ello cabe concluir que cuando surjan hechos susceptibles de ser calificados como insolvencia punible, de los que se derive una responsabilidad civil, y una condena a la cobertura del déficit dentro de la sentencia de calificación concursal, lo procedente será que la efectividad de la condena a la responsabilidad civil *ex delicto* quede condicionada por el resultado del proceso concursal con aplicación de los criterios establecidos en el TRLC³³². Dicha remisión a la legislación concursal ha sido puesta de manifiesto por ARMENTEROS LEÓN: «en el ámbito de los delitos de insolvencia punible, al margen de señalar que la responsabilidad civil deberá incorporarse a la masa, podría añadirse que se regirá por lo dispuesto en la ley concursal y que será ejecutada por el Juez del concurso según sus reglas especiales»³³³.

3. EL PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM*

La existencia de conductas que pueden ser objeto de reproche tanto en la vía concursal como en la penal lleva a plantearnos si ello es susceptible de generar una vulneración del principio *non bis in idem*, máxime cuando el artículo 519 TRLC prevé la no suspensión del procedimiento concursal ante la incoación o existencia de un proceso penal destinado a enjuiciar hechos que tuvieran relación o influencia en la calificación del concurso.

3.1. Antecedentes del principio *non bis in idem* y *double jeopardy*

La esencia del principio *non bis in idem* ha sido objeto de tratamiento por normas europeas e internacionales.

En 1966, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos estableció en su artículo 14.7 la prohibición de un doble procedimiento o doble sanción penal por unos mismos hechos: «Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya

³³² STS núm. 372/2012, de 11 de mayo (RJ 2012, 6185).

³³³ Vid. ARMENTEROS LEÓN, M.: *Relaciones y conflictos entre el concurso y el derecho penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pág. 138.

sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país».

Posteriormente, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH), firmado en Estrasburgo el 22 de noviembre de 1984, y ratificado por España en el año 2010, en su artículo 4.1 –«Derecho a no ser juzgado o sancionado dos veces»– del Protocolo nº 7 dispuso la prohibición de ser culpado o sancionado penalmente por un órgano jurisdiccional del mismo Estado como consecuencia de una infracción respecto a la que hubiera sido anteriormente absuelto o condenado mediante sentencia definitiva conforme a la ley y al procedimiento penal de ese Estado. Sobre dicho precepto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) sostuvo que el mismo contiene tres garantías distintas: que nadie pueda ser perseguido, juzgado o condenado dos veces por los mismos hechos³³⁴.

Asimismo, el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, suscrito por España el 30 de julio de 1993, hace mención a dicho principio en su artículo 54: «Una persona que haya sido juzgada en sentencia firme por una Parte contratante no podrá ser perseguida por los mismos hechos por otra Parte contratante, siempre que, en caso de condena, se haya ejecutado la sanción, se esté ejecutando o no pueda ejecutarse ya según la legislación de la Parte contratante donde haya tenido lugar la condena».

Finalmente, en el año 2000, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su artículo 50 bajo la rúbrica «Derecho a no ser juzgado o condenado

³³⁴ Zolotukhin (TEDH 2009, 23), 110; Nikitine contra Rusia (JUR 2004, 193137) (2004) par. 36. En este sentido, LÓPEZ GUERRA, L.: «“Ne bis in idem” en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista Española de Derecho Europeo*, Nº. 69, enero-marzo 2019, pág. 12, señaló que el fallo concreto dictado en cada uno de los procedimientos carece de relevancia a efectos de aplicar el principio *ne bis in idem*; lo determinante es la existencia de un segundo procedimiento sancionador iniciado tras haberse dictado resolución firme en el primero. Asimismo, y de conformidad con una doctrina ya consolidada, el Tribunal tiene en cuenta lo dispuesto en el artículo 4.2 del Protocolo nº 7, al considerar que no se vulnera dicho principio cuando las actuaciones posteriores al primer procedimiento no constituyen un proceso autónomo e independiente, sino una mera reapertura del ya concluido con motivo de la aparición de nuevos hechos o por la detección de irregularidades fundamentales en el procedimiento anterior.

penalmente dos veces por la misma infracción» estableció tal derecho ante supuestos en que el sujeto ya hubiera sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley.

En atención a lo dispuesto en los artículos 10.2 y 96.1 CE referente al valor de los tratados internacionales, tales preceptos deben entenderse como parte de nuestro propio ordenamiento jurídico.

Ahora bien, como máximo exponente de la esencia del principio *non bis in idem*, esto es, como garantía consistente en la interdicción de un doble proceso penal con el mismo objeto, debemos destacar lo que la doctrina norteamericana ha denominado *doble jeopardy*.

En nuestro país, esta figura ha sido puesta en valor por la SAP de Sevilla (Sec. 4ª) núm. 208/2000, de 21 de septiembre³³⁵, al relacionarla con el *non bis in idem*: «Generalmente se conecta este principio con la tradición jurídica anglosajona, donde se conoce con la expresión *double jeopardy* (doble riesgo, o doble exposición) y en la que encuentra su máxima plasmación en la V Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, a cuyo tenor “nadie podrá ser sometido dos veces por un mismo delito a un juicio que pueda ocasionarle la pérdida de la vida o de un miembro”, siendo pacífico que la arcaica referencia original a las penas de mutilación debe proyectarse hoy sobre las privativas de libertad. Lo cierto es, sin embargo, que el principio que nos ocupa no es invención del “Common Law”, sino que su primera proclamación se encuentra ya en el “Corpus Iuris Civilis justiniano” (Libro IX, Título II, número 9) con una fórmula muy similar: “El que por un crimen público fue ya objeto de una acusación no puede ser acusado del mismo crimen”. Establecido así el principio en el Derecho Romano, fueron los glosadores medievales quienes lo interpretaron, no como interdicción de la segunda exposición a juicio por el mismo delito, sino como impedimento por sentencia a una revisión de los hechos en controversia, es decir, dándole el sentido de cosa juzgada “*res iudicata*”, con el que pasaría a la Constitución francesa de 1791 y de ahí a todos los Códigos de derecho continental. Resulta así que la tradición anglosajona, a diferencia de los países de tradición civilista, recogió el principio “*ne bis in idem*” con mayor fidelidad

³³⁵ ARP 2000, 2433.

a su enunciación en Derecho Romano, refiriéndolo a la prohibición de acusaciones ulteriores que imputen la misma infracción por la que el imputado ya fue sometido a juicio, aunque éste no concluyera por sentencia».

La diferencia de fundamento existente entre la cosa juzgada entendida al modo continental y el *non bis in idem* es destacada en la misma sentencia: «Mientras ésta [la cosa juzgada] encuentra su fundamento en exigencias generales de seguridad jurídica inherentes al sistema de enjuiciamiento, que exigen una y sólo una resolución definitiva, el “*ne bis idem*” se funda en la protección de exigencias particulares de libertad y seguridad (tanto jurídica como material) del individuo. Con el característico pragmatismo de la jurisprudencia norteamericana, lo expresa claramente la sentencia *Green v. US* (1957): no debe permitirse que el Estado, con todos sus recursos y su poder, pueda repetir el intento de obtener la condena de un individuo, sometiéndolo a una nueva ordalía, con la vergüenza y gasto que ello implica, y obligándole a vivir en un estado de inseguridad y ansiedad y a afrontar por segunda vez la posibilidad de ser condenado, aun siendo inocente. Del mismo modo, en la opinión concurrente formulada por el Juez Brennan y compartida por los Jueces Marshall y Douglas a la sentencia *Ashe V. Swenson* –397 US 436, 456 (1970)– se lee que “la cláusula de doble exposición se erige en barrera constitucional contra la posible tiranía del acusador en exceso celoso”».

En nuestro ordenamiento jurídico nacional, en el sentido expuesto, el principio *non bis in idem* no ha sido expresamente plasmado y ello pese a los numerosos intentos de hacerlo³³⁶.

³³⁶ Un primer intento de regular expresamente el principio *non bis in idem* lo encontramos en el año 2011 en el artículo 13.1 del Anteproyecto de Ley orgánica de desarrollo de los derechos fundamentales vinculados al proceso penal: «Nadie podrá ser perseguido penalmente más de una vez por los mismos hechos. No obstante, el acusado podrá ser nuevamente juzgado en el seno del mismo proceso cuando por vía de recurso se disponga la nulidad del juicio celebrado en primera instancia y se acuerde su repetición». Posteriormente, en el año 2013, se redactó el Anteproyecto de Código Procesal Penal, cuyo artículo 11, bajo la rúbrica «Prohibición del doble enjuiciamiento. *Non bis in idem*», disponía: «1.-Nadie puede ser perseguido ni enjuiciado penalmente más de una vez por el mismo hecho. No obstante, el encausado puede ser juzgado de nuevo en el seno del mismo proceso cuando, por motivo de nulidad de las actuaciones o rescisión de la sentencia, el juicio se deba repetir». Seguidamente, el apartado 2 de ese mismo precepto

Sin embargo, autores como GIMENO SENDRA consideran que el artículo 4.1 del Protocolo nº 7 CEDH queda subsumido en el artículo 25.1 CE³³⁷. De hecho, el propio TC³³⁸ ha entendido que tal principio de prohibición de doble proceso/sanción está incluido en el de legalidad del artículo 25 CE, e incluso dentro del derecho a un proceso con todas las garantías previsto en el artículo 24.2 CE³³⁹.

En tal sentido se ha pronunciado la STS (Sala 2ª) núm. 35/1996, de 27 de enero³⁴⁰: «La prohibición del “double jeopardy”, es decir, del doble peligro de condena, que es contenido de la 5.ª Enmienda de la Constitución de los EE UU, no está expreso en la CE, pero está indudablemente implícito en la idea y la tradición de un proceso con todas las garantías del artículo 24.2 CE, por lo tanto, como un derecho fundamental. En consecuencia, la repetición del juicio oral sólo tendría la finalidad de permitir una lectura pública de las declaraciones de la testigo ausente, para que la Audiencia pudiera valorarlas subsanando de esta manera una incorrección procesal que la acusación toleró en el proceso, lo que vulneraría el principio *nebis in idem* (sic) procesal».

3.2. La jurisprudencia constitucional española

Como consideración inicial, voces autorizadas³⁴¹ señalan que la vertiente procesal del *bis in idem* imposibilita someter al acusado a un nuevo proceso penal e, incluso, a un

vinculaba el principio *non bis in idem* con el efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada: «Las sentencias firmes condenatorias o absolutorias y las resoluciones a las que la Ley atribuya el efecto material de la cosa juzgada excluyen el proceso penal posterior contra la misma persona por el mismo hecho».

³³⁷ En «Los derechos fundamentales materiales a la legalidad y al “non bis in idem”», *Manual de Derecho Procesal Penal*, Madrid, Castillo de Luna Ediciones Jurídicas, 2018, pág. 69.

³³⁸ De interés, vid STS (Sala 1ª) núm. 77/1983, de 3 de octubre (RTC 1983, 77): «pues en otro caso se produce un ejercicio del poder punitivo que traspasa los límites del artículo 25 de la Constitución y viola el derecho del ciudadano a ser sancionado sólo en las condiciones estatuidas por dicho precepto».

³³⁹ Además, así lo han entendido NAVARRO MASSIP, J. y COMPANY MARSÀ, M.: «La institución del doble riesgo o doble incriminación (“double jeopardy”) y su aplicación en el proceso penal español», *Revista Aranzadi Doctrinal*, Nº. 8/2016, versión digital, pág. 4, al referir que no existe obstáculo para apreciarlo como elemento integrante del derecho constitucionalmente reconocido a un proceso con todas las garantías (art. 24 CE) y, por ende, como una garantía procesal fundamental.

³⁴⁰ RJ 1996, 51.

³⁴¹ AGUILERA MORALES, M.: *Unos mismos hechos. Un ensayo sobre...*, cit., págs. 83 y 84.

procedimiento administrativo por los idénticos hechos, y ello con independencia de que la absolución se base en que los hechos no existieron o eran atípicos, en que el acusado no participó en ellos, en la apreciación de alguna circunstancia eximente o extintiva de la responsabilidad penal, o en la aplicación de la regla *in dubio pro reo*.

En un inicio el TC consideró que la máxima *non bis in idem* era intrínseca al proceso penal³⁴². Sin embargo, posteriormente, se planteó su aplicabilidad a procedimientos sancionadores penal y administrativo frente a un mismo sujeto y por idénticos hechos y fundamento³⁴³. Así, la STC (Pleno) núm. 2/2003, de 16 de enero³⁴⁴ prevé por primera vez la concurrencia del principio *non bis in idem* entre un procedimiento penal y uno administrativo derivados de la conducción de una persona bajo los efectos del alcohol. Sostiene que «esta diferencia esencial entre la infracción administrativa y el delito, que sustenta la legitimidad constitucional de la diferente entidad de las sanciones previstas para ambas, pues sólo así éstas pueden considerarse ajustadas a las exigencias que derivan del principio de proporcionalidad de las sanciones, no puede, sin embargo, conducir a sostener la ausencia de identidad que determinaría la inaplicación de la interdicción constitucional». Seguidamente, añade que ambas infracciones –administrativa y penal– comparten un elemento nuclear común: conducir un vehículo de motor habiendo consumido alcohol y superando las tasas legalmente

³⁴² Al respecto, la STC (Pleno) núm. 2/2003, de 16 de enero (RTC 2003, 2) sostiene que, hasta el momento, dicho Tribunal únicamente había reconocido de manera expresa la autonomía al derecho a no ser sometido a un doble procedimiento sancionador cuando se hallaba ante un doble proceso penal [STC (Sala 1ª) 159/1987, de 26 de octubre (RTC 1987, 159); ATC (Sala 1ª) núm. 1001/1987, de 16 de septiembre (RTC 1987, 1001 AUTO)], por lo que la simple coexistencia de procedimientos sancionadores –administrativo y penal–, que no supone una doble sanción, no había adquirido importancia en sede constitucional en el marco de ese derecho [STC (Sala 1ª) núm. 98/1989, de 1 de junio (RTC 1989, 98); AATC (Sala 2ª) núm. 600/1987, de 20 de mayo (RTC 1987, 600 AUTO); 413/1990, de 26 de noviembre (RTC 1990, 413 AUTO)].

³⁴³ Vid., entre otras, SSTC (Sala 1ª) núm. 2/1981, de 30 de enero (RTC 1981, 2), FJ 4º; (Sala 2ª) núm. 66/1986, de 23 de mayo (RTC 1986, 66), FJ 2º; (Sala 2ª) núm. 154/1990, de 15 de octubre (RTC 1990, 154), FJ 3º; (Sala 2ª) núm. 234/1991, de 10 de diciembre (RTC 1991, 234), FJ 2º; (Sala 1ª) núm. 270/1994, de 17 de octubre (RTC 1994, 270), FJ 5º; (Sala 1ª) núm. 204/1996, de 16 de diciembre (RTC 1996, 204), FJ 2º; (Sala 2ª) núm. 69/2010, de 18 de octubre (RTC 2010, 69).

³⁴⁴ RTC 2003, 2.

permitidas, por lo que, al imponerse ambas sanciones cumulativamente, se produce una doble sanción frente a un mismo elemento. Considera que ello no puede justificarse sobre la base de un diferente fundamento punitivo, pues existe una identidad del bien jurídico protegido por ambas normas «–la seguridad del tráfico como valor intermedio referencial; la vida e integridad física de todos, como bienes jurídicos referidos–. Se trata de un caso en el que el delito absorbe el total contenido de ilicitud de la infracción»³⁴⁵.

³⁴⁵ En idéntico sentido, vid. STC (Sala 1ª) núm. 334/2005, de 20 de diciembre (RTC 2005, 334), FJ 2º: «Igualmente en la citada STC (Pleno) núm. 2/2003 (RTC 2003, 2) también hemos reiterado, desde la perspectiva procesal del principio *non bis in idem*, que “la interdicción constitucional d (sic) apertura o reanudación de un procedimiento sancionador cuando se ha dictado una resolución sancionadora firme, no se extiende a cualesquiera procedimientos sancionadores, sino tan sólo respecto de aquellos que, tanto en atención a las características del procedimiento –su grado de complejidad– como a las de la sanción que sea posible imponer en él –su naturaleza y magnitud– pueden equipararse a un proceso penal, a los efectos de entender que el sometido a un procedimiento sancionador de tales características se encuentra en una situación de sujeción al procedimiento tan gravosa como la de quien se halla sometido a un proceso penal” (F. 8); de tal modo que, cuando la sencillez del procedimiento administrativo sancionador y de la propia infracción administrativa, y la naturaleza y entidad de las sanciones impuestas, impidan equiparar el expediente administrativo sancionador sustanciado a un proceso penal, no cabe apreciar la vulneración del derecho a no ser sometido a un nuevo procedimiento sancionador».

Asimismo, la STC (Sala 1ª) núm. 48/2007, de 12 de marzo (RTC 2007, 48), FJ 3º, trayendo a colación la STC (Pleno) núm. 2/2003, de 16 de enero (RTC 2003, 2), F. 5, resalta el nuevo criterio del Pleno del TC que afirma su competencia para revisar el pronunciamiento de los órganos judiciales sobre la existencia de la triple identidad requerida –sujetos, hechos y fundamentos–, en tanto constituye «el presupuesto de la interdicción constitucional de incurrir en *bis in idem* y delimita el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 25.1 CE, o para analizarla directamente, caso de no haberse efectuado por los órganos sancionadores o judiciales pese a haberse invocado la vulneración del derecho fundamental, siempre dentro del respeto a los límites de nuestra jurisdicción. Por tanto, se han de comparar los ilícitos sancionados, partiendo de la acotación de los hechos realizada por la Administración en la resolución sancionadora y por el órgano judicial penal en las Sentencias, y tomando como base la calificación jurídica de estos hechos realizada por estos poderes del Estado, dado que, de conformidad con el art. 44.1 b) LOTC, en el examen de la vulneración de los derechos fundamentales este Tribunal Constitucional no entrará a conocer “de los hechos que dieron lugar al proceso” en el que se ocasionaron las vulneraciones que se alegan en amparo, y, dado que el art. 117.3 CE atribuye a los Jueces y Tribunales la potestad jurisdiccional, siendo, por consiguiente, tarea atribuida a éstos tanto la delimitación procesal de los hechos como su calificación jurídica conforme a la legalidad aplicable».

3.3. Aplicabilidad del *non bis in idem* en sede concursal

Como ya apuntamos, el TRLC contempla una serie de conductas que facilitan la calificación del concurso como culpable y que, a su vez, nuestro CP tipifica como delictivas, lo que nos lleva a analizar la posible aplicabilidad en este supuesto del principio *non bis in idem* con apoyo en la doctrina sostenida por el TC en las sentencias previamente expuestas.

Sin perjuicio de que nos hallemos ante dos jurisdicciones distintas (civil – mercantil– y penal), lo cierto es que, por la peculiaridad de la sección de calificación concursal, en ambos procesos se enjuician unos mismos hechos susceptibles de reproche cometidos por una persona, lo que permitiría extrapolar la eficacia preclusiva o negativa de la cosa juzgada, contenida en numerosas sentencias³⁴⁶, evitando que se inicie un nuevo proceso con identidad de elementos fácticos y subjetivos. Según entiende parte de la doctrina, en cambio, dicho efecto negativo solo es predicable ante un doble pronunciamiento dentro del mismo orden jurisdiccional³⁴⁷. Sobre ello ahondaremos en el apartado 3.5 de este capítulo.

³⁴⁶ De interés, vid. STS (Sala 2ª) núm. 1284/1999, de 21 de septiembre (RJ 1999, 7385), FJ 3º: la prueba es propia e individual en cada proceso, de ahí que no exista vinculación entre lo resuelto en cada uno de ellos, ya que en el ámbito penal no existe la eficacia positiva de la cosa juzgada material; únicamente concurre la eficacia negativa, en cuanto que una sentencia firme anterior impide volver a juzgar a una persona por el idéntico hecho.

Asimismo, la STS núm. 846/2012, de 5 de noviembre (RJ 2012, 10581), FJ 4º, señala que el único efecto que la cosa juzgada produce en el proceso penal es el preclusivo o negativo, por lo que, tras la resolución de una causa criminal, no es posible iniciar otro procedimiento del mismo orden penal sobre el mismo hecho y respecto a la misma persona, pues ello conculcaría el derecho a no ser enjuiciado penalmente más de una vez por unos mismos hechos –“*non bis in idem*” –, así como el derecho a un proceso con todas las garantías reconocido en los artículo 24.2 CE, en relación con el 10.2 del mismo texto legal, y 14.7 del Pacto de Nueva York sobre Derechos Civiles y Políticos de 1966.

³⁴⁷ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.: «Prejudicialidad y vinculación a la declaración de hechos probados. En especial, la vinculación del juez civil a las sentencias dictadas en otro orden jurisdiccional», *Revista General de Derecho Procesal*, Nº. 46/2018, págs. 5 y 6.

En la materia, resultan especialmente trascendentes dos sentencias dictadas por Audiencias Provinciales.

La SAP de Barcelona (Sec. 15ª) núm. 401/2012, de 29 de noviembre³⁴⁸ remarca que la voluntad del legislador respecto al artículo 189 LC –actual artículo 519 TRLC– no es otra que la de evitar que «la existencia de un proceso penal pueda interferir el buen orden del proceso concursal»: «el hecho de que la conducta que ha determinado esa calificación pueda merecer, además, reproche penal, es una cuestión completamente ajena al proceso concursal, como también es ajeno al proceso penal lo resuelto en el proceso concursal (art. 260.3 y 4 Código Penal)», de modo que, de conformidad con los artículos 189 LC y 260.3 y 4 CP «cada proceso debe seguir su propia suerte y la existencia de ninguno de ellos interfiere en el otro». La resolución declara, asimismo, que la coexistencia de pronunciamientos dictados en el ámbito penal y en el concursal no vulneraría el principio *non bis in idem* ya que el objeto en cada uno de esos procesos es diferente, no actuando cosa juzgada entre ellos». De esta suerte, «tampoco debiera existir ninguna eficacia prejudicial de lo resuelto en este proceso en el posterior juicio penal, si bien esta cuestión no es a nosotros a quien deba preocupar». Es así que «no existe infracción del principio *non bis in idem*, ni podría tampoco existir, porque la misma solo guarda relación con procesos penales y procedimientos administrativos sancionadores, carácter que no tiene el proceso concursal ni ninguno de sus incidentes».

La SAP de Navarra (Sec. 3ª) núm. 394/2015, de 26 de octubre³⁴⁹ es de interés, pues de su lectura cabe extraer las siguientes conclusiones:

En primer lugar, que el contenido del artículo 163 LC –actual 462 TRLC– no es impedimento para que, ante la concurrencia de conductas que pudieran ser constitutivas de delito, se dé traslado de ello al Ministerio Fiscal para su investigación.

En segundo lugar, que no procede apreciar vulneración del principio *non bis in idem*, puesto que el artículo 163 LC contempla la posibilidad de que «unas mismas actuaciones del deudor sean objeto de calificación concursal y de examen por los órganos

³⁴⁸ JUR 2013, 193793.

³⁴⁹ JUR 2016, 148322.

de la jurisdicción penal, previendo que la primera no vincula a los segundos»; asimismo, se establece tal compatibilidad de enjuiciamiento en el artículo 189 LC –actual 519 TRLC–, que descarta la prejudicialidad penal en el concurso.

Y en tercer lugar, concluye la resolución que es evidente que la mera existencia de una sentencia de calificación del concurso como culpable, con imposición de la sanción civil de inhabilitación, no excluye, por sí sola, la posible exigencia de responsabilidad penal por los mismos hechos, siempre que estos pudieran ser constitutivos de delito, como bien demuestra la tipificación penal de algunas de las conductas previstas en el art. 164 LC. Cuestión distinta es la afección que determinados pronunciamientos contenidos en la sentencia de calificación pueda tener sobre la responsabilidad civil derivada de tales delitos.

De estas sentencias parece extraerse la ausencia de la “triple identidad” a la que venía haciendo referencia el TC como uno de los requisitos exigidos para la apreciación del *non bis in idem*. En concreto, si bien existe una identidad subjetiva y fáctica, no se aprecia la identidad de fundamento, entendiéndose por tal el interés jurídico protegido por las normas sancionadoras o bien jurídico lesionado³⁵⁰.

En efecto, el bien jurídico protegido en la calificación concursal se basa en reprimir la gravedad de la conducta del deudor en atención al grado de afección de los intereses de sus acreedores³⁵¹. Sin embargo, en el delito de insolvencia punible, el bien jurídico protegido, tomando cualquiera de las corrientes doctrinales existentes al respecto expuestas previamente –derecho de garantía de los acreedores a la satisfacción de sus créditos, correcto funcionamiento del sistema crediticio y del orden socioeconómico en general y protección del funcionamiento o capacidad del sistema crediticio junto al patrimonio de los acreedores–, sería distinto del promulgado respecto a la sección de calificación.

³⁵⁰ AGUILERA MORALES, M.: *Unos mismos hechos. Un ensayo sobre...*, cit., pág. 80.

³⁵¹ Al respecto, vid. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A.: *La calificación del concurso*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2004, pág. 23: «La finalidad de la calificación no radica en reprimir la conducta del deudor en sí sino, mejor, en la medida en que presenta –o puede presentar– una cierta gravedad, la cual viene determinada en función del grado de afección del interés de sus acreedores».

3.4. La jurisprudencia del TEDH sobre el principio *non bis in idem* en procedimientos de distinta naturaleza

La coexistencia de procedimientos de distinta naturaleza, principalmente penal y administrativo, ha exigido que el TEDH se pronuncie sobre la aplicabilidad del principio *non bis in idem* y, en concreto, del artículo 4 del Protocolo N° 7 CEDH.

El TEDH se ha centrado en determinar si unos mismos hechos pueden ser objeto de enjuiciamiento en distintas jurisdicciones y si, una vez recaída sentencia firme en una de ellas, es posible incoar un nuevo procedimiento sancionador en la otra.

Según se desprende de las resoluciones dictadas y que seguidamente analizaremos, el TEDH considera irrelevante que el enjuiciamiento fáctico tenga lugar en procedimientos de naturaleza distinta. De este modo, el *non bis in idem* no es de exclusiva aplicación entre procedimientos seguidos ante la misma jurisdicción, sino que ha de valorarse también en aquellos de diferente naturaleza siempre que versen sobre unos mismos hechos.

Ahora bien, la posición mantenida en esta materia por parte del TEDH ha ido variando a lo largo de los años:

(i) Asunto Gradinger contra Austria, 23 de octubre de 1995³⁵²

En este caso, el recurrente había causado un accidente de tráfico que provocó la muerte de un ciclista. En el ámbito penal, fue condenado como culpable de homicidio por imprudencia, acordando el tribunal la inaplicabilidad de la agravante de conducción con un nivel de alcoholemia de 0.8 gramos por litro o superior. Posteriormente, en procedimiento administrativo sancionador se le impuso una multa por el nivel de alcoholemia ya indicado de conformidad con la legislación sobre tráfico por carretera. En este escenario, la parte recurrida, el gobierno austriaco, sostuvo que mientras que la disposición aplicada en el procedimiento penal perseguía el homicidio cometido bajo la influencia del alcohol, la legislación sobre tráfico castigaba el hecho de conducir un vehículo en situación de intoxicación alcohólica sin tener en cuenta los posibles daños a

³⁵² TEDH 1995, 6360.

terceros. Si bien la finalidad de ambas infracciones es distinta, las dos derivan de unos mismos hechos, motivo por el cual el Tribunal apreció la vulneración del artículo 4 del Protocolo N° 7 CEDH.

En esta primera postura mantenida por el TEDH observamos una concepción fáctica o naturalista del *idem*, en la que lo relevante para el *bis in idem* es la conducta o comportamiento del individuo, con independencia de la calificación jurídica que se realice en cada proceso³⁵³.

(ii) Asunto Oliveira contra Suiza, 30 de julio de 1998³⁵⁴

En esta ocasión, la recurrente alegó haber sido condenada doblemente por unos mismos hechos con vulneración del artículo 4 del Protocolo N° 7 CEDH. La afectada sufrió un accidente de tráfico provocado por la existencia de hielo sobre la calzada, que desplazó su vehículo chocando contra otro que, a su vez, colisionó con un tercero cuyo conductor sufrió heridas graves. Consecuencia de tales hechos, la señora fue condenada penalmente tanto por un delito de falta de control ejercida sobre su vehículo como por otro de lesiones por las causadas de forma imprudente al conductor del segundo vehículo.

A diferencia del criterio sostenido en el pronunciamiento anterior, el TEDH consideró que no concurría violación del principio *non bis in idem* en tanto el artículo 4 del Protocolo N° 7 CEDH no impide el enjuiciamiento por tribunales diferentes de infracciones distintas que deriven de una misma realidad fáctica:

«Se trata de un caso típico de concurso ideal de delitos, caracterizado por la circunstancia de que un único hecho penal se descomponga en dos delitos distintos, en este caso la ausencia de control del vehículo y el hecho de provocar lesiones corporales por negligencia; en casos parecidos, la pena más dura absorbe normalmente la más ligera. Nada infringe el artículo 4 del Protocolo 7, ya que éste prohíbe juzgar dos veces una

³⁵³ LÓPEZ GUERRA, L.: «“Ne bis in idem” en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», cit., pág. 13.

³⁵⁴ TEDH 1998, 89.

misma infracción, cuando en el concurso ideal de delitos, un mismo hecho penal se analiza como dos delitos distintos».

(iii) Asunto Franz Fischer contra Austria, de 29 de mayo de 2001³⁵⁵

En el presente caso, el TEDH, adoptando una concepción del *idem* basada en la calificación jurídica, dispuso que unos mismos hechos pueden ser definidos como constitutivos de varias y distintas infracciones, que pueden ser tratadas en diferentes procesos³⁵⁶.

En este caso, el recurrente provocó la muerte de un ciclista mientras conducía bajo los efectos del alcohol. Como consecuencia de ello, fue condenado en vía penal por un homicidio imprudente y, en vía administrativa, se le impuso una multa por conducir bajo la influencia del alcohol.

El TEDH manteniendo lo ya argumentado en el asunto Oliveira contra Suiza, sostuvo que, si bien pueden apreciarse diversas infracciones de unos mismos hechos, era imprescindible analizar si todas ellas estaban basadas en unos mismos «elementos esenciales». En esta ocasión concluye que sí que se había producido una violación del *non bis in idem* en tanto las infracciones penal y administrativa no estaban basadas en elementos esenciales diferentes.

Sin embargo, la inclusión de tal concepto jurídico indeterminado –«elementos esenciales»– hizo necesaria su aclaración en el siguiente pronunciamiento dictado por el TEDH en la materia.

(iv) Asunto Sergueï Zolotoukhine contra Rusia, de 10 de febrero de 2009³⁵⁷

A partir de este caso, el TEDH retoma la concepción naturalista o fáctica del *idem* que describíamos en la primera resolución analizada.

³⁵⁵ TEDH 2001, 352.

³⁵⁶ Al respecto, vid. LÓPEZ GUERRA, L.: «“Ne bis in idem” en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», cit., pág. 13.

³⁵⁷ TEDH 2009, 23 (Gran Sala).

El recurrente fue condenado en vía administrativa por desórdenes durante su detención y, seguidamente, absuelto por vía penal por conducta amenazadora e insultante durante esa detención.

El TEDH ahonda en qué debe entenderse por «una misma infracción» *ex* artículo 4 del Protocolo N° 7 CEDH, aclarando que la garantía consagrada en dicho precepto «contra un nuevo enjuiciamiento o el riesgo de un nuevo enjuiciamiento (...) entra en juego cuando se abren nuevas diligencias y la sentencia anterior absolutoria o condenatoria ha adquirido fuerza de cosa juzgada». En consecuencia, entiende que el artículo 4 del Protocolo núm. 7 prohíbe perseguir o juzgar a una persona por una segunda infracción en tanto ésta tenga su origen en unos hechos idénticos o esencialmente iguales.

Asimismo, esta sentencia expone detalladamente cuándo existen infracciones distintas sobre la base del criterio de los «mismos elementos esenciales»: en primer lugar, cuando no concurre identidad en el comportamiento del demandante en las dos infracciones; en segundo lugar, cuando se aprecian diferencias sustanciales en los aspectos esenciales de las respectivas infracciones; en tercer lugar, cuando solo una de las infracciones requiere una condición esencial en cuanto a la naturaleza de la culpabilidad del acusado; en cuarto lugar, cuando las finalidades perseguidas son diferentes; y, en quinto, cuando las sanciones recaen sobre dos entidades jurídicas distintas.

(v) Asunto A y B contra Noruega, de 15 de noviembre de 2016³⁵⁸

Finalmente, procede analizar la sentencia dictada en el Caso A y B contra Noruega, en el que los recurrentes habían sido sancionados tanto en vía penal como administrativa por la comisión de infracciones de carácter fiscal.

El TEDH, a fin de colegir la existencia de una vulneración del *non bis in idem*, consideró preciso recordar la libertad y autonomía de la que gozan los Estados para organizar sus procedimientos en orden a juzgar las infracciones contra el ordenamiento jurídico propio: «Los Estados podrán, legítimamente, elegir respuestas legales

³⁵⁸ JUR 2016, 272540 (Gran Sala).

complementarias a conductas socialmente ofensivas (como el no cumplimiento de regulaciones de tráfico o la evasión de impuestos) a través de procedimientos distintos que formen un todo coherente a efectos de enfrentarse con aspectos diferentes del problema social en cuestión, siempre que las respuestas jurídicas acumuladas no den lugar a una carga excesiva para el individuo afectado».

Por tanto, el TEDH sostiene que el artículo 4 del Protocolo N° 7 CEDH no prohíbe que unos mismos hechos den lugar a dos sanciones (en este caso en vía penal y administrativa), siempre y cuando se cumplan dos condiciones: la primera, que exista una conexión material, entendiendo por tal que los dos procedimientos persigan propósitos complementarios y que las consecuencias de los mismos sean previsibles para los afectados³⁵⁹; y, la segunda, que concurra una conexión temporal, lo que no implica que ambos procedimientos deban seguirse de forma completamente simultánea, pero sí que no se dé una manifiesta distancia temporal entre ellos³⁶⁰.

3.5. Consecuencias del doble enjuiciamiento de la conducta en los ámbitos penal y concursal

A la vista de lo expuesto, debe analizarse cuáles son las consecuencias derivadas de la comisión de conductas susceptibles de enjuiciamiento en los ámbitos penal y concursal, y si realmente existe una duplicidad de sanciones idénticas.

En el ámbito penal, el CP impone en su artículo 259.1 la pena prisión de uno a cuatro años y multa de ocho a veinticuatro meses para quienes cometan las conductas tipificadas. Por el contrario, el artículo 455 TRLC recoge, como consecuencia de una sentencia de calificación culpable, la inhabilitación de la persona natural afectada por la calificación para administrar bienes ajenos y/o representar a cualquier persona durante un periodo de dos a quince años, la pérdida de cualquier derecho que pudiera ostentar como acreedor concursal o de la masa, la condena a devolver los bienes o derechos que

³⁵⁹ Ibidem, pág. 22: «La conexión material debe traducirse en una interacción en el establecimiento de los hechos, de forma que no se produzca una doble actividad en la proposición de la prueba».

³⁶⁰ En aplicación del criterio de conexión material, vid. Caso Jóhannesson y Otros contra Islandia, de 18 de mayo de 2017 (JUR 2017, 117555).

indebidamente se obtuvieron del patrimonio del deudor o recibieron de la masa activa y la condena a indemnizar los daños y perjuicios causados, aplicándose estas tres últimas también a los declarados cómplices.

Por tanto, a excepción de lo referente a la responsabilidad civil, que será objeto de un pormenorizado estudio y tratamiento ³⁶¹, las sanciones impuestas son completamente compatibles y diferentes, no existiendo duplicidad alguna ni vulneración, por ende, del principio *non bis in idem*. Es cierto que algunas de ellas son de carácter económico, sin embargo, la finalidad que persiguen es completamente distinta: la multa tiene carácter de sanción impuesta por el Estado y su importe no es percibido por el perjudicado, mientras que las condenas a devolver los bienes o derechos detraídos del patrimonio del concursado y a indemnizar los daños y perjuicios producidos van dirigidas a incrementar la masa activa del concurso y, por tanto, a restaurar la situación patrimonial del deudor al estado anterior a que se produjera la conducta antijurídica. En consecuencia, en ningún caso se estaría condenando al responsable a pagar dos veces por el mismo concepto.

De esta última idea puede extraerse que la identidad de sanción –condena a pagar una cantidad (sea multa o indemnización)– no tiene por qué implicar una identidad de fundamento, entendido este como la causa o motivación que da lugar a dicha sanción. Máxime cuando, como ya se indicó, el bien jurídico protegido en ambas jurisdicciones (penal y civil-concursal) para las conductas expuestas es diferente.

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, la jurisprudencia ha señalado que la independencia entre la jurisdicción penal y la civil-concursal no es óbice para que lo resuelto en cada una de ellas pueda ser tenido en consideración por la otra. Al respecto destaca el pronunciamiento contenido en la STS (Sala 2ª) núm. 352/2024, de 30 de abril³⁶²: «a los efectos de la eventual persecución penal de un concursado, lo esencial no es ya el dato jurídico formal del resultado del juicio que su gestión empresarial mereciera al juez mercantil, sino la efectiva calidad de ésta, evaluada de manera autónoma en el marco de la causa penal que se hubiera abierto al respecto. Esto no quiere decir que el

³⁶¹ Vid. capítulo VI, apartado 5 de este trabajo.

³⁶² JUR 2024, 141081.

contenido de las actuaciones seguidas en aquella jurisdicción y su resultado sean inútiles o indiferentes. Por el contrario, podrían ser de indudable utilidad, siempre que como es lo más normal, arrojen luz sobre las peculiaridades de la conducta a examen. Es decir, pese a que eventualmente pueda ser valorada esa calificación como prueba reveladora del ánimo del concursado, la mera calificación civil del concurso no supone automáticamente su aceptación en vía penal, ni siquiera suministra una presunción probatoria, gozando la jurisdicción penal de plena soberanía para evaluar el carácter delictivo o no del concurso previamente calificado en otro orden jurisdiccional».

4. LA AUTONOMÍA DE LA PRUEBA PRACTICADA EN EL PROCESO PENAL Y EN EL CONCURSAL

4.1. Cuestiones previas

El hecho de que puedan coexistir dos procesos (penal y concursal) sobre conductas que puedan ser objeto de reproche en ambos impone examinar el valor que la actividad probatoria realizada en un proceso pueda tener sobre otro.

Esta cuestión ha sido objeto de tratamiento por el TC desde prácticamente sus inicios. En efecto, la STC núm. 77/1983, de 3 de octubre³⁶³, sentaba que, cuando un procedimiento penal precede a uno administrativo, esta última jurisdicción queda vinculada al planteamiento fáctico realizado por el juez penal, pues lo contrario supondría vulnerar el artículo 25 CE y, por ende, el principio *non bis in idem*³⁶⁴.

³⁶³ RTC 1983,77.

³⁶⁴ Cfr. STC núm. 77/1983, de 3 de octubre (RTC 1983,77): «El principio “*non bis in idem*” determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, pero conduce también a la imposibilidad de que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico puedan producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativa diferente, pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado. Consecuencia de lo dicho, puesto en conexión con la regla de la subordinación de la actuación sancionadora de la Administración a la actuación de los Tribunales de

Posteriormente, la STC (Sala 2ª) núm. 24/1984, de 23 de febrero³⁶⁵, sobre la base del principio de seguridad jurídica previsto en el artículo 9.3 CE, establecía que, cuando para resolver sobre unos mismos hechos dos juzgadores hagan uso de material probatorio diferente y reglas y principios distintos, está justificado que unos mismos hechos existan para unos órganos y no existan para otros³⁶⁶. En relación con ello, un sector de la doctrina considera que el principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 CE debe ceder ante otros principios constitucionales y derechos fundamentales (art. 24 CE) cuando nos encontramos ante «procesos conectados exclusivamente por los mismos hechos»³⁶⁷.

Esta seguridad jurídica es lo que busca garantizar la figura del *double jeopardy* con reflejo en nuestra jurisprudencia por medio del principio *non bis in idem*. Resulta de interés lo sostenido por la STS (Sala 2ª) núm. 75/2014, de 11 de febrero³⁶⁸ al señalar la postura jurisprudencial que permite la reapertura de unas diligencias penales de instrucción que hubieran sido sobreseídas provisionalmente, cuando surjan nuevos datos o elementos con posterioridad que lo aconsejen o lo hagan preciso³⁶⁹.

justicia, que es la primera, como con anterioridad se dijo, no puede actuar mientras no lo hayan hecho los segundos y deba en todo caso respetar, cuando actúe “*a posteriori*” el planteamiento fáctico que aquéllos hayan realizado, pues en otro caso se produce un ejercicio del poder punitivo que traspasa los límites del artículo 25 de la Constitución y viola el derecho del ciudadano a ser sancionado sólo en las condiciones estatuidas por dicho precepto». Vid. CALAZA LÓPEZ, S.: «La tramitación del procedimiento», cit., pág. 2095.

³⁶⁵ RTC 1984, 24.

³⁶⁶ En el mismo sentido, la STC (Sala 1ª) núm. 31/2025, de 10 de febrero (JUR 2025, 29900) señalaba que la intangibilidad de lo decidido en una resolución judicial firme afecta tanto al contenido del fallo como también a aquellos pronunciamientos que constituyen *ratio decidendi* de la resolución con independencia de que no se trasladen al fallo [STC (Sala 2ª) 15/2006, de 16 de enero, FJ 6 (RTC 2006, 15)] o sobre los que, a pesar de no constituir el objeto mismo del proceso, son determinantes para la decisión adoptada [SSTC (Sala 2ª) 62/2010, de 18 de octubre, FJ 5 (RTC 2010, 62) y (Pleno) núm. 39/2012, de 29 de marzo, FJ 5 (RTC 2012, 39)].

³⁶⁷ DÍAZ CABIALE, J.A.: «El valor de las sentencias civiles cuando en otros procesos se enjuician los mismos hechos», *Práctica de Tribunales*, Nº. 139, mayo-junio 2019, págs. 3 y ss.

³⁶⁸ RJ 2014, 847.

³⁶⁹ Al respecto, NAVARRO MASSIP, J. y COMPANY MARSÀ, M.: «La institución del doble riesgo o doble incriminación (“double jeopardy”) y su aplicación en el proceso penal español», cit., pág. 5, analizan la

Siguiendo con dicho razonamiento, la STC (Sala 1ª) núm. 62/1984, de 21 de mayo³⁷⁰ mantiene que, sin perjuicio del rechazo que ello provoca, debe aceptarse la firmeza de distintas resoluciones judiciales en virtud de las cuales resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron o que una misma persona fue su autor o no lo fue. Si bien ello conculcaría el principio de seguridad jurídica, en tanto también ampara la expectativa legítima de quienes son justiciables a obtener, para una misma cuestión, una respuesta inequívoca de los órganos encargados de impartir justicia, ha de considerarse que ello vulneraría, asimismo, el derecho subjetivo a una tutela jurisdiccional efectiva reconocido por el artículo 24.1 CE: «pues no resulta compatible la efectividad de dicha tutela y la firmeza de pronunciamientos judiciales contradictorios».

A partir de entonces, la vinculación del artículo 24 CE con la cuestión que nos ocupa fue manifiesta. La STC (Sala 1ª) núm. 158/1985, de 26 de noviembre³⁷¹, sostuvo que: «No se trata, pues, de que una jurisdicción haya de aceptar siempre de forma mecánica lo declarado por otra jurisdicción, sino que una distinta apreciación de los

imposición de límites a las posibilidades de someter a un sujeto nuevamente a un procedimiento penal por unos hechos que ya fueron objeto de investigación. La perspectiva aquí adoptada trasciende la concepción clásica del principio *ne bis in idem*, proponiéndose una interpretación más amplia de la figura del *double jeopardy*, entendida como la necesidad de limitar, vetar o impedir que, respecto de los mismos hechos investigados, se conceda una nueva oportunidad a quien pretenda reabrir dicha investigación tanto objetiva como subjetivamente. Además, tales restricciones deben aplicarse en el marco de las distintas situaciones en las que el proceso penal español representa una manifestación del derecho a un proceso con todas las garantías *ex art.* 24 CE.

También de interés, vid. Asunto Sergueï Zolotoukhine contra Rusia, de 10 de febrero de 2009 (TEDH 2009, 23): «El Tribunal estima que la diversidad de los enfoques adoptados para verificar si la infracción por la que se ha juzgado a un demandante es de hecho la misma que aquella por la que ya había sido absuelto o condenado por sentencia firme, crea una inseguridad jurídica incompatible con este derecho fundamental que es el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo delito. Es en este contexto que el Tribunal es llamado ahora a armonizar la interpretación de la noción de “mismo delito” –el elemento *idem* del principio *non bis in idem*– a los efectos del artículo 4 del Protocolo núm. 7. Ciertamente, es en interés de la seguridad jurídica, la previsibilidad y la igualdad ante la Ley que no se aparta sin un motivo válido de sus precedentes».

³⁷⁰ RTC 1984, 62. Al respecto, vid. CASTILLO FELIPE, R.: «Prejudicialidad civil y cosa juzgada en el orden contencioso-administrativo ...», cit., pág. 7.

³⁷¹ RTC 1985, 158.

hechos debe ser motivada de acuerdo por otra parte con la reiteradísima doctrina de este Tribunal Constitucional, según la cual el derecho a la tutela judicial efectiva comprende, entre otros, el de obtener una resolución fundada en derecho. Cuando resulta que, en principio, la resolución que un órgano judicial va a dictar puede ser contradictoria con la ya dictada por otro órgano, el que pronuncia la segunda debe exponer las razones por las cuales, a pesar de las apariencias, tal contradicción no existe a su juicio»³⁷².

A diferencia de los supuestos anteriores, la STC (Sala 2ª) núm. 59/1996, de 15 de abril³⁷³, vino a pronunciarse acerca de la existencia de contradicción entre un proceso

³⁷² Al respecto, la STC (Sala 1ª) núm. 34/2003, de 25 de febrero (RTC 2003, 34), FJ 4º señala que, si bien es cierto que unas mismas pruebas pueden dar lugar a que idénticos hechos se consideren por los tribunales probados o no probados, también lo es la imposibilidad de separarse de los hechos declarados probados sin justificar razones ni fundamentos que motiven tal apartamiento. De ahí que, de acuerdo con la doctrina de este Tribunal, unos mismos hechos, cuando la determinación de estos exija una previa calificación jurídica, pueden ser valorados de forma distinta en diferentes resoluciones judiciales sin incurrir por ello en ninguna vulneración constitucional si el órgano judicial que se aparta de la apreciación de los hechos efectuada anteriormente en otra resolución judicial expone de modo razonado los motivos por los que lleva a cabo esa diferente apreciación de los mismo. En el mismo sentido, vid. CASINO RUBIO, M.: «La fragilidad de los hechos probados (o “donde dije digo, digo Diego”)», *Revista General de Derecho Administrativo*, N.º. 41/2016, versión digital, págs. 15 y 16: «Bien se ve, en cualquier caso, que en los supuestos de doble enjuiciamiento de unos mismos hechos, los declarados por el juez que interviene en primer lugar aprietan más bien poco al que lo hace con posterioridad, que podrá confirmar o apartarse de la verdad formal declarada en el primer proceso (...) siempre que al hacerlo motive suficientemente su decisión. Con lo cual, al final, la declaración constitucional acerca de la vinculación a los hechos declarados probados por la sentencia penal y, en general, sobre unos mismos hechos que no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado, queda en entredicho». A su vez, MARTÍN PASTOR, J.: «Técnicas para evitar pronunciamientos contradictorios sobre unos mismos hechos, y jurisprudencia constitucional sobre la vinculación de un proceso posterior a la declaración de hechos probados en un proceso anterior», *Justicia: ¿garantías versus eficiencia?*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 836, concluye que los tribunales pueden tener presentes los hechos declarados probados en resoluciones judiciales firmes dictadas en la misma o distinta jurisdicción, pudiendo separarse de ellos únicamente mediante la argumentación de las razones y fundamentos que lo justifiquen, «sin que ello impida que en cada jurisdicción haya de producirse un enjuiciamiento y una calificación en el plano jurídico de forma independiente y con resultados distintos si ello resulta de la aplicación de normativas diferentes [FJ 2º STS (Sala 1ª) núm. 532/2019, de 19 de septiembre, RJ 2013, 7604]».

³⁷³ RTC 1996, 59.

civil, en el que se había condenado al pago de una indemnización derivada de unas lesiones, y un proceso penal, en el que se había absuelto de esas mismas lesiones por no resultar probado que el acusado hubiese sido su autor. Resolvió el TC la cuestión sobre la base del artículo 116 LECrim, según el cual la vía civil quedaría cerrada cuando en «la penal se declarara la inexistencia del hecho que pudiera dar lugar a aquella acción, pero no cuando la absolución se dictara por la inexistencia de material probatorio suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia». Concluye así que «ninguna objeción constitucional *ex art.* 24.1 CE merece, en suma, la actividad judicial que se impugna, pues el recurrente obtuvo en vía civil una respuesta jurídicamente fundada a su pretensión que no afectó a la eficacia propia de la sentencia penal previa».

4.2. Escenarios posibles

La postura sostenida en esta última resolución es del máximo interés para esta memoria doctoral, pudiendo plantearse, como describe MUERZA ESPARZA³⁷⁴, las dos situaciones que se exponen a continuación.

4.2.1. La actividad probatoria realizada ante el juez del concurso y su posible vinculación en el proceso penal:

Como ya exponíamos, el artículo 259.6 CP recoge la no vinculación de la jurisdicción penal con la posible calificación de la insolvencia en el proceso concursal. Sin embargo, la propia jurisprudencia ha reconocido la utilidad que pueden tener determinadas actuaciones del proceso concursal en el ámbito penal. Destacan especialmente las SSTS (Sala 2ª) núm. 682/2004, de 28 de mayo³⁷⁵, núm. 1316/2005, de 9 de noviembre³⁷⁶ y núm. 146/2009, de 18 de febrero³⁷⁷, de las que se extrae la siguiente conclusión: la independencia inherente a la jurisdicción penal respecto a la calificación concursal no implica que el contenido de las actuaciones seguidas en el proceso concursal

³⁷⁴ MUERZA ESPARZA, J.: «Calificación del concurso y proceso penal», cit., pág. 14.

³⁷⁵ RJ 2005, 2283.

³⁷⁶ RJ 2006, 1773.

³⁷⁷ RJ 2009, 2045.

y su resultado sean inútiles o indiferentes, sino que «podrían ser de indudable utilidad, siempre que (...) arrojen luz sobre las peculiaridades de la conducta a examen»³⁷⁸.

En conclusión, la actividad probatoria realizada en el proceso concursal no genera ningún tipo de vinculación respecto al proceso penal, pero, entendemos, y así lo manifiesta también la jurisprudencia, que se trata de elementos probatorios que pueden tener trascendencia y resultar de especial utilidad para los jueces del orden penal. Por tanto, el hecho de que no exista la obligación legal de que la actividad probatoria del ámbito concursal deba ser tomada en cuenta en la jurisdicción penal no es óbice para que la misma pueda ilustrar al titular del enjuiciamiento penal.

4.2.2. La actividad probatoria realizada en el proceso penal y su posible vinculación en el proceso concursal:

Como ya se apuntaba, no existe prejudicialidad penal respecto al procedimiento concursal (art. 519 TRLC), habiéndose acordado incluso por la jurisprudencia menor la prevalencia del derogado artículo 189 LC –actual art. 519 TRLC– sobre la regla general del artículo 40 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto norma especial aplicable también en la sección de calificación.

³⁷⁸ Al respecto, vid. STS (Sala 2ª) núm. 682/2004, de 28 de mayo (RJ 2005, 2283), FJ 4º. En el mismo sentido, FERRÍJÓ SÁNCHEZ, B.J.: «Proyección presente y futura del concurso fraudulento en el Derecho penal español (art. 260 CP)», *Reflexiones para la Reforma Concursal* (Coord. ARIZA COLMENAREJO y GALÁN GONZÁLEZ), Reus, Zaragoza, 2010, pág. 112. También de interés, vid. AAP de Murcia (Sec. 3ª) núm. 176/2017, de 7 de marzo (JUR 2017, 98115), FJ 4º: «Ciertamente tal y como arguye el apelante, el ordinal 6 del artículo 259 dispone que en ningún caso la calificación de la insolvencia en el proceso concursal vinculará a la jurisdicción penal, mas también es cierto que el significado que debe darse a dicha previsión es que no basta con declarar probado que la insolvencia existe y que ha sido calificada de una determinada forma en el proceso civil para configurar el tipo objetivo si no es posible establecer alguna relación causal entre dicha conducta y la insolvencia, sin embargo, ello no impide tener en cuenta a efectos de investigación los datos que resultan de interés reflejados en aquellas actuaciones y en las resoluciones dictadas en ellas, pudiendo ser útiles a los efectos indiciarios respecto a la existencia del dolo necesario, STS (Sala 2ª) 1359/05, de 18 de noviembre (RJ 2005, 10059), entre otras».

En este sentido la SAP de Álava (Sec. 1ª) núm. 565/2010, de 3 de diciembre de 2010³⁷⁹ sostuvo que la norma específica está basada «en el principio de celeridad, esto es, en la fluida tramitación del concurso en aras de la pronta satisfacción de los acreedores, añadiendo respecto del artículo 189.1 LC que, de conformidad con el artículo 163.2 LC, sobre la autonomía de la calificación del concurso, la privación del efecto suspensivo por prejudicialidad penal también se extendía a la sección sexta». A su vez, la SAP de Barcelona (Sec. 15ª) núm. 401/2012, de 29 de noviembre de 2012³⁸⁰ entendió que la finalidad del artículo 189 LC es evitar «que la existencia de un proceso penal pueda interferir en el buen orden del proceso concursal», añadiendo además que el juez del concurso debe acogerse a los principios de enjuiciamiento específicos establecidos en la LC, y no a los previstos en la LEC, de modo que, «cada proceso debe seguir su propia suerte y la existencia de ninguno de ellos interfiere en el otro». De ello se extrae la inexistencia de prejudicialidad penal en el seno concursal.

Sin embargo, existe otra cuestión distinta a la prejudicialidad penal que sí tiene trascendencia en la fase de calificación del concurso: los hechos declarados probados mediante sentencia del orden penal. Al respecto, la STS (Sala 1ª) núm. 652/2010, de 19 de octubre³⁸¹ dejó sentada la ausencia de cosa juzgada en sede civil de las resoluciones dictadas en la jurisdicción penal a excepción de lo referente a los hechos probados en las condenatorias, o de la inexistencia de hecho en las absolutorias³⁸².

³⁷⁹ AC 2011, 723.

³⁸⁰ JUR 2013, 193793.

³⁸¹ RJ 2010, 7589.

³⁸² Continúa así la referida resolución indicando que las sentencias penales vinculan al juez civil respecto a los hechos declarados probados y que integran el tipo que se define en castigo, pues «entenderlo de otra manera, traería las consecuencias de desvalijar de seguridad a los juicios penales y de su fuerza de ejecutoriedad y subrepticamente poder controlar sus fallos decisorios, introduciendo modificaciones y ampliaciones, para que de esta forma llevar a cabo actuaciones judiciales revisoras de las ejecutorias correspondientes, lo que ha producido unánime repulsa jurisprudencial [Sentencias (Sala 1ª) de 6-12-1982 (RJ 1982, 7462) , 25-2 y (Sala 3ª) 17-7-1992 (RJ 1992, 10153), (Sala 1ª) 16-3-1993 (RJ 1993, 2286) y 23-12-1993 y (Sala 1ª) 27-12-1993 (RJ 1993, 10153) y (Sala 1ª) 20-5-1994 (RJ 1994, 3721)]». En el mismo sentido, destacan las SSTS (Sala 1ª) núm. 963/2011, de 11 de enero de 2012 (RJ 2012, 175) y (Sala 1ª) núm. 212/2005, de 30 de marzo (RJ 2005, 2618)».

Posteriormente, la STS (Sala 1ª) núm. 165/2017, de 8 de marzo de 2017³⁸³, señalaba que, en el caso de que se hubiese dictado sentencia absolutoria, los hechos declarados probados en el procedimiento penal exclusivamente vinculan al juzgador civil cuando se hubiese considerado probada la inexistencia de los hechos denunciados o la falta de participación en los mismos del denunciado³⁸⁴. Por el contrario, en las sentencias absolutorias fruto de la aplicación de los principios de presunción de inocencia o *in dubio pro reo*, establece el TS que «queda abierta, sin efecto vinculante alguno, la posibilidad de que ante esta jurisdicción [la civil] pueda ejercitarse exclusivamente como es obvio, la acción civil correspondiente contra la misma persona y probarse en ella que dicha persona fue autor de los hechos, que indudablemente existieron en la vida real y física (...)»³⁸⁵. Por tanto, la doctrina jurisprudencial al respecto es clara: las sentencias penales condenatorias vinculan a la jurisdicción civil respecto a los hechos que declaren probados y que sean integrantes del tipo que castigan, y, las absolutorias, siempre que declaren probada la inexistencia del hecho del que la acción civil hubiera podido proceder³⁸⁶.

Ello implica que, si en el proceso penal no se logra probar un hecho, ello no equivale a afirmar que este último no exista. Procesos posteriores pueden entrar a valorar si tal hecho existió realmente³⁸⁷, mediante la práctica de pruebas adicionales o bajo la

³⁸³ RJ 2017, 699.

³⁸⁴ Asimismo, vid. STS (Sala 1ª) núm. 212/2005, de 30 de marzo (RJ 2005, 2618), FJ 2º: «La doctrina jurisprudencial viene declarando que la sentencia penal absolutoria no produce el efecto de cosa juzgada en el proceso civil, salvo cuando se declare que no existió el hecho del que la responsabilidad hubiere podido nacer [Sentencias (Sala 1ª), entre otras, 4 de noviembre de 1996 (RJ 1996, 7910), 23 de marzo (RJ 1998, 1492) y 24 de octubre de 1998 (RJ 1998, 8235); 16 de octubre de 2000 (RJ 2000, 8045); 15 de septiembre de 2003 (RJ 2003, 5469)]; o cuando se declare probado que una persona no fue autor del hecho [SS. (Sala 1ª) 28 noviembre 1992 (RJ 1992, 9448) y 12 abril (RJ 2000, 2564) y 16 octubre 2000 (RJ 2000, 8045)] (...)».

³⁸⁵ Vid. STS (Sala 1ª) núm. 165/2017, de 8 de marzo (RJ 2017, 699), FJ 3º.

³⁸⁶ MUERZA ESPARZA, J.: «Calificación del concurso y proceso penal», cit., pág. 14.

³⁸⁷ CASINO RUBIO, M.: «La fragilidad de los hechos probados (o “donde dije digo, digo Diego”)», cit., págs. 6 y 7: «Pues, como es elemental, ni jurídica ni lógicamente es lo mismo decir que un hecho (positivo o negativo) se produjo en la realidad, que afirmar que no está probado con arreglo al estándar probatorio aplicable, pero sin afirmarlo ni negarlo de modo expreso». En la misma línea, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.: «Prejudicialidad y vinculación a la declaración de hechos probados...», cit., pág. 17. Asimismo, vid. STS de 28 de noviembre de 1992 (RJ 1992, 9448), FJ 3º: “[el artículo 116 LECrim] no es aplicable cuando la

obtención de conclusiones diferentes derivadas de las pruebas practicadas que alcance el nuevo juzgador, bien por el convencimiento que pueda alcanzar el juez, bien porque las reglas de fijación de los hechos empleadas en el nuevo procedimiento sean distintas a las utilizadas en el anterior³⁸⁸.

Ahora bien, lo anterior nos obliga a reparar en la posibilidad de que los hechos declarados probados deriven de una sentencia penal de conformidad y, por tanto, no estrictamente probados (ausencia de juicio fáctico), sino consensuados entre acusación y defensa. Ello vendría a cuestionar la prevalencia del proceso penal sobre el civil que se propugna sobre la base de la unidad de función jurisdiccional, pues, en supuestos como el expuesto, no se ofrecen unas mayores garantías en el proceso penal frente al civil y, por ende, no se asegura una mayor probabilidad de que los hechos declarados probados alcancen la tan ansiada “verdad real” de lo acontecido.

sentencia penal, admitiendo la existencia del hecho y sin excluir categóricamente la posibilidad de que una persona haya podido ser la autora del mismo, declara que no existen en el proceso las pruebas concluyentes, categóricas e inequívocas de la referida autoría, que permitan pronunciar una condena penal contra ella, por lo que, en aplicación del principio “*in dubio pro reo*”, hoy constitucionalizado por el de “presunción de inocencia” (art. 24 de nuestra Carta Magna), ha de inclinarse por la absolución del mismo, en cuyo supuesto queda abierta, sin efecto vinculante alguno, la posibilidad de que ante esta Jurisdicción pueda ejercitarse, exclusivamente como es obvio, la acción civil correspondiente contra la misma persona y probarse en ella que dicha persona fue el autor de los hechos, que indudablemente existieron en la vida real y física». Tal postura se ha mantenido en el tiempo, destacando la STS (Sala 1ª) núm. 84/2020, de 6 de febrero (RJ 2020, 445).

³⁸⁸ De interés, STC (Sala 1ª) núm. 192/2009, de 28 de septiembre (RTC 2009, 192), FJ 2º. En la misma, el Tribunal refiere que ello no implica la obligación de los órganos judiciales de aceptar de manera automática los hechos declarados por otra jurisdicción, sino que una valoración diferente de los mismo debe estar motivada. De ahí que, cuando un órgano judicial dicte una resolución contradictoria con lo declarado por otra anterior, ha de justificar las razones por las cuales dicha contradicción a su juicio no existe, «puntualizándose que si bien unas mismas pruebas pueden conducir a considerar como probados o no probados los mismos hechos por los Tribunales de Justicia, también lo es que, afirmada la existencia de los hechos por los propios Tribunales de Justicia, no es posible separarse de ellos sin acreditar razones ni fundamentos que justifiquen tal apartamiento». Ver también SSTC (Sala 2ª) núm. 151/2001, de 2 de julio (RTC 2001, 151), FJ 4º, y núm. 231/2006, de 17 de julio (RTC 2006, 231), FJ 3º.

Como con acierto señala AGUILERA MORALES: «predicar carácter vinculante de los hechos conformados en el proceso penal es (...) el supuesto en que mejor se aprecia el menoscabo que puede experimentar el derecho de defensa en un proceso civil posterior»³⁸⁹. En este punto, el legislador debiera introducir en el artículo 116 LECrim la excepción a la excepción, excluyendo la vinculación del juez civil respecto a hechos declarados probados en sentencias de conformidad.

En un escenario distinto nos hallamos cuando un hecho se declare inexistente en un proceso penal y posteriormente resulta probado en el proceso civil, y a la inversa (si un hecho declarado probado en un procedimiento penal puede ser posteriormente declarado inexistente). A diferencia de otras jurisdicciones, en la civil esta situación viene a ser resuelta por el artículo 116 LECrim en el que se prevé, de forma excepcional, que el juez del concurso queda vinculado por los hechos que se hubieran declarado probados inexistentes o existentes en el proceso penal previo, no permitiéndosele, por tanto, volver a entrar sobre los mismos. Esta postura del legislador buscaba evitar contradicciones y poner en valor la unidad de función jurisdiccional, haciendo valer la preferencia del proceso penal sobre el civil³⁹⁰.

En una interpretación extensiva del último precepto mencionado, el TS ha entendido que los jueces civiles quedan vinculados tanto por las sentencias penales absolutorias que declaran probada la inexistencia de un hecho³⁹¹ como por las que declaran probada la no participación del acusado en el hecho enjuiciado³⁹², así como por

³⁸⁹ En *Unos mismos hechos. Un ensayo sobre...*, cit., pág. 99.

³⁹⁰ Ibidem, pág. 93.

³⁹¹ Al respecto, vid. STS (Sala 1ª) núm. 963/2011, de 11 de enero de 2012 (RJ 2012, 175), FJ 7º.

³⁹² De interés, STS núm. de 28 de noviembre 1992 (RJ 1992, 9448), FJ 3º: «las sentencias penales absolutorias solamente vinculan a la Jurisdicción Civil cuando declaren que no existió el hecho de que la civil hubiese podido nacer. Dentro de la expresada doctrina jurisprudencial, con el referido efecto vinculante, ha de entenderse comprendido no sólo el claro supuesto de la inexistencia del hecho en la vida real o física (no acaecimiento del mismo), así declarado expresamente por la sentencia penal absolutoria, sino también cuando ésta declara categóricamente probado que una persona determinada no ha sido el autor del mismo, pues respecto de ésta (desde del punto de vista de su autoría) ha de entenderse también, a los efectos que aquí nos ocupan, que el hecho no ha existido, pero la expresada doctrina no es aplicable cuando la sentencia penal, admitiendo la existencia del hecho y sin excluir categóricamente la posibilidad de que

las que, con independencia de ser condenatorias o absolutorias, declarasen probada la existencia del hecho o la participación del acusado³⁹³.

4.3. Otras causas de vinculación del proceso civil a lo resuelto en el penal

Más allá de lo expuesto, con fundamento en el artículo 116 LECrim, la jurisprudencia ha contemplado otras causas de vinculación del juez civil a lo decidido por el penal, pese a la ausencia de precepto legal alguno. Se adicionan dos supuestos que constituyen efectos accesorios o indirectos³⁹⁴:

En primer lugar, se ha venido admitiendo el testimonio de las actuaciones penales como prueba documental en el proceso civil ulterior. Sin embargo, no se hace distinción alguna respecto a qué actuaciones pueden tener la consideración de elemento probatorio. En teoría están las del juicio oral, pero también las de la fase de instrucción, careciendo las diligencias sumariales o de investigación en el proceso penal del valor probatorio que ahora parece concederle en el ámbito civil.

una persona haya podido ser la autora del mismo, declara que no existen en el proceso las pruebas concluyentes, categóricas e inequívocas de la referida autoría, que permitan pronunciar una condena penal contra ella, por lo que, en aplicación del principio “*in dubio pro reo*”, hoy constitucionalizado por el de “presunción de inocencia” (art. 24 de nuestra Carta Magna), ha de inclinarse por la absolución del mismo, en cuyo supuesto queda abierta, sin efecto vinculante alguno, la posibilidad de que ante esta Jurisdicción pueda ejercitarse, exclusivamente como es obvio, la acción civil correspondiente contra la misma persona y probarse en ella que dicha persona fue el autor de los hechos, que indudablemente existieron en la vida real y física». En el mismo sentido, SSTS (Sala 1ª) núm. 212/2005, de 30 de marzo (RJ 2005, 2618), núm. 537/2013, de 14 de enero de 2014 (RJ 2014, 1) y núm. 16/2018, de 15 de enero (RJ 2018, 105).

Por el contrario, la STS (Sala 1ª) núm. 373/2000, de 12 de abril (RJ 2000, 2564), FJ 2º, parece contradecir dicha postura, si bien quizás debamos considerar que hace referencia a una actividad probatoria sobre hechos declarados probados en el precedente procedimiento penal y no así, como parece dar a entender, a hechos que no lo hubieran sido: «Si en la vía civil se ha efectuado un estudio del material probatorio que no se hizo o se hizo insuficientemente en la vía penal, no pueden los órganos judiciales civiles, suplir, corregir, completar o enmendar lo decidido en firme por una sentencia penal, estimando al actor posible autor doloso de un incendio, si lo excluyó de esta cualidad aquélla. No puede en modo alguno ser autor del incendio aquí y no allí».

³⁹³ Vid. STS (Sala 1ª) de 15 de febrero 1982 (RJ 1982, 689), FJ 5º.

³⁹⁴ Cfr. AGUILERA MORALES, M.: *Unos mismos hechos. Un ensayo sobre...*, cit., págs. 102 y ss.

En segundo término, se ha dado valor a la sentencia penal firme como medio de prueba cualificado de los hechos en ella contemplados y valorados en cuanto hubieran sido determinantes de su parte dispositiva³⁹⁵. Es aquí cuando se hace necesaria una aproximación al concepto de “medio de prueba” entendiéndose por tal los instrumentos de que se valen las partes para convencer al juzgador sobre la existencia o inexistencia de los hechos sobre los que fundamentan sus pretensiones. Pues, si bien algunos autores entienden que el testimonio de la sentencia penal firme no constituye un medio de prueba³⁹⁶, lo cierto es que el artículo 299.1.2º LEC contempla como tal a los «documentos públicos», especificando posteriormente el artículo 317.1 LEC que los mismos comprenden «las resoluciones y diligencias de actuaciones judiciales de toda especie y los testimonios que de las mismas expidan los Letrados de la Administración de Justicia», los cuales «harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella» (art. 319.1 LEC). Para el caso de no considerar subsumibles las sentencias en los apartados anteriores, el apartado 3 del artículo 299 LEC prevé un cajón dentro del que podrían quedar incluidos los testimonios de sentencias como medios de prueba. A la vista de lo preceptuado en la LEC, excluir

³⁹⁵ Al respecto, la STS (Sala 1ª) núm. 939/2007, de 11 de septiembre (RJ 2007, 4965), FJ 2º, dispuso que todo sentencia firme, aun cuando no pase en autoridad de cosa juzgada, genera otros efectos accesorios o indirectos, entre los que destaca su condición, frente a un proceso ulterior, de medio probatorio cualificado de los hechos en ella contemplados y valorados para determinar su parte [STS (Sala 1ª) de 3 de noviembre de 1993 (RJ 1993, 8962), 27 de mayo de 2003 (RJ 2003, 3930) y 6 de octubre de 2006 (RJ 2006, 8700)]. Lo expuesto es consecuencia directa de la doctrina sentada por el TC respecto a la interpretación de los principios de seguridad, según el cual, unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado, y del derecho a la tutela judicial efectiva, integrado a su vez por la expectativa legítima de obtener una respuesta inequívoca de los tribunales para una misma cuestión. Idéntico pronunciamiento en SSTs (Sala 1ª) núm. 962/2006, de 11 de octubre (RJ 2006, 6693) y núm. 537/2013, de 14 de enero (RJ 2014, 1).

³⁹⁶ Cfr. AGUILERA MORALES, M.: *Unos mismos hechos. Un ensayo sobre...*, cit., págs. 103 y ss., al sostener la falta de consideración de la sentencia penal como elemento probatorio, además de que no figura entre los medios de prueba legalmente permitidos en los procesos civiles, tampoco se trata de una actividad practicada por las partes ante el juez en el marco de un proceso.

dichos testimonios de poder ser tomados como medios de prueba resulta especialmente complicado

Sin embargo, autores sostienen que considerar la sentencia como un medio de prueba «es sencillamente un imposible jurídico que desnaturaliza el concepto de prueba», al concluir que «decir que una sentencia es un medio de prueba libremente valorable por el juez de un proceso posterior cuando a los hechos tenidos por probados en ella es un absurdo mayúsculo que, además, permite la mayor arbitrariedad»³⁹⁷. Esa arbitrariedad a la que hace referencia es la máxima expresión de la libertad que el juez civil tendría para valorar la sentencia como elemento probatorio, y que, entendemos, ya viene restringida, con la vinculación que legalmente se le impone a los hechos declarados probados como existentes e inexistentes en la sentencia penal. Es por ello que entrar en valorar si la sentencia penal puede ser considerada medio de prueba resulta innecesario dado que la influencia que el contenido de la misma tiene en un proceso civil posterior se encuentra ya suficientemente acotado.

Por otra parte, otro sector doctrinal considera que «equiparar la sentencia a un medio de prueba es confundir el resultado con uno de los instrumentos que lo ha provocado a la par que se prescinde de toda la actividad que se operó con él (y con otros) para llegar a aquel»³⁹⁸. Está claro que, si bien cualquier otro documento (ej.: carta, contrato privado, etc.) puede ser sometido a duda en base a su certeza y realidad por el juez, el testimonio de una sentencia tendrá siempre un carácter presumiblemente cierto en tanto lo en él contenido ha sido el resultado de una práctica de prueba previa.

Resulta especialmente llamativo cómo se ve constreñida la libertad del juzgador civil al verse vinculado por las declaraciones fácticas efectuadas previamente por otro en el ámbito penal y que, a diferencia de él, ha disfrutado de forma plena de su libertad al juzgar. Con buen criterio, se pronuncia sobre ello Díez-PICAZO GIMÉNEZ: «Vincular a un tribunal ha de ser por lógica algo excepcional. Vincular a un juzgador a algo ya decidido

³⁹⁷ Vid. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I.: «El injustificado valor probatorio de las actuaciones y sentencias penales aportadas en procesos civiles», *Derecho, Justicia, Universidad, Liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos*, Madrid, 2016, págs. 1106 y 1107.

³⁹⁸ Vid. DÍAZ CABIALE, J.A.: «El valor de las sentencias civiles cuando en otros procesos...», cit., pág. 3.

es propiamente lo contrario de permitirle juzgar. Establecer una vinculación jurídica es tanto como decirle al juez: esto no has de juzgarlo, sino que has de estar a lo que otro decidió. Y este postulado sirve tanto si la vinculación se predica de “pronunciamiento” (que es lo que abarca la cosa juzgada, tanto en su vertiente negativa o excluyente –*non bis in idem*– como, en la positiva o judicial; y lo que abarca la vinculación en caso de cuestiones prejudiciales devolutivas y suspensivas) como si se predica de “hechos probados” (...). Es más, las normas legales que excepcionalmente y de forma clara establezcan la vinculación a precedentes apreciaciones fácticas hechas en otro proceso previo han de tener un fundamento razonable porque están excluyendo en este aspecto la libertad del juzgador y la defensa de las partes en ese segundo proceso»³⁹⁹.

Además, no debe obviarse el imperativo del artículo 117.1 CE, máximo exponente de la independencia de los jueces y magistrados, lo que impide, a nuestro entender, la no aceptación de la injerencia de otros tribunales en el proceder de los restantes⁴⁰⁰.

Sin embargo, la STC (Sala 1ª) núm. 158/1985, de 26 de noviembre⁴⁰¹, al tratar la independencia de los jueces, puntualizaba que, hasta que el legislador no prevea cómo solventar las posibles contradicciones entre resoluciones por unos mismos hechos, el

³⁹⁹ En «El injustificado valor probatorio de las actuaciones y sentencias penales...», cit., págs. 1102 y 1103.

⁴⁰⁰ En el mismo sentido, vid. DÍAZ CABIALE, J.A.: «El valor de las sentencias civiles cuando en otros procesos...», cit., págs. 4 y 5, señala que el ejercicio de la potestad jurisdiccional no constituye una facultad voluntarista para los jueces y tribunales, sino una obligación derivada de las garantías que la rodean. Entre ellas, la independencia *ad intra* recogida en el artículo 117 de la Constitución Española, además de prohibir la intromisión de otros órganos jurisdiccionales en el desempeño de esa función, impide que la actividad jurisdiccional esencial de un tribunal sea sustituida o reemplazada total o parcialmente, de forma voluntaria o no, por la de otro órgano. Concluye manteniendo que no resulta jurídicamente admisible que un tribunal adopte de forma directa la valoración probatoria realizada por otro, venga referida a los mismos medios de prueba o a otros distintos. En el mismo sentido se pronuncia FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.: «Prejudicialidad y vinculación a la declaración de hechos probados...», cit., págs. 10 y ss., cuando sostiene que una de las coordenadas que delimita el análisis de la prejudicialidad es, indudablemente, la libertad de enjuiciamiento derivada de la independencia como garantía de los jueces y magistrados sometidos exclusivamente a la ley y soberanos en la función de determinar los hechos y de aplicar el Derecho al caso concreto. Vid. STS (Sala 2ª) núm. 62/2013, de 29 de enero (RJ 2013, 975).

⁴⁰¹ RTC 1985, 158.

derecho a la tutela judicial efectiva debe protegerse por encima incluso de la independencia judicial⁴⁰².

5. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO

Estudio aparte merece la responsabilidad civil derivada del delito (restitución de la cosa, reparación del daño e indemnización de los perjuicios causados por el hecho punibles *ex arts.* 100 LECrim y 110 CP) y que se solapa con alguno de los pronunciamientos de la sentencia de calificación como culpable que prevé el artículo 455 TRLC, tales como las condenas a devolver los bienes o derechos indebidamente obtenidos del patrimonio del deudor o de la masa activa y a indemnizar los daños y perjuicios causados⁴⁰³.

Ante esta problemática, MUERZA ESPARZA⁴⁰⁴ extrae con acierto tres escenarios posibles que serán objeto de un detenido análisis.

⁴⁰² Al respecto, la STC (Sala 1ª) núm. 158/1985, de 26 de noviembre (RTC 1985, 158), FJ 4º señala que el TC es consciente de la dificultad que conlleva articular mecanismos que permitan resolver contradicciones entre resoluciones judiciales en atención a la independencia de los órganos jurisdiccionales. Resalta la necesidad de que el legislador prevea métodos para la resolución de este tipo de conflictos dentro de la justicia ordinaria. Pero, en tanto ello no ocurra, y la única vía para garantizar el derecho vulnerado consista en acudir al recurso de amparo, el TC reconoce que es este quien debe buscar los medios de asegurar ese derecho ya que, en otro caso, quedaría sin protección.

⁴⁰³ Con la Ley de Suspensión de Pagos de 1992, por primera vez en la regulación de la pieza separada de calificación se establece una distinción de los efectos civiles y penales derivados de las situaciones de insolvencia. En tal sentido, señala GURREA MARTÍNEZ, A.: «La incomprensible vigencia de la sección de calificación en el Derecho concursal español del siglo XXI», *Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas*, Working Paper Series 1/2016, 2017, pág. 11: «para la depuración de responsabilidades civiles, la Ley de Suspensión de Pagos se remitía a los artículos de 886 a 894 del Código de Comercio relativos a la calificación de la quiebra, y establecía, a su vez, que este juicio de calificación se tramitase conforme a las disposiciones contenidas en la derogada Ley de Enjuiciamiento Civil para los juicios declarativos ordinarios de mayor cuantía, y que las resoluciones judiciales que se dictaran en esta pieza separada no prejuzgaban ni impedían el ejercicio de acciones penales».

⁴⁰⁴ En «Calificación del concurso y proceso penal», cit., págs. 21 y 22.

5.1. La sentencia penal con pronunciamiento en materia de responsabilidad civil anterior a la sentencia de calificación concursal

En primer lugar, se plantea la posibilidad de que se dicte una sentencia en el ámbito penal comprensiva de un pronunciamiento en materia de responsabilidad civil con anterioridad a la sentencia de calificación.

Ante este escenario, siempre que exista identidad en el objeto procesal, el pronunciamiento que la sentencia penal contenga sobre responsabilidad civil producirá efectos de cosa juzgada en el procedimiento concursal. Destaca, en este sentido, el contenido de la STC (Sala 1ª) núm. 15/2002, de 28 enero⁴⁰⁵, de la que se desprende, además, el carácter constitutivo de los efectos que las acciones penales y civiles ventiladas en el proceso penal tendrían en un posterior proceso civil.

En consonancia con ello, cualquier extremo del pronunciamiento de responsabilidad civil en sede concursal que no haya sido solicitado en el anterior proceso penal no tendrá efecto de cosa juzgada, pudiendo, por tanto, el juez del concurso acordar lo que estime oportuno al respecto. Así se desprende nuevamente de la STC (Sala 1ª) núm. 15/2002, de 28 enero⁴⁰⁶ al señalar que únicamente podrán ejercitarse en un proceso civil posterior, no quedando sometidas al efecto de cosa juzgada que se deriva de la sentencia penal, aquellas acciones civiles que no fueron objeto de tal sentencia penal en los siguientes supuestos: cuando la sentencia fuera absolutoria, cuando el perjudicado las reserve para su posterior ejercicio en un proceso civil y cuando simplemente no se hubieran ejercitado en sede penal⁴⁰⁷.

Por tanto, la conclusión es clara: el pronunciamiento en materia de responsabilidad civil derivado del delito realizado por el juez penal antes del dictado de

⁴⁰⁵ RTC 2002, 15. Asimismo, señala la STC (Sala 1ª) núm. 15/2002, de 28 de enero (RTC 2002, 15) que la sentencia penal condenatoria que se pronuncie sobre la responsabilidad civil del condenado produce efectos de cosa juzgada en el posterior proceso civil que pueda plantear el perjudicado, en tanto la sentencia penal produce efectos consuntivos de cuantas acciones penales y civiles se ejercitaron y ventilaron en el propio proceso.

⁴⁰⁶ RTC 2002, 15.

⁴⁰⁷ En el mismo sentido, la STC (Sala 1ª) núm. 17/2008, de 31 enero (RTC 2008, 17).

la sentencia de calificación tendrá efectos de cosa juzgada, pero sólo respecto de los extremos que expresamente se hubieran interesado por el solicitante de la misma⁴⁰⁸.

La libertad del juzgador civil se circunscribe, en consecuencia, a determinar únicamente tres extremos: el nexo causal entre el hecho y el resultado dañoso, la fijación del quantum indemnizatorio y las implicaciones subjetivas que afecten al derecho/obligación de reparar o indemnizar⁴⁰⁹. Además, del análisis ofrecido, extraemos que el juez civil únicamente puede apreciar “culpa” si en la sentencia penal dictada en el proceso anterior no fue declarada la culpabilidad del acusado, pues, de lo contrario, tendrá que someterse a lo resuelto por el juez penal, pues «toda culpa penal comprende también la civil»⁴¹⁰.

Sin embargo, la interpretación expuesta es objeto de crítica por un concreto sector de la doctrina⁴¹¹ al sostener que, de un lado, lo preceptuado en el artículo 116.1 LECrim es de carácter excepcional y, como tal, no puede ser objeto de interpretación extensiva o analógica conforme al artículo 4.1 y 2 CC, y, de otro, por los riesgos de esa interpretación respecto al derecho de defensa de los que son parte en el proceso civil y no tuvieron intervención en el anterior proceso penal.

Ahora bien, en relación con la cuestión que nos ocupa, cabe plantearse qué ocurre con la defensa que, posteriormente, puede ejercer el responsable civil subsidiario respecto

⁴⁰⁸ Autores como POLO RODRÍGUEZ, J.J.: «El concurso falsario», cit., págs. 399 y 400, sostienen que en aquellos supuestos en que el objetivo del resarcimiento sea el mismo en sede penal y concursal, esto es, reparar el daño causado a la masa activa, ante la concurrencia de sanciones penales y civiles, el importe de la indemnización debe mirarse con el importe al que se haya condenado al sujeto pasivo, ya sea en sede penal o concursal, asegurando de este modo la compatibilidad de las reparaciones previstas en ambas jurisdicciones.

⁴⁰⁹ Al respecto, vid. AGUILERA MORALES, M.: *Unos mismos hechos. Un ensayo sobre...*, cit., págs. 97 y 98.

⁴¹⁰ Ibidem, pág. 98.

⁴¹¹ Postura sostenida, entre otros, por Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I.: «El injustificado valor probatorio de las actuaciones y sentencias penales...», cit., pág. 1103; JUAN SÁNCHEZ, R.: «Nueva doctrina constitucional sobre la prescripción del delito y su incidencia en el ejercicio de la acción por responsabilidad civil *ex delicto*», *Indret*, 1/2009, pág. 24; y AGUILERA MORALES, M.: *Unos mismos hechos. Un ensayo sobre...*, cit., pág. 98.

al nexo causal declarado una vez dictada la sentencia penal condenatoria. Tres son las posturas mantenidas por la jurisprudencia a lo largo de los años:

En un primer grupo de resoluciones encontramos aquellas en las que se sostiene que el responsable civil subsidiario no puede defenderse sobre la base de la negación del hecho delictivo o su relevancia penal, pues ello supondría una injerencia en derechos ajenos y una vulneración del contenido de los artículos 651, 652 y 854 LECrim.

En este sentido se pronuncia la STS (Sala 2ª) de 14 de abril de 1989⁴¹²: «De una interpretación tanto literal como lógica o finalista de los mencionados preceptos ha de llegarse a la conclusión de que el responsable civil subsidiario tiene delimitada su actuación dentro del proceso penal al área puramente indemnizatoria, sin que le sea posible alegar en su defensa cuestiones de descargo penales, máxime en los supuestos en que el inculcado en la instancia se conforma con la pena que contra él se solicita por la acusación o cuando el ya condenado se acalla frente a la sentencia del Tribunal “a quo” no formalizando el correspondiente recurso de casación. Y es que, entender lo contrario, sería, además de mal interpretar los enunciados preceptos, conculcar el derecho personalísimo e intransferible que todo ciudadano posee de ser conforme con una decisión judicial que, aunque condenatoria, le puede ser mínimamente gravosa en comparación con el hecho ejecutado y sometido a enjuiciamiento»⁴¹³.

En cambio, en un segundo grupo de resoluciones, los tribunales han permitido que el responsable civil subsidiario se defienda negando el carácter delictivo del hecho enjuiciado, pero no los elementos fácticos. Tal tesis es sostenida, entre otras, por la STS

⁴¹² JUR 1989, 6404.

⁴¹³ En la misma línea jurisprudencial, la STS (Sala 2ª) núm. 1458/2001, de 10 de julio (RJ 2001, 7153), mantiene que la legitimación del responsable civil subsidiario, en principio, se circunscribe a la impugnación de los daños y perjuicios derivados del delito, y a su cualidad de sujeto pasivo de esa responsabilidad discutiendo y negando, en su caso, el nexo causal en el que se basa la responsabilidad civil, careciendo de ella para impugnar la responsabilidad penal del autor directo, dado que ello supone la asunción de la defensa de derechos ajenos. También de interés vid. SSTS (Sala 2ª) núm. 795/2016, de 25 de octubre (RJ 2016, 6439), núm. 86/2017, de 16 de febrero (RJ 2017, 1910), y núm. 627/2019, de 18 de diciembre (RJ 2020, 677).

(Sala 2ª) núm. 771/1994, de 7 de abril⁴¹⁴ al destacar el indudable interés legítimo que el responsable civil subsidiario ostenta en demostrar la inexistencia del delito: «si esa responsabilidad civil dimana de un hecho que se califica de ilícito penal, es obvio que, desaparecido este, cesan las obligaciones de aquél»⁴¹⁵.

Por último, hay un tercer grupo de sentencias que permiten basar la defensa del responsable civil subsidiario en la negación de los hechos sobre los que se fundaría su supuesta responsabilidad. Siguiendo esta línea, encontramos la STS (Sala 2ª) núm. 343/2014, de 30 de abril⁴¹⁶, según la cual «sabido es que todo responsable civil subsidiario que cuestiona tal condición, dispone de dos vías de ataque: a) puede cuestionar los hechos de los que justifican el pronunciamiento penal condenatorio al que se injerta la responsabilidad civil *ex delicto* y la subsidiaria, ya que si el pronunciamiento penal no existe desaparecería dicha responsabilidad civil *ex delicto*; y b) puede limitarse a cuestionar exclusivamente tal responsabilidad civil subsidiaria, por no concurrir los elementos que la vertebran. Pues bien, en estos dos motivos el recurrente trata de cuestionar tanto la condena penal por estimar que no existió prueba de cargo suficiente capaz de sostener la condena, así como de cuestionar la prueba pericial (...)».

Esta postura es sostenida por voces de la doctrina⁴¹⁷ que consideran que impedir a un sujeto que no ha sido parte en un proceso anterior cuestionar los hechos por los que

⁴¹⁴ RJ 1994, 2900.

⁴¹⁵ Igualmente, la STS (Sala 2ª) núm. 1045/1995, de 27 de abril (RJ 1995, 7687) se pronunció sosteniendo: «La primera cuestión que aquí se suscita se refiere a si el responsable civil subsidiario está legitimado para invocar la vulneración de un derecho fundamental personal de un procesado que, por su parte, no ha articulado ningún motivo que contenga una queja semejante. La respuesta debe ser afirmativa, dado que el derecho del responsable civil subsidiario a un juicio con todas las garantías no se debe limitar a sus derechos procesales en sentido estricto, sino que se debe extender también a los de la persona cuya conducta es el presupuesto de su responsabilidad. La condena de ésta sin observar las reglas del debido proceso afecta, indirectamente, también las garantías del proceso del responsable civil subsidiario». Al respecto también, vid. SSTs (Sala 2ª) núm. 1009/1993, de 7 de mayo (RJ 1993, 3859), y núm. 522/2017, de 6 de julio (RJ 2017, 4129).

⁴¹⁶ RJ 2014, 3641.

⁴¹⁷ DÍAZ CABIALE, J.A.: «El valor de las sentencias civiles cuando en otros procesos...», cit., págs. 3 y ss.: «participar activamente en la práctica de los medios de prueba y combatir su contenido de manera que pueda influir decisivamente en la valoración de la prueba que efectúa el tribunal». Igualmente, MARTÍN

ahora se le pretende condenar supondría un evidente perjuicio con vulneración del principio jurídico natural de audiencia y, por ende, de la tutela judicial efectiva en tanto se le priva de la posibilidad de intervenir activamente en la fase probatoria e influir, consecuentemente, en la valoración que de la misma haga el juez penal⁴¹⁸. Nos mostramos partidarios de esta postura doctrinal, a lo que añadimos que, siempre que fundamente su defensa en hechos nuevos o en argumentos jurídicos distintos de los que sirvieron de base para el dictado de la sentencia penal condenatoria, resultará justificado un eventual cambio de criterio por parte del órgano judicial competente.

5.2. La sentencia penal absolutoria anterior a la sentencia de calificación concursal

En segundo lugar, debe analizarse la posibilidad de que se dicte una sentencia absolutoria en el ámbito penal con anterioridad a la sentencia de calificación.

En este caso, debemos atender al contenido del artículo 116 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de modo que, dado que la sentencia absolutoria no contendrá pronunciamiento en materia de responsabilidad civil, la misma puede ser objeto de reclamación en el ámbito concursal, salvo que en la sentencia se declare que no existió el

PASTOR, J.: «Técnicas para evitar pronunciamientos contradictorios sobre unos mismos hechos...», cit., pág. 837, expone que, a su juicio, deben valorarse también otros elementos como el principio de unidad jurisdiccional y el ejercicio de la potestad jurisdiccional, ya que un tribunal que forma parte una jurisdicción única, comprensiva de los distintos órdenes jurisdiccionales existentes, ya ha ejercitado la potestad jurisdiccional al pronunciarse sobre tales hechos. Asimismo, deben tenerse presentes el principio de contradicción y el derecho de defensa, pues nadie debe quedar perjudicado por la declaración de hechos probados procedente de un proceso anterior en el que no pudo intervenir ni defenderse. Asimismo, en relación al principio de contradicción, vid. COLOMER HERNÁNDEZ, I.: *La motivación de las sentencias (...)*, cit., págs. 190 y ss.

⁴¹⁸ En idéntico sentido, vid. STS (Sala 1ª) núm. 963/2011, de 11 de enero de 2012 (RJ 2012, 175), en la que se sostiene que supondría una gran indefensión privar a un sujeto de ejercer su defensa ante unos hechos que se le imputan: «al no haber mayor indefensión que la de privar a una persona natural o jurídica de toda oportunidad de defenderse oponiéndose a los hechos que se le imputen y proponiendo prueba al respecto, ninguna sentencia penal firme, ni absolutoria ni condenatoria, podrá determinar por sí sola la condena civil de quien no haya sido parte en el proceso penal (...)». En la misma línea, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.: «Prejudicialidad y vinculación a la declaración de hechos probados...», cit., pág. 15.

hecho del que la acción civil hubiese podido nacer⁴¹⁹. En tal caso, el juez del concurso quedara vinculado por los hechos que se declaren probados en el proceso penal.

La razón de ser de este precepto es, en palabras de AGUILERA MORALES, «eludir la contradicción en lo relativo a unos mismos hechos susceptibles en principio de generar responsabilidad penal (por revestir carácter delictivo) y responsabilidad civil (por revestir carácter dañoso)»⁴²⁰.

Algunos autores han defendido que la eficacia del artículo 116.1 LECrim es la propia de la función negativa o excluyente de la cosa juzgada, de modo que en tal previsión no actúa la función positiva o prejudicial de la cosa juzgada⁴²¹.

En este punto, tendría cabida el supuesto por el que se obtiene una sentencia absolutoria basada en la declaración de que el hecho cometido no es constitutivo de delito, pues ello no impediría que un juez civil accediera al reconocimiento de una indemnización y a la determinación de su cuantía⁴²². En tal sentido se ha pronunciado nuestra jurisprudencia, entre otras, la STS (Sala 1ª) núm. 165/2017, de 8 marzo⁴²³ estableciendo que la sentencia penal absolutoria no produce efectos de cosa juzgada en el proceso civil, a excepción de cuando declare la inexistencia del hecho del que la responsabilidad civil derivaría o que un determinado sujeto no fue autor del hecho. Por

⁴¹⁹ En este punto, tendría también cabida el supuesto expresado por FERNÁNDEZ LÓPEZ por el que se obtiene una sentencia absolutoria basada en la declaración de que el hecho cometido no es constitutivo de delito, pues ello no impediría que un juez civil accediera al reconocimiento de una indemnización y a la determinación de su cuantía (en «Prejudicialidad y vinculación a la declaración de hechos probados...», cit., pág. 16).

⁴²⁰ En *Unos mismos hechos. Un ensayo sobre...*, cit., pág. 93.

⁴²¹ LORCA NAVARRETE, A.: *Derecho procesal penal*, Madrid, 1988, pág. 213. En relación a esta cuestión añade AGUILERA MORALES, M.: *Unos mismos hechos. Un ensayo sobre...*, cit., pág. 94: «se trata, más allá, de una excepción al ámbito mismo en que la cosa juzgada suele desplegar sus efectos, toda vez que estos no se producen respecto de un proceso posterior de la misma naturaleza (penal), sino en un proceso de naturaleza diferente (civil)». Destaca también la STS (Sala 1ª) núm. 652/2010, de 19 de octubre (RJ 2010, 7589).

⁴²² De interés, vid. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.: «Prejudicialidad y vinculación a la declaración de hechos probados...», cit., pág. 16.

⁴²³ RJ 2017, 699.

tanto, si la absolución se basa en la falta de prueba de la autoría del acusado, no existe impedimento para que los hechos y las pruebas puedan volver a valorarse en un ulterior proceso civil se en el plano de la responsabilidad civil, «en el que, junto al criterio estricto de la autoría material, pueden utilizarse otros elementos y criterios de imputación (teoría del riesgo, propiedad de las cosas, culpa *in vigilando* o *in eligendo*, etc.)”».

Además, añade la STC (Sala 1ª) núm. 15/2002, de 28 enero⁴²⁴ que, ante una sentencia absolutoria en la que el juez penal no haya entrado a valorar ni se haya pronunciado sobre las posibles acciones civiles, esta no tiene efectos de cosa juzgada en un posterior proceso civil, dado que «las acciones civiles quedaron imprejuzgadas».

De esta suerte, el juez del concurso en ningún caso queda vinculado por lo decidido por el juez penal cuando la absolución descansa en la ausencia de material probatorio suficiente para desmontar la presunción de inocencia. Así lo ha entendido la STC (Sec. 2ª) núm. 59/1996, de 15 de abril⁴²⁵: «Desde este prisma constitucional, la lectura de la Sentencia impugnada evidencia que la desestimación de la excepción de cosa juzgada se fundó jurídicamente en una interpretación del art. 116 L.E.Crim. y en un entendimiento del relato de hechos probados de la Sentencia penal previa que no pueden tildarse de arbitrarios, patentemente erróneos o manifiestamente irrazonables. Dicho precepto cerraría la vía civil cuando en la penal se declarara la inexistencia del hecho que pudiera dar lugar a aquella acción, pero no cuando la absolución se dictara por la inexistencia de material probatorio suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia (...). Esta argumentación da pie asimismo a la negación de una contradicción fáctica de la resolución impugnada con la dictada en vía penal, pues aquélla sólo afirmaría, desde la perspectiva que le es propia y con nueva actividad probatoria, lo que en esta sería objeto de duda. Por otra parte, frente a la alegación de que en el proceso penal se ejercitó la acción civil, debe advertirse que justamente por cuanto esa acción se sustanció en él, su examen se hallaba condicionado a la existencia de delito, por lo que, al haberse negado ésta, la cuestión Civil (sic) planteada no llegó a ser enjuiciada por lo que mal puede afirmarse que haya cosa juzgada».

⁴²⁴ RTC 2002, 15.

⁴²⁵ RTC 1996, 59.

Por último, se plantea otro supuesto previamente tratado en esta memoria doctoral y muy frecuente en la práctica: que los hechos declarados probados hayan sido el resultado de un consenso entre acusación y defensa, y se plasmen en una sentencia penal de conformidad con ausencia de juicio fáctico. Como ya expusimos, consideramos oportuna ante este escenario la exclusión de la vinculación del juez civil respecto de hechos declarados probados en las resoluciones de conformidad en tanto la Ley no prevé la necesidad de que los hechos en los que se basa la conformidad queden expresamente probados. De hecho, el artículo 787 ter LECrim lo único que exige para el dictado de la sentencia de conformidad es: (i) que la conformidad no se refiera a hechos distintos ni tenga calificación más grave que los que figuren en el escrito de acusación que contenga la pena de mayor gravedad; (ii) que los hechos aceptados estén calificados correctamente y la pena sea procedente según la calificación de los mismos; y (iii) que se preste por el acusado una conformidad voluntaria, debiendo el juez velar por la libre prestación del consentimiento y el pleno conocimiento de las consecuencias que se deriven de este.

Sin embargo, aunque esta sea la tónica general en los juzgados, lo cierto es que esa ausencia de juicio fáctico en el proceder del juzgador revela una manifiesta falta de diligencia por su parte. Con ello, se estaría dictando una resolución sin tener la certeza sobre los hechos que está declarando probados en la misma, pues es frecuente que los acusados, ante el temor a una sentencia condenatoria, admitan determinados hechos perjudiciales para ellos, y que, por acuerdo con la acusación, le suponen una pena inferior a aquella que les pudiera recaer en una sentencia de tal naturaleza.

Es más, el artículo 142.2ª LECrim exige que las sentencias consignen, mediante resultandos numerados, «los hechos que estuvieren enlazados con las cuestiones que hayan de resolverse en el fallo, haciendo declaración expresa y terminante de los que se estimen probados». Por tanto, aunque el propio artículo 787 LECrim no lo exija *stricto sensu*, lo cierto es que el juez tiene obligación de hacer constar en la sentencia aquellos hechos que resulten probados y no, simplemente, los conformados entre las partes. De hecho, así lo exige también el propio TS⁴²⁶.

⁴²⁶ Al respecto, la STS (sala 2ª) núm. 246/2022, de 16 de marzo (RJ 2022, 1516) mantiene que nuestra jurisprudencia tiene establecido como requisito imprescindible que las sentencias penales han de contener

5.3. La sentencia de calificación concursal con pronunciamiento en materia de responsabilidad civil anterior a la sentencia penal

Por último, es posible que se dicte una sentencia de calificación con pronunciamiento en materia de responsabilidad civil con anterioridad a la sentencia en el ámbito penal.

De la misma forma que ocurría en el primero de los escenarios enunciados, de existir un pronunciamiento de responsabilidad civil en sede concursal con carácter previo a la sentencia penal, este es vinculante en el enjuiciamiento penal cuando concurra una identidad de acciones.

En esta línea, la STC (Sala 2ª) núm. 367/1993, de 13 de diciembre⁴²⁷ dispuso que la sentencia dictada en el juicio de cognición civil, al ser firme, tenía efectos de cosa juzgada, vinculando tanto a las partes como al juez de la apelación del juicio de faltas que no podía ignorarla, pues, además, fue alegada y aportada a los autos por el apelado. Concluyó que lo contrario supondría admitir que dos órganos judiciales, ante los mismos hechos y desde idéntica perspectiva jurídica (la responsabilidad civil extracontractual del art. 1902 CC), pueden llegar a dictar de forma consciente resoluciones contradictorias entre sí.

un relato de hechos probados que la justifique, en tanto deben relacionarse con los fundamentos jurídicos contenidos en la misma. Esto exige «que la descripción fáctica sea lo suficientemente clara y desprovista de dudas, al menos en los aspectos a los que se aplica el derecho, como para permitir la adecuada subsunción de la conducta en el correspondiente precepto sustantivo, de forma que la relación de hechos, su calificación jurídica y el fallo formen un todo congruente [SSTS (Sala 2ª) 945/2004, de 23 de julio (RJ 2004, 4135), y 94/2007, de 14 de febrero (RJ 2007, 1482)]».

⁴²⁷ RTC 1993, 367.

6. EL PAPEL DEL MINISTERIO FISCAL EN LA SECCIÓN DE CALIFICACIÓN

La independencia entre los procesos concursales y penales expuesta hasta este momento implica necesariamente cuestionar la intervención de Ministerio Fiscal en el seno del concurso y, en concreto, en la sección de calificación.

Hasta la entrada en vigor de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, el artículo 509 TRLC preveía la condición de parte del Ministerio Fiscal en la sección sexta sin necesidad de comparecencia en forma. Su misión consistía en la emisión de un dictamen –con la misma estructura que la del informe de la administración concursal– que reflejara las causas que permitían calificar el concurso como fortuito o culpable y, en este último supuesto, determinar los daños y perjuicios que, en su caso, se hubieran causado por las personas afectadas por la calificación y las que, a su juicio, fueran cómplices.

Sin embargo, en aquel momento la sección de calificación no se iniciaba en todos los concursos. Según dispuso el legislador, así ocurría en aquellos en los que se aprobase un convenio que estableciera para todos los créditos o para los de una o varias clases o subclases de las fijadas en la ley, una quita inferior a un tercio del importe de esos créditos o una espera inferior a tres años, salvo que resultase incumplido. De este modo, el Ministerio Fiscal quedaba, por tanto, excluido de aquellos concursos no calificables, en aplicación del principio de oportunidad legalmente establecido, que impide valorar la conducta del deudor cuando, mediante la vía del convenio, se alcanza un grado razonable de satisfacción de los acreedores⁴²⁸.

Esta obligatoria intervención en los concursos “calificables” existente hasta la antedicha reforma fue motivo de división doctrinal entre quienes consideraban su

⁴²⁸ LAFUENTE TORRALBA, A.J.: «Consideraciones sobre la función del Ministerio Fiscal en la calificación del concurso», *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia*, Thomson Reuters Civitas, Navarra, 2013, pág. 519.

intervención necesaria ante el evidente interés público subyacente⁴²⁹ y quienes no apreciaban ventaja alguna en dicha participación⁴³⁰.

6.1. Argumentos a favor de la intervención del Ministerio Fiscal

La postura de quienes sostienen el carácter innecesario del Ministerio Fiscal en la sección de calificación encuentra acomodo en lo previsto en la Exposición de Motivos de la Ley Concursal de 2003, apartado VIII: «Los efectos de la calificación se limitan a la esfera civil, sin trascender a la penal ni constituir condición de prejudicialidad para la persecución de las conductas que pudieran ser constitutivas de delitos. (...) la ley mantiene la neta separación de ilícitos civiles y penales en esta materia»—, pero no debe obviarse que, junto al interés jurídico-privado subyacente en el proceso de calificación, pervive un evidente interés público basado en la necesidad de preservar la seguridad del tráfico mercantil, evitando la reiteración de comportamientos dolosos e imprudentes, e impidiendo la afectación potencial de los intereses de terceros⁴³¹. En este sentido, TOMÁS

⁴²⁹ Ibidem, pág. 520; y PÉREZ BENÍTEZ, J.J.: «Problemas procesales de la calificación del concurso», *Anuario de derecho concursal*, Nº 14, 2008, versión digital, pág. 13.

⁴³⁰ Al respecto, GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N.: «La pretensión de calificación en el concurso de acreedores», *Diario La Ley*, Nº 6356, 2005, pág. 6, refiere que, mientras la calificación de la quiebra como culpable o fraudulenta constituía un presupuesto necesario del proceso, resultaba justificada la intervención del Ministerio Fiscal. Sin embargo, suprimida dicha exigencia como condición para la persecución del delito, la participación del Ministerio Público carece de utilidad, tanto desde la perspectiva de la eficacia en la actuación penal como desde el enfoque del carácter parcialmente sancionador del proceso.

⁴³¹ Al respecto, LAFUENTE TORRALBA, A.J.: «Consideraciones sobre la función del Ministerio Fiscal...», cit., pág. 520, sostiene que no solo se trata de dar cobijo a la masa de acreedores aglutinada en el proceso concursal, sino de proteger al mercado y a todos aquellos que en un futuro pudieran relacionarse con el afectado por la calificación. En similar sentido, URÍA GONZÁLEZ, R., MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E.: «Órganos y calificación de la quiebra», *Curso de derecho mercantil* (Dir. URÍA GONZÁLEZ y MENÉNDEZ MENÉNDEZ), Vol. II, Thomson Civitas, Navarra, 2001, pág. 915, mantienen que la calificación de la quiebra es una evidente manifestación del interés público de este procedimiento, resaltando que la finalidad fundamental de la calificación de la quiebra que se desprende de la regulación del Código de Comercio es la de «conectar la declaración de quiebra con la posible responsabilidad penal del quebrado»; y RAMÍREZ, J.A.: *La quiebra*, Vol. III, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1998, pág. 2071: «al Estado le interesa no dejar impune al comerciante que, por causas a él imputables, llegó a tal estado, dejando así sentado el carácter público de la propia institución».

TOMÁS⁴³² considera que el restablecimiento del orden legal y salvaguarda de ese interés público se consigue por una doble vía: en primer lugar, mediante la expulsión de la empresa deudora que no haya saldado todas sus deudas (arts. 465.4º y 5º y 485 TRLC); y, seguidamente, a través del reproche en sede concursal de aquellas conductas del deudor, representantes legales, administradores o liquidadores, directores generales que hubieran generado o agravado el estado de insolvencia mediante dolo o culpa grave (arts. 442 y 455 y ss. TRLC)⁴³³.

Además de entender como máximo exponente de la tutela del interés público la sanción de inhabilitación para administrar bienes ajenos durante un período de dos a quince años y para representar a cualquier persona durante el mismo período (art. 455.2.2º TRLC), esta medida supone una privación de derechos que debe ser objeto de supervisión por el Ministerio Fiscal. De hecho, hay quien considera que este debe agilizar, asimismo, la protección de los acreedores derivados de la insolvencia criminal, «interesando la insustituible ayuda de la jurisdicción mercantil especializada en la que se pueda proteger la masa activa y ordenar la masa pasiva. Es decir, se aprecia la ausencia de cauces legales para, simbióticamente con la jurisdicción mercantil pueda atender a las masas activas y pasivas del concurso derivado de la instrucción penal»⁴³⁴.

A mayor abundamiento, tal y como ya se expuso, hemos constatado la existencia de conductas que son susceptibles tanto de reproche penal, por vía de insolvencias punibles, como de reproche en el ámbito del concurso, en tanto presupuesto para la calificación culpable del mismo. Concurriendo identidad de conductas perseguibles,

⁴³² En *La masa patrimonial como parte en el proceso concursal*, Thomson Reuters Aranzadi, cit., pág. 470.

⁴³³ Otros autores mantienen la tesis contraria: la inexistencia de un interés jurídico-público en el concurso. De esta opinión, vid. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A.: *La calificación del concurso*, cit., pág. 28: «En efecto, la absoluta independencia de los órdenes civil y penal, así como los efectos exclusivamente jurídico-privados que tiene anudada la calificación del concurso, son razones más que suficientes como para desdibujar la presencia de un interés jurídico-público, al menos tal y como se ha venido entendiendo tradicionalmente entre nosotros, en la apertura y sustanciación de la sección de calificación del concurso».

⁴³⁴ IBÁÑEZ ASTABURUAGA, J.: «La nueva figura del ministerio fiscal y los acreedores en la pieza de calificación», *Derecho Concursal Penal* (Coord. DE URBANO CASTRILLO y GARCÍA MARTÍNEZ), Aranzadi La Ley, Madrid, 2025, pág. 192. En el mismo sentido, vid. SAP de Madrid núm. 124/2024, de 7 de marzo (JUR 2024, 157808).

resulta chocante la postura de aquellos autores que entienden que existe justificación para la intervención del Ministerio Fiscal en un proceso penal por insolvencia punible y, sin embargo, no lo esté en la sección de calificación concursal.

En este sentido, destaca la opinión de GARCÍA-CRUCES⁴³⁵ que, si bien dubita acerca de la necesidad de mantener la figura del Ministerio Fiscal, entiende que su presencia puede estar justificada ante pronunciamientos de inhabilitación derivados de la sentencia de calificación.

De igual modo se pronunciaban CERDÁ ALBERO y SANCHO GARGALLO⁴³⁶, al señalar que, aunque procede distinguir la calificación penal de la civil, la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso concursal tiene su razón de ser en que las consecuencias de la calificación exceden la mera satisfacción de un interés particular, en tanto puede afectar a la situación jurídica de un sujeto por medio de la limitación de su capacidad de obrar.

Amén de lo expuesto, consideramos que la finalidad por excelencia de la intervención del Ministerio en la sección de calificación concursal es la coordinación de jurisdicciones (civil y penal). En este sentido, la Instrucción 1/2013 considera que en su intervención en el proceso concursal «subyace la intención del Legislador de que el Ministerio Público realice una primera evaluación de las circunstancias que han conducido a la crisis, a fin de que, si aparecen *prima facie* elementos con posible trascendencia penal, pueda servirse de esta información para promover la apertura de un procedimiento de este tipo»⁴³⁷. En correlación con lo anterior, el artículo 4 TRLC recoge implícitamente esa función coordinadora al prever que, cuando en las actuaciones por delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, afloren indicios de estado

⁴³⁵ En *La calificación del concurso*, cit., pág. 28.

⁴³⁶ En *Quiebras y suspensiones de pagos: claves para la reforma concursal*, Colección Estudios Económicos N.º 25, Barcelona, 2001, pág. 128.

⁴³⁷ En este sentido, declaraba expresamente la Circular 1/1995, de 6 de abril: «la actuación del Ministerio Fiscal en las quiebras es limitada, y que el motivo determinante es la persecución de hechos hábiles para integrarse en la estructura de cualesquiera de los tipos de quiebras punibles». También de interés, IBÁÑEZ ASTABURUAGA, J.: «La nueva figura del ministerio fiscal y los acreedores en la pieza de calificación», cit., pág. 190.

de insolvencia de algún presunto responsable penal, el Ministerio Fiscal solicitará al juez que conozca de la causa la comunicación de aquellos hechos a los acreedores cuya identidad resulte de las actuaciones penales en curso, para que, si lo estiman procedente, soliciten la declaración de concurso o ejerciten las acciones que les correspondan⁴³⁸. Dicho precepto adiciona que, de igual modo, el Ministerio Fiscal le instará también a que comunique tales hechos al juez competente para conocer del concurso del deudor por si ya este se encontrase ya declarado. Concorre, pues, en el Ministerio Fiscal el nexo de unión entre ambos procedimientos, siendo parte intermediaria entre los jueces de las dos jurisdicciones.

A este respecto, destaca la SAP de Navarra núm. 394/2015 de 26 octubre⁴³⁹, en la que se desestima la alegación de vulneración del principio *non bis in idem* basada en la supuesta infracción del artículo 163.2 LC (actual art. 462 TRLC), por haberse remitido testimonio de la sentencia de calificación al juez penal ante el que se sustanciaba un procedimiento por los mismos hechos que motivaron la calificación culpable. En ella sostiene el Tribunal que dicho precepto no impide que, si durante la sustanciación de la sección se evidencian conductas que pudieran ser constitutivas de delito, se dé noticia de ello a los órganos encargados de su investigación, sin perjuicio de que los hechos y la calificación concursal no vinculen a la jurisdicción penal. Entiende, asimismo, que los artículos 163 LC –actuales artículos 462 y 519 TRLC, respectivamente– posibilitan la compatibilidad de los dos ámbitos de enjuiciamiento, descartando la prejudicialidad penal en el concurso. De este modo refería la aludida sentencia «en cuanto a la vulneración de la prohibición de la doble sanción por la existencia previa de un procedimiento penal que investiga los mismos hechos desde 2010, la remisión del testimonio acordado no implica *per se* que se dé un doble enjuiciamiento de los mismos hechos; no obstante, para evitar la eventual apertura de una nueva investigación penal a consecuencia de la remisión del testimonio, basta con modificar su destinatario, procediendo acordar que el mismo lo sea el Ministerio Fiscal y no el Juzgado Decano como se acordó en la sentencia de

⁴³⁸ En la misma línea, se hace constar en el apartado V de la Exposición de Motivos de la Ley 16/2022 lo siguiente: «Por ello, la ocultación de información relevante, la manipulación de datos o la aportación de documentación incorrecta o no enteramente veraz tiene consecuencias severas. Es causa expresa de calificación culpable, se pone en conocimiento del Ministerio Fiscal».

⁴³⁹ JUR 2016,148322.

calificación». Se observa pues, nuevamente, que debe ser la figura del Ministerio Fiscal quien se encargue de gestionar la convivencia y coexistencia de procedimientos por unos mismos hechos en los dos ámbitos jurisdiccionales antedichos.

En este sentido, hay autores⁴⁴⁰ que consideran necesario un esfuerzo legislativo que dote al Ministerio Fiscal de «facultades adicionales a las hodiernamente previstas por el ordenamiento jurídico», sobre la base de dos ejes: la especialización orgánica del Ministerio Fiscal, dirigida a la protección del orden público civil, agilizando los procedimientos concursales y otorgándoles mayores garantías; y la ampliación de facultades en la tramitación del procedimiento concursal, con posibilidad de intervenir en otras fases del mismo distintas de la de calificación interesando medidas patrimoniales (ej.: impugnando operaciones de la concursada y de la administración concursal, solicitando la inclusión de créditos procedentes de actuaciones penales, etc.).

Finalmente, en relación al novedoso artículo 450 bis TRLC regulador de la transacción en la fase de calificación⁴⁴¹, parte de la doctrina considera la intervención del Ministerio Fiscal beneficiosa en aras a facilitar los acuerdos transaccionales pues, a su juicio, se reforzaría la defensa de los intereses de los acreedores, se garantizaría el ejercicio de la acción penal cuando procediera y se permitiría alcanzar un acuerdo transaccional cuando el Ministerio Fiscal no considere los hechos constitutivos de delito⁴⁴². Sin embargo, obvian el hecho de que la transacción únicamente afectará al contenido económico de la calificación, quedando el enjuiciamiento de la posible conducta penal excluida de su ámbito⁴⁴³.

⁴⁴⁰ Cfr. IBÁÑEZ ASTABURUAGA, J.: «La nueva figura del ministerio fiscal y los acreedores en la pieza de calificación», cit., págs. 196 a 200. Dicho autor entiende que la colaboración entre la jurisdicción mercantil y el Ministerio Fiscal debe extenderse incluso a los procedimientos paraconcursoales en los que fuera necesaria la emisión de informe sobre hechos que pudieran ser contrarios al orden público o que revistan indicios de criminalidad.

⁴⁴¹ Sobre la cuestión ahondaremos en el capítulo VIII, apartado 3.4, de este trabajo.

⁴⁴² Cfr. RODRÍGUEZ DÍAZ, N.: «La transacción en la sección de calificación: un antiguo derecho en un nuevo precepto», *Derecho Concursal Penal* (Coord. DE URBANO CASTRILLO y GARCÍA MARTÍNEZ), Aranzadi La Ley, Madrid, 2025, págs. 226 a 228.

⁴⁴³ Al respecto, vid. capítulo VIII, apartado 3.4 de esta memoria doctoral.

6.2. Argumentos en contra de la intervención del Ministerio Fiscal

Frente a lo expuesto, hay autores que sostienen que la intervención del Ministerio Fiscal es del todo innecesaria⁴⁴⁴. Estas posturas se apoyan en el artículo 262 LECrim, esto es, en la obligación de denuncia del juez del concurso y del administrador concursal ante organismo que se estimase oportuno⁴⁴⁵ respecto a aquellos delitos que puedan haberse cometido en la creación o agravamiento de la insolvencia o en el seno del concurso.

Esta es la posición que ha adoptado el legislador en la nueva redacción del TRLC dada por la Ley 16/2022, en la que, además de extender la sección de calificación a todos los concursos (cfr. nuevo artículo 446 TRLC), ha decidido suprimir la condición de parte del Ministerio Fiscal dentro de la sección de calificación, limitando tal condición, a «la administración concursal y, si comparecen en ella, las personas que, según el informe de calificación, pudieran quedar afectadas por la calificación y los acreedores que hubieran propuesto en tiempo y forma la calificación del concurso como culpable» (art. 509 TRLC). La justificación de dicha supresión se localiza en el apartado VII de la Exposición de Motivos de la referida norma: «La presente ley mantiene la calificación del concurso de acreedores, aunque con importantes innovaciones relativas a la presentación del informe de calificación, con continuidad de plazos para acelerar la tramitación de la sección sexta, y a la supresión del dictamen del Ministerio Fiscal. Esta omisión se compensa con el reconocimiento de la legitimación a los acreedores que alcancen un determinado porcentaje del pasivo para presentar informe de calificación simultánea e independientemente del informe del administrador concursal, solicitando que el concurso sea calificado como culpable».

Desaparecido el Ministerio Fiscal dentro de la sección de calificación del concurso, se instaura una mínima previsión respecto a dicho órgano en el artículo 450 bis TRLC. Según lo dispuesto en este precepto, solo en el caso de que en los informes de calificación se ponga de manifiesto la posible existencia de un hecho constitutivo de delito no perseguible únicamente a instancia de la persona agraviada, procede que el juez,

⁴⁴⁴ GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N.: «La pretensión de calificación...», cit., pág. 6.

⁴⁴⁵ Ministerio Fiscal, Tribunal competente, Juez de instrucción y, en su defecto, al municipal o al funcionario de policía más próximo al sitio si se tratare de un delito flagrante.

en la misma resolución por la que acuerde el emplazamiento de las personas que pudieran quedar afectadas por la calificación o declaradas cómplices, lo ponga en conocimiento del Ministerio Fiscal ante un eventual ejercicio de la acción penal. La misma intervención tiene lugar dentro del procedimiento de microempresas según prevé el artículo 688.2 TRLC⁴⁴⁶.

Sin embargo, ratificarse en esta postura no implicará *per se* la ralentización de la justicia: si la intervención del Ministerio Fiscal en la sección de calificación concursal permite su toma de contacto directa con hechos que, en muchas ocasiones, revisten carácter delictivo y, en consecuencia, le habilita para actuar directamente sin necesidad de que sea un tercero quien dé la voz de alarmar, entendemos más que justificada su presencia en esta fase del concurso. Lo cual junto a la obligada protección del interés público⁴⁴⁷ y de la limitación de derechos (ej.: inhabilitación para la administración de bienes ajenos), constituyen argumentos de suficiente peso para conservar la figura del Ministerio Fiscal en sede concursal. Además, el liberar al juez del concurso y a la administración concursal de la carga de valorar si unos hechos revisten o no carácter penal

⁴⁴⁶ El art. 688.2 TRLC establece que, si el juez, las partes o, en su caso, la administración concursal, advirtieran la posible existencia de un hecho que revista apariencia de delito no perseguible únicamente a instancia de persona agraviada, se acordará dar traslado del expediente judicial electrónico al Ministerio Fiscal por si hubiere lugar al ejercicio de la acción penal.

⁴⁴⁷ Respecto a la justificación de la necesidad de intervención del Ministerio Fiscal en la sección de calificación basada en el interés público y rigor punitivo, concluye LAFUENTE TORRALBA, A.J.: «Consideraciones sobre la función del Ministerio Fiscal...», cit., pág. 520: «A mi modesto entender, el indicado interés público y el rigor punitivo asociado a la calificación justifican suficientemente la intervención del Ministerio Fiscal, cuya labor como garante del interés público y general trasciende –no lo olvidemos– la limitada órbita de los procesos penales. Estas consideraciones se ven respaldadas por un dato adicional: por más que la calificación del concurso en sede civil y la persecución penal de las insolvencias punibles sean independientes la una de la otra y se encuentren formalmente desvinculadas (art. 163.2 LC, art. 260.3 y 4 CP), lo cierto es que la descripción típica de varias figuras delictivas coincide sustancialmente con diversos supuestos de concurso culpable (vid. arts. 164.1 LC y 260.1 CP; arts. 164.2.2º LC y 261 CP; arts. 164.2.4º LC y 257.1 CP). Siendo similares las conductas merecedoras de reproche y siendo, por tanto, similar la intensidad de la amenaza al interés público, no se entiende qué sentido tendría mantener la intervención del fiscal en la causa penal y excluirla, en cambio, en el proceso civil de calificación».

permite una mayor agilidad en la tramitación del procedimiento, centrándose en el trabajo que realmente les compete.

A ello se suma la crítica de algunos autores que consideran que dicho precepto (art. 450 bis TRLC), constituye una *rara avis* innecesaria, que obliga a remitir todos los informes de calificación al Ministerio Fiscal en tanto los tipos penales que sanciona la insolvencia empresarial *ex* artículos 259 a 261 bis CP, y los relacionados con el mundo empresarial como el alzamiento de bienes (art. 257 CP), apropiación indebida (art. 253 CP), los delitos societarios (arts. 291 y 292 CP) y la administración desleal (art. 295 CP) son coincidentes con los hechos y presunciones de culpabilidad⁴⁴⁸.

6.3. Supresión del Ministerio Fiscal en la calificación como primer paso para la extinción de dicha sección

El apartado VII de la Exposición de Motivos de la Ley 16/2022, inmediatamente antes de explicar la justificación de la supresión de la intervención del Ministerio Fiscal, establece: «La Directiva [2019/1023⁴⁴⁹] no contiene previsiones específicas en materia de calificación del concurso, dado que se trata de una institución que no tiene reflejo en el resto de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, en los que, por el contrario, se encuentra muy desarrollado el Derecho penal de la insolvencia, con funciones parcialmente semejantes a las de la calificación. La presente ley mantiene la calificación del concurso de acreedores, aunque con importantes innovaciones relativas a la presentación del informe de calificación, con continuidad de plazos para acelerar la tramitación de la sección sexta, y a la supresión del dictamen del Ministerio Fiscal»⁴⁵⁰.

⁴⁴⁸ Cfr. FORTEA GORBE, J.L.: «La calificación del concurso», cit. págs. 1719 y 1720.

⁴⁴⁹ Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia).

⁴⁵⁰ En tal sentido, señala el Informe del Consejo Fiscal de 28 de diciembre de 2021: «se pasa de una intervención del Ministerio Fiscal que devenía obligatoria para la emisión del preceptivo dictamen de calificación (fortuita o culpable del concursado), de conformidad con el artículo 449 TRLC, a suprimir su actuación en la pieza y pasar a ser un mero receptor de la deducción de testimonio por parte del órgano

Ante tal redacción debemos plantear una eventual desaparición de la sección de calificación, de modo que se unifique de esa forma el criterio adoptado por el resto de ordenamientos jurídicos de nuestro entorno ⁴⁵¹. A modo de ejemplo, GURREA MARTÍNEZ⁴⁵² hace referencia a los sistemas seguidos en Reino Unido, Estados Unidos, Francia y Alemania, en los que se prevén sanciones para los deudores merecedores de castigo, pero no por la vía del “etiquetado previo”, esto es, por la calificación de fortuito o culpable⁴⁵³. Sostiene que el hecho de que no exista una etiqueta previa de los deudores no implica en absoluto la ausencia de sanción. Expone que en los ordenamientos de otros países se adoptan alguna de estas posturas: reprimir, sin más, los actos y omisiones que provoquen un daño patrimonial a los acreedores como consecuencia del incumplimiento de los deberes de los administradores en situaciones de insolvencia o pre-insolvencia; establecer un sistema de inhabilitaciones con la finalidad de reprimir las conductas cometidas por el deudor o administradores sociales –en caso de personas jurídicas– que su legislador considere perjudiciales para los intereses del mercado o, en general, de terceros; o, en su caso, iniciar un juicio penal paralelo ante la posible concurrencia de connotaciones de fraude de acreedores u otro tipo de actuación delictiva.

A tal reflexión se suma el hecho de que, en el vigente TRLC, la fase de calificación no es obligatoria en el procedimiento especial para microempresas ni en los concursos sin masa en los que no llegue a producirse el nombramiento de administración concursal. Todo lo cual deja entrever la intención del legislador de suprimir en un futuro la aludida sección de calificación.

judicial en los supuestos de la puesta de manifiesto por los informes de calificación de la posible existencia de un hecho constitutivo de delito no perseguible a instancia de parte (artículo 405 bis APL)», concluyendo que la intervención del Ministerio Fiscal en el concurso «se asimila a una función facultativa» dada su intervención esporádica en la fase de calificación.

⁴⁵¹ Al respecto, vid. IBÁÑEZ ASTABURUAGA, J.: «La nueva figura del ministerio fiscal y los acreedores en la pieza de calificación», cit., págs. 188 y 189; y RODRÍGUEZ DÍAZ, N.: «La transacción en la sección de calificación: un antiguo derecho en un nuevo precepto», cit., págs. 224 y ss.

⁴⁵² En «La incomprensible vigencia de la sección de calificación...», cit., págs. 11 a 13.

⁴⁵³ Junto a España, Uruguay se configura como una de las excepciones a la línea seguida por la mayoría de países de nuestro entorno, previendo un sistema de calificación concursal similar al nuestro. Vid. arts. 192 y ss. de la Ley 18.387 de 24 de octubre de 2008.

El artículo 716 TRLC contiene la regulación de la calificación dentro del procedimiento de microempresas y, exclusivamente, tras la apertura de la liquidación. A diferencia del carácter obligatorio de la sección de calificación para todos los concursos *ex* artículo 446 TRLC⁴⁵⁴, en contraposición a sus orígenes, en el procedimiento especial para microempresas el legislador deja a elección de la administración concursal –en caso de que hubiera sido nombrada–, de los acreedores que representen al menos el diez por ciento del pasivo y de los socios personalmente responsables de las deudas, la solicitud de la apertura de fase de calificación (denominada para esta nueva clase de concursos como «calificación abreviada»⁴⁵⁵). Asimismo, puede instarla cualquier acreedor⁴⁵⁶ siempre y cuando el deudor hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los formularios normalizados remitidos o en los documentos que los acompañen, o cuando hubiera presentado documentos falsos.

Y es que, tras la reforma del CP operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, como ya indicamos en apartados precedentes, el delito de insolvencia punible ya no exige como requisito de procedibilidad la previa declaración de concurso, siendo simplemente necesario que «el deudor haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles» (art. 259.4 CP). En consecuencia, el delito de insolvencia punible

⁴⁵⁴ En tal sentido, vid. SSAP de Madrid (Sec. 28ª) núm. 27/2016 de 25 de enero (JUR 2016, 32426), núm. 271/2016, de 8 de julio (JUR 2016, 199522), y núm. 161/2017, de 24 de marzo (JUR 2017, 182228). Sin embargo, tras la entrada en vigor de la Ley 16/2022, el contenido de dicho apartado segundo fue suprimido, estableciendo con ello el legislador la sección de calificación como una fase más obligatoria en todos los concursos. De interés, vid. LADRÓN RODA, T.: «La sentencia de calificación», cit., págs. 113 y ss.

⁴⁵⁵ La sección de calificación en el procedimiento especial para microempresas también se hace eco de la esencia del mismo, pretendiendo el legislador una tramitación más ligera y ágil descrita en el art. 717 TRLC y que justifica la denominación recibida. Además de su tramitación, como diferencia significativa con la “calificación ordinaria”, se prevé como presunción *iure et de iure* la comisión de inexactitud grave por el deudor en cualquiera de los formularios normalizados remitidos o en los documentos acompañados a los mismos presentados durante la tramitación del procedimiento especial, o la presentación de documentos falsos (arts. 718.2 TRLC, en relación con el 688 del mismo texto legal). Al respecto, vid. CAMPUZANO LAGUILLO, A.B.: «La sección de calificación concursal», *Derecho Concursal Penal* (Coord. DE URBANO CASTRILLO y GARCÍA MARTÍNEZ), Aranzadi La Ley, Madrid, 2025, págs. 76 y ss.

⁴⁵⁶ Respecto a la carga añadida a los acreedores de perseguir la culpabilidad tras la supresión de la figura del Ministerio Fiscal en fase de calificación, vid. IBÁÑEZ ASTABURUAGA, J.: «La nueva figura del ministerio fiscal y los acreedores en la pieza de calificación», cit., págs. 194 a 196.

se constituye como un instrumento del que podrán hacer uso los acreedores al margen del procedimiento concursal, máxime cuando todas las conductas que motivaban la declaración como culpable del concurso tienen ahora acomodo dentro de los artículos 259 a 261 CP⁴⁵⁷, y el legislador, además, ha posibilitado la comisión imprudente de dicho delito (art. 259.3 CP).

Es generalmente admitido en la doctrina que en la calificación del concurso se lleva a cabo el enjuiciamiento del deudor respecto a la generación o agravación de su estado de insolvencia, con la finalidad de depurar las oportunas responsabilidades civiles. Sin embargo, GURREA MARTÍNEZ ⁴⁵⁸ mantiene que determinados procederes del concursado, causa para la calificación del concurso como culpable, no siempre tienen por qué generar o agravar el estado de insolvencia. Es por ello que dicho autor sostiene que la verdadera finalidad de la calificación concursal es la de reprimir «determinadas conductas que, a juicio del legislador, se consideran perjudiciales para los intereses de terceros, y entre las que se encontraría, sin duda alguna, la generación o agravación dolosa o gravemente culposa de una situación de insolvencia»⁴⁵⁹.

⁴⁵⁷ Incluso en el caso de que alguna de ellas no estuviera expresamente prevista, el art. 259.1.9ª CP dispone una cláusula general que permitiría sancionar por insolvencia punible «cualquier otra conducta activa u omisiva que constituya una infracción grave del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos y a la que sea imputable una disminución del patrimonio del deudor o por medio de la cual se oculte la situación económica real del deudor o su actividad empresarial».

⁴⁵⁸ En «La incomprensible vigencia de la sección de calificación...», cit., pág. 14: «Tal sería el caso de los supuestos previstos en el artículo 164.2-1º de la Ley Concursal (esto es, incumplimiento sustancial del deber de llevanza de la contabilidad, llevanza de doble contabilidad o irregularidad contable relevante para la comprensión de la situación financiera o patrimonial del deudor), así como el supuesto previsto en los artículo 164.2-2º (inexactitud grave en los documentos acompañados a la solicitud de concurso), o incluso el artículo 164.2-6º de la Ley Concursal, donde igualmente se impone la calificación culpable por el mero hecho de que el deudor hubiera realizado actos jurídicos para simular una situación financiera ficticia, con independencia de que su situación financiera real hubiera sido la misma o incluso mejor a la manifestada al mercado».

⁴⁵⁹ Postura mantenida también por MACHADO PLAZAS, J.: *El concurso de acreedores culpable. Calificación y responsabilidad concursal*, Civitas, Navarra, 2006, pág. 18: «no se trata de un expediente represor del deudor concursal por el mero hecho de la insolvencia, sino de un mecanismo jurídico de valoración de la conducta del deudor que ha podido, de forma inmediata o mediata, a través de la realización de actos u

En la postura descrita⁴⁶⁰ subyace una idea: la supresión o, al menos, la modificación de la sección de calificación. La eliminación implicaría que las conductas indebidas fueran bien sancionadas al margen del derecho concursal, esto es, por medio del derecho penal, bien mediante su puesta de manifiesto y sanción en cualquier fase del proceso concursal. Por el contrario, la modificación de la fase de calificación pasaría por suprimir el etiquetado de los deudores previo a la imposición de sanciones en sede concursal o, subsidiariamente, por hacer depender el carácter fortuito o culpable del concurso del carácter fortuito o culpable de la insolvencia y no de la simple concurrencia de los procederes establecidos por el legislador⁴⁶¹.

omisiones, infringir deberes inherentes a una regular y prudente administración patrimonial, así como vulnerar deberes de naturaleza concursal (...)).

⁴⁶⁰ Vid. GURREA MARTÍNEZ, A.: «La incomprensible vigencia de la sección de calificación...», cit., págs. 22 y ss.

⁴⁶¹ Ibidem, pág. 25. El autor considera que las presunciones *iuris et de iure* de calificación culpable del concurso no se encuentren justificadas, a excepción de dos casos: el primero, que impliquen, necesariamente, una intención fraudulenta; y, el segundo, que tengan relación directa con la generación o agravación de la insolvencia. Tras analizar el artículo 164.2 LC, observa que no todos los hechos de concurso culpable cumplen con estos requisitos: por ejemplo, la comisión de irregularidades contables relevantes o el incumplimiento sustancial del deber de llevanza de la contabilidad. Sin embargo, parece obviar este autor que las presunciones *iuris et de iure* que prevé el art. 443 TRLC se erigen en conductas que, por sí mismas, revisten carácter “delictivo” y, en muchas ocasiones, es muy difícil la prueba en contrario. Así lo han entendido GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A.: *La calificación del concurso*, cit., pág. 36: «Ahora bien, la realidad pronto manifestó las dificultades probatorias que acompañan cualquier labor de calificación de la conducta del deudor común u; en los supuestos de personas jurídicas, del actuar de sus administradores o liquidadores, tanto si lo fueran de derecho como de hecho. Estas dificultades explican que el Legislador, siguiendo en este punto los precedentes, incorpore en la vigente LC ciertas presunciones que, basadas en el incumplimiento de deberes básicos que recaen sobre el comerciante o, bien, atendiendo a otro tipo de circunstancias relevantes, aligeran la carga de la prueba y facilitan extraordinariamente la posibilidad de la calificación, constituyendo, al menos en numerosas ocasiones, el instrumento que hace posible la represión de la conducta seguida por el deudor común o por quienes conformaron su voluntad». Añade el autor que esta decisión del legislador de fijar una regla presuntiva de culpabilidad en el concurso fue cuestionada por entender que podría vulnerar el art. 24 CE. Sin embargo, tal cuestión fue zanjada por la TS. Al respecto, la STS (Sala 1ª) de 10 de diciembre de 1985 (RJ 1985, 6432) estableció que la presunción de inocencia *ex art. 24 CE*, consustancial al estado de Derecho que proclama, debe relacionarse con todo el conjunto del ordenamiento jurídico en vigor, no concurriendo vulneración cuando existe una norma

A nuestro juicio, de las opciones propuestas, tendría una mayor viabilidad la supresión de la calificación mediante el desvío del castigo de aquellas conductas indeseables mediante la sustanciación de un proceso penal. Por el contrario, sancionar las mismas en cualquier fase del procedimiento erradicando la fase de calificación exigiría diseñar una nueva tramitación que permitiera ventilar la cuestión en el concurso, lo que nos lleva, en definitiva, nuevamente a la creación de una sección de calificación. Ello se une al sinsentido de retirar el “etiquetado previo” de los deudores mediante la nomenclatura de concurso fortuito y concurso culpable, máxime cuando la imposición de una sanción, en cualquier ámbito, exige la previa declaración de responsabilidad del sujeto sancionado⁴⁶². De igual modo ocurriría si se propusiera eliminar del fallo de las sentencias penales la declaración de inocente o culpable, cuando es tal condición la que permite la adopción de las consecuencias legales oportunas y la imposición de las penas correspondientes.

A favor de suprimir la sección de calificación se postula, asimismo, BERMÚDEZ ÁVILA⁴⁶³: «La respuesta que se propone es la suspensión del enjuiciamiento civil en favor del reproche penal de la conducta del deudor, que incluirá también la reparación del daño causado, cuya distribución entre los acreedores deberá hacerse, eso sí, en el

específica que, de por sí, establezca presunción legal de culpabilidad civil con posible proyección penal posterior. En el mismo sentido, vid. STS (Sala 1ª) de 22 de noviembre de 1985 (RJ 1985, 5627).

⁴⁶² Por aplicación analógica, debemos remitirnos al principio de responsabilidad de la potestad sancionadora en el ámbito administrativo, cuyo acomodo legal se encuentra en el art. 28 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en virtud del cual, solo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, y los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, cuya capacidad obrar sea reconocida por Ley, cuando resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa.

⁴⁶³ En «Suspensión de la pieza de calificación por prejudicialidad penal...», cit., págs. 436. En su pág. 463 refiere que, solo el derecho penal, por medio de la amenaza de una sanción personal, se revela eficaz para prevenir conductas fraudulentas y, posteriormente, mediante sus herramientas de investigación y aseguramiento, permite sancionar dichas conductas y proceder a la incautación de los bienes del deudor con el fin de satisfacer, en la medida de lo posible, los créditos pendientes. La experiencia práctica demuestra que la pieza de calificación en el procedimiento concursal, además de presentar una notable complejidad que dificulta alcanzar el enjuiciamiento, resulta escasamente útil como mecanismo de prevención y ejecución de las responsabilidades civiles que pudieran derivarse.

procedimiento concursal. Naturalmente, cuando concurren al menos indiciariamente los presupuestos de los tipos penales en liza, básicamente cuando la lesión al bien jurídico protegido y el dolo del autor lo justifiquen».

Al margen de las propuestas de dicho autor, consideramos interesante valorar la opción de mantener la sección de calificación a los únicos efectos de determinar el carácter culpable o fortuito del concurso, siempre con la intervención del Ministerio Fiscal, para que, en caso de declararse culpable, este lo ponga en conocimiento del juez penal, dándole traslado de lo actuado, para que fije la pena aplicable. De esta manera, los hechos que dan lugar a la calificación son valorados por el juez del concurso que es quien realmente dispone de la documentación e información del concursado y tiene una visión de conjunto. Ante un concurso culpable, se unifica el sistema de sanciones, evitando las posibles duplicidades ya expuestas, principalmente, en materia de responsabilidad civil, siendo necesaria, no obstante, una revisión de las penas que incluya, en su caso, las actualmente previstas en el TRLC.

Lo cierto es que, cualquiera que sea la solución, la realidad es que el derecho penal de la insolvencia, dada su autonomía respecto del procedimiento concursal y la ampliación de su ámbito de aplicación, ha perdido su carácter accesorio, de última ratio, para convertirse en una opción más para los acreedores. Ello, unido a lo manifestado por el legislador en la Exposición de Motivos de la Ley 16/2022, nos permite vislumbrar que, quizás en un futuro, la sección de calificación desaparezca acomodando el ordenamiento jurídico español al resto de países de nuestro entorno y empleando exclusivamente el derecho penal para la sanción de las conductas que, hasta el momento, son también objeto de enjuiciamiento y reproche a través de la calificación del concurso como culpable.

CAPÍTULO VII

LOS EFECTOS DE LA CALIFICACIÓN CONCURSAL EN LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO

1. LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO “CULPABLE”

1.1. Presupuestos de partida

El régimen de la exoneración del pasivo insatisfecho ha sido una de las instituciones que ha sufrido mayores cambios con la entrada en vigor de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal. Destaca, entre otros, el acceso a dicha exoneración por el deudor persona física⁴⁶⁴.

En concreto, el artículo 487.1 TRLC establece que: «No podrá obtener la exoneración del pasivo insatisfecho el deudor que se encuentre en alguna de las circunstancias siguientes: (...) 3º. Cuando el concurso haya sido declarado culpable. No obstante, si el concurso hubiera sido declarado culpable exclusivamente por haber incumplido el deudor el deber de solicitar oportunamente la declaración de concurso, el juez podrá atender a las circunstancias en que se hubiera producido el retraso». Es lo que algunos autores han denominado el “BEPI culpable”⁴⁶⁵.

Si bien en la originaria redacción del artículo 178.3.1º bis LC, dada por el artículo 1.1.2 del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, únicamente se exigía para la apreciación de la buena fe del deudor⁴⁶⁶, entre otros requisitos, que el concurso no hubiera

⁴⁶⁴ De hecho, el apartado II del Preámbulo de la Ley 16/2022 pone de manifiesto la decisión del legislador de convertir el beneficio de la exoneración de las deudas en un derecho de la persona natural deudora, siempre que se aprecien determinadas circunstancias. Con ello se da cumplimiento a la exigencia contenida en el art. 20.1 de la Directiva 2019/1023, que prevé que los Estados miembros deben garantizar que los empresarios insolventes tengan acceso, al menos, a un procedimiento que pueda conducir a la exoneración plena de sus deudas.

⁴⁶⁵ Vid. SALA SANJUAN, A.J.: «La insolvencia del deudor persona natural y la concesión del BEPI culpable», *La insolvencia del deudor persona natural ante la transposición de la Directiva 2019/1023* (Dir. GÓMEZ ASENSIO), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021, pág. 358.

⁴⁶⁶ La exigencia de la buena fe como requisito para el acceso a la exoneración del pasivo insatisfecho no vino impuesta por la Directiva 2019/1023, pese a que, en los considerandos 1, 5, 15 y 78, se hace referencia al empresario de buena fe. De hecho, en su artículo 23.1 se estableció, como excepción al régimen general de los artículos 20 a 22, que «los Estados miembros podrán mantener o introducir disposiciones que denieguen o restrinjan el acceso a la exoneración de deudas o revoquen dicha exoneración o que establezcan plazos más largos para la obtención de la plena exoneración de deudas o períodos de inhabilitación más

sido declarado culpable⁴⁶⁷, tal previsión fue objeto de modificación por el artículo 1.2 de la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social. El legislador añadía lo siguiente: «No obstante, si el concurso hubiera sido declarado culpable por aplicación del artículo 165.1.1.º [haber incumplido el deber de solicitar la declaración de concurso] el juez podrá no obstante conceder el beneficio atendidas las circunstancias y siempre que no se apreciare dolo o culpa grave del deudor». Con esta nueva adición se alteraba el concepto de buena fe del deudor, permitiéndose el acceso a la exoneración del pasivo insatisfecho del deudor incluso cuando el concurso hubiera sido declarado culpable.

Dicha decisión del legislador se extiende con posterioridad a la redacción dada al artículo 487.1.3º TRLC, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, aunque con una leve modificación en su redacción al establecer que, aun declarado el concurso como culpable por haber incumplido el deber de solicitar la declaración de concurso, «el juez podrá conceder el beneficio atendiendo a las circunstancias en que se hubiera producido el retraso». Tal previsión se mantiene hasta la actualidad, aun tras la entrada en vigor de la Ley 16/2022.

Sin embargo, esta posibilidad de acceso a la exoneración aun habiéndose declarado el concurso culpable, deja a discrecionalidad absoluta del juez la valoración de

largos cuando el empresario insolvente haya actuado de forma deshonesto o de mala fe, según la normativa nacional, respecto a los acreedores en el momento de endeudarse, durante el procedimiento de insolvencia o durante el pago de la deuda (...)). Pese a ello, nuestro legislador ha seguido considerando la buena fe como pieza angular de la exoneración (apdo. IV del Preámbulo de la Ley 16/2022), manteniendo así su posición plasmada inicialmente en el artículo 178.2 LC 2003, introducida por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, y trasladada posteriormente a los artículos 178 bis con la Ley 25/2015, de 28 de julio, y 484 TRLC. De interés en relación al concepto y alcance de la buena fe en la exoneración del pasivo insatisfecho, vid. TOMÁS TOMÁS, S.: «La buena fe no se presume en la exoneración del pasivo insatisfecho: en contra de un apotegma falaz», *Anuario de Derecho Concursal*, Nº. 64/2025, Civitas, versión digital, págs. 3 y ss. En la jurisprudencia, vid. SSTs (Sala 1ª) núm. 150/2019, de 13 de marzo (RJ 2019, 1137), núm. 381/2019, de 2 de julio (RJ 2019, 2769) y núm. 383/2020, de 1 de julio (RJ 2020, 2223).

⁴⁶⁷ La buena fe en el ámbito concursal se aparta del concepto contenido en el art. 7.1 CC, remitiéndose a la concurrencia de los requisitos exigidos en el art. 487 TRLC para su apreciación. Al respecto, vid. SSTs (Sala 1ª) núm. 381/2019, de 2 de julio (RJ 2019, 2769), núm. 383/2020, de 1 de julio (RJ 2020, 2223) y ATS (Sala 1ª) de 22 de septiembre de 2021 (JUR 2021, 308135).

esta circunstancia, siendo especialmente difícil probar la inexistencia de dolo o culpa grave en el incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso. De hecho, a pesar de que el artículo 444.1 TRLC incluye la conculcación de tal deber dentro de las presunciones *iuris tantum* de culpabilidad del concurso⁴⁶⁸, la tendencia jurisprudencial se decanta por la automática calificación culpable del concurso ante tal quebranto del deber de solicitar la declaración de concurso⁴⁶⁹. Y ello en tanto que la culpabilidad derivada de dicha presunción no requiere expresamente de dolo o culpa grave, pues el simple retraso objetivamente acreditado implica la calificación culpable del concurso sin entrar a valorar ninguna otra circunstancia.

Pese a lo expuesto, lo cierto es que, como ponen de relieve algunos autores, a fin de acceder a la exoneración del pasivo insatisfecho, el juez del concurso tiene un amplio abanico de circunstancias a valorar para determinar la aplicación del artículo 487.1.3º TRLC, y no solo la apreciación de la concurrencia de dolo o culpa⁴⁷⁰. Desconocemos si la falta de concreción que se desprende del artículo ha sido voluntariamente pretendida por el legislador, otorgando mayor flexibilidad en supuestos de solicitud intempestiva, o si, por el contrario, es consecuencia de una deficiente técnica legislativa. En cualquiera de los casos, genera una evidente inseguridad jurídica.

⁴⁶⁸ De interés, vid. SSTs (Sala 1ª) núm. 772/2014, de 12 de enero (RJ 2015, 609), núm. 492/2015, de 17 de septiembre (RJ 2015, 3799), núm. 269/2016, de 22 de abril (RJ 2016, 2409), y núm. 583/2017, de 27 de octubre (RJ 2017, 4824).

⁴⁶⁹ Al respecto, vid. TOMÁS TOMÁS, S.: «La exoneración del pasivo insatisfecho...», cit., pág. 107. Asimismo, la STS (Sala 1ª) núm. 492/2015, de 17 septiembre 2 (RJ 2015, 3799) sostiene que el incumplimiento del deber legal de solicitar en plazo la declaración de concurso traslada al administrador de la sociedad concursada la carga de acreditar que dicho retraso no contribuyó a agravar la situación de insolvencia.

⁴⁷⁰ Al respecto, vid. SALA SANJUAN, A.J.: «La insolvencia del deudor persona natural...», cit., pág. 358: «Y otorga al juez del concurso la facultad –altamente– discrecional de otorgar el BEPI al deudor a pesar de la declaración “culpable” de su concurso. Lo que sucede es que la norma establece que tal facultad se ejercerá “atendiendo a las circunstancias en que se hubiera producido el retraso”, sin especificar cuáles serían esas circunstancias a las que alude. Con este inciso final, el ordenamiento confiere al juez del concurso una facultad para valorar cualquier elemento relacionado con el retraso en la solicitud de concurso: tanto circunstancias de carácter objetivo como subjetivo, dado que la norma no discrimina».

La opción por la que se decanta el legislador en el artículo 487.1.3º TRLC permite inferir que el juez del concurso puede llevar a cabo una nueva valoración del proceder del deudor respecto al incumplimiento del referido deber que se aparte de lo ya decidido en fase de calificación. Desde una perspectiva positiva, quizás el legislador haya sopesado el hecho de que quienes se someten a la exoneración del pasivo insatisfecho son personas físicas que habitualmente se encuentran menos familiarizadas con el deber que exige el artículo 5.1 TRLC. Sin embargo, desde una perspectiva negativa, tal discrecionalidad judicial puede provocar un mayor retraso en la solicitud de concurso por el temor que presentan algunos deudores, dado su desconocimiento en la materia, a no acceder a la exoneración, pudiendo ello derivar en un agravamiento de la insolvencia⁴⁷¹.

1.2. Alcance de la cosa juzgada en la sentencia de calificación del concurso

Ahora bien, para determinar si la sentencia de calificación culpable tiene efectos de cosa juzgada conviene recordar, siguiendo a doctrina autorizada, que nos hallamos ante un procedimiento que da cobijo a una pluralidad de sujetos y pretensiones que conforman peticiones de tutela variadas⁴⁷². Asimismo, en la sección de calificación y en la exoneración del pasivo insatisfecho los objetos a tutelar son completamente dispares⁴⁷³, circunstancia a valorar al analizar la cosa juzgada material en su función positiva, esto es,

⁴⁷¹ Al respecto, CUENA CASAS, M.: «El nuevo régimen de segunda oportunidad. Pocas luces y muchas sombras», *Anuario de Derecho Concursal*, N.º. 37/2016, Civitas, versión digital, pág. 22, refiere que parece asumirse, en ocasiones, que el retraso en la solicitud de la declaración de concurso constituye un fallo «leve». Muy al contrario, considera que la regulación del régimen de segunda oportunidad tiene que ser un estímulo al buen comportamiento del deudor. Declararse tarde en concurso puede hacer inviable el acuerdo extrajudicial de pagos, y que el concurso se vea abocado a la liquidación y al perjuicio de los intereses de los acreedores.

⁴⁷² Al respecto, vid. TOMÁS TOMÁS, S.: *La masa patrimonial como parte en el proceso concursal*, Thomson Reuters Aranzadi, cit., págs. 39 y 40.

⁴⁷³ En tal sentido, vid. TOMÁS TOMÁS, S.: «¿Despliega efectos de cosa juzgada la sentencia de calificación culpable dictada por incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso (artículo 444.1.º TRLC) en relación a la cláusula del artículo 487.1.3.º *in fine* TRLC?», *La exoneración del pasivo insatisfecho: 100 cuestiones polémicas* (Dir. TOMÁS TOMÁS, CASTILLO FELIPE, FLORES SEGURA y SÁNCHEZ PAREDES), Atelier, Barcelona, 2025, pág. 68.

los efectos vinculantes de lo ya resuelto respecto a otros procesos⁴⁷⁴. Ante la ausencia de identidad de objetos procesales, excluimos la existencia de efectos de cosa juzgada material en su función negativa.

Siguiendo a TOMÁS TOMÁS, a fin de apreciar la concurrencia de la cosa juzgada material en su vertiente positiva deben diferenciarse dos límites⁴⁷⁵:

(i) Límite subjetivo

El artículo 222.3 LEC dispone que la cosa juzgada afectará principalmente a las partes del proceso en que se dicte, sin perjuicio de la eventual extensión *ultra partes* reconocida *in fine*. Es imprescindible determinar, pues, en primer lugar, qué sujetos ostentan la condición de parte, tanto en la sección de calificación concursal como en el proceso de exoneración del pasivo insatisfecho.

Si bien en ambos procesos concurre, *a priori*, una identidad de partes [administración concursal, deudor y acreedores personados (arts. 509 y 512.1 TRLC)], en cada uno de ellos existen ciertas peculiaridades. En concreto, en la sección de calificación, el artículo 509.2 TRLC extiende la condición de parte primeramente a «las personas que, según el informe de calificación, pudieran quedar afectadas por la calificación», quedando los acreedores legitimados para intervenir (arts. 448.1, 449 y 450 ter TRLC) o no (art. 447 TRLC) en la sección. En lo que al proceso de exoneración del pasivo insatisfecho se refiere, podrán también ostentar el *status* de parte los acreedores no personados en el concurso⁴⁷⁶.

⁴⁷⁴ Ibidem, pág. 69: «Atiéndase a que entre la *res iudicata* y la *res iudicanda*, es decir, entre lo ya juzgado y lo que se está juzgando, existe un nexo de prejudicialidad indiscutible que puede influir en el *thema decidendi* a la hora de fiscalizar la circunstancia del artículo 487.1-3.º TRLC»

⁴⁷⁵ En tal sentido, ibidem, págs. 69 a 73.

⁴⁷⁶ Al respecto, vid. TOMÁS TOMÁS, S.: «¿Es constitucionalmente admisible que solo los acreedores personados en el concurso reciban traslado de la solicitud de exoneración del deudor (artículos 498.1 y 501.4 TRLC)?», *La exoneración del pasivo insatisfecho: 100 cuestiones polémicas* (Dirs. TOMÁS TOMÁS, CASTILLO FELIPE, FLORES SEGURA y SÁNCHEZ PAREDES), Atelier, Barcelona, 2025, págs. 387 a 391.

La divergencia de sujetos que gozan de la condición de parte podría llevarnos a concluir que, no existiendo una identidad subjetiva, la sentencia de calificación culpable carecería de efectos de cosa juzgada frente a la situación contemplada en el artículo 487.1.3º TRLC. Sin embargo, autores como TOMÁS TOMÁS⁴⁷⁷ discrepan al considerar que «no rompe la identidad subjetiva requerida –para que opere la cosa juzgada material– la eventual circunstancia de que en el proceso para la exoneración no intervengan quienes lo hicieron en la sección de calificación concursal, pues todos los que litigan en la exoneración fueron parte en la calificación o pudieron serlo» *ex* artículos 448, 449, 450 ter, 509.2 y 512 TRLC, ostentando plenas facultades de alegación y prueba. Asimismo, refiere que el interés derivado de la calificación concursal es idéntico para todos los acreedores. Concluyendo dicho autor con acierto que «si bien no se puede preconizar una eficacia *erga omnes* de la sentencia de calificación culpable, dados los supuestos expresamente excluidos por la norma (cfr. artículo 462 TRLC), sí deba defenderse la existencia de una identidad jurídica en el plano subjetivo susceptible de generar efectos de cosa juzgada material en el seno del concurso»⁴⁷⁸.

(ii) Límite objetivo

El artículo 222.2 LEC prevé que el efecto de cosa juzgada alcanza tanto a las pretensiones de la demanda como a la reconvencción, de modo que lo dictaminado en sentencia firme en un primer proceso constituya antecedente lógico de lo que vaya a ser objeto en el segundo⁴⁷⁹, lo que implica la concurrencia de los principios *non bis in idem*

⁴⁷⁷ Vid. TOMÁS TOMÁS, S.: «¿Despliega efectos de cosa juzgada la sentencia de calificación culpable dictada por incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso (...)?», cit., pág. 70.

⁴⁷⁸ Cfr. ibidem, págs. 70 y 71. Asimismo, de interés, vid. GRANDE SEARA, P.: *La extensión subjetiva de la cosa juzgada en el proceso civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 379 y 380: «los “vínculos de solidaridad” que determinaban la extensión *ultra partes* de la cosa juzgada material cuando, aun faltando la identidad física entre los litigantes de ambos procesos, éstos invocaban los mismos títulos jurídicos cuando su posición respecto de dichos títulos era idéntica», en relación con las SSTs (Sala 1ª) de 4 de febrero de 1999 (RJ 1999, 335) y núm. 454/2001, 9 de mayo (RJ 2001, 7383).

⁴⁷⁹ De interés, vid. GRANDE SEARA, P.: *La extensión subjetiva de la cosa juzgada en el proceso civil*, cit., pág. 73.

y de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), y del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)⁴⁸⁰.

Ante el posible escenario de la extrapolación de lo acordado en sentencia de calificación culpable al proceso de exoneración del pasivo insatisfecho, debe tenerse especialmente presente que lo resuelto en aquella sentencia por incumplimiento del deber de solicitar el concurso conlleva un efecto directo: la existencia de dolo o culpa grave del deudor en la generación o agravación del estado de insolvencia. Como es sabido, tal conculcación constituye una presunción *iuris tantum* que exige la aportación de elementos probatorios por parte de la administración concursal (art. 448 TRLC) y los acreedores (arts. 449 y 450 ter TRLC) para su alegación y, en su caso, estimación por el juez, así como la práctica de prueba en contra por el deudor (arts. 448., 449 y 451 TRLC) en orden a desvirtuar tal presunción.

Determinados los límites anteriores, a nuestro entender, una nueva valoración de lo decidido en fase de calificación supone una actuación en contra de lo acordado con carácter previo por el propio juzgador, contrariando la cosa juzgada formal⁴⁸¹ y sus efectos dentro del proceso en que la resolución se haya dictado⁴⁸². Por lo que, salvo que surgieran nuevos extremos que le permitieran variar su decisión –lo que extrañamente podría ocurrir–, consideramos que sería de todo punto incongruente un cambio de

⁴⁸⁰ Así lo entendió la STC (Sala 1ª) núm. 182/1994, de 20 de junio (RTC 1994, 182).

⁴⁸¹ Aunque la pretensión de exoneración del pasivo insatisfecho tiene naturaleza distinta de la que caracteriza al proceso concursal, su tramitación no se configura como un procedimiento autónomo, sino que se integra en el seno del concurso. Por tanto, no puede existir exoneración del pasivo insatisfecho sin previa declaración de concurso, aunque sí cabe la existencia de un proceso concursal sin solicitud de exoneración.

⁴⁸² En atención a la cosa juzgada formal, debe tomarse como punto de partida lo resuelto en la sentencia de calificación culpable para los actos posteriores que forman parte del mismo proceso en atención a lo dispuesto en el art. 207.3 y 4 LEC. De este modo, la vinculación jurídica que surge debe ser respetada tanto por el órgano jurisdiccional como por las partes, ajustándose a lo ya decidido, y sin adoptar decisiones o dictar resoluciones que se aparten de ello. En tal sentido, vid. DE LA OLIVA SANTOS, A.: *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, cit., págs. 536 y 537.

postura⁴⁸³. Es más, si durante la tramitación de la fase de calificación hubiera existido oposición por parte del deudor o de la propia administración concursal o acreedores legitimados (arts. 449 y 717 TRLC), el pronunciamiento judicial tendría, a nuestro entender, efectos de cosa juzgada material en su función positiva *ex* artículo 222.4 LEC⁴⁸⁴. Sin embargo, resulta evidente que ello supone un manifiesto inconveniente frente a la condescendencia del legislador plasmada en el artículo 487.1.3º *in fine* TRLC, pese a que, como señala algún autor⁴⁸⁵, si las circunstancias que rodean el retraso tienen la suficiente envergadura como para impedir la exoneración, también deberían serlo para conducir a la calificación culpable del concurso.

Por el contrario, en aquellos supuestos en los que no hubiera mediado la oposición antedicha y en ninguno de los informes emitidos –administración concursal (art. 448 TRLC) o acreedores (art. 449 TRLC)– se hubiera solicitado la calificación del concurso como culpable, TOMÁS TOMÁS⁴⁸⁶ ha sostenido como más discutible la eficacia de cosa juzgada del auto que dicte el juez al no haber podido este entrar a valorar la existencia o

⁴⁸³ Vid. CUENA CASAS, M.: «El nuevo régimen de segunda oportunidad...», cit., pág. 22: «Si se declaró culpable el concurso por tal razón lo habrá hecho el propio juez y precisamente porque concurre dolo o culpa grave. Por lo tanto, una de dos: o no declara el concurso culpable por su declaración tardía porque falta dolo o culpa grave o si lo hace, no podría otorgar la exoneración porque se presupone que han concurrido tales factores de atribución». En el mismo sentido, SANCHO GARGALLO, I.: «El requisito de la buena fe para obtener la exoneración del pasivo insatisfecho», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones: Journal of Insolvency & Restructuring (I&R)*, N.º. 5/2022, pág. 43, refiere que lo que el juez puede valorar en este momento, también pudo haberlo valorado anteriormente. Si no lo hizo en su momento, fue porque el deudor, aun estando en condiciones de aportar esas circunstancias relevantes, no lo hizo o no lo hizo con la suficiente contundencia. En consecuencia, estaríamos ante un asunto ya juzgado o que debió haber sido considerado en la fase en que se examinó la causa de calificación como culpable.

⁴⁸⁴ Vid. SALA SANJUAN, A.J.: «La insolvencia del deudor persona natural...», cit., pág. 359; y TOMÁS TOMÁS, S.: «La exoneración del pasivo insatisfecho...», cit., pág. 108.

⁴⁸⁵ Cfr. TOMÁS TOMÁS, S.: «¿Despliega efectos de cosa juzgada la sentencia de calificación culpable dictada por incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso (...)?»», cit., pág. 72.

⁴⁸⁶ De interés, vid. TOMÁS TOMÁS, S.: «La exoneración del pasivo insatisfecho...», cit., pág. 108; y TOMÁS TOMÁS, S.: «¿Despliega efectos de cosa juzgada la sentencia de calificación culpable dictada por incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso (...)?»», cit., pág. 72.

no de dolo o culpa en el proceder del deudor⁴⁸⁷. Ante este escenario, surgen dos posibilidades: (i) que se permita el conocimiento por el juez de los hechos que rodean el caso en orden a esclarecer si concurre dolo o culpa en la conculcación del deber de solicitar la declaración de concurso; o (ii) que no se admita tal posibilidad, excluyendo que el juez puede valorar las circunstancias existentes para conceder la exoneración *ex* artículo 487.1.3º TRLC, pese a la declaración culpable del concurso.

No existe al respecto pronunciamiento judicial alguno, hasta donde nos consta, que venga a resolver la cuestión expuesta⁴⁸⁸. Ahora bien, puesto que el legislador no ha previsto la primera de las posibilidades planteadas, declarado el concurso como fortuito *ex* artículo 450.6 TRLC, sin oposición de ninguno de los legitimados para ello directamente, no se apreciará lo dispuesto en el artículo 487.1.3º TRLC, debiendo, en su caso, estar al resto de circunstancias previstas en dicho precepto para denegar la exoneración del pasivo insatisfecho solicitada por el deudor.

No obstante, algunos autores han considerado que la adopción de herramientas de alerta temprana⁴⁸⁹ ante la inactividad del deudor persona natural, «parece limitar –salvo

⁴⁸⁷ Vid. art. 450 TRLC: «Si el informe de la administración concursal solicitara la calificación del concurso como fortuito y los acreedores legitimados no hubieran presentado informe de calificación, el juez, sin más trámites, ordenará, mediante auto, el archivo de las actuaciones. Contra el auto que ordene el archivo de las actuaciones no cabrá recurso alguno».

⁴⁸⁸ Exclusivamente se ha tenido acceso a las Conclusiones del Encuentro de magistrados de lo Mercantil celebrado en Cádiz el 26 y 27 de 2023, según las cuales: «[E]n el supuesto del artículo 487.1-3.3 TRLC, se considera que no debe apreciarse la excepción a la concesión de la exoneración, entre otros casos, cuando haya habido condena de responsabilidad económica o haya sido satisfecha al momento de la solicitud de exoneración, o cuando el tiempo de retraso sea mínimo», versión digital, pág. 8 (disponible en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Sala-de-Prensa/Archivo-de-notas-de-prensa/Conclusiones-del-encuentro-de-magistrados-de-lo-Mercantil-en-Cadiz>, consultado por última vez el 10 de junio de 2025).

⁴⁸⁹ Entendiéndose por «alerta temprana», en palabras de GÓMEZ ASENSIO, «una institución jurídica de carácter heterogéneo que despliega sus efectos en un contexto anterior a la insolvencia real o actual del deudor, y que mediante la detección y puesta en conocimiento de aquellas circunstancias que pueden comprometer su solvencia, posibilitan una intervención tempestiva, con el objetivo de evitar la insolvencia y salvaguardar la viabilidad económica del mismo» [en «Alerta temprana y exoneración de pasivo», *La*

causas de fuerza mayor—, el ámbito de discrecionalidad del juez en la apreciación de circunstancias que justifiquen su retraso en la solicitud de concurso, a los efectos de la aplicación de la facultad prevista en el artículo 487.2.1º TRLC, lo que dificultaría su consideración como “deudor de buena fe” y, por ende, el acceso a la exoneración de deudas»⁴⁹⁰.

1.3. Límites a la vinculación entre la calificación como fortuita y la denegación de la exoneración

Asimismo, la postura mantenida hasta el momento, esto es, el efecto de cosa juzgada que se deriva de la sentencia de calificación culpable, consideramos que, por los motivos ya expuestos, es plenamente aplicable a otra de las presunciones de culpabilidad (art. 444.2º TRLC) y que, a su vez, es causa para la no concesión de la exoneración del pasivo insatisfecho (art. 487.1.5 TRLC): el incumplimiento de los deberes de colaboración e información recogidos en el artículo 135 TRLC⁴⁹¹.

Sin embargo, no cabe decir lo mismo respecto a la sentencia de calificación del concurso como fortuito, pues, si bien se aprecia una identidad jurídica (límite subjetivo), los límites objetivo y temporal presentan más controversia.

insolvencia del deudor persona natural ante la transposición de la Directiva 2019/1023 (Dir. GÓMEZ ASENSIO), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021, pág. 69].

⁴⁹⁰ Ibidem, pág. 88. El auto sostiene que en tal contexto la activación de los mecanismos de Alerta Temprana podría incidir de manera decisiva en la valoración judicial de «las circunstancias que hubieran producido el retraso», especialmente tratándose del deudor persona natural empresario, sometido al estándar reforzado de diligencia de un empresario ordenado. En efecto, si el deudor fue advertido oportunamente de los indicios de una posible insolvencia inminente, dispuso de medios para intervenir a tiempo con el fin de evitarla o, en su defecto, para solicitar la declaración de concurso, y pese a ello no adoptó ninguna medida, dicha inacción podría ser determinante en la calificación de su conducta.

⁴⁹¹ Al respecto, vid. TOMÁS TOMÁS, S.: «¿Despliega efectos de cosa juzgada material la sentencia de calificación culpable dictada por incumplimiento de los deberes de colaboración e información (artículo 444.2.º TRLC) en relación a la circunstancia del artículo 487.1.5.º TRLC? ¿Y la sentencia que califica el concurso como fortuito?», *La exoneración del pasivo insatisfecho: 100 cuestiones polémicas* (Dirs. TOMÁS TOMÁS, CASTILLO FELIPE, FLORES SEGURA y SÁNCHEZ PAREDES), Atelier, Barcelona, 2025, pág. 83.

(i) Límite objetivo

Aunque nos hallemos ante unos mismos hechos, como ha destacado TOMÁS TOMÁS, en la calificación concursal y en la exoneración del pasivo insatisfecho no rigen ni idénticas reglas ni mismos principios⁴⁹².

Siguiendo al referido autor, es preciso distinguir dos perspectivas: la primera, autoría del TC, referente a la máxima “unos mismos hechos”, según la cual una contradicción carecerá de relevancia constitucional si es jurídica cuando Las distintas conclusiones alcanzadas a partir de unos mismos hechos obedecen a la aplicación de normas que difieren tanto en su naturaleza como en su finalidad⁴⁹³, y si es fáctica, cuando la distinta apreciación de unos mismos hechos se produce por aplicación de diversas reglas de fijación de estos en el proceso; y la segunda, basada en la posible apreciación de un distinto grado de incumplimiento de los deberes de colaboración en ambos procesos, sostenida, entre otras, por la SAP de Murcia (Sec. 4ª) núm. 492/2016, de 8 de septiembre⁴⁹⁴: «mientras en el ámbito del art 165 LC se ubican los incumplimientos más graves y de mayor entidad del deber de cooperación, con una reproche culpabilístico agravado (dolo o culpa grave), en la esfera de la exoneración de deudas, se comprenden incumplimientos más livianos o sin tanta entidad en el caso concreto en el que se pretenda este beneficio»⁴⁹⁵.

A partir de la interpretación expuesta se puede apreciar un reconocimiento autónomo del incumplimiento de los deberes de colaboración e información en el artículo 487.1, apartado 5.º, del TRLC. Si dicha circunstancia se entendiera justificada únicamente en los casos de concurso culpable quedaría subsumida en el apartado 3º del artículo 487.1

⁴⁹² Cfr. Ibidem, pág. 84.

⁴⁹³ Al respecto, vid. SSTC (Sala 2ª) núm. 151/2001, de 2 de julio (RTC 2001, 151), y (Sala 1ª) núm. 34/2003, de 25 de febrero (RTC 2003,34).

⁴⁹⁴ JUR 2016, 227335.

⁴⁹⁵ En el mismo sentido vid. SAP de Murcia (Sec. 4ª) núm. 27/2019, de 10 de enero (JUR 2019, 47406), y SAP de Valencia (Sec. 9ª) núm. 1133/2018, de 21 de noviembre (JUR 2019, 40647).

TRLC, sin necesidad de otorgarle independencia como causa diferenciada de exclusión de la exoneración⁴⁹⁶.

(ii) Límite temporal

El cumplimiento de los deberes de colaboración constituye una obligación que se extiende a lo largo de todo el concurso, desde la declaración hasta su conclusión (art. 394 TRLC), e incluso con posterioridad hasta la concesión de la exoneración definitiva del pasivo insatisfecho (art. 498 ter TRLC). De ahí que la posibilidad de su incumplimiento pueda producirse a diferentes alturas de la tramitación concursa. Esto impide que el contenido de la sentencia de calificación del concurso como fortuito vincule al juez desplegando efectos de cosa juzgada material en su función positiva frente a la posterior apreciación de la circunstancia prevista en el artículo 487.1.5º TRLC a la hora de resolver la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho.

2. LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO CON PLAN DE PAGOS

La segunda de las cuestiones con trascendencia respecto a la figura de la prejudicialidad surge durante la tramitación de la petición de exoneración del pasivo insatisfecho.

La exoneración constituye «un derecho potestativo mediante el cual el deudor promueve el reconocimiento de una facultad extraordinaria —o si se quiere un contraderecho— que le permite enervar las pretensiones de sus acreedores o excluir el deber de prestación que recae sobre él»⁴⁹⁷. La consecución de tal finalidad, de no darse ninguno de los presupuestos del artículo 487 TRLC, puede ser lograda por dos vías:

⁴⁹⁶ Al respecto, vid. TOMÁS TOMÁS, S.: «¿Despliega efectos de cosa juzgada material la sentencia de calificación culpable dictada por incumplimiento de los deberes de colaboración e información (...)?» cit., pág. 85.

⁴⁹⁷ TOMÁS TOMÁS, S.: «La exoneración del pasivo insatisfecho...», cit., pág. 111. Asimismo, señala que la tutela judicial que solicita el deudor al instar la exoneración tiene carácter constitutivo. Su pretensión se dirige a que el tribunal constituya o modifique derechos y situaciones jurídicas ya existentes (art.5.1 LEC).

mediante la liquidación de la totalidad de la masa activa del deudor *ex* artículos 501 y ss. TRLC, accediendo directamente a una exoneración definitiva; o a través de un plan de pagos *ex* artículos 495 y ss. TRLC, por el cual se establece un calendario de pagos de los créditos exonerables que, según esa propuesta, van a ser satisfechos dentro del plazo que haya establecido el plan, obteniéndose una exoneración provisional que tornará definitiva transcurrido el plazo fijado para el cumplimiento del plan de pagos sin que se haya revocado la exoneración.

La tramitación de esa última vía de acceso a la exoneración –mediante plan de pagos– tiene especial relevancia a efectos de prejudicialidad y, en concreto, en lo que a los artículos 498 y 498 bis TRLC se refiere.

Dichos preceptos conceden a los acreedores personados en los autos de concurso un doble trámite de audiencia por idéntico motivo: el artículo 498 TRLC dispone que, de la propuesta de plan de pagos presentada por el deudor, el letrado de la Administración de Justicia dará traslado a los acreedores personados para que, en el plazo de diez días, puedan formular las alegaciones que consideren pertinentes, ya sea sobre la concurrencia de los requisitos legales para la exoneración o respecto a la propuesta de plan de pagos presentada (apdo. 1). Transcurrido dicho plazo, el juez, tras verificar el cumplimiento de los presupuestos y requisitos exigidos por la ley para el plan de pagos, así como la viabilidad de su cumplimiento, podrá conceder o denegar provisionalmente la exoneración del pasivo insatisfecho. En caso de concesión, aprobará el plan de pagos en los términos propuestos o con las modificaciones que considere oportunas, hayan sido o no planteadas por los acreedores en sus alegaciones (apdo. 2).

Seguidamente, el artículo 498 bis TRLC establece que, aprobado el plan de pagos, dentro de los siguientes diez días, cualquier acreedor afectado por la exoneración puede impugnarla, denegándola el juez en los siguientes supuestos: 1.º Cuando el plan de pagos no garantice al menos el pago de la parte de sus créditos que se satisficiera en la liquidación concursal; 2.º Cuando el plan de pagos no comprenda la realización y aplicación al pago de la deuda exonerable, de la deuda no exonerable o de las nuevas obligaciones del deudor del total de los activos no necesarios para la actividad empresarial o profesional del deudor o de su vivienda habitual, siempre que los acreedores que impugnan representen al menos el cuarenta por ciento del pasivo total de carácter

exonerable; 3.º Cuando se advierta la oposición al plan de pagos por acreedores que representen más del ochenta por ciento de la deuda exonerable afectada por el plan de pagos, excepto que el juez lo imponga atendiendo a las particulares circunstancias del caso, lo imponga; 4.º Cuando el plan de pagos no destine al pago de la deuda exonerable la totalidad de las rentas y recursos previsibles del deudor que superen el mínimo legalmente inembargable, una vez descontado lo necesario para cumplir con sus nuevas obligaciones durante el plazo del plan, siempre que estas se consideren razonables según las circunstancias del caso, y atender los vencimientos de la deuda no exonerable durante ese mismo periodo. 5.º Cuando no concurren los presupuestos y requisitos legales para la exoneración.

Si bien es cierto que dicho precepto podría tener su razón de ser ante planes de pago que se modifiquen –respecto al contenido originario del presentado por el deudor– por el juez del concurso, lo cierto es que las exigencias que prevé el artículo 498 bis TRLC y que pueden motivar la impugnación del mismo deberían ser tenidas en consideración por el propio juez antes de la aprobación del plan de pagos definitivo, evitando con ello dicho trámite de audiencia. Ahora bien, lo especialmente llamativo lo encontramos en la causa de impugnación del artículo 498 bis 5º TRLC: «Cuando no concurren los presupuestos y requisitos legales para la exoneración». Es decir, por el mismo motivo que se permitía formular alegaciones con carácter previo a su aprobación *ex* artículo 498 TRLC⁴⁹⁸.

Dicho privilegio de doble audiencia a los acreedores lo consideramos injustificado⁴⁹⁹. Carecen de fundamento cualquiera de los tres escenarios siguientes. De

⁴⁹⁸ Al respecto, *ibidem*, pág. 118.

⁴⁹⁹ *Ibidem*, pág. 118. Diferente postura mantiene FLORES SEGURA, M.: «¿Está justificado el doble trámite de audiencia concedido a los acreedores personados para denunciar la ausencia de los presupuestos y requisitos de acceso (artículo 498 TRLC) y para formular impugnación (con base en alguna de las causas del artículo 498 bis TRLC) en la exoneración a través del plan de pagos? ¿El silencio en el primer trámite de alegaciones (artículo 498 TRLC) podría ser interpretado como aceptación tácita del contenido del plan?», *La exoneración del pasivo insatisfecho: 100 cuestiones polémicas* (Dir. TOMÁS TOMÁS, CASTILLO FELIPE, FLORES SEGURA y SÁNCHEZ PAREDES), Atelier, Barcelona, 2025, págs. 299 a 300, al referir esta autora que no parece apreciarse la existencia de trámites redundantes en tanto existe una diferencia de legitimación activa (en un caso están legitimados todos los acreedores personados y en el otro únicamente

un lado, que no se formulen alegaciones en el primer trámite y, por el contrario, se plantease impugnación en el segundo con base en la ausencia de los presupuestos o requisitos legales para acceder a la exoneración. Si nada tenía el acreedor que aducir al respecto al principio, nada tendrá que alegar al final. De otro lado, la posibilidad de doble alegación por el mismo motivo, pues efectuada la primera por la vía del artículo 498.1 TRLC debería quedar agotada esta no pudiendo volver a plantearse de nuevo. Por último, la doble alegación incluso por motivos distintos, cuestionando algún otro de los presupuestos o requisitos legales para la exoneración, pues el juez ya entró a conocer de ello con carácter previo al dictado de la resolución de exoneración.

Y es que, valorados los requisitos y presupuestos necesarios para el acceso a la exoneración por el juez del concurso tras las alegaciones o no de los acreedores personados en el trámite recogido en el artículo 498.1 TRLC, debemos plantearnos si el juez puede entrar a conocer nuevamente de los mismos ante una posible impugnación *ex* artículo 498 bis 5º TRLC, o si, por el contrario, la resolución inicialmente dictada tendrá efectos de cosa juzgada⁵⁰⁰ en su función negativa, pese a la falta de firmeza de la misma.

A la vista del propio texto legal, la revisión de la resolución por la que se aprueba el plan de pagos provisional está prevista por medio de su impugnación a través del artículo 498 bis TRLC y, tras la tramitación de dicha impugnación como incidente concursal, la sentencia que se dicte es susceptible de recurso de apelación (art. 498 bis.3 TRLC). De ello, se desprende claramente la voluntad del legislador de no querer dotar del efecto de cosa juzgada en su función negativa o excluyente al pronunciamiento emitido por el juez del concurso *ex* artículo 498.1 TRLC.

Sin embargo, a nuestro entender, el pronunciamiento del juez acerca de los requisitos y presupuestos necesarios para el acceso a la exoneración debe vincularlo en un hipotético pronunciamiento posterior por impugnación del plan de pagos aprobado *ex* artículo 498 bis 5º TRLC.

los afectados por la exoneración del pasivo insatisfecho) y las causas de impugnación son diferentes, pues en el trámite de impugnación del plan de pagos los motivos se encuentran tasados.

⁵⁰⁰ Cfr. TOMÁS TOMÁS, S.: «La exoneración del pasivo insatisfecho...», cit., pág. 118.

De no ser así, nos encontraremos ante dos resoluciones emitidas por el mismo órgano judicial, en las que los elementos valorados han sido idénticos, y, pese a ello, han podido resultar dos fallos distintos. Ante esta situación y sin perjuicio de la postura que hemos sostenido previamente y que dista de la estimada por el legislador, la concurrencia de dos resoluciones dispares en las que se evalúan por el juez unos mismos requisitos y presupuestos deberá exigir, a nuestro juicio, además de la existencia de circunstancias que no hayan podido apreciarse en el momento de la resolución del trámite del artículo 498 TRLC, una fundamentación exhaustivamente justificada que motive el cambio de criterio judicial.

Ante tal escenario, autores como TOMÁS TOMÁS, han criticado, con acierto a nuestro parecer, la inclusión de la causa 5ª en el artículo 498 bis.1 TRLC, al considerar «que por su rúbrica –“Impugnación del plan de pagos” – nos permite intuir que constituye un impertinente postizo. El trámite para la formulación de oposición por ausencia de las condiciones de los artículos 487 y 488 TRLC debe concentrarse en un momento anterior a la concesión de la exoneración provisional (...) con alusión expresa al incidente concursal –así ocurre en la exoneración con liquidación *ex* artículo 502.2– como cauce específico para su sustanciación y resolución»⁵⁰¹.

⁵⁰¹ Cfr. TOMÁS TOMÁS, S.: «Concedida la exoneración provisional, ¿puede el juez fiscalizar el cumplimiento de los presupuestos legales en el trámite de impugnación del plan de pagos (art. 498 bis TRLC)? ¿Despliega efectos de cosa juzgada la resolución que concede provisionalmente la exoneración?», *La exoneración del pasivo insatisfecho: 100 cuestiones polémicas* (Dir. TOMÁS TOMÁS, CASTILLO FELIPE, FLORES SEGURA y SÁNCHEZ PAREDES), Atelier, Barcelona, 2025, pág. 310. En el mismo sentido, vid. CUENA CASAS, M. Y FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.: *La exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso de acreedores de persona física*, Aranzadi, Navarra, 2023, pág. 241.

CAPÍTULO VIII

LOS CONCURSOS CONEXOS

1. EL FUNDAMENTO DE LOS CONCURSOS CONEXOS

Los concursos conexos pueden ser definidos como procesos concursales cuya tramitación debe ser coordinada ante un mismo juez como consecuencia de la vinculación patrimonial existente entre los concursados⁵⁰².

La regulación de este tipo de concursos tiene su acomodo en el Libro I, Capítulo VI, artículos 38 y ss. TRLC⁵⁰³, considerando la mayor parte de la doctrina⁵⁰⁴ que los supuestos de concursos conexos constituyen un sistema de *numerus clausus* en nuestro ordenamiento jurídico. En concreto, quedan englobados bajo la cobertura legal de los concursos conexos los siguientes:

(i) Concursos de los cónyuges y de la pareja de hecho inscrita, al poder derivar de dichas situaciones jurídicas la existencia de una comunidad de bienes y/o deudas. En el caso de los cónyuges casados bajo el régimen económico matrimonial de gananciales, nos hallamos ante un mismo activo que figura en los concursos de cada uno de los cónyuges, siendo imprescindible coordinar la liquidación de dicho patrimonio común. Situación similar acaece entre matrimonios casados bajo el régimen económico matrimonial de separación de bienes o participación en las ganancias, o en las parejas de hecho inscritas, en los que, si bien no existe un activo ganancial, es muy probable que existan bienes en copropiedad al haberlos adquirido ambos miembros de la pareja en

⁵⁰² En consecuencia, la vinculación existente entre dichos concursos hace precisa la existencia de más de uno (no cabe hablar de “un concurso conexo”). *A sensu contrario*, todos los concursos son aislados mientras no exista nexo con otro del que sea conexo.

⁵⁰³ Los concursos conexos ya eran mencionados en los arts. 3.5, 25 y 101.2 LC de manera fragmentaria. Con la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, tuvieron, por primera vez, una referencia expresa dentro del Capítulo III, del Título I de la LC. Sin embargo, algunos autores ya consideraban insuficiente dicha regulación. Al respecto, vid. FLORES SEGURA, M.: *Los concursos conexos*, Tesis de Doctorado, Universidad Autónoma de Madrid, 2013, pág. 23; y OLIVENCIA RUIZ, M.: «Los motivos de la reforma de la Ley concursal», *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, N.º. 17/2012, pág. 29.

⁵⁰⁴ En tal sentido, vid. GARNICA MARTÍN, J.F.: «Art. 25. Acumulación de concursos», *Comentarios a la Ley Concursal* (Coord. SAGRERA TIZON, FERRER BARRIENDOS Y SALA REIXACHS), Bosch, Barcelona, 2004, págs. 293 y 297; y BELLIDO PENADÉS, R.: «Art. 25. Acumulación de concursos», *Comentario de la Ley Concursal* (Dirs. ROJO y BELTRÁN), Vol. I, Thomson Civitas, Madrid, 2006, pág. 553.

proindiviso. En estos supuestos es también necesaria la coordinación de la gestión y liquidación de tales activos.

(ii) Concursos de administradores, socios, miembros o integrantes personalmente responsables de las deudas de una misma persona jurídica. La conexión descansa en que dichos sujetos, además de responder de sus propias deudas, lo hacen de las deudas de la persona jurídica en la que intervienen y de la que son responsables, con independencia de que tal responsabilidad sea a título principal o subsidiario. Si bien la actual redacción no explicita la necesidad de que la persona jurídica se halle en concurso para que proceda la acumulación en esta hipótesis, lo cierto es que ello deriva de la precedente dicción del artículo 25.1 LC en su versión anterior a la introducida por la reforma de la Ley 38/2011: «En los casos de concurso de deudor persona jurídica o de sociedad dominante de un grupo, la administración concursal, mediante escrito razonado, podrá solicitar del juez la acumulación al procedimiento de los concursos ya declarados de los socios, miembros o integrantes personalmente responsables de las deudas de la persona jurídica o de las sociedades dominadas pertenecientes al mismo grupo».

(iii) Concursos de sociedades pertenecientes a mismo grupo, en tanto el grupo carece de personalidad jurídica. No pudiendo los juzgados de lo mercantil tramitar un único concurso para dicho grupo, es recomendable acumular los concursos de todas las sociedades que integren el mismo, siendo además probable la apreciación de una confusión de patrimonios entre ellas. De este modo, atiende a la realidad económica del grupo.

(iv) Concursos de deudores con patrimonios confundidos. En esta ocasión, la causa de conexión es más que evidente y, en cierto sentido, constituye el fundamento de algunos de los restantes supuestos que están siendo expuestos. Concorre, en palabras de FLORES SEGURA⁵⁰⁵, «un solapamiento de conexiones».

(v) Concursos de miembros o integrantes de una entidad sin personalidad jurídica que respondan personalmente de las deudas contraídas en el tráfico en nombre de esta. Tal conexión se basa en la existencia de una comunidad de deudas entre varios sujetos

⁵⁰⁵ FLORES SEGURA, M.: *Los concursos conexos*, cit., pág. 47.

que han de responder de ellas. Ello puede hacer necesaria tanto la coordinación entre sus concursos, para distribuir de forma equilibrada las obligaciones de la entidad sin personalidad jurídica entre los responsables de esta, como la previsión de las acciones de regreso que puedan ser precisas entre estos.

El carácter conexo de los escenarios expuestos, hace imprescindible la coordinación de los procesos concursales por varios motivos. Además de los ya destacados por algunos autores⁵⁰⁶, consistentes en la optimización de las decisiones sobre el empleo de recursos y la reducción de costes directos e indirectos del concurso, es preciso adicionar un tercero basado en la pretensión lógica de evitar que se produzcan pronunciamientos judiciales divergentes y de difícil coexistencia sobre un mismo patrimonio que dificulten o, incluso, imposibiliten su administración y/o liquidación⁵⁰⁷, esto es, evitar descoordinaciones y duplicidad de acciones⁵⁰⁸.

En relación con la prejudicialidad, a los efectos de la presente investigación, esta última cuestión es la que mayor interés despierta.

⁵⁰⁶ De interés, vid. *ibidem*, págs. 79 y 80.

⁵⁰⁷ No obstante, la acumulación también presenta algunos inconvenientes. Vid. GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G.: «Propuestas para una regulación eficiente de la acumulación de concursos», *Los acreedores concursales. II Congreso Español de Derecho de la Insolvencia*, Thomson Reuters Civitas, Navarra, 2010, pág. 175: «la acumulación de acciones cuenta con sus reglas propias de competencia territorial, por lo que no es descabellado pensar que el objetivo de los deudores al solicitarla sea un uso torticero del *forum shopping*».

⁵⁰⁸ Vid. *ibidem*, pág. 179.

2. LA ACUMULACIÓN DE CONCURSOS

Nuestra legislación concursal ha previsto la acumulación de los concursos conexos como el instrumento a través del cual lograr la coordinación entre los mismos⁵⁰⁹. Tal acumulación podrá ser inicial⁵¹⁰ o sobrevenida.

⁵⁰⁹ Destaca la crítica sostenida al respecto por GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, (ibidem, pág. 178), al exigir que el expediente procesal de la acumulación tenga mayor trascendencia procesal por entender que, si legalmente se ha empleado el término técnico «acumulación» en vez de otros menos específicos (ej.: vinculación o coordinación de procesos), sería procedente que la aplicación de las normas no se reduzca a una simple tramitación simultánea de los mismos como ocurre en la práctica.

También de interés, vid. SEBASTIÁN QUETGLAS, R.: *El concurso de acreedores del grupo de sociedades*, Civitas, Madrid, 2009, págs. 180 y ss., según el cual el régimen de acumulación comprende un fundamento doble: dispone, de un lado, de un ámbito subjetivo basado en la necesidad de contar con un único juez ante el que se tramiten los diferentes procedimientos concursales conexos, en tanto que «su mayor conocimiento de las particularidades de cada concurso le llevará a adoptar las decisiones tomando en consideración las complejas relaciones existentes entre los acreedores entre sí y entre éstos y el deudor concursado», de modo que cada decisión la tomará teniendo en cuenta a los demás acreedores de los procesos concursales conexos; y, de otro lado, de un ámbito objetivo consistente en «la necesidad de contar en los procedimientos concursales conexos con unas masas activas y pasivas depuradas de las particulares relaciones existentes entre los acreedores y el deudor, subordinando los créditos de personas relacionadas y anulando las garantías que el deudor concursado hubiera podido conceder a dichas personas especialmente relacionadas».

⁵¹⁰ Dicha acumulación inicial de concursos debe ser diferenciada de la figura de la acumulación inicial de acciones en tanto la primera, a diferencia de la segunda, no da lugar a un único proceso con varios objetos (insolvencias de varios deudores de forma unitaria), sino que lo que se produce es una apertura simultánea de varios concursos cuya tramitación es independiente. De interés, vid. FLORES SEGURA, M.: *Los concursos conexos*, cit., págs. 82 y ss.

2.4. Acumulación inicial o declaración conjunta

La primera de ellas viene referida a aquellos concursos –conexos– que son declarados desde el origen de forma conjunta⁵¹¹ (arts. 38 a 40 TRLC)⁵¹². Sin embargo,

⁵¹¹ Si bien es cierto que el TRLC no habla de «acumulación inicial», sino de «declaración conjunta», la doctrina mayoritaria ha considerado que nos hallamos ante un supuesto claro de acumulación, pues habrá existido en la solicitud de concurso una tácita solicitud de acumulación. En este sentido, vid. BELLIDO PENADÉS, R.: «Art. 25. Acumulación de concursos», cit., pág. 552; DUQUE DOMÍNGUEZ, J.: «Art. 3. Legitimación», *Comentarios a la Ley Concursal* (Dirs. PULGAR EZQUERRA, ALONSO LEDESMA, ALONSO UREBA y ALCOVER GRAU), Dykinson, Madrid, 2004, pág. 202; GONZÁLEZ LECUONA, M.M.: «Art. 3. Legitimación», *Comentarios a la Ley Concursal* (Dir. CORDÓN MORENO), Aranzadi, Pamplona, 2004, págs. 72; y SÁNCHEZ-CALERO, J.: «Art. 3. Legitimación», *Comentarios a la legislación concursal* (Dirs. SÁNCHEZ-CALERO y GUILARTE), Lexnova, Valladolid, 2004, pág. 165. Por el contrario, la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Régimen de la Insolvencia*, Parte III, cap. II, párrafo 10, sostiene la distinción entre la solicitud conjunta y la coordinación procedimental en los siguientes términos: «Debe distinguirse una solicitud conjunta de apertura de un procedimiento de coordinación procesal. Permitir la presentación conjunta de las solicitudes de apertura tiene por objeto facilitar la coordinación del examen requerido para decretar la apertura de un procedimiento y reducir los gastos al respecto. La apertura de varios procedimientos a raíz de una solicitud conjunta facilitará sin duda la coordinación de esos procedimientos, al propiciar la fijación de una misma fecha de apertura para toda empresa deudora que sea miembro del grupo, y la de unos mismos plazos calculados a partir de esa fecha, así como la determinación de un mismo período de sospecha previo a la apertura para la impugnación de todo acto del deudor o deudores que se estime realizado en perjuicio de sus acreedores. Permitir la solicitud conjunta no tiene por objeto predeterminar la forma en que se sustanciarán los procedimientos que se declaren abiertos, ni, en particular, si éstos estarán o no sujetos a coordinación procesal. Es de desear, por ello, que el régimen de la insolvencia no exija una solicitud conjunta a título de requisito previo de la coordinación procesal. No obstante, una solicitud de apertura conjunta puede llevar aparejada una solicitud de coordinación procesal, como se indica a continuación, lo que podría facilitar la decisión del tribunal al respecto».

⁵¹² Autores como GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, consideraron que la acumulación inicial de concursos voluntarios no quedaba autorizada por el Derecho positivo existente con la LC, al entender que contravenía la acumulación subjetiva del artículo 72 LEC ante la ausencia de nexo por razón del título o causa de pedir. Si bien estimó que la causa de pedir en estos supuestos la podía constituir la insolvencia patrimonial en sí misma, también sostuvo que esta es una situación fáctica absolutamente independiente de la de cualquier otro deudor por más que ambos se hubieran visto abocados a ella como consecuencia de su intervención en las mismas operaciones comerciales (en «Propuestas para una regulación eficiente de la acumulación de concursos», cit., págs. 175 y 176). No obstante lo anterior, la Ley 38/2011 previó, por primera vez, la posibilidad de solicitar el concurso de forma conjunta por los propios deudores. Esta previsión legal no estuvo exenta de críticas. En este sentido, la autora mencionada, sostiene que tal posibilidad no va

esta posibilidad de declaración conjunta no se extiende a la totalidad de supuestos previamente expuestos, sino a aquellos casos en que los deudores sean cónyuges, socios o administradores total o parcialmente responsables de las deudas de una persona jurídica, las sociedades pertenecientes al mismo grupo, o cuando haya confusión de patrimonios y las parejas de hecho inscritas cuando el juez aprecie la existencia de pactos expresos o tácitos o hechos concluyentes de los que se derive la inequívoca voluntad de los convivientes de formar un patrimonio común. Quedan, por tanto, excluidos de esta posibilidad los miembros de una entidad sin personalidad jurídica y que respondan personalmente de las deudas contraídas en nombre de esta. Esta exclusión ha sido objeto de crítica por la doctrina⁵¹³ al considerar inaceptable que los interesados tengan que asumir una declaración de concursos separada para, seguidamente, instar su acumulación. Supone una contravención de los principios de flexibilidad, rapidez y simplicidad que rigen o, al menos, deben regir los procesos concursales⁵¹⁴.

acompañada de mecanismos que eviten el riesgo de su empleo en perjuicio de los intereses de los acreedores, tanto por la imposibilidad de presentar oposición por parte de estos últimos a la solicitud conjunta, como porque el control judicial de los requisitos para declarar el concurso será escueto por los plazos concedidos a tal fin. Además, la acumulación puede suponer una alteración de la competencia territorial inicialmente correspondiente (en *El proceso concursal ante insolvencias conexas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 33 y 34).

⁵¹³ En tal sentido se pronuncian, entre otros, ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J.: «Aspectos procesales de la reforma de la Ley Concursal (Ley 38/2011)», cit., pág. 46; GARNICA MARTÍN, J.F.: «Art. 25. Acumulación de concursos», cit., págs. 294 a 296; VELA TORRES, P. J.: «Acumulación de concursos. Referencia a los grupos de sociedades», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, N.º. 5/2006, pág. 270; y PULGAR EZQUERRA, J.: *La declaración del concurso de acreedores*, La Ley, Madrid, 2005, pág. 799 y «El concurso de sociedades integradas en un grupo», *La modernización del derecho de sociedades de capital en España: Cuestiones pendientes de reforma* (Dir. ALONSO LEDESMA, ALONSO UREBA y ESTEBAN VELASCO), Vol. II, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2011, pág. 456.

⁵¹⁴ Así rezaba el apartado X de la Exposición de Motivos de la LC: «La flexibilidad que inspira todo el procedimiento concursal se combina con las características de rapidez y simplicidad. La Ley de Enjuiciamiento Civil actúa como supletoria de la Ley Concursal, en cuanto ésta no contemple normas procesales especiales. La finalidad que se persigue es la de reconducir la complejidad del concurso a un procedimiento que permita su más pronta, eficaz y económica tramitación, sin merma de las garantías que exige la tutela judicial efectiva de todos los interesados». La rapidez y eficiencia como ideales características del proceso concursal encuentran su referencia también en el apartado VI de la Exposición de Motivos de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal,

La legitimación para solicitar esta declaración conjunta queda atribuida: en el caso de los cónyuges, parejas de hecho y sociedades que formen parte del mismo grupo, tanto a cualquiera de los deudores como a los acreedores; respecto a los socios o administradores total o parcialmente responsables de las deudas de una persona jurídica, únicamente a los deudores; y en el supuesto de existencia de confusión de patrimonios entre cónyuges y sociedades del mismo grupo, la legitimación corresponde exclusivamente a los acreedores.

El juez competente para acordar dicha declaración conjunta es, según prevé el artículo 46.1 TRLC, el del lugar donde el deudor con mayor pasivo tenga el centro de sus intereses principales y, ante un grupo de sociedades, el de la sociedad dominante. En supuestos en que no se solicite el concurso respecto a la última de ellas, el de la sociedad de mayor pasivo. De haberse declarado el de la sociedad dominante, será juez competente para la declaración del concurso de cualquiera de las sociedades del grupo el que conozca del concurso de aquella.

2.5. Acumulación sobrevenida

La segunda acumulación –la sobrevenida– es aquella que se insta y acuerda una vez ya han sido declarados los concursos conexos de forma independiente (art. 41 TRLC), extendiéndose a la totalidad de los supuestos analizados previamente⁵¹⁵.

como resultado de la exigencia contenida en el artículo 25.b de la Directiva 2019/1023: «La rapidez beneficia fundamentalmente a los acreedores, pero también al deudor y a los administradores de la persona jurídica deudora, porque aspiran a que esa situación excepcional que caracteriza al concurso de acreedores finalice cuanto antes. La eficiencia, íntimamente unida a una tramitación ágil, se manifiesta en muy distintos aspectos del procedimiento, entre los que tiene especial importancia el mantenimiento de aquellas unidades productivas que sean objetivamente viables».

⁵¹⁵ Varios autores han resaltado la incomprensibilidad de que la acumulación sobrevenida, a diferencia de la inicial, englobe la totalidad de supuestos de concursos conexos, máxime cuando las ventajas de este mecanismo son mayores cuanto antes se acuerde. Al respecto, vid. FLORES SEGURA, M.: *Los concursos conexos*, cit., págs. 105 y 106.

La legitimación para su solicitud se atribuye tanto a los concursados como a cualquiera de las administraciones concursales, y, en defecto de los anteriores, a cualquiera de los acreedores mediante escrito razonado (art. 41.2 TRLC).

En cuanto a la competencia judicial para decidir sobre la acumulación de los concursos cuando hubiesen sido conocidos inicialmente por diferentes juzgados, en virtud del artículo 46.2 TRLC corresponde al juez que, a la fecha de presentación de la solicitud de concurso, estuviera conociendo del concurso del deudor con mayor pasivo o, en su caso, del concurso de la sociedad dominante. Cuando esta no se haya declarado en concurso, el que primero conociera del concurso de cualquiera de las sociedades del grupo. Sin embargo, no resuelve el precepto quien ostenta la competencia en aquellos concursos, no referidos a sociedades, en los que el pasivo es exactamente idéntico para ambos deudores. Tal puede ser el caso de cónyuges casados en gananciales. Ante la falta de previsión legal, es de aplicación supletoria la LEC⁵¹⁶, debiendo estarse al contenido de su artículo 79.1: «La acumulación de procesos se solicitará siempre al Tribunal que conozca del proceso más antiguo, al que se acumularán los más modernos»⁵¹⁷.

3. LA COORDINACIÓN ENTRE LOS CONCURSOS CONEXOS

De la coexistencia de concursos conexos surgen multitud de aspectos cuya coordinación se hace necesaria para la correcta ventilación de los mismos, sin que surjan contradicciones o tramitaciones dispares que desemboquen en decisiones irreconciliables. De esta suerte, además de la trascendencia que los mismos tienen respecto al juzgado

⁵¹⁶ Si bien es cierto que la acumulación de concursos es una figura autónoma e independiente de la acumulación de acciones y procesos por presentar características propias (naturaleza y efectos), ante lagunas legales, como la mencionada, se hace precisa la remisión a la regulación prevista en la LEC. Para más detalle, vid. FLORES SEGURA, M.: *Los concursos conexos*, cit., págs. 81 y ss.

⁵¹⁷ El art. 79.2 LEC sostiene que la antigüedad se establecerá según la fecha de presentación de la demanda. Con la solicitud de acumulación deberá adjuntarse el documento que acredite dicha fecha. En caso de que las demandas hayan sido presentadas el mismo día, se considerará más antiguo el proceso que haya sido repartido primero. Si no fuera posible determinar cuál demanda se repartió antes, ya sea por estar ante distintos Tribunales o por cualquier otra razón, la solicitud de acumulación podrá presentarse en cualquiera de los procesos cuya acumulación se pretende.

competente y al nombramiento de administración concursal⁵¹⁸, destacan otros aspectos que presentan gran interés.

3.1. El reconocimiento y la clasificación de créditos

Tal y como ya se expuso previamente, la acumulación de concursos no implica una unidad procedimental, en tanto que tendrán una tramitación independiente, aunque coordinada. Ello implica que las masas pasivas de los distintos deudores en concurso continúan separadas y, en consecuencia, el reconocimiento y clasificación de los créditos se lleva a cabo por la administración concursal de manera autónoma y diferenciada

⁵¹⁸ Al respecto, GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, ha considerado que el expediente procesal de la acumulación debiera tener consecuencias de mayor alcance, pues, si la intención del legislador hubiera sido únicamente asegurar la unidad del órgano jurisdiccional y, en su caso, de la administración concursal para la tramitación de concursos conexos, lo técnicamente correcto habría sido establecer una norma especial de competencia y reparto, así como un precepto específico en materia de designación de la administración concursal. No resultaría conforme con dicha finalidad acudir, en cambio, a una norma sobre acumulación de procesos (en «Propuestas para una regulación eficiente de la acumulación de concursos», cit., pág. 178).

La idoneidad de una única administración concursal común para los concursos conexos ha sido sostenida tanto por nuestros órganos judiciales como por parte de la doctrina. En la jurisprudencia, entre otros, vid.: AJM Nº 5 de Madrid, de 15 de enero de 2009 (AC 2009, 279), según la cual la existencia de una única administración concursal contribuirá a una tramitación más ágil y eficiente de los procedimientos, en beneficio no solo de los deudores, sino, principalmente, de los acreedores. Esta unidad no implica, en modo alguno, una confusión de masas activa o pasiva –circunstancia que resultaría perjudicial para los intereses de los acreedores–, sino únicamente una gestión coordinada de los concursos, que permite una mejor organización procesal y evita duplicidades innecesarias en la tramitación; AAJM Nº 3 de Barcelona, de 29 de diciembre de 2004 (AC 2005, 161), y de 4 de diciembre de 2008 (AC 2008, 2094). En la doctrina, vid. DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F.: «Art. 3. Legitimación. Art. 3.5» y «Art. 25. Acumulación de recursos», cit., págs. 205 y 519; y ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.J.: «Legitimación», *Comentario a la Ley Concursal* (Dir. ROJO y BELTRÁN), Thomson Civitas, Madrid, 2004, pág. 224. Sin embargo, GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN advierte también de los posibles inconvenientes de ese nombramiento único sobre la base, principalmente, de la existencia de conflictos de intereses entre los propios concursados (en: *El proceso concursal ante insolvencias conexas*, cit., págs. 60 y 61). Si bien el artículo 59.1 TRLC prevé el nombramiento por el juez competente de una única administración concursal cuando “resulte conveniente”, como señala dicha autora, hay conflictos que no quedan patentes *ab initio*, sino que surgen posteriormente durante la tramitación del concurso. Ello implicará la necesidad, en ocasiones, de nombrar un auxiliar delegado por cada concursado, diluyendo «en buena medida los efectos de un único órgano de administración».

respecto de cada uno de los deudores. Y ello sin perjuicio de que los acreedores comunes, a todos o a algunos de los deudores, puedan realizar una única comunicación⁵¹⁹.

No obstante lo anterior, para dicho reconocimiento y clasificación entendemos que la administración concursal debe aplicar un mismo criterio, de modo que aquellos no resulten dispares en los distintos concursos conexos acumulados.

Sin embargo, las dificultades surgen en los concursos conexos cuya acumulación no se ha producido y se tramitan ante juzgados distintos y con, salvo en contadas ocasiones, administraciones concursales diferentes. Es el caso de los concursos simultáneos de deudores solidarios. En estos supuestos es frecuente que el acreedor comunique el crédito en ambos procesos, reclamando la totalidad del mismo a ambos deudores en su condición de solidarios, con posibilidades de cobrar el crédito, indebidamente, por duplicado⁵²⁰.

A fin de salvar dicha problemática, el TRLC ha previsto en su artículo 258, bajo el antecedente del artículo 85.5 LC, una posible solución en los siguientes términos: «1. En caso de concursos de deudores solidarios, el acreedor o el interesado podrán comunicar la existencia de los créditos a la administración concursal de cada uno de los concursos. 2. El escrito presentado en cada concurso expresará si se ha efectuado o se va a efectuar la comunicación en los demás, acompañándose, en su caso, copia del escrito o de los escritos presentados y de los que se hubieren recibido»⁵²¹. Si bien tal propuesta podría ser especialmente útil, el legislador ha previsto con carácter potestativo su aplicación al emplear el término «podrá». A nuestro juicio, es más acertada la inclusión —en dicho artículo— de una previsión que obligue a la administración concursal a

⁵¹⁹ GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G.: *El proceso concursal ante insolvencias conexas*, cit., págs. 66 y 67.

⁵²⁰ Al respecto, vid. SJM Nº 6 de Madrid, de 18 de febrero de 2013 (JUR 2013, 133335).

⁵²¹ En relación con dicho precepto, señala HERRERO PEREZAGUA, J.F.: «Comunicación de créditos», *Enciclopedia de Derecho Concursal* (Dir. BELTRÁN y GARCÍA-CRUCES), Vol. I, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012, pág. 530, que lo en él dispuesto se constituye como un elemento de control para garantizar que no habrá quebranto de las reglas de pago de créditos reconocidos en dos o más concursos de deudores solidarios previstas actualmente en el art. 438 TRLC. Asimismo, vid. GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G.: «La acumulación de concursos», *Anuario de derecho concursal*, Nº. 20/2010, versión digital, pág. 19.

comprobar, ante la concurrencia de un crédito solidario, si en el Registro Público Concursal los restantes deudores se encuentran en situación concursal. De ser así, las administraciones concursales deben informarse mutuamente y coordinar el eventual pago del crédito en cuestión, sorteando con ello que el acreedor se beneficie doblemente⁵²². De este modo, evitamos dejar la cuestión en manos del propio acreedor, quien siempre actuará de buena fe en el cobro de su crédito⁵²³.

En relación a esta cuestión, resulta de especial interés la casuística traída a colación por HERRERO PEREZAGUA⁵²⁴, en relación con las SSTs (Sala 1ª) núm. 577/2015, de 5 de noviembre⁵²⁵, y núm. 590/2015, de 5 de noviembre⁵²⁶. El supuesto de hecho era el siguiente: la sociedad A adquiere unas acciones de sociedad B sin abonarlas íntegramente, vendiéndoselas posteriormente a la sociedad C, quien las adquiere junto al derecho de crédito que B ostenta contra A. C es declarada en concurso, reconociéndose el crédito de B en la lista de acreedores tras el correspondiente incidente de impugnación en el que no es parte la sociedad A. Posteriormente, A es declarada en concurso,

⁵²² También es relevante el papel de la administración concursal respecto de aquellos supuestos en que solo uno de los deudores solidarios se encuentre en concurso, quien deberá también ser informada tanto de si se está llevando a cabo reclamación frente al deudor no concursado como de si efectivamente se consigue el cobro del crédito por el acreedor con cargo al patrimonio de este último deudor. Al respecto, vid. HERRERO PEREZAGUA, J.F.: «La lista de acreedores y el inventario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Jurisprudencia y concurso: estudios sobre la doctrina de la Sala primera del Tribunal Supremo formada en aplicación de la Ley Concursal* (Dir. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, versión digital, pág. 285.

⁵²³ De interés, vid. GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G.: *El proceso concursal ante insolvencias conexas*, cit., pág. 67. Refiere esta autora que Es evidente que la tramitación de un único procedimiento concursal respecto de varios deudores permitiría un control más eficaz del crédito y de sus vicisitudes, lo que redundaría en una mayor claridad del papel del acreedor frente a las distintas actuaciones que se adopten en relación con cada concursado. Sin embargo, considera que, incluso en el supuesto de sustanciarse tantos concursos como deudores existan, la coordinación prevista en el art. 25 ter –actual art. 42 TRLC justifica– que, en tales casos, la comunicación unitaria de los créditos sea la regla, en aras de la eficiencia procesal y la protección del interés del concurso.

⁵²⁴ HERRERO PEREZAGUA, J.F.: «La lista de acreedores y el inventario en la jurisprudencia (...)», cit., págs. 286 y 287.

⁵²⁵ RJ 2015, 4789.

⁵²⁶ RJ 2015, 5052.

reconociendo también el citado crédito de B consecuencia de la sentencia dictada en un segundo incidente concursal distinto del tramitado en el concurso de C. Además de la referencia a la cosa juzgada que se hace en el apartado siguiente, debe partirse del hecho de que tanto A como C responden solidariamente frente al crédito de B⁵²⁷, dada la ausencia de consentimiento de este último, imprescindible para que «la asunción de deuda por tercero tenga efectos novatorios y libere al deudor originario»⁵²⁸. Por tanto, en supuestos como el narrado, el acreedor queda perfectamente legitimado por vía del artículo 258 TRLC a comunicar el crédito en ambos concursos y ello sin perjuicio de que, en el caso de que el crédito se reconozca en dos o más concursos de deudores solidarios, la suma percibida en todos ellos no podrá exceder del importe del crédito (art. 438 TRLC).

3.2. Las impugnaciones del inventario y la lista de acreedores

En esta ocasión, en el artículo 300.2 TRLC el legislador ha previsto que el juez que está conociendo de los concursos pueda de oficio acumular todas o varias de las impugnaciones para resolverlas de forma conjunta. Si bien algunos autores se muestran conformes con la opción adoptada por el legislador⁵²⁹, existen otros que sostienen que, aunque la economía procesal y el sentido común abogan por un único proceso universal con varios deudores, la existencia de distintos procesos concursales constituye un obstáculo para acumular incidentes, por lo que es inviable su acumulación y resolución en una sola sentencia. Se salva, así, la eventual aparición de fallos descoordinados o

⁵²⁷ Ello en tanto que el hecho de que el acreedor exija el pago del crédito al deudor sustituto no implica, según ha señalado la STS (Sala 1ª) núm. 590/2015, de 5 de noviembre (RJ 2015, 5052), que un consentimiento tácito de la cesión, así como tampoco la liberación del deudor inicial.

⁵²⁸ STS (Sala 1ª) núm. 590/2015, de 5 de noviembre (RJ 2015, 5052).

⁵²⁹ De interés, vid. ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J.: «Aspectos procesales de la reforma de la Ley Concursal...», cit., pág. 51: «no se aprecia obstáculo conceptual impeditivo de que, en aplicación del reformado artículo 96.5 LC, puedan acumularse impugnaciones que afecten al inventario y/o a la lista de acreedores de varios concursos acumulados. Imaginamos que un acreedor impugna la cuantía o calificación de su crédito reconocido en varios concursos. La economía procesal y el propio sentido común aconsejarán en tal caso la resolución de las idénticas impugnaciones en un único incidente».

contradictorios en tanto todos ellos son objeto de resolución por un único órgano jurisdiccional⁵³⁰.

Sin embargo, las discrepancias surgen nuevamente ante concursos cuya tramitación no se haya acumulado y su sustanciación se produzca ante distintos órganos judiciales.

A diferencia de lo que ocurría en el supuesto anterior, relativo al reconocimiento de créditos, en esta ocasión existe un aspecto de vital importancia como es la independencia judicial (art. 117.1 CE). Esta debe ser valorada a la hora de resolver la cuestión que se plantea. Sin embargo, dicha independencia se encuentra limitada en el sentido que seguidamente se expone: en tanto las impugnaciones del inventario y la lista de acreedores se tramitan por la vía del incidente concursal (art. 300.1 TRLC), debe prestarse especial atención al contenido del artículo 543 TRLC, según el cual las sentencias firmes que pongan fin a los incidentes concursales producirán efectos de cosa juzgada. Por tanto, con independencia de que existan dos impugnaciones idénticas en tramitación ante dos órganos judiciales distintos, podría pensarse que el fallo acordado por el primero en dictar sentencia, siempre y cuando la misma sea firme, deberá ser respetado por el órgano judicial ante el que se sustancia la segunda impugnación. Sin embargo, hay autores que consideran que la fuerza de cosa juzgada en su efecto positivo no es susceptible de predicarse en supuestos en los que no hay una identidad de partes, como sería el caso de aquellas impugnaciones de créditos que se sustancian en concursos distintos⁵³¹.

⁵³⁰ Cfr. GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G.: *El proceso concursal ante insolvencias conexas*, cit., págs. 79 y 80. Asimismo, señala la autora que, dado que las apelaciones derivadas de las sentencias que resuelvan los incidentes deberán también tramitarse de forma separada, debe tenerse en cuenta que, a diferencia de lo que ocurría en primera instancia, la tramitación coordinada derivada de la declaración conjunta afecta a la competencia objetiva, pero no a la funcional, lo cual supone que el órgano *ad quem* en aquellas audiencias provinciales integradas por varias secciones no tiene por qué coincidir en todos los recursos, implicando ello un riesgo de aparición de pronunciamientos contradictorios.

⁵³¹ Al respecto, vid. HERRERO PEREZAGUA, J.F.: «La lista de acreedores y el inventario en la jurisprudencia (...)», cit., pág. 286.

A fin de evitar la duplicidad de impugnaciones idénticas que puedan dar lugar a resoluciones dispares, consideramos que la solución, a efectos de economía procesal, podría pasar por dos opciones: la primera de ellas, seguir la línea expuesta en el apartado anterior, de modo que, tras consultar la administración concursal la existencia de deudores solidarios en concurso, además de coordinar el reconocimiento y clasificación de créditos, deberá darse un tratamiento coordinado a las impugnaciones que pudieran surgir en uno, otro o ambos concursos; y la segunda, que en el momento en el que un juzgado comience a tramitar la impugnación del incidente, el acreedor instante de la misma deberá ponerlo en conocimiento del segundo juzgado ante el que procediera formular también dicha impugnación, a fin de que, el mismo, una vez devenga firme la sentencia dictada en el primero de ellos, asuma el fallo de tal resolución.

Lo que a nuestro juicio es evidente es que ningún sentido tendría que un crédito del que respondan dos personas por igual sea alterado por una impugnación en un concurso y no en el otro, salvo que la misma se deba a cuestiones estrictamente personales del deudor concreto⁵³².

3.3. El ejercicio de acciones rescisorias

El artículo 226 TRLC prevé la rescisión de «los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la solicitud de declaración de concurso, así como los realizados desde esa fecha a la de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta», y también de «los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la comunicación de la existencia de negociaciones con los acreedores o la intención de iniciarlas, para alcanzar un plan de reestructuración, así como los realizados desde esa fecha a la de la declaración de concurso, aunque no hubiere existido intención fraudulenta, siempre que concurren las dos siguientes condiciones: 1.º Que no se hubiera aprobado un plan de reestructuración o que, aun aprobado, no hubiera sido homologado por el juez. 2.º Que el concurso se declare dentro del año siguiente a la finalización de los efectos de esa comunicación o de la prórroga que hubiera sido concedida».

⁵³² De interés, vid. STS (Sala 1ª) núm. 590/2015, de 5 de noviembre (RJ 2015, 5052).

De dicha previsión legal se desprende que las acciones rescisorias pivotan alrededor del concepto de “actos perjudiciales para la masa activa”. Sin embargo, ni la LC⁵³³ ni ahora el TRLC recogen una definición de lo que debe entenderse por perjuicio patrimonial⁵³⁴. No obstante, doctrinal⁵³⁵ y jurisprudencialmente⁵³⁶, se ha venido admitiendo que el perjuicio a la masa no solo implica valorar si se ha producido una

⁵³³ Tal extremo fue ya puesto de relieve en relación con la LC por ESCRIBANO GÁMIR, R.: «El perjuicio de la acción rescisoria concursal», *Anuario de Derecho Concursal*, Nº. 10/2007, pág. 21; y FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A.: «Reintegración del patrimonio del concursado», *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, Nº. 25/2007, pág. 25.

⁵³⁴ Según señaló la SAP de Barcelona (Sec. 15ª) núm. 58/2009, de 6 de febrero (JUR 2009, 172445): «El perjuicio es un concepto jurídico indeterminado que hay que dotar de contenido», exigiendo seguidamente para su concurrencia «una minoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y que ello no se encuentre justificado» y «que haya existido un auténtico sacrificio patrimonial, que no se da en todos los actos de disposición patrimonial, por ejemplo, cuando el negocio es oneroso y la prestación realizada por el deudor tiene su justificación en una contraprestación de valor patrimonial equivalente. Y, además, es preciso que dicho sacrificio carezca de justificación». Sobre tal delimitación del perjuicio a la masa activa, vid. TOMÁS TOMÁS, S.: *La Masa Patrimonial como Parte en el Proceso Concursal*, Tesis de Doctorado, cit., págs. 255 y ss.; y *La masa patrimonial como parte en el proceso concursal*, Thomson Reuters Aranzadi, cit., págs. 272 y ss.

⁵³⁵ Al respecto, como defensores del concepto de perjuicio patrimonial amplio, vid. LEÓN SÁNZ, F.J.: «Comentario al art. 71 LC», *Comentario de la Ley Concursal* (Dirs. ROJO y BELTRÁN), Vol. I, Civitas, Madrid, 2004, págs. 1307 a 1308; y FERNÁNDEZ SEIJÓ, J.M.: «Acciones rescisorias y reintegración efectiva del patrimonio del deudor», *Estudios de derecho judicial*, Nº. 85/2005, pág. 231.

⁵³⁶ En tal sentido, vid. SAP de Madrid (Sec. 28ª) núm. 311/2008, de 19 diciembre (AC 2009, 201): «El perjuicio para la masa activa también puede devenir de una reducción del activo, aunque le acompañe una minoración de pasivo, si de resultas de la misma se produce una disminución de la posibilidad de dar satisfacción a los acreedores, según la regla de paridad de trato, como consecuencia de la reducción del soporte patrimonial del deudor que habría de responder ante ellos. Si el acto objeto de la acción de reintegración por vía de la rescisoria concursal ha incidido, de modo desfavorable, en la posibilidad de dar una mejor satisfacción al colectivo de los acreedores concursales, lo que ocurre cuando se reduce la masa activa con la que atender el pago de las obligaciones contraídas, debe considerarse que existe el perjuicio patrimonial a que se refiere el nº 4 del artículo 71 de la LC en relación con el nº 1 del mismo precepto legal». También de interés, vid. entre otras, SAP de Barcelona (Sec. 15ª) núm. 3/2009, de 8 de enero (AC 2009, 1180); SAP de Valladolid (Sec. 3ª) núm. 161/2014, de 29 de julio (JUR 2014, 260632); SAP de Guipúzcoa (Sec. 2ª) núm. 133/2014, de 30 de julio (JUR 2014, 266461); SAP de Cáceres (Sec. 1ª) núm. 219/2014, de 2 de octubre (JUR 2014, 276435); y SAP de Zaragoza (Sec. 5ª) núm. 405/2012, de 2 de julio (AC 2012, 538).

reducción u omisión de incremento del activo patrimonial como consecuencia del acto en cuestión, sino también cuál es la situación del pasivo tras el mismo, es decir, si se ha visto aumentado o si el acto ha implicado una alteración de la cuota de satisfacción a obtener por los acreedores. Nos encontraríamos, por tanto, en palabras de TOMÁS TOMÁS⁵³⁷, ante una interpretación teleológica de las acciones de reintegración concursal a la luz del principio de *la par conditio creditorum* que supondría apreciar el perjuicio por referencia a la colectividad de acreedores.

No obstante lo anterior, la postura del legislador respecto al concepto de perjuicio patrimonial no parece ser tan amplia, pues el artículo 226 TRLC prevé como actos rescindibles «los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor (...)». En ningún caso se plantea valorar el estado del pasivo para determinar la concurrencia del perjuicio patrimonial.

La doctrina sentada por el TS, sin embargo, no es partidaria de obviar la vinculación de *la par conditio creditorum* con la determinación del perjuicio para la masa activa, partiendo, en esta materia, de la idea de “sacrificio patrimonial injustificado”. Este es definido como aminoración injustificada del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 192 TRLC)⁵³⁸. Reflejo de ello es que el Alto Tribunal ha venido reconociendo que «mediante tales acciones se busca restaurar la integridad del patrimonio del deudor, que debe garantizar la satisfacción de los créditos, así como salvaguardar la *par conditio creditorum*»⁵³⁹. De lo

⁵³⁷ TOMÁS TOMÁS, S.: *La Masa Patrimonial como Parte en el Proceso Concursal*, Tesis de Doctorado, cit., pág. 259.

⁵³⁸ Al respecto, vid. SSTs (Sala 1ª) núm. 629/2012, de 26 de octubre (RJ 2012, 10415), núm. 124/2015, de 17 de marzo (RJ 2015, 1472), núm. 642/2016, de 26 de octubre (RJ 2016, 5359), núm. 115/2018, de 6 de marzo (RJ 2018, 867), núm. 126/2018, de 7 de marzo (RJ 2018, 877) y núm. 254/2018, de 26 de abril (RJ 2018, 1786).

⁵³⁹ Cfr. STS (Sala 1ª) núm. 100/2014, de 30 de abril (RJ 2014, 2907). Asimismo, vid. SSTs (Sala 1ª) núm. 124/2015, de 17 de marzo (RJ 2015, 1472) y núm. 45/2019, de 23 de enero (RJ 2019, 136). Destaca, al respecto, lo señalado por la STS (Sala 1ª) núm. 652/2012, de 8 de noviembre (RJ 2013, 901): «Los actos del concursado que implican una “disminución injustificada de su patrimonio” caen en el régimen de la reintegración (...) pero ello no supone que no puedan ser rescindidos otros actos que, sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen a la masa activa (*rectius* masa pasiva), como

cual colige la doctrina⁵⁴⁰ que los pagos efectuados por el deudor dos años antes de a la declaración del concurso, conculcando la forma legalmente prevista para la satisfacción de los créditos de los acreedores concursales, son susceptibles de reintegración. Ello implica que, bajo los artículos 226 y ss. TRLC, subyace la regla de la paridad de trato.

Determinado a grandes rasgos el alcance del concepto «actos perjudiciales para la masa activa», estos nos permitirán valorar en los concursos conexos –o en aquellos que debieran serlo– la procedencia del ejercicio de las acciones de rescisión. No debe obviarse que podemos encontrarnos ante supuestos en los que la rescisión de un acto concreto suponga un beneficio para uno de los deudores y, a su vez, un perjuicio para el otro. En tales hipótesis, corresponde a la administración concursal sopesar las ventajas e inconvenientes del ejercicio de dicha acción para ambos deudores (surgiendo un importante conflicto de intereses cuando intervenga en ambos concursos). La acumulación acordada en dichos concursos permite evitar que tanto la administración concursal como el juez adopten decisiones en un concurso que pueda ser especialmente perjudiciales para los intereses de los demás deudores relacionados.

La dificultad expuesta aumenta más, si cabe, en concursos conexos de sociedades integrantes de un grupo empresarial, en cuyo caso hay que sobreponer el interés del grupo «como concepto modulador de la existencia de perjuicio patrimonial»⁵⁴¹ para determinar la gratuidad u onerosidad de un determinado acto.

Asimismo, la acumulación *ab initio* de concursos evita la necesidad de plantear la posibilidad de constituir un litisconsorcio activo de las administraciones concursales de los diferentes concursos relacionados para el ejercicio de acciones de rescisión por actos

acontece con los que alteran la par condicio creditorum (...) la expresión “actos perjudiciales para la masa activa” permite distanciar la idea del perjuicio de la de disminución y la del patrimonio del deudor de la de la masa pasiva, ya que la Ley no dispone la rescindibilidad de los actos que suponen una disminución del patrimonio del deudor sino de los que son perjudiciales para la masa activa. Los que, a la postre, suponen un sacrificio patrimonial injustificado».

⁵⁴⁰ TOMÁS TOMÁS, S.: *La Masa Patrimonial como Parte en el Proceso Concursal*, Tesis de Doctorado, cit., pág. 276.

⁵⁴¹ Al respecto, vid. FLORES SEGURA, M.: *Los concursos conexos*, cit., pág. 201.

perjudiciales para la masa activa de aquellos, Algunos autores han manifestado la dificultad de dicho planteamiento y el carácter discutible⁵⁴².

Y es que, además, la no acumulación de concursos puede dar lugar, en tales escenarios, al dictado de pronunciamientos contradictorios y a la imposibilidad de aplicar el efecto de cosa juzgada material de la sentencia de rescisión dictada en un concurso respecto a los restantes procesos concursales seguidos contra deudores intervinientes en el acto rescindido. En tal sentido, destaca lo señalado por GARCÍA-ROSTÁN: «Sería técnicamente imposible que, aun cuando así lo aconsejara la conexión entre los objetos procesales, pudiera crearse un litisconsorcio activo, de modo que todas las administraciones concursales actuaran a través de un único proceso frente a los diversos demandados, pues, ¿a qué proceso concursal se vincularía el incidente? ¿Cómo quedaría constancia en los restantes de la pendencia del incidente? Por otra parte, la diversidad subjetiva, tanto en el lado activo como en el pasivo de la relación jurídico procesal, impediría la aplicación del efecto de cosa juzgada material –tanto en su efecto negativo o excluyente como en el positivo o vinculante– de la sentencia de rescisión que se obtuviera de un concurso respecto de los restantes procesos concursales seguidos contra deudores que hubieran intervenido en el acto rescindido. Tampoco se debe ignorar el riesgo de pronunciamientos contradictorios en cada concurso en relación con la rescisión de un mismo acto jurídico»⁵⁴³.

Por último, se plantea la cuestión del cómputo de plazo de dos años al que hace referencia el artículo 226 TRLC, dudándose acerca de si el mismo empezaría a contar desde la declaración por el órgano judicial del primer concurso o del posterior concurso conexo. La doctrina parece decantarse por la primera de las opciones, pues «si se estimara

⁵⁴² De interés, ibidem, pág. 202. Asimismo, GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G.: *El proceso concursal ante insolvencias conexas*, cit., pág. 69, refiere que incluso en el supuesto de una declaración conjunta y la existencia de una administración concursal única, la tramitación formalmente separada de varios procedimientos concursales dificulta, desde un punto de vista técnico-procesal, la articulación de un único incidente concursal de rescisión respecto de un acto común. La unidad del juez competente para conocer de todos los incidentes derivados elimina, en principio, el riesgo de resoluciones contradictorias, pero lo cierto es que la pluralidad de concursos exige que en cada uno de ellos se promueva de forma autónoma el correspondiente incidente de rescisión, aunque el acto impugnado sea idéntico.

⁵⁴³ Cfr. GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G.: *El proceso concursal ante insolvencias conexas*, cit., pág. 69.

la interpretación de la consideración aislada de los concursos a efectos del cómputo del plazo de dos años, una misma operación que afectase a diversos concursos podría ser objeto de la acción de reintegración en unos concursos y no en otros, pese a que todos estos concursos estuviesen acumulados»⁵⁴⁴.

3.4. La calificación en los concursos conexos

Otro de los aspectos de interés a esta investigación lo encontramos en la sección de calificación. Aunque no siempre sea necesario, determinados escenarios pueden hacer imprescindible una coordinación en la tramitación de esta fase de los concursos conexos, principalmente, ante la coincidencia de personas que puedan resultar afectadas por la calificación⁵⁴⁵, con las consecuencias que de ello se derivan⁵⁴⁶. La dificultad se agrava, incluso, cuando alguna de estas personas se encuentra, a su vez, declarada en concurso.

La complejidad de encajar los distintos pronunciamientos judiciales –personales (inhabilitaciones, pérdidas de derechos...) y patrimoniales (condenas de pago o devolución de bienes o derechos)– derivados de la sentencia de calificación culpable que recaen sobre un mismo sujeto exige prestar una especial atención al principio *non bis in idem* en aquellos casos en los que la persona afectada sea condenada con base en unos mismos hechos. La llevanza coordinada de los diferentes concursos conexos, de los que se derivan dichos pronunciamientos mediante su tramitación ante un mismo juzgado y bajo la dirección de una única administración concursal sería de especial ayuda para soliviantar tales situaciones.

⁵⁴⁴ Al respecto, vid. FLORES SEGURA, M.: *Los concursos conexos*, cit., pág. 202.

⁵⁴⁵ Entiéndase por tales: respecto del deudor persona física, su representante legal; y respecto del deudor persona jurídica, los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, los directores generales y quienes, dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, hubieren tenido cualquiera de estas condiciones (art. 455 TRLC).

⁵⁴⁶ FLORES SEGURA, M.: «La calificación en los concursos conexos», *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia*, Thomson Reuters Civitas, Navarra, 2013, págs. 546 y 547.

3.4.1. Efectos personales de la sentencia de calificación

Respecto de los efectos personales de la sentencia de calificación, destaca el pronunciamiento de inhabilitación para administrar bienes ajenos y para representar a cualquier persona *ex* artículo 455.2.2º TRLC. Dicho precepto prevé que la duración del período de inhabilitación se fije por el juez atendiendo, entre otros aspectos, «a la existencia de otras sentencias de calificación del concurso como culpable en los que la misma persona ya hubiera sido inhabilitada». De este modo, si bien es cierto que no es imprescindible la acumulación de los concursos para la aplicación de dicha previsión legal, la misma facilita el empleo de dicha disposición legal con mayor facilidad, valorando si los hechos que dan lugar a la imposición de la sanción son idénticos en uno y otro concurso.

En relación con esta cuestión, se plantea si dicha sanción de inhabilitación puede ser impuesta al administrador de la sociedad persona jurídica o si la misma únicamente debe recaer sobre la persona física nombrada para el ejercicio permanente de las funciones inherentes al cargo de administrador en representación de dicha persona jurídica. A tal propósito es preciso destacar la omisión del artículo 455.1.1º TRLC que, siguiendo la estela del derogado artículo 172.2.1º LC, no contempla como posible persona afectada por la calificación la persona física nombrada para el ejercicio permanente de las funciones inherentes al cargo de administrador en representación de una persona jurídica. En estas hipótesis, existe la duda de si la misma puede realmente ser considerada como tal, o si, por el contrario, dicha condición debe quedar reservada a la persona jurídica que ostenta formalmente la condición de administradora.

Existen posturas doctrinales enfrentadas. De una parte, encontramos una tesis excluyente⁵⁴⁷, que niega dicha posibilidad con base en una interpretación literal del artículo 455.1.1º TRLC, en la imposibilidad de realizar una interpretación extensiva al tratarse de normas sancionadoras de ilícitos civiles (art. 4 CC), así como en la ausencia

⁵⁴⁷ Vid. MUÑOZ PAREDES, A.: *Protocolo Concursal*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017, versión digital, págs. 33 y 34. De interés, cfr. SJM Nº 3 de Barcelona, de 5 de octubre de 2007 (AC 2009, 808) y SSAP de Madrid (Sec. 28ª) núm. 7/2010, de 15 de enero (JUR 2010, 106427), núm. 182/2015, de 26 de junio (JUR 2015, 205758) y núm. 99/2017, de 1 marzo (JUR 2017, 119602).

de norma que obligue a equiparar los sujetos responsables en el ámbito societario y en el concursal, admitiendo la asimetría entre ambos regímenes. De otra parte, una tesis integradora⁵⁴⁸, partidaria de sostener que la persona física representante también debe ser considerada persona afectada, al considerar que las responsabilidades societaria y concursal comparten fundamentos comunes. Siguiendo esta línea argumental, debe realizarse una interpretación teleológica para evitar el uso instrumental de personas jurídicas como escudo de responsabilidad, en la lógica jurídica de exigir responsabilidad a quien, sometido a los deberes propios del cargo, los incumple, con independencia del ámbito –societario o concursal– en que se manifieste dicha conculcación.

Esta última postura ha sido acogida tanto por parte de la doctrina⁵⁴⁹ como por algunas audiencias provinciales⁵⁵⁰, al considerar que, si bien el artículo 236.5 LSC no se limita a ampliar el elenco de sujetos responsables, sí que establece un auténtico régimen jurídico aplicable a la persona física que representa a la persona jurídica administradora, lo que la hace susceptible de ser condenada, junto con la sociedad administradora, a las consecuencias previstas en los artículos 455.2 y 456 TRLC. En efecto, el precepto establece los requisitos legales que debe cumplir dicha persona, los deberes que le son exigibles y, por ende, la responsabilidad en que puede incurrir.

⁵⁴⁸ Vid. SANCHEZ GARGALLO, I.: «La extensión subjetiva del régimen de responsabilidad a los administradores de hecho y ocultos y a la persona física representante del administrador persona jurídica (art. 236.3 y 5 LSC)», *Junta General y Consejo de Administración de la Sociedad cotizada Estudio de las modificaciones de la Ley de Sociedades de Capital introducidas por las Leyes 31/2014, de 3 de diciembre, 5/2015, de 27 de abril, 9/2015, de 25 de mayo, 15/2015, de 2 de julio y 22/2015, de 20 de julio, así como de las Recomendaciones del Código de Buen Gobierno de febrero de 2015* (Dirs. RODRÍGUEZ ARTIGAS, FERNÁNDEZ DE GÁNDARA, RODRÍGUEZ ARTIGAS, ALONSO UREBA, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, VELASCO SAN PEDRO, QUIJANO GONZÁLEZ y ESTEBAN VELASCO), Vol. II, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016, versión digital, págs. 8 y 9.

⁵⁴⁹ FUENTES DEVEZA, R.: «Algunas problemáticas de los sujetos responsables en la Sección de calificación concursal: su descoordinación con la Ley de Sociedades de Capital», *Revista Aranzadi Doctrinal*, Nº. 2/2019, versión digital, pág. 11.

⁵⁵⁰ Cfr. SSAP de Barcelona (Sec. 15ª) núm. 501/2018, de 13 de julio (JUR 2018, 210818), y núm. 83/2016, de 19 de abril (JUR 2016, 144157), SAP La Coruña (Sec. 4ª) núm. 294/2018, de 27 de septiembre (JUR 2018, 307622) y SAP de Almería (Sec. 1ª) núm. 598/2017, de 12 de diciembre (JUR 2018, 264377).

Resuelto lo anterior, debemos volver a la cuestión que nos planteábamos inicialmente, esto es, si la sanción de inhabilitación prevista en el artículo 455.2.2º TRLC puede ser impuesta al administrador de la sociedad persona jurídica o si la misma debe recaer exclusivamente sobre la persona física nombrada para el ejercicio permanente de las funciones inherentes al cargo de administrador en representación de dicha persona jurídica. Al respecto, existen dos posturas doctrinales: la primera, considera que la inhabilitación solo es de aplicación al representante persona física, ya que no está concebida para su aplicación a las personas jurídicas, lo cual resulta coherente si se considera que su finalidad última es proyectarse sobre quienes, en definitiva, han desplegado una conducta antijurídica, no mereciendo desarrollar el comercio y administrar una sociedad durante un tiempo⁵⁵¹; por el contrario, la segunda, sostiene su aplicación de forma indistinta tanto al administrador persona jurídica como a su representante persona física⁵⁵². Este último criterio exegético es el que mayor acogida tiene en la práctica judicial⁵⁵³ con la imposición a personas jurídicas de sanciones de inhabilitación *ex* artículo 455.2.2º TRLC.

Otra cuestión de especial trascendencia respecto a la sanción de inhabilitación en los concursos conexos viene referida a la duración máxima en caso de que se impongan varias sanciones de este tipo a una misma persona. Si bien la solución se hallaba comprendida en el artículo 172.2.2ª LC, basándose en la suma de cada uno de los períodos de inhabilitación, actualmente dicha previsión ha sido suprimida. El artículo 455.2.2º TRLC se limita a señalar que «la existencia de otras sentencias de calificación del concurso como culpable en los que la misma persona ya hubiera sido inhabilitada» constituye uno de los elementos a valorar junto a la gravedad de los hechos y a la entidad

⁵⁵¹ Vid. SANCHO GARGALLO, I.: «La extensión subjetiva del régimen de responsabilidad...», cit., versión digital, págs. 8 y 9; y FLORES SEGURA, M.: «La calificación en los concursos conexos», cit. págs. 554 y 555.

⁵⁵² Vid. BRENES CORTÉS, J.: «La responsabilidad del representante persona física del administrador persona jurídica», *Revista de Derecho de Sociedades*, N.º 50 (mayo-agosto 2017), versión digital, pág. 15.

⁵⁵³ Al respecto, vid. SSAP de Madrid (Sec. 14ª) núm. 99/2015, de 26 de marzo (JUR 2015, 136112), y (Sec. 28ª) núm. 99/2017, de 1 marzo (JUR 2017, 119602); SAP de Vizcaya (Sec. 4ª) núm. 195/2017, de 14 de marzo (JUR 2017, 136991), SAP La Coruña núm. 294/2018, de 27 de septiembre (JUR 2018, 307622) y SAP de Almería (Sec. 1ª) núm. 598/2017, de 12 de diciembre (JUR 2018, 264377).

del perjuicio causado a la masa activa para determinar la duración del período de inhabilitación. Por tanto, el juez es el encargado de modular a su arbitrio la duración de dicha sanción, valorando las posibles condenas anteriores a las que haya sido sometida la persona afectada por la calificación, así como si las mismas derivan o no de unos mismos hechos con la finalidad de evitar conculcar el principio *non bis in idem*.

3.4.2. Efectos patrimoniales de la sentencia de calificación

Los efectos patrimoniales derivados de la sentencia de calificación –restitución de bienes o derechos procedentes, indebidamente, del patrimonio del deudor, o extinción de derechos de crédito concursales o contra la masa–, pueden recaer sobre las personas afectadas por la misma⁵⁵⁴ y los cómplices; en ningún caso sobre el propio deudor⁵⁵⁵. Los efectos mencionados no plantean mayores problemas, en tanto los créditos y bienes y derechos son diferentes en cada uno de los concursos.

Sin embargo, la cuestión se torna más compleja cuando la persona afectada por la calificación o el cómplice también se hallan declarados en concurso, pues ello puede conllevar una importante merma de la masa activa de su concurso y en las posibilidades

⁵⁵⁴ A este respecto, igual que se trataba en el apartado anterior, en los supuestos de administradores personas jurídicas que designan un representante persona física, señala BRENES CORTÉS, J.: «La responsabilidad del representante persona física del administrador persona jurídica», *Revista de Derecho de Sociedades*, Nº. 50 (mayo-agosto 2017), versión digital, pág. 15, que la atribución de responsabilidad solidaria al administrador persona jurídica y a su representante persona física constituye una herramienta eficaz para facilitar el resarcimiento de la sociedad perjudicada y, por extensión, de los terceros directamente afectados.

⁵⁵⁵ Existe un debate doctrinal acerca de si el propio deudor puede quedar o no incluido en la categoría personas afectadas por la calificación. Al respecto, vid. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A.: *La calificación del concurso*, cit., pág. 106 y 110, para quien, si bien carece de sentido que los efectos patrimoniales de la calificación se extiendan a la persona del deudor atendiendo al principio de universalidad en la determinación de la masa activa, no existe óbice para considerar que el mismo pueda resultar afectado por los efectos personales de la calificación. Y ello tanto por la propia finalidad de la calificación como por lo previsto en el artículo 178.1 LC (actual art. 483 TRLC), según el cual la conclusión del concurso implica el cese de las limitaciones sobre las facultades de administración y disposición del concursado, «salvo las que se contengan en la sentencia de calificación». En el mismo sentido, vid. SJM Nº 1 de Madrid, de 16 de enero de 2007 (AC 2007, 857). También de interés, vid. FLORES SEGURA, M.: «La calificación en los concursos conexos», cit., pág. 557.

de cobro de sus acreedores. La situación expuesta empeora o se dificulta en aquellos supuestos en los que dichas condenas se dan entre concursos que debiendo ser conexos y, por ende, acumulados para su tramitación coordinada, no lo son⁵⁵⁶. El descompás en los tiempos entre estos concursos puede dar lugar a que uno de ellos concluya con anterioridad al otro, de modo que los bienes del ya finalizado se liquiden en su totalidad, impidiendo la restitución de los mismos al concurso en el que se hubiera dictado la sentencia de calificación culpable. La solución no es sencilla. Como señala FLORES SEGURA⁵⁵⁷, a modo ejemplificativo: «imagínese que la sentencia firme que resuelve la sección de calificación del concurso de la filial (y que contiene los pronunciamientos de condena consistentes en la extinción de los derechos de crédito de la matriz y la devolución de bienes y derechos indebidamente obtenidos por esta) se dicta una vez concluido el concurso de la matriz. Los acreedores de la sociedad filial deberían, entonces, accionar contra los acreedores –ya satisfechos– de la matriz, a fin de que devolviesen lo cobrado indebidamente. Este tipo de situaciones, menos excepcionales de lo que pudiera parecer, deben ser abordadas *ex ante* (a partir de la coordinación institucional que comentada en secciones anteriores), ya que su solución *ex post*, además de costosa y difícil, puede incluso ser imposible».

Finalmente, la sentencia de calificación puede prever, asimismo, la condena «a indemnizar, con o sin solidaridad, los daños y perjuicios causados» (art. 455.2.5º TRLC). Este es, quizás, el pronunciamiento cuyo cumplimiento efectivo presenta más dificultades cuando concurren condenas a una misma persona en distintos concursos ante una hipotética insuficiencia de activo como obligada al pago. Nuevamente, la coordinación temporal de los concursos es imprescindible para que no exista una aplicación preferente del principio *prior tempore, potior iure*, frente al principio de la *par conditio creditorum*⁵⁵⁸. Es decir, que no consiga hacer efectiva la condena al pago de la indemnización el concurso en el que primeramente se ejecute la sentencia de calificación

⁵⁵⁶ Ibidem, págs. 557 y 558.

⁵⁵⁷ Al respecto, vid. FLORES SEGURA, M.: *Los concursos conexos*, cit., pág. 270.

⁵⁵⁸ Es más, como apunta FLORES SEGURA (ibidem, pág. 273): «En realidad, a lo que debemos tender es a lograr una especie de *par conditio concursorum*, consistente en que el patrimonio insuficiente de las personas afectadas por la calificación o los cómplices se reparta equitativamente entre los diversos concursos, en el caso de ser insuficiente para satisfacerlos a todos».

dictada, sino que el activo del condenado al pago se reparta de forma equitativa entre los diferentes concursos en los que se haya dictado sentencia de calificación culpable con pronunciamiento indemnizatorio. Ello únicamente es posible, como ya se indicaba previamente, mediante una tramitación coordinada de los concursos conexos⁵⁵⁹. Asimismo, se une la exigencia, ante dicha insolvencia o insuficiencia de activo, de instar el concurso necesario –en caso de que no se realice de manera voluntaria por dicha persona– del obligado al pago de las indemnizaciones. De este modo, los pagos a los distintos acreedores (las masas activas de los concursos en los que el mismo hubiera generado o agravado la situación de insolvencia mediante dolo o culpa) se garantiza que se realicen de forma ordenada y con respeto al principio de la *par conditio creditorum*.

En esta misma línea, señala con acierto FLORES SEGURA⁵⁶⁰ que, si declarado el concurso del obligado al pago de la indemnización, la misma ya se hubiera producido en alguno de los concursos, «podría valorarse el ejercicio de una acción de rescisión concursal (...) contra dicho pago, de forma que las cantidades abonadas retornasen a la masa activa» *ex* artículos 226 y ss. TRLC.

A fin de garantizar el cumplimiento de la condena indemnizatoria, además de la opción previamente expuesta de solicitar el concurso necesario del condenado, se plantea la necesidad de acordar medidas cautelares de embargo sobre los bienes del obligado a su pago⁵⁶¹. De nuevo, nos hallamos ante el principio *prior tempore, potior iure*, cuya solución, pasaría, en concursos conexos en los que el condenado sea común, por garantizar la coordinación con apoyo en la identidad del órgano judicial y de la administración concursal designada⁵⁶² de tal suerte que se evite el favorecimiento de uno

⁵⁵⁹ Dicha tramitación coordinada exige el nombramiento de una única administración concursal encargada de velar por el patrimonio de ambos concursos. No obstante, ello también puede plantear un conflicto de intereses para la propia administración concursal designada, cuya solución puede pasar tanto por una aplicación equitativa de los importes a percibir en cada uno de los concursos, como por el nombramiento de un auxiliar independiente en cada concurso.

⁵⁶⁰ FLORES SEGURA, M.: *Los concursos conexos*, cit., pág. 274.

⁵⁶¹ Al respecto, vid. LADRÓN RODA, T.: «La sentencia de calificación», cit., págs.155 y ss.

⁵⁶² Cabe también plantearse la posibilidad de que por parte de la administración concursal designada en los concursos acumulados se elabore un único informe de calificación que permita coordinar la responsabilidad de las personas que pudieran resultar afectadas por la calificación, facilitando con ello el cumplimiento

de los concursos en detrimento del otro⁵⁶³. De este modo, el juez, bajo su potestad para acordar embargos preventivos, al amparo del artículo 133 TRLC, puede llevarlos a cabo de forma proporcional en cada uno de los concursos, en tanto que se acordarán por la cuantía que «estime bastante» (art. 133.3 TRLC). De esta manera, se asegura que los bienes del condenado a indemnizar responden por igual ante todas las condenas impuestas⁵⁶⁴.

Otra opción, propuesta por algunos autores⁵⁶⁵ para alcanzar la *par conditio creditorum* de los diversos concursos, se basa en instar la declaración de concurso de las personas afectadas por las medidas cautelares, lo que permite el levantamiento y cancelación de los embargos por la vía del artículo 143.2 TRLC, así como la cancelación de las cargas anteriores al concurso constituidas a favor de créditos concursales que no gocen de privilegio especial en caso de liquidación (art. 217 TRLC).

Finalmente, localizamos otro supuesto novedoso y de especial trascendencia que exige de la coordinación hasta ahora expuesta. La Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, previó la integración de un nuevo precepto, el artículo 451 bis TRLC. Dicho artículo regula la posibilidad de que las personas que puedan verse afectadas por la calificación, o que hayan sido declaradas cómplices, alcancen acuerdos transaccionales sobre las consecuencias económicas derivadas de la misma⁵⁶⁶. Queda, por tanto, excluida la posibilidad de transacción sobre

proporcionado de las hipotéticas condenas indemnizatorias que puedan derivarse de la sentencia de calificación culpable.

⁵⁶³ En tal sentido, vid. FLORES SEGURA, M.: «La calificación en los concursos conexos», cit., pág. 562.

⁵⁶⁴ Ibidem, pág. 565. FLORES SEGURA sostiene la dificultad de poder hacer efectiva esta solución, pues además de considerar difícil la estimación de los cálculos, sería necesaria una importante labor de averiguación patrimonial previa del sujeto a embargar. Sin embargo, esta última cuestión entendemos que puede ser resuelta por el Punto Neutro Judicial de forma similar a lo previsto en los procedimientos de ejecución ex art. 590 LEC.

⁵⁶⁵ Ibidem, págs. 565 y 566.

⁵⁶⁶ En relación al límite de la transacción en esta materia, destaca el pronunciamiento contenido en la SJM N° 6 de Madrid, de 29 de abril de 2014 (JUR 2014, 177464), en la que SSª, con carácter previo a que se regulase esta cuestión en la legislación concursal, ya consideró imprescindible diferenciar los pronunciamientos sancionadores derivados de la fase de calificación concursal para determinar si eran

susceptibles de disponer para las partes: «a.-) No cabe duda de que el pronunciamiento declarativo de culpabilidad concursal [art. 172.1 L.Co.], soporte de los demás pronunciamientos de condena, no puede considerarse incluido dentro del ámbito dispositivo de las partes, por lo que formulada calificación culpable por alguna de las partes legitimadas, un posterior acuerdo transaccional no podrá determinar la calificación fortuita del concurso; y ello aunque tal acuerdo suponga transar sobre acciones de reintegración en beneficio de la masa [-como ocurre en el presente caso-]. b.-) A igual conclusión deberá llegarse respecto a la exclusión total de la sanción de naturaleza personal por inhabilitación para administrar bienes ajenos, pero nada parece impedir que quien tiene el poder de calificar los hechos, solicitar la sanción de inhabilitación y modular la misma dentro de la horquilla temporal dispuesta legalmente, pueda posteriormente modificar dicho plazo temporal por incluir tal extremo en un acuerdo transaccional más amplio en sede de calificación; siempre que con ello se mantenga dentro de los límites máximos y mínimos legales. Es doctrina jurisprudencial que tanto el informe de culpabilidad como la sentencia de culpabilidad deberán fijar el periodo de la inhabilitación, debiendo en ambos casos razonar [- Sentencia de la Audiencia Provincial de Lérida, Sección 2ª, de 5.3.2008 [JUR 200/(143230)-] su duración en atención a tres parámetros: (i) la gravedad de los hechos, (ii) la entidad del perjuicio y (iii) la declaración de culpable en otros concursos del mismo responsable; por lo que si el alcance del perjuicio se ve minorado por un acuerdo transaccional de contenido patrimonial favorable para el interés concursal, podrá modularse aquella imperativa sanción.c.-) Más dudas genera la sanción de pérdida de derechos, en cuanto como dice la Audiencia Provincial de Madrid [-Sentencia, Sección 28ª, de 9.3.2012-] se trata de un régimen severo, pero coherente con el criterio del legislador de repeler con contundencia comportamientos inadmisibles en el tráfico económico y que afectan al propio interés público, por lo que la misma [-a diferencia de la inhabilitación-] no resulta modulable, por lo que pierden todos los derechos y ha de devolverse todo; argumentos que parecen obligar a decantarse por el carácter imperativo, punitivo, necesario e indisponible de dicha sanción.d.-) Por último, la sanción por resarcimiento a la indemnización de daños y perjuicios [art. 172.3 L.Co.] y la sanción por responsabilidad concursal [art. 172.bis L.Co.], en cuanto calificadas [Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 6 de octubre de 2011, de 16.1.2012, de 21.3.2012, de 26.4.2012, de 21.5.2012, de 16.7.2012; y de 20.12.2012, entre otras] como responsabilidad por culpa y con fundamento resarcitorio por los daños causados de modo directo al patrimonio de la concursada, y de modo difuso e indirecto a los acreedores concursales [régimen de responsabilidades pecuniarias concursales que se integra en el más amplio régimen de responsabilidad de administradores sociales-], puede ser objeto de limitada disposición por administración concursal, Ministerio Fiscal y personas responsables de tales resarcimientos, sin más límites que los derivados del art. 19.1 L.E.Civil y la necesaria ponderación judicial del interés general y de terceros [-representado por el interés concursal y de los acreedores de la concursada en la satisfacción de sus créditos-] y el interés público en la sanción civil de conductas especialmente reprobables tutelado por el Ministerio Público, lo que exigirá la conformidad expresa o tácita [-mediante el silencio al específico traslado en tal sentido, como ha ocurrido en el presente supuesto-] del Fiscal». En el mismo sentido, vid. AJM Nº 9 de Barcelona núm. 76/2022, de 7 de febrero (JUR 2022, 175541) y SJM Nº 6 de Madrid núm. 1248/2023, de 8 de septiembre (JUR 2023, 399148).

la sanción de inhabilitación⁵⁶⁷ –aunque sí pueda modularse su duración⁵⁶⁸–. De lo cual se infiere la dificultad de que concurra una transacción de los efectos económicos sin declaración de culpabilidad⁵⁶⁹. En tal sentido, voces de la doctrina⁵⁷⁰ refieren que, aunque la transacción implica, en cierto modo, la asunción de responsabilidad, el acuerdo alcanzado quedaría sin efecto de dictarse una sentencia de calificación del concurso como fortuito.

A su vez, debe valorarse si los efectos económicos susceptibles de transacción incluyen la consecuencia jurídica de la «pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa» (art. 455.3º TRLC), dada su automática aplicación y su carácter sancionatorio. Algún autor se muestra favorable al respecto, basándose en el criterio de política legislativa que justificó la posibilidad de la transacción en la sección de calificación concursal, promoviendo «los principios de oportunidad y eficiencia económica en la reintegración de la masa frente a la eventual ejecución de una sentencia de condena»⁵⁷¹.

Si bien con carácter previo a la LC y al original TRLC no se preveía la posibilidad de transacción en relación al contenido económico de la calificación, algunas resoluciones

⁵⁶⁷ De interés, vid. YÁÑEZ EVANGELISTA, J.: «Calificación. Adiós, fiscal; bienvenidos, acreedores» (disponible en <https://www.uria.com/es/publicaciones/8121-calificacion-adios-fiscal-bienvenidos-acreedores>, consultado por última vez el 10 de junio de 2025).

⁵⁶⁸ Al respecto, vid. AJM Nº 8 de Madrid, de 30 de septiembre de 2013 (AC 2013, 1849) y SJM Nº 3 de Vigo núm. 73/2024, de 9 de julio (JUR 2024, 411291).

⁵⁶⁹ Cfr. LADRÓN RODA, T.: «La sentencia de calificación», cit. pág. 121: «La inhabilitación actúa por ministerio de la ley, y una de sus finalidades es *cuasi de orden público: proteger el tráfico jurídico mercantil* de personas que podrían volver a actuar de la misma manera, causando nuevos perjuicios a los acreedores por la imposibilidad de cobro de sus créditos. (...) Luego la inhabilitación es genuinamente indisponible para las partes, sin perjuicio de que el juez gradúe la duración de la misma. Por tanto, el desistimiento total en la calificación no es posible». Asimismo, vid. SAP de Barcelona (Sec. 15ª) núm. 162/2013, de 23 de abril (JUR 2013, 272871).

⁵⁷⁰ Al respecto, vid. MARÍN DE LA BÁRCENA, F.: «La limitada disposición del contenido de la calificación», *Comentario a la Ley Concursal* (Dir. PULGAR EZQUERRA), Vol. II, 3ª ed., La Ley, Madrid, 2023, págs. 134 y 135.

⁵⁷¹ Ibidem, pág. 135.

judiciales⁵⁷² admitían su reconocimiento. Para ello, aplicaban supletoriamente el artículo 19 LEC (Disposición Final Quinta de la LC) conforme al cual «[l]os litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán (...) transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero»⁵⁷³. La incorporación de la transacción en la sección de calificación ha venido a facilitar la terminación negociada de la sección sexta⁵⁷⁴, incentivando soluciones pactadas cuando existen responsabilidades económicas

⁵⁷² Cfr. AJM N° 8 de Madrid de 30 de septiembre de 2013 (AC 2013, 1849), SAP de Barcelona (Sec. 15ª) núm. 348/2017, de 8 de septiembre (JUR 2017, 243411), AJM N° 9 de Barcelona núm. 76/2022, de 7 de febrero (JUR 2022, 175541), SSJM N° 3 de Vigo núm. 59/2024, de 30 de mayo (JUR 2024, 411290), núm. 73/2024, de 9 de julio (JUR 2024, 411291), y AAP de Valencia núm. 33/2023, de 29 de marzo (JUR 2023, 324046).

⁵⁷³ En este sentido, vid. RODRÍGUEZ DÍAZ, N.: «La transacción en la sección de calificación: un antiguo derecho en un nuevo precepto», cit., págs. 203 y 204. También de interés, vid. FUENTES DEVEZA, R.: «El reforzamiento del principio dispositivo en la sección de calificación concursal tras la Ley 16/2022, de 5 de septiembre», Revista Aranzadi Doctrinal, N° 7, julio 2023, versión digital, págs. 17 y 18, expone la existencia de una tesis más permisiva y otra de carácter más restrictivo. La primera de ellas partía de la posibilidad de alcanzar una transacción completa que incluyera tanto la propia declaración de culpabilidad como la identificación de las personas implicadas y sus consecuencias, considerándola como «mecanismo para lograr una terminación de la sección más rápida y eficaz», con independencia de que tal opción resultase o no beneficiosa para los acreedores, lo que, en su caso, podría ser objeto de debate en una eventual acción de responsabilidad contra la administración concursal, no constituyendo impedimento para su homologación judicial. El único límite a dicha homologación venía dado por la necesidad de respetar la inhabilitación mínima de dos años, al tratarse de un contenido de orden público inherente a la calificación como culpable (de hecho, en los casos de transacción, dicha sanción debía mantenerse, al menos en su duración mínima, por imposición legal). Esta primera postura tiene reflejo en el AJM N° 8 de Madrid, de 30 de septiembre de 2013 (AC 2013, 1849). La segunda tesis, de carácter más restrictivo, sostenía que, una vez emitido el informe de calificación culpable, la transacción no podía incidir ni sobre la declaración de culpabilidad, ni sobre la identificación de los afectados, ni sobre la sanción de inhabilitación, limitándose exclusivamente a cuestiones patrimoniales. Además, se añadía que, dado que la administración concursal actúa en esta fase como representante de un interés ajeno –el conjunto de los acreedores–, debía obtener autorización judicial para llevar a cabo el acuerdo, a fin de permitir que los acreedores pudieran ser oídos y manifestar su posición respecto al contenido del mismo.

⁵⁷⁴ Dicha transacción implica, *a priori*, la ausencia de pronunciamiento en materia de condena en costas, en tanto su naturaleza es puramente económica y, por ende, disponible, pasando las mismas a ser objeto del acuerdo transaccional que se alcance. De interés al respecto, vid. ARIZA COLMENAREJO, M.J.: «Las costas

discutibles. Ello implica el respeto a las exigencias del orden público concursal⁵⁷⁵, procurando que la misma no desvirtúe los elementos esenciales de una posible calificación culpable. Se garantiza de este modo el correcto equilibrio entre la autonomía de la voluntad procesal y los límites normativos indisponibles⁵⁷⁶.

Los aspectos fundamentales de dicha transacción se recogen en el artículo 451 bis TRLC:

En primer lugar, la legitimación para transar es atribuida a la administración concursal, los acreedores que hubieran presentado informe de calificación y las personas que, según cualquiera de esos informes, pudieran quedar afectadas por la calificación o ser declaradas cómplices⁵⁷⁷. Es preciso determinar si el acuerdo alcanzado exige la conformidad de todos los legitimados o si, por el contrario, lo acordado por cualquiera de ellos con el sujeto afectado por la calificación es oponible frente a los demás. A nuestro parecer, la solución impone que el acuerdo alcanzado cuente con el visto bueno de la administración concursal o, al menos, su no oposición⁵⁷⁸. Recuérdese que este órgano actúa en beneficio del conjunto de los acreedores afectados por la insolvencia, mientras que la posición de cualquiera de los acreedores que hubiera presentado informe de calificación constituye la expresión de un interés individual.

En según lugar, la homologación judicial necesaria para la plena eficacia del acuerdo transaccional⁵⁷⁹, previo traslado por el letrado de la Administración de Justicia de la solicitud de homologación a los personados en la sección –distintos de los

en el incidente concursal», *Los acreedores concursales II Congreso Español de Derecho de la Insolvencia*, Thomson Reuters Civitas, Navarra, 2010, págs. 250 y 251.

⁵⁷⁵ En relación al concepto de orden público concursal, vid. IBÁÑEZ ASTABURUAGA, J.: «La nueva figura del ministerio fiscal y los acreedores en la pieza de calificación», cit., págs. 179 a 183.

⁵⁷⁶ Al respecto, vid. RODRÍGUEZ DÍAZ, N.: «La transacción en la sección de calificación: un antiguo derecho en un nuevo precepto», cit., pág. 204.

⁵⁷⁷ Sobre esta cuestión, vid. STS (Sala 1ª) núm. 10/2015, de 3 de febrero (RJ 2015, 644).

⁵⁷⁸ Partidario de este criterio, vid. MARÍN DE LA BÁRCENA, F.: «La limitada disposición del contenido de la calificación», cit. págs. 137 y 138.

⁵⁷⁹ Dicha homologación judicial lleva aparejada su eficacia ejecutiva ex art. 517.2.3º LEC.

legitimados para transar– para que, en el plazo de diez días, aleguen lo que a su derecho convenga.

Respecto a estas alegaciones, entiende la doctrina⁵⁸⁰ que, dado que no se especifica en qué deben consistir, las mismas no han de limitarse a una mera oposición o a la manifestación de que la transacción resulta inoportuna o inconveniente, pues ello equivaldría a supeditar su aprobación a la voluntad de quienes, en realidad, no ostentan legitimación para intervenir en la calificación; conforme a lo ya argumentado, su participación tiene carácter meramente adhesivo⁵⁸¹. Por tanto, se considera que las alegaciones deben orientarse a informar al juzgado sobre la improcedencia de la homologación conforme al artículo 19.1 LEC, ya sea por tratarse de un acuerdo prohibido (al incidir en la sanción de inhabilitación), o bien por concurrir restricciones por razones de interés general o en beneficio de terceros. Tales motivos, a su vez son los que deben fundar, en su caso, el posible recurso de apelación contra el auto que apruebe dicha transacción, «sin que baste la mera discrepancia acerca de su oportunidad o conveniencia»⁵⁸².

Ante el escenario expuesto, la posibilidad de transacción en la sección de calificación hace precisa y necesaria la coordinación entre concursos conexos mediante una identidad tanto en la administración concursal como en el juzgado encargado de tramitar los concursos. Ello permite a la primera transar bajo unos mismos criterios, y al segundo aprobar o no la solicitud de homologación del acuerdo transaccional de manera uniforme.

Asimismo, no debe obviarse que la transacción plantea cierta similitud con la conformidad penal, pues implica un reconocimiento de culpabilidad. Ahora bien, a

⁵⁸⁰ Cfr. FUENTES DEVESA, R.: «El reforzamiento del principio dispositivo en la sección...», cit., versión digital, pág. 19.

⁵⁸¹ En este sentido, vid. AAP de Murcia (Sec. 4ª) núm. 154/2022, de 12 de mayo de 2022 (JUR 2023, 125029), dictado con motivo de la homologación de una transacción en el marco de un incidente de reintegración, que razona en términos plenamente aplicables a la sección de calificación.

⁵⁸² Vid. FUENTES DEVESA, R.: «El reforzamiento del principio dispositivo en la sección...», cit., versión digital, pág. 19.

diferencia de lo que ocurre con la conformidad penal⁵⁸³, en tanto la transacción se extiende únicamente a los efectos económicos derivados de la conducta que puede dar lugar a la calificación de culpable del concurso, la imposición de sanciones de contenido personal exige la valoración de los hechos que motivarán tal calificación. En estos casos exclusivamente debe tener efectos de cosa juzgada sentencia de calificación sobre los extremos no disponibles, quedando el juez vinculado por su decisión de cara a la sustanciación de la calificación en el concurso conexo.

Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 1816 del Código Civil dispone que la transacción «tiene para las partes la autoridad de la cosa juzgada; pero no procederá la vía de apremio sino tratándose del cumplimiento de la transacción judicial»⁵⁸⁴. A pesar de la dicción del precepto, en la doctrina existen dos posturas enfrentadas. Por una parte, algunos autores⁵⁸⁵ sostienen la ausencia de cosa juzgada por considerar que la transacción no despliega el efecto procesal propio de las sentencias que resuelven la cuestión litigiosa

⁵⁸³ Vid. capítulo VI, apartado 4.2, ii) La actividad probatoria realizada en el proceso penal y su posible vinculación en el proceso concursal.

⁵⁸⁴ En cuanto a los requisitos para la aplicación de la cosa juzgada en relación con la transacción, vid. STS (Sala 1ª) de 28 de septiembre de 1984 (RJ 1984, 4365) y AAP de Vizcaya (Sec. 4ª) núm. 824/2007, de 27 de diciembre (JUR 2008, 116837). Esta última resolución señala que procede el recurso de apelación contra el auto de sobreseimiento en tanto «la transacción es un contrato bilateral entre las partes con un objeto cierto y delimitado, de forma que no puede ampliarse la citada transacción a objetos no previstos ni discutidos en el momento en el que se acordó».

⁵⁸⁵ Cfr. ORTELLS RAMOS, M. y CUCARELLA GALIANA, L.A.: «La sentencia y otros modos de terminación. III. La Transacción», *Derecho Procesal Civil*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2024, versión digital, pág. 10: «La referencia a la cosa juzgada es metafórica. Entre la eficacia vinculante de la sentencia (generadora de cosa juzgada) y la de la transacción (incluso la judicial) hay diferencias, de fundamento –imperium estatal– frente al concurso de voluntades de las partes –y de estabilidad de la vinculación– la cosa juzgada es impugnada mediante el juicio de revisión; la transacción, incluso la judicialmente homologada, puede ser impugnada como un contrato –véanse especialmente, pero no únicamente, los arts. 1817 a 1819 CC; también STS Civil, sección 1.ª, 199/2010, de 5 de abril–. Consecuentemente, en un eventual proceso posterior entre parte y sobre objeto afectado por una transacción (incluso judicial), la transacción no debe ser tratada como la cosa juzgada. No es apreciable de oficio, porque no crea un vínculo de naturaleza jurídico-pública. No es alegada para evitar un pronunciamiento de fondo, sino para conseguir un pronunciamiento de fondo conforme con la transacción. No se impone al juzgador con la inmutabilidad de la cosa juzgada, sino que se halla expuesta a impugnaciones de su validez y eficacia en el mismo proceso en que se hace valer».

(art. 222 LEC). Por el contrario, otros⁵⁸⁶ son partidarios de equiparar la transacción a la eficacia de la sentencia, desplegando, en consecuencia, los mismos efectos, con independencia de que pueda ser discutida dicha transacción posteriormente –dado que la misma se caracteriza por la fuerza vinculatoria entre las partes con una repercusión en la situación jurídica material que exista entre ellas–. Nos adscribimos a la primera tesis, pues aun cuando la transacción produce efectos obligacionales entre las partes, carece del contenido que caracteriza a las resoluciones judiciales con efecto de cosa juzgada material *ex* artículo 222 LEC.

⁵⁸⁶ Cfr. GUASP, J.: *Derecho procesal civil*, Instituto de estudios políticos, Madrid, 1956, pág. 575; y RODRÍGUEZ DÍAZ, N.: «La transacción en la sección de calificación: un antiguo derecho en un nuevo precepto», cit., pág. 228. En el mismo sentido, señala el AAP de Álava (Sec. 1ª) núm. 51/2005, de 30 de noviembre (JUR 2006, 57415): «la transacción tiene para las partes la autoridad de la cosa juzgada, pero no procederá la vía de apremio sino tratándose del cumplimiento de la transacción judicial, y dicha autoridad de la cosa juzgada, no puede ser otra más que, la de la cosa juzgada material, con los efectos previstos en el artículo 222 de la L.E.C., no cabiendo sino entender el que, además, proceda la vía de apremio tratándose del cumplimiento de la transacción judicial, y lo dispuesto en el artículo 19.2 de la L.E.C., que la transacción judicial, que además de tener la autoridad de la cosa juzgada, pone término al proceso iniciado, se equipara en eficacia a la sentencia firme originando sus mismos efectos procesales». También de interés, vid. SJM Nº 6 de Madrid núm. 124/2023, de 8 de septiembre (JUR 2023, 399148).

CONCLUSIONES

I

La competencia atribuida al juez del concurso para conocer de las cuestiones prejudiciales civiles, administrativas y sociales no es plena. Con carácter general, el conocimiento de tales cuestiones cae en la órbita del referido juez cuando, de un lado, la cuestión tiene carácter controvertido, lo que implica que la disputa entre las partes no ha sido decidida por otro juzgado con firmeza, y, de otro, la resolución de la misma debe ser resuelta en el proceso concursal atendiendo a su propósito y finalidad.

II

Ante la ausencia de cosa juzgada, la coexistencia de dos resoluciones judiciales contradictorias sobre los mismos hechos requiere justificar las razones que sustentan una distinta interpretación de los mismos. Permitir que ambas decisiones convivan, sin constar tal justificación, vulneraría el principio de seguridad jurídica.

III

La competencia del juez del concurso para conocer de las cuestiones prejudiciales civiles, administrativas y sociales atribuida *ex* artículo 55 TRLC debe puntualizar si la misma alcanza a la tramitación de los incidentes concursales. Ante el silencio legal, la respuesta debe ser afirmativa, dado que el mismo se precepto al concurso de forma genérica y sin exceptuar ninguno de los procesos que se integran o derivan del mismo.

IV

La jurisdicción del juez del concurso debe extenderse a la resolución de las cuestiones prejudiciales que sean antecedente lógico y presupuesto para la declaración de concurso. Según el tipo de concurso, ello tiene lugar de distinto modo: en los concursos voluntarios, se ha de realizar a través del recurso de reposición y posterior apelación, que puede plantearse por el acreedor frente al auto de declaración de concurso; en los concursos necesarios, mediante la formulación de oposición por parte del deudor con carácter previo al dictado del auto de declaración de concurso.

V

La ventilación del concurso de acreedores no se suspende ante la pendencia de un proceso penal cuya decisión esté íntimamente vinculada al mismo. Tal suspensión no está prevista legalmente, ni siquiera excepcionalmente ante el enjuiciamiento de documentos imprescindibles para la tramitación y/o resolución del concurso, ni ante en la tramitación de incidentes que puedan surgir en cualquier fase del concurso.

VI

La declaración de insolvencia acordada en procedimientos penales, sociales o contencioso-administrativos puede ser utilizada, aportando la resolución que contenga dicho pronunciamiento, por los acreedores u otros legitimados para solicitar el concurso necesario del deudor. Esta declaración se considera un hecho revelador del estado de insolvencia, incluido entre los supuestos del artículo 2.4.1º TRLC.

VII

Para garantizar la adecuada coexistencia entre las jurisdicciones penal y civil-mercantil a la hora de acordar medidas cautelares, se recomienda una actuación judicial coordinada. Además de la intervención del Ministerio Fiscal en ambos órdenes, debería exigirse al juez penal la consulta del Registro Público Concursal, en similares términos a los exigidos en el artículo 551.1 LEC. Ello evitaría la adopción de medidas cautelares paralelamente a la tramitación del proceso concursal que pudieran dificultar su desarrollo y/o vulnerar la *par conditio creditorum*.

En caso de que el juez penal hubiera adoptado medida cautelar por desconocimiento de la existencia del proceso concursal, su alzamiento no debería ser inmediato. Es aconsejable mantener la misma hasta que el juez del concurso acuerde una medida equivalente en sede concursal. De este modo, se evitaría cualquier perjuicio para la masa activa durante el tránsito entre ambas decisiones.

VIII

En los procedimientos cuya continuación se sigue al margen del concurso, por no concurrir los requisitos del artículo 138 TRLC, la ley no regula expresamente la competencia para la adopción de medidas cautelares. A nuestro juicio, la competencia del juez del concurso *ex* artículo 51.1.5ª TRLC debe permitirle acordar dichas medidas en tanto pudieran afectar a elementos del activo concursal. A tal propósito, sería suficiente la solicitud remitida por el juez que esté conociendo del proceso declarativo al juez del concurso, constituyendo ello una excepción a la competencia funcional del primero de ellos.

IX

El alzamiento de medidas cautelares acordadas en un procedimiento penal anterior al dictado del auto de declaración del concurso debe acordarse por el juez de lo penal. Con la excepción prevista en los artículos 225 y 430 TRLC, el juez del concurso carece de competencia para ello. Este debe, pues, formular solicitud al tribunal penal para que se acuerde tal alzamiento.

De otro lado, una vez declarado el concurso, cuando el juez penal inste la adopción de una medida cautelar al juez del concurso y este no acceda a ella, existen dos vías para rebatir esta decisión según el origen de la solicitud: de haber sido interesada de oficio, el juez penal puede someter la cuestión a la SECC (art. 42 LOPJ); si fue promovida a instancia de parte, en concreto por un acreedor personado en el concurso, este podrá formular el correspondiente recurso.

X

Ante la ausencia de causa real que justifique el no alzamiento o cancelación de embargos administrativos cuando ello entorpezca la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado, es necesaria una nueva redacción del artículo 143.2 TRLC. En esta no se debe diferenciar entre embargos administrativos y judiciales,

de modo que todos queden incluidos en un mismo supuesto de hecho. La continuidad de la actividad profesional o empresarial no debe admitir ningún distingo a tales efectos.

XI

La aprobación del convenio implica la extinción de los efectos propios de la declaración del concurso. Ello incluye el alzamiento de las medidas cautelares acordadas por el juez del concurso. Sin embargo, este debiera conservar la competencia para conocer de las ejecuciones y medidas cautelares relativas a créditos concursales o contra la masa sobre los bienes y derechos del concursado que formen parte de la masa activa y que se sustancien con posterioridad a dicha aprobación (art. 52.1.2ª y 5ª TRLC).

XII

Una vez declarado el concurso, solo se permite el acceso al registro de la propiedad de mandamientos emitidos por juez distinto al del concurso en dos hipótesis. La primera, cuando se trate de mandamientos de anotación de embargo con fecha anterior al auto de declaración, cuya inscripción se ha retrasado. La segunda, cuando los mandamientos provengan de procedimientos de ejecución cuya continuación esté expresamente permitida tras la declaración del concurso *ex* artículos 144 y 146 del TRLC.

Fuera de los supuestos anteriormente mencionados, el acceso al registro de la propiedad de mandamientos dictados por jueces distintos al del concurso puede evitarse de dos modos. De un lado, exigiendo a los registradores que consulten el Registro Público Concursal. De otro, mediante la reforma de los artículos 28.1.5º y 692.1 TRLC. Dicha modificación legal debería incluir, en el auto de declaración de concurso o de apertura del procedimiento especial de microempresas, no solo la referencia a «la publicidad que haya de darse a la declaración de concurso / apertura del procedimiento» sino también a la «la anotación del auto de declaración de concurso / apertura del procedimiento». Asimismo, es necesario modificar el artículo 37.1 TRLC para establecer un plazo máximo para que el letrado de la Administración de Justicia *ex* artículo 167 realice dicha anotación. Este plazo debería aplicarse, de igual modo, al procedimiento de microempresas por vía del apartado 4 del artículo 692 bis TRLC.

XIII

Todas las acciones sociales que se ejerciten antes de la declaración del concurso o con posterioridad han de ser sustanciadas ante juez del concurso. Ello facilita la coordinación entre la acción social de responsabilidad y la de responsabilidad concursal, pues ambas pueden concurrir ante la generación o agravación del estado de insolvencia del concursado consecuencia del incumplimiento del deber de diligencia de sus administradores.

A fin de evitar duplicidad de sanciones por unos mismos hechos, tenerse en cuenta el importe de las condenas. La suma obtenida y reintegrada en el patrimonio del concurso por la primera sentencia que se dicte en la sustanciación de dichos procesos –social o concursal– deberá ser minorada de la cantidad a la que se condene en la sentencia del segundo procedimiento. Así se evita incluir una indemnización ya satisfecha con anterioridad.

XIV

El derecho penal de la insolvencia ha perdido su carácter de *ultima ratio*. La ampliación de su ámbito subjetivo y la extensión del reproche es obvia desde el momento en que acoge no solo a los declarados, dando acogida ya no solo a aquellos declarados en concurso sino también a los obligados a solicitar la declaración de concurso dentro del plazo de dos meses *ex art.* 5.1 TRLC. De esta suerte, los delitos de insolvencia punible constituyen una vía autónoma para los acreedores, independiente del proceso concursal.

XV

La reforma del CP operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, es el preludio a una posible desaparición de la sección de calificación concursal. Su objetivo, no desvelado por el legislador, podría ir orientado a armonizar nuestro sistema legal con el de los países vecinos. Constituye un indicio de lo anterior que los artículos 259 a 261 CP recojan la totalidad de los supuestos que justifican la calificación culpable del concurso.

XVI

La sentencia penal absolutoria del delito de insolvencia punible no impide la calificación de culpabilidad como consecuencia de que la conducta del deudor se subsuma en alguno de los supuestos previstos en el TRLC. Es preciso para ello que no se considere probada la inexistencia de los hechos denunciados o la falta de participación en los mismos del deudor. Ahora bien, la sentencia penal condenatoria, incluso la derivada de una conformidad, obliga al juez del concurso a partir de los hechos declarados probados en la misma para el dictado de la sentencia de calificación culpable.

XVII

La concurrencia de una doble condena procedente de la responsabilidad civil *ex delicto* y de la cobertura del déficit en la sentencia de calificación culpable, si bien no tiene cabida dentro del principio *non bis in idem*, encuentra cobertura legal bajo la figura del enriquecimiento injusto. De esta suerte y con la finalidad de evitar tal enriquecimiento, la responsabilidad civil derivada del delito, además de incorporarse como crédito a la masa pasiva del concurso, debe regirse por las prescripciones de la legislación concursal y por la competencia del juez del concurso.

XVIII

La apreciación del principio *non bis in idem* demanda la confluencia de una triple identidad: subjetiva, fáctica y de fundamento. Este último elemento no se aprecia entre la calificación concursal y los delitos de insolvencias punibles: el bien jurídico protegido en ambos diverge. Ello implica, además, la absoluta compatibilidad de las sanciones económicas impuestas en ambas jurisdicciones. En tanto la finalidad de estas es distinta, no existe coincidencia en la sanción a abonar por el condenado.

XIX

La no vinculación del juez penal a la actividad probatoria llevada a cabo en sede concursal no es óbice para que el mismo pueda tomar en consideración e ilustrarse de la

prueba practicada y las conclusiones alcanzadas, con vistas al dictado de la sentencia en el procedimiento penal correspondiente.

XX

El testimonio de las actuaciones penales, incluidas las derivadas de la instrucción y diligencias sumariales o de investigación, pese a carecer de valor probatorio en el proceso penal, constituyen prueba plena en sede civil y, por ende, en el proceso concursal. Asimismo, la sentencia penal firme es un medio de prueba cualificado de los hechos en ella contemplados y valorados, en cuanto sean determinantes de su parte dispositiva.

XXI

El pronunciamiento en materia de responsabilidad civil derivada del delito emitido por el juez penal con anterioridad al dictado de la sentencia de calificación produce efectos de cosa juzgada únicamente respecto de aquellos extremos que han sido expresamente instados por el solicitante. Del mismo modo, la existencia de pronunciamiento de responsabilidad civil en sede concursal con carácter previo al dictado de la sentencia penal es vinculante en el proceso penal siempre que se aprecie una identidad de acciones.

De otro lado, no es pacífica la postura relativa a la posibilidad de que el responsable civil subsidiario, en un proceso civil posterior, pueda cuestionar el nexo causal una vez dictada sentencia penal condenatoria. En este sentido, consideramos que negar al responsable civil subsidiario de controvertir los hechos que fundamentan la pretensión condenatoria en su contra constituye un perjuicio evidente, con vulneración del principio jurídico natural de audiencia y, en consecuencia, del derecho a la tutela judicial efectiva. Nótese que se le priva de intervenir activamente en la fase probatoria y de influir en la valoración que de la misma efectúe el órgano jurisdiccional penal. En consecuencia, a nuestro juicio, siempre que fundamente su defensa en hechos nuevos o en argumentos jurídicos distintos de los que sirvieron de base para el dictado de la sentencia penal condenatoria, resulta justificado un eventual cambio de criterio por parte del órgano judicial competente.

XXII

La participación del Ministerio Fiscal en el proceso concursal está justificada en tanto las consecuencias de la calificación exceden la mera satisfacción de un interés particular. A nuestro juicio, es necesaria una reforma legal dirigida a imponer su intervención en el concurso, con ampliación de las facultades conferidas hasta el momento y con una especialización orientada a la protección del orden público civil que facilite la coordinación de actuaciones entre las jurisdicciones civil y penal.

XXIII

La desaparición de la contingencia en créditos con origen en sentencias no firmes, pero susceptibles de ejecución provisional, debería exigir la prestación de caución suficiente antes del cobro dentro del proceso concursal. La falta de firmeza implica, a su vez, la ausencia de eficacia positiva de la cosa juzgada material.

XXIV

La sentencia de calificación que declare el incumplimiento del deber de solicitar el concurso debe producir efectos de cosa juzgada formal. Dichos efectos se extienden a lo previsto en el artículo 487.1.3º TRLC como causa para desestimar la exoneración del pasivo insatisfecho, con la única excepción de que, eventualmente, surjan nuevos elementos que permitan al juez del concurso modificar su decisión, lo cual raramente ocurrirá.

Distinta conclusión alcanzamos en relación al incumplimiento de los deberes de colaboración. El grado de incumplimiento a valorar en ambos supuestos varía, ya que su apreciación será fruto de la aplicación de normas de distinta naturaleza y finalidad, y su concurrencia puede variar a lo largo de la sustanciación del procedimiento.

XXV

La concesión de un trámite de doble audiencia a los acreedores ante la propuesta de acceso a la exoneración del pasivo insatisfecho mediante plan de pagos con base en la concurrencia de los presupuestos y requisitos legales para acceder a la exoneración es injustificada. La solución a tal escenario exige una reforma legal en virtud de la cual el juez quede vinculado por lo inicialmente acordado frente a un hipotético pronunciamiento posterior consecuencia de la impugnación del plan de pagos aprobado *ex* artículo 498 bis 5º TRLC.

XXVI

La existencia de concursos independientes referentes a deudores solidarios exige la modificación del artículo 285 TRLC. Dicha reforma debería incluir la obligación de consultar el Registro Público Concursal para las distintas administraciones concursales designadas. Si se constata que un deudor solidario ha sido declarado en concurso, las administraciones concursales deben informarse mutuamente. De este modo, puede coordinarse tanto el eventual pago del crédito compartido, evitando un doble beneficio para el acreedor, como las posibles impugnaciones del inventario y la lista de acreedores.

XXVII

Las condenas indemnizatorias derivadas de sentencias de calificación impuestas a un mismo sujeto en concursos conexos requieren de una adecuada e imprescindible coordinación de tal suerte que el principio *prior tempore, potior iure* ceda en favor del principio de la *par conditio creditorum*.

XXVIII

La sentencia de calificación que recoge una transacción sobre los efectos económicos produce efectos de cosa juzgada. Ahora bien, el juez debe pronunciarse sobre las sanciones de contenido personal, las cuales no pueden ser objeto de transacción. Este

pronunciamiento vincula al propio juez en los concursos conexos que se tramiten y cuya calificación descansa sobre los mismos hechos.

JURISPRUDENCIA CITADA

Prejudicialidad civil, administrativa y social en el ámbito concursal

- **Tribunal Constitucional:**

- STC (Sala 1ª) núm. 62/1984, de 21 mayo (RTC 1984, 62).
- STC (Sala 2ª) núm. 255/2000, de 30 octubre (RTC 2000, 255).

- **Tribunal Supremo:**

- STS (Sala 2ª) de 6 de mayo de 1968.
- STS (Sala 3ª) de 20 de junio de 2014 (RJ 2014, 4238).
- STS (Sala 3ª) de 18 de noviembre de 2015 (RJ 2015, 5641).
- STS (Sala 3ª) núm. 1421/2016, de 15 de junio (RJ 2016, 3872).
- STS (Sala 1ª) núm. 628/2010, de 13 de octubre (RJ 2010, 7451).
- STS (TCJ) núm. 3/2013, de 9 de abril (RJ 2013, 5910).
- STS (TCJ) núm. 7/2013, de 17 de junio (RJ 2013, 7998).
- ATS (SECC) núm. 39/2013, de 19 de diciembre (JUR 2014, 28190).
- STS (TCJ) núm. 3/2017, de 12 de julio (RJ 2017, 6233).
- STS (TCJ) núm. 2/2018, de 21 de marzo (RJ 2019, 2706).
- STS (TCJ) núm. 1/2021, de 24 de marzo (JUR 2021, 143517).
- STS (TCJ) núm. 2/2021, de 20 de diciembre (JUR 2022, 34187).
- STS (TCJ) núm. 2/2022, de 14 de noviembre de (JUR 2022, 366236).

- **Tribunales Superiores de Justicia:**

- ATSJ (Sala de lo Civil y Penal) de Andalucía, de 10 de febrero de 2014 (JUR 2014, 156593).
- STSJ (Sala de lo Civil y Penal) de Madrid, núm. 31/2017, de 3 de mayo (AC 2017, 727).

- **Audiencias Provinciales:**

- AAP de Castellón (Sec. 2ª) núm. 70/2000, de 12 de febrero (AC 2000, 373).
- SAP de Barcelona (Sec. 15ª) núm. 20/2023, de 16 de enero (JUR 2023, 56591).
- AAP de Madrid (Sec. 28ª) núm. 253/2015, de 9 de diciembre (JUR 2016, 40128).
- AAP de Pontevedra (Sec. 1ª) núm. 312/2017, de 4 de octubre (JUR 2018, 54767).

- **Juzgados de lo Mercantil:**

- AJM de Madrid núm. 2/2024, 26 de febrero.
- AJM N° 10 de Santander, de 4 de marzo de 2008 (JUR 2009, 84447).

- **Tribunal Económico-Administrativo Central**

- Resolución TEAC de 9 de junio de 2010 (JT 2010, 1101).

Prejudicialidad penal en el ámbito concursal

- **Tribunal Supremo:**

- ATS (Sala 1ª) de 20 de septiembre de 2017 (JUR 2017, 240044).
- ATS (Sala 1ª) de 29 de octubre de 2019 (JUR 2019, 302170).

- **Audiencias Provinciales:**

- AAP de Madrid (Sec. 28ª) núm. 181/2008, de 4 julio (JUR 2008, 292550).
- AAP de Madrid (Sec. 28ª) núm. 207/2009, de 11 diciembre (JUR 2010, 93381).
- AAP de Islas Baleares (Sec. 5ª) núm. 13/2021, de 15 febrero (AC 2021, 253).
- SAP de Girona (Sec. 4ª) núm. 61/2023, de 23 de enero (JUR 2023, 339372).
- AAP de Barcelona (Sec. 15ª) núm. 116/2023, de 17 de octubre de 2023 (PROV 2024, 20607).

- **Juzgados de lo Mercantil:**

- AJM N° 1 de Cádiz, de 11 de octubre de 2005 (JUR 2005, 279368).

Existencia e inexistencia de unos mismos hechos

- **Tribunal Constitucional:**

- STC (Sala 1ª) núm. 62/1984, de 21 mayo (RTC 1984, 62).
- STC (Sala 1ª) núm. 158/1985, de 26 de noviembre (RTC 1985, 158).
- STC (Sala 2ª) núm. 367/1993, de 13 de diciembre (RTC 1993, 367).
- STC (Sala 2ª) núm. 255/2000, de 30 octubre (RTC 2000, 255).
- STC (Sala 2ª) núm. 151/2001, de 2 de julio (RTC 2001, 151).
- STC (Sala 1ª) núm. 34/2003, de 25 de febrero (RTC 2003, 34).
- STC (Sala 1ª) núm. 16/2008, de 31 de enero (RTC 2008, 16).
- STC (Sala 1ª) núm. 172/2016, de 17 de octubre (RTC 2016, 172).
- STC (Sala 1ª) núm. 31/2025, de 10 de febrero (JUR 2025, 29900).

Medidas cautelares en sede concursal

- **Tribunal Supremo**

- STS (TCJ) núm. 9/2007, de 6 de noviembre (RJ 2010, 1968).
- STS (TCJ) núm. 4/2008, de 19 de diciembre (RJ 2010, 1976).
- STS (Sala 1ª) núm. 491/2013, de 23 de julio (RJ 2013, 5203).
- STS (SECC) núm. 6/2016, de 28 de abril de 2016 (JUR 2016, 103203).
- ATS (SECC) núm. 2/2019, de 19 de febrero (RJ 2020, 408).

- **Audiencias Provinciales:**

- AAP de Zamora núm. 3/2011, de 19 de enero (AC 2011, 921).
- AAP de Madrid (Sec. 16ª) núm. 963/2017, de 24 de noviembre (JUR 2018, 28093).

- **Juzgados de lo Mercantil:**

- SJM N° 1 de Sevilla, de 29 de mayo de 2005 (JUR 2015, 160569).

- AJM Nº 6 de Madrid, de 9 de junio de 2008 (JUR 2010, 419645).
 - AJM Nº 1 de Oviedo, de 9 de diciembre de 2011.
 - AJM Nº 3 de Pontevedra (sede en Vigo), de 26 de mayo de 2014 (AC 2014, 1029).
 - AJM Nº 1 de Málaga, de 11 de noviembre de 2014 (JUR 2015, 43702).
 - AJM Nº 8 de Madrid, de 22 de abril de 2015 (JUR 2015, 114876).
 - SJM de Gijón núm. 42/2016, de 22 de febrero (JUR 42, 2016).
 - AJM Nº 6 de Madrid, de 23 de febrero de 2016 (JUR 2016, 45049).
 - AJM Nº 1 de Tarragona, de 12 de abril de 2016 (JUR 2016, 128316).
 - AJM Nº 3 de Pontevedra (sede en Vigo) de 9 de junio de 2016.
 - AJM Nº 6 de Madrid, de 18 de abril de 2017 (JUR 2017, 212415).
 - AJM Nº 6 de Madrid, de 20 de diciembre de 2017 (JUR 2018, 27963).
- **Juzgados de Instrucción:**
 - AJI Nº 3 de Vigo de 15 de julio de 2016.

Actos registrales en sede concursal

- **Tribunal Supremo**
 - ATS (SECC) núm. 7/2010, de 22 de marzo (JUR 2010, 112010).
 - ATS (SECC) núm. 29/2014, de 5 de diciembre (JUR 2015, 12207).
- **Dirección General de los Registros y del Notariado**
 - RDGRN núm. 1218/2017, de 16 enero (RJ 2017, 613).
 - RDGRN núm. 15770/2018, de 26 octubre (RJ 2018, 4841).
- **Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública**
 - RDGSJFP de 16 de febrero de 2012 (RJ 2012, 5951).
 - RDGSJFP de 20 de septiembre de 2013 (RJ 2013, 7621).

- RDGSJFP núm. 3949/2023, de 23 enero (RJ 2023, 1363).

Ejecuciones en relación con el concurso de acreedores

- **Tribunal Supremo:**

- STS (SECJ) núm. 10/2006, de 22 diciembre (RJ 2007, 8690).
- STS (SECJ) núm. 2/2008, de 3 julio (RJ 2010, 1974).
- STS (SECJ) núm. 3/2008, de 4 julio (RJ 2010, 1975).
- STS (TCJ) núm. 2/2010, de 18 de octubre (JUR 2010, 427063).
- STS (SECJ) núm. 3/2010, de 18 octubre (RJ 2013, 4336).
- STS (SECJ) núm. 13/2012, de 11 de diciembre (RJ 2013, 4312).
- STS (Sala 1ª) núm. 711/2014, de 12 de diciembre (RJ 2014, 6561).
- STS (Sala 1ª) núm. 46/2015, de 18 de febrero (RJ 2015, 2670).
- ATS (Sala 1ª) de 14 de septiembre de 2016 (JUR 2016, 200767).
- STS (Sala 1ª) núm. 319/2018, de 30 de mayo (RJ 2018, 2318).
- STS (Sala 4ª) núm. 1075/2018, de 18 de diciembre (RJ 2018, 6058).
- STS (Sala 1ª) núm. 90/2019, de 13 de febrero (RJ 2019, 468).

- **Audiencias provinciales:**

- AAP de Murcia (Sec. 4ª) núm. 190/2015, de 9 de julio (JUR 2015, 235027).
- AAP de Murcia, de 22 de diciembre de 2016.

- **Dirección General de los Registros y del Notariado**

- RDGRN núm. 15005/2012, de 6 de noviembre (RJ 2013, 1127).
- RDGRN núm. 3002/2013, de 15 de febrero (RJ 2013, 1981).

Arbitraje en relación con el proceso concursal

- **Tribunal Constitucional:**

- ATC (Sala 2ª) núm. 231/1994, de 18 de julio (RTC 1994, 231).
- ATC (Sala 2ª) núm. 116/1992, de 4 de mayo (RTC 1992, 116).
- STC (Pleno) núm. 174/1995, de 23 de noviembre (RTC 1995, 174).
- STC (Sala 1ª) núm. 9/2005, de 17 de enero (RTC 2005, 9).

- **Tribunal Supremo:**

- STS (Sala 1ª) de 2 de marzo de 1989 (RJ 1989, 1743).

- **Tribunal Superior de Justicia**

- STSJ de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal) núm. 45/2015, de 15 junio (RJ 2015, 4055).
- STSJ de Castilla-La Mancha (Sala de lo Civil y Penal) núm. 8/2016, de 24 de noviembre (AC 2016, 2377).

- **Audiencias Provinciales:**

- SAP de Madrid (Sec. 10ª) de 16 de diciembre de 1995 (AC 1995, 2264).
- SAP de Zaragoza (Sec. 5ª) núm. 501/1996, de 16 de septiembre (AC 1996, 1707).
- SAP de Palencia núm. 186/1999, de 10 junio (AC 1999, 1488).
- SAP de Barcelona (Sec. 15ª) de 24 de noviembre de 1999 (JUR 1999, 320061).
- SAP de Girona (Sec. 2ª) núm. 147/2000, de 9 marzo (AC 2000, 4983).
- SAP de Barcelona (Sec. 14ª) de 26 de noviembre de 2002 (JUR 2003, 61825).
- SAP de Guipúzcoa (Sec. 1ª) núm. 57/2003, de 24 marzo (JUR 2003, 142325).
- SAP de Barcelona (Sec. 14ª), de 14 de abril de 2003 (AC 2003, 2028).
- SAP de Barcelona (Sec. 14ª) núm. 191/2004, de 11 marzo (JUR 2004, 195498).
- SAP de Cádiz (Sec. 6ª) núm. 50/2004, de 4 junio (AC 2004, 1054).

- SAP de Vizcaya (Sec. 4ª) núm. 373/2005, de 17 de mayo (AC 2005, 1350).
- AAP de Madrid (Sec. 10ª) núm. 123/2007, de 21 de mayo (AC 2007, 1233).
- AAP Madrid (Sec. 10ª) núm. 144/2007, de 18 de julio (JUR 2007, 258602).
- AAP de Madrid (Sec. 21ª) núm. 89/2008, de 26 marzo (JUR 2008, 163389).
- AAP de Madrid (Sec. 20ª) núm. 64/2009, de 5 de febrero (JUR 2009, 172618).
- SAP de Barcelona (Sec. 15ª) núm. 220/2009, de 30 de junio (JUR 2009, 418666).
- AAP de La Rioja núm. 106/2009, de 8 octubre (JUR 2009, 459562).
- SAP de Madrid (Sec. 8ª) núm. 379/2010, de 20 septiembre (JUR 2010, 368667).
- SAP de Barcelona (Sec. 15ª) núm. 89/2016, de 19 abril (JUR 2016, 114817).
- SAP de Málaga (Sec. 6ª) de 29 mayo 2020 (AC 2020, 834).

- **Juzgados de lo Mercantil**

- AJM N° 1 de Sevilla, de 20 de febrero de 2018 (JUR 2018, 77192).

Derechos de crédito no firmes

- **Tribunal Supremo:**

- STS (Sala 1ª) núm. 174/2020, de 11 de marzo (RJ 2020, 975).
- STS (Sala 1ª) núm. 335/2016, de 20 de mayo (RJ 2016, 2289).

- **Juzgados de lo Mercantil**

- SJM N° 1 de Bilbao núm. 72/2006, de 14 de febrero (AC 2006, 178).
- SJM N° 1 de Palma de Mallorca núm. 137/2007, de 17 de mayo (JUR 2008, 357150).
- SJM N° 1 de Valencia, núm. 234/2009, de 30 de abril (JUR 2024, 118319).

Acción social de responsabilidad y calificación concursal

- **Tribunal Supremo:**

- STS (Sala 1ª) núm. 397/2001, de 19 de abril (RJ 2001, 6883).
- STS (Sala 1ª) núm. 138/2002, de 25 febrero (RJ 2002, 1908).
- STS (Sala 1ª) núm. 1186/2003, de 17 de diciembre (2003, 8667).
- STS (Sala 1ª) núm. 255/2006, de 22 de marzo (RJ 2006, 4896).
- STS (Sala 1ª) núm. 261/2007, de 14 de marzo (RJ 2007, 1793).
- STS (Sala 1ª) núm. 1168/2008, de 27 de noviembre (RJ 2008, 6323).

Acción individual de responsabilidad y calificación concursal

- **Tribunal Supremo:**

- STS (Sala 1ª) núm. 87/2004, de 16 de febrero (RJ 2004, 648).
- STS (Sala 1ª) núm. 679/2021, de 6 de octubre (RJ 2021, 4484).

- **Audiencias Provinciales:**

- SAP de Tarragona (Sec. 1ª) núm. 398/2018, de 27 de septiembre (JUR 2018, 270856).

Responsabilidad por deudas sociales y calificación concursal

- **Tribunal Supremo:**

- STS (Sala 1ª) núm. 653/2021, de 29 de septiembre (RJ 2021, 4389).

- **Audiencias Provinciales:**

- AAP de las Islas Baleares (Sec. 5ª) núm. 54/2007, de 10 de abril (JUR 2007, 313769).
- SAP de Barcelona (Sec. 15ª) núm. 193/2023, de 6 de marzo (JUR 2023, 262988).

Calificación concursal

• Tribunal Supremo:

- STS (Sala 1ª) de 22 de noviembre de 1985 (RJ 1985, 5627).
- STS (Sala 1ª) de 10 de diciembre de 1985 (RJ 1985, 6432).
- STS (Sala 1ª) de 6 abril 1992 (RJ 1992, 2942).
- STS (Sala 1ª) de 28 de octubre 1993 (RJ 1993, 7666).
- STS (Sala 1ª) de 31 diciembre 1997 (RJ 1997, 9412).
- STS (Sala 1ª) de 23 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1492).
- STS (Sala 1ª) de 31 diciembre 1998 (RJ 1998, 9774).
- STS (Sala 1ª) núm. 927/2001, de 11 octubre (RJ 2001, 8629).
- STS (Sala 1ª) núm. 222/2002, de 15 marzo (RJ 2002, 2841).
- STS (Sala 1ª) núm. 1019/2002, de 31 octubre (RJ 2002, 9735).
- STS (Sala 1ª) núm. 606/2003, de 13 de junio (RJ 2003, 4304).
- STS (Sala 1ª) de 17 de julio de 2006 (RJ 2006, 4960).
- STS (Sala 1ª) núm. 191/2009, de 25 de marzo (RJ 2009, 1662).
- STS (Sala 1ª) núm. 406/2010, de 25 de junio (RJ 2010, 5413).
- STS (Sala 1ª) núm. 669/2012, de 14 de noviembre (RJ 2013, 1614).
- STS (Sala 1ª) núm. 185/2015, de 10 de abril (RJ 2015, 1517).
- STS (Sala 1ª) núm. 650/2016, de 13 de noviembre (RJ 2016, 5199).
- STS (Sala 1ª) núm. 254/2019, de 7 de mayo de 2020 (RJ 2019, 1878).
- STS (Sala 1ª) núm. 670/2019, de 16 de diciembre (RJ 2019, 5208).
- STS (Sala 1ª) núm. 319/2020, de 18 de junio (RJ 2020, 2752).

• Audiencias Provinciales:

- AAP de Álava (Sec. 1ª) núm. 51/2005, de 30 de noviembre (JUR 2006, 57415).
- SAP de Barcelona (Sec. 15ª) núm. 173/2007, de 19 de marzo (JUR 2007, 272870).

- SAP de Barcelona (Sec. 15ª) núm. 541/2007, de 29 de noviembre (JUR 2009, 33340).
- SAP de Barcelona (Sec. 15ª) núm. 250/2009, de 16 de julio (AC 2009, 1882).
- SAP de Madrid (Sec. 28ª) núm. 298/2009, de 4 de diciembre (AC 2010, 399).
- SAP de Baleares (Sec. 5ª) núm. 421/2009, de 10 de diciembre (JUR 2010, 43168).
- SAP de Madrid (Sec. 28ª) núm. 7/2010, de 15 de enero (JUR 2010, 106427).
- SAP de Navarra (Sec. 3ª) núm. 30/2010, de 8 de febrero (JUR 2010, 185788).
- SAP de Madrid (Sec. 28ª) núm. 158/2010, de 29 de junio (JUR 2010, 320291).
- SAP de Barcelona (Sec. 15ª) núm. 348/2010, de 3 de noviembre (AC 2011, 1699).
- SAP de Madrid (Sec. 28ª) núm. 122/2011, de 11 de abril (JUR 2011, 186143).
- SAP de Barcelona (Sec. 15ª) núm. 162/2013, de 23 de abril (JUR 2013, 272871).
- SAP de Las Palmas (Sec. 4ª) núm. 265/2013, de 24 de julio (JUR 2013, 278205).
- SAP de Madrid (Sec. 14ª) núm. 99/2015, de 26 de marzo (JUR 2015, 136112).
- SAP de Madrid (Sec. 28ª) núm. 182/2015, de 26 de junio (JUR 2015, 205758).
- SAP de Madrid (Sec. 28ª) núm. 27/2016 de 25 de enero (JUR 2016, 32426).
- SAP de Madrid (Sec. 28ª) núm. 271/2016, de 8 de julio (JUR 2016, 199522).
- SAP de Madrid (Sec. 28ª) núm. 161/2017, de 24 de marzo (JUR 2017, 182228).
- SAP de Barcelona (Sec. 15ª) núm. 501/2018, de 13 de julio (JUR 2018, 210818).
- SAP de Barcelona (Sec. 15ª) núm. 83/2016, de 19 de abril (JUR 2016, 144157).
- SAP La Coruña (Sec. 4ª) núm. 294/2018, de 27 de septiembre (JUR 2018, 307622).
- SAP de Almería (sec. 1ª) núm. 598/2017, de 12 de diciembre (JUR 2018, 264377).
- SAP de Madrid (Sec. 28ª) núm. 99/2017, de 1 marzo (JUR 2017, 119602).
- SAP de Vizcaya (Sec. 4ª) núm. 195/2017, de 14 de marzo (JUR 2017, 136991).
- SAP de Pontevedra (Sec. 1ª) núm. 390/2017, de 21 de julio (JUR 2017, 228802).

- **Juzgados de lo Mercantil:**

- SJM N° 2 de Barcelona de 9 de mayo de 2006 (AC 2006, 1469).
- SJM N° 5 de Madrid núm. 7/2007, de 18 de enero (JUR 2007, 368567).
- SJM N° 1 de Palma de Mallorca núm. 127/2007, de 9 de mayo (AC 2008, 746).
- SJM N° 3 de Barcelona, de 5 de octubre de 2007 (AC 2009, 808).

Insolvencias punibles y concurso de acreedores

- **Tribunal Supremo:**

- STS (Sala 2ª) núm. 2212/2001, de 27 de noviembre (RJ 2002, 72).
- STS (Sala 2ª) núm. 690/2003, de 14 de mayo (RJ 2003, 4410).
- STS (Sala 2ª) núm. 1203/2003, de 19 de septiembre (RJ 2003, 6853).
- STS (Sala 2ª) núm. 771/2006, de 18 de julio (RJ 2006, 6301).
- STS (Sala 2ª) núm. 372/2012, de 11 de mayo (RJ 2012, 6185).
- STS (Sala 1ª) núm. 537/2013, de 14 de enero (RJ 2014, 1).
- STS (Sala 1ª) núm. 532/2013, de 19 de septiembre (RJ 2013, 7604).

Non bis in idem

- **Tribunal Europeo de Derechos Humanos:**

- Asunto Gradinger contra Austria, 23 de octubre de 1995 (TEDH 1995, 6360).
- Asunto Oliveira contra Suiza, 30 de julio de 1998 (TEDH 1998, 89).
- Asunto Franz Fischer contra Austria, de 29 de mayo de 2001 (TEDH 2001, 352).
- Asunto Nikitin c. Rusia, de 20 de julio de 2004 (JUR 2004, 193137).
- Asunto Sergueï Zolotoukhine contra Rusia, de 10 de febrero de 2009 (Gran Sala) (TEDH 2009, 23).
- Asunto A y B contra Noruega, de 15 de noviembre de 2016 (Gran Sala) (JUR 2016, 272540).

- **Tribunal Constitucional:**

- STC (Sala 1ª) núm. 2/1981, de 30 de enero (RTC 1981, 2).
- STC (Sala 1ª) núm. 77/1983, de 3 de octubre (RTC 1983, 77).
- STC (Sala 2ª) núm. 66/1986, de 23 de mayo (RTC 1986, 66).
- ATC (Sala 2ª) núm. 600/1987, de 20 de mayo (RTC 1987, 600 AUTO).
- ATC (Sala 1ª) núm. 1001/1987, de 16 de septiembre (RTC 1987, 1001 AUTO).
- STC (Sala 1ª) núm. 159/1987, de 26 de octubre (RTC 1987, 159).
- STC (Sala 1ª) núm. 98/1989, de 1 de junio (RTC 1989, 98).
- STC (Sala 2ª) núm. 154/1990, de 15 de octubre (RTC 1990, 154).
- STC (Sala 2ª) núm. 234/1991, de 10 de diciembre (RTC 1991, 234).
- STC (Sala 1ª) núm. 182/1994, de 20 de junio (RTC 1994, 182).
- STC (Sala 1ª) núm. 270/1994, de 17 de octubre (RTC 1994, 270).
- STC (Sala 1ª) núm. 204/1996, de 16 de diciembre (RTC 1996, 204).
- STC (Sala 1ª) núm. 334/2005, de 20 de diciembre (RTC 2005, 334).
- STC (Pleno) núm. 2/2003, de 16 de enero (RTC 2003, 2).
- STC (Sala 1ª) núm. 48/2007, de 12 de marzo (RTC 2007, 48).
- STC (Sala 2ª) núm. 69/2010, de 18 de octubre (RTC 2010, 69).

- **Tribunal Supremo:**

- STS (Sala 2ª) núm. 35/1996, de 27 de enero (RJ 1996, 51).
- STS (Sala 2ª) núm. 352/2024, de 30 de abril (JUR 2024, 141081).

- **Audiencia Nacional:**

- SAN (Sec. 3ª) de 5 de febrero de 2010 (JUR 2010, 59992).

- **Audiencias Provinciales:**

- SAP de Sevilla (Sec. 4ª) núm. 208/2000, de 21 de septiembre (ARP 2000, 2433).

- SAP de Barcelona (Sec. 15ª) núm. 401/2012, de 29 de noviembre (JUR 2013, 193793).
- SAP de Navarra (Sec. 3ª) núm. 394/2015, de 26 de octubre (JUR 2016, 148322).

Autonomía y vinculación probatoria entre procesos

• Tribunal Constitucional:

- STC (Sala 2ª) núm. 24/1984, de 23 de febrero (RTC 1984, 24).
- STC (Sala 1ª) núm. 158/1985, de 26 de noviembre (RTC 1985, 158).
- STC (Sala 2ª) núm. 59/1996, de 15 de abril (RTC 1996, 59).
- STC (Sala 2ª) núm. 151/2001, de 2 de julio (RTC 2001, 151).
- STC (Sala 1ª) núm. 34/2003, de 25 de febrero (RTC 2003, 34).
- STC (Sala 2ª) núm. 15/2006, de 16 de enero (RTC 2006, 15).
- STC (Sala 2ª) núm. 231/2006, de 17 de julio (RTC 2006, 231).
- STC (Sala 1ª) núm. 192/2009, de 28 de septiembre (RTC 2009, 192).
- STC (Sala 2ª) núm. 62/2010, de 18 de octubre (RTC 2010, 62).
- STC (Pleno) núm. 39/2012, de 29 de marzo (RTC 2012, 39).
- STC (Sala 1ª) núm. 31/2025, de 10 de febrero (JUR 2025, 29900).

• Tribunal Supremo:

- STS (Sala 1ª) de 15 de febrero 1982 (RJ 1982, 689).
- STS (Sala 1ª) de 6 de diciembre de 1982 (RJ 1982, 7462).
- STS (Sala 1ª) de 28 de noviembre de 1992 (RJ 1992, 9448).
- STS (Sala 3ª) de 22 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 10153).
- STS (Sala 1ª) de 16 de marzo de 1993 (RJ 1993, 2286).
- STS (Sala 1ª) de 3 de noviembre de 1993 (RJ 1993, 8962).
- STS (Sala 1ª) de 27 de diciembre de 1993 (RJ 1993, 10153).
- STS (Sala 1ª) núm. 474/1994, de 20 de mayo (RJ 1994, 3721).

- STS (Sala 1ª) de 4 de noviembre de 1996 (RJ 1996, 7910).
- STS (Sala 1ª) núm. 1/1998, de 24 de octubre (RJ 1998, 8235).
- STS (Sala 2ª) núm. 1284/1999, de 21 de septiembre (RJ 1999, 7385).
- STS (Sala 1ª) núm. 373/2000, de 12 de abril (RJ 2000, 2564).
- STS (Sala 1ª) núm. 946/2000, de 16 de octubre (RJ 2000, 8045).
- STS (Sala 1ª) núm. 502/2003, 27 de mayo (RJ 2003, 3930).
- STS (Sala 1ª) núm. 859/2003, de 15 de septiembre (RJ 2003, 5469).
- STS (Sala 2ª) núm. 682/2004, de 28 de mayo (RJ 2005, 2283).
- STS (Sala 2ª) núm. 945/2004, de 23 de julio (RJ 2004, 4135).
- STS (Sala 1ª) núm. 212/2005, de 30 de marzo (RJ 2005, 2618).
- STS (Sala 2ª) núm. 1316/2005, de 9 de noviembre (RJ 2006, 1773).
- STS (Sala 2ª) núm. 1359/2005, de 18 de noviembre (RJ 2005, 10059).
- STS (Sala 1ª) núm. 975/2006, 6 de octubre (RJ 2006, 8700).
- STS (Sala 1ª) núm. 962/2006, de 11 de octubre (RJ 2006, 6693).
- STS (Sala 2ª) núm. 94/2007, de 14 de febrero (RJ 2007, 1482).
- STS (Sala 1ª) núm. 939/2007, de 11 de septiembre (RJ 2007, 4965).
- STS (Sala 2ª) núm. 146/2009, de 18 de febrero (RJ 2009, 2045).
- STS (Sala 1ª) núm. 652/2010, de 19 de octubre (RJ 2010, 7589).
- STS (Sala 1ª) núm. 963/2011, de 11 de enero de 2012 (RJ 2012, 175).
- STS (Sala 1ª) núm. 537/2013, de 14 de enero de 2014 (RJ 2014, 1).
- STS (Sala 2ª) núm. 62/2013, de 29 de enero (RJ 2013, 975).
- STS (Sala 1ª) núm. 532/2013, de 19 de septiembre (RJ 2013, 7604).
- STS (Sala 2ª) núm. 75/2014, de 11 de febrero (RJ 2014, 847).
- STS (Sala 1ª) núm. 165/2017, de 8 de marzo de 2017 (RJ 2017, 699).
- STS (Sala 1ª) núm. 16/2018, de 15 de enero (RJ 2018, 105).
- STS (Sala 1ª) núm. 84/2020, de 6 de febrero (RJ 2020, 445).

- STS (Sala 2ª) núm. 246/2022, de 16 de marzo (RJ 2022, 1516).

- **Audiencias Provinciales:**

- SAP de Álava (Sec. 1ª) núm. 565/2010, de 3 de diciembre de 2010 (AC 2011, 723).
- SAP de Barcelona (Sec. 15ª) núm. 401/2012, de 29 de noviembre (JUR 2013, 193793).
- AAP de Murcia (Sec. 3ª) núm. 176/2017, de 7 de marzo (JUR 2017, 98115).

Responsabilidad civil derivada del delito

- **Tribunal Constitucional:**

- STC (Sala 1ª) núm. 15/2002, de 28 de enero (RTC 2002, 15).
- STC (Sala 1ª) núm. 17/2008, de 31 enero (RTC 2008, 17).

- **Tribunal Supremo:**

- STS (Sala 2ª) de 14 de abril de 1989 (JUR 1989, 6404).
- STS (Sala 2ª) núm. 1009/1993, de 7 de mayo (RJ 1993, 3859).
- STS (Sala 2ª) de 7 de abril de 1994 (RJ 1994, 2900).
- STS (Sala 2ª) núm. 1045/1995, de 27 de abril (RJ 1995, 7687).
- STS (Sala 2ª) núm. 1458/2001, de 10 de julio (RJ 2001, 7153).
- STS (Sala 1ª) núm. 963/2011, de 11 de enero de 2012 (RJ 2012, 175).
- STS (Sala 2ª) núm. 343/2014, de 30 de abril (RJ 2014, 3641).
- STS (Sala 2ª) núm. 795/2016, de 25 de octubre (RJ 2016, 6439).
- STS (Sala 2ª) núm. 86/2017, de 16 de febrero (RJ 2017, 1910).
- STS (Sala 1ª) núm. 165/2017, de 8 de marzo de 2017 (RJ 2017, 699).
- STS (Sala 2ª) núm. 522/2017, de 6 de julio (RJ 2017, 4129).
- STS (Sala 2ª) núm. 627/2019, de 18 de diciembre (RJ 2020, 677).

Calificación concursal y exoneración del pasivo insatisfecho

- **Tribunal Supremo:**

- STS (Sala 1ª) de 4 de febrero de 1999 (RJ 1999, 335).
- STS (Sala 1ª) núm. 454/2001, 9 de mayo (RJ 2001, 7383).
- STS (Sala 1ª) núm. 772/2014, de 12 de enero (RJ 2015, 609).
- STS (Sala 1ª) núm. 492/2015, de 17 septiembre 2 (RJ 2015, 3799).
- STS (Sala 1ª) núm. 269/2016, de 22 de abril (RJ 2016, 2409).
- STS (Sala 1ª) núm. 583/2017, de 27 de octubre (RJ 2017, 4824).
- STS (Sala 1ª) núm. 150/2019, de 13 de marzo (RJ 2019, 1137).
- STS (Sala 1ª) núm. 381/2019, de 2 de julio de 2019 (RJ 2019, 2769).
- STS (Sala 1ª) núm. 383/2020, de 1 de julio (RJ 2020, 2223).
- ATS (Sala 1ª) de 22 de septiembre de 2021 (JUR 2021, 308135).

- **Audiencias Provinciales:**

- SAP de Murcia (Sec. 4ª) núm. 492/2016, de 8 de septiembre (JUR 2016, 227335).
- SAP de Valencia (Sec. 9ª) núm. 1133/2018, de 21 de noviembre (JUR 2019, 40647).
- SAP de Murcia (sec. 4ª) núm. 27/2019, de 10 de enero (JUR 2019, 47406).

Concursos conexos

- **Tribunal Supremo:**

- STS (Sala 1ª) núm. 577/2015, de 5 de noviembre (RJ 2015, 4789).
- STS (Sala 1ª) núm. 590/2015, de 5 de noviembre (RJ 2015, 5052).

- **Juzgados de lo Mercantil:**

- AJM N° 3 de Barcelona, de 29 de diciembre de 2004 (AC 2005, 161).
- SJM N° 1 de Madrid, de 16 de enero de 2007 (AC 2007, 857).

- AJM N° 3 de Barcelona, de 4 de diciembre de 2008 (AC 2008, 2094).
- AJM N° 5 de Madrid, de 15 de enero de 2009 (AC 2009, 279).
- SJM N° 6 de Madrid, de 18 de febrero de 2013 (JUR 2013, 133335).

Perjuicio patrimonial

• Tribunal Supremo:

- STS (Sala 1ª) núm. 629/2012, de 26 de octubre (RJ 2012, 10415).
- STS (Sala 1ª) núm. 652/2012, de 8 de noviembre (RJ 2013, 901).
- STS (Sala 1ª) núm. 100/2014, de 30 de abril (RJ 2014, 2907).
- STS (Sala 1ª) núm. 124/2015, de 17 de marzo (RJ 2015, 1472).
- STS (Sala 1ª) núm. 642/2016, de 26 de octubre (RJ 2016, 5359).
- STS (Sala 1ª) núm. 115/2018, de 6 de marzo (RJ 2018, 867).
- STS (Sala 1ª) núm. 126/2018, de 7 de marzo (RJ 2018, 877).
- STS (Sala 1ª) núm. 254/2018, de 26 de abril (RJ 2018, 1786).
- STS (Sala 1ª) núm. 45/2019, de 23 de enero (RJ 2019, 136).

• Audiencias Provinciales:

- SAP de Madrid (Sec. 28ª) núm. 311/2008, de 19 diciembre (AC 2009, 201).
- SAP de Barcelona (Sec. 15ª) núm. 3/2009, de 8 de enero (AC 2009, 1180).
- SAP de Barcelona (Sec. 15ª) núm. 58/2009, de 6 de febrero (JUR 2009, 172445).
- SAP de Zaragoza (Sec. 5ª) núm. 405/2012, de 2 de julio (AC 2012, 538).
- SAP de Valladolid (Sec. 3ª) núm. 161/2014, de 29 de julio (JUR 2014, 260632).
- SAP de Guipúzcoa (sec. 2ª) núm. 133/2014, de 30 de julio (JUR 2014, 266461).
- SAP de Cáceres (Sec. 1ª) núm. 219/2014, de 2 de octubre (JUR 2014, 276435).

Transacción en la calificación concursal

- **Tribunal Supremo:**

- STS (Sala 1ª) de 28 de septiembre de 1984 (RJ 1984, 4365).
- STS (Sala 1ª) núm. 10/2015, de 3 de febrero (RJ 2015, 644).

- **Audiencias Provinciales:**

- AAP de Vizcaya (Sec. 4ª) núm. 824/2007, de 27 de diciembre (JUR 2008, 116837).
- SAP de Barcelona (Sec. 15ª) núm. 348/2017, de 8 de septiembre (JUR 2017, 243411).
- AAP de Murcia (Sec. 4ª) núm. 154/2022, de 12 de mayo de 2022 (JUR 2023, 125029).

- **Juzgados de lo Mercantil:**

- AJM N° 8 de Madrid, de 30 de septiembre de 2013 (AC 2013, 1849).
- SJM N° 6 de Madrid, de 29 de abril de 2014 (JUR 2014, 177464).
- AJM N° 9 de Barcelona núm. 76/2022, de 7 de febrero (JUR 2022, 175541).
- AAP de Valencia núm. 33/2023, de 29 de marzo (JUR 2023, 324046).
- SJM N° 6 de Madrid núm. 124/2023, de 8 de septiembre (JUR 2023, 399148).
- SJM N° 3 de Vigo núm. 59/2024, de 30 de mayo (JUR 2024, 411290).
- SJM N° 3 de Vigo núm. 73/2024, de 9 de julio (JUR 2024, 411291).

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA MORALES, M.: *Unos mismos hechos. Un ensayo sobre las contradicciones fácticas en los procesos*, Marcial Pons, Madrid, 2021.
- ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J.: «Aspectos procesales de la reforma de la Ley Concursal (Ley 38/2011)», *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, N°. 16/2012, págs. 43 a 66.
- AHEDO PEÑA, O.: «Artículo 55. Extensión objetiva de la jurisdicción», *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal* (Dirs. PRENDES CARRIL y FACHAL NOGUER), Vol. I, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021, págs. 355 a 359.
- ALONSO UREBA, A.: «La responsabilidad concursal de los administradores de una sociedad de capital ex art. 456 TRLConc», *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, N°. 34/2021, págs. 21 a 58.
- ALONSO UREBA, A.: «La responsabilidad de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal (el art. 171.3 del Anteproyecto de Ley Concursal y sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad)», *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001* (Dirs. GARCÍA VILLAVERDE, ALONSO UREBA y PULGAR EZQUERRA), Dilex, Madrid, 2002, págs. 263 a 313.
- ALSINA, H.: *Las cuestiones prejudiciales en el proceso civil*, Olejnik, Chile, 1959.
- ANTÓN GUIJARRO, J.: «Art. 189. Prejudicialidad penal», *Tratado Práctico Concursal* (Dir. PRENDES CARRIL), Vol. IV, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2009, págs. 682 a 686.
- ARIAS LOZANO, D.: *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003* (Coord. ARIAS LOZANO), Thomson Aranzadi, Navarra, 2005.
- ARIZA COLMENAREJO, M.J.: «Medidas cautelares en el proceso de declaración y otras medidas del proceso concursal», *Tratado de Derecho Mercantil, Vol. 7 Derecho procesal concursal* (Dirs. OLIVENCIA, FERNÁNDEZ-NÓVOA y JIMÉNEZ DE PARGA), Marcia Pons, Madrid, 2008, págs. 347 a 404.

- ARIZA COLMENAREJO, M.J.: «Cooperación Jurisdiccional, publicidad y actos de comunicación en los procesos concursales tras la reforma de 2009», *Revista Internacional de Estudios sobre Derecho Procesal y Arbitraje*, Nº. 1/2009, versión digital, págs. 1 a 15.
- ARIZA COLMENAREJO, M.J.: «Las costas en el incidente concursal», *Los acreedores concursales II Congreso Español de Derecho de la Insolvencia*, Thomson Reuters Civitas, Navarra, 2010, págs. 233 a 268.
- ARMENTEROS LEÓN, M.: *Relaciones y conflictos entre el concurso y el derecho penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021.
- ARTACHO MARTÍN-LAGOS, M.: «La controvertida firmeza del laudo», *La Ley*, Nº. 6673, 16 de marzo de 2007, versión digital, págs. 1 a 21.
- ASENSIO MELLADO, J.M.: *Prejudicialidad en el proceso penal y criminalización social*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.
- ASENSIO GÓMEZ, C.: «Alerta temprana y exoneración de pasivo», *La insolvencia del deudor persona natural ante la transposición de la Directiva 2019/1023* (Dir. GÓMEZ ASENSIO), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021, págs. 69 a 89.
- BAJO FERNÁNDEZ, M. Y BACIGALUPO SAGGESE, S.: *Derecho penal económico*, 2ª ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2010.
- BELLIDO PENADÉS, R.: «Art. 25. Acumulación de concursos», *Comentario de la Ley Concursal* (Dirs. ROJO y BELTRÁN), Thomson Civitas, Madrid, 2006, págs. 549 a 564.
- BELLIDO PENADÉS, R.: «Art. 52. Procedimientos arbitrales», *Comentario de la Ley Concursal* (Dirs. ROJO y BELTRÁN), Vol. I, Thomson Civitas, Madrid, 2006, págs. 1013 a 1016.
- BELLIDO PENADÉS, R.: «Art. 53. Sentencias y laudos firmes», *Comentario de la Ley Concursal* (Dirs. ROJO y BELTRÁN), Thomson Civitas, Madrid, 2006, págs. 1017 a 1019.
- BELLIDO PENADÉS, R.: «Comentario al artículo 54», *Comentario de la Ley Concursal* (Dirs. ROJO y BELTRÁN), Vol. I, Civitas, Madrid, 2004, págs. 1020 a 1028.

- BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M.: «La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y limitadas incursas en causa de disolución», *Estudios de derecho judicial*, Nº. 24/1999, págs. 131 a 160.
- BERMEJO GUTIÉRREZ, N.: «Reconocimiento de créditos», *Comentario de la Ley concursal* (Dirs. ROJO y BELTRÁN), Vol. II, Thomson Civitas, Madrid, 2006, págs. 1542 a 1558.
- BERMEJO GUTIÉRREZ, N.: «Supuestos especiales de reconocimiento», *Comentario de la Ley concursal* (Dirs. ROJO y BELTRÁN), Vol. II, Thomson Civitas, Madrid, 2006, págs. 1559 a 1577.
- BERMÚDEZ ÁVILA, M.: «Suspensión de la pieza de calificación por prejudicialidad penal. Aproximación a la nueva regulación de las insolvencias punibles», *El concurso y la conservación de la empresa* (Cood. HERBOSA MARTÍNEZ), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019, págs. 435 a 463.
- BERNARDO SAN JOSÉ, A.: «Principales efectos del laudo arbitral: cosa juzgada y ejecutabilidad», *Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Vol. I, Nº. 1/2008, págs. 115 a 138.
- BETHENCOURT RODRÍGUEZ, G. y AGULLÓ AGULLÓ, D.: «El arbitraje en sede concursal: problemas que derivan de la declaración judicial de concurso. Una propuesta de mejora», *Revista CEFLEGAL*, Nº 165, octubre, 2014, págs. 5 a 48.
- BRENES CORTÉS, J.: «La responsabilidad del representante persona física del administrador persona jurídica», *Revista de Derecho de Sociedades*, Nº. 50 (mayo-agosto 2017), págs. 113 a 152.
- BUSTOS RAMÍREZ, J.: «Política criminal y bien jurídico en el delito de quiebra», *Anuario de Derecho Penal y Ciencia Penales*, 1990, págs. 29 a 62.
- BUSTOS RUBIO, M.: «Los delitos de bancarrota: una modalidad de insolvencia punible», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, Nº. 50/2018, versión digital, págs. 1 a 64.
- CABALLERO BRUN, F.: *Insolvencias punibles*, Iustel, Madrid, 2008.
- CALAZA LÓPEZ, S.: «La tramitación del procedimiento», *Derecho concursal y preconcursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, págs. 2074 a 2097.

- CALDERÓN CUADRADO, M.P.: «Art. 9. Extensión de la jurisdicción», *Comentario de la Ley Concursal* (Dirs. ROJO y BELTRÁN), Vol. I, Thomson Civitas, Madrid, 2006, págs. 311 a 318.
- CAMPUZANO LAGUILLO, A.B.: «Los estados de insolvencia», *Anuario de Derecho Concursal*, Nº 58, 2023, versión digital, págs. 1 a 30.
- CAMPUZANO LAGUILLO, A.B.: «La sección de calificación concursal», *Derecho Concursal Penal* (Coord. DE URBANO CASTRILLO y GARCÍA MARTÍNEZ), Aranzadi La Ley, Madrid, 2025, págs. 65 a 107.
- CANDAU PÉREZ, A: «Comentario al art. 189 LC», *Comentarios a la Legislación Concursal* (Dirs. SÁNCHEZ CALERO y GUILARTE GUTIÉRREZ), Vol. III, Lex Nova, Valladolid, 2004, págs. 3101 a 3114.
- CARRASCO PERERA, A.: «Las tercerías en las ejecuciones extraconcursales. Un absurdo innecesario creado por el Texto Refundido de la Ley Concursal», *Gómez-Acebo & Pombo* (disponible en: <https://ga-p.com/publicaciones/las-tercerias-en-las-ejecuciones-extraconcursales-un-absurdo-innecesario-creado-por-el-texto-refundido-de-la-ley-concursal/>, consultado, por última vez, el 01/06/2025).
- CARRERAS LLANSANA, J.: *El embargo de bienes*, Bosch, Barcelona, 1957.
- CASINO RUBIO, M.: «La fragilidad de los hechos probados (o “donde dije digo, digo Diego”)», *Revista General de Derecho Administrativo*, Nº. 41/2016, versión digital, págs. 1 a 18.
- CASTILLO FELIPE, R.: «Prejudicialidad civil y cosa juzgada en el orden contencioso-administrativo: a propósito de la potestad sancionadora de la Administración en materia de cláusulas abusivas», *Revista Aranzadi Doctrinal*, N.º 1, 2023, versión digital, págs. 1 a 17.
- CASTILLO FELIPE, R. y TOMÁS TOMÁS, S.: «La naturaleza y el tratamiento procesal del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho en la ejecución singular», *Anuario de Derecho Concursal*, Nº. 56/2022, versión digital, págs. 1 a 13.
- CERDÁ ALBERO, F. y SANCHO GARGALLO, I.: *Quiebras y suspensiones de pagos: claves para la reforma concursal*, Colección Estudios Económicos Nº. 25, Barcelona, 2001.

- CEREZO MIR, J.: «Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo», *Revista de derecho penal y criminología*, 2ª Época, Nº. 10/2002, págs. 47 a 72.
- COLOMER HERNÁNDEZ, I.: *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.
- COLOMER HERNÁNDEZ, I.: «Ejecución singular y concurso de acreedores», *La ejecución civil* (Dir. MORENO CATENA), Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2005, págs. 169 a 200.
- CORDÓN MORENO, F.: *El arbitraje de Derecho privado. Estudio breve de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre de Arbitraje*, Thomson Civitas, Navarra, 2005.
- CORDÓN MORENO, F.: «La prejudicialidad civil en el concurso de acreedores», *Gómez Acebo & Pombo*, Noviembre 2022, págs. 1 a 4.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: «Las cuestiones prejudiciales», *Derecho procesal penal*, Madrid, 2023, págs. 193 a 202.
- CORTÉS, J.P. y MARTÍN, S.: «El delito concursal tras la reforma del Código Penal vs el concurso punible», *Diario La Ley*, N.º 8618, octubre de 2015, versión digital, págs. 1 a 9.
- CUENA CASAS, M.: «El nuevo régimen de segunda oportunidad. Pocas luces y muchas sombras», *Anuario de Derecho Concursal*, Nº. 37/2016, Civitas, versión digital, págs. 1 a 55.
- CUENA CASAS, M. Y FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.: *La exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso de acreedores de persona física*, Aranzadi, Navarra, 2023.
- DE LA MATA BARRANCO, N.J.: «Delitos de frustración de la ejecución y delitos de insolvencia», *Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, Madrid, 2024, págs. 351 a 391.
- DE LA OLIVA SANTOS, A.: *Sobre la cosa juzgada*, Centro de Estudios Ramón Aceres, Madrid, 1991.
- DE LA OLIVA SANTOS, A.: *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000.

- DÍAZ CABIALE, J.A.: «El valor de las sentencias civiles cuando en otros procesos se enjuician los mismos hechos», *Práctica de Tribunales*, Nº. 139, mayo-junio 2019, versión digital, págs. 1 a 23.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.: *Derecho procesal civil. Proceso concursal. Arbitraje*, Ramón Aceres, Madrid, 2004.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.: «El injustificado valor probatorio de las actuaciones y sentencias penales aportadas en procesos civiles», *Derecho, Justicia, Universidad, Liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos*, Madrid, 2016, págs. 1091 a 1108.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, J.: «Art. 3. Legitimación», *Comentarios a la Ley Concursal* (Dir. PULGAR EZQUERRA, ALONSO LEDESMA, ALONSO UREBA Y ALCOVER GRAU), Dykinson, Madrid, 2004, págs. 197 a 205.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F.: «Art. 25. Acumulación de recursos», *Comentarios a la Legislación Concursal* (Dir. PULGAR EZQUERRA, ALONSO LEDESMA, ALONSO UREBA y ALCOVER GARAÚ), Dykinson, Madrid, 2004, págs. 516 a 522.
- ESCRIBANO GÁMIR, R.: «El perjuicio de la acción rescisoria concursal», *Anuario de Derecho Concursal*, Nº. 10/2007, págs. 7 a 59.
- ESTEBAN VELASCO, G.: «La acción social y la acción individual de responsabilidad contra los administradores de las sociedades de capital», *Estudios de derecho judicial*, Nº. 24/1999 (Ejemplar dedicado a: La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital) (Dir. BOLÁS ALFONSO), págs. 57 a 130.
- ESTEBAN VELASCO, G.: «La acción individual de responsabilidad», *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles* (Dir. ROJO FERNÁNDEZ y BELTRÁN SÁNCHEZ), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 169 a 254.
- FACHAL NOGUER, N.: «Aspectos procesales de la adopción y alzamiento de las medidas cautelares en el concurso», *El Derecho. Revista de Derecho Mercantil*, 2016 (disponible en http://www.elderecho.com/tribuna/mercantil/Aspectos-procesales-adopcion-alzamiento-medidas-cautelares-concurso_11_1005430001.html, consultado por última vez el 10 de junio de 2025).

- FERIJÓ SÁNCHEZ, B.J.: «Proyección presente y futura del concurso fraudulento en el Derecho penal español (art. 260 CP)», *Reflexiones para la Reforma Concursal* (Coord. ARIZA COLMENAREJO y GALÁN GONZÁLEZ), Reus, Zaragoza, 2010, págs. 85 a 113.
- FENECH, M.: *El proceso penal*, Agesa, Madrid, 1978.
- FERNÁNDEZ BALLESTEROS: «Comentario al artículo 8», *Derecho Concursal Práctico*, (Dir. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS), Iurgium, Madrid, 2004, págs. 61 a 72.
- FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A.: «Comentario al artículo 40 de la Ley española de Arbitraje», *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre* (Coord. GONZÁLEZ SORIA), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2011, págs. 547 a 551.
- FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A.: «Comentario al artículo 43 de la Ley española de Arbitraje», *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre* (Coord. GONZÁLEZ SORIA), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2011, págs. 611 a 629.
- FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A.: «Reintegración del patrimonio del concursado», *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, Nº. 25/2007, págs. 13 a 43.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.: «Prejudicialidad y vinculación a la declaración de hechos probados. En especial, la vinculación del juez civil a las sentencias dictadas en otro orden jurisdiccional», *Revista General de Derecho Procesal*, Nº. 46, 2018, versión digital, págs. 1 a 25.
- FERNÁNDEZ SEIJÓ, J.M: «Acciones rescisorias y reintegración efectiva del patrimonio del deudor», *Estudios de derecho judicial*, Nº. 85/2005, págs. 215 a 252.
- FLORES SEGURA, M.: *Los concursos conexos*, Tesis de Doctorado, Universidad Autónoma de Madrid, 2013.
- FLORES SEGURA, M.: «La calificación en los concursos conexos», *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia*, Thomson Reuters Civitas, Navarra, 2013, págs. 545 a 569.
- FLORES SEGURA, M.: «¿Está justificado el doble trámite de audiencia concedido a los acreedores personados para denunciar la ausencia de los presupuestos y requisitos de

acceso (artículo 498 TRLC) y para formular impugnación (con base en alguna de las causas del artículo 498 bis TRLC) en la exoneración a través del plan de pagos? ¿El silencio en el primer trámite de alegaciones (artículo 498 TRLC) podría ser interpretado como aceptación tácita del contenido del plan?», *La exoneración del pasivo insatisfecho: 100 cuestiones polémicas* (Dirs. TOMÁS TOMÁS, CASTILLO FELIPE, FLORES SEGURA y SÁNCHEZ PAREDES), Atelier, Barcelona, 2025, págs. 299 a 300.

- FORTEA GORBE, J.L.: «La calificación del concurso», *Derecho Concursal y Preconcursal. Texto Refundido de la Ley Concursal tras la reforma por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre* (Dir. GALLEGO SÁNCHEZ), Vol. II, Tirant Lo Blanch, Valencia, págs. 1709 a 1772.
- FUENTES DEVESA, R.: «Algunas problemáticas de los sujetos responsables en la Sección de calificación concursal: su descoordinación con la Ley de Sociedades de Capital», *Revista Aranzadi Doctrinal*, N.º. 2/2019, versión digital, págs. 1 a 15.
- FUENTES DEVESA, R.: «El reforzamiento del principio dispositivo en la sección de calificación concursal tras la Ley 16/2022, de 5 de septiembre», *Revista Aranzadi Doctrinal*, N.º. 7, julio 2023, versión digital, págs. 1 a 26.
- GALÁN MUÑOZ, A.: «Presente y futuro de las insolvencias punibles», *Revista Penal*, N.º 34/2014, págs. 54 a 82.
- GALLEGO SÁNCHEZ, E.: «Calificación del concurso», *Estudios de derecho judicial*, N.º 54/2004, págs. 301 a 331.
- GALLEGO SOLER, J.I.: «Artículo 260 del Código Penal», *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010* (Dirs. COCOY BIDASOLO Y MIR PUIG), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 578 a 581.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J.: *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje* (Dir. GARBERÍ LLOBREGAT), Vol. II, Bosch, Barcelona, 2004.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A.: «La responsabilidad concursal», *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles* (Dirs. ROJO FERNÁNDEZ y BELTRÁN SÁNCHEZ), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 295 a 357.

- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A.: *Insolvencia y responsabilidad*, Thomson Reuters Civitas, Madrid, 2012.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A.: *La calificación del concurso*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2004.
- GARCÍA MORALES, E. y CALBACHO, F.: «La paralización de las ejecuciones individuales en situaciones preconcursales», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, Nº. 31/ 2012, págs. 53 a 60 (disponible en https://www.uria.com/documentos/publicaciones/3360/documento/art04.pdf?id=3875_es, consultado por última vez el 10 de junio de 2025).
- GARCÍA RIVAS, N.: «Insolvencias punibles», *Derecho Penal Español. Parte Especial* (Dir. ÁLVAREZ GARCÍA), Vol. II, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 351 a 400.
- GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G.: «La acumulación de concursos», *Anuario de derecho concursal*, Nº. 20/2010, versión digital, págs. 1 a 44.
- GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G.: «Propuestas para una regulación eficiente de la acumulación de concursos», *Los acreedores concursales II Congreso Español de Derecho de la Insolvencia*, Thomson Reuters Civitas, Navarra, 2010, págs. 171 a 187.
- GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G.: *El proceso concursal ante insolvencias conexas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.
- GARCÍA SÁNCHEZ, A.: *La función social de la propiedad en el delito de alzamiento de bienes*, Comares, Granada, 2003.
- GARCÍA-VILLARUBIA, M.: «Las tormentosas relaciones entre la justicia penal y las competencias del juez del concurso», *El Derecho. Revista de Derecho Mercantil*, nº 63, 2018, versión digital (disponible en <https://www.uria.com/es/publicaciones/5739-las-tormentosas-relaciones-entre-la-justicia-penal-y-las-competencias-del-juez-d>, consultado por última vez el 10 de junio de 2025).
- GARNICA MARTÍN, J.F.: «Art. 25. Acumulación de concursos», *Comentarios a la Ley Concursal* (Coord. SAGRERA TIZON, FERRER BARRIENDOS Y SALA REIXACHS), Bosch, Barcelona, 2004, págs. 286 a 317.

- GARNICA MARTÍN, J.F.: «Art. 189. Prejudicialidad Penal», *Derecho Concursal Práctico*, (Coord. FERNÁNDEZ BALLESTEROS), Iurgium Editores, Madrid, 2004, págs. 844 y 845.
- GIL RODRÍGUEZ, J.: «Comentario al artículo 71», *Comentarios a la Ley Concursal* (Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Vol. I, Tecnos, Madrid, 2004, págs. 829 a 871.
- GIMÉNEZ-ALVEAR GUTIÉRREZ-MATURANA, F.: «Artículo 55. Extensión objetiva de la jurisdicción», *Comentario al texto refundido de la Ley Concursal* (Dir. VEIGA COPO), Vol. I, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021, págs. 372 a 375.
- GIMENO SENDRA, V.: «Los derechos fundamentales materiales a la legalidad y al “non bis in idem”», *Manual de Derecho Procesal Penal*, Castillo de Luna Ediciones Jurídicas, Madrid, 2018, págs. 65 a 70.
- GÓMEZ JENE, M.: «Arbitraje tramitado v. arbitraje iniciado», *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 211, págs. 540 a 546.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: «Las insolvencias punibles tras la reforma concursal de 2003», *Concurso e insolvencia punible* (Coord. HERNÁNDEZ MARTÍ), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 639 a 686.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.: «La pretensión de calificación en el concurso de acreedores», *Diario La Ley*, N°. 6356/2005, versión digital, págs. 1 a 15.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J.M.: «Artículo 55. Extensión objetiva de la jurisdicción», *Comentario a la Ley Concursal: Texto refundido a la Ley Concursal*, Vol. I, Madrid, 2023, págs. 480 a 484.
- GONZÁLEZ LECUONA, M.M.: «Art. 3. Legitimación», *Comentarios a la Ley Concursal* (Dir. CORDÓN MORENO), Aranzadi, Pamplona, 2004, págs. 114 a 126.
- GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J.L.: *Las cuestiones prejudiciales penales en el proceso civil*, La Ley, Madrid, 2002.
- GONZÁLEZ VELASCO, J.P.: «Art. 189 LC. Prejudicialidad penal», *Comentarios a la Legislación Concursal (Ley 22/2003 y 8/2003 para la Reforma concursal* (Dirs. PULGAR ESQUERRA, ALONSO UREBA, ALONSO LEDESMA, ALCOVER GARAU), Vol. II, Dykinson, Madrid, 2004.

- GRANDE SEARA, P.: *La extensión subjetiva de la cosa juzgada en el proceso civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.
- GURREA MARTÍNEZ, A.: «La incomprensible vigencia de la sección de calificación en el Derecho concursal español del siglo XXI», *Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas*, Working Paper Series 1/2016, 2017.
- HERRERO PEREZAGUA, J.F.: «Comentario al art. 189 LC», *Comentarios a la Ley Concursal, Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial* (Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Vol. II, Tecnos, Madrid, 2004, págs. 1921 a 1924.
- HERRERO PEREZAGUA, J.F.: «Comentario al art. 8», *Comentarios a la Ley Concursal, Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial* (Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Vol. I, Tecnos, Madrid, 2004, pág. 126.
- HERRERO PÉREZAGUA, J.F.: «La competencia del juez del concurso», *Las claves de la Ley Concursal* (Dir. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, QUINTANA CARLO y BONET NAVARRO), Aranzadi Thomson, Navarra, 2005, págs. 163 a 197.
- HERRERO PEREZAGUA, J.F.: «Legitimación y procedimiento en las acciones de reintegración», *La reintegración en el concurso de acreedores* (Dir. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ), Aranzadi Cizur Menor, Navarra, 2009, págs. 163 a 194.
- HERRERO PEREZAGUA, J.F.: «Comunicación de créditos», *Enciclopedia de Derecho Concursal* (Dir. BELTRÁN y GARCÍA-CRUCES), Vol. I, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012, págs. 513 a 531.
- HERRERO PEREZAGUA, J.F.: «La lista de acreedores y el inventario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Jurisprudencia y concurso: estudios sobre la doctrina de la Sala primera del Tribunal Supremo formada en aplicación de la Ley Concursal* (Dir. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, versión digital, págs. 245 a 293.

- HINOJOSA SEGOVIA, R.: *Sistemas de solución extrajurisdiccional de conflictos*, Ramón Aceres, Madrid, 2006.
- HUERTA TOCILDO, S.: «Bien jurídico y resultado en los delitos de alzamiento de bienes», *El nuevo Código penal, presupuestos y fundamentos: libro homenaje al profesor doctor don Ángel Torío Pérez*, Comares, Granada, 1999, págs. 791 a 812.
- IBÁÑEZ ASTABURUAGA, J.: «La nueva figura del ministerio fiscal y los acreedores en la pieza de calificación», *Derecho Concursal Penal* (Coord. DE URBANO CASTRILLO y GARCÍA MARTÍNEZ), Aranzadi La Ley, Madrid, 2025, págs. 175 a 200.
- ÍÑIGO FUSTER, A.: «El reconocimiento concursal de los créditos reconocidos por laudo, aunque no sea firme», *CEFLEGAL*, Nº 82/2009, págs. 95 a 106.
- JUAN SÁNCHEZ, R.: «Nueva doctrina constitucional sobre la prescripción del delito y su incidencia en el ejercicio de la acción por responsabilidad civil *ex delicto*», *Indret*, 1/2009, versión digital, págs. 1 a 31.
- JUSTE MENCÍA, J.: «Legitimación subsidiaria para el ejercicio de la acción social», *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles* (Dirs. ROJO FERNÁNDEZ y BELTRÁN SÁNCHEZ), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 121 a 159.
- LADRÓN RODA, T.: «La sentencia de calificación», *Derecho Concursal Penal* (Coord. DE URBANO CASTRILLO y GARCÍA MARTÍNEZ), Aranzadi La Ley, Madrid, 2025, pág. 109 a 173.
- LAFUENTE TORRALBA, A.J.: «Consideraciones sobre la función del Ministerio Fiscal en la calificación del concurso», *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia*, Thomson Reuters Civitas, Navarra, 2013, págs. 517 a 528.
- LARA GONZÁLEZ, R.: «La acción social de responsabilidad: ejercicio por la sociedad», *La responsabilidad de los administradores de las Sociedades Mercantiles* (Dirs. ROJO y BELTRÁN), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 89 a 120.
- LEÓN SÁNZ, F.J.: «Comentario al art. 71 LC», *Comentario de la Ley Concursal* (Dirs. ROJO y BELTRÁN), Vol. I, Civitas, Madrid, 2004, págs. 1301 a 1321.

- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *La reforma de los delitos económicos: la administración desleal, la apropiación indebida y las insolvencias punibles*, Civitas, Navarra, 2015.
- LÓPEZ GUERRA, L.: «“Ne bis in idem” en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista Española de Derecho Europeo*, N°. 69, enero-marzo 2019, págs. 9 a 26.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, J.: *El proceso concursal*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012.
- LORCA NAVARRETE, A.: *Derecho procesal penal*, Madrid, 1988.
- MACHADO PLAZAS, J.: *El concurso de acreedores culpable. Calificación y responsabilidad concursal*, Civitas, Navarra, 2006.
- MACÍAS CASTILLO, A. Y JUEGA CUESTA, R.: *Ley Concursal Comentada*, Lefebvre, Madrid, 2016.
- MARÍN DE LA BÁRCENA, F.: «La limitada disposición del contenido de la calificación», *Comentario a la Ley Concursal* (Dir. PULGAR EZQUERRA), Vol. II, 3ª ed., La Ley, Madrid, 2023, págs. 134 a 138.
- MARTÍN PASTOR, J.: «Técnicas para evitar pronunciamientos contradictorios sobre unos mismos hechos, y jurisprudencia constitucional sobre la vinculación de un proceso posterior a la declaración de hechos probados en un proceso anterior», *Justicia: ¿garantías versus eficiencia?*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 829 a 838.
- MARÍN LÓPEZ, M.J.: «Comentario al artículo 51», *Comentarios a la Ley Concursal* (Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tecnos, Madrid, 2004, págs. 478 a 513.
- MARÍN LÓPEZ, M.J.: «Comentario al artículo 54», *Comentarios a la Ley Concursal* (Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tecnos, Madrid, 2004, págs. 535 a 562.
- MARTÍNEZ CAÑELLAS, A.: «Los hechos de concurso culpable», *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia*, Thomson Reuters Civitas, Navarra, 2013, págs. 149 a 173.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 4ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

- MORALES BARCELÓ, J.: «La coordinación entre la responsabilidad concursal y la responsabilidad societaria en Derecho español», *Revista de Derecho*, Nº. 21/2016, págs. 3 a 19.
- MORENO GARCÍA, L.: «La autonomía de la calificación de la insolvencia en el proceso penal y en el proceso concursal», *Anuario de Derecho Concursal*, Nº. 54/2020, versión digital, págs. 1 a 19.
- MUERZA ESPARZA, J.: «Calificación del concurso y proceso penal», *Anuario de Derecho Concursal*, Nº. 45/2018, págs. 21 a 52.
- MUERZA ESPARZA, J.: «Comentario al art. 189 LC», *Comentarios a la Ley Concursal* (Dir. CORDÓN MORENO), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2004, págs. 1238 a 1243.
- MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte especial*, 23.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- MUÑOZ PAREDES, A.: *Protocolo Concursal*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017, versión digital, págs. 1 a 96.
- MUÑOZ PLANAS, J.M. Y MUÑOZ PAREDES, J.M.: «Repercusiones del concurso de la sociedad sobre la responsabilidad de los administradores», *Revista de derecho mercantil*, Nº. 250/2003, págs. 1341 a 1383.
- MUÑOZ PLANAS, J.M. Y MUÑOZ PAREDES, J.M.: «Repercusiones del concurso de la sociedad sobre la responsabilidad de los administradores», *Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 2173 a 2204.
- NAVARRO MASSIP, J. y COMPANY MARSÀ, M.: «La institución del doble riesgo o doble incriminación (“double jeopardy”) y su aplicación en el proceso penal español», *Revista Aranzadi Doctrinal*, Nº. 8/2016, versión digital, págs. 1 a 11.
- OCAÑA RODRÍGUEZ, A.: *El delito de alzamiento de bienes. Sus aspectos civiles*, Colex, Madrid, 1997.
- OLIVENCIA RUIZ, M.: «Los motivos de la reforma de la Ley concursal», *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, Nº. 17/2012, págs. 23 a 30.

- ORTELLS RAMOS, M.: *Derecho procesal civil*, Aranzadi, Pamplona, 2000 y 2024.
- ORTELLS RAMOS, M.: «Concurso de acreedores y tutela judicial cautelar (A propósito de la nueva Ley concursal)», *Las Claves de la Ley Concursal* (Dir. QUINTANA CARLO, BONET NAVARRO y GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ), Thomson Aranzadi, Navarra, 2005, págs. 113 a 162.
- OTERO LASTRES, J.M.: «Algunas reflexiones sobre el caso AFINSA», *Reflexiones para la Reforma Concursal* (Coord. ARIZA COLMENAREJO y GALÁN GONZÁLEZ), Reus, Zaragoza, 2010, págs. 69 a 83.
- PÉREZ BENÍTEZ, J.J.: «Problemas procesales de la calificación del concurso», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 14, 2008, versión digital, págs. 1 a 23.
- POLAINO NAVARRETE, M. y POLAINO-ORTS, M.: «Injusto penal e ilícito mercantil en las insolvencias a la luz de la nueva Ley Concursal», *Estudios sobre la Ley concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 5013 a 5060.
- POLO RODRÍGUEZ, J.J.: «El concurso falsario», *Derecho Concursal Penal* (Coord. DE URBANO CASTRILLO y GARCÍA MARTÍNEZ), Aranzadi La Ley, Madrid, 2025, págs. 365 a 400.
- POLO SÁNCHEZ, E.M.: *Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima: (Artículo 123 a 143 de la Ley de Sociedades Anónimas)*, Civitas, Madrid, 1992.
- PRADA GAYOSO, F.: «El informe de la Administración concursal y el dictamen del Ministerio Fiscal», *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia*, Thomson Reuters Civitas, Navarra, 2013, págs. 507 a 516.
- PULGAR EZQUERRA, J.: *La declaración del concurso de acreedores*, La Ley, Madrid, 2005.
- PULGAR EZQUERRA, J.: «El concurso de sociedades integradas en un grupo», *La modernización del derecho de sociedades de capital en España: Cuestiones pendientes de reforma* (Dir. ALONSO LEDESMA, ALONSO UREBA y ESTEBAN VELASCO), Vol. II, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2011, pág. 447 a 486.

- QUIJANO GONZÁLEZ, J.: «Coordinación de acciones societarias (social, individual y por deudas) y concursales de responsabilidad», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Nº. 22/2015, 01/01/2015, Wolters Kluwer, versión digital, págs. 1 a 9.
- QUIJANO GONZÁLEZ, J.: «Responsabilidad societaria y concursal de administradores: de nuevo sobre la coordinación y el marco de relaciones», *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, nº 10, 2009.
- RAMÍREZ, J.A.: *La quiebra*, Vol. III, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1998.
- REDONDO GARCÍA, F.: «La oposición del deudor a la calificación del concurso», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 8, 2006, págs. 187 a 197.
- REMÓN PEÑALVER, J.: «La anulación del laudo: el marco general, el pacto de exclusión y el orden público», *Spain arbitration review: revista del Club Español del Arbitraje*, Nº. 1/2008, versión digital, págs. 1 a 18, o 115 a 132 (disponible en: https://www.uria.com/documentos/publicaciones/1900/documento/061laudoUM.pdf?id=1942_es&forceDownload=true#:~:text=La%20acci%C3%B3n%20de%20anulaci%C3%B3n%20no,o%20no%20del%20laudo%E2%80%9D13, consultado por última vez el 10 de junio de 2025).
- RIBELLES ARELLANO, J.M.: «Comentario al artículo 55», *Derecho Concursal Práctico* (Dir. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS), Iurgium, Madrid, 2004, págs. 296 a 299.
- RIFÁ SOLER, J.M.: «Comentario al artículo 21», *Derecho Concursal Práctico* (Dir. FERNÁNDEZ BALLESTEROS), Iurgium, Madrid, 2004, págs. 135 a 144.
- RIFÁ SOLER, J.M.: «Comentario al artículo 24», *Derecho Concursal Práctico* (Dir. FERNÁNDEZ BALLESTEROS), Iurgium, Madrid, 2004, págs. 138 a 140.
- RODRÍGUEZ DÍAZ, N.: «La transacción en la sección de calificación: un antiguo derecho en un nuevo precepto», *Derecho Concursal Penal* (Coord. DE URBANO CASTRILLO y GARCÍA MARTÍNEZ), Aranzadi La Ley, Madrid, 2025, págs. 201 a 228.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: «Independencia del procedimiento penal en materia concursal», *Estudios y Comentarios Legislativos, Estudios de Derecho Penal Económico*, Aranzadi, Navarra, 2009.

- RODRÍGUEZ RUIZ DE LA VILLA, D. y HUERTA VIESCA, M.I.: *La responsabilidad de los administradores por las deudas de las sociedades de capital*, Marcial Pons, Pamplona, 2008, págs. 79 a 98.
- RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: «El rechazo a la prejudicialidad civil suspensiva en el concurso. El concurso como procedimiento iceberg», *Anuario de Derecho Concursal* N°. 63, Civitas, 2024, versión digital, págs. 1 a 9.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.J.: «Legitimación», *Comentario a la Ley Concursal* (Dirs. ROJO y BELTRÁN), Thomson Civitas, Madrid, 2006, págs. 194 a 224.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. y TIRADO MARTÍ, I.: «Comentario al artículo 21», *Comentario de la Ley Concursal* (Dirs. ROJO y BELTRÁN), Vol. I, Thomson Civitas, Madrid, 2004, págs. 471 a 496.
- SÁNCHEZ CALERO, F.: *Los Administradores en las Sociedades de Capital*, Navarra, Thomson Civitas, Madrid, 2007.
- SALA SANJUAN, A.J.: «La insolvencia del deudor persona natural y la concesión del BEPI culpable», *La insolvencia del deudor persona natural ante la transposición de la Directiva 2019/1023* (Dir. GÓMEZ ASENSIO), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021, págs. 325 a 361.
- SÁNCHEZ-CALERO, J.: «Art. 3. Legitimación», *Comentarios a la legislación concursal* (Dirs. SÁNCHEZ-CALERO y GUILARTE), Lexnova, Valladolid, 2004, págs. 139 a 169.
- SÁNCHEZ DAFAUCE, M.: «Consideraciones de emergencia para una interpretación medida de los delitos de insolvencia», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal* N°. 62/2021 parte Análisis doctrinal. Cuestiones de Penal Sustantivo.
- SÁNCHEZ DAFAUCE, M.: *Estudio crítico sobre el delito concursal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.
- SÁNCHEZ GARCÍA, J.C.: «La fase común del concurso», *Reflexiones para la Reforma Concursal* (Cood. ARIZA COLMENAREJO y GALÁN GONZÁLEZ), Reus, Zaragoza, 2010, págs. 183 a 203.

- SÁNCHEZ RUS, A. y SÁNCHEZ RUS, H.: «Comentario al artículo 24», *Comentarios a la Ley Concursal* (Coord. BELTRÁN SÁNCHEZ, ROJO FERNÁNDEZ, CAMPUZANO LAGUILLO y ALAMEDA CASTILLO), Thomson Civitas, Madrid, 2004, págs. 512 a 548.
- SANCHO GARGALLO, I.: «Reintegración de la masa del concurso: aspectos procesales de la acción rescisoria concursal», *Revista jurídica de Catalunya*, Vol. 105, nº 2, 2006, págs. 321 a 342.
- SANCHO GARGALLO, I.: «Calificación del concurso», *Estudios de derecho judicial*, N.º 70, 2005, págs. 161 a 214.
- SANCHO GARGALLO, I.: «La extensión subjetiva del régimen de responsabilidad a los administradores de hecho y ocultos y a la persona física representante del administrador persona jurídica (art. 236.3 y 5 LSC)», *Junta General y Consejo de Administración de la Sociedad cotizada Estudio de las modificaciones de la Ley de Sociedades de Capital introducidas por las Leyes 31/2014, de 3 de diciembre, 5/2015, de 27 de abril, 9/2015, de 25 de mayo, 15/2015, de 2 de julio y 22/2015, de 20 de julio, así como de las Recomendaciones del Código de Buen Gobierno de febrero de 2015* (Dirs. RODRÍGUEZ ARTIGAS, FERNÁNDEZ DE GÁNDARA, RODRÍGUEZ ARTIGAS, ALONSO UREBA, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, VELASCO SAN PEDRO, QUIJANO GONZÁLEZ y ESTEBAN VELASCO), Vol. II, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016, versión digital, págs. 1 a 10.
- SANCHO GARGALLO, I.: «El requisito de la buena fe para obtener la exoneración del pasivo insatisfecho», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones: Journal of Insolvency & Restructuring (I&R)*, N.º. 5/2022, págs. 31 a 46.
- SEBASTIÁN QUETGLAS, R.: *El concurso de acreedores del grupo de sociedades*, Civitas, Madrid, 2009.
- SENÉS MOTILLA, C.: *Las cuestiones prejudiciales en el sistema procesal español*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.
- SENÉS MOTILLA, C.: *La intervención judicial en el arbitraje*, Thomson Civitas, Navarra, 2007.

- SENÉS MOTILLA, C.: «Art. 189. Prejudicialidad penal», *Comentario de la Ley concursal* (Dirs. ROJO y BELTRÁN), Vol. II, Thomson Civitas, Madrid, 2006, págs. 2770 a 2776.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M.: «Comentario al art. 189 LC», *Comentarios a la Ley Concursal, con concordancias jurisprudencia y formularios* (Dirs. SAGRERA TIZÓN y FERRER BARRIENDOS), Vol. III, Bosch, Barcelona, 2004, págs. 1893 a 1896.
- SOUTO GARCÍA, E.M.: *Los delitos de alzamiento de bienes en el código penal de 1995*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.
- SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, L.: «La responsabilidad por deudas de los administradores de sociedad anónima», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez* (Dirs. IGLESIAS PRADA y MENÉNDEZ MENÉNDEZ), Vol. II, Civitas, Madrid, 1996, págs. 2481 a 2508.
- THOMÀS PUIG, P. M.: «Reestructuración y exoneración de pasivo de empresas en crisis», *El derecho concursal y la transposición de la directiva sobre reestructuración preventiva* (Dirs. GARNACHO CABANILLAS y ARIAS VARONA), Wolters Kluwer, Madrid, 2022, págs. 359 a 387.
- TOMÁS TOMÁS, S.: *La administración concursal. Claves para entender su actual régimen jurídico*, Thomson Reuters Civitas, Navarra, 2014, págs. 153 a 156.
- TOMÁS TOMÁS, S.: *La Masa Patrimonial como Parte en el Proceso Concursal*, Tesis de Doctorado, Universidad de Murcia, 2021.
- TOMÁS TOMÁS, S.: *La masa patrimonial como parte en el proceso concursal*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2022.
- TOMÁS TOMÁS, S.: «Reflexiones en torno a la respuesta del ordenamiento ante la insolvencia», *Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario*, N°. 792/2022, págs. 2037 a 2091.
- TOMÁS TOMÁS, S.: «La exoneración del pasivo insatisfecho tras la Ley 16/2022, de 5 de septiembre», *Anuario de Derecho Concursal* 58, enero-abril 2023, págs. 85 a 140.

- TOMÁS TOMÁS, S.: «La buena fe no se presume en la exoneración del pasivo insatisfecho: en contra de un apotegma falaz», *Anuario de Derecho Concursal*, N°. 64/2025, Civitas, versión digital, págs. 1 a 31.
- TOMÁS TOMÁS, S.: «¿Despliega efectos de cosa juzgada la sentencia de calificación culpable dictada por incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso (artículo 444.1.º TRLC) en relación a la cláusula del artículo 487.1.3.º *in fine* TRLC?», *La exoneración del pasivo insatisfecho: 100 cuestiones polémicas* (Dirs. TOMÁS TOMÁS, CASTILLO FELIPE, FLORES SEGURA y SÁNCHEZ PAREDES), Atelier, Barcelona, 2025, págs. 67 a 73.
- TOMÁS TOMÁS, S.: «¿Despliega efectos de cosa juzgada material la sentencia de calificación culpable dictada por incumplimiento de los deberes de colaboración e información (artículo 444.2.º TRLC) en relación a la circunstancia del artículo 487.1.5.º TRLC? ¿Y la sentencia que califica el concurso como fortuito?», *La exoneración del pasivo insatisfecho: 100 cuestiones polémicas* (Dirs. TOMÁS TOMÁS, CASTILLO FELIPE, FLORES SEGURA y SÁNCHEZ PAREDES), Atelier, Barcelona, 2025, págs. 83 a 85.
- TOMÁS TOMÁS, S.: «Concedida la exoneración provisional, ¿puede el juez fiscalizar el cumplimiento de los presupuestos legales en el trámite de impugnación del plan de pagos (art. 498 bis TRLC)? ¿Despliega efectos de cosa juzgada la resolución que concede provisionalmente la exoneración?», *La exoneración del pasivo insatisfecho: 100 cuestiones polémicas* (Dirs. TOMÁS TOMÁS, CASTILLO FELIPE, FLORES SEGURA y SÁNCHEZ PAREDES), Atelier, Barcelona, 2025, págs. 309 y 310.
- TOMÁS TOMÁS, S.: «¿Es constitucionalmente admisible que solo los acreedores personados en el concurso reciban traslado de la solicitud de exoneración del deudor (artículos 498.1 y 501.4 TRLC)?», *La exoneración del pasivo insatisfecho: 100 cuestiones polémicas* (Dirs. TOMÁS TOMÁS, CASTILLO FELIPE, FLORES SEGURA y SÁNCHEZ PAREDES), Atelier, Barcelona, 2025, págs. 387 a 391.
- URÍA GONZÁLEZ, R., MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. Y BELTRÁN SÁNCHEZ, E.: «Órganos y calificación de la quiebra», *Curso de derecho mercantil* (Dirs. URÍA GONZÁLEZ y MENÉNDEZ MENÉNDEZ), Vol. II, Thomson Civitas, Navarra, 2001, pág. 903 a 923.

- VALENZUELA VILLARRUBIA, M.A.: «Aproximación a la declaración de fallido y a la baja provisional por insolvencia» *El Consultor de los Ayuntamientos*, Nº. Extra III, Wolters Kluwer, Octubre 2018, págs. 74 a 88.
- VALLESPÍN PÉREZ, D.: *La prejudicialidad penal en el proceso civil y en el proceso concursal*, Marcial Pons, Barcelona, 2007.
- VALLESPÍN PÉREZ, D.: «La prejudicialidad penal en el proceso concursal», *Justicia: revista de derecho procesal*, Nº. 1/2013, págs. 127 a 149.
- VÁZQUEZ ALBERT, D.: «El concurso de las personas jurídicas: la responsabilidad de los administradores sociales», *Revista Jurídica de Catalunya* 4/2004, págs. 1055 a 1076.
- VELA TORRES, P. J.: «Acumulación de concursos. Referencia a los grupos de sociedades», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Nº. 5/2006, págs. 269 a 274.
- VICENT CHULIÁ, F.: «La responsabilidad de los administradores en el concurso», *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, Nº. 4/2006, versión digital, págs. 1 a 54.
- VIDAL FERNÁNDEZ, B.: «Comentario al artículo 27», *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje* (Dir. GUILARTE GUTIÉRREZ), Lexnova, Valladolid, 2004, págs. 487 a 495.
- YÁÑEZ EVANGELISTA, J.: «Calificación. Adiós, fiscal; bienvenidos, acreedores» (disponible en <https://www.uria.com/es/publicaciones/8121-calificacion-adios-fiscal-bienvenidos-acreedores>, consultado por última vez el 10 de junio de 2025).