RDLeg 1/2020, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal: medidas cautelares en el concurso necesario y en el auto de declaración de concurso

Faustino Javier Cordón Moreno

Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Navarra

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

Se expone el régimen de las medidas cautelares que el juez puede acordar al admitir a trámite la solicitud de concurso necesario y al dictar el auto de declaración de concurso, y se comparan con el previsto en la Ley Concursal.

1. El Real Decreto Legislativo 1/2000, que aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal, se refiere a las medidas cautelares que se pueden adoptar en el proceso concursal en artículos diversos. Todos, menos uno, contienen supuestos que ya estaban previstos en la Ley Concursal, como así debía ser por el carácter no innovador (en lo sustancial) que tiene el texto refundido, y a ellos me referiré en esta nota. El precepto nuevo, incorporado al amparo de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre las innovaciones admisibles a que se refiere el preámbulo, es el artículo 529, sobre las medidas cautelares que pueden solicitar los jueces o tribunales del orden jurisdiccional penal, y a él me referiré en un momento posterior.
2. Los preceptos del texto refundido que ahora interesa considerar son los artículos 18 y 28.3, sobre las medidas cautelares que se pueden acordar con anterioridad a la declaración de concurso y en el mismo auto de declaración.

Otros preceptos que se refieren a medidas cautelares son, aparte del mencionado artículo 529, el artículo 133, que regula la medida específica de embargo preventivo de los bienes

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

de los administradores o liquidadores de la sociedad en concurso cuando resulte fundada la posibilidad de que en la sentencia de calificación sean condenados a la cobertura total o parcial del déficit, y los artículos 261.5 y 387, que prevén las medidas cautelares que puede adoptar el juez del concurso cuando estime probable el cumplimiento de la condición resolutoria o la confirmación del crédito contingente, y al admitir a trámite la oposición a la aprobación del convenio y emplazar a las demás partes para que contesten. Consideración aparte merece el artículo 54, que extiende la jurisdicción exclusiva y excluyente del juez del concurso 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. De todos ellos me ocuparé en otro momento.

3. Las medidas cautelares del artículo 18 se adoptan sólo «en el concurso necesario» y a petición del legitimado para instarlo: el juez podrá acordar, «al admitir a trámite la solicitud», las que «considere necesarias para asegurar la integridad del patrimonio del deudor». Las medidas se adoptarán de conformidad con lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, salvo en lo relativo a la exigencia de la fianza, que es facultativa (véase art. 18.2), y el juez se pronunciará necesariamente sobre ellas en el mismo auto en el que declare el concurso o desestime la solicitud.

La previsión de estas medidas cautelares se fundamenta en la existencia de un periodo de tiempo entre la solicitud de concurso necesario y su declaración, dado el carácter contradictorio (como norma general) de la declaración de este tipo de concurso; durante ese tiempo el deudor puede sustraer su patrimonio a la acción de los acreedores y ello es suficiente para justificar el primero de los requisitos de las medidas cautelares, el *periculum in mora*. Lo limitado de este periodo de tiempo en el concurso voluntario excluye la posibilidad de solicitar medidas cautelares en él para que se adopten antes de dictarse el auto de declaración. Pero por esta misma razón tampoco estarían justificadas en los casos de concurso necesario no contradictorio, en los que el lapso temporal (que fundamenta el *periculum in mora*) se reduce a un único día; estos supuestos, introducidos en la Ley Concursal por la Ley 38/2011 (art. 15.1), son mantenidos por el texto refundido (art. 14.2.1.^º), sin que en el artículo 18 haya procedido a excluirlos de la posibilidad de acordar medidas cautelares.

4. El artículo 28.3 de la Ley Concursal, por su parte, dispone que, en el auto de declaración de concurso, «el juez podrá acordar las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la integridad, la conservación o la administración de la masa activa hasta que el administrador o los administradores concursales acepten el cargo». Estas medidas se distinguen de las anteriores (acordadas al amparo del artículo 18), sobre las que, como hemos visto, el juez se pronunciará necesariamente (confirmándolas, modificándolas o alzándolas) en el mismo auto en el que declare el concurso o desestime la solicitud; si decidiera ratificarlas (o, en su caso, modificarlas), hay que entender, aunque el precepto nada diga, que tales medidas se equipararán a las que ahora estamos considerando.

La norma, que reproduce el artículo 21.1.4.º de la Ley Concursal, sigue hablando de «medidas cautelares», como el artículo 18 de esa misma ley, pero entre ambos preceptos existen diferencias relevantes: el artículo 28.3 no las limita al concurso necesario y no hace referencia a la necesaria instancia de parte ni a los demás requisitos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil. No cabe desconocer que unas y otras tienen idéntico fundamento y finalidad: son las medidas que «el juez considere necesarias para asegurar la integridad del patrimonio del deudor», en este caso, asegurando la efectividad de las restricciones que sobre éste (el patrimonio) se le impongan, que son operativas desde el mismo auto de declaración; que el artículo 21.1.4 se refiera, además de a la integridad, a «la conservación o administración del patrimonio» no añade nada nuevo, porque una y otra forman parte del concepto ‘integridad’.

Pero de este fundamento común no puede derivarse que el legislador haya apostado por la identidad de régimen, en especial, por la exigencia de que se adopten a instancia de parte, porque entonces su ámbito sería muy limitado, ya que sólo se incluirían dentro de ellas las eventualmente solicitadas por el acreedor con posterioridad a la admisión a trámite de la solicitud de concurso necesario (lo cual no parece que sea probable) o por el propio deudor con su solicitud de concurso voluntario (hipótesis menos probable todavía). Las medidas que ahora estamos considerando podrán adoptarse también de oficio, siquiera con un horizonte temporal limitado, ya que cesan cuando la administración concursal acepta el cargo y, en consecuencia, inicia el ejercicio de sus funciones, porque, a partir de ese momento, el órgano de administración, o sustituye al deudor, o fiscaliza sus actuaciones, en función de cuál haya sido el régimen (de suspensión o intervención) acordado. En cualquier caso, hay que entender que el cese de las medidas en ese momento se produce automáticamente, sin necesidad de un pronunciamiento judicial y, mucho menos, de la instancia de parte que solicite su alzamiento.