

PRESENTACIÓN

La tutela judicial no es tal sin permitir la existencia de medidas cautelares adecuadas que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso (STC 10 febrero 1992). Aunque el término «medidas cautelares» no se mencione expresamente en el art. 24 CE, el derecho a la tutela cautelar forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva. En el proceso civil se satisface mediante el dictado de una resolución judicial motivada que, tras el análisis de los presupuestos exigidos legalmente, la audiencia a las partes, la práctica de las pruebas pertinentes y, en su caso, la celebración de vista, determine o no la necesidad de proteger los bienes jurídicos en conflicto con la pendencia del procedimiento principal.

Las medidas cautelares reguladas en los arts. 721 a 747 LEC son consideradas como un proceso de facilitación cuya finalidad es remover los obstáculos que puedan oponerse a la eficacia de un proceso principal, garantizando la eficacia de sus resultados (ATS 26 junio 2009).

Como sucede con otras instituciones procesales en el derecho de las insolvencias, las medidas cautelares también han sido algo descuidadas por el legislador concursal. En efecto, estas se regulan se regulan de forma inconcreta, incompleta, y asistemática en el TRLC.

Inconcreta, porque no se especifica si lo que se denomina en diferentes preceptos del TRLC como «medidas cautelares» debe entenderse con el mismo concepto y naturaleza con que se consagra en la legislación procesal común. Ya adelanto que no es así en todos los casos.

Incompleta, porque muchos de sus aspectos no se encuentran expresamente previstos en el TRLC. La LEC tiene que suplir esas carencias, conforme a los arts. 521 TRLC y 4 LEC. Aunque no siempre es posible.

Y asistemática, porque no se están concentradas en un mismo título o capítulo del TRLC, sino que se encuentran diseminadas a lo largo y ancho de su articulado. Esta circunstancia complica su estudio e interpretación.

Cabría, además, el calificativo de dispersa en lo relativo a las medidas que afecten a derechos fundamentales, porque su regulación se encuentra en una norma situada fuera del TRLC: la LORC. A ella se remite el art. 105 TRLC.

Estas características vienen a validar la idea de que la construcción procesal del proceso concursal es, en general, mejorable e indudablemente lo es, en particular, para las medidas cautelares. Lo que trasluce es que no se ha puesto en valor la importancia que la tutela cautelar puede llegar a tener para el buen fin del proceso concursal (o, al menos, no se ha afinado en su regulación normativa), para alcanzar el objetivo de eliminar los riesgos que amenacen la eficacia de los distintos pronunciamientos judiciales que puedan dictarse a lo largo del procedimiento.

Pues bien, esta obra tiene por finalidad identificar las medidas cautelares reguladas expresamente en la normativa concursal, aclarar cuál es la tramitación procesal y, finalmente, determinar el régimen de recursos que les corresponde. Para ello la he dividido en dos partes. Una primera, general, sobre el proceso concursal y las medidas cautelares en el proceso civil, pues considero apropiado realizar esta exposición introductoria al objeto de mejorar la compren-

sión del lector sobre la segunda parte —y más trascendental— de la obra, en la que ya me centro, en exclusiva, sobre las medidas cautelares del proceso concursal, identificándolas en la legislación, indicando su regulación, señalando su tramitación procesal y refiriendo su sistema de recursos.

Como punto de partida debo insistir en que la naturaleza de las medidas cautelares previstas en el TRLC no se corresponde necesariamente con la de las medidas cautelares reguladas en el título VI de la LEC. De tal manera, se entiende con carácter general que la tutela cautelar en el proceso concursal queda sometida a un régimen especial: rigen las normas generales de la LEC pero con las modificaciones específicas contenidas en el TRLC (p.ej., en algunos casos se admiten peculiaridades extrañas a la legislación procesal común, como la adopción de oficio o la no exigencia de caución)¹.

1. CHOCRÓN GIRÁLDEZ, A.M., «Consideraciones en torno a la tutela cautelar en el procedimiento judicial de concurso a la luz de la primera doctrina judicial», *Diario La Ley*, 7131, 2009 [consulta: 13/03/2024]; GONZÁLEZ GARCÍA, S., «Tutela cautelar y concurso de acreedores», *Revista General de Derecho Procesal*, 47, 2019, [en línea] <https://www.iustel.com/v2/revistas> [consulta: 13/03/2024]; HUALDE LÓPEZ, I., *La tutela cautelar en los procesos mercantiles*, Aranzadi, Pamplona, 2020, p. 319; y ORTELLS RAMOS, M., en *Las claves de la Ley Concursal* (Dir. QUINTANA CARLO, I.; BONET NAVARRO, Á. y GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A.), Aranzadi, Pamplona, 2005, p. 115.

CAPÍTULO UNO

EL PROCESO CONCURSAL Y LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO CIVIL

I. EL PROCESO CONCURSAL

1. Introducción

En el derecho español, la tutela del crédito de los acreedores ante la situación de insolvencia del deudor se dirime a través de los procedimientos regulados en el TRLC: el concurso de acreedores (libro primero) y el procedimiento especial para microempresas (libro tercero). Junto con estos dos procedimientos también se establece el plan de reestructuración —como institución preconcursal— para dar solución a la situación de insolvencia con carácter previo a iniciarse un procedimiento judicial de concurso (libro segundo). Por último, están las normas de derecho internacional privado de la insolvencia (libro cuarto).

Podemos entender conjuntamente estos procedimientos (el concurso de acreedores, los planes de reestructuración y el procedimiento especial para microempresas) como el proceso concursal desde un punto de vista amplio. Así, la función principal del proceso concursal es satisfacer los intereses de los acreedores del deudor insolvente de la manera más eficiente posible dentro de las previstas en el TRLC (convenio, liquidación, venta de la unidad productiva, plan de reestructuración, plan de continuación...), ya sea en un

marco judicial (concurso o procedimiento especial para microempresas) o extrajudicial (plan de reestructuración).

En este sentido, conviene tener presente que la legislación concursal incluye normativa de diferente índole (procesal, mercantil, civil, social, administrativa y tributaria), que se entrelaza y se subordina a una sucesión de actos que conforma un proceso complejo: el proceso concursal².

2. Antecedentes históricos

En el derecho romano no hubo un procedimiento concursal según la concepción actual que tenemos del mismo, sino que existieron distintas instituciones para defender los intereses de los acreedores. Así, en las XII Tablas (siglo V a.C.) se regulaba un sistema de ejecución forzosa sobre la persona del deudor, denominado *manus iniectio*, según el cual, una vez que la persona había sido declarada judicialmente como insolvente, quedaba a merced de su acreedor para que este, a fin de saldar las deudas impagadas, pudiera retenerlo para que un tercero pagara su rescate, venderlo o incluso darle muerte³. También se dice (aunque no hay fehaciencia al respecto) que existía otro procedimiento ejecutivo para los supuestos donde existieran varios acreedores, llamado *partis secanto*, en los que, en última instancia, se facultaba a estos a trocear el cuerpo del deudor en tantas partes como acreedores fueran para pagar la deuda con su venta⁴. Con la *Lex Poetelia Papiria* (siglo III a.C.) se superó

2. GUERRERO PALOMARES, S., *Derecho Procesal Concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 27.

3. GURREA MARTÍNEZ, A., «Hacia la supresión de la calificación del concurso», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 28, 2018, [en línea] <https://laleydigital.laleynext.es> [consulta: 13/03/2024].

4. GARCÍA ESCOBAR, G.A., *El sentido de la institución concursal: los principios del concurso*, Universidad de Granada, Granada, 2016, pp. 41-45.

el sistema de ejecución personal por el de la ejecución patrimonial, hasta llegar a la *cessio bonorum* (siglo I a.C.)⁵, en el que el deudor podía presentarse ante el magistrado y manifestar de manera solemne que ponía sus bienes a disposición de sus acreedores, cediéndoselos para que fueran vendidos en bloque por un magister en pública subasta en pago de las deudas. La *distractio bonorum* fue un procedimiento similar al anterior, en el que los bienes pasaban a posesión de un *curator* que procedía a su enajenación, pero no en bloque, sino de manera individual, aunque con la misma finalidad que la *cessio bonorum*.

Fue durante el derecho medieval (siglo XIII) cuando el derecho concursal comenzó a desarrollarse con mayor expansión, entre otras cuestiones, debido al aumento del comercio en las ciudades-estado del norte de Italia (Venecia, Génova, Bolonia o Florencia) y a la necesidad de prevenir las consecuencias de que los comerciantes pudieran acabar insolventes⁶.

El derecho estatutario italiano (que a la postre imprimiría gran influencia a la legislación concursal española) estableció un procedimiento judicial para conocer de la insolvencia del deudor comerciante: la quiebra⁷. Se trataba de un proce-

5. GARCÍA ESCOBAR, G.A., *El sentido...*, cit., pp. 48-49; y GONZÁLEZ PACHÓN, L., *La desprivatización y desjudicialización del derecho de insolvencia: especial referencia a los acuerdos de refinanciación*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 30-31.

6. GONZÁLEZ PACHÓN, L., ob. cit., p. 32.

7. SÁNCHEZ PAREDES, M.L. y FLORES SEGURA, M., *Lecciones de Derecho Mercantil* (Dir. MENÉNDEZ MENÉNDEZ y ROJO FERNÁNDEZ-RIO), Civitas, Madrid, 2022, vol. II, p. 453, explican que el término «quiebra» deriva de que, en caso de insolvencia, el deudor desaparecía del lugar donde comerciaba por las consecuencias que le iban a deparar, por lo que su mesa, puesto o banca que tenía en el mercado como comerciante, se le rompía o «quebraba», pues ya no iba a volver más; de ahí también precisamente el término de «bancarrotta».

dimiento privado con apenas intervención judicial, donde los propios acreedores ocupaban los bienes del deudor, designaban a unos síndicos para su administración y venta y, de acuerdo con la regla de la *par conditio creditorum*, se repartían entre ellos el producto obtenido.

Dentro del derecho español medieval se pueden encontrar las primeras muestras sobre comportamientos y consecuencias ante insolvencias en el Código de la Siete Partidas (siglo XIII), donde se encontraban sistematizadas las reglas principales de las quiebras y se regulaban institutos propiamente concursales, como el convenio del deudor con sus acreedores o las quitas⁸. No obstante, las raíces del derecho concursal en España deben buscarse en las leyes de aquellos lugares donde el comercio y, por tanto, las relaciones mercantiles tuvieron mayor auge y, con ello, había mayores riesgos de insolvencia. Así sucedió, p.ej., con los Fueros de Valencia (1261) o con el Libro del Consulado del Mar de Cataluña (1484), al ser territorios influenciados por el desarrollo del comercio del norte de Italia y, por ende, por el derecho estatutario italiano. En el derecho castellano, sin embargo, no se reguló la quiebra hasta finales del siglo XVI, en la Nueva Recopilación (1567), y más tarde en la Novísima Recopilación (1805), supliéndose la insuficiencia legislativa sobre insolvencia por la doctrina científica y la práctica forense⁹.

Finalmente, un hito de especial importancia dentro de los antecedentes históricos del derecho concursal español fueron las Ordenanzas de Bilbao (1735). Esta norma cristalizó a raíz del encargo efectuado por el Consulado de Comercio de Bilbao a una comisión de juristas para paliar la laguna normativa que existía sobre el derecho mercantil en general, y

8. GONZÁLEZ PACHÓN, L., ob. cit., p. 34.

9. GARCÍA ESCOBAR, G.A., *El sentido...*, cit., pp. 75-76.

en particular sobre la situación de insolvencia del empresario. Las Ordenanzas regulaban desde un punto de vista bastante completo, tanto en su vertiente sustantiva como procesal, las situaciones concursales de los comerciantes cuando no podían hacer frente a sus deudas, distinguiendo tres clases de quiebra (atrasos, fallidos o alzados), con efectos diferentes sobre la persona y el patrimonio del deudor. Estas Ordenanzas fueron recibidas en distintas ciudades, adaptando los respectivos Consulados sus propias Ordenanzas, como, p.ej., San Sebastián (1766), Santander (1794) o Málaga (1825)¹⁰.

La regulación del derecho concursal previgente se encontraba en el Código de Comercio de 1829; en el Código de Comercio de 1851; en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881; en el Código Civil; en la Ley de 26 de julio 1922, de suspensión de pagos; y en determinadas leyes especiales (p.ej., la Ley de 12 de noviembre de 1869, sobre quiebra de las compañías de ferrocarriles, concesionarias de canales y demás obras públicas análogas).

El Código de Comercio de 1829 fue el primer código de derecho mercantil español. La parte más esencial de las Ordenanzas de Bilbao sobre insolvencias pasó a este Código de Comercio de 1829¹¹. Se le dedicó un título por entero, centrado en la figura del deudor, distinguiéndose cinco tipos de quiebras (suspensión de pagos, insolvencia fortuita, insolvencia culpable, insolvencia fraudulenta y alzamiento). Únicamente regulaba disposiciones de carácter sustantivo, realizando una remisión a la ley procesal para dotar de contenido la regulación adjetiva.

Más tarde se publicó el Código de Comercio de 1885, regulando, hasta la LC, la materia concursal en España, aun-

10. GARCÍA ESCOBAR, G.A., *El sentido...*, cit., p. 91.

11. GONZÁLEZ PACHÓN, L., ob. cit., p. 43.