



## El desistimiento en el concurso de acreedores.

**BIB 2010\2407**

**Ricard Tàsies Beleta.** Abogado

**Publicación:**Revista Aranzadi Doctrinal num. 8/2010 (Estudio).

Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2010.

- [I.- Introducción](#)
  
- [II.- La naturaleza jurídica del concurso y los actos de disposición del proceso](#)
  
- [1.- El concurso de acreedores como institución de la jurisdicción contenciosa o de la voluntaria](#)
  
- [2.- Naturaleza jurídica del concurso de acreedores](#)
  
- [III.- Concepto del desistimiento](#)
  
- [1.- Su naturaleza jurídica y caracteres](#)
  
- [A.- Bilateralidad del acto procesal](#)
  
- [B.- Acto de naturaleza compleja](#)
  
- [C.- Efectos procesales y extraprocesales](#)
  
- [IV.- El desistimiento como acto de disposición del proceso](#)
  
- [1.- Tratamiento doctrinal y jurisprudencial previo a la LEC 1/2000](#)
  
- [2.- Categoría procesal de parte en el proceso](#)
  
- [3.- Oposición del demandado al desistimiento del actor](#)
  
- [V.- Diferencia entre desistimiento y renuncia a la acción](#)

- [1.- Desistimiento y renuncia](#)
  
- [2.- Efectos de la renuncia](#)
  
- [VI.- El desistimiento como conclusión del concurso de acreedores](#)
  
- [1.- Aplicación supletoria de la LEC al desistimiento en el concurso](#)
  
- [2.- Diferentes modos de conclusión del concurso](#)
  
- [3.- Requisitos del «desistimiento impropio»](#)

- [A.- Pago o consignación de los créditos](#)
  
- [B.- Satisfacción «por cualquier otro medio»](#)
  
- [a.- Pago por subrogación](#)
  
- [b.- La dación en pago](#)
  
- [c.- Pago por cesión de bienes fuera del proceso concursal](#)
  
- [4.- El verdadero derecho de disposición del proceso en sede concursal](#)
  
- [5.- La renuncia de los acreedores](#)
  
- [VII.- Conclusion](#)

## **I- Introducción**

La figura del desistimiento ha sido objeto de atención por parte de la doctrina científica en abundantes estudios. No obstante, en seno del concurso de acreedores constituye una novedad no exenta de ciertas dificultades de interpretación.

El desistimiento regulado en la vigente [Ley de Enjuiciamiento Civil \( RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) ha recogido los criterios dogmáticos de una jurisprudencia ya consolidada hace tiempo; pero la [Ley Concursal \( RCL 2003, 1748\)](#) no ha adoptado de forma

completa y sistemática esta figura procesal: solamente una declaración de principios en la Exposición de Motivos y el apartado 1.5 del artículo 176, y aun de forma enigmática.

Esta falta de detalle y de sistematización puede acarrear, en su aplicación práctica, algunos problemas. Se escuchan incluso opiniones que sostienen la imposibilidad de acudir al desistimiento una vez declarado el concurso necesario; otras patrocinan la exigencia de la conformidad de la totalidad de los acreedores. No creemos que sean conformes nuestra tradición jurídica ni una ni otra: la primera, porque arrumba con el *ius disponendi* tan caro al derecho privado; y la otra porque exagera la noción de orden público que impregna todo proceso de insolvencia.

Con el fin de intentar aclarar estas cuestiones analizaremos, de entrada, cuál pueda ser la verdadera naturaleza jurídica del concurso de acreedores; posteriormente, se examinará el acto del desistimiento como objeto de disposición del proceso, para concluir aplicando los criterios obtenidos a la interpretación del desistimiento en la LEC y cómo debe tratarse en sede concursal.

## **II- La naturaleza jurídica del concurso y los actos de disposición del proceso**

### **1- El concurso de acreedores como institución de la jurisdicción contenciosa o de la voluntaria**

La polémica suscitada por esta cuestión es, ciertamente, antigua, y a pesar de que la doctrina mayoritaria considera al concurso como de naturaleza procesal, algún sector sostiene que se trata de un proceso de la jurisdicción voluntaria o de una mezcla de ambos. Pensemos que la [Ley Concursal \( RCL 2003, 1748\)](#) sólo contempla el dictado de sentencias -punto final de todo proceso y elemento esencial del mismo- en los incidentes concursales (y juicios declarativos asimilados), en la aprobación del convenio y en la sección de calificación: todo lo demás se despacha con resoluciones interlocutorias, lo que da pie a la duda de si se trata de un auténtico juicio o de otra cosa <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Tampoco resulta fuera de lugar percibir al concurso de acreedores como un «proceso de procesos», con varias secciones, cada cual autónoma en su tramitación, con un desenlace -sentencia- distinto, aunque anudadas todas en un objetivo coincidente. Concretamente, la [Ley Concursal \( RCL 2003, 1748\)](#) reserva el dictado de sentencias para los casos siguientes: la aprobación del convenio anticipado (artículo 109.2); la aprobación del convenio normal (artículos 115.6 y 130); la resolución de la oposición al convenio (artículo 129.1); la resolución de la sección de calificación (artículos 164.3, 171 y 172); los incidentes de toda clase (artículos 194.4 y 196) y, en concreto, el incidente deducido por las acciones de los trabajadores basadas en las relaciones jurídicas individuales (artículo 64.8); el incidente de las acciones rescisorias (artículos 72.3 y 73.1) así como la impugnación de la lista de acreedores o del inventario (artículo 96.3) y el incidente de aprobación de la rendición de cuentas (artículo 81.3); también concluye con sentencia la inhabilitación de los administradores (artículo 181) y el juicio declarativo de responsabilidad de los administradores (artículos 21.3 y 37.6).

<sup>1</sup> Tampoco resulta fuera de lugar percibir al concurso de acreedores como un «proceso de procesos», con varias secciones, cada cual autónoma en su tramitación, con un desenlace -sentencia- distinto, aunque anudadas todas en un objetivo coincidente. Concretamente, la [Ley Concursal \( RCL 2003, 1748\)](#) reserva el dictado de sentencias para los casos siguientes: la aprobación del convenio anticipado (artículo 109.2); la aprobación del convenio normal (artículos 115.6 y 130); la resolución de la oposición al convenio (artículo 129.1); la resolución de la sección de calificación (artículos 164.3, 171 y 172); los incidentes de toda clase (artículos 194.4 y 196) y, en concreto, el incidente deducido por las acciones de los trabajadores basadas en las relaciones jurídicas individuales (artículo 64.8); el incidente de las acciones rescisorias (artículos 72.3 y 73.1) así como la impugnación de la lista de acreedores o del inventario (artículo 96.3) y el incidente de aprobación de la rendición de cuentas (artículo 81.3); también concluye con sentencia la inhabilitación de los administradores (artículo 181) y el juicio declarativo de responsabilidad de los administradores (artículos 21.3 y 37.6).

Indudablemente, la jurisdicción voluntaria tiende a la creación, modificación o extinción de situaciones o relaciones jurídicas, mientras que la contenciosa se remite al reconocimiento o ejecución de situaciones jurídicas y derechos en cierta forma preexistentes. Por su parte, lo que caracteriza a la jurisdicción contenciosa es la existencia de dos partes enfrentadas y la posibilidad de debate entre ellas. Esta concepción clásica no consigue,

empero, aclarar el problema de forma convincente. Baste decir que algunos autores, no sin cierta razón, niegan el verdadero carácter de jurisdicción a la jurisdicción voluntaria <sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Para GÓMEZ ORBANEJA, siguiendo la doctrina italiana capitaneada por CHIOVENDA, la jurisdicción voluntaria es una «mera actividad administrativa encomendada a los jueces para mayor satisfacción del interés privado». Véase GÓMEZ ORBANEJA y HERZE QUEMADA, *Derecho Procesal*, vol. I, págs. 726 y ss. También en igual sentido GUASP, Jaime, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. I, págs. 11 y ss.

<sup>2</sup> Para GÓMEZ ORBANEJA, siguiendo la doctrina italiana capitaneada por CHIOVENDA, la jurisdicción voluntaria es una «mera actividad administrativa encomendada a los jueces para mayor satisfacción del interés privado». Véase GÓMEZ ORBANEJA y HERZE QUEMADA, *Derecho Procesal*, vol. I, págs. 726 y ss. También en igual sentido GUASP, Jaime, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. I, págs. 11 y ss.

Para GARRIGUES <sup>3</sup>, el concurso de acreedores no pertenece ni a la jurisdicción contenciosa ni a la voluntaria, pues no hay partes litigantes en el momento de decretarse, siendo la actividad desarrollada por el juez meramente administrativa. Sea como fuere, es innegable que en el concurso de acreedores existen dos partes procesales visiblemente diferenciadas: el concursado-deudor y los acreedores; y una auténtica contienda entre ellos, cual es la satisfacción o la ejecución universal de los créditos.

<sup>3</sup> GARRIGUES, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, Madrid 1940, tomo II, vol. I, pág. 437. El autor en su tratado se refiere a la quiebra, pero sus reflexiones doctrinales -de este y otros autores- sobre la naturaleza jurídica del proceso y del contenido de la declaración de insolvencia, son plenamente extrapolables al concurso de acreedores.

<sup>3</sup> GARRIGUES, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, Madrid 1940, tomo II, vol. I, pág. 437. El autor en su tratado se refiere a la quiebra, pero sus reflexiones doctrinales -de este y otros autores- sobre la naturaleza jurídica del proceso y del contenido de la declaración de insolvencia, son plenamente extrapolables al concurso de acreedores.

## **2- Naturaleza jurídica del concurso de acreedores**

Teniendo en cuenta las normas jurídicas que regulan la institución del concurso de acreedores no podemos llegar a otra conclusión que la de que se trata de una institución eminentemente procesal <sup>4</sup>. En realidad es un verdadero proceso, claramente contencioso; pensemos en ello como un proceso de ejecución universal de los bienes del deudor, cuya su finalidad primordial es la de satisfacer los créditos con el producto de la masa activa. Pero, más allá de las notas de proceso de ejecución, también tiene las particularidades del proceso declarativo, ya que la resolución que abre el concurso contiene una serie de declaraciones constitutivas que modifican visiblemente el estatus jurídico del deudor. Estatus jurídico que, por ejemplo, también resulta modificado (y el paralelismo con el concurso no es del todo forzado) por las actuaciones jurisdiccionales que conforman el proceso especial para la división de herencia <sup>5</sup>.

<sup>4</sup> El español Francisco SALGADO DE SOMOZA, autor del primer y más conocido tratado sobre el concurso (*Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorem communem, inter illos causatam*, Lyon, Laurentii Anisson, 1672), sostenía que, atendiendo el interés público del concurso, el proceso en que se desenvuelve tiene un carácter administrativo, más allá del *ius privati dominii*. Criterio que se recoge en la denominada teoría de la función administrativa, que parte del concepto de cosa juzgada como algo inherente a la jurisdicción, de forma que no puede ser jurisdicción aquello de lo que no cabe predicar la existencia de cosa juzgada. Por ello, la jurisdicción voluntaria no sería propiamente jurisdicción, sino administración, tal y como sostienen CHIOVENDA, ROCCO y CALAMANDREI, por ejemplo. CARNELUTTI, por su parte, admitía que el concurso de acreedores, tanto por desarrollarse procesalmente sin un auténtico debate cognitivo, como por iniciarse por el propio deudor de forma voluntaria, es una institución que se enmarca en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, en la cual el Juez actúa «para la satisfacción de un interés público, que tiene por objeto la buena administración de los intereses privados» (*En Instituciones del proceso civil*, Buenos Aires, 1959, t. I, núms. 18 y 23).

<sup>4</sup> El español Francisco SALGADO DE SOMOZA, autor del primer y más conocido tratado sobre el concurso (*Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorem communem, inter illos causatam*, Lyon, Laurentii Anisson, 1672), sostenía que, atendiendo el interés público del concurso, el proceso en que se desenvuelve tiene un carácter administrativo, más allá del *ius privati dominii*. Criterio que se recoge en la denominada teoría de la función administrativa, que parte del concepto de cosa juzgada como algo inherente a la jurisdicción, de forma que no puede ser jurisdicción aquello de lo que no cabe predicar la existencia de cosa juzgada. Por ello, la jurisdicción voluntaria no sería propiamente jurisdicción, sino administración, tal y como sostienen CHIOVENDA, ROCCO y CALAMANDREI, por ejemplo. CARNELUTTI, por su parte, admitía que el concurso de acreedores,

tanto por desarrollarse procesalmente sin un auténtico debate cognitivo, como por iniciarse por el propio deudor de forma voluntaria, es una institución que se enmarca en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, en la cual el Juez actúa «para la satisfacción de un interés público, que tiene por objeto la buena administración de los intereses privados» (En Instituciones del proceso civil, Buenos Aires, 1959, t. I, núms. 18 y 23).

<sup>5</sup> A tenor de lo dispuesto en el artículo 782. 4 y 5 [LEC \( RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) se trata de un verdadero juicio universal en el que los acreedores del causante o de los coherederos pueden oponerse a que se lleve a efecto la partición de la herencia hasta el pago o afianzamiento de su crédito, incluso intervenir en la partición para evitar que el coheredero deudor se adjudique bienes en fraude o perjuicio de los derechos de los acreedores.

CORTÉS DOMÍNGUEZ <sup>6</sup> asegura que la resolución que declara el concurso de acreedores es una genuina actividad jurisdiccional y, por ende, procesal, sin perjuicio de las distintas construcciones dogmáticas que se han elaborado sobre la naturaleza jurídica de tal declaración. Lo que no se puede perder de vista es su acentuado carácter ejecutivo tendente a la ejecución general de todos los bienes del deudor para satisfacer a los acreedores, si no se logra un acuerdo solutorio que impida aquella ejecución general.

<sup>6</sup> CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, Aproximación al proceso de declaración de quiebra, «Revista de Derecho Mercantil», 1977, núm 146, pág. 463.

<sup>6</sup> CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, Aproximación al proceso de declaración de quiebra, «Revista de Derecho Mercantil», 1977, núm 146, pág. 463.

CARNELUTTI y CHIOVENDA, por su parte, consideran al concurso de acreedores como la consecuencia de un acto jurisdiccional ejecutivo: al no existir propiamente un proceso cognitivo, la declaración de insolvencia viene a ser como el trámite inaugural de una ejecución universal de los bienes del deudor para satisfacción de los acreedores en conjunto; no cabe duda de que esta concepción refuerza de forma notoria el aspecto de orden público del concurso, cuya declaración, por otra parte, radica en una potestad exclusiva del Estado <sup>7</sup> y éste, a través de su potestad jurisdiccional, protege adecuadamente los intereses colectivos más allá de la salvaguardia individual del crédito de los acreedores <sup>8</sup>.

<sup>7</sup> El acreedor que solicita la declaración de concurso no obra, en puridad, en su propio interés exclusivo sino en el de la comunidad de los acreedores y en defensa del interés público, como advierte URÍA GONZÁLEZ, Rodrigo, La Quiebra de Barcelona Traction, Barcelona 1953, pág. 99.

<sup>7</sup> El acreedor que solicita la declaración de concurso no obra, en puridad, en su propio interés exclusivo sino en el de la comunidad de los acreedores y en defensa del interés público, como advierte URÍA GONZÁLEZ, Rodrigo, La Quiebra de Barcelona Traction, Barcelona 1953, pág. 99.

<sup>8</sup> Protección del tráfico jurídico, del sistema económico en general, de los servicios públicos o asimilados, etc., en el sentido utilizado por Piero CALAMANDREI, en La sentenza dichiarativa di fallimento, «Rivista del Diritto Commerciale», 1936, tomo I, pág. 301. También son interesantes en este mismo sentido las reflexiones en torno a la protección de los intereses colectivos en los procesos de insolvencia expuestas por VICENT CHULIA, Francisco, en El contenido de nuestras instituciones concursales y las actuales perspectivas de reforma, «Revista Jurídica de Cataluña», núm. 3, 1979, pág. 671, o por CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, en Aproximación al proceso de declaración de quiebra, «Revista de Derecho Mercantil», 1977, núm 146, passim.

### **III- Concepto del desistimiento**

#### **1- Su naturaleza jurídica y caracteres**

El desistimiento es una actividad de tipo procesal. Su origen reside en una declaración de voluntad encaminada a frenar el desarrollo del proceso y, por lo tanto, sus previsibles efectos. Lo que se abandona es la posición procesal, no el derecho material al ejercicio de la acción. Cuando desistimos del proceso renunciamos a obtener una resolución y solicitamos la extinción de la litispendencia <sup>9</sup>, pero en absoluto renunciamos a ejercitar nuevamente la acción o a desarrollar una pretensión idéntica en otro proceso ulterior. Los efectos, no obstante, son distintos según el grado de evolución del proceso: en fase de recurso, por ejemplo, el desistimiento impide definitivamente el conocimiento del asunto por parte del tribunal llamado en apelación.

<sup>9</sup> En definitiva, expresión del auténtico poder de disposición sobre el ejercicio de la acción y el objeto del proceso. Cfr. PÉREZ MARÍN, M<sup>a</sup> Ángeles, El desistimiento en el proceso civil, Ley 1/2000 de 7 de Enero de Enjuiciamiento Civil, Editorial Bosch, Barcelona 2001, pág. 45.

<sup>9</sup> En definitiva, expresión del auténtico poder de disposición sobre el ejercicio de la acción y el objeto del proceso. Cfr. PÉREZ MARÍN, M<sup>a</sup> Ángeles, El desistimiento en el proceso civil, Ley 1/2000 de 7 de Enero de Enjuiciamiento Civil, Editorial Bosch, Barcelona 2001, pág. 45.

#### **A- Bilateralidad del acto procesal**

La verdadera trascendencia del desistimiento tiene lugar cuando hay parte contraria: si ésta no existe, el desistimiento no tiene mayor consecuencia que cerrar el proceso sin otra secuela que la imposición de unas costas, en la práctica inexistentes. Sin embargo, cuando existe parte contraria, el desistimiento adquiere un tinte o nota de bilateralidad y exige que sea aceptado, expresa o tácitamente, por el demandado.

El desistimiento de la parte actora impone, en este caso, la bilateral frustración de las expectativas de la parte demandada de obtener una sentencia sobre el fondo. La bilateralidad es inevitable a partir del momento en que la demandada se ve involucrada en un proceso que, quiérase o no, afecta a su esfera de intereses, con claras repercusiones de índole económica, moral o social, lo que conforma un interés legítimo -y protegible- en que el pleito continúe <sup>10</sup>.

<sup>10</sup> Véase en este sentido FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, en El desistimiento y su bilateralidad en primera instancia, Barcelona 1950, pág. 30 y ss.

<sup>10</sup> Véase en este sentido FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, en El desistimiento y su bilateralidad en primera instancia, Barcelona 1950, pág. 30 y ss.

Pero la bilateralidad no alcanza su pleno sentido si no es a partir de la contestación a la demanda, es decir, cuando aquel instante preciso en que tiene lugar la fijación de las respectivas pretensiones; en definitiva, cuando nace para la parte demandada el derecho a ser escuchada en el debate <sup>11</sup>.

<sup>11</sup> Momento procesal que alguna doctrina jurisprudencial ha fundamentado en una concepción contractual o cuasi contractual del proceso, tesis recogida por el Tribunal Supremo en las antiguas sentencias de 4 de noviembre de 1948, 9 de abril de 1932, recogidas por FAIRÉN GUILLÉN en El desistimiento..., op. cit., págs. 128 y ss.

<sup>11</sup> Momento procesal que alguna doctrina jurisprudencial ha fundamentado en una concepción contractual o cuasi contractual del proceso, tesis recogida por el Tribunal Supremo en las antiguas sentencias de 4 de noviembre de 1948, 9 de abril de 1932, recogidas por FAIRÉN GUILLÉN en El desistimiento..., op. cit., págs. 128 y ss.

#### **B- Acto de naturaleza compleja**

El desistimiento, con ser un acto procesal, lo es también de naturaleza compleja, puesto que exige una declaración de voluntad expresa y clara de la parte actora, de forma que queden rectificadas las anteriores declaraciones de voluntad plasmadas en su primitiva petición al tribunal. La declaración de voluntad así conformada ha de producir una serie de efectos de lógico contenido procesal, siendo el más llamativo el de dar origen a un auténtico acto revocatorio de la demanda introducida y de las consecuencias que con ella se pretendía alcanzar <sup>12</sup>. Declaración compleja que se complementa, inevitablemente, con otra del demandado, quien se adhiere o no a la del actor.

<sup>12</sup> La doctrina germánica respecto al desistimiento contempla estos supuestos complejos de la renuncia a las peticiones de la demanda así como los efectos que en ella se preverían ( Klagerücknahme). Se considera que la complejidad deriva de la propia bilateralidad o pluralidad de partes que expresan diversas manifestaciones de voluntad con auténtica relevancia jurídica; si la iniciativa corresponde al actor su importancia radica en que ésta impone al demandado la obligación de aceptar o rechazar aquella declaración de voluntad. La complejidad del acto culmina con la resolución judicial sin la cual ambas declaraciones de voluntad no despliegan ningún efecto jurídico. Cfr. Fons Rodríguez, Carolina, La modificación de la demanda (klageänderung) en el derecho alemán, vLex, 2009, <http://www.vlex.com/vid/modificacion-demanda-derecho-aleman-283889>.

<sup>12</sup> La doctrina germánica respecto al desistimiento contempla estos supuestos complejos de la renuncia a las peticiones de la demanda así como los efectos que en ella se preverían ( Klagerücknahme). Se considera que la complejidad deriva de la propia bilateralidad o pluralidad de partes que expresan diversas manifestaciones de voluntad con auténtica relevancia jurídica; si la iniciativa corresponde al actor su importancia radica en que ésta impone al demandado la obligación de aceptar o rechazar aquella declaración de voluntad. La complejidad del acto culmina con la resolución judicial sin la cual ambas declaraciones de voluntad no despliegan ningún efecto jurídico. Cfr. Fons Rodríguez, Carolina, La modificación de la demanda (klageänderung) en el derecho alemán, vLex, 2009, <http://www.vlex.com/vid/modificacion-demanda-derecho-aleman-283889>.

## C- Efectos procesales y extraprocerales

Los diferentes efectos del desistimiento deben contemplarse tanto desde dentro como fuera del proceso, porque si bien en el ámbito del litigio se produce la extinción del debate que se estaba produciendo, cabe un efecto «hacia afuera», en concreto una condena en costas para el caso de que el demandado no consienta en el desistimiento (y el juez estime fundada su negativa), conforme al artículo 396.1 LEC, zanjándose definitivamente la cuestión y dejando imprejuizada la demanda.

Desde una óptica extraprocera el resultado básico es que el derecho a la pretensión no se extingue; es más, ni siquiera se dan los efectos propios de la prescripción que la misma litispendencia provocó. Podría decirse que se produce una suerte de efecto retroactivo al no considerarse consolidado el llamamiento judicial, lo que impide la interrupción de la prescripción <sup>13</sup>.

<sup>13</sup> Los artículos 1943 a 1948 [CC \( LEG 1889, 27\)](#) regulan la interrupción de la prescripción «del que prescribe», produciéndose la «interrupción civil» por el hecho de la citación judicial a que se refiere el artículo 1946.2 CC; del mismo modo opera la interposición de una demanda contra el deudor mercantil a que se refiere el artículo 944 [Ccom \( LEG 1885, 21\)](#). Todo lo cual, en caso de desistimiento, produce el efecto de no haberse interrumpido la prescripción. Cfr. ALBACAR LÓPEZ, José Luis y SANTOS BRIZ, Jaime, en Código civil, doctrina y jurisprudencia, Ed. Trivium, Madrid, 1991, pág. 1206.

<sup>13</sup> Los artículos 1943 a 1948 [CC \( LEG 1889, 27\)](#) regulan la interrupción de la prescripción «del que prescribe», produciéndose la «interrupción civil» por el hecho de la citación judicial a que se refiere el artículo 1946.2 CC; del mismo modo opera la interposición de una demanda contra el deudor mercantil a que se refiere el artículo 944 [Ccom \( LEG 1885, 21\)](#). Todo lo cual, en caso de desistimiento, produce el efecto de no haberse interrumpido la prescripción. Cfr. ALBACAR LÓPEZ, José Luis y SANTOS BRIZ, Jaime, en Código civil, doctrina y jurisprudencia, Ed. Trivium, Madrid, 1991, pág. 1206.

## IV- El desistimiento como acto de disposición del proceso

### 1- Tratamiento doctrinal y jurisprudencial previo a la LEC 1/2000

La anterior normativa procesal carecía de un tratamiento unitario y sistemático del instituto del desistimiento, encontrándose regulado de forma fragmentaria en los artículos 410, 728 y 847 [LEC 1981 \( LEG 1881, 1\)](#). El desistimiento, pues, estaba huérfano de una normativa adecuada a la función que desempeña en el proceso antes de entrar en vigor la [LEC 1/2000 de 7 de enero \( RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#). A pesar de todo se podía localizar un precedente, algo elemental, eso sí, en el antiguo [Decreto de 21 de noviembre de 1952 \( RCL 1952, 1612\)](#) que desarrollaba la base X de la Ley de Bases de Justicia Municipal de 1944, concretamente en su artículo 42 <sup>14</sup>.

<sup>14</sup> La similitud de este precepto legal con el artículo 20 [LEC \( RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) es notoria y de hecho sentó el precedente del desarrollo jurisprudencial posterior. Rezaba así: «Emplazado el demandado, si el actor desistiere del procedimiento transcurrido que sea el término del emplazamiento, se dará vista al demandado comparecido, por término de tres días. El Juez dictará auto resolviendo sobre la petición de desistimiento, en el plazo de tres días; contra el auto que la estimare, se dará el recurso de apelación en ambos efectos».

<sup>14</sup> La similitud de este precepto legal con el artículo 20 [LEC \( RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) es notoria y de hecho sentó el precedente del desarrollo jurisprudencial posterior. Rezaba así: «Emplazado el demandado, si el actor desistiere del procedimiento transcurrido que sea el término del emplazamiento, se dará vista al demandado comparecido, por término de tres días. El Juez dictará auto resolviendo sobre la petición de desistimiento, en el plazo de tres días; contra el auto que la estimare, se dará el recurso de apelación en ambos efectos».

Para suplir esta deficiencia legislativa la jurisprudencia fue creando un corpus dogmático que coonestase la decisión unilateral del actor para apartarse del procedimiento por él iniciado con una noción de orden público. La idea central era la de considerar que si el actor tiene libertad para iniciar un determinado procedimiento, la misma libertad de acción le corresponde en el momento de apartarse de él, por respeto al principio dispositivo que impera en el proceso civil, sin marginar del todo al demandado.

La doctrina entendió, no obstante, que este derecho a la disposición del proceso estaba limitado en el momento en que el demandado había entrado a formar parte del litigio y



existía, por ende, una auténtica confrontación de intereses. En este caso cabía limitar aquella libre disposición porque podría darse el caso de que el demandado tuviese realmente interés en la continuación del proceso. El interés, empero, debía de ser fundado y concreto, no bastando la simple pretensión de resarcimiento —vía condena en costas— de las molestias ocasionadas: se precisaba argüir un argumento razonable que justificase la continuación del proceso hasta su culminación mediante sentencia.

## **2- Categoría procesal de parte en el proceso**

Para completar la construcción dogmática del desistimiento, se exigía, en primer lugar, que la parte demandada ostentase la categoría de parte procesal, en concreto, que hubiese sido citada o emplazada y que hubiese contestado a la demanda o haya sido citada para juicio; además, se pensó que la demandada debía tener un interés razonable en la continuación del pleito, ya que la aceptación del desistimiento llevaba implícita la posibilidad de plantear la misma cuestión de fondo en otro momento posterior, al quedar imprejuzgada la cuestión de fondo.

El Tribunal Constitucional <sup>15</sup> abonó -con alguna matización que rechazaba el automatismo del principio dispositivo de las partes- aquella constante doctrina jurisprudencial opinando que la admisión sin más del desistimiento, una vez la parte demandada haya adquirido la categoría procesal de parte, requiere tanto la falta de oposición a aquél como la inexistencia de interés legítimo que pudiera verse lesionado al admitirlo <sup>16</sup> .

<sup>15</sup> [SSTC 96/1990 \( RTC 1990, 96\)](#) , [236/1992 \( RTC 1992, 236\)](#) , [362/1993 \( RTC 1993, 362\)](#) y [ATC 419/1986 \( RTC 1986, 419 AUTO\)](#) , si bien el Tribunal introduce una nota de orden público (en principio focalizado en la jurisdicción constitucional) matizando que en el desistimiento no opera sin más el principio dispositivo, por lo que el tribunal no está directamente vinculado a la voluntad unilateral de quien desiste, sino que está facultado «para estimar o rechazar el desistimiento teniendo en cuenta para ello todas las circunstancias que concurren en el caso, singularmente la conformidad o la oposición de los demás personados en el proceso».

<sup>15</sup> [SSTC 96/1990 \( RTC 1990, 96\)](#) , [236/1992 \( RTC 1992, 236\)](#) , [362/1993 \( RTC 1993, 362\)](#) y [ATC 419/1986 \( RTC 1986, 419 AUTO\)](#) , si bien el Tribunal introduce una nota de orden público (en principio focalizado en la jurisdicción constitucional) matizando que en el desistimiento no opera sin más el principio dispositivo, por lo que el tribunal no está directamente vinculado a la voluntad unilateral de quien desiste, sino que está facultado «para estimar o rechazar el desistimiento teniendo en cuenta para ello todas las circunstancias que concurren en el caso, singularmente la conformidad o la oposición de los demás personados en el proceso».

<sup>16</sup> La [STC 187/1990, de 26 de noviembre \( RTC 1990, 187\)](#) , reitera que el desistimiento es una forma legítima de finalización de los procesos, que responde al principio dispositivo que rige nuestro ordenamiento civil, por voluntad del actor, si bien su aceptación debe hacerse en términos que no ocasionen al demandado indefensión o perjuicios irrazonables, aunque no es admisible afirmar que el órgano jurisdiccional no debe admitirlo si el demandado se opone. Y sienta una importante doctrina: «[...] Tal bilateralidad no viene contemplada en la ley, sumamente parca, por lo demás, en sus previsiones sobre desistimiento. Ciertamente que los Tribunales ordinarios, al resolver en cada caso sobre la pertinencia o no del desistimiento, habrán de velar porque no se cause indefensión o lesión alguna de índole constitucional a la parte demandada, pero semejante obligación se deberá a las exigencias generales del art. 24 [C. E. \( RCL 1978, 2836\)](#) , no a que éste requiera que el desistimiento sea necesariamente bilateral».

Aquella doctrina fue acogida por la actual LEC 1/2000 de 7 de enero, en su artículo 20, que admite el desistimiento unilateral del actor siempre que el demandado no haya sido emplazado para contestar a la demanda o haya sido citado para juicio. También se admite el desistimiento en cualquier momento del proceso si el demandado estuviere en rebeldía. Distinto tratamiento tiene, en cambio, cuando el demandado ha adquirido la categoría procesal de parte, debiendo entonces dársele traslado de la pretensión del actor de disponer del proceso para que alegue lo que considere conveniente.

A partir de aquí el demandado puede dejar transcurrir el plazo sin alegar nada (silencio positivo) o dar su conformidad de forma expresa; y también puede oponerse al desistimiento.

En los dos supuestos de conformidad, el juez habrá de dictar auto de sobreseimiento, quedando la cuestión en imprejuzgada y libre el actor para promover otro juicio sobre el



mismo tema de fondo. Si el demandado se opone de forma expresa, en cambio, queda al arbitrio del juez resolver de la forma que estime procedente.

### **3- Oposición del demandado al desistimiento del actor**

En caso de oposición del demandado al desistimiento del actor el juez actúa con plena soberanía para resolver lo más adecuado, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso y ponderando cuanto sea de interés en relación con el tema sometido a debate.

Por ello, cualquier oposición que no tenga un contenido lo suficientemente argumentado y sólido para fundamentar la oposición deberá ser rechazada por el tribunal. No es admisible, a efectos de enervar el desistimiento, una elemental o genérica oposición a sus consecuencias, aunque, en puridad, no existe ningún precepto en la LEC que imponga una carga procesal concreta al demandado en orden a justificar y argumentar la conducta opositora. Pero dada la potestad del juez de resolver lo que estime oportuno ( ex artículo 20.3 LEC) es evidente que una correcta interpretación de este precepto obliga al tribunal a considerar si los argumentos aducidos para la oposición al desistimiento tienen suficiente peso como para ordenar la continuidad del procedimiento.

Es necesario, finalmente, destacar que el desistimiento efectuado antes de que el demandado sea emplazado para contestar a la demanda o citado para juicio —o incluso después si se encontrara en rebeldía como advierte el artículo 20.2 LEC— obliga imperativamente al tribunal a dictar auto poniendo fin al litigio imponiéndole las costas al actor (imposición que parece más una declaración de principios que una medida resarcitoria, sin efectos prácticos: si las costas comportan el pago indemnizatorio de los gastos causados a la parte adversa carece de sentido su imposición puesto que nada se ha devengado en este momento inicial).

Si el abandono del proceso se produce una vez emplazada la parte adversa y existe conformidad en el desistimiento o no hay oposición dentro de los diez días, no cabe la imposición de costas al albur de lo dispuesto en el artículo 396.2, dando fin sin más al proceso <sup>17</sup> .

<sup>17</sup> Por ejemplo, la Junta de Magistrados de las secciones civiles de la Audiencia Provincial de Madrid, en reunión de 28 de septiembre de 2006, acordó lo siguiente: «[...] en caso de que se acuerde el desistimiento pese a que exista oposición al mismo, procede la aplicación del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento civil» . Y en la misma reunión acordó que «[...] la oposición al desistimiento, para que se entienda que el demandado no consiente con el mismo, ha de ser expresa, oponiéndose al desistimiento, no siendo suficiente instar que se impongan las costas al actor sin hacer referencia, o haciéndolo de forma evasiva o ambigua, al desistimiento instado de contrario».

<sup>17</sup> Por ejemplo, la Junta de Magistrados de las secciones civiles de la Audiencia Provincial de Madrid, en reunión de 28 de septiembre de 2006, acordó lo siguiente: «[...] en caso de que se acuerde el desistimiento pese a que exista oposición al mismo, procede la aplicación del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento civil» . Y en la misma reunión acordó que «[...] la oposición al desistimiento, para que se entienda que el demandado no consiente con el mismo, ha de ser expresa, oponiéndose al desistimiento, no siendo suficiente instar que se impongan las costas al actor sin hacer referencia, o haciéndolo de forma evasiva o ambigua, al desistimiento instado de contrario».

## **V- Diferencia entre desistimiento y renuncia a la acción**

### **1- Desistimiento y renuncia**

Si el desistimiento equivale al abandono del proceso, la renuncia supone abandonar la acción o pretensión, en suma, el derecho material <sup>18</sup> ; para ello es necesario que el sujeto tenga la capacidad necesaria para disponer del derecho de que se trata, y, en cuanto al objeto, que el derecho sobre el que recaiga sea renunciable de acuerdo con el artículo 6.2 CC ( [LEG 1889, 27](#) ), es decir, que la renuncia no sea contraria a la ley, al interés general o al orden público ni perjudique a terceros, debiendo expresarse de forma explícita, categórica y clara (artículo 20.1 [LEC \[ RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892 \]](#) ). El Tribunal Consti-

tucional <sup>19</sup> interpreta la renuncia como un auténtico abandono de la acción y del derecho que asiste a ejercitarla. El Tribunal Supremo, en cambio, fiel al espíritu romanista, admite que la renuncia a la acción está directamente vinculada al derecho material <sup>20</sup>. De forma más rotunda, alguna jurisprudencia admite que la renuncia es una manifestación de voluntad que lleva a cabo el titular de un derecho y en virtud de la cual hace dejación del mismo sin transmitirlo a otra persona <sup>21</sup>.

<sup>18</sup> Acción en el sentido clásico del derecho romano que identifica aquella con el derecho material que se debate en el proceso, de forma que quien tiene la acción tiene también el derecho a ejercerla. La moderna doctrina – CHIOVENDA y FAIRÉN GUILLÉN, entre otros– matiza esta concepción en el sentido de considerar a la acción como un acto potestativo y autónomo, que puede iniciarse incluso por alguien que no sea titular del derecho subjetivo material. COUTURE va más allá y piensa en la acción como la potestad de acudir a los tribunales para alcanzar la «tutela» del derecho material, teoría que consideramos acertada. (Cfr. COUTURE, EDUARDO, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, 1958, págs. 57-61).

<sup>18</sup> Acción en el sentido clásico del derecho romano que identifica aquella con el derecho material que se debate en el proceso, de forma que quien tiene la acción tiene también el derecho a ejercerla. La moderna doctrina – CHIOVENDA y FAIRÉN GUILLÉN, entre otros– matiza esta concepción en el sentido de considerar a la acción como un acto potestativo y autónomo, que puede iniciarse incluso por alguien que no sea titular del derecho subjetivo material. COUTURE va más allá y piensa en la acción como la potestad de acudir a los tribunales para alcanzar la «tutela» del derecho material, teoría que consideramos acertada. (Cfr. COUTURE, EDUARDO, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, 1958, págs. 57-61).

<sup>19</sup> La [sentencia 187/1990 de 26 de noviembre \( RTC 1990, 187 \)](#), establece que el desistimiento es una forma legítima de finalización de los procesos, que responde al principio dispositivo que rige nuestro ordenamiento civil, por voluntad del actor, y si bien su aceptación debe hacerse en términos que no ocasionen al demandado indefensión o perjuicios irrazonables, aunque no es admisible afirmar que el órgano jurisdiccional no debe admitirlo si el demandado se opone. Y sienta una importante doctrina: «[...] Tal bilateralidad no viene contemplada en la ley, sumamente parca, por lo demás, en sus previsiones sobre desistimiento. Ciertamente que los Tribunales ordinarios, al resolver en cada caso sobre la pertinencia o no del desistimiento, habrán de velar porque no se cause indefensión o lesión alguna de índole constitucional a la parte demandada, pero semejante obligación se deberá a las exigencias generales del art. 24 CE, no a que éste requiera que el desistimiento sea necesariamente bilateral».

<sup>20</sup> STS de 13 de marzo de 2003 reafirma de forma diáfana el alcance meramente procesal del desistimiento, vinculado en cualquier caso al derecho material y en modo alguno comparable a la renuncia. La sentencia, a pesar de todo, hace una referencia algo críptica a la «remisión», sin acabar de explicar qué se entiende por remisión en caso de abandono del proceso, y si ello debe entenderse en el mismo sentido que la remisión de deuda en la extinción de las obligaciones del artículo 1143 [CC \( LEG 1889, 27 \)](#), o la quita hecha al acreedor que menciona el artículo 1146 CC.

<sup>21</sup> Por ejemplo la [STS de 16 de octubre de 1987 \( RJ 1987, 7292 \)](#), que, además, advierte que la renuncia debe ser personal, clara, terminante e inequívoca, de forma tácita o expresa y mediante actos concluyentes.

De cualquier forma creemos que, desde un punto de vista dogmático, la mejor definición quizás sea la de ALBALADEJO <sup>22</sup> que califica la renuncia como una declaración de voluntad no recepticia ni solemne, expresa o tácita, unilateral e irrevocable. Desistir del proceso, pues, sería lo mismo que renunciar a la acción que mediante él se ejercita, que no se extingue ni modifica. Ciertamente el artículo 20.3 LEC sólo contempla expresamente la posibilidad de promover nuevo juicio para el caso de que exista conformidad del demandado o no se oponga; pero incluso en el caso de oposición el juez puede acordar la continuación del procedimiento.

<sup>22</sup> ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, Derecho civil, t. III, 9.ª ed., Barcelona, 2002, pág. 211.

<sup>22</sup> ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, Derecho civil, t. III, 9.ª ed., Barcelona, 2002, pág. 211.

## **2- Efectos de la renuncia**

La renuncia así entendida conlleva importantes efectos jurídicos, como el de hacer dejación del derecho que se ejercita, e, implícitamente, el de la acción, conforme a lo antes dicho, sin que sea posible utilizarla en otro proceso posterior porque se abdicar del «carácter material» del contenido de la acción. Por ello no es necesaria la audiencia de la parte adversa, porque se trata de un derecho ínsito en la propia acción ejercitada a la cual se renuncia de forma definitiva, siempre que no infrinja una norma dispositiva de carácter prohibitivo o sea contrario al orden público o perjudique a un tercero.

## VI- El desistimiento como conclusión del concurso de acreedores

### 1- Aplicación supletoria de la LEC al desistimiento en el concurso

Vista la diferenciación conceptual, terminológica y dogmática entre desistimiento y renuncia, hemos de plantearnos cómo funciona el desistimiento en sede concursal. En primer término -y dada la parquedad de la [Ley Concursal \( RCL 2003, 1748\)](#) en esta materia- es obvia la aplicación supletoria de la [LEC \( RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) , por mandato de la Disposición Final 5ª, párrafo 2º LC, cuando establece que la ordenación material y formal del proceso se efectuará conforme a aquélla. En nuestro caso, la única figura que nos interesa es el desistimiento del deudor en el concurso voluntario, porque en el caso de concurso necesario instado por cualquier legitimado el desistimiento parece no ofrecer dudas según el artículo 22.2 LC.

La aplicación supletoria implica la regulación del desistimiento en sede concursal conforme al artículo 20 y concordantes LEC; solicitado, pues, el desistimiento del concurso por el deudor, se abre un abanico de posibilidades bastante sugerentes. En primer término, el juez debe dar traslado a todas las partes personadas para que manifiesten si se oponen al desistimiento o si, por el contrario, alguien pretende la continuación del proceso concursal; en aplicación de aquel precepto se entenderá que la falta de alegaciones dentro del plazo de diez días equivale al consentimiento tácito para que concluya el concurso sin mayores trámites.

El problema surge cuando nos interrogamos sobre qué clase de acreedores deben ser oídos. Nótese que el artículo 176.1.5. LC habla de acreedores reconocidos, o sea, todos aquellos que figuren como tales en la lista de acreedores confeccionada por la administración concursal. Nada dice de los acreedores contra la masa, por lo que se plantea de entrada una dicotomía de no fácil solución: o se admite que el crédito contra la masa es, de suyo, prededucible <sup>23</sup> , y debe satisfacerse con independencia del estado del concurso a su vencimiento, o se considera que dada su naturaleza extraconcursal no está afectado por el concurso. En el caso de desistimiento debe tenerse presente que no se concluye el proceso ni mediante liquidación ni a través de convenio, por lo que no entra en juego la prededucción del artículo 154.1 LC.

<sup>23</sup> Véase la Exposición de Motivos VII, cuando dice que «las operaciones de pago a los acreedores se regulan dentro de la fase de liquidación. Los créditos contra la masa operan con el carácter de prededucibles, en el sentido de que, antes de proceder al pago de los concursales, han de deducirse de la masa activa los bienes y derechos, no afectos a créditos singularmente privilegiados, que sean necesarios para satisfacer aquéllos a sus respectivos vencimientos».

<sup>23</sup> Véase la Exposición de Motivos VII, cuando dice que «las operaciones de pago a los acreedores se regulan dentro de la fase de liquidación. Los créditos contra la masa operan con el carácter de prededucibles, en el sentido de que, antes de proceder al pago de los concursales, han de deducirse de la masa activa los bienes y derechos, no afectos a créditos singularmente privilegiados, que sean necesarios para satisfacer aquéllos a sus respectivos vencimientos».

Al no terminar tampoco con convenio no puede hablarse de vinculación de los créditos anteriores a la declaración de concurso, ni siquiera debe aguardarse que transcurra plazo alguno para su ejecución <sup>24</sup> , siendo indiferente el hecho de que hayan sido o no satisfechos porque la exigibilidad de tales créditos puede tener lugar fuera o dentro del proceso concursal.

<sup>24</sup> Artículos 134.1 y 154.2 [LC \( RCL 2003, 1748\)](#) . Cfr. BELTRÁN, Emilio, «Pago de créditos contra la masa», en ROJO-BELTRÁN, Comentarios a la legislación concursal, Madrid, 2004, tomo II, pág. 2430.

<sup>24</sup> Artículos 134.1 y 154.2 [LC \( RCL 2003, 1748\)](#) . Cfr. BELTRÁN, Emilio, «Pago de créditos contra la masa», en ROJO-BELTRÁN, Comentarios a la legislación concursal, Madrid, 2004, tomo II, pág. 2430.

Siendo ello así y sin perder de vista que la estructura de la lista de acreedores es la que impone el artículo 94 LC, y viene referida a la fecha de la solicitud del concurso, los créditos contra la masa devengados y pendientes de pago -que constan en relación separada

según el artículo 94.4 LC- no deberían ser oídos en el desistimiento solicitado porque, en puridad, no les afecta.

## **2- Diferentes modos de conclusión del concurso**

En general, la terminación del concurso de acreedores viene también escasamente regulada en la Ley Concursal: tanto solo el artículo 176 lo hace de una forma expresa, y la regulación del desistimiento de remite a una ligera mención en el apartado 1.5 del precepto.

En todo caso, entendemos que el apartado 1.3. del precepto contempla una especie de desistimiento impropio, al regular una serie de supuestos de conclusión del concurso que - y éste es el argumento clave- no pueden deberse más que a la actividad del propio deudor. Efectivamente, el pago o consignación de los créditos no acaece porque sí; no se «produce» (en palabras del propio artículo) sin una intervención mediata o inmediata del concursado, pagando con los bienes del concurso o aceptando la intervención solutoria de un tercero o llegando a acuerdos con los acreedores. En cualquiera de los casos el objetivo sería el mismo: desistir del proceso concursal, no de forma clara y manifiesta, pero sin duda con la intención de alcanzar el mismo fin y asumir la consecuencia de los mismos efectos jurídicos.

## **3- Requisitos del «desistimiento impropio»**

Las exigencias legales para que se produzca la conclusión del concurso por desistimiento impropio, son dos, considerados alternativamente: que se produzca o compruebe el pago o la consignación de la totalidad de los créditos reconocidos o la íntegra satisfacción de los acreedores por cualquier otro medio. Obviamente, entendiéndose como tales créditos todos aquellos que hayan sido reconocidos por la administración concursal, con independencia de su privilegio o graduación.

### **A- Pago o consignación de los créditos**

La administración concursal habrá, pues, de comprobar la realidad del pago de los créditos o su consignación por el importe reconocido en la lista de acreedores.

Respecto del pago como forma de extinción de la obligación, el artículo 1157 [CC \( LEG 1889, 27\)](#) nos dice que se produce cuando se hubiere entregado la cosa completamente o hecho la prestación en que la obligación consistía; por ello, el pago del crédito debe atenerse a esta prescripción para su eficacia extintiva.

En lo que atañe a la consignación ésta debe hacerse depositando lo adeudado a disposición de la autoridad judicial -y, en su caso, previa demostración del ofrecimiento y el anuncio de la consignación-. Hecha la consignación, entendemos que debería notificarse a los acreedores puesto que así lo pide el artículo 1178 CC, corriendo los gastos a cargo de éstos y no del concurso, si fueren procedentes, ex artículo 1179 CC.

La consignación, ¿debe hacerla únicamente el concursado o, por contra, puede hacerla un tercero? Al este respecto el Tribunal Supremo, ha sentenciado que no puede interpretarse el artículo 1176 CC en el sentido de que ha de ser precisamente el deudor directo el que, de una forma exclusiva y excluyente, quien haga la consignación, porque siendo así que la consignación equivale y asemeja a una forma de pago, hay que relacionarla con el artículo 1158 CC, que permite hacerla a cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación y con independencia de que el concursado lo apruebe o lo ignore

<sup>25</sup> .  
<sup>25</sup> Cfr. lo indicado con la doctrina sentada por la STS de 23 de mayo de 1929, que dice: «[...] El artículo 1176 no puede interpretarse en el sentido material del que ha de ser precisamente el deudor directo el que por modo excluyente tenga que ser el que haga la consignación judicial a que se refiere, porque, equivalente ésta a una

forma de pago, hay que relacionarlo con el artículo 1158, que permite hacerla a cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación. El verdadero fundamento del artículo 1176 es dar medios al deudor para que no se prolonguen indebidamente los cuidados y cargos que las obligaciones impone, y por ello no hay que olvidar que si bien en relación con el artículo 1777 exige, en cuanto a la forma, como requisitos previos a la consignación oficial el ofrecimiento y anuncio al acreedor, también en el párrafo segundo la autoriza sin tales requisitos, en caso de ausencia del mismo, entendida, no en el sentido de que esté declarada oficialmente, sino equivalente a la falta de presencia en el lugar donde el pago deba hacerse».

<sup>25</sup> Cfr. lo indicado con la doctrina sentada por la STS de 23 de mayo de 1929, que dice: «[...] El artículo 1176 no puede interpretarse en el sentido material del que ha de ser precisamente el deudor directo el que por modo excluyente tenga que ser el que haga la consignación judicial a que se refiere, porque, equivalente ésta a una forma de pago, hay que relacionarlo con el artículo 1158, que permite hacerla a cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación. El verdadero fundamento del artículo 1176 es dar medios al deudor para que no se prolonguen indebidamente los cuidados y cargos que las obligaciones impone, y por ello no hay que olvidar que si bien en relación con el artículo 1777 exige, en cuanto a la forma, como requisitos previos a la consignación oficial el ofrecimiento y anuncio al acreedor, también en el párrafo segundo la autoriza sin tales requisitos, en caso de ausencia del mismo, entendida, no en el sentido de que esté declarada oficialmente, sino equivalente a la falta de presencia en el lugar donde el pago deba hacerse».

#### **B- Satisfacción «por cualquier otro medio»**

Otra de las exigencias que impone el artículo 176.3 LC para admitir el desistimiento impropio que estudiamos es el de la íntegra satisfacción, por cualquier otro medio, de todos los acreedores; ello nos abre una vía que acepta varias fórmulas de extinción de la deuda del concursado.

Sin perjuicio de que cuando exista -y se compruebe- el pago o consignación de la totalidad de los créditos pueda la administración concursal solicitar la conclusión del concurso, es al propio concursado a quien incumbe solicitar el desistimiento por esta vía impropia, en uso del derecho de libre disposición del proceso que le asiste. Y puede hacerlo cuando, más allá del pago solutorio, consiga la íntegra satisfacción de los acreedores por cualquier sistema, ya sea mediante un convenio, acuerdo, condonación, renegociación, pacto o promesa de no pedir, o cualquier fórmula válida contractualmente. En este caso, será el propio concursado quien ponga en conocimiento del juzgado esta circunstancia y solicitará el archivo del proceso concursal -lo que denominamos desistimiento impropio- puesto que carece de interés su prosecución.

#### **a- Pago por subrogación**

Subrogar es, en sentido amplio, sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa; y a pesar de que el artículo 1209 CC induce a pensar que existe una subrogación expresa y otra presunta, lo cierto es que se refiere al origen convencional o legal de la subrogación.

La subrogación convencional, conocida como subrogación ex parte debitoris, es la efectuada por el concursado deudor sin consentimiento del acreedor, que contempla el artículo 1211 CC, y pactada únicamente entre el deudor y el prestamista, siempre que se tome el dinero en escritura pública, se haga constar tal propósito y se exprese en la carta de pago la procedencia de los recursos, exigencias algo problemáticas -aunque no imposibles, por supuesto- en situación de concurso al precisar de la concurrencia de la administración concursal.

La legal, o ex parte creditoris, solo cabe sólo cuando la ley no ha establecido de forma expresa la subrogación, en concreto en el supuesto del pago realizado por un tercero no interesado sin la aprobación del deudor o ignorándolo éste <sup>26</sup>. En este orden de cosas, la subrogación ex parte creditoris vendría a ser una cesión del crédito, ciertamente de limitada autonomía en el deudor concursado, presentándose algunas dudas sobre su admisión por cauce del artículo 176.1.3 LC.

<sup>26</sup> ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, op. cit., págs. 285 y ss.; Díez-PICAZO, Luis, Fundamentos del Derecho civil patrimonial, Madrid 1970, t. I, págs. 800 y ss.; LACRUZ BERDEJO, J.L., Elementos de Derecho civil, Barcelona, 1977, t. II, págs. 145 y ss.; y HERNÁNDEZ GIL, Antonio, Derecho de obligaciones, Madrid 1960, t. I, págs. 289 y ss.

<sup>26</sup> ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, op. cit., págs. 285 y ss.; Díez-PICAZO, Luis, Fundamentos del Derecho civil patrimonial, Madrid 1970, t. I, págs. 800 y ss.; LACRUZ BERDEJO, J.L., Elementos de Derecho civil, Barcelona, 1977, t. II, págs. 145 y ss.; y HERNÁNDEZ GIL, Antonio, Derecho de obligaciones, Madrid 1960, t. I, págs. 289 y ss.

#### **b- La dación en pago**

La dación en pago como forma de conclusión del concurso a través del desistimiento impropio, es un acto en virtud del cual el deudor entrega al acreedor, y ambos lo aceptan voluntariamente, una cosa diferente a la convenida. De ello se deduce que puede haber dación en pago no sólo entregando la cosa, sino un derecho o un crédito contra un tercero. En este caso la cesión del crédito que el concursado efectuase como dación en pago es la conocida *cessio in solutum*, extinguiéndose la deuda inmediatamente a los efectos de comprobar la íntegra satisfacción del acreedor que ordena el artículo 176.1.3 LC. Lo que no tendría lugar, a nuestro criterio en el supuesto de la *cessio pro solvendo* o *cessio solvendi causa*, porque aquí no tiene lugar la extinción del crédito hasta en tanto se satisface efectivamente la obligación.

#### **c- Pago por cesión de bienes fuera del proceso concursal**

La cesión de bienes resulta expresamente prohibida por la Ley Concursal, pero únicamente en el ámbito del convenio, anticipado o común, siendo admisible en el supuesto de satisfacción extraprocésal «por cualquier otro medio».

La dación de bienes para pago no es algo ajeno a la práctica concursal, si bien no se realiza evidentemente con efectos universales sino singulares. La dación de bienes para pago a que nos referimos es el acto por el cual el deudor hace entrega de su patrimonio a los acreedores para que éstos apliquen su importe a la satisfacción de sus créditos. De ello inferimos que, en el caso de conclusión del concurso por desistimiento impropio, el concursado pone a disposición de los acreedores los bienes sin transmitir la propiedad de los mismos, con el fin de que se proceda a su venta y se paguen los créditos; es una especie de entrega de la posesión y administración del patrimonio y les confiere, al mismo tiempo, un mandato de venta. Pero esta dación, para que produzca los efectos conclusivos del concurso, debe ser suficiente para cubrir la totalidad de los créditos reconocidos.

#### **4- El verdadero derecho de disposición del proceso en sede concursal**

En la legislación anterior no había dudas acerca de la posibilidad del desistimiento del deudor concursado <sup>27</sup>, si bien no estaba contemplado de forma expresa en la ley; la referencia más directa se encuentra en la conocida [circular de la Fiscalía General del Estado 1/1995, de 6 de abril \( RCL 1996, 1143 \)](#), dictada en aplicación de la [Ley de 26 de julio de 1922 \( LEG 1922, 70 \)](#) de Suspensión de Pagos, con el límite temporal de su solicitud antes de la inauguración de la pieza de responsabilidad y de la posibilidad de intervención de los interesados siguiendo la línea dogmática consolidada entonces por la jurisprudencia <sup>28</sup>.

<sup>27</sup> Cfr. BURUAGA PUERTAS, Vicente, La calificación de las insolvencias, Madrid, 2005, pág. 185.

<sup>27</sup> Cfr. BURUAGA PUERTAS, Vicente, La calificación de las insolvencias, Madrid, 2005, pág. 185.

<sup>28</sup> La conclusión 4ª c) de la circular dice así: «Aun cuando no esté previsto en la Ley el desistimiento a iniciativa del suspenso, hay que partir de su admisibilidad dado el carácter voluntario y de privilegio procesal de la suspensión de pagos, pero con límites de distinta naturaleza; por virtud de los temporales, el ejercicio de la facultad ha de ser anterior a la iniciación de la pieza de responsabilidad, y por razón de los límites formales sus efectos no son automáticos, sino que es exigible la comunicación del acto unilateral del desistimiento a las demás partes para que tengan la oportunidad de solicitar la continuación del procedimiento». Recomendaciones que, por lo demás, vemos que coinciden con la doctrina jurisprudencial del desistimiento y aplicables *mutatis mutandis* al concurso de acreedores.



En la legislación vigente —y fuera de los supuestos antes estudiados— el genuino desistimiento es el que resulta del ejercicio del derecho de disposición a través de los cauces del artículo 176.1.5 LC, es decir, posibilidad de que el deudor concursado desista en cualquier estado del procedimiento, siempre que haya concluido la fase común; su posibilidad no admite duda tanto por la dicción literal del precepto como por su mención específica en la Exposición de Motivos a que antes nos hemos referido.

Es inaceptable, por consiguiente, el desistimiento antes de la presentación del informe de la administración concursal -y por ende antes de que transcurran dos meses desde la aceptación del cargo por los administradores, de acuerdo con el artículo 74 LC-. La razón es obvia: antes de evaluar la oportunidad del desistimiento y de dar voz a los acreedores, debe cuantificarse la masa activa del concurso, a través de la formación del inventario, y conocer la estructura de la masa pasiva y la identidad de los acreedores. Ambos aspectos constituyen el contenido básico del informe de la administración concursal y sin ellos no le es posible al juez acordar sobre la procedencia o no del desistimiento.

Comunicados los créditos por los acreedores y formado el inventario de los bienes y derechos -artículos 82 y 85 LC- quedará configurado el informe mediante el cual los acreedores habrán de disponer de suficiente información sobre la masa activa -salvo las acciones de reintegración que se puedan plantear- y pasiva; por tanto, conociéndose con exactitud su composición se puede entrar a examinar el eventual desistimiento solicitado por el concursado.

El artículo 176.1.5 LC establece una dicotomía que puede inducir a cierta confusión si el precepto no se estudia en su debido contexto: nos referimos a la expresión de que el concurso concluirá cuando sea firme la resolución que acepte el desistimiento o la renuncia de la totalidad de los acreedores reconocidos. Una lectura apresurada de este precepto puede conducirnos a una interpretación incorrecta, como la de que es necesario, en cualquier caso, la renuncia de la totalidad de los acreedores reconocidos para admitir el desistimiento, involucrando los efectos y requisitos de este acto procesal con los propios de la institución de la renuncia a la acción.

Finalmente, el iter procesal a seguir en los subapartados 3, 4 y 5 del apartado 1 del artículo 176 LC es el que sigue: la conclusión del concurso se acordará mediante auto y previo informe de la administración concursal, que será puesto de manifiesto a los interesados por el plazo de quince días para que sea examinado por todos los que estén personados en el concurso, a tenor de lo que dispone el artículo 176.2 LC. Si en el plazo de audiencia concedido a las partes se formula oposición a la conclusión del concurso, el juez debe sustanciarla, conforme al artículo 176.5 LC, por los trámites del incidente concursal. Y si no hay oposición se dictará auto acordando la finalización del proceso concursal. Como se puede observar, la influencia del armazón dogmática construido por la jurisprudencia anterior a la LEC y a la LC es evidente.

El informe de la administración concursal debe, finalmente, en caso de desistimiento, incluir la rendición de cuentas que exige el artículo 181 LC; en ella ha de justificarse el uso que se ha hecho de las facultades de administración y disposición conferidas e informar del resultado y saldo final de las operaciones realizadas. A la postre, se trata de solemnizar la exigencia del artículo 176.1.3 LC, acerca de si el patrimonio del concursado ha permitido sufragar todos los créditos o, en su caso, se ha satisfecho a los acreedores por cualquier otro medio.

#### **5- La renuncia de los acreedores**

Debemos interrogarnos sobre qué se entiende en sede concursal por renuncia de la totalidad de los acreedores, y, en cualquier caso, a qué clase de renuncia se refiere. Parece evidente que la renuncia no puede referirse a la renuncia del derecho ínsito en el crédito que ostenta el acreedor, porque la terminación del proceso concursal implica el cumplimiento de la obligación por el deudor —mediante pago, consignación, convenio o transacción—, o la liquidación de sus bienes con los que hacer frente al reparto de las pérdidas bajo el principio de la par conditio creditorum.

Por el contrario, estimamos que el subapartado 5 del artículo 176.1 LEC se refiere a la renuncia de los acreedores a seguir con el trámite procesal del concurso para la satisfacción de su crédito; en definitiva, la renuncia a formar parte de esta comunidad de pérdidas que representa cualquier procedimiento de insolvencia, más allá de las fundadas expectativas de la recuperación íntegra de los créditos. El acreedor que manifiesta en el concurso su renuncia -entiéndase: al amparo del artículo 176.1.5 LEC- no abdica de ninguna manera a su derecho material sino que renuncia a formar parte de aquella comunidad de pérdidas permaneciendo indemne su derecho de crédito.

### **VII- Conclusion**

A partir de lo expuesto podemos entresacar una serie de conclusiones para orientarnos la problemática que plantea el desistimiento en el concurso de acreedores. La primera y más evidente es que las lagunas de la ley especial deben suplirse con la [LEC \( RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) y el armazón dogmático jurisprudencial anterior a su promulgación, lo que nos lleva a afirmar - y no es poco- que el desistimiento del deudor concursado es posible si se confiere a los acreedores la posibilidad de que manifiesten su opinión al respecto, porque en definitiva será el juez del concurso quien resuelva adecuadamente. También es posible lo que denominamos desistimiento impropio -pago, consignación o satisfacción que no puede proceder, directa o indirectamente, de nadie que no sea el propio deudor-.

Otro dato a retener es que no puede activarse el mecanismo del desistimiento si no está confeccionada -y libre de impugnaciones- la lista de acreedores elaborada por la administración concursal; ni debe el desistimiento, por supuesto, vulnerar intereses legítimamente protegidos o normas de derecho impositivo o ius cogens en virtud de la protección de los derechos de carácter público y general que tutela el concurso.

Por fin, creemos que esta nota de orden público no debe enturbiar el libre ejercicio de la capacidad de disposición del proceso por parte del deudor -reconocido expresamente por la [Ley Concursal \( RCL 2003, 1748\)](#) -. El concurso de acreedores, con apuntar a fines de superior consideración colectiva, no puede constituir una especie de condena civil del deudor y entorpecer el levantamiento del concurso si existen vías alternativas de satisfacción a los acreedores, más allá del convenio y, obviamente, lejos de la liquidación. Porque la finalidad del concurso no es ni el convenio ni la liquidación de los activos, sino la satisfacción de los acreedores; el pacto de éstos con el deudor es el modo normal o razonable de concluir el concurso, y la liquidación el mal menor. Pero ambos ceden ante los acreedores satisfechos y convidados a manifestar su opinión en el seno del concurso.