

# APDC

Asociación de Profesores de Derecho Civil

# Aspectos civiles de derecho concursal

XIV JORNADAS DE LA ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL



EDICIONES DE LA UNIVERSIDAD DE MURCIA







**ASPECTOS CIVILES  
DE DERECHO CONCURSAL**

**XIV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil**



**ASPECTOS CIVILES  
DE DERECHO CONCURSAL**

**XIV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil**

SERVICIO DE PUBLICACIONES  
UNIVERSIDAD DE MURCIA  
2009

---

Asociación de Profesores de Derecho Civil. Jornadas (14ª. 2009. Valencia)  
XIV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil .- Murcia : Universidad  
de Murcia, Servicio de Publicaciones, 2009

291 p.

ISBN: 978-84-8371-931-2

1. Derecho civil-Congresos y asambleas. 2. Derecho concursal-Congresos y asambleas. I. Universidad de Murcia. Servicio de Publicaciones. II. Éditum (Ediciones de la Universidad de Murcia). III. Título

347 (063)

347.736 (063)

---

1ª Edición, 2009

Reservados todos los derechos. De acuerdo con la legislación vigente, y bajo las sanciones en ella previstas, queda totalmente prohibida la reproducción y/o trasmisión parcial o total de este libro, por procedimientos mecánicos o electrónicos, incluyendo fotocopia, grabación magnética, óptica o cualesquiera otros procedimientos que la técnica permita o pueda permitir en el futuro, sin la expresa autorización por escrito de los propietarios del copyright.

© Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, 2009



ISBN: 978-84-8371-931-2

Depósito Legal: MU-2.832-2009

*Impreso en España – Printed in Spain*

Imprime: F.G. GRAF S.L.  
fggraf@gmail.com



## ÍNDICE GENERAL

PRESENTACIÓN.....	9
-------------------	---

### PONENCIAS

EFICACIA E INEFICACIA DE LOS CONTRATOS EN EL CONCURSO DEL DEUDOR <i>Encarna Roca Trías</i> .....	13
PRESUPUESTO SUBJETIVO DEL CONCURSO DE ACREEDORES <i>M<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán</i> .....	67

### COMUNICACIONES

LA ACCIÓN DIRECTA <i>EX ART:</i> 1597 CC Y EL CONCURSO DEL CONTRATISTA <i>Antonio Monserrat Valero</i> .....	197
LA RESOLUCIÓN POR IMPAGO DEL PRECIO DE LA COMPRAVENTA INMOBILIARIA EN EL CONCURSO DEL COMPRADOR <i>Manuel Espejo Lerdo de Tejada</i> .....	221

CONCURSO DEL EMPRESARIO Y ARBITRAJE DE CONSUMO <i>Manuel Jesús Marín López</i> .....	235
ALGUNAS DEFICIENCIAS DE LA LEY CONCURSAL ANTE LA INSOLVENCIA DE LA PERSONA FÍSICA <i>Matilde Cuenca Casas</i> .....	267

## PRESENTACIÓN

La Universidad de Valencia fue el escenario en el que se celebraron, los días 11 a 13 de junio de 2009, las XIV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil. El aspecto científico de la reunión valenciana se concretó, de acuerdo a lo que se había propuesto en la anterior Asamblea General celebrada en octubre de 2007 en Salamanca, en el desarrollo de dos ponencias sobre temas que giraron en torno a algunos aspectos con relevancia civil de la Ley Concursal.

En la primera ponencia, titulada *Eficacia e ineficacia de los contratos en el concurso del deudor*, la Dra. D.<sup>a</sup> Encarnación Roca i Trias, Catedrática de Derecho Civil en la Universidad de Barcelona y Magistrada del la Sala 1<sup>a</sup> del Tribunal Supremo, realiza un recorrido sobre algunos de los problemas que se plantean en la Ley Concursal acerca del mantenimiento de los contratos del deudor concursado. Se centra el estudio en las dificultades de aplicación de la regla del mantenimiento de los contratos con obligaciones recíprocas, y finaliza con la exposición de unas conclusiones precisas en las que se señalan los posibles criterios de solución a los problemas planteados.

En la segunda ponencia, titulada *Presupuesto subjetivo del concurso de acreedores*, la Dra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán, Catedrática de Derecho Civil en la Universidad de Zaragoza, se ocupa de los distintos problemas que se plantean en el concurso, según cuál sea el sujeto afectado por la situación concursal. Entre ellos cabe destacar los que se suscitan por las omisiones de la Ley en relación a ciertas personas físicas, como menores e incapaces, y

a la posibilidad de declarar en concurso a las sociedades irregulares y a las masas patrimoniales que actúan con autonomía en el tráfico.

Junto a las ponencias se debatieron las comunicaciones presentadas por la Dra. D.<sup>a</sup> Matilde Cuenca Casas, examinando las deficiencias de la Ley en el supuesto de concurso de la persona física; por el Dr. D. Manuel Espejo Lerdo de Tejada, reflexionando sobre la resolución por impago del precio de la compraventa inmobiliaria en el marco del concurso del comprador; por el Dr. D. Manuel Jesús Marín López, sobre el arbitraje y el concurso del empresario; y, finalmente, por el Dr. D. Antonio Montserrat Valero, acerca de la acción directa ex art. 1597 CC y el concurso del contratista.

En la publicación que ahora presentamos se recogen, siguiendo los últimos precedentes, no sólo las ponencias sino también las contribuciones de aquellos miembros de la Asociación que quisieron participar con su aportación escrita a la reflexión y debate sobre los temas de las Jornadas.

Para finalizar, queremos dejar constancia de nuestro agradecimiento a los compañeros del Departamento de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, pues, gracias a su esfuerzo y dedicación, las Jornadas tuvieron un desarrollo tan satisfactoriamente apreciado por los miembros de la Asociación que asistimos a ellas.

Pero, además, en esta ocasión en la que en la preceptiva Asamblea fuimos elegidos como nueva Junta Directiva de la Asociación, ni podemos ni queremos obviar la expresión de nuestro reconocimiento a la magnífica labor desarrollada en su mandato por parte de la Junta Directiva saliente, presidida por nuestro compañero Dr. D. Antonio Reverte Navarro, a la que, también, ha de atribuirse el mérito de esta publicación y de la organización científica de las Jornadas de las que trae causa.

*Junta Directiva de la Asociación de  
Profesores de Derecho Civil*

# **PONENCIAS**



# EFICACIA E INEFICACIA DE LOS CONTRATOS EN EL CONCURSO DEL DEUDOR\*

ENCARNA ROCA TRIAS  
Catedrática de Derecho Civil  
Magistrada del TS, Sala 1ª

*SUMARIO.* I. INTRODUCCIÓN. II. LOS PRINCIPIOS DE LA REGULACIÓN.— A) El principio de mantenimiento de los contratos con prestaciones recíprocas. B) El principio de flexibilidad en el ejercicio de las acciones resolutorias. III. LOS REQUISITOS PARA LA EFECTIVIDAD DE LA REGLA DEL MANTENIMIENTO: LOS CONTRATOS.— A) Los contratos que se mantienen a pesar del concurso. B) Que el contrato que se va a mantener se eficaz. IV. LOS REQUISITOS PARA LA EFECTIVIDAD DE LA REGLA DEL MANTENIMIENTO: EL CUMPLIMIENTO.— A) significado de la expresión «hubiera cumplido íntegramente» y el cumplimiento parcial. B) Los grupos de casos. V. LAS ACCIONES.— A) La acción de resolución en interés del concurso. B) Las acciones de resolución por incumplimiento. VI. Otras formas de ineficacia. VII. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

---

\* Agradezco al Profesor Dr. D. Angel Rojo las opiniones y comentarios efectuados a una primera versión de este trabajo.

## I. INTRODUCCIÓN

Después de la Ley 22/2003, el concurso de acreedores se ha convertido en un sistema universal de resolución de los problemas económicos que se plantean a los acreedores a partir de la insolvencia del deudor. Las normas civiles y mercantiles se han encontrado en un único campo de juego, unificando o por lo menos intentándolo, unas reglas que se habían convertido en un complejo difícil de gestionar y propicio a su utilización de forma abusiva de las soluciones arbitradas en la complicada legislación vigente hasta 2003. Además, la nueva ley ha pretendido dar una solución a determinados problemas que se planteaban en la anterior legislación, entre ellos el referido a la suerte de los contratos una vez producida la situación de insolvencia de uno de los contratantes. La nueva situación producida por la crisis económico-financiera de 2008 puede estar demostrando que la buena voluntad de una serie de teóricos del derecho no vaya a producir las ventajas buscadas con dicha ley, que contiene diversas soluciones, aunque algunas de ellas con poca aplicación en la práctica. Esta reflexión puede ser confirmada por 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*, que dedica todo el capítulo III a la modificación de la ley 22/2003, en definitiva, una parte importante del grueso de la norma. El elevado número de concursos producidos en 2008<sup>1</sup>, que continúa en 2009<sup>2</sup>, no permite otra cosa que la modificación de un procedimiento que quizá se adapte mejor a grandes situaciones de insolvencia, pero que deja de lado a los consumidores y que presenta muchas complicaciones en relación con las insolvencias de las pequeñas y medianas sociedades y de las personas individuales. Sin embargo, la ley ha proporcionado seguridad y uniformidad y a pesar de los problemas que se derivan de la

---

1 La evolución de los concursos presentados (considerando hasta la entrada de la nueva Ley concursal el dato de las quiebras y suspensiones de pagos) muestra un crecimiento continuado desde el cuarto trimestre de 2007, en el que el número de concursos presentados, 511, era un 59% superior al de igual trimestre de 2006, habiéndose alcanzado en el tercer trimestre de 2008 un brutal incremento del 244%. El número de concursos presentados en 2007 fue de 1.589, mientras que en el 2008 fueron 4813, lo que significa un aumento del 202,9% respecto del año anterior. Lo mismo puede decirse si el dato que se maneja es el de ejecuciones hipotecarias, que en 2007 fue de 25.943 y en 2008 fue de 58.686. Fuente: Consejo General del Poder judicial, estadística. <http://www.poderjudicial.es>. También en *La justicia dato a dato Año 2008*. Consejo General del Poder judicial, 2009, p. 59.

2 Según se prevé en una proyección efectuada en *Datos de la justicia. Boletín de información estadística*, Consejo General del Poder judicial, nº 15, 2008, pp 6 y 7. Se puede consultar en <http://www.poderjudicial.es>



redacción de las disposiciones que los regulan, se ha solventado el problema planteado con la anterior legislación relativo al mantenimiento de los contratos en situaciones de concurso.

Es evidente, sin embargo, que este no es lugar para lamentar que después de muchos años de diversas y complejas discusiones, el legislador haya efectuado unas opciones de política jurídica que en el banco de pruebas, pueden resultar menos eficaces de lo que en un inicio se pensó. Como buenos juristas debemos centrarnos en el estudio de las propuestas legislativas que se contienen en la ley Concursal 22/2003 y concretamente, las relativas a los efectos que la declaración de concurso van a tener en los contratos que estaban pendientes o existían en el momento de producirse la declaración de concurso. De este estudio, sin embargo, se van a excluir algunos aspectos también relacionados con el tema. Más en concreto, no se van a estudiar las repercusiones en los contratos laborales, de alta dirección ni en los concertados con las Administraciones públicas. Debe perdonarse esta exclusión por razón de la especialidad de quien firma este trabajo.

En un breve repaso a los antecedentes de la vigente Ley, hay que poner de relieve que la doctrina evidencia la poca atención que la atormentada de la legislación anterior dedicaba al mantenimiento de los contratos en las situaciones de insolvencia; así se afirmaba que «la declaración de quiebra no operaba automáticamente como causa de extinción contractual», lo que no significaba que el contratante *in bonis* estuviese obligado a realizar su prestación, sino que quedaba «facultado para suspenderla hasta que los síndicos cumplan la contraprestación debida por el quebrado o garanticen su cumplimiento», de modo que en el caso de que no se cumpliese, dicho contratante podía resolver el contrato en virtud de lo dispuesto en el art. 1124 CC<sup>3</sup>.

He calificado la normativa anterior como «atormentada», porque existían reglas diferentes en la quiebra y en la suspensión de pagos, al mismo tiempo que el concurso civil no se ocupaba de los contratos pendientes más allá de las reglas generales del Código civil relativas al fraude de acreedores y la resolución por incumplimiento. Por tanto, la posibilidad o no del mantenimiento del contrato sólo aparecía regulado de forma parcial en la normativa sobre la quiebra, es decir, en los artículos 908 y 909 Código de comercio. El conflicto de intereses entre el contratante *in bonis* y el contratante quebrado o suspenso

---

3 Cerdá-Sancho, (2000), 121; Sánchez Parra (2009), p. 402 Finez VER y García Villaverde VER.

se resolvía en el sentido de que el primero debía cumplir aquellos contratos que estaban pendientes a pesar de que la prestación a cargo del quebrado no se cumpliera en su totalidad, y a continuación debía insinuar su crédito contra la masa de la quiebra. Pero la regulación era bastante más compleja. Así se deduce de la argumentación utilizada por Fínez<sup>4</sup> cuando afirma que es pensamiento común entre la doctrina «que la quiebra no es causa de resolución de los contratos bilaterales», de modo que «el acreedor no puede modificar a su favor y en contra de la masa la situación jurídica de la cual era titular» y entre las razones que utiliza, recogiendo las de la doctrina al uso en referencia a la ley anterior y el derecho comparado, señala la indisponibilidad patrimonial y la *par condicio creditorum*, entre otras.

En la legislación además existían normas relativas a la extinción de los contratos personalísimos, sobre el contrato de sociedad civil (artículo 1700, 3 CC); el artículo 221.3 Código de comercio que establece la regla de acuerdo con la que «Las Compañías, de cualquier clase que sean, se disolverán totalmente por las causas que siguen: 3º La quiebra de la Compañía», norma que el artículo 222.3 Código de comercio extiende a las sociedades colectivas y en comandita. el de comisión (artículo 280 Código de comercio) y el mandato (artículo 1732,3º CC), al que debían unirse los de cuenta corriente<sup>5</sup>. Además, había reglas especiales para el contrato de agencia, según lo dispuesto en el art. 26.1,b LCA, que faculta para resolverlo; el seguro de daños (art. 37 LCS), los contratos con las administraciones públicas, etc.<sup>6</sup>.

Sin embargo, a los contratos no incluidos en alguna de las categorías mencionadas, se aplicaba la regla de acuerdo con la cual se facultaba a los síndicos para ocupar el lugar del quebrado en la parte correspondiente y los administradores de la quiebra podían continuar los pendientes de ejecución, salvo que la ley lo impidiera, lo que ocurría en los reseñados anteriormente. De acuerdo con ello, se podían plantear dos posibilidades: que los síndicos se subrogaran automáticamente en los contratos o bien que la produjera por efecto de la ley. En el primer caso, se requeriría que se tratase de i) contratos

---

4 Fínez (1992), 59.

5 Algunos autores cuestionan la regla de la extinción en todo caso en los contratos *intuitus personae*. Así, Fínez (1992), 155, justifica la extinción del contrato de mandato por quiebra del mandatario en esta relación de confianza, aunque pone de relieve que debe existir un tratamiento distinto ante la quiebra del mandante y la del mandatario, debido a la redacción del artículo 280 Código de comercio, que excluye que se extinga el contrato de comisión por inhabilitación del comisionista.

6 Cerdá-Sancho, (2000), 122-123.

traslativos de derechos reales; ii) contratos traslativos de derechos de goce y disfrute sobre un bien, oponibles a terceros, o iii) contratos de duración.<sup>7</sup>

Los diversos proyectos de leyes concursales incluyeron propuestas relativas a la solución del casuismo que se derivaba de la legislación anterior. Así, los diferentes anteproyectos de Ley Concursal, empezando por el de 1959, dedicaron una especial atención a los problemas que presentaba la supervivencia de los contratos en las situaciones de quiebra y suspensión de pagos, siempre sobre la base de que se tratase de contratos con prestaciones recíprocas que no hubiesen sido íntegramente cumplidos<sup>8</sup>. Es por ello que la Exposición de motivos de la Ley 22/2003 justifica las razones de la regulación de los efectos en los contratos cuando sucede de la declaración de concurso. Dice que «Objeto de especial atención ha sido también la regulación de los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos, una de las materias más deficientemente tratadas en el anterior derecho y, por tanto, de mayor originalidad en la nueva Ley. Conforme a ésta, la declaración de concurso no afecta, en principio, a la vigencia de los contratos con prestaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes; no obstante, en interés del concurso y con garantías para el derecho de la contraparte, se prevé tanto la posibilidad de una declaración judicial de resolución del contrato como la de enervarla en caso de que exista causa para una resolución por incumplimiento. No se admiten las cláusulas contractuales de resolución o extinción en caso de declaración de concurso, pero sí la aplicación de normas legales que dispongan la extinción o expresamente faculden a las partes para pactarla o para denunciar el contrato». Así se explicará de alguna manera la regulación

---

7 Fínez (1992), 137.

8 Tomo el presente resumen de la obra de Martínez Flórez, p. 1118-1119. El Anteproyecto de 1959 concedía al órgano de administración del concurso el plazo de un mes para decidir si continuaba el contrato u optaba por la resolución; el Anteproyecto de Ley concursal de 1985 se ocupaba de tres cuestiones: en primer lugar, respecto de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes, el deudor podía con intervención del síndico o solo, optar por la resolución o la ejecución; la resolución se entendía producida automáticamente cuando transcurría el plazo fijado para la insinuación de los créditos sin que el concursado o el síndico se hubieran pronunciado. Se añadía que la deuda generada por la opción de cumplir el contrato debía considerarse deuda de la masa. Se establecía también que los contratos de mandato, comisión, agencia concesión u otros análogos no se resolvían automáticamente por la declaración de concurso, salvo pacto expreso. La propuesta de Anteproyecto de 1995 se refería a los contratos pendientes de ejecución, que los síndicos o el deudor podían resolver antes de acabar el plazo para la presentación de los créditos, pudiendo dentro de este plazo requerir la parte *in bonis* para que manifestaran el deudor, los síndicos o los interventores si se iba o no a cumplir el contrato pendiente. Se establecía asimismo la nulidad de las cláusulas que establecieran la resolución automática por la declaración del concurso o la insolvencia de una de las partes.

que se contiene en los arts. 61, 62, 63, 67, 68 y 69 LC. Se deben añadir los efectos sobre los contratos laborales<sup>9</sup>, los convenios colectivos y los contratos con personal de alta dirección, regulados en los arts 64, 66 y 65 LC. Y también, la cuestión relativa a la enervación de la acción de desahucio en el arrendamiento, regulada en el art. 70 LC.

Como he dicho al principio, sólo se van a estudiar en este trabajo los problemas generales que se plantean en los arts 61 y ss LC y no se van a tratar las cuestiones relativas a los contratos laborales, ni al arrendamiento. Debe recordarse también que la Ley concursal contiene otras normas relacionadas con el propósito de mantener la vigencia de ciertos contratos a pesar de la declaración de concurso. Así, como mecanismo de mantenimiento se puede hablar de la rehabilitación del contrato a instancias de la administración concursal, en una regulación contenida en los arts 68 y 69 LC, que tiene como finalidad buscar un equilibrio entre el interés del concursado y la satisfacción de los intereses de los acreedores del concurso. Otro problema se va a plantear en relación a la propia rehabilitación de los contratos de adquisición de bienes con precio aplazado (art. 69 LC) y la enervación del desahucio en los arrendamientos (art. 70), pero todas estas cuestiones especiales no se van a tratar aquí, ya que me voy a ocupar únicamente de las normas generales contenidas en los arts 61, 62 y 63 LC.

Como puede comprobarse, el trato de los problemas relacionados con los efectos que el concurso va a producir en los contratos vigentes en el momento de la declaración de concurso es mucho más complejo que lo que se puede deducir de las reglas de los artículos que se van a comentar y estudiar, pero necesariamente debo limitar mi intervención al estudio de las reglas generales, por exceder con mucho las demás cuestiones de un trabajo del tipo que aquí se presenta. Y porque, además y sin que ello sirva de excusa, las reglas generales son las contenidas en los artículos donde se plantea el tema y los demás constituyen en realidad la aplicación de dichas reglas.

---

9 Sobre el tema, ver Desdentado Bonete– Muria Orellana. *Los trabajadores ante el concurso: una guía práctica para laboristas*. Albacete. Bomarzo, 2007.

## II. LOS PRINCIPIOS DE LA REGULACIÓN

Las cuestiones técnicas en torno al mantenimiento de los contratos a pesar de la declaración de concurso ha dejado de ser, en la ley 22/2003, tan casuístico como en la anterior legislación, aunque esta afirmación pueda parecer una declaración de buena voluntad, más que una realidad. Para enfocar el tema y antes de entrar a plantear los problemas que genera la interpretación de los arts 61 y 62 LC en especial, deben estudiarse los principios en que se fundamenta toda la regulación.

*A) El principio del mantenimiento de los contratos con obligaciones recíprocas.* El primer principio contenido en el art. 61 LC es el del mantenimiento de los contratos. Este principio es real y efectivo, porque el art. 61.2 LC declara, de forma rotunda que, «la declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado, como de la otra parte». Cómo vaya a organizarse luego esta norma es lo que regulan los arts 61 y siguientes. Y esta realidad se demuestra incluso en la lectura del art. 62 LC, porque al regular la acción de resolución por incumplimiento, está partiendo del mantenimiento del contrato, ya que de lo contrario, se hubiera propuesto otra resolución distinta.

La norma contenida en el art. 61.2 LC tiene naturaleza imperativa y ello se demuestra por la prohibición contenida en el tercer párrafo de dicho artículo, que impide las cláusulas que concedan a cualquiera de las partes la facultad de resolución o la extinción automática del contrato cuando se produzca la declaración de concurso de cualquiera de ellas<sup>10</sup>.

Esta regla requiere que se trate de contratos pendientes de cumplimiento y con obligaciones recíprocas, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 61. Las cuestiones relacionadas con los incumplimientos posteriores o incluso anteriores al concurso constituyen aspectos distintos que se va a estudiar de forma independiente. Sin embargo, esta regla tiene una excepción, cuando sea conveniente no seguir con el contrato en aplicación del denominado «interés del concurso». De aquí que la resolución es la excepción y no la regla.

---

<sup>10</sup> Sobre cláusulas de resolución ver Martínez Flórez. (2000), 1158, ss; Gómez Mendoza, (2004a), 1155; Valpuesta Gastaminza (2004), 482 y García Vicente (2004), 404.

B) *El principio de la flexibilidad para el ejercicio de las acciones resolutorias*. El interés del concurso, sin embargo, permite el ejercicio de determinadas acciones, concretamente las resolutorias cuando ello sea conveniente para conseguir las finalidades perseguidas por la Ley concursal, aunque puede cuestionarse que la resolución del contrato solo se permita en la Ley concursal para obtener finalidades concursales; pero como antes ya se ha dicho, incluso en este caso se parte del principio del mantenimiento de los contratos, lo que además, permitirá apartar del concurso aquellas operaciones financieras que se realicen en el marco de un acuerdo de compensación contractual, también denominados *netting* (ver disposición adicional 2ª LC).

A pesar del diseño de principios generales en que se basan las normas que se van a exponer, y aun con la pretensión de incluir una regla general en la regulación de los contratos en situaciones de crisis, las soluciones pueden resultar muy casuísticas, porque su aplicación a las diferentes situaciones y tipos de contratos que se pueden presentar en un concurso, produce una gran riqueza en la problemática y a su vez dificulta la interpretación de los arts 61 y 62 LC. Así Gómez Mendoza si bien pone de relieve los inconvenientes de la regla del mantenimiento<sup>11</sup>, se refiere también a las ventajas de mantener la vigencia de los contratos a pesar del concurso, que centra en que desde el punto de vista económico, «cuanto mayores sean los poderes para mantener o rescindir contratos en supuestos de insolvencia tanto mayor será el costo y menor la disponibilidad del crédito financiero», lo que se obvia «con la pervivencia de los contratos y haciendo predecibles las prestaciones a que está obligado el concursado, lo que significa que se minimiza el daño para la parte *in bonis*»; así como que si se deben o no garantizar las prestaciones debidas.

En definitiva, el principio básico consiste en que el contrato no va a sufrir ninguna influencia por la existencia de un concurso y así se proporciona

---

11 Gómez Mendoza (2004a), 1152-1153, señala como inconvenientes que en muchos casos no será ventajoso el contrato que suponga una rémora para la masa. Además, la regla no afecta solo a los contratos afectos al tráfico profesional, porque «todos los contratos se mantienen, incluso aquellos que guardan relación con la persona misma del deudor y que tendría sentido que éste asumiera con cargo a sus ingresos o a los alimentos que se le asignaran (contratos de alquiler de vivienda, de suministro de energía eléctrica, gas, teléfono, productos alimenticios, etc.). Y se puede llegar al absurdo de que la masa corra con las primas de un seguro de vida del deudor en beneficio de tercera persona». Señala dicha autora que «en otras legislaciones, la opción de la administración resuelve el problema y, además, se suele considerar que en tales contratos, por definición, no se subroga la masa sino que continúan con el propio deudor»

seguridad al contratante *in bonis*, que sabe que se continúa la vigencia y la ejecución del contrato en los términos pactados y su crédito será una deuda de la masa.

Los requisitos para que se aplique la regla del mantenimiento, según disponen los artículos 61 y 61 LC van a ser: a) que se trate de un contrato con obligaciones recíprocas; b) que el contrato sea eficaz y esté vigente y c) que se haya cumplido.

### III. LOS PRESUPUESTOS PARA LA EFECTIVIDAD DE LA REGLA DE MANTENIMIENTO: LOS CONTRATOS

*A) Contratos que se mantienen a pesar del concurso.* A pesar de la generalidad y de la abstracción con que aparece redactada la norma, el intérprete tropieza con la gran dificultad de la sistematización, tanto del tipo de contratos que quedan afectados por esta norma, como, dentro de los contratos, la determinación de las reglas generales y las reglas específicas contenidas en los arts 67, 68 y 69 LC. Debe estudiarse en primer lugar, el tipo de contratos a los que va a aplicarse esta normativa.

Como regla general hay que partir de que la norma del mantenimiento se aplicará a aquellos contratos que quedan incluidos en los Arts. 61 y 62 LC, que debe ser completada por lo dispuesto en el art. 63 LC<sup>12</sup>. Por tanto, de acuerdo con estas normas, se incluirán los siguientes tipos:

- 1º *Deben ser contratos con prestaciones recíprocas* (Art. 61.1 LC). Esta regla se deduce de lo que dispone el art. 61.1 LC, que establece el mantenimiento de aquellos con obligaciones recíprocas en los que una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra estuviere aun pendiente del cumplimiento, total o parcial, de las mismas. Después se examinará la problemática que se plantea en torno al incumplimiento de estos contratos, pero baste decir aquí

---

12 La sentencia del Juzgado Mercantil nº1 de Madrid, de 15/4/2005 dice que «el art. 62.1 LC hace referencia al incumplimiento que faculta el ejercicio de la acción resolutoria en los contratos *con obligaciones recíprocas de tracto único*. En tales casos, el incumplimiento que permite obtener la resolución contractual debe ser posterior a la declaración del concurso, esto es, un incumplimiento producido en un momento en el que las facultades del concursado se encuentran, al menos, intervenidas, y por ello, en el que ha tenido alguna incidencia la actuación de la administración concursal [...]». (Gómez Martín, [2007], 421).

que el planteamiento de la ley es perfectamente lógico, porque si las obligaciones pactadas se hubieran cumplido, no se debe aplicar el principio de conservación del contrato mantenido en esta disposición, porque ya no se encuentra pendiente de cumplimiento.

Las obligaciones creadas por el contrato han de ser interdependientes y sinalagmáticas, es decir, deben corresponder al esquema del art. 1124 CC. Por ello, hay que considerar incluidos los contratos de compraventa, arrendamiento, urbano y rústico, con la especialidad de la regla contenida en el art. 70 LC., de servicios o de obra, aunque con algunas matizaciones, los de permuta, suministro, etc. y todos aquellos que por sus características, incluyan obligaciones recíprocas, tanto si se trata de contratos típicos, como atípicos.

- La doctrina se ha planteado algunas cuestiones en relación al *contrato de compraventa*. Así se afirma que «si el vendedor ya había cumplido con sus obligaciones y sólo el comprador estaba pendiente de cumplimiento total o parcialmente, el crédito del vendedor por el precio se incluirá en la masa pasiva del concurso», por lo que debe ser comunicado para ser cobrado en moneda concursal, quedándole impedido del vendedor la resolución del contrato, tanto si éste fue anterior como posterior al concurso<sup>13</sup>, porque el contratante *in bonis* que «ha cumplido íntegramente con sus obligaciones ha de concurrir con los demás acreedores en el proceso concursal, sometándose a las vicisitudes de éste con arreglo a la clasificación de su crédito». Sin embargo, se pone de relieve que una parte de la doctrina no ve por qué el contratante cumplidor no pueda ejercitar la acción resolutoria<sup>14</sup> en este contrato. Realmente el régimen que se defiende, solo sería aplicable cuando no se ha producido un incumplimiento posterior al concurso. Es cierto que el vendedor que ha cumplido se encuentra en la situación prevista en el art. 61.1 LC, lo que no permite aun al contratante *in bonis* pedir la resolución por incumplimiento, porque éste no se ha producido, de modo que sólo estará facultado para pedir el cumplimiento y su crédito se incluirá en la masa pasiva, tal como establece el citado

---

13 Clemente (2007), 205.

14 Clemente (2007), nota 2 pág. 205.



art. 61.1 LC. Otra cosa será que la compraventa se incumpla definitivamente en un momento posterior a la declaración del concurso, en cuyo caso, deberá aplicarse lo dispuesto en el art. 62.1 LC. Este es uno de los problemas que presenta el sistema de resolución de los contratos en la vigente Ley concursal; la doctrina que se opone a la aplicación del art. 61.1 LC parte de una base indiscutible, aunque no insuperable: la compraventa ha transmitido la propiedad, si ha concurrido título y modo y de ahí que se piense que al hallarse en la masa activa del deudor concursado, sirve como garantía de los demás acreedores. Por ello se tiende a concluir que el contrato de compraventa cuando el vendedor *in bonis* ha cumplido entregando la cosa vendida, no va a regirse por el sistema de la Ley concursal y que el acreedor solo puede cobrar con dinero concursal<sup>15</sup>. Otra cuestión relacio-

---

15 En el mismo sentido, Blasco (2009), 15 ss cita el auto del Juzgado Mercantil núm. 1 de Bilbao, 1 de septiembre de 2005, que tenía por objeto la compraventa de unas cabezas de ganado, entregadas y no cobradas. Según Blasco, Ganados Monfer, S. L. mantiene su derecho ex art. 1.124 C.C. a resolver el contrato por cuanto ha cumplido con su obligación, mientras que la compradora (ahora concursada) se halla en situación de incumplimiento. Sin embargo, el magistrado entiende que «la Ley Concursal ha establecido un régimen específico, que es además sustento del propio proceso concursal, que no autoriza a una pretensión semejante. El art. 61 al disciplinar la «vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», establece en su apartado primero que en los casos en que una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviera pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas, el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o pasiva del concurso. Esto sucede precisamente en este supuesto, en el que Ganados Monfer, SL ha satisfecho en su totalidad la prestación, y ante el incumplimiento de la concursada, intentó antes de la declaración del concurso hacer efectivo el precio, que era la contraprestación, acudiendo al Juzgado de 1ª Instancia de Cistierna a tratar de hacer eficaz los títulos cambiarios que se le habían entregado para pago. Al aplicar esta regla el efecto que se produce es que Ganados Monfer, SL se convierte en un acreedor más de los que integran la masa pasiva del concurso, y tendrá el mismo trato que los demás sin perjuicio de la calificación concursal de su crédito. El promotor del incidente pretende no obstante la resolución en base a lo disciplinado en el art. 61.2, que expresamente declara que «la declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte». Su pretensión choca, sin embargo, con el relato que hace en la demanda, porque no hay obligaciones recíprocas pendientes a cargo tanto del concursado como por su parte. En este caso sólo hay prestaciones pendientes de cumplimiento por la concursada, que ha de abonar el precio. El sistema que dispone el art. 61-2, disciplina la situación en la que se sitúan los contratos que, en el momento de la declaración de concurso, están pendiente de cumplimiento por ambas partes. En el número primero se recoge una situación usual, que es la de aquéllos contratos en que el contratante ha satisfecho íntegramente su obligación y está pendiente el cumplimiento por la otra. En el número segundo, la situación también habitual de que al declararse el concurso

nada con el contrato de compraventa se presenta en los casos en que el pago del precio se ha garantizado con una condición resolutoria y se halla inscrita en el Registro de la propiedad; en este caso, el art. 56.1, 2 LC no faculta al acreedor para ejercitar la acción por incumplimiento de forma separada<sup>16</sup>.

- La doctrina se ha planteado algunas dudas con relación a determinados contratos en los que la obligación se genera únicamente para una de las partes, como ocurre con el *contrato de préstamo*<sup>17</sup>. Algunos entienden que deben quedar fuera del principio de conservación por tratarse de obligaciones no recíprocas, al ser contratos reales que genera sólo la obligación de devolver, aunque también generan normalmente la de pagar los intereses, pero ambas obligaciones van a cargo del deudor. Pienso que este planteamiento es aceptable, por tratarse de contratos con prestaciones no recíprocas, aunque no comparto la extensión del argumento a contratos como el depósito remunerado.<sup>18</sup> Esta es la conclusión a la que llega la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Secc. 15<sup>a</sup>) de 1 de junio de 2006:

«TERCERO El crédito del Ministerio de Ciencia y Tecnología.– El crédito que ostentaba el Ministerio de Ciencia y Tecnología frente a Tracoinsa Asturias, SL deriva de un contrato de préstamo de dinero, según ha sido reconocido por las partes. El contrato de préstamo o mutuo, se configura en el Código civil, como un contrato real, por el cual una de las partes –prestamista– entrega a la otra –prestataria– una determinada

---

no hay un contratante in bonis, porque hay prestaciones pendientes de ambas partes, razón por la que el precepto dice «tanto a cargo del concursado como de la otra parte». Ganados Monfer, SL ha satisfecho completamente su obligación, que era la de entregar casi mil cabezas de ganado, antes de declararse el concurso. Energía Viva, SA en liquidación tiene pendiente satisfacer el precio, porque las cambiales entregadas no fueron hechas efectivas y ello determinó el inicio de un procedimiento judicial luego detenido como consecuencia de la situación de concurso. No es de aplicación, por lo tanto, el art. 61.2 de la LC.»

16 Clemente (2004), 223 y 224.

17 Martínez Flórez, (2004), 1122.

18 Por tanto estarían excluidos los contratos reales en tanto que generan obligaciones únicamente para una de las partes, no por su naturaleza jurídica de tales. Es cierto que la exclusión no deriva de su naturaleza real, sino de su condición recontractos que generan únicamente obligaciones en una de las partes, es decir, por ser unilaterales, aunque normalmente tanto el préstamo como el depósito son reales y unilaterales. Sobre este tema, ver Fínez (1992), p. 197.

cantidad de dinero, asumiendo con ello la obligación de devolverlo en la fecha pactada (art. 1740 CC). [...] Por lo tanto, la obligación de devolución del préstamo que recaía sobre la prestataria había nacido con la propia formalización del contrato y la entrega por parte de la prestamista de la suma objeto del préstamo, antes de la declaración de concurso. La doctrina entiende que se trata de un contrato real porque se perfecciona con la entrega de la suma de dinero al prestatario, quien a partir de entonces asume la obligación de devolver esta cantidad con los intereses expresamente pactados y, en este caso, de acuerdo con el fraccionamiento de pago y los términos convenidos. Es además un contrato de tracto único y unilateral, pues una vez perfeccionado con la entrega del dinero objeto del préstamo, tan sólo nacen obligaciones para el prestatario, sobre todo la de devolución del préstamo de acuerdo con el fraccionamiento y los plazos convenidos. Consiguientemente, al tiempo de declararse el concurso de la prestataria, en que ya había vencido el primer plazo y restaban el resto, quedaba pendiente únicamente el cumplimiento de esta obligación de devolución del préstamo, que conforme al art. 61.1 LC debía incluirse en la masa pasiva, y por lo tanto considerarse crédito concursal, tal y como fue clasificado por el Magistrado mercantil. No resulta de aplicación el art. 62 LC, porque éste precepto que regula la posibilidad de resolver el contrato con obligaciones recíprocas, presupone el carácter bilateral del contrato, lo que no concurre en el préstamo que, como reconoce la doctrina y la jurisprudencia, es unilateral [SSTS 22 de mayo de 2001 y 7 de abril de 2004]. Por lo que de la misma manera que la jurisprudencia niega la aplicación del art. 1124 CC al contrato de préstamo –por estar referido dicho precepto a las obligaciones recíprocas– [SSTS 10 de julio de 1990 y 22 de diciembre de 1997], tampoco procede aplicar el art. 62 LC en caso de concurso»<sup>19</sup>.

- Mayores problemas plantean *los contratos bancarios*, ya que en ellos normalmente se pacta una condición resolutoria que

---

19 RJC XXXXX.

da derecho al banco a pedir el vencimiento anticipado de las pólizas de crédito o de préstamo y que permiten exigir la devolución del capital pendiente más los intereses; un caso especial lo determinan los contratos de descuento bancario. Un contrato de descuento es aquél en que una parte entrega a la otra, normalmente un Banco, unos efectos, como letras de cambio, pagarés, etc., para que el banco le adelanta el dinero con el correspondiente pago de las comisiones e intereses pactados<sup>20</sup>. Es cierto, además, que en este tipo de contratos el banco está facultado para declarar el vencimiento anticipado cuando no se ha conseguido el pago de los efectos descontados, pero esta es una cuestión que tiene más que ver con lo dispuesto en el art. 68 LC. El problema ahora se centra en calificarlos como de prestaciones recíprocas o no, porque una cosa debería quedar clara y es que la onerosidad no es sinónimo de reciprocidad, por lo que puede ocurrir perfectamente que la causa de un contrato sea onerosa, pero que no genere obligaciones recíprocas, en el sentido de que cada una de ellas está fundada en la que asume la contraparte y así ocurre, por ejemplo, en el contrato de depósito remunerado o en el préstamo con interés.

- No se incluyen tampoco aquellos contratos que siendo onerosos, tienen naturaleza *asociativa*, como ocurre con la sociedad civil, que también goza de una normativa propia en el art. 1700 CC y las sociedades anónima y limitada. ¿Qué ocurre con los contratos de *aparcería*? La doctrina tiende a calificarlos como contratos asociativos, pero a mi modo de ver, deberían recibir un tratamiento más semejante al del arrendamiento.
- No me parece clara la razón que se alega por algunos para excluir de la regla del mantenimiento los contratos en los que el concursado se ha comprometido a la obtención de un resultado; imaginemos el caso de abogado a quien se ha encargado la redacción de un dictamen por el que se ha pagado ya una

---

20 Ver sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15, de 18 febrero 2008. *RJC*, 2008, III, p. 147, en una petición de rehabilitación de una póliza de descuento, cuya naturaleza de rehabilitación fue negada por la Sala por no haber sido resuelto el contrato ni haber vencido, sino que el Banco se negó a seguir descontando como consecuencia del concurso.

determinada cantidad de dinero como provisión de fondos; ¿qué impide al deudor concursado cumplir la obligación de resultado a que se había comprometido antes del concurso? Nos encontramos ante una obligación recíproca que aunque sea del tipo de las personalísimas, no aparece excluida del art. 61 LC y lo mismo puede decirse del profesional que se ha comprometido a efectuar una determinada reparación que sólo él está capacitado para llevar a cabo<sup>21</sup>. No incluir este tipo de contratos en el principio de mantenimiento puede ocasionar también problemas adicionales, si de lo que se trata es de solucionar la situación de insolvencia para permitir la subsistencia de la empresa o de la actividad del deudor concursado; la razón de evitar que la masa pasiva se incremente con las obligaciones generadas por el ejercicio de la actividad profesional (Art. 84, 2, 4º LC) me parece poco aceptable puesto que si se declara extinguido dicho contrato y una parte de las obligaciones pactadas se había cumplido ya, la resolución por incumplimiento generará al mismo tiempo un crédito del acreedor contra la masa, que puede verse incrementado por la indemnización de daños y perjuicios<sup>22</sup>. Esta solución, sin embargo, no puede generalizarse, porque puede haber supuestos de contratos que persiguen la obtención de un resultado en los que sí se va a plantear el problema del man-

---

21 Martínez Flórez en contra, (2004), 1123-1124.

22 La sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 5ª, del 27 enero 2009 señala que el la compleja conexión entre una ejecución singular para cumplimiento de un contrato seguido ante un juzgado de primera instancia y la petición hecha ante el juez del concurso para que declare resuelto por incumplimiento el contrato que se estaba ejecutando –como cumplimiento de sentencia firme– ante el juzgado de primera instancia. Hay que poner en conexión dos situaciones posiblemente incompatibles : la atribución de todas las ejecuciones singulares en marcha a la competencia del juzgado del concurso y, por otro lado, el hecho de que la declaración del concurso no interrumpe necesariamente la actividad empresarial de la concursada. En este caso concreto, la ejecución de la sentencia del juzgado de primera instancia consistía precisamente en el cumplimiento del contrato; concretamente un contrato de hacer una máquina por parte de la empresa que luego entró en concurso. Argumenta la sentencia citada lo siguiente: «[...]Es decir, la ejecución de la sentencia del J.P.I. nº 8 no es sino el cumplimiento forzoso de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes entre la concursada y la iniciadora de este incidente. Cumplimiento contractual admitido por la Administración concursal, por el Juez del Concurso y –al menos, al principio– por la acreedora a la ejecución del mismo («Magapor»), como se deduce de su escrito de 23 –febrero– 2005 (f. 46 del Incidente). En consecuencia, en este caso concreto la «relación contractual» se superpone a la «ejecución singular», pues –en definitiva– de aquello se trata y así habrá que contemplarlo[...].».

tenimiento. Piénsese en el contrato de transporte que genera obligaciones recíprocas no personalísimas, que creo debería incluirse dentro de la norma general.

La regla es pues, que los contratos con obligaciones recíprocas se mantienen a pesar del concurso tanto del acreedor, como del deudor y que quedan excluidos los contratos que generan obligaciones a una sola de las partes contractuales.

2º *Los contratos excluidos.* Se incluyen aquí los contratos asociativos, como ya se ha visto, los unilaterales y los gratuitos, como el depósito y la fianza sin remuneración, el comodato, el préstamo sin interés, el mandato gratuito, etc.

Algunos casos dudosos se presentan en relación a contratos aleatorios, porque la aleatoriedad no excluye ni la reciprocidad ni la onerosidad. Cuando la naturaleza del contrato esté fundada en la aleatoriedad, ciertos contratos como el juego o la renta vitalicia, presentan algunas dudas.

a) Se dice que *el juego* sólo origina obligaciones naturales y por esta razón, no debería considerarse incluido en la regla del art. 61 LC<sup>23</sup>. Esta concepción parte de una redacción del Código civil que debe completarse con lo establecido en la normativa administrativa que regula y admite la plena validez de determinados juegos y apuestas. Por tanto, nos encontramos ante dos tipos de juegos: los que son objeto de protección jurídica y los que no lo son; respecto de los primeros el art. 1801, 1 CC establecerá que «el que pierda en un juego o apuesta de los no prohibidos queda obligado civilmente»<sup>24</sup>. Ahora bien, la validez de la obligación no debe hacernos olvidar que en este caso no nos hallamos ante un supuesto contrato recíproco, porque no existe reciprocidad; el no mantenimiento del contrato cuando el deudor entra en una situación concursal no viene determinada ni por la ilicitud ni por la inexistencia de obligación civil, sino por la falta de reciprocidad, lo que no implica que el acreedor no pueda figurar en la relación de créditos concursales, dada la validez de la obligación contraída.

---

23 Tesis de Lacruz, aceptada expresamente por Martínez Flórez (2004), 1124.

24 Rivero, en Lacruz et alii. *Elementos*, 2, p. 303.

- b) En el contrato de *renta vitalicia típico*, definido en el art. 1802 CC, una persona se obliga a pagar una determinada renta a cambio de la entrega de un capital en bienes muebles o inmuebles, cuya propiedad se le transfiere. Los autores consideran que este contrato contiene obligaciones recíprocas, por lo que tiene las características de sinalagmático<sup>25</sup> y, en consecuencia, estaría también incluido en el art. 61 LC. Lo mismo puede afirmarse del vitalicio.
  - c) Otro problema lo generará *el contrato de alimentos*, en el que el obligado a pagarlos sea el deudor concursado. No es éste un contrato que contenga, por su propia naturaleza, prestaciones recíprocas. Puede existir perfectamente la donación de una determinada renta, o bien que esta renta se preste a cambio de algo, que si es una prestación personalísima del deudor concursado, puede presentar las mismas dificultades que ofrece el contrato de obra. Independientemente de si el crédito de quien tiene derecho a percibir los alimentos se incluye o no en los créditos contra la masa, según lo dispuesto en el art. 84.2, 4º LC, la problemática que ahora se discute se refiere a la aplicación de la regla del mantenimiento, en el que no veo ninguna dificultad si se trata de un contrato con prestaciones recíprocas, lo que obliga en todo momento al análisis del contrato discutido.
- 3º *Las excepciones*. Determinados contratos se extinguen por declaración de la ley al producirse una situación de insolvencia.
- a) Así ocurre con el contrato de *mandato* que, de acuerdo con el art. 1732, 3º, se acaba «por concurso o insolvencia del mandante o del mandatario», norma que no ha sido modificada por la ley 22/2003; también ocurre lo mismo con el contrato de *sociedad civil*, ya que la insolvencia es concebida como causa de extinción de en el art. 1700.3 CC. Ello con independencia de que genere o no obligaciones recíprocas, porque es un supuesto en el que la ley declara su extinción, seguramente por razones distintas.
  - b) El *contrato de agencia*. En el art. 26.1, b) de la ley 12/1992 permite a cualquiera de las partes dar por finalizado el contrato de agencia por declaración de concurso de la otra parte; otra

---

25 Rivero cit. P. 316.

cuestión es lo relativo a la liquidación del contrato, que se examinará en el último apartado de este trabajo.

- c) *Otros contratos.* Pienso que aunque no exista una norma concreta al tratarse de contratos atípicos, deberían aplicarse a los contratos de concesión y franquicia reglas semejantes a las establecidas en el art. 26 LCA.

Algunos de estos contratos pueden extinguirse en situaciones de insolvencia, pero se requiere la declaración de una de las partes para que esta extinción tenga lugar. Sin embargo, aunque previstos, estos casos entran de lleno en la problemática que se plantea en las disposiciones que son objeto de la presente reflexión .

Además, quedan fuera de la regla del art. 61 LC por tener una normativa propia los contratos laborales (art. 64 LC), los contratos de personal de alta dirección (art. 65 LC) y los contratos que tengan un régimen propio en el concurso, como ocurre con lo previsto en la Disposición adicional 2<sup>a</sup>, en los concursos de entidades de crédito o legalmente asimiladas, empresas de servicios de inversión, entidades aseguradoras, entidades miembros de mercados oficiales de valores y entidades participantes en los sistemas de compensación y liquidación de valores. También tiene un régimen particular los efectos de la declaración de concurso en los contratos celebrados con la Administración pública (art. 67 LC), aunque cuando se trate de contratos privados, se aplicará la misma Ley concursal. Asimismo queda fuera de lo dispuesto en los arts 61 y 62 el régimen de las garantías establecidas por contrato<sup>26</sup>.

*B) Que el contrato que se va a mantener sea eficaz.* Empleo la palabra «eficaz» en el sentido de que se trate de contratos en vigor y cuyo cumplimiento esté pendiente en el momento de la declaración de concurso, tal como establece el art. 61.2 LC. Lo cual va a significar que el contrato debe haberse celebrado antes del concurso y que las obligaciones generadas estén pendientes del cumplimiento. La existencia o no del contrato y la pendencia de las obligaciones generadas con el mismo se rigen por la normativa general.

---

26 En este sentido, Blasco (2009), 15.



La regla anterior obliga a excluir del principio a los contratos preparatorios o precontratos, aunque no debe dejarse de lado la complejidad que puede llegar a ofrecer la interpretación de una situación en las que existen acuerdos. Pensemos, por ejemplo, en un contrato de compraventa con arras en el que se haya pactado que constituyen un anticipo del precio; en este caso nos hallamos ya ante un contrato de compraventa, aunque no se haya ejecutado. Ello lleva claramente a las reglas de la interpretación del acuerdo, para las que puede perfectamente servir como elemento integrador lo dispuesto en el art. 708 LEC, cuando se refiere a la ejecución de la condena a la emisión de una declaración de voluntad, con la consiguiente distinción entre la situación en la que estén predeterminados los elementos del contrato y la situación en la que no lo estén, en cuyo caso debe distinguirse también si se trata de elementos esenciales del contrato o no. Si los que faltan son esenciales, no habrá contrato, por lo que no podrá aplicarse la regla del art. 61.2 LC.<sup>27</sup>

No es óbice para la aplicación del principio del mantenimiento que el contrato con prestaciones recíprocas esté sometido a condición resolutoria, o a plazo. En este último caso, sin embargo, deberá tenerse en cuenta lo dicho en el art. 69 LC relativa a la rehabilitación de contratos de adquisición de bienes con precio aplazado. En cambio, considero que los contratos concluidos bajo condición suspensiva no pueden considerarse cumplidos, por lo que no se les va a aplicar esta regla.

#### **IV. LOS PRESUPUESTOS PARA LA EFECTIVIDAD DE LA REGLA DE MANTENIMIENTO: EL CUMPLIMIENTO**

La cuestión del cumplimiento ha resulta siempre muy compleja. Determinar cuándo una parte ha cumplido o no va a depender de lo acordado y de las obligaciones que se han generado con el contrato. Puede así estarse en presencia de incumplimientos totales o parciales, de obligaciones accesorias, que a su vez pueden ser recíprocas o no, o bien que como se señala por algunos autores, «la obligación accesoria sea indispensable para el cumplimiento de la principal. Sánchez Paredes, recogiendo la jurisprudencia mercantil, dice que «los jueces de lo mercantil han considerado que hay cumplimiento total de la prestación o prestaciones comprometidas cuando la ejecución es conforme a los términos del contrato y el interés del acreedor se ha visto satisfecho. Ya

---

27 Véase el planteamiento de esta cuestión en García Vicente (2005), 523 ss.

se trate de una ejecución voluntaria o forzosa, el cumplimiento puede producirse respecto de obligaciones principales o respecto de obligaciones accesorias, siempre y cuando entre ambas existiera un vínculo de reciprocidad o el cumplimiento de la obligación accesoria fuera necesario para que la principal produzca plenos efectos y se logre el fin perseguido con el contrato»<sup>28</sup>.

A) *El significado de la expresión «hubiera cumplido íntegramente» y el cumplimiento parcial.* A estas alturas de este estudio, es oportuno plantear el problema relacionado con la corrección de la expresión del art. 61.2 LC y las reglas contenidas en el propio art.; me estoy refiriendo a la cuestión tan discutida en otros foros y relativa a si lo que se mantiene es el contrato o las obligaciones que se derivan del mismo. La terminología utilizada en la ley es la más correcta, porque se refiere a contratos en los que «una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones» y la otra parte tuviese aun pendiente «el cumplimiento de las suyas». De acuerdo con el art. 1091 CC, son las obligaciones las que deben cumplirse de acuerdo con el tenor del contrato y no los contratos y si acudimos al art. 1124 CC, que tiene una gran relación con lo que se va a decir a continuación, también son las obligaciones las que se pueden resolver en el caso del incumplimiento por una de las partes de lo le corresponde. Independientemente de lo que se ha dicho hasta aquí creo que debe puntualizarse que cuando se está hablando de *cumplimiento del contrato* la ley debe interpretarse en el sentido de la realización de aquellas obligaciones que constituyen la esencia del contrato; por ejemplo y limitándonos a la compraventa, el cumplimiento se referirá a la entrega de la cosa y a la del precio. Y así en todos los contratos con prestaciones recíprocas. La existencia de obligaciones accesorias que estén pendientes de cumplimiento o que definitivamente no se hayan cumplido debe considerarse, en principio, como no incluido en lo dispuesto en el art. 61 LC, siempre a salvo el problema puntual de cada contrato, según los pactos establecidos por las partes. Sin embargo esta cuestión resulta hasta cierto punto discutible. Tomemos el ejemplo del contrato de compraventa en el que el vendedor no solo se obliga a la entrega de la cosa vendida, sino también a respetar la posesión legal y pacífica del comprador, por lo que asume la obligación de sanear cuando o bien se ha producido la evicción o bien existen vicios ocultos; aquí no nos

---

<sup>28</sup> Sánchez Paredes (2009), 406. Ver asimismo las sentencias citadas en la nota 9 de la página 406.

hallamos ante una obligación accesoria<sup>29</sup>, sino ante una principal, ya que se encuentran ambas en el mismo plano. De donde la pregunta va a ser: ¿debe la obligación considerarse incumplida si lo que se ha vulnerado es el saneamiento por vicios ocultos, por ejemplo, porque ya se han entregado la cosa y el precio? Parece que el mejor método va a ser distinguir dos situaciones: una que o bien la evicción se hubiese producido antes de la declaración del concurso, así como que los vicios se hubiesen puesto de manifiesto antes del concurso, y la otra situación en la que una de estas dos contingencias ocurre cuando ya se ha producido la situación de insolvencia declarada<sup>30</sup>. Me parece más correcto considerar incumplido el contrato en la primera de las situaciones expuestas y no en la segunda y la razón consiste en que el principio de mantenimiento o conservación del contrato se refiere a la foto fija que tiene lugar en el momento de la declaración de concurso porque es entonces cuando se va a poder saber cuál va a ser la situación de los créditos y las deudas; es evidente que el concurso ni paraliza la actividad económica del deudor, salvo aquellos casos así previstos en la ley, ni fija tampoco las masas activa y pasiva de una manera definitiva, porque puede haber partidas que se incrementen, como ocurrirá, por ejemplo, con lo relativo a honorarios de profesionales, alimentos. Habrá que tener en cuenta, por tanto, si el vendedor es el concursado o el contratante *in bonis*, lo mismo que ocurre con el comprador y entonces ver en cada caso si puede aplicarse o no el mencionado principio del mantenimiento, pero mi opinión es que en el caso de que en el momento del concurso no se hubiese producido aun la causa que va a generar el saneamiento, el contrato no quedará incluido en las reglas del art. 61 LC, porque el concurso no puede estar pendiente de que la causa de saneamiento se produzca o no, lo que sin tener mucha importancia en el caso del saneamiento por vicios ocultos, dada la caducidad de seis meses establecida en el art. 1490 CC, en cambio sí la va a tener si se trata de un saneamiento por causa de evicción. Sin embargo, a mi parecer se trata de una discusión un tanto artificial, porque si se pierde la cosa como consecuencia de una acción reivindicatoria ejercida por un tercero y la masa activa debe devolverla, la obligación que el saneamiento genera habrá nacido después de la declaración del concurso y por ello su régimen no creo que pueda equipararse al incumplimiento.

---

29 Clemente (2007), 209.

30 Martínez Flórez (2004), 1137.

Además, en estos casos debe predicarse la idea de que en realidad nos encontramos ante un cumplimiento defectuoso o, en terminología europea, un cumplimiento «no conforme», es decir aquel cumplimiento que no se ajusta al programa planteado por acreedor y deudor, pero en el que aparentemente, se ha producido un cumplimiento desde el punto de vista formal; ¿deberá esta situación incluirse en la expresión utilizada en el art. 61.1 LC? La cuestión nos llevaría muy lejos, lo que no parece adecuado en este trabajo; mi idea es que la no conformidad puede comportar un incumplimiento; como afirma Diez Picazo<sup>31</sup>; cuando estos supuestos han tenido lugar en una obligación recíproca que es la contemplada en el art. 61 LC, «podrá ejercitarse la llamada excepción de cumplimiento defectuoso» cuando el acreedor demanda a quien ha recibido una prestación que no se ajusta exactamente a lo que se acordó<sup>32</sup>, aunque puede pensarse que quizá este cumplimiento defectuoso por no conformidad de la prestación con lo pactado puede haber producido un incumplimiento definitivo<sup>33</sup>.

Ello nos ha servido para reflexionar acerca de la expresión que se contiene en el art. 61 LC, cuando se refiere a la parte que «hubiera cumplido íntegramente» las obligaciones dimanantes del contrato, porque puede ocurrir que queden pendientes algunas cuestiones, cuyo tratamiento va a depender de que se considere o no cumplida esta condición y volviendo al contrato de compraventa, en lo referente a la obligación de sanear por causa de evicción y teniendo presente el largo plazo que puede transcurrir entre la venta y la demanda del tercero, que ocasionará la obligación de responder frente al comprador, una de dos: o no consideramos cumplido el contrato hasta que haya finalizado el plazo para el ejercicio de la acción de saneamiento, o bien lo consideramos cumplido sin perjuicio de dicha acción, solución más práctica y, por lo menos, más adecuada en el caso del concurso.

Este ejemplo ha servido para plantear la problemática referente a la interpretación de la expresión «hubiera cumplido íntegramente», que aparece en el art. 61.1 LC. Una parte de la doctrina considera que esto significa que el incumplimiento de cualquier obligación, aunque sea accesorio, determina la posibilidad de aplicar los remedios previstos en el art. 62 LC, mientras que con mejor acierto, otra parte distingue si la obligación incumplida era o no

---

31 Diez Picazo (2008), 866.

32 Diez Picazo (2008), 671.

33 Esto es lo previsto en el art. III.- 3:203, contenido en los *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*.

accesoria, en cuyo caso, debe aplicarse la norma del art. 61.2 LC. Estoy de acuerdo en el planteamiento que se efectúa por quienes entienden que para que se aplique el sistema que deriva del principio de mantenimiento, debe tratarse de obligaciones recíprocas y que deben excluirse las obligaciones accesorias<sup>34</sup>, porque es cierto que en los contratos con prestaciones recíprocas la obligación de uno debe corresponderse exactamente con la de otro, como ocurre en el de compraventa, en el que la obligación del pago del precio se corresponde exactamente con las de entrega y saneamiento, aunque pueden existir prestaciones accesorias impuestas solo a una de las partes, lo que entre también en el concepto de reciprocidad. La conclusión de que «el cumplimiento íntegro por una de las partes al tiempo de la apertura del concurso al que alud el apartado primero habría que referirlo a *las obligaciones recíprocas*», me parece absolutamente correcta<sup>35</sup>, pero entonces queda siempre pendiente determinar si se ha producido un cumplimiento parcial y qué significado va a tener en la aplicación de las reglas del art. 61 LC.

Debe entrarse, pues, a fijar qué debe entenderse por cumplimiento parcial, ya que además de la no conformidad que, como ya he dicho, puede llevar a un incumplimiento definitivo, puede ocurrir que el cumplimiento haya sido solo parcial<sup>36</sup>, en cuyo caso deberemos distinguir si existe un incumplimiento

---

34 Diez Picazo. (2008), 818.

35 Martínez Flórez (2004), 1129. Blasco (2009), 29 pone de relieve la dificultad de caracterizar como accesoria o principal la obligación incumplida y propone el criterio de la funcionalidad. La sentencia del Juzgado Mercantil de Bilbao, de 19 diciembre 2007, declaró no aplicables estos artículos de la ley concursal a las prestaciones accesorias y dice que «Aunque sea una prestación accesoria a la principal, que es la venta de dos líneas de fabricación de formatos CD y DVD, está prevista en el contrato y obliga al hoy demandante. Pero esa prestación, como se ha dicho es accesoria de la principal. [...] El objeto del contrato, en el sentido del art. 1.261-2º CC es una *cosa mueble corporal*, en este caso dos máquinas que fabrican respectivamente discos tipo CD y DVD. Así se desprende igualmente del art. 1.445 CC cuando establece que el objeto de la compraventa es una «*cosa determinada*», y el art. 325 del Código de Comercio (CCom), cuando menciona «cosas muebles». La prestación de servicio de piezas y mantenimiento es accesoria al objeto principal del contrato y en absoluto sirve para identificarlo. Es un pacto que puede convenir a las partes, pero que no convierte en recíprocas las prestaciones del contrato que suscriben, que son dos contratos que tienen por objeto principal la compraventa a plazos de dos bienes muebles. Por dichas razones no pueden operar las previsiones de los arts. 61.2 y 62 LC, establecidas para el caso de contratos con obligaciones recíprocas pendientes. Sólo hay pendiente, en este caso, obligaciones por la concursada. En consecuencia nos situamos ante la previsión del art. 61 LC, es decir, un contrato en el que una de las partes, en este caso el vendedor, ya ha cumplido completamente sus obligaciones contractuales y está pendiente de verificarlo tan sólo la otra parte, el concursado que adeuda el precio, por lo que tal importe se integra (art. 61.1 LC), en la masa pasiva».

36 DiezPicazo (2005), 93 y (2008), 830.

relevante (p.e. que solo se haya pagado la mitad del precio pactado), o bien haya sido irrelevante (p.e., que falta por pagar un 5% del precio pactado); en el primer caso, hay incumplimiento definitivo y así lo ha venido manteniendo la jurisprudencia, mientras que en el segundo<sup>37</sup> no se ha producido. Por lo tanto, si una de las partes solo ha cumplido en parte se aplicará el art. 61.2 LC, porque lo que ocurre es que la problemática se traslada a las acciones que corresponderán al contratante cumplidor, sea el contratante *in bonis*, o el concursado, aunque puede haber incumplimientos parciales de tal importancia que produzcan un incumplimiento definitivo.

Otra cuestión compleja la plantean aquellos contratos de larga duración, como ocurre con el de *suministro*, en el que las obligaciones son duraderas y no instantáneas, como en la compraventa<sup>38</sup>. Se trata de aquellos contratos en los que se obtiene los abastecimientos básicos, como agua, teléfono, etc., además de los que son fundamentales para la fabricación de los productos de la empresa. Son contratos de tracto sucesivo. La problemática que se plantea se centra fundamentalmente en la calificación de los créditos que se generan, que pueden ser contra la masa o simples créditos concursales, ya que la regla general que se aplica a dichos contratos es la del art. 61.2 LC y el suministrador debe cumplir la parte correspondiente en el contrato como si no se hubiese producido el concurso. Algún autor entiende que serán créditos contra la masa sólo los nuevos créditos del suministrador «por las prestaciones que realice después de la apertura del procedimiento concursal», mientras que los antiguos créditos tendrán la calificación de simples créditos concursales<sup>39</sup>. Esta cuestión es posiblemente la que ha producido más jurisprudencia. Puede citarse la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 13 septiembre 2006<sup>40</sup>; señala que la finalidad del art. 62.3 «[...] es el sacrificio del derecho a la resolución del contrato en interés del concurso, pero garantizando, en contrapartida y en interés del acreedor que se ve forzado a la continuidad negocial, el pago de la deuda pendiente, cuyo impago precisamente justificaría la resolución, con cargo a la masa. [...], si el incumplimiento del concursado es anterior a la declaración del concurso, el crédito de la parte cumplidora será concursal; si el incumplimiento es posterior, el crédito de la parte cumplidora se satisfará

---

37 Clemente Meoro (2009), 22.

38 Gómez Mendoza (2004b), p. 722.

39 Juan y Mateu (2008), 135.

40 *RJC*, 2008, IV, p. 1061. Ver asimismo la sentencia de la misma sección 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 16 enero 2007. *RJC* IV, 2008, p. 1045

con cargo a la masa [...]». La sentencia del Juzgado Mercantil de Madrid, nº 1, de 15 abril 2005, ante un contrato de suministro de energía eléctrica con facturas impagadas antes de la declaración del concurso, concluye que no nos hallamos ante un incumplimiento grave, sino un retraso en el pago que debe calificarse como crédito concursal<sup>41</sup>.

B) *Los grupos de casos*<sup>42</sup>. Ya he dicho antes que el requisito esencial es que en el momento de la declaración de concurso una de las partes no haya cumplido aun las obligaciones que le corresponde. No se trata exactamente de que haya tenido lugar un incumplimiento, porque puede ocurrir que se trate de un precio aplazado a un momento posterior, o bien unas prestaciones posteriores como puede suceder en el contrato de suministro o en el arrendamiento. Voy a tratar de esquematizar algunas de las situaciones que pueden ocurrir:

- 1º Contratos en que el deudor concursado haya cumplido su obligación antes del concurso; el deudor es acreedor de la otra parte que aun no ha cumplido, por lo que a reserva de lo que se dirá acerca de la resolución del contrato en interés del concurso, el crédito que tenga contra el otro contratante se integra en la masa activa, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 76.1 LC., aunque con los efectos previstos en los art.s 58-60 de la propia ley.
- 2º Contratos en que el deudor concursado aun no haya cumplido su obligación y, en cambio, lo hubiera hecho la parte *in bonis*. La parte que haya cumplido la correspondiente obligación resulta acreedora del concursado y de acuerdo con lo establecido en el art. 61.2 *in fine*, «las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa», de modo que se trata de un crédito que el contratante cumplidor tiene contra la masa,

---

41 Esta cuestión ha producido una discrepancia entre diferentes juzgados. Así, el de Valencia, nº 1, de 14 julio 2005, falla que no ha lugar a la resolución del contrato y que la deuda generada por el impago de los diferentes recibos de energía eléctrica deben pagarse con cargo a la masa del concurso. La del Juzgado de 1ª Instancia nº 10, mercantil, de Santander, de 19 octubre 2005 dice que «cuando de contratos de tracto sucesivo se trata, el simple impago de recibos adeudados no implica por sí solo la concurrencia de causa de resolución del contrato sino que es procedente que junto a dicho incumplimiento se aprecien circunstancias que impidan catalogarlo como un mero retraso», por lo que desestimó la demanda de la suministradora de energía. (Verlas en Gómez Martín [2007], p. 422, ss y 426 ss, respectivamente).

42 Blasco (2009), p. 12.

de acuerdo asimismo con la referencia general contenida en el art. 84.11 LC y deberán ejecutarse en el art. 154 LC, de acuerdo con la que «antes de proceder al pago de los créditos concursales, la administración concursal deducirá de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra ésta». El problema estará en si puede el contratante cumplidor ejercitar la acción del art. 1124 CC, aunque la respuesta debe ser negativa, porque éste exige que el otro obligado no haya aun cumplido lo que le incumbe, mientras que en este caso no se ha producido aun el incumplimiento exigido, por lo que aun no podrá ejercitarse la acción resolutoria del 1124 CC.

- 3º Contratos en que ambas prestaciones están pendientes. En principio no puede aplicarse lo dispuesto en el art. 61.1 LC, porque se exige de forma expresa que sólo estén pendientes las obligaciones de una de las partes<sup>43</sup>. El problema lo plantean los contratos de suministro y arrendamiento.

Lo que pienso que debe quedar claro es que en el momento del concurso las obligaciones correspondientes a cada una de las partes pueden encontrarse en dos situaciones: o bien se ha cumplido el contrato por una de las partes, sea el contratante concursado o el contratado *in bonis* estando pendiente el cumplimiento por la otra parte, o bien se ha producido el incumplimiento y solo en este caso se podrán ejercitar por el contratante cumplidor las acciones de resolución con base al art. 1124 CC, lo que significa que pueden compatibilizarse la acción de resolución en interés del concurso con la acción de

---

43 La jurisprudencia menor ha exigido que en las acciones de resolución por incumplimiento, se pruebe el cumplimiento de la parte que reclama. Ver la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 10 marzo 2006. «[...] el testimonio vertido por Don Gregorio, antiguo agente de la actora Bunge Ibérica, viene a poner de manifiesto la realidad de ese previo incumplimiento de las sociedades vendedoras, consistente en la interrupción de los distintos suministros de mercancía por causa de exceso de riesgos. Es cierto que el Sr. Gregorio cesó en su cargo en el mes de junio de 2004 como así manifestó, pero sin embargo continuó efectuando un seguimiento de las operaciones pendientes hasta el mes de diciembre de 2004, lo que avala y justifica su conocimiento acerca de dicha interrupción o suspensión del envío de mercancía.»; Sentencia de la misma Audiencia Provincial de 3 marzo 2006 dice que «Además el ejercicio de la acción resolutoria prevista en el art. 1124 Código Civil exige como «conditio sine qua non» que quien la solicite haya cumplido previamente con las obligaciones que le incumbían (S. Tribunal Supremo de 2 de septiembre de 1997 y 5 de julio de 1999)». La jurisprudencia está bien recogida en Sánchez Paredes (2009), que proporciona una sistemática muy correcta del problema que se plantea en cada uno de los problemas expuestos.



resolución por incumplimiento, como claramente se deduce de lo dispuesto en el art. 62 LC.

## V. LAS ACCIONES

Lo que se ha dicho hasta aquí en el estudio del principio del mantenimiento de los contratos significa que la declaración de concurso de uno de los obligados no proporciona a la otra parte una excepción que le vaya a permitir evitar el cumplimiento: el contrato debe ser cumplido. Sin embargo, el art. 61.2, 2 LC permite pedir al juez que declare resuelto el contrato «en interés del concurso». Pero al mismo tiempo, el art. 62 LC prevé una acción de resolución por incumplimiento posterior a la propia declaración del concurso. Estamos, pues, ante acciones de distinto tipo que tienen como objetivo la no aplicación de la regla general del art. 61.2 LC, puesto que con ellas se obtendrá una ineficacia sobrevenida.

Lo que debe ponerse de relieve, aunque no va a ser objeto de un estudio pormenorizado en este trabajo<sup>44</sup>, es que el art. 61.3 LC declara la nulidad parcial de aquellas cláusulas que establezcan la resolución automática del contrato por la declaración de concurso de una de las partes, lo que no afecta a aquellos contratos que se extinguen *ex lege* en este caso. La razón de ser de esta prohibición se encuentra en la finalidad de mantener los créditos y las deudas controlados dentro de las respectivas masas activa y pasiva y evitar situaciones de privilegio de determinados acreedores, además de ser una consecuencia clara y directa del principio de mantenimiento de los contratos, aunque es evidente que este objetivo podría cumplirse aunque determinados contratos se extinguieran como consecuencia del concurso. Debe recalcarse que esta nulidad sólo afectará a aquellos contratos con prestaciones recíprocas y por tanto, deberá considerarse eficaz, por ejemplo, una cláusula que declare extinguido el préstamo por concurso del prestatario<sup>45</sup>.

Las acciones posibles son tres: 1º *La acción de resolución del contrato «en beneficio del concurso»*, prevista como excepción a la regla del mantenimiento en el propio art. 61.2,2 LC; 2º *La acción de resolución por incumplimiento posterior al concurso*, prevista en el art. 62. LC, y 3º *Las acciones contenidas en el art. 63 LC*, bajo la rúbrica de «supuestos especiales».

---

44 Martínez Flórez (2004), 1155 ss; García Vicente, (2004), 2004; Valpuesta Gastaminza, (2004), 482, entre otros. Para el derecho anterior, Cerdá-Sancho (2000), 125.

45 Sánchez Paredes (2009), p. 414 y la jurisprudencia citada.

## A) La acción de resolución en interés del concurso

a) *Concepto*. El art. 61.2,2 LC permite a la administración concursal o al propio concursado, en el caso de intervención, «solicitar la resolución del contrato si lo estimaran conveniente al interés del concurso».

Se trata de una acción que busca declarar la ineficacia sobrevenida de un contrato cumplido ya por una de las partes, por lo que debe ponerse de relieve claramente que no se trata de una acción por incumplimiento, sino precisamente, para evitar el cumplimiento, de modo que no sustituye la del art. 1124 CC, simplemente porque actúan en campos diferentes. Como ya he dicho antes, no podría aplicarse al no haberse producido el supuesto de hecho para el que está prevista la norma del art. 1124 CC, es decir el incumplimiento de las obligaciones por una de las partes. Al partirse de una premisa distinta, resulta absolutamente coherente lo dispuesto en el art. 61.1 LC, cuando acoge el principio del mantenimiento de los contratos a pesar del concurso, de modo que la acción de resolución que ahora se estudia constituye una excepción al principio general, cuya razón de ser solo puede encontrarse en el denominado *interés del concurso*.

¿Qué significado debemos dar a la cláusula *interés del concurso*? Obviamente, nos hallamos ante una cláusula general abierta que permite al juez efectuar la interpretación más adecuada al concurso de que se trate y no podemos encontrar muchas pistas en favor de la adopción de uno u otro contenido en la Exposición de motivos de la Ley 22/2003, que se limita a decir que «la ley pretende conciliar intereses que no siempre pueden conciliarse fácilmente (el del concurso con la resolución y el de la parte *in bonis* con el derecho a la indemnización de los daños con cargo a la masa)». Parece bastante obvio, sin embargo, que la citada expresión, a reserva de ulteriores interpretaciones jurisprudenciales, va a coincidir prioritariamente con el logro de la mayor satisfacción de los acreedores<sup>46</sup>, finalidad del propio concurso. Blasco señala que «Curiosamente, este criterio del interés del concurso sirve para dos cosas contrarias: una, para resolver un contrato de obligaciones recíprocas sin causa ordinaria de resolución, es decir, sin que concurra el incumplimiento de alguna de las partes (art. 61-2 L.C.); y, otra, para mantener la vigencia de un contrato igualmente de obligaciones sinalagmáticas y acordar su cumplimiento a pesar de que el contratante concursado haya incumplido y el contratante *in bonis*

---

46 Martínez Flórez (2004), 1116 y 1147, entre otros.

haya ejercitado la oportuna acción de incumplimiento (art. 62-3 L.C.)»<sup>47</sup> y que parece ser un concepto más económico que jurídico.

La expresión contenida en el art. 61.2,2 LC parece expresar un concepto amplio, seguramente poco jurídico y relacionado con la utilización de las acciones de resolución de los contratos «en interés del concurso» cuando ello sea conveniente para alcanzar la continuidad de la empresa, especialmente en el caso previsto en el art. 44 LC y cuando la solución del concurso vaya a ser el convenio. Como ejemplos, podemos citar los casos siguientes: i) el importe del crédito es superior a la deuda a cargo del concursado, de manera que los acreedores van a obtener una cantidad mayor con el cumplimiento del contrato, que si lo resuelven; en este caso, el cumplimiento y no la resolución es lo que va a beneficiar al concurso; ii) la comparación de las condiciones en las que se contrató y otras posibles ofertas en el mercado para obtener las mismas prestaciones; puede ocurrir entonces, que sea conveniente resolver el contrato porque ello va a beneficiar claramente el concurso, y iii) que el contrato pendiente de cumplimiento facilite la solución de la crisis de la sociedad o el deudor concursado.

Esta cuestión ha producido una cierta jurisprudencia, por la necesidad de interpretar esta cláusula. . Sánchez Paredes la analiza la jurisprudencia y deduce dicha autora que del análisis conjunto de la normativa se concluye que el interés consiste en «la maximización del valor del patrimonio concursal como medio de alcanzar el fin patrimonial de la satisfacción de los acreedores o, dicho de otra manera, de lograr la mayor atención, satisfacción o pago a los acreedores», estableciendo las decisiones judiciales, según dicha autora, los siguientes criterios: «1) la cuantía del crédito y de la deuda derivada del contrato objeto de la controversia; 2) si el objeto del contrato que se recupera o se libera queda sometido a una hipotética liquidación concursal o no; 3) la existencia o no de futuras negociaciones sobre los bienes que se liberan, y en su caso, el destino que se pretende dar al objeto que se recupera; 4) el futuro que para el concurso pueda deparar la resolución del contrato; 5) los perjuicios que se ocasionen a la parte *in bonis*»<sup>48</sup>. Un auto del Juzgado mercantil nº 9 de Córdoba, de 25 febrero 2005 dice que «La Ley ha optado por una disciplina

---

47 Blasco (2009), 36

48 Sánchez Paredes (2009), 420. En las notas 39 y 40 de esta página cita las sentencias del Juzgado Mercantil de Alicante, de 19 junio 2006 y de Palma de Mallorca, de 28 septiembre 2007, así como la de la AP de Las Palmas, de 21 diciembre 2007. Ver asimismo lo dicho por la autora en la p. 430.

especial, diferente a las reglas generales del art. 1124 y concordantes del CC, basándose en la prevalencia del interés del concurso sobre el particular de los contratantes; entendiendo como «interés del concurso» la maximización del valor del patrimonio concursal, como medio de alcanzar el fin primordial de la satisfacción de los acreedores»; la sentencia del Juzgado mercantil de Alicante nº 1 de 19 junio 2006 utiliza un concepto muy parecido a la anteriormente citada y dice que «[...] basándose en la prevalencia del interés del concurso sobre el particular de los contratantes, pudiéndose entender como «interés del concurso», prototipo de concepto jurídico indeterminado, *la maximización del valor del patrimonio concursal, como medio de alcanzar el fin primordial de la satisfacción de los acreedores*, o dicho de otra manera, en lograr la mayor atención, satisfacción o pago a los acreedores»; lo mismo la sentencia del juzgado mercantil nº 1 de Murcia, de 8 mayo 2007, que dice que «en cualquier caso ha de tenerse muy presente que el art. 62.3 de la ley no habla del interés del concursado sino del concurso, debiendo entenderse por tal como ya se argumentó anteriormente *la maximización del valor del patrimonio concursal, como medio de alcanzar el fin primordial de la satisfacción de los acreedores*». La necesidad de interpretar el significado se ha producido de forma más abundante en el incumplimiento de los contratos de suministro<sup>49</sup>.

Por ello deben estudiarse muy detenidamente los efectos que la resolución vaya a producir, puesto que el hecho de que se declare en un procedimiento concursal no va a impedir las obligaciones de devolución de las cosas entrega-

---

49 Las obras de comentario a la Ley concursal citan algunas sentencias interesantes de Juzgados Mercantiles, que se van a resumir aquí. La sentencia del Juzgado de 1ª instancia y mercantil nº 9 de Córdoba, de 8 julio 2005, dice que debe entenderse que es de interés del concurso «*el mantenimiento de la actividad empresarial productiva*, tanto desde un punto de vista general, como desde la realidad concreta de que, estando ya próxima la conclusión de la fase común [...]es preferible para los acreedores la generación de nuevos activos [...]»; la del Juzgado nº 2 mercantil de Barcelona, de 21 junio 2005, señala que «el interés del concurso aconseja que, a pesar de mediar el incumplimiento anterior a la declaración, se acuerde el cumplimiento, esto es, que se mantenga el suministro, pues en caso contrario el negocio, *simplemente, no podría continuar*»; la del juzgado mercantil de Murcia, de 2 enero 2006 dice que «[...] siempre que se trate de un contrato ventajoso para la masa, lo que es indiscutible en relación al contrato que nos ocupa, pues *sin suministro eléctrico sería imposible la continuidad de la actividad empresarial de la concursada*, procedería acordar el cumplimiento del contrato [...]»; finalmente, la del juzgado mercantil de Asturias, de 3 febrero 2006 dice que «no podemos desconocer las especialísimas características de que viene investido el suministro de energía eléctrica para la concursada y que le convierte en *imprescindible para posibilitar la continuidad en su actividad* [...] lleva a aplicar al caso por razones obvias la facultad excepcional concedida al Juez por el art. 62.3 LC de acordar, pese a existir causa resolutoria, el cumplimiento del contrato». (Verlas en Gómez Martín [2007], pp 416, 418, 432 y 435, respectivamente).

das, cuando el contrato a resolver se haya cumplido por el deudor concursado, o las correspondientes indemnizaciones por las ya consumidas, así como los daños y perjuicios a que haya lugar, de acuerdo con las reglas generales de la resolución, lo que deberá confrontarse con el «interés del concurso», entendido en el sentido anteriormente señalado<sup>50</sup>.

b) *Requisitos*. Se trata, como ya se ha dicho, de una causa sobrevenida de ineficacia, que requiere que el contrato se halle pendiente de cumplimiento, ya sea a cargo del concursado, ya sea a cargo de la parte *in bonis*, según establece el art. 61.2.1 LC. Se trata, en consecuencia, de aquellos casos en que alguna de las partes no haya realizado todavía la prestación comprometida, lo que plantea el problema de si puede aplicarse la misma solución al supuesto previsto en el primer párrafo del propio art. 61 LC., porque el párrafo segundo del art. 61.2 LC parece limitar la aplicación de la resolución a los contratos en los que las obligaciones recíprocas estén aun «pendientes de cumplimiento», no cuando, como ocurre en el párrafo primero del propio artículo, una de las partes ha cumplido la obligación que les corresponde. Pienso que no sería imposible entender que se puede también pedir la resolución del contrato en interés del concurso cuando uno de los contratantes haya ya cumplido la obligación que le corresponde. Las razones que podrían llevar a esta conclusión serían las siguientes: i) el interés del concurso en el mantenimiento o la resolución del contrato se produce igual cuando se hallen pendientes de cumplimiento ambas obligaciones, caso del art. 61.2 LC, como cuando una de las partes haya cumplido la que le corresponde; sin embargo esta razón tiene un contrargumento, que debe llevar al análisis de la finalidad de la acción, que es precisamente, la de no gravar el concurso con el cumplimiento de una obligación que se declara subsistente y que puede resultar extraordinariamente onerosa, aunque esto también debe examinarse en cada contexto, porque la acción resolutoria puede llevar aparejada la devolución de bienes que se encuentren ya en la masa activa del concurso, o la extinción de un crédito, con el correspondiente nacimiento de nuevos créditos por indemnizaciones, devolución de frutos, pago de intereses, en el caso que

---

50 Clemente, (2007), p. 211 se plantea el problema de la resolución y el precio del inmueble y dice que «no vendrá ligado al valor del inmueble en relación con el precio pactado»; además dice que «el interés del concurso vendrá vinculado más bien a otras circunstancias, como que resulte más conveniente a la conservación, restricción o reordenación de la actividad patrimonial del concursado recuperar el precio pagado –o liberarse de su pago– que recibir –o conservar– el inmueble comprado».

sea posible, etc., que, además, deberán hacerse efectivos con cargo a la masa; ii) no existe ningún remedio previsto específicamente para el caso del art. 61.1 LC, si se considera que la acción de resolución del contrato «en interés del concurso» no debe aplicarse también al supuesto del párrafo primero; la única salida que le va a quedar al obligado cuyas obligaciones estén pendientes aun de cumplimiento en el momento de declararse el concurso será el incumplimiento, solución nada airosa, porque o bien el concursado es quien resulta incumplidor y entonces debe asumir el pago de las indemnizaciones, etc., de acuerdo con el art. 1124 CC, o bien quien ha incumplido es el contratante *in bonis*, en cuyo caso el concurso adquirirá un crédito contra él para el resarcimiento, procedimiento siempre complejo y costoso. De todas las maneras, el sistema establecido en la ley concursal va a tener una ventaja, que es la procesal, porque el art. 61.2,2 LC se remite a un procedimiento mucho más fluido en el caso de que ambas partes estén de acuerdo en la resolución del contrato, o el incidente concursal, cuando discrepen.

Como se ha dicho antes, el contrato debe estar pendiente de ejecución, condición indispensable para la acción resolutoria, porque si se ha producido un incumplimiento posterior, entonces deberá aplicarse lo dispuesto en el art. 62 LC, que se examinará a continuación y si ha sido anterior, podrá aplicarse el art. 1124 CC.

c) *El procedimiento*. El art. 61.2,2 LC establece la legitimación para pedir la resolución y el procedimiento.

Respecto de la *legitimación para el ejercicio de la acción* para pedir la resolución del contrato en interés del concurso, el citado art. 62.2,2 LC la reconoce: i) a la administración concursal en el caso de suspensión, es decir, en el concurso necesario, o ii) al propio concursado en el caso de la intervención, es decir, en el caso del concurso voluntario. Por tanto, la parte *in bonis* no ostenta ningún tipo de legitimación en esta acción, porque, como se afirma, se ejerce en interés del concurso. Algunos autores se preguntan si existe un deber de ejercitar esta acción<sup>51</sup>; se dice que si bien la ley la configura como una facultad y no como una obligación, «una vez determinado que la resolución del concurso es favorable para los intereses del concurso, existe un *deber* de solicitarla». Las razones para esta conclusión se encuentran en que los legitimados en ambas situaciones están obligados a actuar en interés del concurso

---

51 Martínez Flórez (2004), 1149.

«y al decidir cumplir el contrato pendiente o resolverlo están realizando actos que entran en el ámbito de la administración y de la disposición»; además, el deudor está obligado a colaborar con la administración, cuando esté suspendido. Pero existe una razón aun más poderosa y es que de acuerdo con el art. 36 LC, los administradores incurren en responsabilidad si no actúan favoreciendo dicho interés. Ello plantea al mismo tiempo la polémica de que se hace eco Valpuesta<sup>52</sup>, en relación a si en este caso se permite o no el incumplimiento del contrato a la administración concursal o al propio concursado; es cierto que como afirma este autor, «la parte *in bonis* no tiene elección alguna», ya que es la administración o el concursado intervenido quienes van a poder elegir entre la resolución o el cumplimiento; sin embargo, como este mismo autor señala, la parte *in bonis* tiene la garantía de que o bien se cumple el contrato, o bien se la indemniza, siendo, además, un crédito contra la masa, en aplicación de lo dispuesto en el art. 61.2, *in fine* . Se discute, finalmente, si el juez puede acordar de oficio la resolución en interés del concurso, cuestión discutida por la doctrina, pero al parecer rechazada en las decisiones judiciales<sup>53</sup>, solución coherente con el principio de justicia rogada.

Los autores ponen de relieve la falta de plazo para el ejercicio de dicha acción. Es cierto que nos hallamos ante una opción de la administración o del concursado y también que resulta contrario a la seguridad jurídica mantener a la otra parte en la incertidumbre de si se va a optar por una u otra solución<sup>54</sup>. En esta situación caben dos opciones: i) la primera, considerar que la elección entre cumplimiento o resolución debe ser ejercitada en un plazo «razonable» a partir de la apertura del concurso; ii) la segunda, considerar que mientras se esté tramitando el concurso y siempre inmediatamente después del informe de la administración concursal, quien esté legitimado puede pronunciarse en uno u otro sentido. Los autores que optan por la primera posibilidad señalan que no es de recibo mantener la incertidumbre, pero no consiguen desvanecer la perplejidad sobre la falta de plazo; porque, ¿qué significa que la opción debe ser ejercitada «en un plazo razonable»? Sigue abierta la misma puerta a la inseguridad que critican a la falta de pronunciamiento de la propia ley. Pienso que una interpretación integradora de la ley, teniendo en cuenta las finalidades y objetivos que se propone, lleva a considerar que la falta de pronunciamiento

---

52 Valpuesta Gastaminza,(2004), 478 y nota 4 de esta misma página.

53 Sánchez Paredes (2009), 429.

54 Valpuesta Gastaminza, (2004) p. 480, Gómez Mendoza, (2004), 725, Martínez Flórez, (2004), 1151.

sobre el plazo para ejercer la opción no es una omisión involuntaria, sino que es perfectamente consciente; efectivamente, a mi modo de ver, la opción puede ejercitarse a partir del momento en que el informe de la administración concursal determine la situación económica, ya que puede ocurrir que antes no pueda saberse si la resolución del contrato en cuestión va a resultar o no beneficiosa para el concurso en los términos establecidos en el art. 61.2,2 LC<sup>55</sup>. Pero con esta propuesta de interpretación sólo tenemos solucionada una parte del problema, que es la determinación del *dies a quo* para el inicio del plazo de ejercicio de la acción; seguimos con el problema del propio plazo, porque no puede aplicarse la regla residual del art. 1964 CC, es decir, los quince años, por falta de eficiencia y ser contraria a los intereses perseguidos con el concurso. Una posible solución se encuentra en la propuesta de algunos autores que trasladan la obligación de actuar a la parte *in bonis*, que queda afectada por la decisión, es decir, que a partir del informe de la administración concursal, dicha parte puede dirigirse al concursado o a la administración concursal, exigiendo que le notifique si va a continuar con el contrato que le afecta o bien va a optar por la resolución. Esta es una solución que puede estar de acuerdo con la situación creada por el concurso, pero no hay que olvidar que la resolución es solo una facultad y que de acuerdo con el principio general del art. 61 LC, los contratos se mantienen a pesar del concurso y además no hay que olvidar que la parte *in bonis* no está legitimada para el ejercicio de la acción de resolución. Por tanto, no acierto a ver dónde se va a generar la incertidumbre, cuando lo que ocurre es que el contrato va a tener que cumplirse y esto es lo seguro, y sólo el ejercicio de una facultad de opción por la resolución va a producir su resolución. En principio, debe entenderse que en cualquier momento del concurso puede ejercitarse la acción de resolución, siempre que concurren los requisitos exigidos. Pero también debería ser posible atender a los intereses del contratante *in bonis*, por lo que parece lógica la postura de quienes consideran que dicho contratante podrá requerir a la administración o al concursado, pero solo para el cumplimiento del contrato y será en este momento cuando los requeridos deberán ejercer la acción de resolución<sup>56</sup>. En

---

55 En un sentido parecido, Valpuesta Gastaminza, (2004), 481 y Martínez Flórez, (2004), 1151.

56 Sánchez Paredes (2009), 422 dice que «si la parte *in bonis* no obtiene respuesta en un plazo razonable, el silencio ha de ser interpretado en el sentido de que se mantiene la vigencia del contrato y se rechaza la posibilidad de resolverlo en interés del concurso, de modo que solo cabría su resolución por incumplimiento[...]».



conclusión, la acción de resolución puede producirse a partir de dos posibles iniciativas: i) la de la administración concursal o el mismo concursado, sin plazo establecido, pero siempre dentro del procedimiento concursal, y ii) la del contratante *in bonis* cuando exija el cumplimiento del contrato, ya que entonces los facultados para pedir la resolución, la podrán ejercitar como excepción. No puede entenderse esta propuesta como una invitación a la pasividad de la administración concursal ni a la obligación de la parte *in bonis* cumplidora al ejercicio de la acción exigiendo el cumplimiento; ello significa únicamente que debe permitirse que la administración concursal o el deudor ejerzan la excepción oponiendo al contratante *in bonis* la resolución cuando éste pida el cumplimiento.

La resolución en interés del concurso debe ser acordada por el juez, después de citar a una comparecencia al concursado, a la administración concursal y a la otra parte contractual. Puede ocurrir: i) que ambas partes estén de acuerdo respecto con la resolución y los efectos que va a producir; en este caso el juez queda vinculado y debe dictar un auto declarando resuelto el contrato, de acuerdo con lo que las partes hayan acordado; ii) que no estén de acuerdo; en este caso debe abrirse un incidente concursal y el juez decidirá «acerca de la resolución, acordando, en su caso, las restituciones que procedan y las indemnizaciones que hayan de satisfacerse con cargo a la masa» (artículo 61.2, 2 *in fine*).

d) *Los efectos de la resolución*. Se trata de un tipo de ineficacia sobrevenida que sólo puede producirse en interés del concurso. Se trata, en consecuencia, de una ineficacia funcional, cuya finalidad es facilitar la solución del concurso para lo que la ley concede la facultad de impugnar el contrato sólo al concursado o a la administración concursal, excluyendo, como ya se ha dicho, a los acreedores. Se trata de una acción autónoma e independiente de otras posibles acciones, como la de incumplimiento del art. 1124 CC, que no se podrá ejercitar por ninguna de las partes porque, insisto, no se trata de un remedio al incumplimiento, sino de facilitar el mejor resultado del concurso.

De ahí que, se produzca un efecto extintivo para el concursado, ya que van a suprimirse las obligaciones de ambos contratantes, independientemente de quiénes sean deudor o acreedor de las mismas, porque no debe excluirse que el concursado sea acreedor de la otra parte en el contrato que va a resolverse, pero que a pesar de ser titular de un derecho de crédito, se trate de una

resolución conveniente por la naturaleza de las obligaciones asumidas por el propio concursado, ya que no debe olvidarse que nos encontramos ante contratos con obligaciones recíprocas.

El efecto extintivo del contrato se concreta en una doble consecuencia: como ya se ha dicho, i) la primera y principal la constituye la liberación de las obligaciones recíprocas acordadas; ii) la segunda consiste en el efecto restitutorio cuando una de las prestaciones acordadas hubiese sido ya cumplida total o parcialmente, ya por el concursado, ya por el contratante *in bonis* y como consecuencia de dicho efecto, las partes deben devolverse aquello en que ha consistido la prestación realizada. Esto plantea un problema adicional cuando se trata de contratos de tracto sucesivo, como un arrendamiento o un suministro. La doctrina entiende que el efecto restitutorio sólo va a producirse en este caso a partir del momento en que se declara la resolución, porque nos encontramos ante un contrato válido cuya única razón de extinción se encuentra en el «interés del concurso», por lo que la producción de efectos sólo puede tener lugar a partir de la resolución, debiendo mantenerse todos los ya ejecutados con anterioridad. Esta es una solución correcta, porque no se trata de una acción de nulidad, sino de resolución. Ello va a plantear, sin embargo, una nueva duda: ¿qué ocurre con los efectos del contrato que han tenido lugar a partir de la petición de resolución? A mi modo de ver, es este precisamente el momento que debe tenerse en cuenta para el cese de los efectos del contrato, no la fecha del auto declarando la resolución, porque a ello nos lleva la propia finalidad de esta forma de ineficacia. Por tanto, si se trata de un contrato de tracto sucesivo que haya producido determinados efectos desde la declaración del concurso, estos quedan consolidados y sólo desaparecerán los que hayan tenido lugar a partir del momento de la petición de resolución, por tanto, sin efectos retroactivo. Pero ¿qué ocurre cuando se trata de una compraventa a plazos o de lo que resulte indispensable para la producción de los bienes a que se dedica la actividad del concursado? Dejo en el aire la pregunta, pero una vez más deberá tenerse en cuenta el interés del concurso a la hora de tomar la determinación de resolverlo o no<sup>57</sup>.

Otra consecuencia la encontramos en los posibles compensaciones indemnizatorias que puedan tener lugar como resultado de la resolución del contrato, ya sea porque se hubiesen pactado en el contrato que ahora se va a resolver, ya sea porque con esta resolución se haya causado un perjuicio

---

57 Sánchez Paredes (2009), 418.

a la parte *in bonis*. Pero insisto en que no nos hallamos ante un supuesto de incumplimiento previo que permitiera aplicar el art. 1124 CC, sino de una situación que se genera no solo en interés del concurso, sino para evitar un incumplimiento y que va a tener lugar por una razón posterior al contrato y en beneficio de los acreedores del concurso. Ello va a comportar que la parte que reclame dichos daños deberá demostrarlos, tal como resulta ser la regla general de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1106 CC<sup>58</sup>. Es evidente que los daños deben ser tenidos en cuenta a la hora de planear la resolución del contrato por parte de los implicados en el concurso, ya sea el propio concursado, ya sea la administración concursal, porque las consecuencias de la resolución van a hacerse efectivas con cargo a la masa, no solo de acuerdo con lo dispuesto en el art. 61.2,1 LC, sino porque lo prevé el art. 84, 6º LC, que incluye en los créditos contra la masa aquellos gastos que resulten «de obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria» del contrato. Ello podría incentivar al concursado o la administración para el cumplimiento del contrato, aunque ello depende del propio contrato, porque si pensamos en un leasing de bienes que se deprecian con el uso, las conclusiones ya no serán tan claras.

## **B) Las acciones de resolución por incumplimiento**

El principio establecido en el art. 61 LC, que impone a las partes la obligación de cumplimiento a pesar del concurso, comporta la necesidad de regular qué ocurre cuando una de ellas incumple. Recuérdese que la acción de resolución en interés del concurso partía precisamente de la base de que de acuerdo con el citado art. 61.2 LC, se sigue obligado a cumplir, por lo que puede ser conveniente privar de su eficacia a un contrato que no sea interesante para el concurso. Aquí nos encontramos ante el supuesto del incumplimiento, que puede ser consecuencia o no del concurso. La redacción del art. 62 LC parte de una norma clara cuando afirma que «la declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos [...] por incumplimiento *posterior* de cualquiera de las partes».

---

<sup>58</sup> Martínez Flórez (2004), 1154 dice que «la resolución tendrá como consecuencia que un contrato válidamente celebrado no va a ser cumplido o no lo va a ser íntegramente y esto puede ocasionar daños a la otra parte, puesto que su interés no se verá satisfecho, y serán tales daños los que tendrán que ser tenidos en cuenta por el juez a la hora de fijar la indemnización».

Esta declaración no evita las acciones por causas de ineficacia estructural como la nulidad o la anulabilidad e incluso la rescisión. Hay que preguntarse asimismo cuál será el régimen de la acción por incumplimiento anterior, como se verá a continuación.

La pregunta que debemos hacernos a continuación concierne a la cuestión de por qué la Ley concursal limita al ejercicio dentro del procedimiento concursal, de las acciones por incumplimientos que sean consecuencia del propio concurso; esto puede deducirse de lo establecido en el inciso segundo del primer párrafo del art 62 LC, cuando permite el ejercicio por incumplimiento de obligaciones derivadas de contratos de tracto sucesivo (como el suministro), lo que parece excluir que esta acción específica pueda referirse a otros incumplimientos anteriores. La Exposición de motivos de la Ley señala que en el derecho anterior, a pesar de la falta de norma específica, «es evidente que la facultad que otorga el ordenamiento al contratante no incumplidor para desvincularse del contrato cuando la otra parte no cumple lo que le incumbe (art 1124 CC) podía ser ejercitada en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes aunque una de las partes hubiera sido declarada en concurso, al igual que los demás mecanismos de que disponen los contratantes de un contrato sinalagmático». A mi modo de ver, el efecto de la declaración de concurso sobre las obligaciones sinalagmáticas pendientes de cumplimiento tiene diversos aspectos: i) como es obvio y ya se ha estudiado antes, las obligaciones deben ser cumplidas; ii) en consecuencia, si se hubieren incumplido, será procedente la acción de resolución, siempre que concurren los requisitos establecidos en el art. 1124 CC; c) cuando el incumplimiento se produce con posterioridad a la declaración de concurso, el art. 62 LC establece una acción resolutoria concursal, que modifica algunos de los requisitos establecidos en el art. 1124 CC, pero que parte de sus presupuestos, de modo que en este caso, las partes no podrán ejercitar la acción del art. 1124 CC de forma independiente y deberán ajustarse a las reglas específicas del art. 62 LC.

*a) Los tipos de incumplimiento.* Lo anterior obliga a distinguir los diferentes tipos de incumplimiento, a los efectos de la aplicación de esta disposición. El art. 62.1 LC exige que el incumplimiento sea posterior a la declaración de concurso, para se pueda ejercitar este tipo modificado de la acción resolutoria por incumplimiento<sup>59</sup>. Con la excepción de los contratos de tracto sucesivo,

---

<sup>59</sup> A mi modo de ver el artículo 62 LC está estableciendo un tipo distinto para la acción básica por incumplimiento contractual. Es decir, la ley solamente modifica las características, los requisitos

que se verá de forma independiente. Cualquier incumplimiento *posterior* al concurso permite el ejercicio de esta acción, así el vendedor que no ha entregado, el comprador que no ha pagado el precio, el arrendatario de servicios que no ha cumplido, etc. Hay que excluir de este apartado aquellos contratos que se extinguen por la declaración de concurso, según se ha visto ya; en estos casos no podrá ejercitarse esta acción, sino las restitutorias o liquidatorias que correspondan como consecuencia de la extinción del contrato.

La doctrina se plantea un supuesto que pienso debe ser objeto de reflexión. Es cierto que la facultad de pedir la resolución del contrato se reconoce a las partes cuyas obligaciones se encuentran total o parcialmente pendientes de cumplimiento en el momento de la declaración del concurso; y se añade «que de ello podría deducirse que no puede ejercitarse la facultad de resolución por incumplimiento cuando se trata de contratos cumplidos por una de las partes al tiempo de la apertura del concurso»<sup>60</sup>; ello lleva a la pregunta de si puede ejercitar esta acción la parte *in bonis* que haya cumplido y se dice que si se han transmitido bienes, sólo podría el contratante cumplidor pedir la resolución si se adquiere un crédito para la devolución y no si esta va a tener efectos reales, porque con ello se estaría violando la igualdad entre los acreedores, al sustraer de la masa activa los bienes cuya posesión o propiedad se hubiesen ya transmitido. Este es un problema verdaderamente complejo, porque las consecuencias de la acción resolutoria en relación a este aspecto no están previstas en el art. 62.4 LC, por lo que deben seguirse las reglas generales y considerar que además de la devolución de las cosas transmitidas, se deberá una indemnización por daños y perjuicios, efecto del incumplimiento, con cargo a la masa. Ciertamente, el juez puede impedir la resolución en interés del concurso (art. 62.3 LC) y este quizá sería uno de los supuestos en que debería quedar protegido dicho interés, pero dejando aparte la decisión del juez que puede o no producirse, creo que no puede impedirse la resolución cuando el contratante cumplidor *in bonis* haya transmitido bienes, porque puede recuperarlos en virtud de esta acción, si el incumplimiento del concursado se ha producido en un momento posterior al concurso.

En resumen, puede decirse que: i) el contratante *in bonis* que había cumplido totalmente su prestación deberá aplicarse lo dispuesto en el artículo 61.1

---

y algunos de los efectos de la acción resolutoria por incumplimiento, precisamente porque se inserta en el marco de un procedimiento concursal. Pero, a mi modo de ver, en todo aquello no regulado en la Ley concursal, deberá aplicarse lo dispuesto en el Código civil.

60 Martínez Flórez, (2004), 1164.

LC y no será posible la acción del artículo 62, al existir cumplimiento por una de las partes; ii) si una vez declarado el concurso, ninguno de los contratantes había aun cumplido su obligación y después el concursado incumple, el concursante *in bonis* podrá acudir a la acción por incumplimiento del artículo 62 LC. El otro problema se planteará en relación a la restitución de lo aportado por el contratante *in bonis* en cumplimiento del contrato, puesto que el artículo 62.4 LC parece referirse únicamente a los contratos de tracto sucesivo cuando dice que «[...]se incluirá en el concurso el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones contractuales si el incumplimiento fueran anterior a la declaración de concurso; si fuera posterior, el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa».

Cuando el incumplimiento de cualquiera de las partes sea anterior a la declaración del concurso, no podrá ejercitarse este modalidad de acción resolutoria, pero a continuación surge también la pregunta relativa a si puede ejercitarse la acción del art. 1124 CC, tanto por parte del contratante *in bonis*, como por parte del concursado cuando haya sido el primero quien haya incumplido. De acuerdo con el art. 8.1 LC, el juez del concurso será competente para «las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado»; por tanto, esta acción deberá acumularse de acuerdo con lo establecido en el art. 51 LC, a no ser que se hubiese presentado la demanda antes de la declaración de concurso, en cuyo caso, el propio art. 51.1 LC establece que se continuarán hasta la firmeza de la sentencia.

Respecto de los contratos de tracto sucesivo, entre los que se encuentra de suministro, el art. 62. 1 *in fine* permite la resolución «cuando el incumplimiento hubiese sido anterior al contrato», lo que en la práctica tendrá efectos importantes en el concurso, porque si se quiere mantener el suministro, las prestaciones anteriores tendrán la característica de créditos contra la masa, de acuerdo con lo establecido en el art. 61.1 LC. De todos modos, esta es una cuestión polémica y creo que solo cuando el juez decida el mantenimiento del contrato a pesar del incumplimiento, las prestaciones irán a cargo de la masa, porque dicho mantenimiento se efectúa siempre en interés del concurso y entonces es lógico que las obligaciones sean créditos contra la masa<sup>61</sup>.

---

61 En contra, Juan Mateu (2008), 134, para quien «la tesis que pretende calificar las prestaciones de un contrato de tracto sucesivo debidas ya con anterioridad al concurso como créditos contra la masa, resulta contraria a la *par condicio creditorum*, al hacer de mejor condición a los acreedores de dichas prestaciones» y propone que «solo los nuevos créditos del suministrador por las prestaciones que realice después de la apertura del procedimiento concursal» serán créditos contra la masa, mientras

En cualquier caso, el incumplimiento debe ser «resolutorio», es decir, hay que aplicar las reglas de la jurisprudencia acerca de las causas que dan lugar al incumplimiento, de acuerdo con el art. 1124 CC, teniendo en cuenta las matizaciones introducidas en este tema en la reciente jurisprudencia, que entienden que la gravedad del incumplimiento residen en la frustración del fin del contrato, independientemente de la voluntad del incumplidor<sup>62</sup>. Es cierto que ante la novedad de la acción, por una parte y su semejanza con la acción resolutoria, por otra, las decisiones de jueces y tribunales aplicando la ley concursal, tienden a utilizar la jurisprudencia del Tribunal Supremo en torno al art. 1124 CC para la calificación del incumplimiento<sup>63</sup>.

Como se ha dicho antes, la acción puede ser ejercitada por cualquiera de las partes.

El juez competente será el del concurso y se tramitará por medio del incidente concursal, de modo que no puede ejercitarse dicha acción por medio de un procedimiento extrajudicial, como se permite en base al art. 1124 CC. Esta será otra de las características de la acción resolutoria concursal.

*b) La posibilidad de mantenimiento del contrato por decisión judicial.*  
En cualquier tipo de contrato con prestaciones recíprocas incumplido, sea por la parte *in bonis*, como por la parte concursada, el juez tiene la facultad de impedir la resolución cuando ello sea conveniente para el interés del concurso. Esta no es una norma extraña en el sistema obligacional español, ya que el art. 1124.3 CC permite al juez que mediando causas justificadas, señale un plazo para el cumplimiento<sup>64</sup> cuando se ha producido un incumplimiento en los contratos con obligaciones recíprocas. Es evidente que la casuística puede resultar compleja en la determinación de lo que va a significar «interés del

---

que los antiguos sólo serán meros créditos concursales, salvo en el caso de enervación judicial de la resolución del contrato de suministro en interés del concurso en que los créditos anteriores «parece» que se tendrán que pagar con cargo a la masa. Ver asimismo García Vicente (2008), 365.

62 Para mayor información véase Díez Picazo (2007) pp, 841 ss; Clemente Meoro (2009), 18 ss y Fernández Gregoraci (2009), 483-486.

63 Así, por ejemplo, la sentencia del Juzgado mercantil 1 de Valencia, de 14 julio 2005 aplica los requisitos y efectos de la resolución en base al art. 1124 CC y lo mismo ocurre con la sentencia del juzgado de 1ª Instancia y mercantil nº 10 de Santander, de 19 octubre 2005. Gómez Martín (2007), 423 y 427-428. Sin embargo, la sentencia del juzgado de lo Mercantil de 2 enero 2006 decía que respecto a la resolución en la declaración y dice que «la Ley concursal ha optado por una disciplina especial, *diferente a las reglas generales del art. 1124 CC*, basándose en la prevalencia del interés del concurso sobre el particular de los contratantes».

64 García Vicente (2004), 708.

concurso» en lo relativo al cumplimiento o incumplimiento definitivo de los contratos previamente incumplidos. Deberán examinarse todas las consecuencias de la resolución, concretamente los efectos devolutivos y los resarcitorios y muy especialmente teniendo en cuenta que las prestaciones que comporte el mantenimiento del contrato «en interés del concurso» y que vayan a cargo del concursado están calificadas por el art. 62.3 LC, como créditos contra la masa. Se dice que esta facultad de mantenimiento del contrato en el art. 62.3 LC está configurada de forma borrosa<sup>65</sup>, porque «parece que es el propio juez del concurso, valorando el interés del concurso, el que determina la continuación del contrato, sin otro requisito complementario». Ello no debe ser interpretado así, porque, aunque no se exija literalmente la concurrencia de la administración judicial, como ocurre en el art. 61.2.2 LC, parece adecuado hacer participar a la administración concursal, no tanto porque tenga o no la iniciativa en el ejercicio de dicha acción, sino porque va a tener más información a la hora de proporcionar datos que van a poder determinar si existe o no «interés» en mantener el contrato incumplido. Por ello se dice que esta decisión judicial solo tendrá sentido «en el caso de que sea el contratante *in bonis* el que ejerza la facultad resolutoria (atribuida en el art. 62.1 LC a «ambas partes») y siempre que el deudor concursado y/o la administración concursal aleguen que la continuación del contrato, pese a su propio incumplimiento, satisface el interés del concurso»<sup>66</sup>. Lo que obliga a plantear si en el caso en que el juez acuerde el mantenimiento del contrato, puede haber algún tipo de indemnización, ya sea por el retraso, ya sea porque se haya producido un incumplimiento parcial, aunque mi parecer no sería favorable a una compensación de este tipo, porque puede parecer que el incumplimiento se haya compensado con el cumplimiento impuesto por el juez. Sin embargo, esta es una cuestión no resuelta por la ley, que puede ser objeto de discusión.

c) *Los efectos de la resolución.* La resolución del contrato por incumplimiento produce los efectos propios de cualquier acción resolutoria: i) la extinción de la relación obligatoria; ii) el efecto restitutorio, y iii) la indemnización de los daños causados<sup>67</sup>. Esta regla aparece reproducida en el art. 62.4 LC, que dice que «acordada la resolución del contrato, quedarán extinguidas

---

65 García Vicente (2004), 709

66 García Vicente (2004), 709. También Martínez Flórez (2004), 1168.

67 Por todos, Díez Picazo, (2007), II,871 ss.



las obligaciones pendientes de vencimiento», de modo que la acción resolutoria no tiene ya mayores diferencias con la prevista en el art. 1124 CC. Esta resolución producirá efectos devolutivos y liquidatorios.

Lo que preocupa, sin embargo, a la ley concursal no es precisamente la determinación de los efectos de la resolución, sino cuál va a ser la naturaleza de los créditos que se originan. Para ello hay que distinguir diversos tipos de obligaciones: i) las generadas con anterioridad a la petición de resolución, es decir, las obligaciones incumplidas por el concursado, que van a permitir el ejercicio de la acción de resolución, distinguiendo en este caso quién es el incumplidor, si el contratante *in bonis*, o bien el concursado; ii) las obligaciones que surgen como consecuencia del incumplimiento y de la resolución, es decir la devolución de las cosas que se hubiesen transmitido y las correspondientes indemnizaciones por los daños y perjuicios a que hubiere lugar, y iii) en especial, la cláusula penal respecto de las indemnizaciones.

- i) Respecto de las obligaciones incumplidas, si el incumplidor es el contratante *in bonis*, existía ya un crédito de la masa activa contra él, que seguirá manteniéndose. Si el incumplidor fue el concursado, el art. 62.4 LC establece que «se incluirá en el concurso el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones contractuales», si el incumplimiento fuese anterior al concurso y si fuese posterior, el crédito de la parte cumplidora «se satisfará con cargo a la masa». Por tanto, el crédito por las obligaciones anteriores es calificado por la ley como crédito concursal, mientras que el posterior es calificado como crédito contra la masa. Y como la resolución del art. 62 LC solo puede ejercitarse cuando se hayan incumplido las obligaciones en un momento posterior al concurso, siempre se tratará de créditos contra la masa. Debe añadirse aquí que en los contratos de tracto sucesivo también puede ejercitarse la acción por incumplimientos anteriores a la declaración de concurso, lo cual parece poner de manifiesto que dicho artículo está pensando en las consecuencias de la resolución para los contratos de tractos sucesivo.
- ii) El segundo punto a resolver es el relativo a los créditos indemnizatorios. La Ley concursal establece que el crédito generado por el incumplimiento «comprenderá el resarcimiento de los daños y perjuicios que proceda» y esta disposición genera dos tipos de problemas interpretativos: uno, el relativo a la naturaleza del crédito

cuando sea la parte *in bonis* la que demande dicha indemnización, y otro, el alcance de la propia indemnización. Se sugiere por parte de la doctrina que el primer punto sea resuelto de acuerdo con las anteriores reglas, que son en definitiva, las contenidas en el art. 62.4 LC, es decir, que se tenga en cuenta el momento del incumplimiento<sup>68</sup>. Ello es correcto si entendemos que el crédito por la indemnización de los daños nace en el mismo momento del incumplimiento, especialmente si este ha sido definitivo. Distinto será el caso de los intereses cuando sean debidos, porque de acuerdo con lo dispuesto en el art. 59.1 LC, desde la declaración de concurso queda suspendido el devengo de intereses, sean legales o convencionales.

Respecto al alcance de la indemnización, deben aplicarse las normas generales del Código civil, arts. 1101 y siguientes, generándose la discusión sobre si la propia insolvencia debe considerarse como causa del incumplimiento, siempre, claro está, que sea posterior a la declaración de concurso. Esta cuestión no puede decidirse sin tener en cuenta cuál es la causa del incumplimiento posterior a la declaración de concurso y ello a los efectos de poder imputarla al deudor incumplidor concursado; puede ocurrir que se haya incumplido por otras causas, por lo que la imputabilidad al deudor no pueda producirse<sup>69</sup>. No olvido que ello va a tener consecuencias importantes respecto a las correspondientes indemnizaciones, pero no dejo de pensar en que resulta difícil decidir de una forma abstracta sobre la influencia de la propia insolvencia en el incumplimiento producido. Si la hay, pienso que deberá tenerse en cuenta a los efectos de imputar el incumplimiento al deudor concursado.

- iii) Una nueva cuestión es la relativa al papel que en las indemnizaciones por incumplimiento juega la cláusula penal pactada en el contrato incumplido. Depende también del papel que las partes hayan atribuido a dicha cláusula que puede ser sustitutoria de la indemnización o bien punitiva y ello a los efectos de calificación del crédito que se genera con dicha cláusula e independientemente de la moderación por el juez cuando ello sea posible, de acuerdo con el art. 1154 CC.

---

68 Así Martínez Flórez (2004), 1172.

69 García Vicente (2004), 712.

En este caso, el crédito del cumplidor que sea contratante *in bonis* tendrá el mismo tratamiento que el crédito por indemnizaciones y si se trata de un crédito del concursado, se integrará en la masa activa, sin mayores problemas. García Vicente sugiere que cuando se trate de una cláusula penal que tenga naturaleza punitiva, reciba el mismo tratamiento que las demás sanciones y, por tanto, tenga la consideración de crédito subordinado, de acuerdo con lo establecido en el art. 92.4º LC.<sup>70</sup>

Mayores problemas presenta el efecto restitutorio de la resolución. Como he dicho antes, la ley no modifica el efecto de la acción resolutoria del art. 1124 CC, de modo que las partes deberán devolverse lo ya recibido como cumplimiento de lo acordado. Imaginemos el caso típico de una inmobiliaria en concurso que incumple la obligación de entrega de las viviendas, cuando la parte compradora ha cumplido la obligación del pago del precio pactado; resuelto el contrato, la inmobiliaria no está obligada a entregar los inmuebles, pero sí a devolver las cantidades cobradas, con lo que los adquirentes frustrados ostentarían un crédito contra la masa si el incumplimiento se produjo después del concurso o un crédito concursal, si el incumplimiento se ha producido antes del propio concurso; aquí no se va a producir ningún perjuicio para el concurso, en principio, porque se mantienen en la masa activa los inmuebles. Pero imaginemos el caso contrario, en que una empresa que adquiere un inmueble para sus oficinas, entra en concurso e incumple el pago de la parte del precio que aun queda por pagar; si se resuelve el contrato por incumplimiento, es posible que se perjudique a la masa de acreedores, porque deberá devolverse el inmueble al vendedor *in bonis* cumplidor. Ello puede agravarse cuando la devolución de las cosas *in natura* comporte la liquidación de una serie de gastos, mejoras, etc. que deban abonarse a quien va a perder la propiedad de la cosa que debe devolver por razón del incumplimiento. La reflexión o quizá la preocupación que generan estos casos no es tanto del tipo jurídico, como de tipo económico, porque, efectivamente, a falta de regla precisa en la Ley concursal, deben aplicarse las reglas del Código civil o de la ley especial que corresponda. Pero ello no deja de generar la preocupación de si resulta conveniente en la situación de insolvencia que ha dado lugar al concurso.

---

70 García Vicente (2004), 712.

## VI. OTRAS FORMAS DE INEFICACIA

De acuerdo con el art. 63 LC, las acciones de resolución no son la única vía para privar de eficacia a un contrato por causa del concurso de una de las partes. Dicha norma mantiene en vigor las reglas especiales relativas a determinados contratos, tal como figuran en el Código civil y en otras leyes y, además, permite el ejercicio de la facultad de denuncia unilateral cuando así esté prevista por la ley. Se trata por tanto de una regla que no añade nada nuevo al concurso, sino que se limita a recordar que existen otras normas en vigor que deben ser también aplicadas.

En consecuencia pueden distinguirse dos tipos de ineficacia sobrevenida que pueden coexistir en el concurso: i) una, está prevista directamente en la ley concursal, y ii) otras, previstas en otras leyes, que han sido mantenidas en vigor en la concursal y que consisten en la regulación de determinados contratos, sobre todo aquellos que se convienen sobre la base de la confianza entre los contratantes.

Ya se ha visto antes, al tratar de los tipos de contratos que van a quedar afectados por el concurso, que la ley declara extinguidos directamente algunos en esta circunstancia económica, de modo que nos hallamos ante un tipo de extinción previsto claramente por la ley que, evidentemente, puede ser excluida por la voluntad de las partes, pero en este caso posiblemente haya que recurrir a la figura de la rehabilitación del contrato en interés del concurso, es decir, en definitiva, concluir un nuevo contrato. Me voy a referir sólo a algunos contratos, como son el mandato, la sociedad y la agencia.

a) *El mandato*. Como ya se ha dicho, el art. 1732.3 CC establece que el mandato se acaba por el concurso o la insolvencia del mandante o del mandatario. De modo parecido, el art. 280 Cdec establece que por la inhabilitación del comisionista se rescindirá el contrato, pero no produce dicha extinción la del comitente. Extinguido el contrato, deberá procederse a la liquidación de las relaciones generadas, de acuerdo con las normas establecidas para ello. Pero dejando aparte esta última cuestión, que no es el objeto de este trabajo, la problemática debe centrarse en si producida la insolvencia, el contrato de mandato se extingue automáticamente o bien se requieren algunos otros requisitos, ya que, como se afirma, el problema, sobre todo en relación al mandante insolvente, se plantea en torno a la protección de los terceros que han contratado con un mandatario que sigue ostentando, aparentemente, esta

cualidad y más teniendo en cuenta lo establecido en el art. 1738 CC respecto a la validez de los actos realizados por el mandatario que ignora el concurso del mandante<sup>71</sup>. La razón de la norma de extinción es el carácter *intuitu personae* de este contrato y realmente existen hoy voces discordantes con el automatismo del Código civil, ya que se entiende que en determinados supuestos, debería mantenerse la vigencia del mandato a pesar de la dicción literal del art. 1732 CC, ya sea por pacto en este sentido entre mandante y mandatario, ya sea por acuerdo del juez en interés del mandato<sup>72</sup>. El tenor literal de la norma y la no modificación del Código civil, a pesar de las propuestas de los anteproyectos de ley concursal, impiden una interpretación del tipo conservativo del contrato, ya que, además, la extinción parece en muchos casos exigida por el propio interés del concurso, en el caso que se pone como ejemplo, de que el mandatario sea privado de sus facultades de administrar y disponer, cuando se le hubiese encargado precisamente la disposición de un bien del mandante<sup>73</sup>.

La cuestión de la liquidación de este contrato en el caso de concurso de ambos contratantes presenta asimismo algunas peculiaridades. Cuando el concursado sea el mandante, deberá aplicarse lo establecido en el art. 1738 CC, de modo que el contrato concluido por el mandatario que ignora la causa de extinción es válido y surte sus efectos frente a quien contrata, siendo tercero de buena fe, y situándose, por tanto, en la misma posición que el art. 61 LC prevé para los contratos pendientes de cumplimiento.

b) *El contrato de sociedad civil* se extingue por la insolvencia de uno de los socios, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1700.3º CC<sup>74</sup>. Ante las diferentes interpretaciones sobre el significado de la expresión «insolvencia» utilizada en dicho artículo, me decanto por la interpretación que la limita al caso en que se haya declarado al socio en concurso de acreedores<sup>75</sup>, pero lo que sí es cierto es que, en cualquier caso, la declaración de concurso, nece-

---

71 Gordillo (1991), II, 1597 y Macía Morillo (2005), 186.

72 Macía Morillo (2005) 200 y 217 y ss para la extinción del mandato por concurso del mandatario. Gordillo dice simplemente que al tratarse de un contrato basado en la confianza es natural que la insolvencia tanto del mandante como del mandatario «vengan igualmente a ponerle fin».

73 Martínez Flórez (2004), 1184.

74 Ver, además, los arts 221,3 y 222, 3ª Código de comercio respecto a la sociedades y de las sociedades colectivas y en comandita.

75 En este punto coincido con las opiniones de Paz Ares (1991), II, 1494 y Capilla (1986), 594.

sario o voluntario, producirá la extinción de la sociedad, con lo que se abre un procedimiento paralelo de liquidación, que va a coincidir con el concursal, ya que deberán formar parte de la masa activa del concurso solo aquellos bienes que en la disolución de la sociedad civil vayan a corresponder al socio cuyo concurso ha sido causa de la disolución. Porque, como es evidente, puede ocurrir perfectamente que la sociedad esté en una situación económica correcta, aunque uno de sus socios, por las razones que sea, se encuentre en una situación personal de insolvencia. El art. 1708 CC remite a las normas de la partición de las herencias, para la de la sociedad civil, aunque hay que tener en cuenta que si el insolvente/concursado es un socio de industria, «no se le puede aplicar ninguna parte de los bienes aportados, sino solo sus frutos y los beneficios», salvo que se hubiese pactado una cosa distinta<sup>76</sup>.

c) Finalmente, existe una norma específica relativa a la extinción *del contrato de agencia*, establecida en el art. 26.1,b) de la ley 1/1992, de 27 de mayo, del contrato de agencia, modificado en la disposición final 29 de la propia Ley Concursal. En este artículo, redactado de nuevo por la propia Ley concursal, se establece que «cada una de las partes de un contrato de agencia pactado por tiempo determinado o indefinido podrá dar por finalizado el contrato en cualquier momento, sin necesidad de preaviso, en los siguientes casos: [...] b) cuando la otra parte hubiere sido declarada en concurso». Así como los contratos de mandato y de sociedad civil se extinguen como consecuencia de la insolvencia y yo añadido, declarada, de una de las partes, el contrato de agencia se mantiene, salvo que la parte *in bonis* declare su voluntad de no seguir con una relación contractual, que también está basada en la confianza mutua. Es cierto que el art. 25 LCA concede a las partes en los casos de contratos de agencia de duración indefinida, la facultad de extinguirlos, pero exige que se conceda un plazo de preaviso; lo que ocurre en el caso del concurso de una de las partes es que no se requiere este preaviso, de modo que nos encontramos ante una facultad concedida al contratante *in bonis*, cuyo ejercicio no exigirá los requisitos establecidos para otros supuestos de extinción.

Ahora bien, hay que tener en cuenta algunas cuestiones que pone de relieve la doctrina mercantilista en relación a la situación de este contrato una vez declarado el concurso de una de las partes<sup>77</sup>. En primer lugar, hay que tener

---

<sup>76</sup> Sobre el tema relacionado con las normas aplicables en la liquidación del contrato de sociedad civil, véase Paz Ares,(1991), II, 1517.

<sup>77</sup> Martínez Flórez, (2004), 1186.

en cuenta que el contrato seguirá en vigor mientras no se ejercite la facultad de extinguirlo, lo que se deduce directamente de lo dispuesto en el art. 26.2 LCA, cuando establece que «en tales casos [por tanto, incluido el concurso de una de las partes] se entenderá que el contrato finaliza a la recepción de la notificación escrita en la que conste la voluntad de darlo por extinguido y la causa de la extinción», lo que coincide en este punto con el art. 61.1 LC, que declara, como se ha visto, el mantenimiento de los contratos con prestaciones recíprocas (y el de agencia lo es) a pesar de la declaración del concurso. Lo que ocurre es que una de las partes en esta situación no está obligada a mantener la relación y, por tanto y por tratarse de un contrato *intuitu personae*, se la faculta para no permanecer en esta relación contractual.

La pregunta que debemos hacernos a continuación consiste en si el juez puede negarse al ejercicio de la facultad de extinguir el contrato «en interés del concurso». La solución es dudosa; para quien construye la teoría del mantenimiento del contrato únicamente sobre la base del art. 61 LC, puede resultar más o menos claro que el juez puede considerar que la continuidad del contrato de agencia es indispensable para el concurso y para mantener la actividad económica del concursado y en consecuencia, permitirá al juez negarse a la extinción del contrato; sin embargo, siendo éste un contrato basado en la confianza, hay argumentos para decir que solo el contratante *in bonis* puede decidir acerca de la continuidad o no del contrato de agencia y, por tanto, esta facultad no se ejerce *en* el concurso, sino *fuera* del concurso, aunque, evidentemente, tendrá sus repercusiones, especialmente en lo referido a la liquidación de las situaciones creadas con la agencia.

Esta es otra de las cuestiones dudosas que plantea la Ley 12/1992. Efectivamente, al tratar de las indemnizaciones por clientela, el art. 28 LCA no parece excluir que quien resuelve el contrato por concurso de la otra parte quede exento del pago de este tipo de compensaciones, aunque el art. 26.2 LCA dice que también se producirá en el caso que el «contrato se extinga por muerte o declaración de fallecimiento del agente», sin referirse a la extinción por concurso. Si tenemos en cuenta la finalidad de la indemnización por clientela<sup>78</sup>, la razón de su atribución sigue siendo la misma cuando el contrato se extingue por la declaración de concurso del agente, puesto que el dueño del negocio gozará de la clientela creada, caso de que la haya. El mismo problema

---

78 Las últimas sentencias del Tribunal Supremo han venido a confirmar la naturaleza de la indemnización por clientela como compensación por un cierto enriquecimiento injusto que puede haberse producido en el dueño del negocio. Ver las sentencias de

se plantea en relación con las otras indemnizaciones previstas en el art. 29 LCA, excluida solamente en los casos del art. 30 LCA. A mi modo de ver, la facultad de resolver el contrato cuando se produce el concurso del agente no debe evitar la aplicación de las reglas generales, ya que ni la indemnización prevista en el art. 29 LCA está excluida en el art. 30 LCA, ni se encuentra razón alguna para excluir la relativa a la clientela<sup>79</sup>. Un supuesto interesante relativo a estas indemnizaciones se planteó en la sentencia de la sección 15 Audiencia Provincial de Barcelona, de 15 febrero 2008<sup>80</sup>; se trataba de saber si se aplicaba a un contrato de agencia resuelto lo acordado en un documento privado pactado entre agente y dueño del negocio, que se prueba no ser válido; en este punto, la sentencia dice que «[...]si no resulta de aplicación el contrato privado aportado, y la relación de contrato de agencia queda regulada únicamente por la LCA, y respecto de los efectos en caso de concurso de una de las partes por lo establecido en los arts. 61 y ss de la LC». Sigue diciendo la sentencia analizada que

«al amparo de lo previsto en el art. 63 de la LC y del art. 62, 1, b) de la LCA, el contrato de agencia puede resolverse a instancia de una de las partes, en este caso el agente, cuando la otra hubiese sido declarada en concurso, lo que constituye una excepción al régimen general previsto en los arts. 61 y 62 de la LC. En caso de resolución del contrato de agencia, el agente podría optar por dos tipos de indemnización: la primera, al amparo del art. 28 LCA, la que le compensa por la clientela alcanzada a favor del comitente; la segunda, al amparo del art. 29 de la LCA, la que le compensa de los daños y perjuicios que, en su caso, le haya podido ocasionar la extinción anticipada. Ninguna de las dos es ejercitada por el actor, pues ni ha pedido una indemnización por clientela, que además habría requerido acreditar la concurrencia de los requisitos del art. 28 LCA, ni tampoco ha fundado la indemnización solicitada en la compensación de los daños y perjuicios derivados de la extinción anticipada».

---

79 Sin embargo, en el caso de la denuncia por parte del agente, debería pensarse si la norma del art. 30, b) LCA excluiría también la indemnización cuando la se hubiese producido por concurso del dueño del negocio.

80 *RJC*, IV, 2008, p. 1059.



El caso acaba sin conceder la indemnización porque el presunto pacto en documento privado no se había probado, no se habían especificado los daños.

Surgen las dudas relativas a los contratos semejantes al de agencia, que por ser atípicos no permiten aplicar otras reglas que las de la Ley concursal. Sin embargo, pienso que no es equivocado considerar que los contratos de concesión, franquicia y otros semejantes se pueden equiparar al de agencia en esta cuestión, como ha ocurrido en otros temas, aunque siempre sin aplicar automáticamente el principio de analogía<sup>81</sup>.

## VII. CONCLUSIONES

Este recorrido por algunos de los problemas que sugiere la lectura de las disposiciones de la Ley 22/2003 en relación con el mantenimiento de los contratos en el concurso de acreedores lleva a las siguientes conclusiones:

- 1<sup>a</sup> La regla del mantenimiento de los contratos con obligaciones recíprocas no acaba de poderse aplicar de una forma clara y diáfana de los distintos tipos de contratos en los que se puede producir esta

---

81 Como afirma la STS de 13 mayo 2009 cuando, resumiendo la doctrina de la Sala 1<sup>a</sup> en esta materia, afirma lo siguiente: «Así las cosas, es preciso señalar, en primer lugar, que, como ya se ha reiterado por esta Sala en numerosas ocasiones, entre otras, en la Sentencia del Pleno de 15 de enero de 2008 y en la de 21 de enero de 2009, en los casos de extinción de un contrato de concesión o distribución, la compensación por clientela y la aplicación analógica de la idea inspiradora del art. 28 de la Ley de Contrato de Agencia no pueden obedecer a criterios miméticos o de automatismo, debiendo hacerse notar que en la sentencia impugnada no se niega la posibilidad de aplicación analógica de los preceptos de la Ley del Contrato de Agencia. En segundo lugar, y siendo así que la resolución contractual obedece al previo incumplimiento de las entidades distribuidoras, recurrentes en casación, cuestión esta que no ha sido combatida eficazmente por las recurrentes y que, por tanto, debe permanecer incólume en esta sede, en modo alguno procede la indemnización por clientela, pues, como se declaró en la Sentencia de esta Sala de 26 de junio de 2008, citada por la posterior de 3 de diciembre de 2008, ya en las Sentencias de 15 de febrero y 16 de mayo de 2001 se niega que proceda toda indemnización por clientela al concesionario cuando las relaciones con el concedente de la exclusiva han sido incumplidas por el primero « afirmandose en la Sentencia de 16 de diciembre de 2005 que la doctrina jurisprudencial niega la indemnización por clientela, con aplicación analógica al contrato de distribución del art. 30 a) LCA, en los casos de incumplimiento contractual del agente o del distribuidor (Sentencias de 15 febrero y 16 mayo de 2.001 y 20 mayo de 2004 ), sin que quepa hacer distinciones donde de la ley no las hace («ubi lex non distinguit nec distinguere debemus»: Sentencias de 27 febrero de 1909, 16 de marzo de 1951, 12 de abril de 1988, 2 de abril de 1990, 22 de febrero de 1993), doctrina que ratifican las Sentencias de 31 de mayo de 2006 y 22 de junio de 2007».

reciprocidad y ello aunque se exige la bilateralidad y la reciprocidad. No deja claro lo que ocurre con otros contratos, como son los reales o los aleatorios, algunos de los cuales sí deben considerarse incluidos en el art. 61 LC. Parece que esté más clara en su aplicación a los contratos de suministro, aunque tampoco resulta absolutamente diáfana y, aunque el art. 63 LC se remite a las otras reglas que la propia ley concursal deja en vigor referidas al mantenimiento o extinción de los contratos, la aplicación resulta compleja. En especial, en lo relativo a la calificación de los créditos que generará la liquidación de los contratos que se van a extinguir directamente por la situación de concurso (sociedad y mandato), o la de aquellos que finalizarán por voluntad de la parte que está facultada para ello (agencia).

- 2<sup>a</sup> Otra regla importante que ayuda a la solución de lo planteado en la anterior conclusión la va a proporcionar la interpretación de las normas del art. 61 LC: los créditos nacidos de obligaciones recíprocas generadas con anterioridad a la declaración de concurso van a ser créditos concursales si la obligación se incumplió antes de la declaración del concurso y contra la masa si el incumplimiento tuvo lugar una vez ya declarado.
- 3<sup>a</sup> La regla del «interés del concurso» permite al juez, a petición de los legitimados para ello, resolver el contrato anterior, aunque no se haya producido un incumplimiento (art. 61.2 LC), o bien mantener el contrato aunque se hayan ejercitado acciones para resolverlo por la concurrencia del incumplimiento.
- 4<sup>a</sup> No quedan excluidas las acciones por incumplimiento del art. 1124 CC, aunque existan acciones específicas. La necesidad de combinar ambos tipos de acciones produce una cierta perplejidad, que requiere la fijación clara del supuesto de hecho: así, si el supuesto del incumplimiento se ajusta a lo previsto en los arts. 61 y 62 LC, deberán ejercitarse las acciones allí previstas, pero cuando no se trata de alguno de los casos contemplados en estas disposiciones, nada impide el ejercicio de la acción prevista en el art. 1124 CC, ni las de incumplimiento general, de acuerdo con el tipo de contrato afectado. Porque no olvidemos que los artículos de la Ley concursal solo se refieren a contratos con obligaciones recíprocas.

## BIBLIOGRAFÍA

- BLASCO GASCÓ, Fco. De P. (2009). *Declaración en concurso y contratos: resolución sin incumplimiento e incumplimiento sin resolución*. Inédito. Agradezco al autor la amabilidad de proporcionarme una copia para su consulta.
- CAPILLA RONCERO, Fco. (1986). Comentario al art. 1700 CC en Albaladejo, director. *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*. T. XXI, vol 1º. EDERSA. Madrid.
- CERDA, Fernando– SANCHO GARGALLO, Ignacio (2000). *Curso de Derecho concursal*. Colex, Madrid.
- CLEMENTE MEORO, Mario (2007). «Los efectos de la declaración de concurso del comprador en la compraventa de inmuebles sometida a condición resolutoria por impago del precio». *Anuario de Derecho concursal*, nº 10, p. 203.
- CLEMENTE MEORO, Mario (2009). *La resolución de los contratos por incumplimiento: presupuestos, efectos y resarcimiento del daño*. Bosch, Col·legi de Notaris de Catalunya. Barcelona.
- DIEZ PICAZO PONCE DE LEON, Luís (2008). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*. T. 2. Thomson Civitas. Madrid.
- DIEZ PICAZO PONCE DE LEON, Luís (2005). *Los incumplimientos resolutorios*. Cuadernos Civitas. Thomson-Civitas, Madrid.
- FÍNEZ RATÓN, José Manuel (1992). *Los efectos de la declaración de quiebra en los contratos bilaterales*. Civitas, Madrid.
- GARCIA VICENTE. «De los efectos sobre los contratos» (2004). En R. Bercovitz, coordinador *Comentarios a la Ley Concursal*. Vol. I, Tecnos, Madrid, p. 669.
- GARCIA VICENTE, José Ramón (2005). «Promesa bilateral de compraventa pendiente de ejecución y concurso del promitente comprador». *Anuario de Derecho concursal*, nº 6, p. 523.
- GARCIA VICENTE, José Ramón (2008). «El mantenimiento de los contratos de tracto sucesivo en interés del concurso». *Anuario de Derecho concursal*. Nº 13, p. 349.
- GARCIA VILLAVARDE, Rafael (1996). «Una forma especial de garantía: los efectos de la declaración de quiebra y la suspensión de pagos sobre las relaciones jurídicas bilaterales preexistentes y pendientes de ejecución», en *Estudios en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez* T. III. Civitas, Madrid, p. 3531.

- GOMEZ MENDOZA, María (2004a). «Comentario al art 61» en Sanchez-Ca- lero-Guilarte Gutierrez, directores. *Comentarios a la Legislación concursal*. Editorial Lex Nova, Valladolid. T. II, p. 1150.
- GÓMEZ MENDOZA, María (2004b). Comentario al art. 61 en *Comentarios a la Legislación concursal (Ley 22/2003 y 8/2003 para la reforma concursal)* Pulgar, Alonso Ureba, Alonso Ledesma y Alcocer Garau, directores. T. I. Registradores de la Propiedad, Duckinson, S.A. Madrid, p. 717.
- GÓMEZ MARTÍN, Fernando (2007). *Doctrina de los Tribunales en sede concursal*. Editorial Comares, Granada.
- GORDILLO CAÑAS, Antonio (1991). Comentario al art. 1732 CC, en Paz- Ares, Diez Picazo, Bercovitz, Salvador, directores. *Comentario del Código civil*. Ministerio de Justicia, Madrid, T. II, p. 1580.
- JUAN Y MATEU, Fernando (2008). «Los contratos de suministro en el concurso de la parte suministrada». *Anuario de Derecho concursal*. Nº 13, p. 115.
- MACIA MORILLO, Andrea (2005). «La extinción del mandato por concurso o insolvencia del mandante o del mandatario». *Anuario de Derecho con- cursal*. Nº 4, p. 171.
- MARTÍNEZ FLÓREZ, Aurora (2004). «De los efectos sobre los contratos». En Rojo-Beltrán. *Comentario de la Ley Concursal*. Thomson-Civitas, Madrid, p. 1115.
- PAZ-ARES, Cándido (1991). Comentario al art. 1700 CC. en Paz-Ares, Diez Picazo, Bercovitz, Salvador, directores. *Comentario del Código civil*. Mi- nisterio de Justicia, Madrid, T. II, p. 1489.
- SÁNCHEZ PAREDES, M<sup>a</sup> Luisa. (2009). «Los contratos bilaterales pendientes en el concurso». *Anuario de Derecho Concursal* 18, 4, p. 401.
- VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo (2004). «De los efectos sobre los contratos». En Cordón Moreno, director. *Comentarios a la Ley concursal*. Thomson-Aranzadi. Cizur Menor. T. I, p. 475.

# **PRESUPUESTO SUBJETIVO DEL CONCURSO DE ACREEDORES**

M<sup>a</sup> ÁNGELES PARRA  
Catedrática de Derecho Civil  
Universidad de Zaragoza

SUMARIO. 1. EL DIFERENTE RÉGIMEN SEGÚN QUE EL DEUDOR SEA PERSONA FÍSICA O JURÍDICA. 2. EL CONCURSO DEL MENOR DE EDAD Y DEL INCAPACITADO. 3. CONCURSO DE HERENCIA.— 3.1. Consideraciones generales. 3.1.1. Derecho concursal y derecho sucesorio. 3.1.2. Legitimación para instar el concurso de herencia. 3.2. Análisis de los diferentes supuestos. 3.2.1. Fallecimiento del deudor. 3.2.2. Llamamiento del deudor a una herencia. 3.2.3. Fallecimiento del concursado. 4. EL PROBLEMA DE LA FÓRMULA LEGAL.— 4.1. El «presupuesto subjetivo» del concurso. El deudor persona natural o jurídica. 4.2. Comunidades de bienes. 4.2.1. Las meras comunidades de bienes son una forma de titularidad colectiva. 4.2.2. Las «comunidades societarias». 4.3. Comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal. 4.4. El problema de la «sociedad irregular». 4.4.1. El concurso de la sociedad irregular. 4.4.2. Responsabilidad de los socios. 4.4.3. Concurso voluntario e irregularidad. 4.4.4. Otras «irregulares». 4.4.5. Sociedades civiles: sociedades internas y socios ocultos de sociedades manifiestas. 4.5. El problema del concurso de las uniones de empresas. 4.6. Concurso de patrimonios separados de destino y de patrimonios autónomos. 4.6.1. El patrimonio protegido de las personas con discapacidad. 4.6.2. Otros patrimonios autónomos.

## 1. EL DIFERENTE RÉGIMEN SEGÚN QUE EL DEUDOR SEA PERSONA FÍSICA O JURÍDICA

El desarrollo económico europeo va unido al impulso del Derecho de sociedades, pero la falta de individualidad de que adolecían las sociedades civiles y mercantiles explica que en el Derecho estatutario italiano de la Baja Edad Media, en donde se encuentra el origen inmediato del Derecho concursal tradicional, no se conociera la quiebra de la sociedad como tal, sino la de los socios. Al no ser considerada la sociedad como un ente con personalidad, sino como un complejo de relaciones obligacionales entre las partes y como comunidad de intereses, la represión jurídica de la insolvencia no se refería a la sociedad, sino a los socios. Las hipótesis en que los socios no podían satisfacer sus obligaciones no eran diferentes de las de un deudor individual. En cuanto que obligados personalmente al cumplimiento de sus obligaciones, cada socio quedaba sometido a la quiebra en caso de insolvencia. La existencia de una sociedad no era sin embargo irrelevante, y con el tiempo llegó a formularse una regla conforme a la cual, la insolvencia de un sujeto determinado daba lugar a la de todos aquellos que resultaran ser sus socios. No se planteaba la quiebra de la sociedad, pero al ser ilimitadamente responsables los socios partícipes en la gestión social, la quiebra se extendía a los socios<sup>1</sup>.

La evolución posterior del régimen de las sociedades, que culmina en la era de las codificaciones<sup>2</sup>, no impidió que se siguiera discutiendo acerca

---

1 Cfr. U. Santarelli, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, Padova, 1964, p. 184 y ss.; F. Galgano, «L' iniziativa del debitore nel fallimento delle società personali», en Riv. Dir. Civ. V, 1959, I, p. 300 y ss.

2 En el esquema romano, la sociedad es *res inter alios acta*: los terceros contratan con el socio, que actúa en nombre propio y el patrimonio social sólo responde frente a terceros cuando el socio, constituido como mandatario, compromete los bienes de todos. El proceso de exteriorización de las sociedades va unido, precisamente, a la actividad de los comerciantes, en la medida en que se comienza a considerar a cada socio como *institor*, manifestando su condición de socio al contratar. Paralelamente, en el régimen interno, el fondo común va adquiriendo una sustantividad superior a los bienes de los socios, los socios son deudores de la sociedad por lo que se refiere a las aportaciones comprometidas y existe una administración de la sociedad como un todo. Entre nosotros, sobre la evolución de las ideas hasta la atribución de personalidad a la sociedad, De Castro, *La persona jurídica*, 2ª ed., Madrid, 1984, pp. 22 y ss., 181 y ss. y 238 y ss. (recoge sus trabajos anteriores «La sociedad anónima y la deformación del concepto de persona jurídica», en ADC 1949; «Formación y deformación del concepto de persona jurídica. Notas preliminares para el estudio de la persona jurídica», en *Centenario de la Ley del Notariado, vol. I, Madrid, 1964*); Girón, *Derecho de sociedades*, I, Madrid, 1976, p. 145 y ss.; Capilla, *La sociedad civil*, Bolonia, 1984, especialmente, p. 379 y ss. y 388 y ss.

de si el concurso era de los socios o de la sociedad y, las legislaciones, más que establecer una regulación general de la insolvencia de las sociedades, se limitaron a introducir algunas disposiciones especiales sobre la quiebra de las sociedades<sup>3</sup>. Al igual que sucedía en otros sistemas, el Derecho concursal codificado español estaba centrado en el deudor, comerciante o no comerciante, persona física o natural<sup>4</sup>. Esto explica que muchas de sus normas –en especial, las referidas a efectos personales, *incapacidades*, *inhabilitaciones*– presentaran problemas de adaptación a las personas jurídicas y, en particular, por su trascendencia práctica, a las *sociedades*<sup>5</sup>.

Frente a esta situación normativa, la preocupación por los problemas particulares del concurso de las personas jurídicas y, en especial, de las sociedades mercantiles, va quedando reflejada, desde el viejo anteproyecto de ley de concurso de acreedores de 1959, que incorporaba unos artículos (121 a 129) sobre el «concurso de sociedades», en todos los anteproyectos que se han sucedido hasta llegar a la actual ley concursal<sup>6</sup>. La Ley 22/2003, de 9 de

---

3 Cfr. G. Bonelli, *Del fallimento*, III, Milano, 1923, p. 211.

4 Es significativo el tratamiento de la quiebra de las sociedades en las obras generales anteriores a la ley concursal: así, por ejemplo, Garrigues, en su *Curso de Derecho Mercantil*, dentro de la exposición al Derecho de las quiebras, dedica un epígrafe a las «normas especiales de la quiebra de las sociedades mercantiles» (Garrigues, *Curso de Derecho Mercantil*, II, 7ª ed., Madrid, 1980, p. 473 y ss.). Un estudio detallado de estas normas en Uría, «Problemas y cuestiones sobre quiebra de las sociedades», en RDM 4, 1946, p. 7 y ss.

5 Cfr. E. Beltrán, Voz «Quiebra de la sociedad anónima», en EJB Civitas, Madrid, 1986, p. 5445 y ss.; Prat y Rubí, *Intervención de la persona jurídica en el juicio de la quiebra*, Barcelona, 1985.

6 La Exposición de Motivos del anteproyecto de 1959, redactado por una subsección de la Sección de Justicia del Instituto de Estudios Políticos presidida por Garrigues, explicaba que: «Interés especial ha merecido el concurso de sociedades, en atención sobre todo a la realidad práctica, que demuestra, sin lugar a dudas, cómo son estas hipótesis, aquellas que revisten una mayor importancia económica y financiera y una mayor trascendencia social y, del mismo modo, aquellas en que los problemas básicos del concurso de acreedores se plantean con una mayor agudeza y dificultad. Todas estas razones aconsejaron dedicar una de las rúbricas del proyecto al concurso de sociedades. *Ello no significa que existan en el anteproyecto dos conjuntos separados de normas, aplicables uno al concurso de personas individuales y otro al concurso de sociedades. El concurso de sociedades se rige por las normas generales de la institución, existiendo únicamente una serie de normas especiales para encauzar los problemas típicos más importantes de la insolvencia social.*»

De entre los proyectos elaborados destaca la propuesta de anteproyecto de ley concursal de 1995, elaborado por el profesor Rojo, y que a lo largo de su articulado establecía reglas específicas para el deudor «persona jurídica». En su Exposición de Motivos se señalaba que: «... frente al Derecho destinado a perder vigor, en el que el modelo de deudor subyacente en la normativa era el de la persona natural –muy especialmente, la dedicada al comercio, la ley parte de la constatación de que la mayoría de los sujetos del tráfico económico, sea en el sector de la industria, en el del comercio

julio, concursal, presta atención tanto a los concursos de acreedores personas físicas como a los concursos de personas jurídicas, lo que, en sí mismo, desde el primer momento, ha sido valorado, con independencia del acierto de algunas de las normas, como un acierto de la ley<sup>7</sup>.

Como ha advertido la doctrina, el procedimiento es, en principio, el mismo para cualquier persona, física o jurídica, si bien, a lo largo de todo el articulado de la ley concursal, hay normas especiales que sólo se aplican a las personas físicas y otras que únicamente se aplican a las personas jurídicas<sup>8</sup>. Atendiendo a su diferente naturaleza, algunas normas tienen sentido exclusivamente para el deudor persona física: por ejemplo, las que se refieren al derecho a alimentos (arts. 47 y 84.2.4º), a la capacidad para hacer testamento (art. 40.6.II), al fallecimiento del concursado (art. 182), a la posibilidad de estar casado (arts. 6.2.2º.II, 21.1.3º, 77, 78, 82.1)<sup>9</sup>. Es razonable también que las normas sobre legitimación (art. 3) o sobre emplazamiento (art. 184.7) sean diferentes según que el deudor sea persona física o jurídica. Asimismo puede considerarse acertado que algunas normas prevean efectos específicos del concurso sobre el deudor persona jurídica, sobre sus socios y administradores (art. 48, por ejemplo), y también que se establezcan con un criterio realista reglas que tengan en cuenta no a la persona jurídica deudora, sino a

---

o en el de los servicios, ha adoptado como forma de organización la propia de las sociedades mercantiles y que, con frecuencia, esas sociedades están integradas en grupos de empresas, nacionales o internacionales».

La Exposición de Motivos de la vigente ley concursal también hace referencia a esta cuestión: «Especial atención dedica la ley a los supuestos de concurso de persona jurídica y a los efectos que en este caso produce la declaración, materia de gran importancia, como corresponde a la que estos entes y, fundamentalmente, las sociedades revisten en el moderno tráfico. Así como la ley orgánica permite extender las medidas relativas a las comunicaciones y a la residencia del deudor, en caso de persona jurídica, a sus administradores y liquidadores, la ley concursal impone a éstos y a los apoderados generales del deudor los deberes de colaboración e información».

7 En relación con el, en ese momento, proyecto de ley, Rojo, «La reforma del Derecho concursal español», en *La reforma de la legislación concursal*, A. Rojo, director, Madrid – Barcelona, 2003, p. 94, nota 15.

8 *Vid.* R. Bercovitz, «Artículo 1», en *Comentarios a la Ley concursal*, R. Bercovitz (coordinador), T. I, Madrid, 2004, p. 28; Rojo, «Artículo 1», en Rojo – Beltrán, *Comentario de la Ley concursal*, T. I, Madrid, 2004, p. 146; García Rubio, «Artículo 48», en *Comentarios a la Ley concursal*, R. Bercovitz (coordinador), T. I, Madrid, 2004, p. 423.

9 Y así se explica la aparición de trabajos específicamente referidos al deudor persona física: Illescas, «La persona física concursada: sistemática y normas particulares comunes», en *Homenaje Olivencia*, T. II, Madrid – Barcelona, 2005, p. 1989 y ss.; E. Roca, «El concurso del deudor persona física», *RJC* 2004, p. 109 y ss; Blanquer Uberos, «Efectos del concurso sobre los derechos de la persona del deudor, familia y sucesiones», en *Cuadernos de Derecho y comercio*, 43, 2005, p. 37 y ss.



quien tiene la capacidad de decisión (por ejemplo, art. 1.II de la LO 8/2003, de 9 de julio, para la reforma concursal, sobre limitaciones a los derechos fundamentales del concursado).

Pero llegados a este punto hay que hacer notar que, junto a estas especialidades normativas que merecerían una explicación puramente técnica, la ley concursal contiene algunas normas que implican un disfavor hacia el deudor persona física. Así sucede con el rigor con que la ley concursal trata los préstamos o cualquier crédito proporcionado por «las personas especialmente relacionadas con el deudor» (art. 92.5º) que, para el deudor persona natural son todas sus personas familiarmente cercanas, las únicas de las que cabe esperar alguna financiación en época de crisis económica<sup>10</sup>. La calificación legal de estos créditos como subordinados equivaldrá, en muchas ocasiones, a la imposibilidad de su pago. A la misma línea de pensamiento responde la presunción de perjuicio para la masa que, a efectos de la rescisoria concursal, identifica el legislador en todo acto dispositivo a título oneroso realizado a favor de algunas de las personas especialmente relacionadas con el concurso (art. 71.3.1º LC). El legislador concursal no ha podido o no ha sabido eludir un perjuicio que, históricamente, en el Derecho estatutario del medioevo, donde están ya todos los elementos del procedimiento concursal, se traducían en la extensión a algunos terceros, en especial en el ámbito de la familia, y señaladamente a los padres, de algunos efectos de la quiebra. El relieve en la edad intermedia de la familia en el ámbito del patrimonio familiar, la consideración de su unidad y de la consiguiente solidaridad de los miembros de la familia que, por lo demás, era frecuentemente también el núcleo de la sociedad comercial, constituye la mejor explicación de las razones por las que en la legislación estatutaria italiana se extiende la responsabilidad de la quiebra a padres, ascendientes, hermanos o hijos del quebrado<sup>11</sup>. En la actua-

---

10 Conforme al art. 93.1 LC, «Se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona natural: 1.º El cónyuge del concursado o quien lo hubiera sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, o las personas que convivan con análoga relación de afectividad o hubieran convivido habitualmente con él dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso. 2.º Los ascendientes, descendientes y hermanos del concursado o de cualquiera de las personas a que se refiere el número anterior. 3.º Los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del concursado».

11 Una exposición detallada del rigor y la severidad con que los diversos estatutos abordan la cuestión, extendiéndolo a unos u otros parientes (en función de la convivencia, de la edad, de la emancipación, del sexo, del tipo de parentesco, extensión a la esposa), en la mayoría de los casos sin necesidad de identificar un comportamiento ilícito, en U. Santarelli, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, Padova, 1964, p. 141 y ss. y 167 y ss.

lidad, relajada la trascendencia del patrimonio familiar, y diluida la confianza en su solvencia como razón que impulsa a contratar con un deudor, queda sin embargo como un residuo el prejuicio de que las relaciones patrimoniales entre familiares tienen como único objeto defraudar a terceros.

Otras normas que, aparentemente podrían ser presentadas como reflejo de la diferente naturaleza de las personas físicas y las jurídicas, se traducen, en la práctica, en un mejor tratamiento de estas últimas. Es lo que sucede, en particular, con la liberación de las deudas no pagadas con el producto de la liquidación en el concurso. Para el deudor persona física, salvo en los casos de convenio<sup>12</sup>, no hay posibilidad de que las deudas no satisfechas en la liquidación se extingan. En la hipótesis de que se lleve a cabo la liquidación será excepcional que la conclusión del concurso tenga lugar por la íntegra satisfacción de todos los acreedores (art. 176.1.3º). La comprobación de la inexistencia de bienes y derechos del concursado (y de terceros responsables) con los que satisfacer a los acreedores, en cualquier estado del procedimiento, es causa de conclusión del concurso y del archivo de actuaciones (art. 176.1.4º LC)<sup>13</sup>. El deudor persona física quedará responsable de las deudas con todos sus bienes, y los acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares en tanto no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare un nuevo concurso (art. 178.2 LC)<sup>14</sup>. La reapertura de un concurso archivado encuentra su fundamento,

---

12 En el caso de convenio, los créditos de los acreedores afectados por el mismo (privilegiados que hubieran votado a favor, ordinarios y subordinados) quedan extinguidos en la parte que afecte la quita y aplazados en su exigibilidad por el tiempo de espera (art. 136 LC). Esos efectos desaparecen si se declara el incumplimiento del convenio y consiguiente resolución (art. 140.4). En el anteproyecto de 1995 se hacía referencia al efecto novatorio extintivo en el art. 173, que preveía la extinción *definitiva* en la parte en que se hubiera hecho la condonación al deudor, salvo que en el propio convenio se dispusiera lo contrario o que la sentencia de calificación condenara a al totalidad parte del déficit patrimonial

13 Si bien, conforme al art. 176.3 LC, no puede dictarse auto de conclusión del concurso por inexistencia de bienes mientras se esté tramitando la sección de calificación o estén pendientes demandas de reintegración de la masa activa o de exigencia de responsabilidad de terceros, salvo que las correspondientes acciones se hayan cedido.

14 Para poder reabrir el concurso de persona física es preciso que no hayan transcurrido cinco años desde la conclusión del concurso anterior por inexistencia de bienes y derechos. Naturalmente que, si se dan los presupuestos legales, después de ese plazo el deudor puede ser declarado en concurso, pero será un nuevo concurso, al que no se deberán incorporar las actuaciones del anterior (art. 179.1 LC). En caso de reapertura, los textos definitivos del inventario y de la lista de acreedores del concurso anterior deberán ser actualizados por la administración concursal, suprimiendo bienes y derechos que hubieran salido del patrimonio del deudor, corrigiendo la valoración de los existentes e incorporando los que hubieren aparecido con posterioridad, indicando las modificaciones que hubieran podido producirse en los créditos subsistentes e incorporando a la relación los créditos

precisamente, en la conservación del derecho de los acreedores a satisfacer sus créditos con los bienes que adquiriera el deudor una vez finalizado el concurso por inexistencia de bienes. En cambio, si el deudor es persona jurídica, la conclusión del concurso por inexistencia de bienes determina la extinción de la personalidad. Si la persona jurídica se extingue, ni podrá adquirir nuevos bienes ni contraer nuevas deudas como tal, por lo que la reapertura del concurso se limitará a la liquidación de los bienes aparecidos con posterioridad (art. 179.2 LC)<sup>15</sup>.

Se ha podido decir, a la vista de lo anteriormente expuesto, que la ley refuerza los argumentos para organizar jurídicamente una empresa pequeña o familiar en forma de sociedad limitada unipersonal o pluripersonal en lugar de conservar el carácter de empresa individual, organizada, en caso de profesional o empresario casado, mediante el régimen económico matrimonial<sup>16</sup>. Lógicamente, esta posibilidad queda fuera del alcance de quien no ejerce una actividad profesional o empresarial por cuenta propia, es decir, del consumidor<sup>17</sup>.

Al hilo de esta última consideración, llama la atención cómo, junto a las normas que responden a la diferente naturaleza y características de las personas físicas y las personas jurídicas, y las que otorgan un tratamiento desfavorable al deudor persona física, la ley carece de toda previsión específica

---

posteriores (art. 180). Sobre la deficiente, por escasa, regulación de la reapertura, *vid.* Cámara Águila, «Artículo 178» y «Artículo 179», en *Comentarios a la Ley concursal*, R. Bercovitz (coordinador), T. II, Madrid, 2004.

El anteproyecto de 1995 contemplaba la inexistencia y el agotamiento de la masa activa sin íntegra satisfacción de los acreedores como causa de *suspensión* del concurso de acreedores, y el que «ingresen o aparezcan nuevos bienes o derechos en el patrimonio del deudor» como motivo para alzar la suspensión, a instancias del deudor o del acreedor (arts. 245 y 248). Transcurridos cinco años sin que se hubiera alzado la suspensión del concurso el juez, de oficio, debía declarar extinguidos los créditos en la parte que no hubieran sido satisfechos y extinguido el concurso (art. 250).

15 La ley incurre en algunas incoherencias y deja abiertas muchas cuestiones acerca de la reapertura del concurso de persona jurídica, derivadas de la cancelación de la hoja registral, de la insuficiente regulación de la reapertura y de la ausencia de un plazo para su solicitud. Sobre lo cual, *vid.*, Ch. Herrera, «La conclusión del concurso de persona jurídica por inexistencia de bienes y derechos», en ADCo. 11-2007, p. 595 y ss.

16 La observación es de Vicent Chuliá, «El concurso de la persona jurídica», *Homenaje Olivencia*, Madrid – Barcelona, 2005, II, p. 2395 y «Tres años de Ley Concursal: Temas de reforma», *RDCP* 8, 2008, p. 130.

17 De manera gráfica, sobre lo que califica como «discriminación negativa» de la insolvencia de la persona física en la ley concursal, con especial referencia a la hipoteca sobre la vivienda familiar, a la liberación de la deuda pendiente y a los déficits que presenta la ley concursal cuando el deudor concursado está casado, Cuenca Casas, «Insolvencias familiares ante situaciones de crisis económica. Una asignatura pendiente de la Ley concursal», en *AJA* 762/2008.

de los problemas que han sido regulados en otros ordenamientos y a los que la doctrina española, en los últimos años, dedica una atención cada vez más significativa. Me refiero al llamado sobreendeudamiento doméstico, es decir, el endeudamiento excesivo del consumidor<sup>18</sup>.

Hay que compartir la observación de que la ley concursal no es una ley ajustada a las situaciones de insolvencia de los consumidores, que se estarían resolviendo en la práctica fuera del concurso<sup>19</sup> porque, en buena medida, la

---

18 En la doctrina española, con anterioridad a la ley concursal, y especial atención al Derecho comparado, destaca el trabajo de Trujillo Díez, *El sobreendeudamiento de los consumidores*, Granada, 2003. Al tema aparecen muchas referencias en la bibliografía sobre la ley concursal y son además cada vez más numerosos los trabajos específicos sobre la materia: Sánchez-Calero Guilarte, «Artículo 1», en *Comentarios a la legislación concursal*, T. I, Valladolid, 2004, p. 73; Quintana Carlo, «El sobreendeudamiento de los consumidores y la Ley Concursal», *Homenaje Olivencia*, T. II, Madrid – Barcelona, 2005, p. 2255 y ss.; A. Bercovitz, «El presupuesto subjetivo del concurso. En particular, el problema del sobreendeudamiento de los consumidores», en *Las claves de la Ley Concursal*, Quintana – Bonet – García-Cruces, directores, Pamplona, 2005, p. 26 y ss.; Pulgar Ezquerro, *La declaración del concurso de acreedores*, La Ley, Madrid, 2005, p. 192 y ss.; Alonso Ureba, «La unificación subjetiva y la tramitación abreviada del concurso de acreedores», en *Homenaje Olivencia*, T. II, Madrid – Barcelona, 2005, p. 3429 y ss.; Colino Mediavilla, «Concurso de consumidor y declaración conjunta de concurso voluntario de cónyuges (Comentario al auto de declaración de concurso voluntario de 29 diciembre 2004, del Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona)», *RDCP* 3, 2005, p. 209 y ss.; Cuenca Casas, *El concurso de acreedores de persona casada en régimen económico matrimonial de comunidad*, Estudios de Derecho Concursal 12, Pamplona, 2008; Vicent Chuliá, «Tres años de Ley Concursal: Temas de reforma», *RDCP* 8, 2008, p. 113 y ss.; Zabaleta Díaz, «La generalización del presupuesto subjetivo del concurso. Especial referencia a la insolvencia del consumidor y a los concursos de grandes dimensiones», *RDCP*, núm. 8, 2008, p. 217 y ss.; Orellana Cano, «Presupuestos de la declaración de concurso», en *Competencias de los juzgados de lo mercantil. Competencias en materia concursal y «competencias añadidas» mercantiles*, Sanjuán y Muñoz coordinador, Valencia, 2008, p. 921 y ss., Peñas Moyayo, «Concurso de consumidores», *RDCP*, 8, 2008, p. 229 y ss.; Pulgar, «Concurso y consumidores en el marco del estado social del bienestar», en *RDCP*, 9, 2008, p. 43 y ss.;

Es minoritaria la opinión de quien considera que no debe incluirse la figura de la liberación de deudas: así, Fernández Carrón, *El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas*, Pamplona, 2008, especialmente, p. 153.

19 En este sentido, Carrasco, *Derechos de garantía en la Ley concursal*, 2ª ed., Pamplona, 2008, pp. 74, 84, 104. Como explica Á. Carrasco, no se ven las ventajas de un concurso de consumidores, dados los costes económicos de su tramitación, y habida cuenta de que él no puede liberarse de las deudas no satisfechas tras la liquidación, ni tiene la posibilidad de paralizar la ejecución de las hipoteca que pueda recaer sobre la vivienda habitual, que es la hipoteca que tienen los consumidores (lo que sí puede hacerse con las garantías que recaigan sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial, o a una unidad productiva de su titularidad, art. 56 LC), y de que difícilmente sus acreedores se avendrán a un convenio.

regulación concursal ha estado y sigue estando globalmente pensada para la empresa, para la crisis empresarial<sup>20</sup>.

Pese a todo, los datos publicados por el Instituto Nacional de Estadística muestran que, a lo largo del año 2008, y en el primer trimestre del año 2009, se ha producido un aumento de concursos de personas físicas, incluidas las personas «sin actividad empresarial». Según la Estadística del Procedimiento Concursal, durante el primer trimestre de 2009, se declararon 1558 concursos: 200 de personas físicas sin actividad empresarial, 60 de personas físicas con actividad empresarial, 297 de sociedades anónimas, 981 de sociedades limitadas y 20 de «otras»<sup>21</sup>. Basta comparar esta estadística con la del último trimestre del año 2004, en el que se declararon 192 concursos, de los que sólo 4 fueron de deudores personas físicas sin actividad empresarial, 10 de deudores personas físicas con actividad empresarial, 55 de sociedades anónimas, 121 de sociedades limitadas y 2 de «otras». Todos los concursos han aumentado desde la primera estadística, pero si se confrontan los datos, se observa cómo los de persona física empresaria se han multiplicado por seis y los de consumidores por cincuenta.

---

20 Lo advertía, al comentar el denominado «procedimiento abreviado», Gutiérrez de Cabiedes («Artículo 191», en *Comentarios a la Ley Concursal*, Cerdón Moreno, F., director, Pamplona, 2004, p. 1248): la razón a la que pretenden responder estas modalidades especiales del proceso concursal que se han instaurado en otros ordenamientos es la de servir como mecanismo de respuesta específica a las situaciones de insolvencia o crisis económica «doméstica» o «menor»; y lo hacen con normas concursales, tanto *procesales* como *sustantivas*, aplicables a la persona física (sea como particular o como consumidor). En el caso de la ley española se atiende sólo a la cifra de estimación inicial del pasivo (elevada a diez millones de euros por el RD-ley 3/2009, de 27 de marzo), y en realidad no estamos ante un procedimiento distinto (ni siquiera ante un procedimiento propiamente dicho, que es un cauce o vía específica para la tramitación de una causa), sino ante meras especialidades procesales de simplificación del concurso que tampoco tienen excesivo contenido (plazos y número de administradores). Todas las demás normas del concurso (y, precisamente, todos los actos, trámites y fases que conforman el procedimiento) son exactamente las mismas que las aplicables a este caso.

21 En el último trimestre del año 2008, se declararon 1082 concursos, de los que 122 fueron de deudores personas físicas sin actividad empresarial, 50 de deudores personas físicas con actividad empresarial, 191 de sociedades anónimas, 710 de sociedades limitadas y 9 de «otras». En el tercer trimestre de 2008, se declararon 764 concursos, de los que 97 fueron de deudores personas físicas sin actividad empresarial, 22 de deudores personas físicas con actividad empresarial, 134 de sociedades anónimas, 501 de sociedades limitadas y 10 de «otras»; en el segundo trimestre de 2008, se declararon 631 concursos, de los que 89 fueron de deudores personas físicas sin actividad empresarial, 26 de deudores personas físicas con actividad empresarial, 93 de sociedades anónimas, 419 de sociedades limitadas y 4 de «otras»; en el primer trimestre de 2008, se declararon 425 concursos, de los que 66 fueron de deudores personas físicas sin actividad empresarial, 10 de deudores personas físicas con actividad empresarial, 69 de sociedades anónimas, 277 de sociedades limitadas y 3 de «otras».

El sobreendeudamiento es sin duda una cuestión pendiente a la que debiera prestar atención el legislador español a la vista de las experiencias de otros ordenamientos y de las propuestas que se están elaborando en nuestra doctrina<sup>22</sup>. La introducción de una regulación de un procedimiento concursal de carácter preventivo al que pudieran acudir todos los *pequeños* deudores es una exigencia que desde hace años viene formulando la doctrina<sup>23</sup>. También la consideración de que, con precauciones, tratando de impedir abusos, deberían valorarse las ventajas que derivarían de una «liberación de deudas» del deudor persona física que le devolviera la esperanza de tornar a una «existencia civil» corriente<sup>24</sup>.

En este punto conviene llamar la atención acerca de cómo, junto a la atención de la protección de los intereses de los acreedores, la consideración de otros intereses dignos de protección, como los de la defensa del consumidor,

---

22 Recientemente, y de manera completa, Gutiérrez de Cabiedes, *El sobreendeudamiento doméstico. Prevención y solución*, Cizur Menor, 2009. El autor pone de manifiesto la necesidad de una política integral frente al sobreendeudamiento y subraya la relevancia del principio del préstamo responsable (apuntado en la normativa comunitaria, y comienza a estarlo en la interna sobre crédito al consumo e hipotecario, pero sin esa determinación). Una de sus principales consecuencias jurídicas que extrae el autor del citado principio es el de la responsabilidad por la concesión de crédito, que se plasmaría en el concurso en las *acciones de reintegración* (rescisorias concursales), y también en la *complicidad concursal* (hasta ahora normalmente formulada y aplicada sólo para la persona jurídica), que en el concurso doméstico sería principalmente de entidades de crédito, por concesión de crédito en circunstancias insostenibles, en perjuicio de la masa del concurso (en cuanto a la complicidad, por cooperación o participación en la provocación o agravación de la insolvencia). Se propone la creación de un procedimiento preventivo de la insolvencia, un posible tratamiento preconcursal, dirigido al logro de un convenio extrajudicial, rápido, eficaz y gratuito (con incentivos y desplegando ciertos efectos en sede solutoria concursal, respecto del acuerdo ofrecido y no aceptado), así como la introducción de una regulación específica del concurso de consumidores. Especialmente, tras un estudio de esta institución en la regulación de norteamericana, alemana, francesa y portuguesa, el autor defiende la exoneración de pasivo no cubierto en la liquidación del concurso de la persona natural, sometida al cumplimiento de ciertos requisitos sustantivos y procesales (deudores de buena fe, concurso fortuito, cumplimiento de una serie de obligaciones durante un plazo en el que se destinarían parte de sus ingresos al pago de sus acreedores y satisfacción de un porcentaje de deudas...).

23 En este sentido, Herrero Pérezagua, «Aspectos procesales del sobreendeudamiento de los consumidores», en *La tutela jurisdiccional del crédito*, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2009; Beltrán, «Insolvencia, insolvencia inminente e insolvencia cualificada», *Il trattamento giuridico della crisi d'impresa, a cura di A. Sarcina – J. A. García Cruces*, Bari, 2008, p. 53; Fernández del Pozo, «Sobre la preconcursalidad y la prevención de la insolvencia. El mecanismo de alerta preconcursal», en *La reforma de la legislación concursal*, A. Rojo, director, Madrid – Barcelona, 2003, p. 9 y ss.

24 La expresión es de K. Schmidt, «La reforma del Derecho concursal italiano y el Derecho concursal alemán. Un apunte de Derecho comparado desde la perspectiva alemana» (traducción al castellano de I. Tirado), en ADCo., 10-2007, p. 308.

o el interés general en la *reintegración* a la vida económica de los particulares concursados, puede llevar a matizar algunos efectos del concurso de acreedores. En particular, puede ser significativo recordar cómo en lo que se refiere a los efectos que el convenio produce sobre los créditos no satisfechos, incluso, se ha producido una evolución que enlaza, con seguridad, con la contemplación de otros intereses además de los de los acreedores. En efecto, en el Derecho anterior no faltaban los preceptos que se referían a la extinción de los créditos: «aun cuando le quedare algún sobrante de los bienes de la quiebra o posteriormente se llegare a mejor fortuna» (art. 905 Ccom.; *cf.* art. 1919 CC), de manera semejante a como se preveía en el art. 1165 del Ccom. 1829, pero de manera diferente a lo que sucediera anteriormente.

Si estos preceptos se cuidan de decir que el convenio con contenido *remisorio* extingue el crédito no satisfecho aunque el deudor venga luego a mejor fortuna es porque, precisamente, con anterioridad sucedía lo contrario. Así por ejemplo, Hevia Bolaños<sup>25</sup>, recordaba cómo, incluso en las hipótesis en que las quitas y remisiones de las deudas hechas por los acreedores al deudor fueran válidas, *si después él viniese a mejor fortuna, pueden recuperar y cobrar de él lo que hubieran quitado y remitido*. Reglas semejantes se contenían, por lo demás, en el Derecho estatutario italiano del Medioevo, inspirado exclusivamente en el principio de tutela máxima de los acreedores. La regla de que, con independencia del concordato, el fallido que luego viniera a mejor fortuna quedaba obligado a satisfacer íntegramente las obligaciones que no hubieran sido satisfechas, lleva incluso en algunos estatutos a precisar que el pacto entre el fallido y sus acreedores encuentra en la insolvencia del primero su presupuesto indefectible, de modo que debía entenderse incluida en el concordato una auténtica cláusula *rebus sic standibus*, que operaba en el sentido de que el concordato caducaba *ipso iure* si fallaba alguno de sus presupuestos<sup>26</sup>.

Antes de seguir adelante, conviene medir el análisis del presupuesto subjetivo del concurso. Como ya ha quedado expuesto, la ley concursal se refiere al deudor persona física o jurídica. Ahora bien, la ley no sólo está centrada en la insolvencia del deudor persona jurídica sino que, además, resulta innegable

---

25 Hevia Bolaños, *Curia Filipica*, Madrid, 1717, Libro II, p. 135.

26 Naturalmente que no se dudaba, en este contexto, de que si el procedimiento terminaba con la liquidación del activo, el deudor que viniera a mejor fortuna quedaba obligado a pagar a los acreedores no satisfechos. *Cf.* U. Santarelli, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, Padova, 1964, p. 274 y p. 282.

que el legislador ha pensado básicamente en la persona jurídica tipo sociedad (basta leer los apartados 4 y 5 del art. 48, sobre efectos del concurso sobre el deudor persona jurídica)<sup>27</sup>, aunque sea posible el concurso de cualquier tipo de persona jurídica. La ley, por otra parte, no incluye norma alguna sobre las sociedades irregulares y, sobre todo, al referirse exclusivamente al deudor con personalidad jurídica, ha dejado abierta la puerta a una polémica: la de si los entes sin personalidad, o las masas patrimoniales que actúan con autonomía en el tráfico (comunidades de bienes, uniones de empresas, fondos...) poseen capacidad concursal, esto es, si pueden o no ser declarados en concurso, aplicando a sus administradores las normas que en la ley se refieren a los de las personas jurídicas.

Por lo que se refiere a la personas físicas, la ley no incluye norma alguna sobre el concurso de menores o incapaces. Es seguro que no existe en este punto una realidad social que requiera una atención normativa detallada, pero sí parece conveniente señalar al menos las dificultades de conciliación entre la normativa de protección de menores e incapaces y la legislación concursal. Atendiendo, en especial, al riesgo de emancipaciones alejadas de su finalidad institucional (el emancipado puede ser administrador, con los riesgos de responsabilidades que el cargo conlleva) o al dato, por lo que se refiere a la incapacidad, de que el aumento de la esperanza de vida no siempre va unido a la conservación de la plena capacidad de las personas. La ley concursal, por otra parte, tiene en cuenta el fallecimiento del deudor, y admite el concurso de herencia, pero la regulación es tan escueta que obliga a reinterpretar las normas de responsabilidad por deudas del Derecho de sucesiones. La ley contempla, en particular, el concurso del deudor casado, en especial en régimen de comunidad, aunque las dificultades de coordinación con el régimen civil de responsabilidad por deudas sólo parecen fáciles de solventar si se declara el concurso de los dos cónyuges.

---

27 Lo advierte García Rubio, «Artículo 48», p. 425. A algún autor le parece que no podía ser de otra manera, dada la trascendencia económica de la actividad, en especial, de las sociedades mercantiles (Morillas Jarillo, *El concurso de las sociedades*, Madrid, 2004, p. 31).



## 2. EL CONCURSO DEL MENOR DE EDAD Y DEL INCAPACITADO

Los menores y los incapacitados pueden ser titulares de bienes y responsables de deudas<sup>28</sup> y, en caso de insolvencia, tanto el menor como el incapacitado pueden en consecuencia ser declarados en concurso<sup>29</sup>. Pero los menores no son unos incapaces (*cf.*: art. 2 LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica el menor), y distintas leyes les reconocen una capacidad graduable en función de su edad y su capacidad natural. La situación de los incapacitados, por otra parte, tampoco es uniforme, sino graduable en la sentencia en función de su grado de discernimiento (art. 760 LEC).

Ello comporta que los problemas que pueden suscitarse en el concurso de menores o incapacitados no queden resueltos con la afirmación de que los padres o tutores (o quienes hayan gestionado el patrimonio del menor o quien les sustituyan si ha habido nombramiento judicial de administrador o remoción del tutor) son representantes legales de unos y otros y que habrán de actuar por ellos representándoles en el concurso. Una previsión semejante se recogía en el art. 2 del anteproyecto de ley concursal de 1983 y a la doctrina mercantilista, en general, le parecía innecesaria por entender que así sería en todo caso por aplicación de las reglas generales de capacidad<sup>30</sup>. La cuestión, sin embargo, es más compleja.

De una parte, para el incapacitado, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en la sentencia de incapacitación, que determinará el grado de la misma así como la institución de guarda a la que queda sometido. Las situaciones en función de la edad, por otra parte, no son iguales en todos los Derechos civi-

---

28 Los menores y los incapacitados pueden ser titulares de bienes, y aun cuando la gestión y administración de los mismos no les correspondan a ellos, de las consecuencias de la gestión por sus representantes responden el menor o el incapacitado con su patrimonio. Los menores y los incapacitados pueden asimismo ser responsables (culpa extracontractual) por actos propios o por daños causados como consecuencia de los bienes de que son titulares (arts. 1907, 1908 CC: responsabilidad del propietario). Los menores de edad, aunque estén emancipados, y los incapacitados, carecen de la libre y plena disposición de los bienes, por lo que carecen de capacidad para ser empresarios individuales (art. 4 Ccom.), pero pueden adquirir la condición de empresarios si continúan «por medio de sus guardadores, el comercio que hubieren ejercido sus padres o sus causantes» (art. 5 Ccom.). La norma debe entenderse aplicable también cuando es el propio empresario o comerciante quien es incapacitado.

29 Expresamente, R. Bercovitz, «Artículo 1», p. 28; Rojo, «Artículo 1», p. 145.

30 *Vid.*, en este sentido, García Villaverde, «El presupuesto subjetivo de la apertura del concurso», en *Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la reforma concursal*, García Villaverde, Alonso Ureba y Pulgar Ezquerro, directores, Madrid, 2003, p. 36.

les españoles. La representación legal no dura en todos los sistemas hasta la mayoría de edad<sup>31</sup> e, incluso, cuando el menor está sometido a representación legal y corresponde a sus padres o tutores representarlos y administrar sus bienes (arts. 154 y 222 CC) se admite que para algunos actos está excluida la representación<sup>32</sup>. Para los actos de mayor trascendencia económica se exige a los padres y al tutor que soliciten previa autorización judicial<sup>33</sup> y, a la vez, para actos patrimoniales que supongan un riesgo para el patrimonio del menor se admite su otorgamiento por los padres con el consentimiento del propio menor que ha cumplido dieciséis años e, incluso, es posible que la sola actuación del menor, en ciertos casos, en función de su edad y según el Derecho civil aplicable, también genere deudas<sup>34</sup>.

---

31 En particular, es digno de atención el Derecho aragonés. El menor aragonés sólo está sometido a representación legal hasta los catorce años: a partir de esa edad puede celebrar por sí toda clase de actos y contratos, con asistencia en su caso de uno cualquiera de sus padres o del tutor (art. 2.3 y 20 de la Ley aragonesa de Derecho de la persona). Del régimen legal aragonés resulta que los actos de administración los pueden realizar, por sí solos, los padres o el tutor, pero los actos de disposición están excluidos de la representación a partir de los catorce años, de forma que cuando el menor aragonés ha cumplido catorce años los actos de disposición los otorga el menor con asistencia de uno cualquiera de sus padres o del tutor (arts. 6, 23, 81).

32 Así, para contratar el propio trabajo, a partir de los dieciséis años, si bien con consentimiento o autorización de padres, tutor o la persona que los tenga a su cargo (art. 7 del ET). Sobre los bienes así obtenidos el menor puede realizar actos de administración ordinaria, pero necesita el consentimiento de sus padres para los que excedan de ella (art. 164.II.3º CC; los arts. 149 y 216 también atribuyen al menor la administración de los bienes obtenidos por su propia actividad, si bien necesita la asistencia para los actos que la requiere el emancipado; en Aragón el menor que ha cumplido catorce años administra por sí solo los bienes obtenidos con su trabajo o industria, art. 20 de la Ley de Derecho de la persona).

33 Art. 166 CC para los padres; para el tutor, art. 271 CC; en Aragón la autorización al representante del menor de menos de catorce años puede ser también de la junta de parientes, arts. 12 y 13 de la Ley de derecho de la persona; en Cataluña de cuando los representantes son los padres; dos parientes próximos del menor, arts. 151 y 212 Código familia catalán. En el régimen del Código civil y en el Derecho catalán se añade que cuando son representantes los padres no es necesaria autorización judicial si el menor ha cumplido dieciséis años y consiente en documento público (art. 166.III CC, art. 153 Código familia catalán). Esta regla es superflua en el Derecho aragonés porque desde los catorce años no hay representación legal.

34 Por otra parte, el menor emancipado (en Aragón puede serlo a partir de los catorce años, art. 27 de la Ley de derecho de la persona) es tratado como un mayor de edad con ciertas limitaciones concretas, para las que la ley exige que su capacidad se complete con la asistencia de los padres, del cónyuge si está casado con un mayor de edad, de los padres (con alguna diferencia, art. 323 CC, art. 159 Código familia catalán, art. 30 de la Ley aragonesa de Derecho de la persona). Puede ser, incluso, administrador de sociedades (arts. 128 LSA y 58.3 LSL, reformados por la disp. final vigésima de la ley concursal: para aceptar el cargo necesita asistencia, art. 159 Código familia catalán, art. 30 de la Ley aragonesa de Derecho de la persona), siéndole entonces de aplicación el severo régimen de responsabilidad de los administradores sociales. Significa esto que algunos de los

¿Quién puede solicitar el concurso de un menor o de un incapacitado? Además de los acreedores, el art. 3 legitima al deudor: el menor y el incapacitado pueden serlo, pero, en principio, parece razonable entender que habrán de ser sus representantes legales (padres, tutores) quienes soliciten el concurso<sup>35</sup>. Sin embargo, la regla debe ser matizada. La ley reconoce capacidad para ser parte a todas las personas físicas (art. 6.1.1º LEC), si bien los menores y los incapacitados, por no hallarse en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, han de comparecer *mediante la representación* o con la asistencia, la autorización, la habilitación o el defensor exigidos por la ley (art. 7.2 LEC). El menor aragonés que haya cumplido catorce años puede comparecer con asistencia de uno cualquiera de sus padres. Así lo ha entendido también, a otros efectos, el Tribunal Supremo en Sentencia de 30 enero 2008 (RJ. 342). El menor emancipado puede por sí solo comparecer en juicio (art. 323 CC, art. 30.2 de la Ley aragonesa de derecho de la persona), pero como comparecer en juicio no agota toda la capacidad procesal, necesita asistencia para los actos que supongan disposición (el convenio, la solicitud de liquidación). Para el incapacitado habrá que estar a lo dispuesto en la sentencia. Cuando no haya sido incapacitado totalmente y se le haya nombrado un curador, la solicitud la podrá presentar él mismo con asistencia. El mismo complemento de capacidad será necesario para las demás actuaciones que se prevén en la ley concursal por parte del deudor. En la práctica, la situación del declarado pródigo queda equiparada a la de un incapacitado sometido a curatela, pues aun cuando la limitación a la capacidad de obrar se adopte en la sentencia en interés de terceros (salvo en Aragón, donde la prodigalidad no tiene otro efecto que el de ser causa de incapacitación cuando impida a la persona gobernarse por sí misma, conforme al art. 35.3 Ley de Derecho de la persona), el pródigo queda sometido a curatela, y la sentencia que declare la prodigalidad determinará los actos que el pródigo no pueda realizar sin el consentimiento de la persona que deba asistirle (arts. 286.3º, 288 CC y art. 760.3 LEC).

---

actos de mayor trascendencia económica requieren para su válido otorgamiento que la capacidad del emancipado sea complementada por la de sus padres, cónyuge o curador. En definitiva que, pese a la emancipación, los actos que han podido generar las deudas más importantes del emancipado que deviene insolvente habrán sido contraídas con la colaboración de otras personas. Conviene recordar otra norma aragonesa, conforme a la cual, los menores que contraen matrimonio (con dispensa judicial, art. 48 CC) son mayores de edad (art. 1.1.b. de la Ley aragonesa de Derecho de la persona).

35 Rojo, «Artículo 3», en Rojo – Beltrán, *Comentario de la Ley concursal*, T. I, Madrid, 2004, p. 199.

En las hipótesis en que el menor o incapacitado estén sometidos a representación legal puede defenderse que el representante no sólo está legitimado para solicitar una declaración de concurso, sino que pesa sobre él el deber legal de solicitarlo dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia (art. 5 LC). La cuestión tiene interés a efectos de la declaración del concurso como culpable (art. 165.1º LC), que afectará al representante, aunque es discutible que deba impedir una propuesta anticipada de convenio (art. 105.1.6º LC) cuando el concursado (menor o incapacitado) no han actuado culpablemente.

Resulta más complejo determinar sobre quién recae el deber de solicitar el concurso en las hipótesis de capacidad incompleta, en las que la persona actúa por sí misma pero no por sí sola. Parece discutible que el deber legal deba recaer sobre una persona que no puede actuar por sí sola (menor aragonés mayor de catorce años, incapacitado sometido a curatela). Sin embargo, en la medida en que sin su iniciativa no pueda presentarse la solicitud de concurso voluntario, no queda más remedio que concluir afirmando tal deber a su cargo.

Los arts. 271.6 CC y 13.b. de la Ley aragonesa de Derecho de la persona exigen previa autorización judicial (o de la junta de parientes, en Derecho aragonés) para «presentar demanda» en nombre de los sometidos a tutela, lo que suscita la duda de si es necesaria tal autorización cuando las actuaciones no se inician con demanda, sino en virtud de solicitud, como sucede con el concurso. Para responder adecuadamente a esta cuestión, quizás sea conveniente valorar el interés del representante en escapar del control judicial. A estos efectos, me parece relevante el dato de que, salvo que el juez del concurso, motivadamente, establezca otra cosa, en caso de concurso voluntario (y lo será si lo solicita en nombre del pupilo su tutor), el representante del menor o incapacitado conservará, con la intervención de los administradores concursales, sus facultades de administración y disposición (art. 40 LC). Si se cae en la cuenta de que, dadas las circunstancias, es posible que la situación de insolvencia del patrimonio del menor o incapacitado se haya producido como consecuencia de una inadecuada gestión de su representante, es preferible concluir que deberá exigirse la previa autorización judicial para que pueda admitirse la solicitud de declaración del concurso formulada por el representante. Sólo de esta forma será posible, además de la valoración de la conveniencia de esta decisión, un control externo que permita apreciar si

resulta favorable para el menor o incapacitado la continuación en su función del representante<sup>36</sup>.

El juez del concurso podrá tener en cuenta, a efectos de acordar el cambio de las situaciones de suspensión o intervención de las facultades sobre el patrimonio (art. 40.4), si durante la tramitación del procedimiento el menor alcanza la mayoría de edad o el incapacitado es reintegrado en su capacidad por sentencia judicial<sup>37</sup>.

Puede plantearse, además, alguna incompatibilidad entre las normas previstas para tutelar los intereses del menor o incapacitado y la libre actuación de su representante legal, al presentar propuestas de convenio (arts. 100 y 113 LC) o solicitudes de liquidación (art. 142 LC). Según hemos visto, los representantes legales necesitan autorización judicial (o de los parientes próximos, en Derecho aragonés y catalán) para determinados actos, entre los que se encuentran la enajenación (incluida, también, la cesión en pago), la renuncia de derechos o la transacción (arts. 151 Código familia catalán, art. 12 de la Ley aragonesa de Derecho de la persona, art. 271 CC). La autorización parece precisa en las actuaciones del representante en el concurso, también en caso de convenio, ya que su aprobación puede favorecer al representante legal, al producir la cesación de los efectos de la declaración de concurso (art. 133.2), lo que puede mover al representante a aceptar un convenio que no sea beneficioso para el menor o incapacitado. Por lo demás, el control judicial previsto en la ley concursal no es suficiente para proteger al menor o incapacitado, pues sólo trata de garantizar que el convenio no incumple los límites fijados en la propia ley (arts. 113, 131) y tampoco la aprobación judicial del convenio (art. 133) pueda sanar la falta de previa autorización.

---

36 Por otra parte, si la administración de los padres pone en peligro el patrimonio del hijo el juez puede imponer medidas de seguridad, exigir garantías para la continuación de la administración o incluso nombrar un administrador (art. 167 CC y equivalentes autonómicos: defensor judicial, tutor real, art. 134 Código familia catalán, art. 85 Ley aragonesa de Derecho de la persona). El tutor puede ser removido si ejerce su cargo de manera negligente (art. 247 CC, art. 195 Código familia catalán, art. 113 de la Ley aragonesa de Derecho de la persona).

37 En este sentido, Rojo, «Artículo 1», p. 145. Palazón Garrido ofrece otra explicación al dato evidente de que durante la tramitación del procedimiento pueden producirse cambios (fallecimiento del concursado, nombramiento de un nuevo representante). A su juicio, el sujeto de las limitaciones de las facultades patrimoniales es el concursado pero recaen en su representante «en su calidad de tal»: se imponen al incapaz pero tienen relevancia sobre su representante legal («La continuación por el menor o incapacitado de la empresa de sus padres o causantes», en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, T. IV, Garrido Melero y Fugardo Estivill coordinadores generales, Barcelona, 2005, p. 296).

Los problemas se complicarán cuando haya administradores distintos de bienes, lo que está permitido por los diferentes sistemas jurídicos<sup>38</sup>. La existencia de un grupo de bienes sometidos a una administración separada del resto del patrimonio del menor o incapacitado no da lugar a un patrimonio separado de la acción de los acreedores que lo sean como consecuencia de la acción de representación (o de asistencia, según la edad del menor y el Derecho aplicable) que corresponde a padres o tutor. También los bienes que no son objeto de administración separada responderán, en su caso, de las deudas contraídas en la gestión del administrador especial. El concurso del menor afecta a todo su patrimonio, con independencia de que pueda haber masas sometidas a administraciones distintas.

Es difícil determinar si en estos casos debería admitirse la presentación de solicitud del concurso por parte del administrador o por parte de quien, siendo representante del menor o incapaz, no tiene atribuidas facultades de administración o sólo limitadas a ciertos bienes, quizás los no productivos o los de menos valor. De una parte, la exigencia de presentación de los documentos que deben acompañarse a la solicitud de concurso del deudor (art. 6 LC) o la posibilidad de oponerse a la solicitud de declaración presentada por cualquier legitimado (art. 18 LC) presuponen tanto un cabal conocimiento de la situación patrimonial del menor o incapacitado como, además, el acceso a los documentos que la reflejan. Sin embargo, las funciones de representación general pueden seguir incumbiendo a los padres o al tutor, lo que aconsejaría no descartar una actuación conjunta del administrador y del representante. En última instancia, el reconocimiento de la posibilidad de una flexible intervención del juez para evitar perjuicios al menor o incapacitado permitirá, en su caso, atribuir la representación a un administrador o defensor judicial, con el acceso a toda la información necesaria para que tome las decisiones que procedan (arts. 158 y 216 CC, arts. 12 y 90 de la Ley aragonesa de Derecho de la persona).

Otro grupo de dificultades se plantea por lo que se refiere a la calificación del concurso y las consecuencias de esa calificación cuando se trata de concurso de menores o incapacitados. La calificación del concurso como culpable descansa en la valoración del comportamiento del deudor *o de sus representantes legales* (art. 164 LC) a fin de verificar su posible dolo o culpa

---

38 Por ejemplo, para las atribuciones gratuitas, arts. 164.II.1º y 227 CC y fórmulas semejantes en los Derechos civiles autonómicos (arts. 149 y 150 Código familia catalán, art. 461-24 CC Cataluña, arts. 6, 81 y 94 Ley aragonesa de Derecho de la persona, para menores e incapacitados).

lata respecto de la agravación o causación del estado de insolvencia<sup>39</sup>. La norma, aplicada al concurso de menores o incapaces, presupone que serán los representantes que hayan gestionado el patrimonio quienes habrán realizado, en su caso, los hechos de calificación del concurso como culpable<sup>40</sup>.

En las hipótesis de capacidad incompleta (menor emancipado, menor aragonés de más de catorce años, incapacitado sometido a curatela, pródigo), el juez deberá analizar el comportamiento de las personas llamadas a prestar el complemento de capacidad requerido por la ley (padres, curador), sin descartar que pueda verse afectado por la calificación el propio menor, el incapacitado o el pródigo. Lo que sucede es que algunas de las consecuencias que resultan de la inhabilitación (art. 172 y disposición final 2ª LC) pueden solaparse con las propias de su capacidad limitada o incompleta (inhabilidad para ser tutor o administrador de bienes ajenos, por ejemplo), hasta que se alcance la mayoría de edad o se ponga fin por sentencia a la situación de incapacidad o prodigalidad. Pero no siempre será así: por ejemplo, el menor emancipado puede ser administrador de sociedades, pero no el inhabilitado durante el tiempo fijado en la sentencia de calificación.

No obstante, es evidente que el representante no se podrá ver afectado por la calificación cuando el comportamiento valorado como culpable (art. 164 LC) haya sido realizado por otra persona (un representante anterior, el incapacitado que lo fue después de caer en situación de insolvencia, el administrador especial y separado de ciertos bienes...). Puesto que es la sentencia de calificación la que debe determinar la causa y las personas a las que afecte la calificación, deberá valorar a estos efectos las funciones de gestión desempeñadas por cada una de las personas llamadas a intervenir. La inhabilitación del representante no impedirá, en su caso, que el menor o incapacitado puedan continuar el ejercicio de una actividad empresarial por medio de otros representantes (arts. 5 y 13 Ccom.)

Si el concurso finaliza por la inexistencia de bienes y derechos, el menor o incapacitado continuarán respondiendo con su patrimonio de las deudas que no hayan podido ser satisfechas con la liquidación de la masa activa (arts. 178.2 y 76.1 LC y art. 1911 CC)<sup>41</sup>. Quedan abiertas, en su caso, las oportunas

---

39 Sobre «La calificación del concurso», por todos, García-Cruces, «Artículos 163 a 175», en Rojo – Beltrán, *Comentario de la Ley concursal*, Madrid, 2004, p. 2513 y ss.

40 Así, Palazón Garrido, «La continuación por el menor o incapacitado de la empresa de sus padres o causantes», p. 298.

41 Rojo, «Artículo 1», p. 145.

acciones de responsabilidad por daños contra los padres o los tutores que hayan actuado negligentemente (art. 168 CC, ars. 147 y 225 Código familia catalán, arts. 83 y 93 de la Ley aragonesa de Derecho de la persona).

Hasta ahora sólo he hecho referencia a la situación de los incapaces en el sistema institucional de protección diseñado en el Código civil desde 1983, pero la irrupción de un modelo más flexible a través de los poderes preventivos o *mandato de protección* permite que la gestión de los asuntos de quien ha devenido incapaz sea llevada a cabo por alguien de su confianza a quien apoderó cuando tenía plena capacidad (art. 1732 CC, art. 95 de la Ley aragonesa de Derecho de la persona). Surgen en este ámbito dificultades específicas por la falta de previsión legal de un sistema de supervisión de la actuación del mandatario. Junto a la posibilidad de que llegue a producirse la incapacitación y se nombre un representante al incapaz, no deben olvidarse las funciones de representación y defensa que incumben al Ministerio Fiscal (art. 299 bis CC, art. 118 de la Ley aragonesa de Derecho de la persona), pero resulta difícil conciliar esta situación con la regulación de la ley concursal, que presupone que el deudor tiene plena capacidad o, en otro caso, actúa por él su representante legal<sup>42</sup>. A las dificultades por lo que se refiere a la legitimación para solicitar el concurso, a la posible actuación del mandatario durante el procedimiento, así como a las dudas sobre la aplicación de los efectos de la calificación del concurso como culpable debe añadirse en estos casos las consecuencias de la declaración del concurso sobre el propio mandato de protección. La extinción del mandato por el concurso del mandante proclamada de manera general en el art. 1732.3º CC resulta también de aplicación cuando se trata de un poder preventivo, aunque no parece lógico que el mandatario quede excluido totalmente del procedimiento concursal si no se ha constituido ningún organismo tutelar. Por lo demás, debe tenerse en cuenta que la declaración de concurso produce efectos sobre las facultades patrimoniales del deudor, y da lugar a las facultades de intervención o sustitución de la administración concursal (art. 40 LC), por lo que resulta razonable concluir que sea la administración quien decida si el mandatario debe continuar alguna gestión.

---

42 En general, sobre estos problemas, mi trabajo «Voluntades anticipadas (autonomía personal: voluntades anticipadas, autotutela y poderes preventivos)», en Foro de Derecho aragonés, XV Encuentros, Zaragoza, 2005, p. 117 y ss.



### 3. CONCURSO DE HERENCIA

#### 3.1. Consideraciones generales

##### 3.1.1. Derecho concursal y derecho sucesorio

En el Derecho estatutario del siglo XIII, donde están recogidos todos los elementos del procedimiento de la quiebra, la muerte del deudor no impedía la apertura del procedimiento de quiebra sobre el patrimonio relicto del difunto. De hecho, y como consecuencia de las relaciones comerciales con tierras a veces muy lejanas, no era infrecuente que del fallecimiento del deudor se tuvieran noticias después de que se hubiera manifestado la insolvencia, lo que explica que los compiladores de los estatutos sintieran el problema con viveza y se ocuparan repetidamente de afrontarlo y resolverlo. El estado de insolvencia sobrevivía a la muerte, si bien cabe discutir si quiebra el difunto, la herencia o los herederos. En un sistema en el que, para sustraerse al rigor de las medidas personales el deudor quebrado *se fuga*, y la fuga se convierte en el presupuesto más común para la apertura del procedimiento, la muerte es equiparada a la fuga, lo que no deja de tener sentido si se repara en que el elemento común a ambas circunstancias es la desaparición del deudor. Umberto Santarelli, que estudió las fuentes, puso de manifiesto las diferentes reglas contenidas sobre esta materia en los distintos estatutos. En ocasiones, las normas sobre quiebra se extendían a la herencia dañosa, precisando que el heredero permanecía totalmente ajeno al procedimiento, o distinguían según que la insolvencia se hubiera manifestado antes de la muerte del deudor o al pagar las deudas de la herencia, o se establecía la aplicabilidad de las normas de la quiebra a la herencia cuando la insolvencia de la misma se hubiera manifestado dentro del año siguiente a la muerte del deudor. Pero, junto a estas normas en las que se hace referencia exclusivamente a la quiebra de la herencia dañosa, contemplando únicamente la insolvencia del patrimonio relicto, coexisten otros ejemplos de estatutos en los que se contempla la quiebra del heredero como tal, en cuanto titular actual del patrimonio objeto del concurso de acreedores, aunque raramente se llega a imponer al heredero las sanciones penales previstas para el quebrado<sup>43</sup>.

---

43 U. Santarelli, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, Padova, 1964, p. 75 y ss.

En el Derecho español vigente con anterioridad a la ley concursal, el art. 1053 LEC 1881 preveía, en el juicio de testamentaria, el concurso o la quiebra del caudal relicto. Con razón Lacruz lo calificó de «caso anómalo de insolvencia»<sup>44</sup>, y lo mismo puede mantenerse en la actualidad. La LEC 2000 derogó la regulación de las testamentarias y dentro de las disposiciones dedicadas a la división de la herencia, a la intervención y a la administración del caudal hereditario, pero no incluyó ninguna mención al concurso o quiebra de la herencia.

La ley concursal reconoce capacidad concursal a la herencia «en tanto no haya sido aceptada pura y simplemente» (art. 1.2) y a lo largo de su articulado introduce, de manera dispersa, algunas normas referidas al concurso de herencia (legitimación para solicitar el concurso de herencia, art. 3.4; documentación que debe acompañarse a la solicitud de declaración de concurso, art. 6.2.º.IV; facultades patrimoniales de administración y disposición del caudal relicto, art. 40.5). Se establece, además, que en el caso de que se produzca la muerte o la declaración de fallecimiento del concursado, el concurso no concluirá, sino que seguirá tramitándose como concurso de herencia (art. 182). Finalmente, el 184.7 se ocupa de los problemas de emplazamiento si el concursado fallece tras la presentación de la solicitud de concurso, y antes de su declaración. Hay una remisión a las normas de sucesión procesal.

La previsión de la ley concursal sobre el concurso de herencia no sólo es asistemática sino que, además, es tan escueta, que se plantean numerosos problemas de interpretación y de coordinación con el régimen de la responsabilidad por deudas de la herencia<sup>45</sup>. Posiblemente la idea de la escasa relevancia práctica del problema (apenas se producen concursos de herencia) unida a la conciencia de la complejidad del Derecho sucesorio (en el Código civil y en los Derechos autonómicos) explican esta deficiente regulación del concurso

---

44 Lacruz, *Derecho de sucesiones*, Barcelona, 1961, p. 379. Sobre el concurso y la quiebra de la herencia en el Derecho anterior a la ley concursal puede consultarse: Garrigues, *Curso de Derecho Mercantil*, II, 7ª ed., Madrid, 1980, p. 478; Broseta, *Manual de Derecho Mercantil*, Madrid, 1977, p. 649.

45 No fue aceptada durante la tramitación parlamentaria de la ley la incorporación de una regulación sistemática y más extensa del concurso de herencia, defendida por el Grupo Parlamentario Socialista (enmiendas 231, 233, 371 y 381, BOCG, Congreso, VII Legislatura, 2 de diciembre de 2002; reproducidas en el Senado: enmiendas 127, 177 y 183, BOCG, VII Legislatura, 9 de mayo de 2003), por el Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrès (enmiendas 64, 106 y 109, BOCG, VII Legislatura, 9 de mayo de 2003). Asimismo, durante su comparecencia en el Congreso, el profesor Ángel Rojo (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Justicia e Interior 2002, VII Legislatura, 604, sesión 74, 20 de octubre de 2002, p. 19726).

de herencia. Un poco más amplia era la regulación prevista en el anteproyecto de 1983 (arts. 5 y 6) y más completa la propuesta de 1995 (arts. 252 a 256) aunque, a decir verdad, tampoco se ocupaban de todos los problemas que suscita el concurso de herencia que, necesariamente, deberán ser atendidos cuando se presenten aplicando las normas de Derecho civil<sup>46</sup>.

En el diseño de la ley concursal, la capacidad concursal de la herencia a que se refiere el art. 1.2 ha sido entendida como una excepción a la regla general contenida en el art. 1.2, según la cual sólo podrían ser declaradas en concurso las personas naturales o jurídicas<sup>47</sup>. En este sentido, se llama la atención sobre la falta de personalidad jurídica del patrimonio hereditario y, presuponiendo que esta es la clave, se sugiere la aplicación analógica del concurso de la herencia a todas aquellas masas patrimoniales dotadas de cierta autonomía que se hallen jurídicamente adscritas al pago de unos determinados acreedores<sup>48</sup>.

Para la generalidad de los comentaristas, además, la expresión del art. 1.2 LC, que prevé la declaración del concurso de la herencia «en tanto no haya sido aceptada pura y simplemente», enlaza con la tesis que considera que, aceptada la herencia pura y simplemente, se produce la confusión de patrimonios de la herencia y del heredero por lo que, en su caso, es el propio heredero quien resultaría insolvente, y no la herencia, y procedería el concurso del heredero<sup>49</sup>. Las dificultades que se suscitan entonces son las de determinar

---

46 En este sentido, apoyando la opción del legislador, ante la imposibilidad práctica de que la ley concursal resolviera el cúmulo de problemas de las deudas de la herencia, Pérez de Vargas, «Artículo 1.2», en *Comentarios a la legislación concursal*, Pulgar Ezquerro – Alonso Ureba – Alonso Ledesma – Alcover Garau (directores), T. I, Madrid, 2004, p. 77 y el mismo autor, con más detalle en «El concurso de la herencia», RDCP 1, 2004, p. 58 y ss.

Una crítica, en cambio, a la opción del legislador, echando en falta, al menos, alguna regulación específica procedimental, en R. Bercovitz, «Artículo 1», p. 34; González Carrasco, «Artículo 3», en *Comentarios a la Ley concursal*, R. Bercovitz (coordinador), T. I, Madrid, 2004, p. 64; García Villaverde, «El presupuesto subjetivo de la apertura del concurso», en *Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la reforma concursal*, García Villaverde, Alonso Ureba y Pulgar Ezquerro (directores), Madrid, p. 39.

47 Por todos, Rojo-Orduña, 2004, p. 155.

48 Vicent Chuliá, «El concurso de la persona jurídica», *Homenaje Olivencia*, II, p. 2396. El autor apunta esta aplicación analógica de una manera tan genérica que incluye tanto a masas patrimoniales sin titular como a entes sin personalidad. Otros autores utilizan el mismo argumento, como iremos viendo a lo largo de este trabajo, tanto para referirse a entes sin personalidad, a sociedades y a masas patrimoniales.

49 Por ejemplo, R. Bercovitz, «Artículo 1», p. 34; Peña Bernaldo de Quirós, *La herencia y las deudas del causante*, reimpresión de la edición de 1967, con *Epilogo: El régimen de las deudas del causante después de las grandes reformas legislativas*, Granada, 2006, p. 311.

si existe o no preferencia de los acreedores del caudal sobre los acreedores del heredero, pero también si los acreedores del heredero pueden defenderse de algún modo en el caso de que la aceptación de una herencia insolvente les perjudique<sup>50</sup>.

En realidad, literalmente, el art. 1.2 LC se refiere a la herencia «en tanto no haya sido aceptada pura y simplemente». El precepto presupone que el deudor ya ha fallecido antes de la presentación de la solicitud de concurso. El art. 1.2 de la ley sólo se ocupa de la herencia que no haya sido aceptada pura y simplemente, lo que parece incluir todos los supuestos de falta de un titular actual de la herencia (herencia no aceptada, herencia bajo condición, herencia del *nasciturus*...) así como los supuestos de aceptación de la herencia a beneficio de inventario (en donde sí hay un titular). Nada se dice expresamente de lo que sucede cuando la herencia se acepta pura y simplemente. Tampoco de lo que sucede en el caso de que, declarado el concurso de una herencia yacente, los herederos acepten, en especial cuando la aceptación sea pura. La ley no da solución a los problemas que plantea la pluralidad de herederos, la existencia de una comunidad hereditaria, o el que unos herederos acepten de manera pura y simple y otros a beneficio de inventario.

La ley concursal contiene otro precepto que menciona el concurso de herencia. Se trata del art. 182, que se ocupa de la muerte del concursado, esto es, cuando el fallecimiento del deudor se produce después de la declaración del concurso, durante la tramitación del procedimiento. Para esta hipótesis dispone el art. 182 que la tramitación del concurso seguirá como concurso de herencia, pero nada se dice de lo que sucede si tiene lugar ulteriormente la aceptación de los herederos.

Los preceptos de la ley concursal sobre concurso de herencia necesariamente deben ser interpretados y aplicados de manera coherente con el Derecho de sucesiones, puesto que algunas de las instituciones propias de esta rama

---

50 Con diferentes puntos de vista y muchos y variados matices lo ponen de relieve, Hidalgo García, «Artículo 1.2», *Comentarios a la legislación concursal*, J. Sánchez Calero y V. Guilarte Gutiérrez, directores, T. I, Valladolid, 2004, p. 75 y ss.; Blanquer Uberos, «Efectos del concurso sobre los derechos de la persona del deudor, familia y sucesiones», en Cuadernos de Derecho y comercio, 43, 2005, p. 150 y ss.; Espejo Lerdo de Tejada, «Presupuestos dogmático-sucesorios del concurso de la herencia. Una aproximación civilística a la Ley concursal», *Homenaje a Olivencia*, T. II, Madrid – Barcelona, 2005, p. 1909 y ss.; Díez Soto, «La herencia en la nueva Ley Concursal», *Homenaje Puig Ferriol*, J. M. Abril, M. E. Amat, coord., vol. I, Valencia, 2006, p. 1097 y ss.; Cazorla González, *El concurso de la herencia*, Madrid, 2007.

del Derecho guardan una gran afinidad con la *quiebra post mortem*<sup>51</sup>. En consecuencia, un enfoque adecuado de esta materia debe tener en cuenta las diferentes situaciones que pueden producirse así como la diversidad de regímenes aplicables en materia de responsabilidad por deudas: *a)* Así, en primer lugar, la situación de insolvencia se ha podido producir antes de la muerte del deudor, pero también como consecuencia de las cargas de la herencia (gastos de última enfermedad, entierro, inventario, conservación y defensa de los bienes...). La insolvencia puede ser del heredero, antes del fallecimiento de su causante, o como consecuencia de las deudas hereditarias. *b)* En segundo lugar, la herencia puede constituir un patrimonio carente de un titular actual (todavía no ha sido aceptada, es llamado un *nasciturus*, una fundación testamentaria, hay un llamamiento condicional...). En caso de aceptación sí hay un titular, si bien existen diferencias en materia de responsabilidad según que la herencia haya sido aceptada a beneficio de inventario o pura y simplemente. Tampoco es igual la responsabilidad de los herederos antes y después de la partición. *c)* En tercer lugar, por lo que se refiere a los diversos regímenes jurídicos aplicables, no puede olvidarse que algunos sistemas regulan el beneficio de separación de patrimonios a favor de los acreedores hereditarios (así, en Navarra), o de los acreedores hereditarios y también de los acreedores del heredero (Cataluña), o establecen reglas de separación y de preferencias de acreedores (Aragón). *d)* Finalmente, conviene señalar que no son idénticas en los diversos sistemas las reglas sobre administración de la herencia yacente, ni la legitimación para instar el nombramiento de un administrador judicial que represente la herencia, ni tampoco la responsabilidad del heredero por los legados. Ni siquiera es uniforme el régimen de aceptación y repudiación de la herencia (por ejemplo, en Navarra, la herencia se entiende adquirida desde el fallecimiento, si bien cabe repudiación).

Todas estas variables, que influyen en la determinación del régimen de responsabilidad por deudas, deben ser tenidas en cuenta en el concurso.

---

51 En particular, se ha puesto de relieve cómo la separación de patrimonios, instrumento y garantía de los acreedores sobre el patrimonio de su deudor, impide que por efecto de la sucesión y de la sustitución de la personalidad del deudor originario, el contenido de su patrimonio sufra un cambio perjudicial para los acreedores. Desde este punto de vista, según llegue o no a existir confusión de patrimonios, para que proceda la declaración de quiebra será precisa tanto la insolvencia del patrimonio hereditario y del patrimonio del heredero o solo la insolvencia del patrimonio hereditario. Sobre la equivalencia de efectos y ámbito de la separación de patrimonios y de la quiebra de la herencia, G. Osti, «La separazione dei patrimoni e il fallimento post mortem. Saggio schematico di ricostruzione», en G. Osti, *Scritti Giuridici*, Milano, II, 1973, p. 893 y ss.

### 3.1.2. Legitimación para instar el concurso de herencia

El art. 3.4 LC considera legitimados para solicitar la declaración de concurso de la herencia a los acreedores del deudor fallecido, a los herederos de éste y al administrador de la herencia.

a) *Administrador de la herencia.* Si existe un administrador de la herencia que constata su insolvencia está legitimado para solicitar el concurso de la misma.

En cualquiera de las situaciones en las que, conforme al Derecho sucesorio aplicable, pueda haber un administrador<sup>52</sup>, y, por tanto, no sólo cuando todavía no haya habido aceptación<sup>53</sup>, el administrador está legitimado para solicitar el concurso de la herencia. Aun cuando haya aceptación de la herencia, el administrador tiene la representación de la misma en lo que se refiere directamente a la administración del caudal, y puede ejercitar las acciones que procedan (*cf.* art. 798 LEC), por lo que mientras no cese en su función puede solicitar

---

52 ¿En qué casos hay o puede haber un administrador de la herencia? Puede haber administrador de la herencia si el causante así lo ha previsto, o si los coherederos han designado uno por mayoría (art. 398 CC), o si acuden al juez para que lo designe (para la herencia yacente, art. 411-9 CC Cataluña, aprobado por la ley 10/2008, de 10 de julio, art. 9.4 de la Ley de sucesiones por causa de muerte de Aragón, art. 798 LEC; en el caso de comunidad hereditaria el art. 463-4 CC Cataluña legitima para instar el nombramiento a cualquier interesado), pero también en la herencia del *nasciturus* (art. 965 CC, art. 11 de la Ley de sucesiones por causa de muerte de Aragón, o si se trata de una herencia bajo condición (art. 801 CC, *cf.* art. 423-14 CC Cataluña), o de fiducia sucesoria (art. 134 de la Ley de sucesiones por causa de muerte de Aragón, arts. 424-4 y 424-10 CC Cataluña), o de testamento por comisario (art. 168 de la Ley de Derecho Civil foral del País Vasco, art. 201 de la Ley de Derecho Civil de Galicia).

Conforme al art. 1020 CC, hasta que se acepte la herencia, cualquier interesado (acreedores, legatarios) puede solicitar la administración y custodia de los bienes hereditarios. El art. 79.2 LEC permite a los acreedores reconocidos como tales en el testamento o por los coherederos y que tengan su derecho documentado en un título ejecutivo que pidan la intervención del caudal hereditario (con ocupación de libros, inventario y depósito de los bienes).

Los ordenamientos en los que sólo se reconoce la legitimación de los herederos para solicitar al juez el nombramiento de un administrador (art. 411-9.3 CC Cataluña, art. 9.4 de la Ley de sucesiones por causa de muerte de Aragón), reconocen a los acreedores la posibilidad de solicitar el beneficio de separación, sometiendo el patrimonio a administración (art. 461-23 CC Cataluña; se regula también el beneficio de separación en la ley 319 de la Compilación Navarra) o establecen una separación de patrimonios que beneficia a los acreedores del causante (arts. 42.1 y 44 de la Ley de sucesiones por causa de muerte de Aragón).

También se prevé una administración de la herencia hasta que se pague a los acreedores y legatarios en los casos de aceptación a beneficio de inventario (art. 1026 CC, art. 461-21 CC Cataluña).

53 En sentido contrario, Rojo, «Artículo 3», p. 218.

el concurso. Cuestión distinta es que, declarado el concurso, conforme al art. 40.5 LC, las facultades patrimoniales de administración y disposición sobre el caudal relicto correspondan a la administración concursal.

El concurso solicitado por el administrador de la herencia deberá considerarse concurso voluntario, porque el administrador ostenta la representación de la herencia sobre la que pesan las deudas<sup>54</sup>. La situación, sin embargo, es compleja, porque puede haber herederos disconformes con el criterio, a los que habrá que considerar como personas con interés legítimo, en el sentido del art. 20.3 LC, legitimados para recurrir el auto de declaración del concurso.

El administrador no sólo está legitimado para solicitar el concurso sino que incluso sobre él pesa el deber de solicitarlo dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer el estado de insolvencia (art. 5.1, salvo que se hayan iniciado negociaciones, en los términos del art. 5.3 añadido por el RD-Ley 3/2009, de 27 de marzo, arts. 105.1.6º y 165.1º LC). El deber del administrador se suma al de dar cuenta del déficit patrimonial a los acreedores y legatarios y a la responsabilidad por los perjuicios causados por su negligencia (*cf.* art. 1031 CC)<sup>55</sup>.

*b) Los herederos.* El art. 3.4 establece que los herederos del deudor fallecido podrán solicitar la declaración de concurso<sup>56</sup>. Sería razonable supe-  
editar esta legitimación de los herederos a la inexistencia de un administrador distinto del caudal hereditario.

Conforme al art. 3.4 LC, la solicitud de concurso formulada por un heredero equivale a la aceptación de la herencia a beneficio de inventario. Ahora bien, esta disposición no puede ser interpretada en el sentido de que, por la solicitud de concurso de un heredero, la herencia se sujete a las reglas previstas en el Derecho sucesorio para la administración de los bienes y el pago de las deudas cuando se ha aceptado a beneficio de inventario. Por el contrario, se

---

54 En este sentido se pronuncia también el Auto del Juzgado de lo Mercantil de Málaga núm. 1 de 23 junio 2008 (AC 1568), que admite que está legitimado para solicitar el concurso de una herencia el administrador judicial nombrado en un proceso de medidas cautelares dentro del procedimiento tramitado en otro juzgado, si bien advierte que la terminación del procedimiento del que deriva el nombramiento o la terminación de las funciones cautelares encomendadas obligaría a los terceros a nombrar o a los acreedores a solicitar el nombramiento de un nuevo representante.

55 Así, Rojo, «Artículo 3», p. 21; R. Bercovitz, «Artículo 1», p. 36.

56 Sobre la equiparación a estos efectos del legatario de parte alicuota, del heredero instituido en cosa cierta y de los legatarios cuando toda la herencia se distribuye en legados, Orduña, «Artículo 182», p. 2711.

producirán todos los efectos propios de la declaración de concurso si ésta llega a producirse, tanto por lo que se refiere a los efectos sobre los acreedores, al pago de los créditos como a la propia administración del patrimonio (art. 40.5 LC). Lo único que significa el art. 3.4 LC es que el heredero, al igual que los herederos que aceptan a beneficio de inventario, no responderá con sus propios bienes de las deudas de la herencia (arts. 1003 y 1023 CC, arts. 461-18 y 461-20 CC Cataluña)<sup>57</sup>.

Si la aceptación se realizó previamente a beneficio de inventario también está legitimado el heredero para presentar la declaración de concurso<sup>58</sup>. Es más, el heredero que ha aceptado a beneficio de inventario, debería ser tratado como un deudor, si bien limitada su responsabilidad a ciertos bienes, los que forman parte de la herencia (arts. 661 y 1023 CC), por lo que puede afirmarse a su cargo la existencia del deber de presentar la solicitud de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer la situación de insolvencia (art. 5 LC). En este sentido, y de

---

57 Así, R. Bercovitz, «Artículo 1», p. 35; Rojo, «Artículo 3», p. 219. Aclara Rojo que, aun cuando el heredero desista luego del concurso, como la aceptación es irrevocable, la ley seguirá considerándolo como un heredero a beneficio de inventario.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que propiamente la aceptación a beneficio de inventario no es una *forma* de aceptación, sino una situación del heredero que puede solicitar incluso después de haber aceptado, pero que también puede perder. El heredero puede perder el beneficio de inventario si realiza cualquier acción dolosa ocultando bienes o realizando enajenaciones sin autorización antes de que se hubiera pagado a los acreedores (arts. 1002, 1024 CC) o si acepta sin tomar el inventario (art. 461-17 CC Cataluña, o sin incluir en el inventario todos los bienes y deudas, art. 461-15.4 CC Cataluña) por lo que, en mi opinión, cualquier comportamiento de los previstos en la ley harán que el heredero responda de las deudas de la herencia con sus propios bienes, por mucho que formalmente hubiera presentado la solicitud de declaración de concurso, que en este sentido no puede tener un valor diferente del que se atribuye a la declaración formal de aceptar a beneficio de inventario (art. 1011 CC).

En Aragón, donde el heredero responde de las deudas de la herencia exclusivamente con los bienes que reciba del caudal relicto (art. 40 de la Ley de Sucesiones por causa de muerte), el heredero responde sin embargo con su propio patrimonio del valor de lo heredado que enajene, consuma o emplee en el pago de créditos hereditarios no vencidos, así como el valor de la pérdida o deterioro que, por su culpa se produzca en los bienes heredados. La misma regla debe seguir aplicándose en el concurso de la herencia aunque haya sido el heredero quien presente su solicitud.

58 Rojo, «Artículo 3», p. 219. González Carrasco, por su parte, manifiesta la duda de si el heredero conserva el interés de solicitar el concurso en este caso. Además, en opinión de esta autora, la solicitud de concurso constituiría una alternativa más apetecible para el llamado a la herencia, pues ni se le imponen plazos para solicitarlo ni está obligado a presentar un inventario («Artículo 3», p. 69). Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que entre la documentación que debe acompañar quien presenta la solicitud de concurso la ley concursal incluye un inventario de bienes y derechos (art. 6.2.3º LC) y, sobre todo, como indico en el texto a continuación, que existe un deber del heredero de presentar la solicitud de concurso.



manera perfectamente coherente con la legislación concursal, el art. 461-22 CC Cataluña establece que «el heredero que disfruta del beneficio de inventario, si se cumplen los requisitos legales, tiene el deber de solicitar la declaración de concurso de la herencia y, una vez declarado, el proceder de acuerdo con la legislación concursal».

Aunque la ley no lo prevé expresamente, la peculiaridad del concurso de herencia aconseja que, en los casos de pluralidad de herederos, presentada la solicitud por uno de ellos, si no tiene atribuida la representación de la herencia, fueran emplazados los demás (dispuestos a pagar deudas para evitar el concurso, o conocedores de la existencia de otros bienes y deudas del causante). En todo caso, es seguro que el heredero que no solicita el concurso es persona interesada para impugnar el auto que lo declare (art. 20.3 LC).

La doctrina ha llamado la atención sobre la ausencia de referencia a los legatarios –que sí se mencionaban como legitimados en el art. 253 del anteproyecto de 1995– en el art. 3.4 LC<sup>59</sup>. Ciertamente, aun cuando existen importantes diferencias de regulación en los diferentes sistemas jurídicos, los legatarios no son responsables de las deudas de la herencia ni su situación es tampoco la de un acreedor de la herencia, sino más bien de la persona gravada con el legado (*cf.* art. 162 Ley de Sucesiones por causa de muerte de Aragón). De una parte, pueden ser gravados quienes reciban algún beneficio patrimonial (art. 858 CC) y, de otra, la naturaleza del legado puede ser real u obligacional (*cf.* arts. 427-7 y 427-10 CC Cataluña). Pero ni siquiera cuando el legado sea de cosa cierta y determinada (arts. 882 CC y art. 162 Ley de Sucesiones por causa de muerte de Aragón) tendrá el legatario un derecho de separación *ex* art. 80 LC, pues el legatario sólo puede cobrar después de que hayan cobrado todos los acreedores (art. 1027 CC)<sup>60</sup>.

Pero una cosa es la falta de legitimación para solicitar la declaración de concurso de la herencia y otra que la comparecencia de los legatarios en el

---

59 El Grupo Parlamentario socialista presentó una enmienda, que no fue aceptada, que preveía incluir entre los sujetos legitimados a los legatarios (BOCG, Congreso, VII Legislatura, Serie A, núm. 101-15, p. 235).

Los comentarios son sin embargo muy heterogéneos. R. Bercovitz ha defendido que deben quedar incluidos mediante una interpretación extensiva del término «herederos» utilizada en el art. 3.4 LC («Artículo 1», p. 33); Conde Díez defiende que, al menos, hay que incluir a los legatarios de parte alícuota (en *Comentarios a la legislación concursal*, Palomar Olmeda, coordinador, Madrid, 2003, p. 282); González Carrasco justifica su exclusión en no ser los legatarios responsables de las deudas, ni siquiera cuando se distribuye toda la herencia en legados («Artículo 3», p. 68).

60 *Vid.* Peña, *La herencia*, p. 310.

proceso venga exigida con el fin de permitirles la defensa de sus derechos e intereses frente a las consecuencias que puede tener el convenio, la actividad liquidatoria o la calificación del concurso. Puede acudirse a lo dispuesto en el art. 184.4 LC, que genéricamente permite la comparecencia en el concurso de «cualquiera que tenga interés legítimo», siempre que lo haga representado por procurador y asistido por letrado<sup>61</sup>.

Tampoco se mencionan en el art. 3.4 LC a los legitimarios, que no necesariamente son herederos, y cuyos derechos no tienen la misma naturaleza, real o crediticia, en los diferentes Derechos civiles sucesorios españoles, lo que dificulta un tratamiento uniforme de su posición en el concurso. No creo en cambio que pueda negárseles en ningún caso la posibilidad de comparecer como titulares de legítimos intereses en el concurso (art. 184.4 LC). Desde esta perspectiva, quizás sea razonable que el legislador concursal haya dejado fuera de la ley toda referencia al fenómeno sucesorio, que necesariamente deberá solventarse con arreglo a las normas específicas aplicables en cada caso<sup>62</sup>.

c) *Acreeedores del deudor fallecido*. El art. 3.5 LC legitima para solicitar el concurso a los acreedores del deudor fallecido. No se menciona a los «acreedores por cargas», es decir, acreedores que lo sean de la herencia, después del fallecimiento del deudor (por gastos de enfermedad, entierro...), pero no se ve inconveniente en admitir su legitimación a la vista de lo dispuesto en el art. 3.1 –legitimación de los acreedores– en relación con el art. 1.2 LC –concurso de herencia–<sup>63</sup>.

### 3.2. Análisis de los diferentes supuestos

Desde el punto de vista de un acreedor, el análisis de las relaciones entre la situación de insolvencia y el fallecimiento requiere una distinción de grupos de casos que tenga en cuenta si quien ha fallecido es su deudor o si, por el contrario, su deudor ha sido llamado a una herencia, lo que puede suponer, o bien que su deudor, previamente insolvente, adquiera los bienes suficientes

---

61 Vid. J. López Sánchez, «Artículo 184», en *Comentarios a la Ley concursal*, R. Bercovitz (coordinador), T. II, Madrid, 2004, p. 1886.

62 En este sentido, Peña, *La herencia*, p. 311.

63 Así, Rojo, «Artículo 3», p. 219. Vid., también, Díez Soto, que considera que su exclusión no está justificada («La herencia», p. 1107).

para poder satisfacer su crédito o bien que haya sido llamado a una herencia dañosa que pueda poner en peligro su solvencia anterior.

### 3.2.1. Fallecimiento del deudor

Cuando fallece una persona y quedan deudas pendientes, los problemas de falta de pago a los acreedores y, en definitiva, de insolvencia, pueden agruparse en dos tipos de hipótesis:

#### A) El deudor era insolvente

La primera hipótesis que debe plantearse es aquella en la que el deudor era insolvente antes del fallecimiento, aunque no se hubiera declarado el concurso, o bien era solvente pero las cargas de la herencia (gastos de enfermedad, de entierro...) provocan una situación de insolvencia, de modo tal que los acreedores de la herencia no pueden cobrar con cargo al patrimonio hereditario.

Para un mejor análisis de las diversas situaciones que pueden plantearse, cabe distinguir a su vez los siguientes supuestos:

*a) Situación de herencia yacente.* En el caso en que no haya administrador nombrado, o no solicite el concurso, cualquiera de los acreedores del causante está legitimado para hacerlo (art. 2.4 y art. 3.4 LC). La herencia yacente no sólo tiene capacidad para ser parte (art. 6.4 LEC) sino que se reconoce la posibilidad de que sea declarada en concurso (art. 1.2 LC).

Por lo que se refiere al emplazamiento del «deudor», deberá hacerse en la persona del administrador (arg. arts. 15, 184.7 LC y arts. 16 y 798 LEC)<sup>64</sup>. Si

---

64 Fuera del concurso, esta es la doctrina de la DGRN desde la Rs. de 27 de octubre de 2003, seguida interrumpidamente por otras posteriores. En la práctica, sin embargo, se siguen presentando demandas y obteniendo sentencias de condena contra la herencia yacente, declarada en rebeldía lo que, si bien puede admitirse, por tener capacidad para ser parte la herencia, plantea problemas de ejecución, pues los bienes no estarán a nombre de la herencia yacente y los registradores, en práctica respaldada por la Dirección General en diversas resoluciones a partir de la citada, deniegan la inscripción del auto que despacha ejecución contra la herencia yacente en un proceso en el que no ha estado representada por un administrador. Conviene advertir, sin embargo, que esta postura de la Dirección General ha sido objeto de crítica por entender que es poco respetuosa con los intereses de los acreedores a los que la ley no reconoce la posibilidad de exigir el nombramiento de un administrador (en este sentido, Ocaña Rodríguez, «Derecho sucesorio y derecho de crédito. Una

no está nombrado, en el régimen del Código civil hay argumentos para defender que los acreedores pueden instar el nombramiento de un administrador<sup>65</sup>; no, en cambio, en otros sistemas, que sólo reconocen la posibilidad de instar el nombramiento de un administrador a los herederos llamados (art. 411-9.4 CC Cataluña, art. 9 Ley de Sucesiones por causa de muerte de Aragón). Si el emplazamiento se hace a los herederos desconocidos, o a la herencia yacente, y nadie comparece, la aplicación del art. 18 LC lleva necesariamente a la declaración de concurso<sup>66</sup>.

La declaración de concurso de la herencia no excluye que los llamados puedan aceptar la herencia. Las consecuencias desde el punto de vista de la responsabilidad por deudas son semejantes a las que veremos a continuación en función de si la aceptación de la herencia se produce de manera pura o a beneficio de inventario. El caso problemático, en particular, se suscita cuando después de presentada la solicitud de concurso por no constar la aceptación pura y simple, posteriormente se acepta la herencia, quedando el heredero en situación de responsable de las deudas con todos sus bienes<sup>67</sup>.

---

dificil confluencia», en Consejo General del Poder Judicial, *Reflexiones sobre materias de Derecho sucesorio en la sociedad del siglo XXI*, Álvarez García y Zubiri de Salinas, directores, Madrid, 2008).

En el art. 5 de anteproyecto de ley concursal de 1983 se establecía que la herencia debía ser representada en el procedimiento por quien ostentara su representación en Derecho. De no existir administrador, se permitía al juez adoptar las medidas cautelares convenientes para la conservación del patrimonio y dejaba en manos del Ministerio fiscal la competencia para instar el nombramiento de un administrador ante el juez competente y por el procedimiento que correspondiera. Hasta entonces, la representación de la herencia en el procedimiento concursal se atribuía al Ministerio fiscal.

65 El art. 1020 CC lo permite, a instancia de parte interesada, lo que incluye a los acreedores, por mucho que los arts. 792.2 y 796.3 LEC, en sede de la tramitación de la declaración de herederos y de la división judicial de la herencia se refiera únicamente a los acreedores reconocidos en testamento o por los coherederos y los que tengan título ejecutivo.

66 J. López Sánchez, «Artículo 184», p. 1886. Como explica Bonet, si en la LEC la posición de rebeldía no constituye un allanamiento, ni una admisión de hechos, salvo que la ley disponga otra cosa, el art. 18 LC es un caso que concreta la excepción: la incomparecencia dentro del plazo señalado en el emplazamiento equivale a un allanamiento a la pretensión del solicitante y el juez dictará auto declarando el concurso del acreedor («Artículo 18», p. 187).

67 Por ello, desde el punto de vista de la seguridad en la aplicación del art. 1.2 LC, que se refiere a la declaración del concurso de la herencia mientras no haya sido aceptada pura y simplemente, se critica que la ley no exija, como hacía el anteproyecto de 1983, que la aceptación pura y simple conste *fehacientemente* (González Carrasco, «Artículo 3», p. 65). En este sentido, el art. 5 del citado anteproyecto en su primer párrafo preveía que «fallecido el deudor y en tanto no conste fehacientemente la aceptación pura y simple de la herencia, podrá declararse el concurso de esta». El problema es que la situación de responsabilidad del heredero de las deudas de la herencia con todo su patrimonio no necesariamente deriva de una declaración formal que pueda constar feha-

b) *Herencia aceptada a beneficio de inventario*. Del art. 1.2 LC se desprende con facilidad que puede declararse el concurso de la herencia aceptada a beneficio de inventario.

La doctrina ha puesto de relieve que en estos casos debería ser declarado en concurso el heredero, puesto que es titular del patrimonio hereditario, si bien incluyendo en la masa activa únicamente los bienes del causante y en la masa pasiva sus deudas<sup>68</sup>, ya que el efecto principal de la aceptación a

---

cientemente, por lo que la ley que exigiera tal requisito adolecería de falta de realismo. Serán los acreedores interesados en agredir también el patrimonio personal del heredero los que, a tal fin, tendrán interés en acreditar la situación de la pérdida del beneficio de inventario (salvo que haya aceptación expresa pura).

González Carrasco parte de que no es posible declarar el concurso si ha habido aceptación pura, por lo que si consta la misma, el juez del concurso debería dictar auto desestimando la solicitud de concurso (art. 20 LC). Pero como digo a continuación en el texto, esta hipótesis requiere un análisis más detallado. Para el caso de que la aceptación pura se produzca después de la declaración de concurso, que no está resuelto en la ley concursal, la citada autora remite a la solución prevista en el párrafo IV del art. 6 del anteproyecto de 1982, que ordenaba al juez declarar el concurso de los herederos o acordar la conclusión del concurso si la situación de crisis económica ha desaparecido (González Carrasco, «Artículo 3», p. 66).

68 González Carrasco, «Artículo 3», p. 66, que explica que este era el sentido de una enmienda, que no fue aceptada, presentada por Entesa Catalana de Progrès en el Senado.

Este Grupo Parlamentario presentó en el Senado una enmienda que proponía la siguiente redacción de un nuevo art. 200 bis.1: «1. La declaración judicial de concurso de la herencia del deudor procederá en los siguientes casos: 1º. Cuando, fallecido el deudor antes de la declaración judicial de concurso, no hubiera sido aceptada la herencia. 2º. Cuando, declarado en concurso el deudor, hubiere fallecido éste durante la tramitación del procedimiento».

La justificación era la siguiente: «El problema más arduo es el de determinar si, en caso de aceptación de la herencia a beneficio de inventario antes de la declaración de concurso, el sujeto pasivo del procedimiento es la herencia o el heredero. El apartado 2 del artículo 1 del Proyecto de Ley señala que el concurso de la herencia sólo puede declararse en tanto no haya tenido lugar la aceptación pura y simple de la misma. Significa ello que, según el Proyecto, la aceptación a beneficio de inventario (arts. 1010 y ss. CC) no impide la declaración judicial del concurso de la herencia. Y en el caso de que se mantuviera el texto del Proyecto de Ley y la herencia fuera aceptada a beneficio de inventario, el concurso de acreedores tendría como único sujeto pasivo a la propia herencia, a pesar de que ya no existiría propiamente herencia yacente. Esta solución implica desconocer cuáles son los efectos de toda aceptación. En efecto, por virtud de la aceptación, desaparece la situación de herencia yacente, sea aceptación pura y simple, sea aceptación a beneficio de inventario. La aceptación a beneficio de inventario es esencialmente una aceptación en sentido técnico jurídico. No sucede lo que con el denominado derecho de deliberar, en el que tan sólo se establece en favor del heredero la facultad de proceder al examen de los aspectos económicos del caudal hereditario para poder decidirse, con mejor conocimiento, por la aceptación o por la renuncia. Con la aceptación de la herencia a beneficio de inventario el heredero adquiere los bienes y derechos que integran esa herencia y asume también las deudas del causante. La única diferencia esencial con la aceptación pura y simple es que esa aceptación a beneficio de inventario determina la separación de los patrimonios del causante y del heredero, quien tan sólo responde del pasivo de los bienes de la herencia con

beneficio de inventario es la responsabilidad *intra vires* del heredero (arts. 1023 CC y 461-20 CC Cataluña). En la lógica de la ley es sin embargo la herencia, en cuanto patrimonio separado que procede de un deudor fallecido<sup>69</sup>, la que se somete a concurso. No debe perderse de vista, no obstante, que el heredero es deudor. En consecuencia, como he explicado antes, el heredero no sólo está legitimado (art. 3.4), sino que tiene el deber de presentar la solicitud del concurso en los términos del art. 5 LC, con las consecuencias que se derivan de su incumplimiento (art. 165 LC, calificación del concurso como culpable, art. 105.1.6º LC, prohibición de presentar una propuesta anticipada de convenio).

Si la solicitud la presenta un acreedor, el emplazamiento debe hacerse a través del administrador (que puede ser el propio heredero: art. 1026. II CC, art. 798 LEC, art. 461-21 CC Cataluña; art. 184 LC).

c) *Herencia aceptada pura y simplemente*. El heredero que acepta de manera pura y simple responde de las deudas de la herencia con su propio patrimonio. Si los acreedores de la herencia pueden cobrar de alguno de los herederos no existe problema alguno, con independencia de cómo deban resolverse las relaciones entre sí cuando sean varios herederos. No se planteará la posibilidad del concurso. Cuando los herederos asumen el pago de las deudas con su patrimonio personal no tiene por qué entrar en juego el procedimiento concursal<sup>70</sup>. Los problemas nacerán cuando los acreedores de la herencia no logren cobrar sus créditos dirigiéndose contra los herederos. En tal caso, la postura que se asuma en la tradicional polémica acerca de si la aceptación pura produce o no una confusión total del patrimonio del heredero con el del causante es decisiva en el tratamiento del concurso de herencia<sup>71</sup>.

---

los bienes que por ella adquiere (artículo 1023.1 CC). Se trata de una responsabilidad *cum viribus*, es decir, que el heredero responde de las deudas del causante con los bienes hereditarios, y no con los bienes propios (SSTS de 28 de septiembre de 1864 y 12 de febrero de 1909)» (BOCG. Senado, serie II, núm. 120-C, de 09/05/2003, p. 135).

69 Rojo-Orduña, «Artículo 1», p. 157; Díez-Soto, «La herencia», p. 1103.

70 Parecidamente, García Villaverde, «El presupuesto subjetivo de la apertura del concurso», p. 52.

71 La postura tradicional la defienden, de manera clara, Díez-Picazo y Gullón, *Sistema de Derecho civil*, IV, 8ª ed., Madrid, 2001, p. 505. Explican estos autores cómo la posibilidad reconocida a los acreedores en el Proyecto de 1851 de pedir la separación de patrimonios no fue recogida finalmente en el Código civil, y niegan que puedan aplicarse por analogía las reglas previstas al respecto para el caso de aceptación a beneficio de inventario, porque para ello sería precisa la existencia de un patrimonio separado, que a su juicio no existe, y porque, además, sería contraria al sistema de graduación de créditos previsto en la ley, que es *numerus clausus* (art. 1925 CC).

- i) Según una primera opinión, el concurso entonces, cabe pensar, es del heredero, no de la herencia. La idea de la confusión de patrimonios llevada al concurso se traduce en la consideración de que, aceptada la herencia de manera pura, se forma una sola masa, en la que concurren sobre los bienes de la herencia y los propios del heredero (pues ahora son todos suyos), tanto los acreedores que lo eran del causante como los acreedores del heredero<sup>72</sup>.
- ii) Aun admitiendo que el concurso es del heredero, Peña, que rechaza la idea de confusión de patrimonios, y sostiene que la aceptación pura no termina con la autonomía del patrimonio hereditario, defiende que, en el concurso del heredero, debe liquidarse el patrimonio hereditario considerado en sí como uno de los distintos bienes que integran la masa activa del concursado. Entiende que esa liquidación debe hacerse en el mismo procedimiento del concurso, y conforme a las reglas del Derecho sucesorio, dando lugar a una especie de *subconcurso*<sup>73</sup>.

Este planteamiento es tributario, en primer lugar, de la tesis que rechaza la confusión de patrimonios (en perjuicio de los acreedores) aunque la aceptación del heredero sea pura. También, en segundo lugar, de la idea de que constituyen la masa activa del concursado los bienes y derechos tal y como le pertenecen. Si la titularidad del heredero es sobre un patrimonio en liquidación, el bien que debe incluirse en la masa activa no es sino la titularidad que le corresponda sobre el mismo, y no todos y cada uno de los bienes que integran ese patrimonio<sup>74</sup>.

---

Frente a esta tesis, Lacruz, desde sus notas a Binder (1953) y posteriormente en el libro *Sucesiones por causa de muerte* de 1961, y las sucesivas ediciones en los *Elementos de Derecho civil*, ha mantenido la opinión contraria. En esta línea de interpretación es decisivo el trabajo de Peña, edición de 1967, a la que ya me he referido. Además de la consideración de que el Código civil no recogió el beneficio de separación que aparecía en el proyecto de 1851 porque ya desde la promulgación de la LEC 1881 se podía conseguir un resultado muy parecido (art. 1038-4 ° y art. 973.3° LEC), se esgrime en contra de la confusión de patrimonios el argumento de que la responsabilidad del patrimonio (art. 1911 CC) no puede eliminarse unilateralmente mediante un acto de aceptación de los herederos. La confusión de patrimonios *en daño del heredero* a que se refiere el art. 1023 CC no permite deducir en ningún caso, se añade, una posible confusión de patrimonios en daño de terceros y, en particular, de los acreedores.

72 Rojo-Orduña, «Artículo 1», p. 156; Hidalgo García, «Artículo 1.2», p. 81.

73 Peña, *La herencia*, especialmente p. 315.

74 Peña, *La herencia*, especialmente p. 312.

iii) En la misma dirección que la anterior, pero con diferencias de matiz, que sobre todo afectarían a la tramitación del procedimiento, una tercera solución que cabe proponer es la de que el concurso es de la herencia y del heredero, sin que ello suponga una confusión de los patrimonios sino, por el contrario, la formación de masas separadas, como preveía el art. 6.II del anteproyecto de ley concursal de 1983. También se preveía la formación de masas separadas en el anteproyecto de 1995 para el caso de que, después de declarado el concurso, el heredero aceptara de forma pura la herencia: el juez debía declarar *también* el concurso del heredero (art. 257.2) de tal manera que, «el concurso de la herencia y de los herederos que hubieran aceptado pura y simplemente se tramitará en *procedimiento único*, con nombramiento de síndicos comunes y *formación de masas separadas*» (art. 257.3)<sup>75</sup>.

La quiebra conjunta de la herencia y de los herederos que hubieran aceptado pura y simplemente era la solución que, vigente el art. 1053 LEC 1881, propuso el profesor Lacruz en su libro *Sucesiones por causa de muerte* del año 1961<sup>76</sup>. En ediciones posteriores, aclararía que

«si el heredero, sin tener fondos con que pagar todas las deudas de la herencia en quiebra o concurso era, antes de perder el beneficio de inventario, personalmente solvente, la herencia se liquidará primero en quiebra, concurriendo los acreedores del caudal con la prelación que tenían frente al causante; ulteriormente, la parte no satisfecha se liquidará, igualmente en quiebra o concurso sobre el patrimonio insuficiente del heredero, pero entonces guardando los acreedores hereditarios la prelación que les corresponda en relación a éste, y no al causante. Dígase lo mismo *a fortiori*, si, a su vez, el heredero también se hallaba, inicialmente en situación personal de insolvencia. Puesto que el caudal relicto conserva, aun en caso de aceptación pura y simple, su afección a las deudas, la liquidación concursal ha de ser autónoma»<sup>77</sup>.

---

75 El Grupo Parlamentario socialista presentó una enmienda, que no fue aceptada, que proponía introducir en el proyecto un art. 200 quinquies que reproducía esta solución (BOCG, Congreso, VII Legislatura, Serie A, núm. 101-15, p. 235).

76 Lacruz, *Sucesiones por causa de muerte. Parte general*, Barcelona, 1961, p. 378.

77 Lacruz, *Sucesiones por causa de muerte. Parte general*, Barcelona, 1971, p. 173.



La misma solución quedó apuntada, para el Derecho anterior, por algunos mercantilistas, que hacían notar que, si el heredero no podía hacer frente a las deudas con su propio patrimonio, la técnica de solución del problema planteado debía ser semejante a la prevista para los casos en que el empresario es insolvente y se desencadena la quiebra de otras personas, como sucede con los socios colectivos<sup>78</sup>.

Espejo se ha hecho eco de la tesis de Lacruz, y cree que es la doctrina aplicable vigente la ley concursal<sup>79</sup>. La ley concursal, explica este autor, no admite el concurso de la herencia en los casos de aceptación pura y simple, pero no dice qué hay que hacer entonces y, a su juicio, declarar el concurso de los herederos no es la solución, puesto que debe conjugarse con el sistema sucesorio relativo a las deudas de la herencia.

En mi opinión, esta reflexión apunta en la dirección correcta. Defender la necesidad de que se liquide previamente la herencia, reconociendo la preferencia de los acreedores del causante a cobrar sobre los bienes de la misma por delante de los acreedores del heredero no introduce el reconocimiento de ningún privilegio crediticio no previsto en la ley, contra lo dispuesto en la ley concursal (*cf.* art. 89.2, conforme al cual «no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta ley»). No hay problema de privilegios porque los conflictos de preferencias entre créditos se suscitan cuando se trata de deudas que pesan sobre un mismo patrimonio. La preferencia de los acreedores de la herencia sobre los bienes de la herencia no comporta una preferencia en el sentido técnico, sino que tal *preferencia* lo es en sentido impropio, es la consecuencia de la propia separación. El crédito del acreedor del causante debe satisfacerse con cargo al patrimonio hereditario y el crédito del acreedor del heredero debe satisfacerse sobre el patrimonio del heredero. La complejidad añadida es que, siendo

---

78 En este sentido, García Villaverde, «El presupuesto subjetivo de la apertura del concurso», p. 38. Sobre la similitud entre la quiebra de la sociedad y la de los socios colectivos y la quiebra de la herencia aceptada de forma pura y la de los herederos, Robles Garzón, *La quiebra de la herencia*, Barcelona, 1979, p. 196.

79 Espejo, «Presupuestos dogmático-sucesorios», p. 1920.

insuficiente el patrimonio hereditario, los acreedores pueden dirigirse contra los bienes del heredero aceptante pura y simple. No se descarta la posibilidad de que, conforme al Derecho sucesorio aplicable, se reconozca a los acreedores del heredero la facultad de impedir que les perjudique la aceptación de herencia de su deudor. Las dificultades se presentarán por la falta de regulación en la ley concursal de todo aspecto referido a la tramitación del concurso de herencia.

Si se entiende que el concurso es del heredero, debe advertirse que no está prevista en la ley la posibilidad de llevar a cabo previamente la liquidación de la herencia (*cf.* art. 21.7 LC para el caso de liquidación de los gananciales), cuando necesariamente debería ser así para poder liquidar el patrimonio hereditario conforme a las normas de Derecho sucesorio.

Espejo ha sugerido la aplicación del art. 3.5 LC<sup>80</sup>, que admite la tramitación conjunta, en los mismos autos, pero con determinación de las masa activa y pasiva separadamente<sup>81</sup>, del concurso de varios deudores. No me parece que exista inconveniente en considerar el caso de la herencia aceptada puramente como una hipótesis de confusión de patrimonios «en daño del heredero» (en expresión tomada del art. 1023 CC). Sucede entonces que no hay propiamente dos deudores, sino uno solo, pero sí dos patrimonios diferentes que liquidar. Admitiendo que pudieran tramitarse acumuladamente ambos concursos es evidente que mientras no esté hecha la liquidación del patrimonio hereditario los acreedores del causante no deberían ser incorporados a la masa pasiva del concurso del heredero. Es seguro

---

80 El autor ve en lo dispuesto en el art. 3.5 LC un refuerzo para apoyar la tesis en su día propuesta por Lacruz. Señala Espejo («Presupuestos dogmático-sucesorios», p. 1919) que la denominación de Lacruz de «quiebra conjunta» parece inspirar la redacción del art. 3.5 LC, que habla de «confusión de patrimonios» lo que, a su juicio, no puede darse en personalidades diferentes. Sobre el sentido de la confusión de patrimonios de varios sujetos *vid.*, sin embargo, Olivencia, «La confusión de patrimonios y el artículo 285 del Código de Comercio», en *Estudios en Homenaje a Rodrigo Uría*, Madrid, 1978.

81 Rojo, «Artículo 3», p. 224. En este sentido, Auto JM-3 Barcelona 15.11.2004 (AC 2004/1896), Auto JM-3 Barcelona de 29.12.2004 (AC 2005/161), Auto JM-1 Segovia 11.07.2007, Auto JM-1 Cádiz 04.03.2008 (Concursos 157/2008 y 158/2008), Auto JM-2 Bilbao 09.05.2008 (concurso 213/2008, La Ley 25861/2008).

que nada de esto ha quedado reflejado en la ley, y los esfuerzos interpretativos deberán enfrentarse a los problemas que se planteen en la práctica. Al tratamiento que debe darse al problema de en qué situación quedan los acreedores del heredero que concurren sobre el patrimonio de su deudor con los acreedores del causante me refiero más adelante, al tratar de la situación de los acreedores cuando su deudor es llamado a una herencia (apartado 3.2.2).

En el caso de que haya no uno, sino varios herederos, producida la situación de insolvencia, podrá declararse el concurso de todos ellos, de manera conjunta (art. 3.5 LC) o con acumulación posterior de concursos (art. 25 LC, que en realidad tampoco contempla este supuesto de manera expresa)<sup>82</sup>.

Más problemático es determinar qué sucede cuando, habiendo pluralidad de herederos, unos aceptan de manera pura y otros a beneficio de inventario<sup>83</sup>. En mi opinión, es decisivo aquí el dato de que basta que uno solo acepte de manera pura para que incurra en responsabilidad *ultra vires* y, caso de no poder hacer frente a las deudas, pueda ser también declarado en concurso. Por ello, de manera semejante a como ha quedado ya expuesto, lo más razonable es admitir que debería liquidarse previamente el patrimonio hereditario ante el juez del concurso, permitiendo la comparecencia de los demás herederos, y la ulterior tramitación del concurso del heredero concursado<sup>84</sup>.

d) *Beneficio de separación*<sup>85</sup>. Aun cuando el deudor fallecido fuera insolvente, en los sistemas en que se prevé expresamente el beneficio de separación

---

82 Lo sugiere Díez Soto, «La herencia», p. 1115.

83 Proponen soluciones con diferentes matices para este caso Peña, *La herencia*, p. 300; R. Bercovitz, «Artículo 1»; p. 34, Rojo – Orduña, «Artículo 1», p. 157.

84 Así, Díez Soto, «La herencia», p. 1119.

85 Sobre el beneficio de separación, *vid.* Roca Sastre, «El *beneficium separationis* y los actuales sistemas de separación sucesoria», ADC, 1960, p. 1117; López Jacoiste, «El beneficio de separación de patrimonios en nuestro sistema sucesorio», RGLJ 1958 I, p. 530; García Bañón, *El beneficio de separación*, Madrid, 1962; Ramos Armero, «El beneficio de separación de patrimonios», en *Estudios de Derecho Privado*, II, De la Esperanza Martínez-Radio, coord., Madrid, p. 452 y ss.

(Cataluña<sup>86</sup>, Navarra<sup>87</sup>), los acreedores del causante y los legatarios pueden acudir al juez para solicitar que el patrimonio hereditario no se confunda con el del heredero.

El art. 461.23.3 CC Cataluña reconoce a los solicitantes un derecho preferente para cobrar los créditos y percibir los legados respecto a los acreedores particulares de los herederos. Aunque la aceptación se hubiera producido pura y simplemente, lo que da lugar a la responsabilidad de los herederos con sus propios bienes (art. 461-18), los acreedores del causante (y los legatarios) no podrán perseguir los bienes privativos del heredero mientras no se haya pagado con ellos a los acreedores particulares del propio heredero.

Presenta especial interés, en la hipótesis que estamos analizando de que el causante fuera insolvente, la posibilidad prevista en el Derecho catalán de que sean precisamente los acreedores del heredero quienes soliciten el beneficio

---

86 *Vid.* Condomines Valls – Faus Esteve, poniendo de relieve la coherencia del art. 264 de la Compilación, que regulaba el derecho de separación, con el derecho concursal (*Derecho civil especial de Cataluña. Ley de 21 de julio de 1960 anotada*, Barcelona, 1960, p. 302); Roca i Trias, en *Institucions del Dret civil de Catalunya. Dret de successions*, Puig i Ferriol – Roca i Trias, 4ª ed., Valencia, 1995; Gete-Alonso, «Artículo 264», *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, T. XXIX vol. 3 (Artículos 248 a 276 de la Compilación de Cataluña), M. Albaladejo director, Madrid, 1986, p. 380 y ss.; Arroyo i Amayuelas, quien, en relación con el art. 37-2 Código de sucesiones apunta que daba a entender, en su redacción, que contra el heredero ya existe un procedimiento concursal en marcha, del que el beneficio de separación sería un incidente y pieza separada («El benefici de separació de patrimoni en el Dret civil català», RJC 2000-3, p. 28).

87 En un sistema en el que el heredero sólo responde frente a los acreedores hereditarios y legatarios con el valor de los bienes de la herencia exclusivamente (ley 18 FN), la ley 319 FN establece que «los acreedores hereditarios, dentro del plazo de seis meses, a contar de la fecha del fallecimiento del causante, podrán solicitar del Juez la formación de inventario y la separación de los bienes de la herencia, con el fin de satisfacer con los mismos sus propios créditos, según su respectivo rango, excluyendo a los acreedores particulares del heredero hasta la total satisfacción de aquellos créditos». Según la misma ley, hasta tal momento no se confundirán las deudas y créditos existentes entre el heredero y el causante, ni se extinguirán las correspondientes garantías. Los legatarios tendrán ese mismo derecho para asegurar el cumplimiento de los legados con el remanente de la herencia después de quedar satisfechos aquellos acreedores. Por lo que se refiere a los efectos del beneficio de separación, la ley establece que «afecta» a los bienes hereditarios para el pago preferente a los acreedores y legatarios que la hubieran solicitado. El juez, a petición de los interesados, señalará plazo para la formación de inventario y decretará las anotaciones y embargos preventivos, notificaciones y demás medidas de aseguramiento. Una vez satisfechos los acreedores de la herencia y legatarios que hubieran solicitado la separación, serán pagados los acreedores y legatarios que no la hubieran solicitado, sin más preferencia entre ellos que la que les corresponda por la naturaleza de sus créditos o conforme a lo dispuesto en la ley hipotecaria. Sobre los problemas que suscita la interpretación de la norma, *vid.* Egúsquiza Balmaseda, en *Comentarios al Fuero Nuevo (Compilación del Derecho civil de Navarra)*, Rubio Torrano dir., Pamplona, 2002, p. 997 y ss.

de separación para salvaguardar su derecho ante los acreedores por deudas del causante (art. 461-23.1 *i.f.*).

B) El deudor fallecido era solvente

Si el deudor fallecido era solvente, sin que las cargas de la herencia alteren esa situación, los derechos de sus acreedores no deberían verse perjudicados por la muerte de su deudor. Su derecho a ver satisfechos los créditos con cargo al patrimonio hereditario no puede verse afectado por la sola voluntad del heredero, ni por la forma en que el heredero lleve a cabo la aceptación de la herencia. No se ve la razón por la que si los herederos son insolventes, sus acreedores, que no pueden cobrar con cargo al patrimonio de su deudor, puedan concurrir sobre el patrimonio hereditario provocando su insolvencia.

¿Cuáles son los cauces que permiten a los acreedores del causante hacer valer sus derechos sobre el patrimonio hereditario cuando los herederos son insolventes y, de hecho, tras el fallecimiento del deudor, no pagan las deudas, con independencia de que estén o no declarados en concurso?

a) *Beneficio de separación.* En los sistemas en que los acreedores pueden solicitar el *beneficio de separación*, no será necesario solicitar el concurso de la herencia, porque el beneficio permite a los acreedores lograr que el patrimonio hereditario sea considerado separado del patrimonio privativo del heredero. Mediante el beneficio de separación, los acreedores del causante que obtengan el beneficio tienen derecho preferente para cobrar los créditos respecto a los acreedores particulares del heredero. Así sucede en Cataluña y en Navarra, como ya hemos visto. La actual redacción del Derecho catalán contempla la tramitación de este beneficio como un procedimiento de jurisdicción voluntaria, impone la confección de un inventario y faculta al juez para que adopte las medidas necesarias para lograr el beneficio de separación (art. 461-23 CC Cataluña). La introducción de una referencia procesal trata de evitar, sin duda, que el beneficio de separación sea una institución carente de vigencia práctica.

b) *¿Confusión de patrimonios?* En los sistemas jurídicos que no establecen expresamente el beneficio de separación como facultad de los acreedores de acudir al juez para que se tenga por separado el patrimonio del causante, la cuestión es discutida.

Para muchos autores, como ya he señalado, sólo si el heredero acepta a beneficio de inventario se produce esa situación de separación de los patrimonios. En los demás casos, tendría lugar una confusión de patrimonios. Siendo solvente el deudor fallecido, la confusión se produciría en perjuicio de los acreedores de la herencia. En el concurso, las consecuencias prácticas de esta tesis, como explica Peña, son indeseables: afectaría al orden de pago de los créditos que procede con arreglo al Derecho sucesorio, plantearía problemas con los créditos hereditarios que tuvieran el carácter de subordinados (arts. 92.2 y 5, 93.1 y 158 LC) que, lógicamente, deberían posponerse a los demás que gravaran el patrimonio del deudor fallecido, pero sin que sea razonable su posposición a todos los créditos del heredero, afectaría a las facultades de cada crédito hereditario (paralización en la ejecución de garantías, art. 56 LC; prohibición de compensación, art. 58 LC; suspensión del devengo de intereses, art. 59 LC, ...) <sup>88</sup>.

En realidad, en esta materia no siempre se deslinda con la debida claridad la aceptación a beneficio de inventario y el beneficio de separación, que son instituciones diferentes. Con esta última se protege exclusivamente al acreedor de la herencia, salvaguardando sobre el patrimonio hereditario su derecho ante los acreedores particulares del heredero. El beneficio de separación no excluye que los acreedores de la herencia puedan cobrar con cargo al patrimonio privativo del heredero. En cambio, el beneficio de inventario se dirige a proteger al heredero, a excluir que los acreedores de la herencia puedan dirigirse contra el patrimonio del heredero.

Si, por hipótesis, en el caso que es objeto de análisis, el causante era solvente y son los herederos los insolventes, el que el heredero acepte a beneficio de inventario es irrelevante para los acreedores de la herencia. De lo que se trata es de analizar si existe un cauce que permita a los acreedores que lo eran del causante hacer valer una separación de patrimonios, apartando a los herederos y a sus acreedores del patrimonio de la herencia. A pesar de que el beneficio de separación no fue recogido en el Código civil, me parecen convincentes los argumentos de quienes han explicado que el patrimonio del causante sigue siendo centro de responsabilidad por las deudas que le afectan y a este efecto, diferenciado del heredero <sup>89</sup>.

---

<sup>88</sup> Peña, *La herencia*, p. 306 y ss.

<sup>89</sup> Por todos, el libro de Peña, *La herencia y las deudas del causante*, repetidamente citado en las notas anteriores.

Si se admite este planteamiento, es decir, la posibilidad de los acreedores del causante de hacer valer su preferencia respecto a los acreedores del heredero, no será decisivo, para precisar cuál es la situación de los acreedores de la herencia respecto de los bienes del causante, si ha sido aceptada o no, ni, en su caso, si la aceptación ha sido simple o a beneficio de inventario. En efecto, partiendo de la hipótesis de que la herencia era solvente, los acreedores pueden ver satisfechos sus créditos actuando contra la herencia yacente (*cf.* arts. 6.1.4º, 7.5 y 798 LEC). Si se ha producido la aceptación a beneficio de inventario, en la liquidación del patrimonio hereditario tendrá lugar el pago (arts. 1027 y ss. CC, art. 461-21 CC Cataluña). Si la aceptación ha sido pura y simple, debe tenerse en cuenta que el heredero, además, debería hacer frente al pago de las deudas con sus propios bienes, lo que resultará irrelevante si, por hipótesis, hay bienes suficientes en el patrimonio hereditario, aunque la regla puede ser útil si el heredero ha distraído algunos bienes.

En definitiva, que los acreedores no se verán avocados a solicitar el concurso para lograr la satisfacción de sus créditos, pues pueden lograr efecto semejante fuera del concurso. Si el administrador de la herencia o el heredero solicitan la declaración de concurso, con la finalidad, por ejemplo, de lograr la satisfacción de las deudas del heredero en el procedimiento concursal, pagándolas con bienes de la herencia, la ley concursal introduce en el art. 14 un mecanismo de control judicial de la solicitud si bien, como advierte Bonet, no se establece una audiencia a favor de los acreedores o de un profesional experto<sup>90</sup>.

*c) Derecho aragonés.* En el Derecho civil de Aragón se establece un régimen de responsabilidad, conforme al cual, el heredero responde de las obligaciones del causante y de los legados y demás cargas hereditarias exclusivamente con los bienes que reciba del caudal relicto, aunque no se haga inventario (art. 40 de la Ley de sucesiones).

Se introduce una regla de «separación de patrimonios» (art. 42), en cuya virtud, la confusión de patrimonios no se produce en daño del heredero ni de quienes tengan derechos sobre el caudal relicto (señaladamente, los acreedores). Se establece, además, con relación a los bienes del caudal relicto, una preferencia de los acreedores de la herencia sobre los legatarios y ambos

---

<sup>90</sup> Bonet, «Artículo 14», en *Comentarios a la Ley concursal*, R. Bercovitz (coordinador), T. I, Madrid, 2004, p. 166.

sobre los acreedores personales del heredero (art. 44.1). Este régimen implica que, habiendo bienes bastantes en la herencia para pagar a los acreedores del causante, éstos pueden hacer efectivos su derecho sin que la insolvencia del heredero se contagie al patrimonio hereditario. Podrán hacer valer su preferencia, fuera de concurso, mediante una tercería de mejor derecho.

Sólo cuando los bienes heredados existentes no sean suficientes, el heredero responderá con su propio patrimonio *del valor de lo heredado* que enajene, consuma o emplee en el pago de créditos hereditarios no vencidos, así como del valor de la pérdida o deterioro que, por su culpa o negligencia, se produzca en los bienes heredados (art. 40.2). Cabe incluir en esta responsabilidad del heredero el pago de deudas propias con bienes de la herencia. El comportamiento del heredero provocará que pueda ser declarado en concurso, pero aun entonces debe tenerse en cuenta que, conforme al art. 44.2, cuando el heredero deba responder con su patrimonio personal del valor de lo heredado, los acreedores hereditarios y legatarios concurrirán sin preferencia con los acreedores particulares del heredero.

### 3.2.2. Llamamiento del deudor a una herencia

La contemplación de las posibles situaciones que pueden producirse se enriquece si contemplamos los problemas de insolvencia desde la perspectiva de los acreedores de quien es llamado a una herencia. La situación de los acreedores de un deudor llamado a una herencia es bien diferente según que su deudor sea o no solvente:

A) El deudor es solvente pero la herencia a que es llamado es dañosa

A los acreedores del heredero puede perjudicarles la aceptación de una herencia dañosa que podría convertir a su deudor, solvente, en insolvente. Para proteger sus intereses, los acreedores del heredero pueden:

a) *Derecho civil catalán.* Conforme al Derecho civil catalán, *los acreedores del heredero pueden pedir el beneficio de separación de patrimonios* para salvaguardar su derecho ante los acreedores por deudas del causante (art. 461-23.1 CC Cataluña). La legitimación de los acreedores del heredero para pedir el beneficio de separación de patrimonios constituye una novedad introducida por la Ley 10/2008, de 10 de julio, del Libro IV del Código civil



de Cataluña, relativo a las sucesiones, que viene a corregir lo que la doctrina consideraba un agravio comparativo con los acreedores del causante<sup>91</sup>.

b) *¿Confusión de patrimonios?* En los sistemas en que no se reconoce expresamente el derecho a pedir el beneficio de separación, a los acreedores del heredero les será indiferente la forma en la que se lleve a cabo la aceptación de la herencia por su deudor si entre el patrimonio del heredero y los bienes de la herencia hay bienes suficientes para satisfacer a todos los acreedores, hereditarios y personales del heredero. No se suscitará ninguna situación de insolvencia.

El problema se produce si se entiende que deben concurrir los dos conjuntos de acreedores sobre un patrimonio insuficiente. Naturalmente que, entonces, a los acreedores del heredero no les es indiferente la forma en que se lleve a cabo la aceptación de la herencia a la que es llamado su deudor:

i) *El llamado acepta a beneficio de inventario:* siendo una herencia insolvente no hay duda en que puede declararse el concurso, sin que en la masa activa puedan incluirse los bienes del heredero, que no debe responder personalmente de las deudas de la herencia; puesto que la declarada en concurso es la herencia, y no el heredero, los acreedores del mismo podrán dirigir contra él sus acciones, que no quedan paralizadas por la declaración del concurso de herencia (*cf.*: arts. 50, 55, 56 LC).

El heredero (y el administrador, si no es la misma persona) tienen el deber de solicitar el concurso de la herencia (art. 5 LC, art. 461-22 CC Cataluña), lo que tiene interés, porque ni el pago de las deudas se realiza de la misma manera con arreglo a las normas de Derecho sucesorio (art. 1028 CC, art. 45 de la Ley de sucesiones de Aragón), ni está previsto dentro del concurso el pago de los legados y de las legítimas, lo que deberá llevarse a cabo, si hubiera remanente una vez finalizado el concurso, conforme a las normas del Derecho sucesorio<sup>92</sup>.

---

91 En este sentido se pronunciaba Mezquita García-Granero, «Artículo 34», *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña (Ley 40/1991, de 30 de diciembre)*, T. I, Barcelona, 1994, p. 115.

92 En este sentido, Peña, *La herencia*, p. 309.

ii) *El llamado acepta de manera pura y simple*: la aceptación de una herencia de manera pura tiene como consecuencia que el heredero responde con sus propios bienes también de las deudas de la herencia; la aceptación de la herencia puede convertir al heredero en insolvente (arts. 2 LC, 1003 CC, art. 461-18 CC Cataluña, para los acreedores que no hayan pedido el beneficio de separación).

¿Existe algún cauce para que los acreedores del heredero puedan evitar ser perjudicados por la aceptación de esa herencia dañosa? Admitiendo que los acreedores del causante puedan hacer valer su preferencia a cobrar sobre los bienes hereditarios sólo se protege su preferencia sobre los acreedores del heredero, pero nada se dice acerca de si estos tienen o no una preferencia sobre los bienes del heredero.

Podría pensarse que los acreedores del heredero nada pueden hacer si su deudor acepta una herencia dañosa, pues en definitiva la situación es equivalente a la que se produce cuando el deudor contrae nuevas deudas. En este caso, las nuevas deudas las contrae como consecuencia de la aceptación pura y simple de una herencia insolvente<sup>93</sup>. No existe, salvo que se trate de deudas especialmente garantizadas, un derecho del acreedor del heredero a cobrar sobre los bienes de que fuera titular su deudor antes de aceptar la herencia.

Los acreedores del heredero, a lo sumo, lo único que podrían intentar es el ejercicio de una acción revocatoria de la aceptación pura, probando que les ha resultado perjudicial<sup>94</sup>. Desde un criterio realista, sin embargo, el ejercicio de esta acción puede enfrentarse a dificultades insalvables. Su reconocimiento presupone que el carácter de la aceptación depende exclusivamente de una declaración formal y solemne del heredero, cuyos efectos no podrían alterarse pese al comportamiento del heredero. Pero esto no es así y, de hecho, la aceptación puede tener los efectos de pura y simple y provocar que

---

93 En este sentido Albaladejo, *Curso de Derecho civil, V, Derecho de Sucesiones*, 7ª ed., Barcelona, 1997, p. 114.

94 La tesis la defiende Lacruz, *Derecho de sucesiones por causa de muerte*, 1961, p. 380. Explicaba Lacruz que, además de la dificultad de incluir la aceptación entre los actos onerosos y los gratuitos, sería excesivo exigir la complicidad de los acreedores de la herencia para probar el *consilium fraudis*. En su opinión, la idea de fraude debe ser sustituida por la de perjuicio, tal y como ocurre en el caso del art. 1001 CC, que es la contrafigura del caso analizado.

el heredero responda con sus propios bienes de las deudas de la herencia si el heredero oculta algún bien, o lo enajena sin autorización o dando al dinero un destino en su propio provecho (art. 1024 CC, también, en un sistema distinto de responsabilidad por deudas, art. 40.2 Ley de Sucesiones por causa de muerte de Aragón, art. 461-21 CC Cataluña). Algunas de estas actuaciones del heredero concursado podrían dar lugar a su impugnación por la administración (la aceptación expresa de manera pura y simple, la enajenación de bienes de la herencia sin autorización), pero otras muchas pueden ser actuaciones de hecho y no propiamente actos jurídicos susceptibles de impugnación (el heredero hace suyo un bien de la herencia y lo emplea en gastos personales, o en una vida de lujo).

- iii) En el *Derecho civil de Aragón* no se establece expresamente cauce alguno que permita al acreedor del heredero hacer valer sus derechos, ni siquiera cuando el heredero responde de las deudas de la herencia en exclusiva con los bienes recibidos. En efecto, el art. 42 de la Ley de sucesiones, que reconoce el derecho de separación de patrimonios, establece que la confusión no se produce *en daño de los herederos ni de quienes tengan derecho sobre el caudal relictivo*, pero nada se dice textualmente de los acreedores del heredero. El art. 43, por su parte, reconoce al heredero la posibilidad de oponerse al embargo de bienes de su propio patrimonio basado en créditos contra la herencia por vía de la tercería de dominio. Sería razonable en estos casos admitir la posibilidad de que los acreedores del heredero hicieran valer, vía subrogatoria (art. 1111 CC), la defensa que el heredero no ejercite.

Como excepción, en el Derecho civil aragonés, el heredero debe responder con su propio patrimonio del valor de lo heredado que haya enajenado, consumido o empleado para pagar créditos hereditarios no vencidos, o del valor de la pérdida o deterioro que se produzca en los bienes heredados (art. 40.2). En estos casos, los acreedores hereditarios y legatarios concurren sin preferencia con los acreedores particulares del heredero (art. 44.2). Pero no se dice que la tengan, sobre el patrimonio del heredero, sus acreedores personales.

## B) El deudor es insolvente

Las expectativas de los acreedores del deudor se pueden ver incrementadas por la herencia beneficiosa a la que es llamado su deudor. El Derecho establece cauces para que los acreedores puedan hacer efectivos sus créditos sobre el patrimonio hereditario si el deudor no acepta la herencia (la llamada aceptación por los acreedores, art. 1001 CC, «repudiación en perjuicio de acreedores», art. 461-7 del CC Cataluña, art. 38 Ley de sucesiones de Aragón). Si el deudor está declarado en concurso, la administración concursal (y, subsidiariamente los acreedores, art. 54 LC) podrán hacer efectivo ese derecho.

En la hipótesis que ahora se analiza, por lo demás, la forma en que se haya llevado a cabo la aceptación de la herencia no afectará a los acreedores del deudor, pues si la herencia era beneficiosa y el deudor insolvente los intereses que se podrían ver perjudicados son los de los acreedores de la herencia, por el riesgo de que si no se lleva a cabo una adecuada liquidación de patrimonios no se haga efectiva la preferencia que les corresponde sobre el patrimonio hereditario. A esta cuestión me he referido ya antes, desde la perspectiva de los acreedores de la herencia, al analizar la situación *Fallecimiento del deudor. El deudor fallecido era solvente* (I.3.2.1.B). Es posible sostener, como ya he dicho, la preferencia de los acreedores de la herencia con relación a los bienes del caudal relicto sobre los acreedores del heredero (expresamente, art. 44 Ley de sucesiones de Aragón; haciendo valer el beneficio de separación de patrimonios, art. 462-2 CC Cataluña; con mayor complejidad interpretativa, arts. 1020 CC, 782.4, 792.2, 796.3 LEC).

Para el caso de que el deudor insolvente estuviera declarado en concurso cabría pensar, en una primera aproximación, que el concursado tiene capacidad para aceptar una herencia, siempre que lo haga a beneficio de inventario y que en cambio no podría hacerlo de manera pura, para lo que necesitaría la intervención de la administración concursal<sup>95</sup>. Ciertamente, para evitar toda

---

95 Desde la perspectiva de la incidencia de la declaración del concurso sobre la capacidad del concursado se ha defendido que la autorización pura o simple exige siempre la autorización de los administradores o, si el concurso es necesario, su actuación personal (Bolás, «El concurso del causante, de la herencia y del heredero», *Homenaje Olivencia*, T. II, Madrid – Barcelona, 2005, p. 1802). En el mismo sentido, V. L. Montés, «Alteraciones en la administración, gestión y disposición del patrimonio del concursado por efecto de la declaración y de la tramitación del concurso», en ADCo. 2007-2, p. 20. Para el Derecho anterior, descartando la posibilidad de una aceptación pura cuando el llamado a la herencia está declarado en quiebra, Ramírez, con invocación «analógica o extensiva» del art. 1101 CC (Ramírez, *La quiebra*, T. II, 2ª ed., puesta al día por Caminals y Clavé, Barcelona, 1998, p. 95).

duda y una mayor complejidad en la tramitación del concurso, a los acreedores del deudor concursado que es llamado a una herencia podría interesarles que la aceptación de la misma fuera a beneficio de inventario. Si la herencia a la que es llamado el deudor concursado es beneficiosa, una vez pagadas las obligaciones del causante, las cargas de la herencia y los legados, el remanente se incorporaría al patrimonio del heredero, lo que beneficiaría a sus acreedores. Si la herencia es dañosa, la aceptación pura provocaría la extensión de la responsabilidad del heredero al pago de las deudas de la herencia con sus propios bienes, lo que perjudicaría a los acreedores personales del heredero.

Puede defenderse que el concursado carece de la libre disposición de sus bienes, por lo que la validez de la aceptación o la repudiación de la herencia a la que es llamado requiere la participación de la administración concursal (art. 992 CC, art. 40 LC)<sup>96</sup>. Tal afirmación, sin embargo, no deja de ser una ingenuidad en la medida en que presupone que el carácter de la aceptación depende exclusivamente de una declaración formal y solemne del heredero, cuyos efectos no podrían alterarse pese a su comportamiento. En la práctica, pueden existir comportamientos del deudor que provoquen los efectos de la aceptación pura y simple, pero no existirá un acto jurídico susceptible de impugnación.

### 3.2.3. Fallecimiento del concursado

La muerte de la persona declarada en concurso no pone fin al procedimiento concursal sino que, conforme al art. 182 LC, el procedimiento continuará como concurso de herencia. El art. 182 LC equipara la declaración de fallecimiento a la muerte, lo que resulta razonable si se piensa que la firmeza de la declaración de fallecimiento determina la apertura de la sucesión en los bienes (*cf.* art. 196 CC).

---

<sup>96</sup> En este sentido Pau, *Las limitaciones patrimoniales del concursado*, Madrid, 2004, p. 20 y p. 108. También, siguiendo el criterio de ediciones anteriores, Lacruz/Rams, *Elementos de Derecho civil*, V, Madrid, 2004, p. 76.

Para el Derecho catalán, la aceptación y la repudiación se conecta a la capacidad de obrar, y únicamente se establecen reglas para los menores y las personas sometidas a curaduría (art. 461-9 CC Cataluña). Si se consideran las limitaciones de las facultades del concursado como límites a la capacidad de obrar puede llegarse a solución semejante a la apuntada para el Derecho del Código civil. Así, por ejemplo, con cita del art. 20.1 del Código de sucesiones, que literalmente se refería a la «capacidad para contratar y obligarse», E. Roca, «El concurso del deudor persona física», RJC 2004, p. 114.

Con carácter general, cuando el objeto del juicio es transmisible *mortis causa*, las personas que sucedan pueden continuar ocupando en el juicio el mismo lugar que el causante (art. 16 LEC). La ley procesal dice que los sucesores «pueden» continuar, la continuación del juicio no es automática. Es razonable en los casos en que el fallecido fuera el actor y su sucesor prefiera renunciar a la acción ejercitada o desistir del juicio (art. 16.3).

Aunque la ley concursal parece implantar la continuación del concurso como concurso de herencia de manera automática, nada impide que se ponga fin al mismo, conforme a las reglas generales, por la satisfacción de los acreedores (los herederos pagan las deudas, art. 176.3 LC), o por el desistimiento o la renuncia de todos los acreedores reconocidos (en los términos del art. 176.5 LC).

La ley ha pretendido que el fenómeno sucesorio no entorpezca la tramitación de concurso ya declarado. Así me parece que debe entenderse la atribución a la administración concursal del ejercicio de las facultades patrimoniales de administración y disposición del caudal relicto (art. 182.1 *i.f.* LC). La norma significa que, sean cuales fueran las facultades patrimoniales del deudor fallecido tras la declaración del concurso (art. 40.1 y 2 LC), el fallecimiento del concursado determinará su atribución a la administración concursal. De esta forma, se evitan tanto interferencias como discusiones y vacíos indeseables en la función de administración del caudal.

De alguna manera se presupone que, si no existe un inventario de los bienes, se estará confeccionando, de tal modo que el procedimiento puede continuar tal y como se estaba tramitando. La regla coincide con lo dispuesto de manera genérica en el art. 40.5 LC, conforme al cual, en caso de concurso de la herencia, corresponderá a la administración concursal el ejercicio de las facultades patrimoniales de administración y disposición sobre el caudal relicto, sin que pueda cambiarse esa situación. Se ha querido que, en caso de fallecimiento, el concurso sea tratado como un concurso de herencia. Esta situación no cambia aunque la herencia sea aceptada después del fallecimiento del concursado, ni siquiera cuando la aceptación del heredero sea pura<sup>97</sup> lo que, en mi opinión, es coherente con el pensamiento de que el patrimonio del causante concursado está afecto al pago de las deudas que formen la masa pasiva del concurso, por lo que es irrelevante la existencia de herederos

---

97 Una crítica a la solución legal de atribuir las facultades de gestión en todo caso, también cuando el heredero haya aceptado de manera pura en Díez Soto, «La herencia», p. 1126.

aceptantes. Idea que queda también reflejada en la propia ley concursal en la previsión de que «la herencia se mantendrá indivisa durante la tramitación del concurso» (art. 182.3)<sup>98</sup>.

A pesar de la *incomunicación* entre la continuación del concurso del deudor fallecido y el fenómeno sucesorio, la ley tiene en cuenta este último al efecto de atribuir la representación de la herencia en el procedimiento a quien corresponda conforme a derecho y, en su caso, a quien designen los herederos (art. 182.2 LC). La representación corresponderá al administrador, si lo hay (puede ser el heredero), y habrá podido ser designado por los propios herederos, en los términos ya vistos anteriormente. Esa representación de la herencia en el concurso debe entenderse referida a todas aquellas ocasiones en las que está llamado el deudor a intervenir (propuestas de convenios, oposiciones, recursos).

Establecer que el procedimiento sigue como concurso de herencia, que es lo que hace la ley, no soluciona todos los problemas, dada la ausencia de regulación del procedimiento del concurso de herencia. Además, puede tener lugar la aceptación de la herencia por los llamados, y esa aceptación incluso resultará interesante a los acreedores del concursado fallecido si los herederos son solventes y están dispuestos a asumir las deudas (o deben asumirlas por haber perdido el beneficio de inventario). Producido el fallecimiento, los acreedores (y la administración concursal) podrán interpelar a los llamados a la herencia para que manifiesten si la aceptan o la repudian (art. 1004 CC, art. 33 Ley de sucesiones de Aragón, art. 461-12 CC Cataluña). Razonablemente, los llamados a una herencia insolvente no la aceptarán de manera pura pero, sin duda, aun habiendo sido declarado el concurso, es posible que algún heredero haya ocultado o sustraído bienes, perdiendo la facultad de repudiarla y considerado a todos los efectos como heredero puro y simple (art. 461-8 CC Cataluña, art. 1002 CC).

---

98 Como advierte Cámara Águila, esta indivisión se produce en el concurso de manera automática, sin necesidad de que los acreedores formulen oposición a que se lleve a cabo la partición, tal y como se exige fuera del concurso, conforme a los arts. 1082 CC, 782.4 y 788.3 LEC («Artículo 182», en *Comentarios a la Ley concursal*, R. Bercovitz (coordinador), T. II, Madrid, p. 1859). En sentido parecido Díez Soto, quien añade que la previsión de indivisión contenida en el art. 182.3 LC es un argumento que permite defender la preferencia de los acreedores del causante sobre los acreedores del heredero y respecto de los bienes de la herencia, tanto cuando hay pluralidad de herederos como cuando hay uno sólo («La herencia», p. 1125).

La consecuencia que se deriva de lo dispuesto en el art. 182 LC es que ni siquiera en este caso procede dar por concluido el concurso y declarar, en caso de insolvencia del heredero, su concurso. Esta posibilidad queda descartada por la norma, que impone la continuación del procedimiento como concurso de herencia. La pregunta entonces es la de cómo podrían los acreedores, y la administración concursal, hacer efectiva la responsabilidad del heredero con sus propios bienes. En cualquier caso, no sería ahora posible plantear una solicitud conjunta de concurso de los herederos y de la herencia porque el concurso de la herencia ya está en marcha (art. 3.5 LC, y dudosamente podría defenderse una acumulación con apoyo en los casos mencionados en el art. 25 LC). La adaptación a este caso de la previsión contenida en el art. 184.7 LC de emplazamiento del deudor fallecido conforme a las normas de sucesión procesal contenidas en el art. 16 LEC exigiría una revisión de la masa activa y de la masa pasiva, teniendo en cuenta las normas de Derecho sucesorio aplicables en cada caso, y determinantes de las facultades que en cada uno de ellos se reconozcan, no sólo a los acreedores de la herencia sino, también, a los acreedores del heredero, como ya ha quedado expuesto en las líneas anteriores de esta exposición<sup>99</sup>. Esta sustitución puede provocar un retraso en toda la tramitación del concurso y una complejidad estéril para los acreedores del concursado fallecido si el heredero aceptado es a su vez insolvente.

Con independencia de que tras el fallecimiento del deudor concursado la herencia quede yacente o sea aceptada surgen nuevas obligaciones, las cargas de la herencia (gastos de enfermedad, entierro), a las que cabe razonablemente considerar como créditos contra la masa (*cf.*: art. 84.4º LC, «alimentos» del deudor).

## **4. EL PROBLEMA DE LA FÓRMULA LEGAL**

### **4.1. El «presupuesto subjetivo» del concurso. El deudor persona natural o jurídica**

Bajo el titulillo de «presupuesto subjetivo», el art. 1 LC establece que la declaración de concurso procederá respecto de «cualquier deudor, sea persona natural o jurídica». La literalidad de la norma ha originado una polémica

---

<sup>99</sup> La sustitución la sugiere Díez Soto, «La herencia», p. 1126, si bien considera que deben incluirse en la masa activa todos los bienes del heredero y en la masa pasiva todas sus deudas y los legados.



acerca de si es necesario el atributo de la personalidad para tener *capacidad concursal*, esto es, para ser declarado en concurso o si, por el contrario, de manera semejante a lo que sucede en el Derecho alemán, donde se reconoce expresamente capacidad concursal a las uniones sin personalidad jurídica<sup>100</sup>, es posible la declaración de concurso de ciertas masas patrimoniales, aun cuando carezcan de titular, o de patrimonios separados que pertenecen a determinado titular o pluralidad de titulares.

En el Derecho anterior, la irrelevancia de la personalidad jurídica para el concurso<sup>101</sup> era un argumento que permitía a la doctrina explicar la admisibilidad del concurso de herencia<sup>102</sup>. En la actualidad, el que la ley concursal se refiera expresamente al concurso de herencia en el art. 1.2, inmediatamente

---

100 Art. 11 de la ley alemana de insolvencia: «Admisibilidad del procedimiento de insolvencia. 1. El procedimiento de insolvencia puede abrirse sobre el patrimonio de cualquier persona física o jurídica. Las asociaciones sin capacidad jurídica son consideradas como personas jurídicas. 2. El procedimiento de insolvencia puede ser abierto además: 1. Sobre el patrimonio de una sociedad sin personalidad jurídica (sociedad colectiva, sociedad comanditaria, sociedad civil, condominio naval, agrupación europea de interés económico); 2. Conforme a los arts. 315 a 334, sobre una herencia, sobre la masa común de una comunidad conyugal continuada a la muerte del cónyuge, o sobre la masa común de una comunidad conyugal que sea administrada conjuntamente por los cónyuges. 3. Tras la disolución de una persona jurídica o de una sociedad sí es posible la apertura de un procedimiento de insolvencia mientras no se haya efectuado el reparto del patrimonio» (traducción de F. J. Arias Verona, Cuadernos de Derecho y Comercio 20, 1996).

Entre nosotros, llama la atención sobre la diferente solución en Derecho español y alemán, considerando preferible la solución alemana, por resultar más adecuada a la progresiva capacidad de obrar que reconoce el ordenamiento a los entes sin personalidad, García Rubio, «Artículo 48», p. 428. La autora cita como ejemplo el art. 11.3 de la Ley general de subvenciones, que permite ser beneficiarias de las mismas a *cualquier otro tipo de unidad económica o patrimonio separado que, aun careciendo de personalidad jurídica, puedan llevar a cabo los proyectos, actividades o comportamientos o se encuentren en la situación que motiva la concesión de la subvención*. De manera más general, sobre el reconocimiento de capacidad de obrar con alcance limitado, con atribución legal de la posibilidad de actuación en ámbitos concretos del tráfico jurídico, a entes que formalmente carecen de personalidad jurídica, Trigo García, «Personalidad jurídica en los entes del tercer sector», en *Tendencias legislativas y tercer sector: los modelos español e italiano*, Santiago de Compostela, 2005, p. 116 y 121.

101 Puesta de relieve en la obra, muy citada en la doctrina española, de S. Satta, *Instituciones del Derecho de quiebra* (traducción y notas de Derecho argentino por R. O. Fontanarrosa), Buenos Aires, 1951, donde se hace referencia a la diferencia de los sustratos del Derecho civil y del Derecho de quiebras donde la existencia objetiva de una empresa puede ser suficiente como punto de referencia de la quiebra. Otros autores rechazan expresamente que la personalidad jurídica constituya un presupuesto para la quiebra: entendida la quiebra como liquidación de un patrimonio colectivo se considera que lo importante es que exista un patrimonio perfectamente unificado y autónomo: en este sentido, G. Bonelli, *Del fallimento*, III, Milano, 1923.

102 Por todos, Ramos Armero, «El beneficio de separación de patrimonios», en *Estudios de Derecho Privado*, II, De la Esperanza Martínez-Radio, coord., Madrid, 1965, p. 453.

a continuación de la declaración del art. 1.1, constituye, para unos autores, excepción al principio general de la capacidad concursal requerida<sup>103</sup>, mientras que, para otros, representa un argumento favorable a la admisibilidad del concurso de patrimonios que actúen con autonomía en el tráfico jurídico<sup>104</sup>.

Hay otros preceptos en la ley concursal que parecen reforzar la tesis que exige personalidad para tener capacidad concursal. Así, el art. 25.2, que permite la acumulación de los concursos de quienes sean miembros o integrantes de una entidad sin personalidad jurídica y respondan personalmente de las deudas contraídas en el tráfico en nombre de ésta. La redacción de la norma presupone que el concurso es de las personas que integran el ente y que sí tienen personalidad<sup>105</sup>. Pero, como ha advertido Rodrigo Bercovitz, el art. 25 no se opone al concurso de entes sin personalidad, ya que, ciertamente, la insolvencia de una entidad sin personalidad puede dar lugar al concurso de sus miembros o integrantes si deben responder de sus deudas, lo que no

---

103 Por todos, Rojo, «Artículo 1», p. 144. El profesor Rojo llama la atención sobre la diversidad del criterio adoptado en la ley concursal en relación con otras normas, como la capacidad para ser parte conforme a la ley procesal. *Vid.*, también, Morillas Jarillo, *El concurso de las sociedades*, Madrid, 2004, p. 136, p. 186; Cabanas Trejo, «Situaciones de insolvencia en la empresa familiar (especial atención a los créditos subordinados)», en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, T. I, Garrido Melero y Fugardo Estivill coordinadores generales, Barcelona, 2005, p. 382.

104 En este sentido, R. Bercovitz, «Artículo 1», p. 31. Le sigue, para la comunidad de bienes, Garrote Fernández-Díez, *Contratos sobre comunidades de bienes y figuras afines. Doctrina y jurisprudencia*, Cizur Menor, 2006, p. 186.

Vicent Chuliá, por ejemplo, se inclina por admitir la declaración de concurso siempre que la ley reconozca una cierta autonomía patrimonial, al margen de la atribución de personalidad. Se basa para mantener esta postura en los siguientes argumentos: 1) aplicación analógica del concurso de herencia a todas aquellas masas patrimoniales dotadas de cierta autonomía, que se hallen jurídicamente adscritas al pago de unos determinados acreedores, aunque no tengan la plenitud de atributos de la personalidad jurídica; 2) superando una interpretación conceptualista propone una interpretación de jurisprudencia de intereses, que exige tener en cuenta la existencia de una autonomía patrimonial puesto que la alternativa, esto es, la declaración de concurso de los socios no resiste un análisis de costes; 3) la ley sólo excluye expresamente a las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismo públicos y los demás entes de Derecho público (art. 1.3 LC). *Vid.* Vicent Chuliá, «El concurso de la persona jurídica», *Homenaje Olivencia*, T. II, p. 2396 y p. 2412 e *Introducción al Derecho Mercantil*, 12ª ed., Valencia, 2008, p. 1243. En sentido parecido, Pulgar Ezquerro, *La declaración del concurso de acreedores*, Madrid, 2005, p. 285.

105 Lo advierten Bonet, «Artículo 25», *Comentarios a la Ley concursal*, R. Bercovitz (coordinador), T. I, Madrid, 2004, p. 236; García Rubio, «Artículo 48», p. 428; Bellido, «Artículo 25», en Rojo – Beltrán, *Comentario de la Ley concursal*, T. I, Madrid, 2004, p. 555. Contra, Duque, «Artículo 25», que da por supuesto el concurso del ente sin personalidad jurídica, en *Comentarios a la legislación concursal*, Pulgar Ezquerro – Alonso Ureba – Alonso Ledesma – Alcover Garau (directores), T. I, Madrid, 2004, p. 521.

es obstáculo para la declaración de insolvencia de tales entidades. Aunque la ausencia de personalidad propicia la extensión de responsabilidad a otros sujetos (arts. 15.1 y 16 LSA, comunidades de bienes), ésta también se produce en determinadas formas sociales (sociedad colectiva, en comandita, agrupaciones de interés económico, sociedad civil)<sup>106</sup>.

Es evidente que en esta cuestión ha influido la concepción tradicional personalista del patrimonio, es decir, la identificación del patrimonio con la personalidad<sup>107</sup>, de forma que la ausencia de personalidad conduciría necesariamente, por falta de presupuesto subjetivo, a negar la posibilidad de concurso que, en su caso, debería ser de los socios de la sociedad, de los herederos... La consideración de la evolución en la teoría clásica del patrimonio y el reconocimiento de que tanto la «personificación» como la «finalidad» son técnicas idóneas para mantener la unidad y la cohesión de los elementos integrantes del patrimonio son datos que, en mi opinión, permiten abordar el problema con mayor flexibilidad. Como, entre nosotros, ha explicado el profesor Rivero, frente a la idea de «pertenencia», característica de la imputación subjetiva, se opone el nexo objetivo con un fin determinado. El patrimonio de destino o de afectación parte de la idea de separación entre patrimonio y personalidad: se trata de un conjunto unitario de bienes y derechos independiente de un sujeto de derecho, sin personalidad y a veces sin titular. El patrimonio se convierte de esta forma en instrumento técnico para atribuir alguna forma de subjetividad a centros de imputación de relaciones jurídicas que no son personas jurídicas. Pero para que llegue a identificarse un patrimonio autónomo no basta con la existencia de un conjunto de bienes, es precisa una actuación en el tráfico mediante un *gestor*, de forma que las consecuencias, las relaciones jurídicas que nacen de esa actuación sean atribuidas a ese patrimonio. No es necesaria una personalidad jurídica, pero sí un régimen de responsabilidad por deudas

---

106 R. Bercovitz, «Artículo 1», p. 31.

107 En la doctrina española, *vid.* Roca, «El patrimonio», en RCDI 1926, especialmente p. 178; Cossío, «La teoría del patrimonio», en *Estudios de Derecho público y privado ofrecidos al pf. Ignacio Serrano, I, Estudios de Derecho civil*, Valladolid, 1965, especialmente p. 149. Sobre los patrimonios separados, De Castro, *Temas de Derecho civil*, Madrid, 1976, reimpresión de la ed. 1972, p. 35 y ss. De los Mozos, «Aproximación a una teoría general del patrimonio», en RDP, 1991, p. 587 y ss. Sobre patrimonio y responsabilidad, *vid.* Fairén, «Patrimonio y responsabilidad patrimonial», en RDN 1962, p. 293; Doral García, «El patrimonio como instrumento técnico jurídico», en ADC 1983, p. 1269 y ss.; Capilla Roncero, *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento del crédito*, Jerez, 1989, p. 110.

frente a terceros, una incomunicación de las deudas y una responsabilidad por deudas propias<sup>108</sup>.

La dualidad persona física – persona jurídica mencionada expresamente en el art. 1.1 LC ni agota todas las categorías de posibles deudores ni elimina cualquier problema ulterior a efectos de determinar las consecuencias de una declaración concursal. La atribución a un ente o agrupación de la calificación de persona jurídica ni es sinónimo de responsabilidad separada ni excluye siempre la responsabilidad de los socios, miembros o integrantes<sup>109</sup>. No falta razón por ello a la observación de que resulta paradójico que, siendo unánime la opinión acerca de la instrumentalidad de la «personalidad jurídica» sea este el argumento básico para negar la posibilidad de declarar en concurso a entes sin personalidad<sup>110</sup>.

Muy posiblemente, el legislador ha creído utilizar en el art. 1 una expresión comprensiva de cualquier posibilidad: «cualquier deudor, sea persona natural o jurídica». Esta concepción resulta coherente con la bipartición persona física-persona jurídica con que en la generalidad de las exposiciones de la manualística española suelen entenderse agotados todos los potenciales

---

108 Vid. Rivero Hernández, «Los patrimonios autónomos. ¿Hacia una categoría general?», en *Homenaje Alonso Pérez*, II, Madrid, 2006, p. 601 y ss. (también, en un trabajo más amplio, «Teoría general del patrimonio», en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, T. I, Garrido Melero y Fugardo Estivill coordinadores generales, Barcelona, 2005, p. 45 y ss).

Sobre este tema, en los últimos tiempos, F. Zenati, «Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine», en RTDC 2003, p. 667 (especialmente, pp. 672, 674), quien, retomando un debate clásico, y a la vista de la pluralidad de patrimonios que puede poseer una persona y de la existencia de patrimonios separados propone una vuelta al concepto inicial de patrimonio como masa de bienes, superando la vinculación clásica de la teoría del patrimonio con el concepto de personalidad jurídica.

La idea de autonomía y separación de patrimonio como imputación de relaciones jurídicas y vinculación del patrimonio a la específica función de garantía, esto es, a la garantía de las obligaciones nacidas de la gestión de los bienes con vistas a un fin o uso específico, en A. Zoppini, «Autonomia e separazione del patrimonio», en *Scienza e insegnamento del Diritto civile in Italia, a cura di V. Scalisi*, Milano, 2004, p. 469 y ss. Acerca de la equivalencia funcional entre la persona jurídica y el patrimonio separado, en el mismo trabajo, p. 507.

Entre nosotros, sobre estos temas, también, Badosa Coll, «La constitució de patrimonis fiduciaris en el Dret Català», en *La Notaría 2*, 2002, especialmente, p. 47; Arroyo i Amayuelas, «Los patrimonios fiduciarios y el *trust*», en RCDI 2006, 693, especialmente, p. 29.

109 Sobre la gradación de la autonomía patrimonial y la gradación de la personalidad jurídica, por todos, Cossío, «Hacia un nuevo concepto de la persona jurídica», en ADC 1954, especialmente p. 646 y Capilla Roncero, *La persona jurídica: funciones y disfunciones*, Madrid, 1984, especialmente, pp. 41, 105 y 131.

110 En este sentido, Morillas Jarillo, *El concurso de las sociedades*, p. 186, nota 261.

centros de imputación de relaciones jurídicas. Desde este punto de vista, la ley concursal no habría podido zafarse del prejuicio generalizado en la doctrina que tiende a identificar la posibilidad de titularidad de relaciones jurídicas con la personalidad<sup>111</sup>. Pero la realidad es más compleja, y existen entidades sin personalidad a las que, sin embargo, se les permite actuar mediante un representante legal (comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal), o de un gerente (uniones temporales de empresas para realizar una obra o prestar un servicio), cuya actuación compromete frente a terceros a la propia comunidad o sociedad. Paralelamente, la ley permite la configuración de patrimonios sin titular, que responden a un esquema fiduciario (algunas variantes de fondos), o de un titular actual (herencia yacente) que configuran un patrimonio autónomo, un centro al que resultan imputables relaciones jurídicas. Ante la constatación de la existencia de estas realidades, frente a la literalidad de la norma concursal, las tesis que distinguen entre *sujeto* y *persona* ofrecen una vía para la reflexión que aconseja no excluir, al menos *a priori*, la capacidad concursal de entes sin personalidad<sup>112</sup>.

La atención al doble dato de que ni es imprescindible la atribución de personalidad jurídica para que la responsabilidad quede limitada ni siempre la personalidad jurídica conlleva una separación de responsabilidad es determinante para analizar los problemas del presupuesto subjetivo del concurso. Además, es preciso atender a otro tipo de consideraciones.

En particular, debe tenerse en cuenta que, si es posible una ejecución y embargo de bienes de un ente sin personalidad y no se admite en cambio la declaración de concurso, se impide el efecto previsto en la ley concursal

---

111 Durante la tramitación de la ley no se aceptó la enmienda nº 100, presentada por el Grupo Parlamentario de Coalición Canaria que proponía la supresión de los términos finales del art. 1 («sea persona natural o jurídica») con el argumento de que: «La declaración de concurso procede con cualquier deudor. Este dualismo se encuentra abandonado en la práctica y en las recientes leyes civiles. Por supuesto, no es incorrecta la redacción del proyecto pero consideramos mejor la propuesta de nuestra enmienda». Se recoge, además, una crítica a la literalidad de la norma en el informe del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 6 de noviembre de 2001, por entender que el precepto supone «la vuelta a un dualismo que, en cierto modo, no se corresponde con la realidad del tráfico y superada en leyes recientes».

112 La distinción entre *subjetividad* y *personalidad*, entre «sujeto de derecho» y «persona jurídica» permite atribuir la *titularidad*, imputación jurídica, a entes que no están dotados de capacidad jurídica general. Para la distinción, F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1957, p. 303 y ss.; C. M. Bianca, *Diritto civile, I, La norma giuridica. I soggetti*, Milano, 2002, p. 3122 y ss.; V. Scalisi, *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, Milano, 2005, p. 134 y ss.

de paralización de las ejecuciones singulares, que podría interesar a algunos acreedores con el fin de conservar en la medida de lo posible los bienes que van a responder de las deudas. En el concurso, en segundo lugar, es más fácil exigir la responsabilidad de los administradores que fuera del concurso, pues la ley concursal trata con gran rigor a los gestores de las entidades declaradas en concurso (arts. 48.3 y 172.3 LC). En tercer lugar, el ejercicio de las acciones de reintegración reguladas en la ley concursal es más beneficioso para reintegrar al patrimonio del deudor bienes que vayan a responder frente a los acreedores que el previsto con carácter general en el Derecho privado. Por todo ello, no termina de convencer una exclusión *a priori* de la posibilidad de declarar el concurso en los casos en que existe un patrimonio al que se reconozca una posibilidad de actuación en el tráfico, aunque no se le atribuya en la ley personalidad jurídica, pues a los acreedores puede interesarles esa declaración concursal.

Es una realidad normativa la existencia de entes que no sólo no son rechazados por el Derecho, sino contemplados expresamente por las normas. A estos entes la ley no les atribuye personalidad jurídica, por lo que no les es aplicable la regla general de la plena capacidad (art. 38 CC), pero se les dota de una regulación jurídica, que incluye reglas de gestión y de responsabilidad por deudas. En ocasiones, la regulación jurídica es una reacción a una realidad en la que el ente no goza de personalidad jurídica porque sus miembros o sus promotores no han cumplido los presupuestos requeridos por la ley para alcanzarla (la falta de inscripción en un registro, la falta de publicidad del pacto societario). Junto a esas hipótesis, sin embargo, no faltan los supuestos en los que la ley conforma y predispone un régimen legal en el que se potencia la consecución de ciertos fines mediante entes sin personalidad. Si la falta de personalidad no es siempre el resultado de una irregularidad del deudor sino, en ocasiones, expresa previsión legal, no se ve la razón para impedir que ese deudor, al que la ley niega personalidad jurídica, pueda beneficiarse de las ventajas de una solicitud de concurso (las deudas dejan de generar intereses, los efectos pueden ser más favorables si solicita el concurso el propio deudor, de momento se paralizan algunas ejecuciones, lo que puede dar un respiro en el desempeño de la actividad desplegada...).

Conviene insistir en la idea apuntada de que la atribución de personalidad no siempre excluye, en los diversos regímenes jurídicos existentes, la responsabilidad de los miembros de la persona jurídica. En consecuencia, no parece que ese atributo de la separación de responsabilidad y de responsabili-

dad del patrimonio deba negarse por el hecho de que no haya reconocimiento de personalidad jurídica. Por el contrario, la alternativa de exigir, en su caso, la declaración de concurso de todos los partícipes o miembros de un ente sin personalidad no siempre será una solución razonable para los acreedores. En algunos supuestos porque los partícipes pueden ser muy numerosos, con los costes que puede suponer la declaración de concurso de todos ellos. Los partícipes puede que ni siquiera sean copropietarios del patrimonio, sino titulares de un derecho de crédito contra el mismo. Incluso, puede estar separada legalmente la responsabilidad de los partícipes o miembros del patrimonio, de forma que no deban responder de las deudas del mismo. Por otra parte, aun en las hipótesis en que los miembros del ente fueran responsables de las deudas contraídas frente a terceros en nombre del patrimonio sin personalidad, es posible que su responsabilidad sólo sea subsidiaria de la del patrimonio, y *pro parte*, e incluso que no sean insolventes, por lo que no procedería su declaración en concurso. Aun cuando lo fueran, la posibilidad de acumulación del concurso de todos los partícipes, con la letra de la ley (art. 3.5 LC), tampoco es admisible, sin discusión, por el hecho de que sean miembros o partícipes de un patrimonio, pues la ley requiere para la declaración judicial conjunta del concurso de varios deudores que «exista confusión de patrimonios entre éstos o, siendo éstos personas jurídicas, formen parte del mismo grupo, con identidad sustancial de sus miembros y unidad en la toma de decisiones».

La personalidad jurídica sigue siendo un instrumento muy poderoso para simplificar y agilizar el tráfico jurídico y, en la medida en que exista un ente al que se reconozca personalidad, no hay duda de que posee capacidad concursal. Sin embargo, esta consideración no debe conducir a una exclusión de todo análisis ulterior de la posibilidad de que, ante la crisis económica de un patrimonio o de un fondo común, deba procederse a su sometimiento a las reglas del concurso de acreedores.

Lo anterior no significa tampoco que sea dable elaborar un régimen general del concurso de patrimonios sin personalidad. De una parte porque la existencia de una separación o autonomía de patrimonios no va acompañada siempre de una responsabilidad separada del resto del patrimonio de la persona titular. En consecuencia, si se está tan sólo ante una autonomía de gestión o administración que no llega a fundamentar una responsabilidad separada por las deudas, no cabe plantearse la posibilidad de concurso de tal patrimonio. En segundo lugar, porque la declaración de concurso de algunos patrimonios que actúan separadamente en el tráfico, y a los que no se les reconoce per-

sonalidad, se enfrenta a la dificultad del diseño legal. La ley concursal parte de la consideración del deudor con personalidad como sujeto de derecho y obligaciones, por contraposición a la masa activa, al patrimonio de ese deudor que queda afecto al concurso.

La ley concursal, a lo largo de su articulado, presupone que el deudor concursado es una persona, física o jurídica, y a ella refiere todos los efectos. Ni siquiera se ha tenido en cuenta la especificidad del concurso de herencia, al que de manera expresa se refiere la propia ley. Conviene advertir que, puesto que en el caso de la herencia hay un heredero que es deudor (con independencia de los bienes con los que deba responder) tampoco podría intentarse la aplicación a otros patrimonios de las conclusiones elaboradas para el concurso de herencia.

Si se admite la posibilidad de someter a concurso una masa patrimonial, en cada caso debería tenderse a la aplicación de los preceptos que la ley concursal refiere a las personas jurídicas, con las debidas adaptaciones, y en la medida que fueran compatibles con las normas específicas que regulan cada patrimonio, tanto por lo que se refiere al régimen de responsabilidad por deudas de un patrimonio común en cuya existencia los terceros hayan podido confiar como en lo que se refiere a la actuación de administradores o gestores. Así, en la medida en que el patrimonio haya tenido administradores, gestores o liquidadores es a éstos a los que, en principio, deberían aplicárseles las normas referidas a la determinación de la legitimación, los efectos sobre el deudor, la extinción del concurso por inexistencia de bienes, la responsabilidad de los administradores, etc.

## 4.2. Comunidades de bienes

La falta de personalidad de las comunidades de bienes<sup>113</sup> es, para los comentaristas de la Ley concursal que se atienen al tenor literal de su art. 1 y consideran la personalidad jurídica un presupuesto del concurso, el argumento por el que las comunidades de bienes carecen de capacidad concursal<sup>114</sup>. Pero como en la práctica la realidad muestra comunidades que actúan en el tráfico de forma unificada, incluso bajo una razón común o antefirma, y la doctrina

---

113 Sobre lo cual, por todos, Miquel, «Artículo 392», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. V, vol. 2, M. Albaladejo, director, Madrid, 1985, p. 12.

114 Rojo, «Artículo 1», p. 149; Morillas, *El concurso de las sociedades*, p. 170. Con anterioridad, Garrigues, «Teoría general de las sociedades mercantiles», RDM 1974, p. 533.



las equipara a las sociedades irregulares, a las que suele reconocerse el carácter de sociedades externas, colectivas irregulares o civiles, según su objeto, acaba reconociéndose por esta vía el sometimiento de estas «comunidades societarias» a la ley concursal<sup>115</sup>.

Merece la pena detenerse con más atención en ambos tipos de comunidades, a efectos de determinar el régimen al que deben someterse las situaciones que podrían provocar una declaración concursal. La cuestión presenta indudable interés, pues las comunidades tienen reconocida capacidad en algunos sectores, como el laboral y el tributario<sup>116</sup> y, no en vano, el art. 2.4.4º LC menciona el incumplimiento generalizado de obligaciones tributarias, de cuotas de la seguridad social y salarios como hecho que puede probar el acreedor que presenta la solicitud del concurso.

#### *4.2.1. Las meras comunidades de bienes son una forma de titularidad colectiva*

La responsabilidad de los copropietarios por las cargas de la comunidad (impuestos, indemnizaciones, gastos de conservación...) es proporcional a la cuota de cada comunero (art. 393 CC)<sup>117</sup> pero, no siendo la comunidad un ente dirigido a lograr ganancias, la obligación de los miembros por las deudas no podrá extenderse, contra su voluntad, a las contraídas para la mejor explotación de los bienes comunes, sino sólo a las conservativas y a las indispensables para obtener los frutos<sup>118</sup>.

El art. 393 CC se refiere a la contribución de los comuneros en la relación interna, entre ellos, pero nada dice sobre la responsabilidad frente a los terceros. Los copropietarios pueden acordar nombrar un administrador

---

115 Rojo, «Artículo 1», p. 149; Morillas, *El concurso de las sociedades*, p. 170; Pulgar, *La declaración*, p. 296.

116 A efectos tributarios, el art. 35.4 de la Ley general tributaria de 2003 considera como obligados tributarios a las comunidades de bienes que constituyan una unidad económica o un patrimonio separado susceptible de imposición. En el ámbito laboral, el art. 1.2 ET considera empresarios a «todas las personas, físicas o jurídicas, o *comunidades de bienes* que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior, así como de las personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal legalmente constituidas». A ello debe añadirse el art. 9.2 LAR 2003, que permite ser arrendatarias a las comunidades de bienes.

117 Miquel cree que para que la responsabilidad fuera solidaria el precepto debería haberlo establecido expresamente («Artículo 393», en *Comentario del Código civil*, Paz-Ares, Díez-Picazo, R. Bercovitz, Salvador Coderch, directores, T. I, Madrid, 1991, p. 1073).

118 Lacruz, *Elementos de Derecho civil*, III-2, 2ª ed., Barcelona, 1991, p. 476.

(art. 398 CC). Si en las relaciones con terceros actúa el administrador, o un copropietario, los demás no quedan vinculados si el que actuó en nombre de la comunidad no estaba apoderado para ello. Al no existir un régimen de responsabilidad frente a terceros, las obligaciones que se contraigan estarán sometidas en cada caso al régimen de la mancomunidad indivisible, de la parciariedad o de la solidaridad en función de su naturaleza, de su objeto y de la forma en que hayan nacido.

El art. 405 CC utiliza la expresión de «los derechos personales que pertenezcan a un tercero contra la comunidad», pero propiamente no existen acreedores de la comunidad como tal ente, y son los comuneros los que asumen las obligaciones. Como explica J. M. Miquel, se puede hablar de créditos de la comunidad por la conexión que el crédito contra todos los condueños tenga por la cosa común (nace por el arrendamiento de la cosa común, por el precio de compra...), pero no existen propiamente créditos contra la comunidad como tal. Los acreedores de la comunidad, por créditos en razón de conexión con la cosa común, lo son de los condueños<sup>119</sup>. La responsabilidad de los copropietarios por esas deudas será solidaria o mancomunada en función de la forma en que se haya contraído la obligación (arts. 1137 y 1138 CC y la jurisprudencia que los interpreta).

Es en el ámbito laboral donde en la práctica se suscita con más frecuencia este problema. En la jurisprudencia laboral, frente a una línea inicial que establecía la responsabilidad mancomunada de los comuneros con apoyo en los arts. 1137 y 393 CC, se ha impuesto en los últimos años la responsabilidad solidaria. Las consecuencias prácticas son evidentes: el trabajador no necesita dirigirse contra todos y cada uno de los comuneros para cobrar su deuda y se le evitan las consecuencias propias del régimen de la mancomunidad en caso de insolvencia de uno de los comuneros (la insolvencia de uno no es suplida por los demás, art. 1139 CC). Las dudas se han seguido planteando en la jurisdicción social después de que el art. 1.2 ET mencionara expresamente a las comunidades de bienes como empleadores. La doctrina, y buena parte de la jurisprudencia, tienden a considerar que, salvo que se trate de

---

119 Miquel, «Artículo 405», en *Comentario del Código civil*, Paz-Ares, Díez-Picazo, R. Bercof, Salvador Coderch, directores, T. I, Madrid, 1991, p. 1116 («Artículo 405», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. V, vol. 2, M. Albaladejo, director, Madrid, 1985, p. 527). Explica Lacruz que el art. 405 procede del Código austriaco, lo que explica su referencia a los acreedores de la comunidad, configurada en aquel Código como persona jurídica (*Elementos*, III-2, 2ª ed., 1991, p. 489).

una «comunidad sociedad» o comunidad empresa, que es equiparada a una sociedad irregular y, por tanto, tiene personalidad jurídica, la fórmula del art. 1.2 ET debe entenderse como una forma simplificada de referirse a todos los comuneros como empleadores, de forma tal que lo que existe es una pluralidad empresarial, en la que son los comuneros los que emplean a los trabajadores. Una cosa es, se apunta, que se presten servicios para una comunidad de bienes y otra diferente quién sea el verdadero empleador, ya que la comunidad de bienes no es en sí misma un sujeto de derechos distinto de los titulares que la componen. La responsabilidad de estos copropietarios empleadores es, según criterio jurisprudencial unánime en la actualidad, directa y solidaria<sup>120</sup>.

Algo semejante sucede en el ámbito tributario, donde la comunidad de bienes a que se refiere el art. 35.4 LGT requiere, al decir de la doctrina, una masa patrimonial diferenciada, que se manifieste al exterior con una apariencia unitaria, y también una cierta organización unitaria dirigida a un fin común<sup>121</sup>. Estas exigencias aproximan la comunidad del art. 35.4 a una sociedad irregular, con personalidad jurídica, mientras que en el caso de una comunidad de bienes en sentido estricto, son los comuneros los sujetos obligados solidariamente frente a la Hacienda Pública, conforme a lo previsto en el art. 35.6 de la misma Ley<sup>122</sup>.

La comunidad de bienes no sólo es un ente sin personalidad jurídica sino que, además, la ley no le reconoce capacidad para ser parte. Cabría pensar que la comunidad de bienes está incluida en el art. 6.1.5 o en el art. 6.2 LEC<sup>123</sup>, pero a las comunidades de bienes reguladas en los arts. 392 y ss. CC, que son entidades sin personalidad jurídica, ninguna ley les reconoce capacidad para

---

120 Así, según esta jurisprudencia laboral, no es una comunidad de bienes la comunidad hereditaria que explota un negocio de panadería durante años, ni la «comunidad de bienes» formada para realizar actividades de exportación o importación, o para explotar un restaurante, o una cafetería o un negocio de construcción o un despacho profesional. Podrían formar comunidades de bienes, en el sentido de formas de cotitularidad de bienes, los copropietarios que explotan una finca para su propio consumo. Sobre todo esto, E. Desdentado, *La personificación del empresario laboral: problemas laborales y procesales*, pp. 197 y ss.

121 Martín Queralt, *Curso de Derecho financiero y Tributario*, 15ª ed., Madrid, 2004, p. 271, con cita de Cortés Domínguez y Sáinz de Bujanda.

122 «La concurrencia de varios obligados en un mismo presupuesto de una misma obligación determinará que queden solidariamente obligados frente a la Administración tributaria al cumplimiento de todas las prestaciones...».

123 Menciona las comunidades de bienes en el ámbito del art. 6.2 Samanes (*Las partes en el proceso civil*, Pamplona, 2002, p. 21). Se inclina por la negativa Rodríguez de Robles, «Artículo 544», en *Comentarios a la nueva LEC*, III, dir. Lorca Navarrete, Valladolid, 2000, p. 2630.

ser parte (como exige el art. 6.1.5 y sucede, por ejemplo, con las comunidades de vecinos en régimen de propiedad horizontal) ni son entidades que no hayan cumplido los requisitos legalmente establecidos para constituirse en personas jurídicas (como exige el art. 6.2), pues las comunidades no tienen esa vocación. A lo anterior debe añadirse otra consideración. Aun cuando se lograra una condena contra una comunidad de bienes se plantearían problemas de ejecución, pues no puede ejecutarse un título frente a quien no haya sido parte en el proceso, y en los Registros públicos los bienes no figurarán a nombre de la comunidad de bienes. Tampoco el art. 544 LEC parece ser una solución, puesto que, logrado un título ejecutivo frente a una entidad sin personalidad jurídica, únicamente permite despachar ejecución frente a los «socios, miembros o gestores que hayan actuado en el tráfico a nombre de la entidad». Dejando aparte que el tenor del precepto está pensado más para las sociedades irregulares que para las comunidades de bienes, tampoco de esta forma se lograría agredir por el tercero los bienes comunes, sino únicamente los de aquella persona que haya actuado en nombre de la entidad (precisamente para excluir la agresión contra el patrimonio del presidente de la comunidad, el párrafo segundo del art. 544 LEC excluye la aplicación de tal regla a las comunidades de propietarios de inmuebles en régimen de propiedad horizontal)<sup>124</sup>.

A las comunidades de bienes les son aplicables, por tanto, las reglas comunes en materia de responsabilidad y así como las de su exigencia. Los acreedores de la comunidad, en el sentido señalado, deben demandar a los integrantes de la misma, de forma conjunta o no según la naturaleza de la obligación, puesto que la responsabilidad de los comuneros dependerá de los mismos factores de que depende que varios se obliguen de una manera u otra<sup>125</sup>.

Así las cosas, parece razonable acabar concluyendo que la comunidad de bienes, en cuanto forma de cotitularidad, no da lugar a un patrimonio en

---

124 En el ámbito laboral, como un complemento de lo dispuesto en el art. 1.2 ET, que permite a las comunidades ser empresarios, el art. 16.5 LPL atribuye a las comunidades de bienes la capacidad para ser parte. Sin embargo, la jurisprudencia social admite la legitimación de los comuneros o miembros de la comunidad, con lo que en la práctica se evitan problemas como el de determinar si la condena a la comunidad implica la de sus miembros, a efectos de considerar si hay o no cosa juzgada o de extender la ejecución de la sentencia a los miembros de la comunidad. Sobre todo ello, E. Desdentado, *La personificación*, pp. 287 y ss.

125 Miquel, «Artículo 405», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. V, vol. 2, M. Albaladejo, director, Madrid, 1985, p. 526.

el que residenciar bienes y deudas. De las deudas contraídas en razón de la comunidad son responsables los comuneros. La comunidad como tal no tiene un patrimonio común, ni los acreedores pueden por tanto agredir los bienes comunes, que no forman un patrimonio separado cuya titularidad corresponda a la comunidad. En la medida en que lo que existe es una cotitularidad de los bienes, los comuneros son los propietarios de los bienes, en proporción a su cuota, y cada comunero es titular de su cuota, de la que puede disponer y que puede ser embargada (art. 399 CC). Cada comunero, de las deudas que debe responder, lo hace con sus bienes de forma ilimitada. No existe, por lo demás, ninguna preferencia sobre los bienes comunes de los «acreedores comunitarios» sobre los acreedores particulares de cada comunero, a diferencia de lo que para las sociedades establece el art. 1699 CC<sup>126</sup>.

Siendo todo ello así, no se ve la forma en la que pueda someterse a concurso la comunidad como tal. Si los comuneros no son capaces de asumir las deudas están expuestos, de manera individual, al concurso. Únicamente si existe confusión de patrimonios entre varios comuneros, de forma tal que no se conoce a quién pertenece la parte más sustancial de los bienes y derechos afectos a la responsabilidad patrimonial podrá solicitarse la declaración conjunta de concurso necesario (art. 3.5 LC)<sup>127</sup>. Ello no significa el concurso de la entidad comunitaria, sino la acumulación inicial y la tramitación conjunta, en los mismos autos, de una pluralidad de concursos de varios deudores (con independencia de que su responsabilidad sea solidaria o mancomunada). Lo que pasa es que esto sucederá más fácilmente cuando la comunidad no sea una *mera* comunidad de bienes, limitada al goce de una cosa común por los comuneros, sino cuando se ejercite en forma de comunidad una actividad profesional o empresarial. En tal caso, como vemos a continuación, si la actividad se realiza hacia el exterior, en las relaciones con terceros, de manera

---

126 Aunque la confusa redacción del art. 405 CC podría apuntar en esa dirección, la doctrina rechaza que el precepto establezca, en sede de comunidad, ninguna preferencia de acreedores. Capilla, sostuvo que la «fuerza» que, según el art. 405 CC conservan los acreedores contra la comunidad tras su disolución puede hacer referencia a una situación especial que se atribuye a esos acreedores y que podría consistir en la mancomunidad conjunta, es decir, que se siga aplicando para los créditos pendientes contra los comuneros la que a su juicio es la regla antes de la disolución, la de las obligaciones conjuntas (*La sociedad civil*, Bolonia, 1984, p. 347). Descarta que exista preferencia alguna de los acreedores de la comunidad sobre los de los comuneros Miquel, con cita de Peña y Cámara («Artículo 405», en *Comentario del Código civil*, Paz-Ares, Díez-Picazo, R. Bercovitz, Salvador Coderch, directores, T. I, Madrid, 1991, p. 1116 y 1117; con más detalle, «Artículo 405», 1985, p. 524).

127 Rojo, «Artículo 3», p. 221.

organizada, actuando en nombre de la comunidad, debe entenderse que no hay comunidad sino sociedad, y el régimen de responsabilidad es otro. No debe excluirse, pese a todo, la posible existencia de una «comunidad» dedicada a una actividad profesional o empresarial sin exteriorizar tal realidad, sin revelar a los terceros que se actúa en nombre de la «sociedad», sino contratando cada uno de los miembros a título exclusivamente particular. A un caso como este se refirió la célebre sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 19 noviembre 1982, que permitió la tramitación unitaria de un expediente de suspensión de pagos de tres comerciantes individuales que actuaban en un negocio común. Sobre esta sentencia volveré más adelante (apartado 4.4.5).

En la hipótesis de que se declarara el concurso de los varios comuneros por hallarse en situación de insolvencia es dudoso que, tratándose de una simple comunidad (de una verdadera comunidad), pudiera solicitarse la acumulación al amparo de lo dispuesto en el art. 25.2 LC. La acumulación requiere, conforme a la norma concursal, que los miembros de la entidad respondan de las deudas contraídas en el tráfico en nombre de ésta, y en el caso de la comunidad en el sentido al que ahora me estoy refiriendo, propiamente no existe el ente como tal<sup>128</sup>. Ciertamente, si se trata de una comunidad de goce y disfrute y las relaciones jurídicas que se entablan con terceros se dirigen a la conservación y mantenimiento de la cosa las situaciones de insolvencia de los socios provocadas por deudas contraídas por esta razón no serán muy frecuentes y, en su caso, las dificultades que para los acreedores pudiera suscitar el concurso individual de los comuneros pueden considerarse dulcificadas si el régimen de las obligaciones de los mismos, frente a terceros, es el de la solidaridad.

Este planteamiento no perjudica a los acreedores que contratan individualmente con los copropietarios, pero resulta insuficiente y claramente insatisfactorio cuando la «comunidad», aun denominándose así, se relaciona con terceros actuando, a través de los «copropietarios» o de un administrador, como una unidad. De este problema me ocupo a continuación.

---

128 Entiende que sí sería aplicable el art. 25 al concurso individual de los comuneros, Pulgar, *La declaración*, p. 291.

#### 4.2.2. Las «comunidades societarias»

Las «comunidades societarias» o «comunidades de empresas» son, en realidad, sociedades personificadas. Al relacionarse con terceros y actuar en el tráfico se constituyen en sociedades externas y, pese a su denominación como comunidad, son auténticas sociedades<sup>129</sup>. Si su objeto es civil, queda sometida a los arts. 1665 y ss. CC. De acuerdo con la interpretación mayoritaria del confuso art. 1698 CC, la sociedad, como persona, responde con su propio patrimonio, y los socios responden de manera ilimitada pero subsidiaria<sup>130</sup>. Es posible declarar el concurso de una sociedad civil y, en tal caso, de conformidad con lo dispuesto en el art. 25.1 LC, podrán acumularse al procedimiento los concursos ya declarados de los socios. Durante la tramitación del concurso de la sociedad, además, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 48.5 LC, la acción contra los socios por deudas de la sociedad de las que deban responder corresponde a la administración concursal (y subsidiariamente a los acreedores, art. 54). Si el objeto de la comunidad empresa es mercantil, debe someterse al régimen de la sociedad colectiva irregular y puede quedar sometida al concurso, como expongo más adelante (apartado 4.4)<sup>131</sup>.

---

129 Por todos, Girón, *Derecho de sociedades*, I, Madrid, 1976, p. 82; Paz-Ares, «Artículo 1669», en *Comentario del Código civil*, Paz-Ares, Díez-Picazo, R. Bercovitz, Salvador Coderch, directores, T. II, Madrid, 1991, p. 1373; Garrote Fernández-Díez, *Contratos sobre comunidades de bienes y figuras afines*, p. 153 y ss. Existen, sin embargo, criterios no uniformes en la doctrina a la hora de delimitar si se ha producido o no la conversión en sociedad de esa comunidad de bienes: para algunos sólo es sociedad si la explotación de la empresa (por ejemplo en los casos de comunidad hereditaria) se hace con carácter estable y vocación de permanencia, pero no si la finalidad es meramente conservativa; para otros autores sólo hay sociedad si la explotación común de los bienes se hace con ánimo de lucro y finalidad de repartir las ganancias, pero no si se trata de una finalidad no lucrativa (una exposición resumida de las diferentes opiniones, con cita de Manresa, Beltrán de Heredia, Garrigues, Vallet, Capilla, Miquel, Díez-Picazo, en Paz-Ares, «Artículo 1669», en *Comentario del Código civil*, Paz-Ares, Díez-Picazo, R. Bercovitz, Salvador Coderch, directores, T. II, Madrid, 1991, p. 1370).

Especial mención requiere la opinión de Albaladejo, quien se ha manifestado en contra de la aplicación de las normas de la sociedad a estas comunidades, por considerar que es contraria a la voluntad de los comuneros («La distinción entre comunidad y sociedad», AC 1995, p. 680).

130 Por todos, Albaladejo, *Derecho civil II*, 12ª ed., Madrid, 2004, p. 765. Un resumen de otras opiniones en Paz-Ares, «Artículo 1698», en *Comentario del Código civil*, Paz-Ares, Díez-Picazo, R. Bercovitz, Salvador Coderch, directores, T. II, Madrid, 1991, pp. 1482 y 1483; Garrote Fernández-Díez, *Contratos sobre comunidades de bienes y figuras afines*, p. 160.

131 En sentido parecido Garrote Fernández-Díez, *Contratos sobre comunidades de bienes y figuras afines*, p. 185, si bien no puede compartirse su idea de que el concurso de un socio desencadena el de la sociedad.

### 4.3. Comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal

La falta de personalidad de la comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal vuelve a ser el argumento para afirmar que no puede ser declarada en concurso<sup>132</sup>. La conclusión podría ser otra si se entiende que lo importante es la existencia de un patrimonio con propia autonomía dentro del tráfico jurídico<sup>133</sup>.

La comunidad de propietarios no tiene reconocida personalidad jurídica, y la Ley establece una organización dirigida a conseguir el equilibrio dentro de la situación de concurrencia de pluralidad de personas en la titularidad de derechos que recaen sobre el edificio. El presidente ostenta legalmente la representación de la comunidad, en juicio y fuera de él, en todos los asuntos que le afecten (art. 13.3 LPH). De las deudas de la comunidad frente a terceros (por responsabilidad contractual o extracontractual), responde la propia comunidad «con todos los fondos y créditos a su favor». Así lo establece el art. 22.1 LPH, que en este punto es coherente con el principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 CC). Pero lo cierto es que no es infrecuente que la comunidad no tenga bienes ni fondo que embargar y las partes comunes, como tales, son inembargables separadamente (art. 396 CC). La ley, en lugar de establecer la responsabilidad directa y solidaria de todos los copropietarios establece su responsabilidad subsidiaria. Responsabilidad subsidiaria que, además, para proteger al copropietario que está dispuesto a pagar, y sin trasladarle las consecuencias de falta de pago de otros copropietarios, sólo podrá hacerse efectiva sobre el patrimonio privativo de un copropietario si se cumplen una serie de presupuestos que establece la ley: subsidiariamente, y previo requerimiento de pago, el acreedor sólo puede dirigirse contra cada propietario «que hubiese sido parte en el correspondiente proceso»<sup>134</sup> por la

---

132 Rojo, «Artículo 1», p. 149; Pulgar, *La declaración*, p. 293; González Carrasco, «Artículo 3», 2004, p. 51 y p. 52, nota 11.

133 En general, R. Bercovitz, «Artículo 1», p. 31, aunque no menciona expresamente la comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal. Sí lo hace, en cambio, Fernández Ballesteros, «Algunas cuestiones sobre la petición de concurso voluntario», RDCP 2004, p. 85.

134 La exigencia es coherente con la doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo de 13 febrero 2001 (RJ. 854), que entendió no podía ejecutarse contra los copropietarios que formaban parte de la comunidad la sentencia dictada contra la comunidad de propietarios demandada, porque ello equivaldría a su condena sin haber sido oídos en el pleito. Sobre la posibilidad de cada copropietario para la defensa de sus derechos, hay que tener en cuenta las sentencias del Tribunal Constitucional 173/1989, de 19 de octubre y 115/1999, de 14 de junio.



cuota que le corresponda en el importe insatisfecho. Además, si el copropietario se halla al corriente en el pago de la totalidad de las deudas vencidas con la comunidad, cesa su responsabilidad subsidiaria.

En el régimen vigente resulta que la deuda de los propietarios sólo lo es a través de la comunidad, y en la medida en que la comunidad no tiene personalidad jurídica, y los copropietarios lo son en exclusiva de su patrimonio privativo, para que el acreedor de la comunidad pueda hacer efectivo frente a un propietario el título ejecutivo obtenido frente a la comunidad, es preciso que haya dirigido también la demanda contra el propietario. Aun cumpliendo todos los requisitos que resultan del art. 22 LPH, el acreedor de la comunidad sólo podrá exigir a cada copropietario la parte que le corresponda en la deuda en función de su cuota de participación, y siempre que el copropietario no esté al corriente en el pago de la totalidad de las deudas vencidas con la comunidad.

Admitida, por tanto, la posibilidad de actuación en el tráfico de las comunidades de propietarios a través de su presidente, pero también la posibilidad de que nazcan a su cargo obligaciones de responsabilidad extracontractual frente a terceros, y admitida también la responsabilidad patrimonial universal de la comunidad de propietarios, no debe descartarse la hipótesis de insolvencia de la comunidad.

Para los acreedores comunitarios, el diseño legal de la responsabilidad de la comunidad conduce al resultado de que podrán satisfacerse con cargo a los fondos y créditos de la comunidad. No existe dificultad en considerar incluido en el patrimonio comunitario que pueden agredir los acreedores el fondo de reserva, ni tampoco los elementos comunes susceptibles de desafección (un sótano, un local, el piso del portero)<sup>135</sup>, pero no, en cambio, los elementos inseparables de la propiedad de la que forman parte (art. 3 LPH y 396 CC)<sup>136</sup>.

---

135 Por todos, Díaz Martínez, «Artículo 3», en *Comentarios a la Ley de propiedad horizontal*, R. Bercovitz coordinador, Pamplona, 1999, p. 31 y ss.

136 *Cfr.* las diferencias con el art. 553-46 del CC Cataluña, aprobado por Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro Quinto relativo a los derechos reales: «La comunidad de propietarios responde de las deudas que contrae con sus fondos y créditos y con los elementos privativos de beneficio común. 2. Los elementos privativos de beneficio común solo pueden embargarse haciendo un requerimiento a los propietarios y demandándolos personalmente. 3. Los elementos privativos sólo pueden embargarse por deudas de la comunidad si se requiere el pago a todos los propietarios del inmueble y se los demanda personalmente».

Atendiendo a que la literalidad de LC conduce a exigir que el concursado tenga personalidad jurídica, cabría pensar que, en este caso, los acreedores comunitarios que no hubieran podido cobrar de los fondos y créditos de la comunidad, podrían dirigirse contra los copropietarios. La duda es si, además, alejándose de la literalidad del art. 1 LC, cabe admitir el concurso de la propia comunidad. En este caso, incluso, podría plantearse la acumulación de los concursos declarados de los copropietarios, si fuera el caso<sup>137</sup>.

Frente a la pura literalidad de la ley, en una primera aproximación al tema, podrían señalarse algunos argumentos a favor del concurso de la comunidad de propietarios: la llamada que hace la disp. final 5ª LC a la aplicación supletoria de la ley procesal, que reconoce a las comunidades de propietarios capacidad procesal<sup>138</sup>, y el concurso, después de todo, es un proceso; la consideración de la posibilidad del deudor –y la comunidad de propietarios lo es– de solicitar el concurso como un auténtico derecho subjetivo y público<sup>139</sup>: se trata de un

---

137 Así lo cree Duque, «Artículo 25», p. 521. Por su parte, Bellido, «Artículo 25», en Rojo – Beltrán, *Comentario de la Ley concursal*, T. I, Madrid, 2004, p. 555, observa que tal posibilidad no se reconoce «explícitamente», dejando abierta la puerta a que quizás podría admitirse el proceso concursal frente a la entidad sin personalidad jurídica.

138 Así lo cree Fernández Ballesteros, para quien la aplicación supletoria de la LEC requerida por la disp. final 5ª LC, lleva a reconocer la posibilidad de actuación con plena capacidad en el proceso y representadas por el presidente de la comunidad a las comunidades de propietarios, por aplicación del art. 6.1.5º LEC, que se refiere a las entidades sin personalidad jurídica a las que la ley reconozca capacidad para ser parte) («Algunas cuestiones sobre la petición de concurso voluntario», RDCP 2004, p. 85.

González Carrasco, por el contrario, argumenta que la interpretación de la disp. final 5ª LC juntamente con los arts. 1 y 3 LC llevan a la conclusión de que deben distinguirse las personas que están legitimadas para solicitar el concurso necesario (además de las personas físicas y jurídicas, los entes sin personalidad jurídica y las masas patrimoniales a que se refiere el art. 6.1.4 y 5 LEC) del ámbito subjetivo del concurso, esto es, quién puede ser declarado en concurso, para lo que es preciso tener personalidad jurídica o, al menos, reconocida capacidad para ser demandado, como sucede a su juicio con las sociedades irregulares, de conformidad con lo dispuesto en el art. 6.2 LEC («Artículo 3», 2004, p. 51).

139 Sobre esta naturaleza del derecho del deudor, Fernández Ballesteros, «Algunas cuestiones sobre la petición de concurso voluntario», RDCP 2004, p. 74. El derecho surge, según Cortés Domínguez, cuando el deudor no puede asumir su responsabilidad patrimonial universal precisamente porque está en situación de insolvencia. Lo que pide el deudor cuando solicita declaración de concurso es la creación de una situación jurídica que haga posible un convenio entre el deudor y todos los acreedores o la liquidación ordenada del patrimonio (Cortés Domínguez, «La naturaleza jurídica de la declaración judicial de concurso», en *Tratado de Derecho Mercantil, Derecho concursal. Vol. 7. Derecho procesal concursal*, Madrid – Barcelona, 2008, p. 31). Sobre el derecho del deudor a pedir la declaración de concurso voluntario, *vid.*, también, Damián Moreno, «El procedimiento de declaración de concurso», en *Tratado de Derecho Mercantil, Derecho concursal. Vol. 7. Derecho procesal concursal*, Madrid – Barcelona, 2008, p. 162.

derecho porque el concurso le proporciona beneficios (paralizando las ejecuciones singulares, agotando las posibilidades de llegar a un acuerdo con sus acreedores), y no se ve la razón por la que una comunidad de propietarios, que carece de personalidad jurídica, pero no es un ente irregular, deba verse privado de los mismos.

Son sin embargo tan numerosas las dificultades que deberían superarse para aplicar el concurso a una comunidad de propietarios que su admisibilidad resulta discutible. Fundamentalmente porque la ley concursal parte a lo largo de todo su articulado y a muchos efectos de la dualidad persona física – persona jurídica. En algunos ámbitos, la adaptación de la ley al régimen de la ley concursal podría asemejarse al de las personas jurídicas (por ejemplo, legitimación, art. 3 LC). Pero aun en estos casos no dejan de plantearse dudas: por ejemplo, ¿debería reconocerse la legitimación de los copropietarios para solicitar el concurso, lo que encajaría en el art. 3 LC pero no en los arts. 6.1.5 y 7.2.6 LEC, cuya aplicación supletoria ha sido requerida para justificar, contra el tenor de la ley concursal, la posibilidad del concurso de la comunidad de propietarios? En otros casos, la aplicación de los preceptos de la ley concursal pensados para las personas jurídicas resulta inadecuada, pues da lugar a contradicciones con otros textos legales, suscita problemas complejos y la solución final no parece satisfactoria. En particular, por lo que se refiere a la conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos. Para las personas jurídicas se prevé su extinción (art. 178.3 LC), y la posibilidad de reapertura a efectos de la liquidación en el caso de que aparezcan bienes y derechos (art. 179.2 LC). Tal solución no parece aplicable a la comunidad de propietarios: como tal seguirá existiendo, mientras no se extinga conforme a la ley de propiedad horizontal (art. 21), lo que resulta coherente con la idea de que existen bienes comunes inembargables, que no podrán ser parte de la masa activa (art. 77.2 LC), y que se mantendrían como tales tras la extinción del concurso. La alternativa requeriría una declaración concursal de la comunidad y de todos los copropietarios que permitiera afectar tanto los bienes comunes como los privativos y, de esta forma, los comunes afectos. Es evidente, sin embargo, que esta alternativa no sólo plantea nuevos problemas, sino que se aleja del presupuesto inicial, el concurso de la comunidad, y olvida que los propietarios no tienen por qué ser insolventes.

Tampoco la aplicación a las comunidades de la solución prevista en la ley para la conclusión del concurso de personas físicas resulta fácil, aunque se entendiera que la comunidad, como tal, es sólo una forma de organización

de la propiedad, de la que forman parte los copropietarios. En primer lugar porque, por hipótesis, no se trata del concurso de los propietarios. Pero, además, porque tras el agotamiento de los fondos y créditos embargables la ley establece la responsabilidad subsidiaria de los propietarios. Los que no hubieran pagado pueden ir haciéndolo después, y los propios fondos de la comunidad se verían incrementados posteriormente con el pago de nuevas cuotas por cualquier copropietario, incluso por quienes ya estuvieran al corriente de sus deudas con la comunidad. Debería entenderse entonces que la limitación que, conforme al art. 22 LPH, resulta a la responsabilidad del propietario de estar al corriente del pago de las deudas vencidas con la comunidad, sólo es aplicable a la responsabilidad subsidiaria del propietario, pero no a la posibilidad de que se incremente el patrimonio embargable de la comunidad tras el concurso y sea posible, entonces, la reapertura del mismo. Con esta interpretación se alcanzaría, para la hipótesis de concurso de la comunidad, un resultado alejado de los presupuestos del art. 22 LPH: en caso de insolvencia de la comunidad y de declaración de concurso de la misma, el copropietario que estuviera al corriente de sus deudas con la comunidad y que no fuera personalmente responsable de las deudas de la comunidad frente a terceros, acabaría supliendo la falta de pago de otros copropietarios.

Precisamente para evitar este resultado poco satisfactorio debe introducirse otra consideración. Puesto que la ley establece la responsabilidad subsidiaria de los copropietarios, no parece razonable que los acreedores no intenten cobrar de ellos. Así debiera ser, y sólo cuando tampoco por esta vía vean satisfecho su interés, los acreedores podrían solicitar el concurso de la comunidad y, en su caso, de los copropietarios.

Para el concurso de sociedad, el art. 48.5 LC atribuye en exclusiva a la administración concursal la acción contra los socios subsidiariamente responsables de las deudas de la sociedad anteriores al concurso. Ahora bien, si la hipótesis de la que se parte es el concurso de la comunidad, en esa adaptación de la ley concursal que hipotéticamente se está analizando, ¿cabría aplicar la solución del art. 48.5 LC al concurso de la comunidad? Eso provocaría que sólo la administración concursal (y subsidiariamente los acreedores, en el supuesto del art. 54.4) estuviera legitimada para ejercer la acción contra los copropietarios por las cuotas insatisfechas y, dado el carácter subsidiario de su responsabilidad, tal acción sólo se podría ejercer tras la aprobación del convenio o la práctica de la liquidación. Esta opción podría ser más ventajosa para los acreedores, pero es discutible su aplicación al ámbito de las comunidades

de propietarios. En esta peculiar forma de organización de la propiedad la ley establece que la responsabilidad, que es de los copropietarios, es a través de la comunidad, y primero frente a la comunidad y subsidiariamente frente a los copropietarios (art. 22 LPH). En el caso de que un acreedor, sin intentar cobrar de los copropietarios, solicitara el concurso de la comunidad, podría plantearse la oposición que invocara esta causa (art. 18.2 LC).

La valoración de todas estas objeciones, que resultan del hecho de que el legislador no ha tenido en cuenta la declaración de concurso de un ente sin personalidad como es la comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal, llevaría a concluir que se trata de una opción consciente del legislador<sup>140</sup>. En concreto, ante la insolvencia de la comunidad de propietarios, y puesto que la ley establece la responsabilidad subsidiaria de los copropietarios, los acreedores podrían cobrar lo que se les debe sin iniciar una vía concursal contra la comunidad. La complejidad de este procedimiento podría llevar a reconsiderar si es la vía adecuada.

De no admitirse el concurso de la comunidad, si se dan los presupuestos para el concurso de un copropietario que no esté al corriente de sus deudas con la comunidad (porque este es el presupuesto del art. 22 LPH para hacerle personalmente responsable frente al tercero), entre la lista de acreedores puede encontrarse tanto la propia comunidad, por las cuotas impagadas, como el acreedor comunitario, que hace valer contra el propietario su responsabilidad *ex art. 22 LPH*. Resulta evidente que el copropietario no debe pagar dos veces la misma deuda. El art. 22 LPH califica de subsidiaria la responsabilidad del propietario frente al acreedor comunitario lo que, en principio, llevaría a la aplicación a este crédito de lo dispuesto en el art. 87.5 LC (créditos que no pueden ser hechos efectivos contra el concursado sin la previa excusión del patrimonio del deudor principal). Se trata, sin embargo, de un caso peculiar, pues no necesariamente existirá identidad entre lo adeudado por el copropietario a la comunidad y la parte que al propietario corresponda en el crédito con el tercero. En su caso, del crédito de la comunidad deberá descontarse la parte correspondiente al crédito del tercero que reclama en el concurso directamente.

---

140 Así lo cree, por ejemplo, de manera genérica, tras hacerse eco de las críticas doctrinales que hacen notar que puede haber deudores que no sean personas físicas ni jurídicas, Sánchez-Calero Guilarte, «Artículo 1», en *Comentarios a la legislación concursal*, J. Sánchez-Calero y V. Guilarte Gutiérrez, directores, Valladolid, 2004, p. 47.

El art. 25.2 LC se refiere a la acumulación de los concursos «de quienes sean miembros o integrantes de una entidad sin personalidad jurídica y respondan personalmente de las deudas contraídas en el tráfico en nombre de ésta». La aplicación de este precepto a la comunidad de propietarios<sup>141</sup> presupone: *i*) que se ha producido la insolvencia de al menos dos copropietarios, *ii*) que se ha declarado separadamente cada una de ellas, y *iii*) que estos copropietarios deben responder, en los términos que resultan del art. 22 LPH, de las deudas comunitarias con su propio patrimonio. En particular, la responsabilidad del propietario con sus bienes no procede (ni, por tanto, la acumulación de los concursos) si está al corriente del pago de la totalidad de las deudas vencidas con la comunidad. De hecho, por tanto, ningún copropietario suplirá la falta de pago de los demás.

#### **4.4. El problema de la «sociedad irregular»**

##### *4.4.1. El concurso de la sociedad irregular*

Se considera irregular a aquella sociedad con forma mercantil que los socios no tienen intención de inscribir en el Registro Mercantil (incumpliendo la exigencia del art. 119 Ccom.) pero que goza de publicidad de hecho<sup>142</sup>. El problema fundamental que ha planteado este tipo de sociedades es el de si tienen o no personalidad jurídica. Las implicaciones prácticas se conectan a aspectos como el de la responsabilidad por deudas o la posibilidad de declaración concursal. Problemas semejantes pueden analizarse, por lo que aquí interesa, respecto de otras formas asociativas en sentido amplio en las que la ley, o bien vincula la adquisición de personalidad a la inscripción en determinado registro o bien atribuye a la falta de inscripción entidad suficiente para imputar la responsabilidad por deudas a los socios (de manera diferente, en las cooperativas, en las asociaciones). Sirva como punto de partida del análisis sobre este tipo de problemas el caso de la irregular mercantil, sobre el que existe una abundante reflexión.

Con anterioridad a la promulgación de la ley concursal, la doctrina mercantilista discutía acerca de la posibilidad de que la sociedad irregular fuera

---

141 Defendida por Bonet, «Artículo 25», p. 240.

142 Por todos, Vicent Chuliá, *Homenaje Olivencia*, p. 2411.

declarada en quiebra<sup>143</sup>. La postura mayoritariamente compartida era negativa, y basaba su argumentación en la falta de personalidad jurídica de la sociedad irregular. Los terceros, se decía, sólo tendrían acción contra los encargados de la gestión social y serían los socios quienes quiebren, no la sociedad como ente distinto<sup>144</sup>. Era minoritaria la opinión de quienes, atendiendo a la realidad de un patrimonio y de una actividad mercantil, y con apoyo en la existencia de un fondo común y en la necesidad de dotar de preferencia sobre el mismo a los acreedores sociales sobre los personales de los socios, defendían la posibilidad de que la sociedad irregular fuera declarada en quiebra. La tesis dominante evolucionó a partir de la contemplación de la sociedad irregular en el art. 16 LSA en 1989 y de la mención en el art. 286 RRM 1989 (equivalente al actual art. 322) de la declaración de quiebra de una sociedad no inscrita.

Por lo que se refiere a los precedentes de la actual ley concursal, el art. 121 del anteproyecto de 1959 se inclinaba por la declaración en concurso de los socios componentes de las sociedades sin personalidad jurídica (art. 121)<sup>145</sup>. Por el contrario, el art. 4 del anteproyecto de 1983 admitía expresamente la posibilidad de declaración de concurso de las sociedades irregulares<sup>146</sup>. Ni en el anteproyecto de 1995 ni en los de los años 2000 y 2001 se hacía referencia expresa al concurso de la sociedad irregular.

La ley concursal no contiene ninguna referencia expresa al concurso de sociedad irregular. Durante la tramitación del proyecto que dio lugar a la vigente ley concursal se presentó una enmienda para introducir la posibilidad del concurso de la sociedad irregular, pero no fue admitida<sup>147</sup>.

---

143 Una exposición resumida de los problemas y las diferentes opiniones en E. Valpuesta, «Aspectos concursales de la sociedad irregular», *Homenaje Aurelio Menéndez*, T. III, Madrid, 1996, p. 3643 y ss. *Vid.*, también, Morillas, *El concurso*, p. 144 y ss. y N. López Santana, «Observaciones en torno a la posibilidad de concurso de la sociedad irregular», en *Homenaje Olivencia*, T. I, p. 1099.

144 Explicaba Garrigues que «en cuanto a la sociedad irregular, cuando decimos que no es susceptible de quiebra queremos expresar que no se forma una masa activa separada de los socios gestores, sino que los acreedores particulares de éstos concurren en la quiebra con los titulados acreedores sociales» (*Curso de Derecho Mercantil*, II, 7ª ed., Madrid, 1980, p. 474).

145 El punto XIII del Preámbulo mencionaba como propio «el principio según el cual únicamente las sociedades que poseen personalidad jurídica pueden ser declaradas en concurso», lo que parecía a los autores del proyecto exigencia de «prudencia legislativa».

146 Conforme al proyecto, «las sociedades irregulares podrán ser declaradas en concurso en los casos de crisis económica del patrimonio o fondo común afecto a sus actividades. Su representación en el procedimiento corresponderá a quienes conforme a los preceptos que las rijan o de hecho hayan actuado a nombre de aquéllas».

Pese a ello, se ha defendido, con acierto, que, puesto que la ley concursal parece presuponer tal posibilidad en algunos preceptos (art. 24.2 y art. 105.1.3 LC, referidos a los concursados que no estén inscritos en el Registro Mercantil debiendo estarlo), bien cabe pensar que se consideró innecesaria una mención expresa en la ley<sup>148</sup>.

A este argumento se uniría el reconocimiento que se hace en la actualidad de la personalidad jurídica de la sociedad irregular: en la medida en que actúa unificadamente en el tráfico y goza de publicidad de hecho, podría ser declarada en concurso<sup>149</sup>. La tesis clásica negaba a las sociedades mercantiles no inscritas la personalidad jurídica, partiendo de la interpretación de los arts. 116 y 119 Ccom.<sup>150</sup>. La consideración de que esta doctrina perjudicaba a los terceros, pues no podrían dirigirse contra un patrimonio social ni contra los socios, sino únicamente contra los gestores que hubieran actuado (art. 120 Ccom.), provocó la revisión del profesor Girón, que acabó por dar lugar a una evolución doctrinal que ha culminado en la actual opinión mayoritaria que entiende que la sociedad irregular tiene personalidad jurídica, los contratos que se celebren en su nombre son válidos y vinculan a la sociedad que, sin embargo, y como consecuencia de la falta de inscripción, no siempre adopta el tipo pretendido por las partes. Admitida la personalidad de la sociedad irregular se reconoce la responsabilidad del patrimonio social y la responsabilidad solidaria con la misma de los gestores que hayan actuado en el tráfico (art. 120 Ccom.): la responsabilidad de los gestores se añadiría a la de la sociedad, no sería en lugar de la sociedad. A esta conclusión se lle-

---

147 La enmienda 231 del Grupo Parlamentario Socialista proponía añadir al art. 1.1: «Igualmente procederá la declaración del concurso respecto a las sociedades irregulares». Su justificación argumentaba: «Hay que evitar que, por esa exigencia de que el deudor sea «persona» se produjeran dificultades en la práctica para declarar en concurso de acreedores a sociedades que tan frecuentes son en la sociedad española. Por esta razón, la condición de deudor tendría que ser el único requisito exigido por la ley a la hora de fijar la capacidad de concursar. Lo esencial es ser sujeto pasivo de obligaciones» (BOCG. de 2 de diciembre de 2002, p. 174).

148 En este sentido, Rojo, «Artículo 1», p. 151; Morillas, *El concurso*, p. 157.

149 Rojo, «Artículo 1», p. 150; Morillas, *El concurso*, p. 161; García Villaverde, «El presupuesto subjetivo de la apertura del concurso», en *Derecho Concursal, Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley concursal para la Reforma concursal*, García Villaverde, Alonso Ureba, Pulgar Ezquerro, coord., Madrid, 2003, p. 36. González Carrasco admite el concurso de las sociedades mercantiles irregulares porque el art. 6.2 LEC les reconoce capacidad para ser parte pasiva y porque el 322 RRM se refiere expresamente a esta posibilidad («Artículo 3», 2004, p. 52).

150 Garrigues, «Teoría general de las sociedades mercantiles», RDM 1974, p. 233 y ss.; Uría, *Derecho Mercantil*, 28ª ed., 2002, p. 174.



gaba a la vista de que el art. 116 Ccom. lo que establece es que la sociedad mercantil, una vez constituida, tiene personalidad jurídica. Se entiende que en la legislación especial, el art. 16 LSA 1989, al ordenar la aplicación a la anónima irregular de la normativa de la sociedad colectiva o de la civil, según su objeto, ha venido a reconocer que la sociedad no inscrita es una sociedad personificada. La doctrina entiende que basta con la mera exteriorización de la sociedad en el tráfico para el nacimiento de la personalidad jurídica y que la responsabilidad de los gestores es una responsabilidad adicional a la de la sociedad y los socios<sup>151</sup>.

Pero, incluso, quienes dudan de la plena personalidad de la irregular, apuntan cómo la declaración de concurso de la sociedad irregular es una solución acorde con una interpretación de jurisprudencia de intereses, que exige tener en cuenta la existencia de una autonomía patrimonial para admitir la declaración de concurso. La alternativa, esto es, la declaración de concurso de los socios, afirma Vicent Chuliá, no resiste un análisis de costes<sup>152</sup>.

---

151 Sobre todo ello, por todos: Girón Tena, «Las sociedades irregulares», ADC 1951, p. 1340; *Estudios de Derecho Mercantil*, Madrid, 1955, p. 183; *Derecho de sociedades I*, Madrid, 1975, p. 245 y ss.; Capilla, «Artículo 1670», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XXI-1, M. Albaladejo, director, Madrid, 1986, p. 71; Pantaleón, «Asociación y sociedad (a propósito de una errata del Código civil)», ADC 1993, p. 45 y ss.; De la Cámara, *Estudios de Derecho Mercantil I*, Madrid, 1978, p. 176 y ss.; Paz-Ares, en *Lecciones de Derecho Mercantil*, A. Menéndez, director, 2ª ed., Madrid, 2004, p. 218 y p. 226; «Artículo 1667», en *Comentario del Código civil*, Paz-Ares, Díez-Picazo, R. Bercovitz, Salvador Coderch, directores, T. II, Madrid, 1991, p. 1340 y ss.; este autor, sin embargo, no cree necesaria esa exteriorización o publicidad de hecho y sostiene que basta con que la sociedad se configure como externa: «Artículo 1669», p. 1361.

152 Vicent Chuliá, «El concurso de la persona jurídica», *Homenaje Olivencia*, T. II, p. 2396 y p. 2412 e *Introducción al Derecho Mercantil*, 12ª ed., Valencia, 2008, p. 1243. *Vid.*, también, CGPJ. Conclusiones Primer Encuentro de la Especialidad Mercantil, Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004, Conclusiones de la Primera Sesión de trabajo dedicada a la declaración de concurso, 2.

Sánchez-Calero Guilarte, que cree, con cita de la jurisprudencia mayoritaria, que la sociedad irregular no tiene personalidad jurídica, entiende sin embargo que el legislador, a través de preceptos como el art. 16 LSA o el art. 322.2 RRM les ha querido dotar de una cierta personalidad o personificación frente a terceros que les hace ser aptas de ser declaradas en concurso («Artículo 1», en *Comentarios a la legislación concursal*, J. Sánchez-Calero y V. Guilarte Gutiérrez, directores, Valladolid, 2004, p. 64).

Todas las opiniones no son sin embargo tan favorables. Con anterioridad a la promulgación de la ley concursal, con ocasión de la reforma del art. 286 RRM por el RD 1597/1989, de 29 de diciembre, por el que se reguló por primera vez la suspensión de pagos o quiebra de empresario no inscrito, Fernández del Pozo realizó una dura crítica de la reforma reglamentaria. En su opinión no debe declararse el concurso de la sociedad irregular y propone una interpretación «constructiva» del precepto en el sentido de que el patrimonio social puede entrar en el procedimiento concursal de manera semejante a como lo hace la herencia yacente en un procedimiento en el que, a su juicio, deberían

#### 4.4.2. Responsabilidad de los socios

Se ha querido ver un argumento en contra de la declaración de concurso de las sociedades irregulares en el contenido del art. 25.2 de la LC, que prevé la acumulación, a solicitud de la administración concursal de cualquiera de ellos, «de los concursos de quienes sean miembros o integrantes de una entidad sin personalidad jurídica y respondan personalmente de las deudas contraídas en el tráfico en nombre de éstas»<sup>153</sup>. Pero, en realidad, si se admite que la sociedad irregular tiene personalidad jurídica, el art. 25.2 LC no resulta aplicable sino, en su caso, y en atención a las circunstancias, lo dispuesto en el art. 25.1 LC (declarado el concurso de la sociedad, la administración concursal puede solicitar la acumulación al procedimiento de los concursos ya declarados de los socios personalmente responsables de las deudas de la sociedad).

Aplicando la doctrina de la *conversión* en sociedad colectiva o en sociedad civil, según cuál sea su objeto (art. 16 LSA), la doctrina concluye que la responsabilidad de los socios de una sociedad irregular es, en todo caso, subsidiaria de la sociedad, pero solidaria entre sí, en el caso de que la actividad sea mercantil, y mancomunada en el caso de que el objeto sea civil<sup>154</sup>. La jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo ha declarado, sin embargo, en algunas ocasiones, y sin mucha explicación, que la responsabilidad de los socios de una sociedad irregular es directa y solidaria<sup>155</sup>. Mantener la responsabilidad

---

ser parte todos los asociados, en una especie de litis consorcio pasivo necesario («La suspensión de pagos de las sociedades irregulares. El artículo 286 del Reglamento del Registro Mercantil», La Ley 1992-3, p. 801). Se inclinaba por rechazar el expediente de suspensión de pagos la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1995 (punto II.B.3.b.a')b») y conclusión 8º.e). Aunque el argumento formal es la ausencia de personalidad jurídica, la postura está relacionada con el recelo de que la «sociedad» se haya «formado» poco antes de presentar la solicitud de suspensión de pagos.

153 Lo apunta Vicent Chuliá, «El concurso de la persona jurídica», *Homenaje Olivencia*, T. II, p. 2412.

154 Por todos, Vicent Chuliá, *Introducción*, p. 320.

155 Aunque en ocasiones esa solidaridad se deriva del hecho de que todos los socios intervinieron en el contrato (STS 12 mayo 1987, RJ. 3435), la Sala Primera del Tribunal Supremo ha afirmado que la responsabilidad de los socios de sociedades mercantiles irregulares es directa y solidaria en otros supuestos. Así, la STS 19 diciembre 2006 (RJ. 382). En el caso se trataba de una irregular, sociedad limitada no inscrita. Quien ha prestado a la sociedad reclama directamente contra los socios, que se defienden invocando que no se ha demandado a la sociedad y que su responsabilidad es subsidiaria de la misma. El Tribunal Supremo confirma, por considerarla correcta, la sentencia de la audiencia que afirma que «puesto que de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 16 LSA la sociedad irregular carece de personalidad jurídica independiente de la de los socios carece de legitimación pasiva para ser demandada, y los socios responden de las deudas de forma solidaria». Seguramente no es irrelevante que en el caso se iniciara previamente un ejecutivo contra la sociedad lo que, en mi

directa de los socios con el patrimonio social<sup>156</sup> en el concurso daría lugar a un régimen diferente, en el que concurriría la responsabilidad solidaria de dos o más codeudores, en los términos previstos en el art. 85.5 LC.

Es evidente que, si fuera de concurso se admite que la sociedad irregular tiene un patrimonio, un fondo común que responde frente a terceros de las deudas contraídas en nombre de la sociedad, esta responsabilidad no debe cambiar por el hecho de que se haya producido una situación de insolvencia. La sociedad es deudora y debe responder de sus obligaciones con su patrimonio. Pero también existe una responsabilidad de los socios. En el concurso de los socios, en su caso, los créditos de los acreedores sociales sólo podrían ser reconocidos como créditos sometidos a condición suspensiva<sup>157</sup>, partiendo de que la responsabilidad de los socios es subsidiaria de la sociedad (art. 87.5 y 3 LC)<sup>158</sup>.

---

opinión, y a pesar de las alegaciones de los demandados, y de que el Tribunal Supremo no parece tener en cuenta el dato, es decisivo para la decisión, y equivale a una responsabilidad subsidiaria.

La responsabilidad directa y solidaria de los socios se afirma de manera más clara en el ámbito laboral. Con el argumento de que las sociedades mercantiles no inscritas carecen de personalidad jurídica, quedan sometidas a lo dispuesto en el art. 1669.II CC y, aplicando, a partir de allí, la doctrina elaborada por la propia jurisprudencia laboral en torno a los contratos concertados por comunidades de bienes, a la que me he referido ya, los tribunales acaban declarando la responsabilidad solidaria de todos los comuneros. Un resumen de esta jurisprudencia y su crítica en E. Desdentado, *La personificación*, p. 649 y ss.

156 Lo que, por cierto, fue planteado en la enmienda 276 del GP Socialista, que pretendió sustituir en la redacción del precepto la expresión «socios subsidiariamente responsables» por la de «socios personalmente responsables», lo que abarcaría otros supuestos como, por ejemplo, el del socio de la unipersonal sobrevenida (art. 129 LSL).

157 Bermejo, «Artículo 87», en Rojo – Beltrán, *Comentario de la Ley concursal*, T. II, Madrid, 2004, p. 1569; Cordero, «Artículo 87», en *Comentarios a la Ley concursal*, R. Bercovitz (coordinador), T. I, Madrid, 2004, p. 1029.

158 Para el Derecho anterior, admitiendo la quiebra de la sociedad irregular, se producía al mismo tiempo la quiebra de los socios (art. 923 Ccom.), que imponía la separación de las liquidaciones respectivas. Puesto que la responsabilidad de los socios era subsidiaria de la de la sociedad, la doctrina señaló que la liquidación de los bienes de los socios en sus respectivas quiebras sólo era posible después de haber procedido a la liquidación de los bienes de la sociedad (Valpuesta, «Aspectos concursales de la sociedad irregular», *Homenaje Aurelio Menéndez*, p. 3660). Algún autor, sin embargo, a pesar de admitir la quiebra de la sociedad irregular como consecuencia de su equiparación a la colectiva, defendió que la falta de personalidad jurídica de la sociedad le impedía ser titular de bienes, de modo que las aportaciones de los socios seguían perteneciéndoles a ellos, si bien vinculados frente a terceros, por lo que no podía existir una liquidación separada para la sociedad, sino únicamente para los socios, de forma que en la masa activa de cada socio debía incluirse tanto su patrimonio personal como el aplicado a la sociedad y en la masa pasiva, de manera conjunta, sus acreedores personales y los acreedores sociales, sin que estos tuvieran preferencia alguna (J. Prat y Rubí, *Intervención de la persona jurídica en el juicio de la quiebra*, Zaragoza, 1985, p. 206). Es

La duda que se ha planteado es la de si es presupuesto de la declaración de concurso acreditar la insolvencia de los socios, es decir, que los acreedores no pueden satisfacer su interés con el patrimonio personal de los socios. Así podría deducirse del dato de ser la responsabilidad de los socios subsidiaria de la de la sociedad. Esta opinión era mayoritaria con anterioridad a la vigente ley concursal<sup>159</sup>.

La ley concursal no exige en ningún momento que para la declaración del concurso de la sociedad sea preciso acreditar la insolvencia de los socios. La respuesta contraria, que se ofrecía para el Derecho anterior, podría encontrar explicación entonces tanto en la tradicional exclusión de personalidad jurídica de la sociedad irregular como en la extensión que de la quiebra hacía el art. 923 Ccom. a los socios colectivos. Siendo otros los presupuestos actuales no parece haber razón para afirmar que el concurso de la sociedad irregular depende de la insolvencia de los socios. Abonaría esta interpretación la atribución en el art. 48.5 LC a la administración concursal de la acción contra los socios por deudas de la sociedad de las que deban responder<sup>160</sup>.

---

evidente que esta postura es contradictoria con la afirmación inicial de que la irregular tiene personalidad y puede ser declarada en quiebra.

159 Sánchez Calero («Sobre el sometimiento a la quiebra de los socios colectivos», RDM 59, 1956, p. 28 y ss.) consideraba que la quiebra de la sociedad estaba supeditada a la insolvencia o cesación de los pagos de sus socios. El argumento era razonable con arreglo al régimen entonces vigente porque si se podía solicitar la quiebra sin que los acreedores sociales se hubieran dirigido contra los socios, por aplicación del art. 923 Ccom. se llegaría a la declaración de quiebra de socios que podían ser solventes. Esta era precisamente la crítica que Uría formulaba al art. 923: a la vista de que en el mismo no se exigía que el acreedor se dirigiera contra los socios antes de declarar el concurso creía que el resultado al que se llegaba era contradictorio con el principio de subsidiariedad del art. 237 Ccom. y permitía declarar la quiebra de socios no insolventes («Problemas y cuestiones sobre quiebra de las sociedades», en RDM 4, 1946, p. 36). También E. Valpuesta, para quien, tras darse los supuestos legales que indiquen la insolvencia del patrimonio social, los acreedores debían dirigirse contra los socios y si también respecto de todos los socios se dan los presupuestos, podría pedirse la quiebra de la sociedad (*Homenaje Menéndez*, p. 3658). Contra, Paz-Ares (*La responsabilidad del socio colectivo*, Madrid, 1993, p. 22), para quien la excepcionalidad del art. 923 Ccom. no sólo estribaba en admitir la quiebra de un no comerciante (el socio colectivo) sino también en admitir la quiebra de un no insolvente.

160 En este sentido, Morillas, *El concurso*, p. 163. La autora entiende que a esta conclusión debe llegarse a la vista de que en la ley concursal se ha sustituido la propagación de concurso a los socios por la posibilidad de ejercicio por parte de la administración concursal de la acción de los acreedores contra los socios así como por el hecho de que ni para los socios ni para los acreedores que solicitan el concurso la ley exija acreditación de la insolvencia de los socios.

#### 4.4.3. Concurso voluntario e irregularidad

Admitida la posibilidad de declaración de concurso de la sociedad irregular, se plantea sin embargo un problema de legitimación activa. ¿Puede solicitarlo la propia sociedad? El tema está relacionado con el dato de que la ley de enjuiciamiento civil sólo reconoce a las sociedades irregulares la capacidad para ser parte demandada, pero no para demandar<sup>161</sup>. Desde este punto de vista, se ha entendido que el concurso sólo puede ser declarado a instancia de los socios o los acreedores, pero no de la sociedad<sup>162</sup>. Esta interpretación merece algún comentario.

La interpretación del art. 6.2 LEC apunta a la idea de que quien no ha cumplido las exigencias formales no puede verse beneficiado por ello, y por eso se establece que se reconoce capacidad pasiva: no puede demandar, pero sí ser demandada. Debe advertirse que el art. 6.2 LEC es una norma procesal que enlaza con una tesis doctrinal superada para la sociedad irregular. En efecto, el precepto reconoce capacidad procesal sólo pasiva a las entidades que no han cumplido los requisitos exigidos para constituirse en personas jurídicas. El precepto está pensado para las sociedades mercantiles como una forma de sanción: al no ser personas jurídicas no tienen capacidad procesal, pero si actúan en el tráfico y tienen relaciones con terceros, éstos podrán demandarlas y exigirles el cumplimiento de sus obligaciones<sup>163</sup>.

Si se admite que la ley concursal no se opone a la declaración de concurso de una sociedad irregular, debe estarse al régimen general de la ley concursal, también por lo que se refiere a la legitimación. Lo contrario, esto es, negar la legitimación de la sociedad irregular para solicitar el concurso, no sería una aplicación supletoria de la ley procesal (requerida por la disp. final 5ª LC), sino una aplicación preferente de la misma. La interpretación de la ley concursal no puede ser rechazada por una interpretación de la ley procesal, y menos cuando la norma procesal que es objeto de interpretación recoge una doctrina que en el ámbito sustantivo está desfasada.

En efecto, es doctrina mayoritaria en la actualidad, como ya he dicho, la que considera que la irregular tiene personalidad. En consecuencia, la sociedad

---

161 Lo apunta Rojo, «Artículo 1», p. 151.

162 En este sentido, expresamente, Vicent Chuliá, *Homenaje Olivencia*, p. 2400.

163 De la Oliva, «Artículo 6» y «Artículo 543», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, De La Oliva, Díez-Picazo, Vegas, Banacloche, Madrid, 2000, pp. 84.

irregular tiene capacidad para ser parte al amparo del art. 6.1.3: capacidad activa y pasiva, y no sólo pasiva al amparo del art. 6.2 LEC.

Llevada a sus últimas consecuencias en el concurso la aplicación del art. 6.2 LEC podría acabar perjudicando a los terceros que se han relacionado con la sociedad irregular, lo que está alejado de la finalidad perseguida por la norma. Negar a la sociedad capacidad concursal activa significaría que, aun cuando se dieran las circunstancias a que se refiere el art. 2 LC, los administradores no tendrían el deber de solicitar el concurso ni, por tanto, se les podrían aplicar las consecuencias previstas para los casos de incumplimiento de tal deber. Si la ley estimula que el deudor solicite el concurso en determinadas circunstancias no es en su exclusivo interés: el fundamento de la imposición al deudor del deber de solicitar la declaración de concurso es que no se retrase su apertura, la conveniencia de no generar en el tráfico una apariencia de solvencia y normalidad patrimonial que induzca a error a quien se relaciona con el deudor<sup>164</sup>.

Quizás, en el fondo, y esto no debe pasarse por alto, la regla del art. 6 LEC está pensada para un proceso de partes, con contradicción de intereses entre un demandante y un demandado, y esa oposición de intereses entre dos partes enfrentadas no se da en los mismos términos en el concurso, donde los intereses de los acreedores no son siquiera idénticos entre sí.

#### 4.4.4. Otras «irregulares»

Se plantean problemas semejantes cuando se trata de otro tipo de sociedades para las que la ley exige la inscripción en algún Registro, bien como presupuesto para el reconocimiento de la personalidad jurídica bien para limitar la responsabilidad por deudas al patrimonio social y excluir la responsabilidad de los asociados. No parece posible ofrecer una solución *a priori* idéntica para todos los supuestos, y el tratamiento de las situaciones de insolvencia requerirá, en cada caso, partir del régimen específico de responsabilidad previsto en la ley para el tipo social concreto. Cabe admitir, sin embargo, una aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 16 LSA cuando no exista una

---

164 Por todos, Morillas, «Artículo 5», p. 231.

norma semejante en la legislación específica aplicable y la solución que se alcance no se oponga a la propia de cada tipo social<sup>165</sup>.

## A) Asociaciones

La ley de asociaciones contiene reglas propias en materia de responsabilidad por las deudas de la asociación, en función de la inscripción o no. A las asociaciones, el art. 5.2 LODA les atribuye plena capacidad de obrar y les reconoce personalidad jurídica desde el otorgamiento del acta. La no inscripción tiene consecuencias desde el punto de vista del régimen de responsabilidad<sup>166</sup> y, aunque son posibles interpretaciones con algún matiz diferente, la doctrina que ha estudiado el tema se inclina por considerar, para las asociaciones no inscritas, que de las obligaciones contraídas con terceros por un asociado que manifieste actuar en nombre de la asociación responderán, en primer lugar, y solidariamente entre sí, la asociación no inscrita y los promotores (estos de

---

165 La doctrina ha propuesto la generalización de la solución prevista en el art. 16 LSA a otras formas asociativas en las que está prevista la inscripción en un registro por su legislación especial para el caso de que no se cumpla esta formalidad. Así, Vicent Chuliá ha propuesto su aplicación por analogía, entre otras, a las cooperativas y a las asociaciones no inscritas, por entender que en estos casos existe identidad de razón, puesto que sus leyes especiales exigen la inscripción para que los socios no respondan de las deudas sociales (Vicent Chuliá, «El concurso de la persona jurídica», *Homenaje Olivencia*, T. II, p. 2411).

166 De una parte, el art. 10.3 y 4 LODA establece que: «3. Los promotores realizarán las actuaciones que sean precisas, a efectos de la inscripción, respondiendo en caso contrario de las consecuencias de la falta de la misma. 4. Sin perjuicio de la responsabilidad de la propia asociación, *los promotores de asociaciones no inscritas responderán, personal y solidariamente, de las obligaciones contraídas con terceros. En tal caso, los asociados responderán solidariamente por las obligaciones contraídas por cualquiera de ellos frente a terceros, siempre que hubieran manifestado actuar en nombre de la asociación*».

De otra, el art. 15 LODA, para las asociaciones inscritas, establece que: «Las asociaciones inscritas responden de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros. 2. Los asociados no responden personalmente de las deudas de la asociación. 3. Los miembros o titulares de los órganos de gobierno y representación, y las demás personas que obren en nombre y representación de la asociación, responderán ante ésta, ante los asociados y ante terceros por los daños causados y las deudas contraídas por actos dolosos, culposos o negligentes. 4. Las personas a que se refiere el apartado anterior responderán civil y administrativamente por los actos y omisiones realizados en el ejercicio de sus funciones, y por los acuerdos que hubiesen votado, frente a terceros, a la asociación y a los asociados. 5. Cuando la responsabilidad no pueda ser imputada a ningún miembro o titular de los órganos de gobierno y representación, responderán todos solidariamente por los actos y omisiones a que se refieren los apartados 3 y 4 de este artículo, a menos que puedan acreditar que no han participado en su aprobación y ejecución o que expresamente se opusieron a ellas. 6. La responsabilidad penal se regirá por lo establecido en las leyes penales».

forma solidaria entre sí) y, en segundo lugar, y con carácter subsidiario, todos los asociados solidariamente entre sí<sup>167</sup>.

El art. 18.4 LODA se refiere al concurso de la asociación, sin distinguir si se trata de una asociación inscrita o no<sup>168</sup>. La diferencia entre uno y otro caso surgirá a la hora de aplicar lo dispuesto en los arts. 25.1 y 48.5 LC, que sólo procede en caso de asociación no inscrita, porque si la asociación está inscrita los asociados no responden con su patrimonio de las deudas de la asociación. También a la hora de reconocer la legitimación de los asociados para solicitar el concurso, conforme al art. 3.3 LC, pues sólo los de la no inscrita pueden hacerlo.

Si se declara el concurso de un asociado, los créditos de los acreedores se reconocerán como créditos contingentes, pues la responsabilidad del asociado es subsidiaria respecto del patrimonio de la asociación (art. 87.5 LC). El concurso de un socio no paraliza las ejecuciones contra la asociación (*cf.* art. 55 LC).

---

167 *Vid.* J. J. Marín López, «Personalidad jurídica, capacidad y responsabilidad de las asociaciones», en *Asociaciones y fundaciones*, XI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Murcia, 2005, p. 155 y ss. Santos Morón mantiene una interpretación semejante, si bien considera más coherente con las reglas que rigen en materia de representación referir la responsabilidad del art. 10.4 a los socios que hayan contratado en nombre de la asociación (*La responsabilidad de las asociaciones y sus órganos directivos*, Madrid, 2007, pp. 249 y ss.).

168 Conforme al art. 18.4, «en caso de insolvencia de la asociación, el órgano de representación o, si es el caso, los liquidadores han de promover *inmediatamente* el oportuno procedimiento concursal ante el juez competente». De acuerdo con el art. 5.1 LC el plazo es de dos meses a contar desde la fecha en que los administradores hubieran conocido o debido conocer el estado de insolvencia. Para los deudores personas jurídicas el deber de solicitar el concurso recae sobre sus administradores o liquidadores (art. 3.1 LC) sin necesidad de acuerdo ni de ratificación, pues es su conducta la que puede ser calificada como culpable por el incumplimiento de tal deber (arts. 164 y 165 LC) y son ellos los que pueden sufrir las consecuencias (arts. 166 y 172 LC). En este sentido, Morillas, «Artículo 5», p. 236.

En el Derecho catalán, el art. 29 de la Ley 7/1977 de asociaciones establecía que, «1. En caso de insolvencia de la asociación, el órgano de gobierno o, en su caso, los liquidadores deben promover acto seguido el concurso de la asociación ante el Juez competente. Si el órgano de gobierno o los liquidadores demoran injustificadamente la solicitud a que se refiere el apartado 1, deben responder solidariamente ante los acreedores de la asociación por los daños que se deriven». Este precepto ha sido derogado por la Ley 4/2008, de 24 de abril, del libro III del Código civil, relativo a las personas jurídicas, que no contiene precepto equivalente.



## B) Cooperativas

Existe una diversidad de regímenes de responsabilidad en las leyes autonómicas y estatal de cooperativas<sup>169</sup>. El art. 7 de la ley estatal establece que la sociedad se constituirá mediante escritura pública, que deberá ser inscrita en el Registro de Sociedades Cooperativas. Con la inscripción la cooperativa adquirirá personalidad jurídica. La ley estatal no contiene una regulación del régimen de responsabilidad en el caso de que la cooperativa no se inscriba ni una regla de conversión semejante a la del art. 16 LSA para las sociedades irregulares. El art. 9 establece una regla para las «cooperativas en formación»<sup>170</sup>, pero nada dice de la cooperativa no inscrita<sup>171</sup>.

En el ámbito autonómico, algunas leyes sí se ocupan de la «cooperativa irregular», otorgándole el mismo tratamiento que el art. 16 LSA a la sociedad irregular<sup>172</sup>. ¿Debe generalizarse esta regla, aplicando por analogía lo dispuesto

---

169 Una exposición sistemática de las diferencias en Morillas Jarillo – Feliú Rey, *Curso de cooperativas*, Madrid, 2000, p. 177 y ss.

170 Conforme al art. 9, «de los actos y contratos celebrados en nombre de la proyectada cooperativa antes de su inscripción, responderán solidariamente quienes los hubieran celebrado. Las consecuencias de los mismos serán asumidas por la cooperativa después de su inscripción, así como los gastos ocasionados para obtenerla, si hubieran sido necesarios para su constitución, se aceptasen expresamente en el plazo de tres meses desde la inscripción o si hubieran sido realizados, dentro de sus facultades, por las personas designadas a tal fin por todos los promotores. En estos supuestos cesará la responsabilidad solidaria a que se refiere el párrafo anterior, siempre que el patrimonio social sea suficiente para hacerles frente».

171 La solución del art. 9 de la Ley de cooperativas es muy semejante a la del art. 15 LSA (modificado por la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, que añade un segundo párrafo en su apartado 2) y no es idéntica a la prevista en el art. 16 LSA porque el supuesto es diferente: en la sociedad en formación no hay una voluntad de actuar en el tráfico pese a la no inscripción, sino tan sólo una situación transitoria, en la que antes de producirse la inscripción, la sociedad ya tiene deudas a su cargo. Con matices, pero hay reglas semejantes para las sociedades en formación en otras leyes, como las autonómicas de cooperativas, las agrupaciones de interés económico y las sociedades de responsabilidad limitada. El régimen de las sociedades en formación, que es más beneficioso para los socios que el de la sociedad irregular, puesto que en algunas de las leyes se limita la responsabilidad a las aportaciones, es aplicable sólo a las sociedades que llegan a inscribirse antes de que transcurran los plazos establecidos en las leyes (Morillas, *El concurso*, pp. 135 y ss.).

172 El art. 10 de la Ley 4/1993, de 24 de junio, de cooperativas de Euskadi establece: «Cooperativa irregular 1.– Verificada la voluntad de no inscribir la sociedad y, en cualquier caso, transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura sin que se haya solicitado su inscripción, cualquier socio podrá instar la disolución de la cooperativa en constitución y exigir, previa liquidación del patrimonio social, la restitución de sus aportaciones. 2.– En tales circunstancias, si la cooperativa ha iniciado o continúa sus operaciones se aplicarán las normas de la sociedad colectiva o, en su caso, las de la sociedad civil. El número 4 del artículo 8 no será aplicable a la posterior inscripción de la cooperativa».

en ese precepto a la cooperativa que no llega a inscribirse<sup>173</sup>? La responsabilidad exclusiva de quienes hayan actuado, cuando lo han hecho en nombre de la cooperativa (por definición, la irregular es una sociedad externa) perjudica a los acreedores. Juegan aquí, en mi opinión, las mismas razones que llevaron a defender, para las mercantiles irregulares, la exigencia de responsabilidad al patrimonio social y la posibilidad de declaración del concurso.

### C) Sociedades profesionales

La Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, exige que el contrato de sociedad profesional se formalice en escritura pública (art. 7.1) y que la escritura pública de constitución sea inscrita en el Registro Mercantil. Con la inscripción adquirirá la sociedad profesional su personalidad jurídica (art. 8.1). El art. 11 contiene un régimen de «responsabilidad patrimonial de la sociedad profesional y de los profesionales» de tal forma que distingue entre: *i) Las deudas sociales*, de las que responderá la sociedad con todo su patrimonio. Añade la ley que la responsabilidad de los socios se determinará de conformidad con las reglas de la forma social adoptada. *ii) Las deudas sociales que se deriven de los actos profesionales propiamente dichos*, de las que responderán solidariamente la sociedad y los profesionales, socios o no, que hayan actuado, «siéndoles de aplicación las reglas generales sobre la responsabilidad contractual o extracontractual que correspondan»<sup>174</sup>.

No establece la ley un régimen de «conversión» de la sociedad profesional irregular ni determina quién deberá responder de las deudas sociales, derivadas o no de actos profesionales, en caso de falta de inscripción. Resulta altamente significativo sin embargo que la sociedad profesional pueda revestir cualesquiera formas sociales, y, en definitiva, habrá que estar en cada caso a la forma social adoptada, lo que determinará la aplicación de la sociedad colectiva o la sociedad civil. El resultado es que, para el caso de que se trate

---

173 Niegan que pueda existir la cooperativa irregular Morillas Jarillo – Feliú Rey, *Curso de cooperativas*, Madrid, 2000, p. 113. En cambio, Pulgar sostiene que cuando el art. 9 de la Ley contempla a la cooperativa en formación hay que reconocer la posibilidad de que la cooperativa no llegue a inscribirse, incurriendo en irregularidad (Pulgar, «El concurso de la cooperativa agraria y de la sociedad agraria de transformación», en J. Pulgar, dir., *Cooperativas agrarias y sociedades agrarias de transformación*, Madrid, 2006, p. 794).

174 Sobre el régimen de responsabilidad, M. Yzquierdo, «La responsabilidad civil de las sociedades profesionales y de sus miembros», en *Derecho de Daños. Práctica*, 71, 2009, p. 7 y ss.

de una sociedad civil que, como regla general, salvo para las profesionales, no son inscribibles en el Registro Mercantil, la no inscripción de la sociedad profesional no determina una alteración del régimen de responsabilidad de los socios, pues la irregularidad determina, igualmente, la aplicación del régimen de la responsabilidad de la sociedad civil. Abona esta interpretación el contenido de la disp. adicional 2ª de la ley, conforme a la cual, se aplica el mismo régimen de responsabilidad civil previsto en la ley a los supuestos de efectivo ejercicio profesional colectivo, aunque no se haya constituido una sociedad profesional. Es decir, las reglas de responsabilidad frente a terceros son aplicables por el simple hecho del ejercicio conjunto de la actividad, como sociedad de hecho. Puesto que la irregularidad presupone que la sociedad se manifiesta al exterior, en las relaciones con los terceros, debe tenerse en cuenta que si se trata de una sociedad interna los problemas se plantean en otros términos, a los que me refiero en el siguiente apartado.

Es discutible qué sucede en caso de no inscripción con las «deudas sociales que se deriven de los actos profesionales propiamente dichos». La ley añade, a la responsabilidad del profesional que ha actuado, la responsabilidad de la sociedad. Este régimen de responsabilidad no debe verse alterado por la falta de inscripción de la sociedad. Los acreedores podrán insinuar su crédito en cualquiera de los concursos declarados (de la sociedad, del profesional que haya actuado, *cf.* art. 85.5 LC), si bien, lógicamente, no podrá cobrar de unos y otros más del importe debido (arts. 160 y 161 LC).

#### *4.4.5. Sociedades civiles: sociedades internas y socios ocultos de sociedades manifiestas*

Propiamente, no existen sociedades civiles irregulares, puesto que la irregularidad se predica de aquellas sociedades mercantiles no inscritas pero que actúan como tales sociedad en el tráfico (sociedades externas o manifiestas)<sup>175</sup>. La jurisprudencia, sin embargo, utiliza el calificativo de irregular tanto en los casos en que la sociedad carece de publicidad (por permanecer sus pactos secretos entre los socios, sociedad interna, conforme al art. 1669

---

175 Por todos, Capilla, *La sociedad civil*, p, 105; p, 105; Paz-Ares, «Artículo 1667», en *Comentario del Código civil*, Paz-Ares, Díez-Picazo, R. Bercovitz, Salvador Coderch, directores, T. II, Madrid, 1991, p. 1340.

CC) como en los casos en que se aportan inmuebles sin observar la forma de los arts. 1667 y 1668 CC<sup>176</sup>.

Cuando la sociedad no se manifiesta al exterior como tal, y cada uno de los socios al contratar con terceros lo hace en su propio nombre, se habla de sociedad interna. La sociedad carece de personalidad jurídica, pero existe un contrato de sociedad válido, y a las relaciones obligatorias entre los socios se aplican las disposiciones de la sociedad. La remisión a las normas de la comunidad de bienes contenida en el art. 1669 CC para este caso debe interpretarse referida al patrimonio, en el sentido de que los socios son copropietarios del patrimonio, existe una comunidad de bienes de la que los socios son propietarios en común<sup>177</sup>.

La determinación de las reglas de responsabilidad en caso de sociedad interna es más compleja. Propiamente no hay deudas sociales, por definición, en la sociedad interna, y la simple existencia de un lazo obligatorio entre los socios no autoriza al tercero para proceder contra los socios que no se hallen directamente obligados<sup>178</sup>. Parece razonable admitir que en estos casos deben aplicarse las reglas comunes de responsabilidad de tal forma que, fuera de los casos de simulación subjetiva (utilización de testaferros), o responsabilidad por actuación mediante apoderamientos (art. 1717.II *i.f.* CC) o de confusión de patrimonios (por analogía con el art. 285 Ccom.), los terceros sólo podrán proceder contra los socios que se hubieran relacionado con ellos, quedando directamente obligados<sup>179</sup>. En la práctica, sin embargo, existe una línea ju-

---

176 Un estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en Tena, *El concepto de sociedad civil irregular en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 1998 y en *La caracterización de la sociedad civil y su diferencia con la comunidad de bienes*, Valencia, 1997, y en Núñez Iglesias, «Artículo 1669», *Jurisprudencia civil comentada, Código civil*, dir. Pasquau, T. II, Granada, 2000, p. 2919.

177 Por todos, Albaladejo, *Derecho civil II, Derecho de obligaciones*, 12ª ed., Madrid, 2004, p. 764.

178 Girón Tena, *Derecho de sociedades*, I, Madrid, 1976, p. 80; Paz-Ares, «Artículo 1669», en *Comentario del Código civil*, Paz-Ares, Díez-Picazo, R. Bercovitz, Salvador Coderch, directores, T. II, Madrid, 1991, p. 1368.

179 Paz-Ares, «Artículo 1669», p. 1368. Un análisis detallado de la proyección externa de los actos de administración social en Leciñena Ibarra, *La sociedad de medios entre profesionales*, Valencia, 2001, p. 113 y ss.

En la doctrina, sin embargo, se encuentran afirmaciones en el sentido de defender la aplicación del art. 1698 CC al margen de que la sociedad tenga o no personalidad jurídica (J. J. Marín, «Artículo 1698», en *Comentarios al Código civil*, R. Bercovitz coordinador, 2ª ed., Pamplona, 2006, p. 1968). Con anterioridad, Díez-Picazo y Gullón (*Sistema de Derecho civil*, II, 6ª ed., Madrid, 1992, p. 528), para la sociedad sin personalidad jurídica, defendieron también la responsabilidad conjunta y mancomunada de los socios.

risprudencial que, tras determinar la falta de personalidad de la sociedad (y prescindimos ahora del acierto de esa calificación en cada caso, así como de la calificación de la sociedad como «irregular»<sup>180</sup>) y, sin mucha explicación, tiende a considerar a los socios solidariamente responsables<sup>181</sup>.

Excluida la existencia de un patrimonio común y de una responsabilidad social, no puede hablarse de concurso de la sociedad interna. Si los acreedores no logran satisfacer sus créditos, los socios están expuestos individualmente al concurso, y aquí será decisiva, a la hora de determinar la masa pasiva, la tesis que se acepte acerca del régimen de responsabilidad por deudas de los socios.

El supuesto que se plantea en la célebre sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 1982 (RJ. 6549) proporciona un buen ejemplo de los problemas que pueden plantearse en caso de insolvencia cuando se trata de una sociedad interna<sup>182</sup>. La sentencia admitió la tramitación en un solo expediente conjunto de la suspensión de pagos de todos los socios que actuaban en un negocio de carpintería. Se interpone demanda por un acreedor pidiendo la nulidad de lo actuado en el expediente y solicitando se condene

---

Además, y precisamente porque el patrimonio de la sociedad interna no se encuentra unificado y pertenece a los socios *pro quota*, los acreedores particulares de los socios pueden dirigirse contra el patrimonio del socio y, como parte integrante de él, contra las cuotas del comunero en el patrimonio social. En definitiva, que no es aplicable el art. 1699 CC (preferencia de los acreedores sociales sobre el patrimonio social y posibilidad de que los acreedores del socio embarguen la parte del socio en el patrimonio social) a las sociedades internas, puesto que la razón de ser de la norma se funda en la unificación del patrimonio social cuando existe personalidad jurídica, cuando la sociedad se manifiesta al exterior como tal: *vid.* Capilla, «Artículo 1699», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XXI-1, M. Albaladejo, director, Madrid, 1986, p. 562 y Paz-Ares, «Artículo 1699», p. 1485.

180 Una crítica en De Torres Perea, *Alcance de la personalidad jurídica de la sociedad externa*, Valencia, 2003.

181 La STS 8 mayo 1987 (RJ. 3875), que habla de sociedad civil irregular, por no estar constituida por escritura pública, pese a que a la misma se aportaron bienes inmuebles, aplica «la doctrina que esta Sala mantiene de que *la responsabilidad de los socios* de una sociedad irregular, frente a los terceros que tienen conocimiento de su existencia, *es de carácter solidario*, por lo que no se precisa la firma del contrato con tercero para que éste se halle en condiciones de demandar al no firmante, sin que, por razón de su carácter de deudor solidario con el que firmó, pueda alegar falta de legitimación pasiva contra la reclamación judicial».

La STS 18 abril 1997 (RJ. 3244) califica de irregular civil a una agropecuaria y confirma la sentencia que condenó solidariamente a los socios por el impago de unos fertilizantes, en un proceso en el que no fue demandada la sociedad a través de sus representantes.

182 Algunos autores sin embargo se refieren a esta sentencia como caso de suspensión de pagos de sociedad irregular (como la denominaban los demandantes) y de sus socios (así, J. M. Sagraera Tizón, *Comentarios a la ley de suspensión de pagos*, 2ª ed., T. I, Barcelona, 1989) o de suspensión de pagos de «comunidad-empresa» (Pulgar, *La declaración*, p. 296).

solidariamente a los socios al pago de la cantidad adeudada. En el caso la deuda procedía de una financiación concedida a uno de los comerciantes y que fue avalada por los otros dos. La demanda de nulidad del acreedor se basaba en que la solicitud de suspensión se había hecho a nombre de «una sociedad irregular llamada Carpintería Amondaráin» que era la denominación con la que mercantilmente giraban los referidos comerciantes, «sociedad, que, por carecer de personalidad jurídica independiente al ser secretos sus pactos, de acuerdo con lo preceptuado en los arts. 119 y 120 del Ccom., en relación con el 1669 CC, no estaba en condiciones de ser declarada suspensa, debiendo ser separada e individual la responsabilidad de cada uno de sus componentes». El mismo argumento se repite en el recurso de casación, cuyos dos primeros motivos denuncian, respectivamente, violación del art. 1669 CC y aplicación indebida de los citados preceptos del de comercio.

El Tribunal Supremo rechaza ambos porque:

*«La solicitud de suspensión se hizo «en nombre y representación de los comerciantes individuales» que giran bajo aquella denominación, provistos de las correspondientes licencias fiscales, que realizaban actos de comercio con habitualidad y en nombre propio, aunque a veces actuaban como apoderados unos de los otros, habida cuenta su vinculación societaria, carente ciertamente de repercusión frente a terceros al no tener personalidad jurídica, pero eficaz internamente, de acuerdo con lo establecido en el CC al que es preciso acudir en virtud de las normas de remisión de los arts. 2 y 50 del Ccom.; y el artículo 1669 del Código Civil, en su párrafo 2.º se remite, a su vez, a las normas de la comunidad de bienes, contenidas a partir del artículo 392, en cuyo también párr. 2.º se permite el establecimiento por los interesados de los pactos por los que la comunidad podrá regirse, siempre con la posibilidad de aquellos apoderamientos que el recurso discute, para la administración (art. 398), para la disposición de la parte individual (art. 399) e incluso para la alteración del objeto común (art. 397), sin que por supuesto se produzca la insensibilidad recíproca de los patrimonios, típica de las sociedades con personalidad propia, justo por lo cual fueron los tres socios quienes solicitaron conjuntamente la suspensión, aportando a la masa del activo la totalidad de sus respectivos patrimonios, lo que justifica la tramitación en un expediente conjunto afectante a todos los que estaban y actuaban en un negocio común, con independencia de la indudable razón de economía procesal a que se refiere la Sentencia recurrida».*

La sentencia niega que la suspensión sea de la sociedad. Rechaza que la sociedad haya llegado a adquirir personalidad jurídica, y que exista un patrimonio separado que responda de las deudas ya que frente a terceros la sociedad es irrelevante, pues los comerciantes realizaban las operaciones bajo su propio nombre (art. 1669 CC).

Pero, como explica De la Cuesta en comentario a esta sentencia, hay en la misma cierto desconcierto en las referencias a las actuaciones que en ocasiones realizaba cada comerciante como apoderado de los demás socios, y las consecuencias de esa actuación en la responsabilidad de los demás<sup>183</sup>. Lo decisivo, para este autor, es que en el caso se ha tenido en cuenta el que la cosa objeto de comunidad es una empresa, lo que a su juicio generaría una masa activa que constituiría el activo en la suspensión de pagos y la responsabilidad conjunta de todos los propietarios. La dinamicidad de la gestión de la empresa explicaría que afloren los intereses reales de todos, de forma que los actos realizados por cualquiera se entienden efectuados por todos, incluso en los casos en que se actúa por poder. Se admite la tramitación conjunta de las tres suspensiones de pagos de los tres socios de la sociedad interna, no de la sociedad, pero en virtud del vínculo societario (interno) se unifican en uno sólo los procedimientos, «aportando a la masa del activo la totalidad de sus patrimonios». El problema entonces es, y nada de ello se dice en la sentencia, la situación en que quedan los acreedores particulares de los socios, es decir, aquellos cuyas deudas fueran totalmente ajenas a la actividad profesional.

La interpretación de De la Cuesta de la solución alcanzada en esta sentencia enlaza con el concepto de sociedad oculta que, puede admitirse, se da cuando entre la persona que actúa aparentemente y quien permanece oculto existe un mismo interés. Pero no todas las realidades subyacentes merecen el mismo tratamiento, pues puede realizar una actividad profesional o económica una persona actuando a través de otra, puede tratarse de una sociedad externa en la que sólo algunos de los socios actúan o bien, como en el caso, de una sociedad interna en la que la actuación de cada uno de los socios siempre se producía en interés de todos ellos, incluidos los que no actuaban.

Para los casos de *apariencia*, el art. 150 del anteproyecto de 1983 preveía la extensión del concurso a las personas que de manera oculta hubieran

---

183 De la Cuesta, La Ley 1983-1, p. 832 y ss.

ejercido la actividad económica<sup>184</sup>. Esta técnica, que en el Derecho anterior se aplicaba en el art. 923 Ccom. a los socios colectivos en caso de quiebra de la sociedad, no ha sido incorporada a la ley concursal. En la ley concursal, la declaración de concurso requiere que concurren los presupuestos legales en cada concursado y, en particular, la insolvencia.

Con la vigente ley, supuestos del estilo del que da pie a la sentencia de 1982 deben ser puestos en relación con el art. 3.5 LC<sup>185</sup>, que permite al acreedor «instar la declaración judicial conjunta de concurso de varios de sus deudores *cuando exista confusión de patrimonios entre éstos*». La pregunta que debe responderse es *cuándo* se da la confusión de patrimonios que permita instar la declaración conjunta de concurso. La confusión de patrimonios existe, claramente, cuando no pueda determinarse con seguridad a quién pertenecen los bienes<sup>186</sup>. Además, y esto es lo que aquí interesa, se ha defendido que existe confusión de patrimonios también cuando hay identidad de interés entre quien se relaciona con los terceros acreedores y quien permanece oculto. La confusión de patrimonios es un criterio corrector que permite rectificar la atribución de responsabilidad, atribuyendo la responsabilidad a personas que formalmente no aparecen como deudoras, pero cuyo patrimonio aparece confundido con quien ha contraído la deuda<sup>187</sup>. Si se acepta esta interpretación,

---

184 Conforme al art. 150 del anteproyecto: «El concurso de un empresario individual o social determinará el de la persona que, tras la apariencia de la actuación de aquél, haya ejercido la actuación empresarial».

Esta opción legislativa fue objeto de críticas razonables, pues ampliaba la extensión del concurso (en ese momento aplicable sólo a los socios de las colectivas, conforme al art. 923 Ccom.), dando lugar al concurso de personas solventes. La revisión de 1986 del anteproyecto limitaba la extensión de la declaración de concurso a los casos en que esa actuación aparente se hubiera realizado en fraude de acreedores.

185 Sobre el art. 3.5, *vid.* Rojo, «Artículo 3», p. 221 y ss; Morillas, *El concurso*, p. 96 y ss.

186 Esta confusión, como tal, sólo puede darse respecto de bienes no inscribibles o de bienes inscribibles no inscritos. Los bienes que estén inscritos a nombre de determinado deudor no pueden considerarse confundidos aunque estén en posesión de otro (Rojo, «Artículo 3.5», p. 221). Tampoco existe confusión cuando los bienes se han registrado a nombre de otro o se han transferido a un tercero, y entonces lo que procede es el ejercicio de las acciones correspondientes de reintegración.

187 Para un caso concreto, el art. 285 Ccom. permite a los terceros hacer efectivo el cumplimiento de un contrato celebrado por el factor no sólo sobre los bienes del principal, sino también sobre los bienes del propio factor. Se trata de una excepción a la regla de representación directa en cuya virtud los bienes del representante que actuó como tal se ven expuestos a la acción del tercero con el que contrató. Se trata de los casos en que existe una «confusión» de bienes. Olivencia, en trabajo dedicado a estudiar la confusión de patrimonios propone una interpretación del concepto que incluya, además de los casos de confusión física de los bienes, los casos en los que el factor actúa en interés propio. Añade que si el interés del principal y del factor es el mismo, hay en realidad una



podrá sostenerse la posibilidad de acumular los concursos de los socios de la «sociedad oculta»<sup>188</sup>. Repárese en que se habla de acumular los concursos de los socios, no de declarar en concurso a la sociedad oculta. Se trata de concursos autónomos, por lo que para cada una de esas personas deben concurrir los presupuestos del concurso.

Si se comparte lo hasta aquí expuesto habrá que concluir que en los casos en los que ninguno de los socios actúa en nombre de la sociedad (como el que dio lugar a la sentencia citada de 19 de noviembre de 1982), el concurso deberá ser de sus socios. Ahora bien, se podrá solicitar inicialmente la acumulación, aun cuando no exista una confusión física de los bienes, si se admite que la existencia de un interés común entre todos ellos en el ejercicio de la actividad económica, puede considerarse como un caso de confusión de patrimonios. No se trata, por tanto, del concurso de la sociedad interna pues, como he señalado antes, en tal caso ni existe un patrimonio social ni existen deudas comunes<sup>189</sup>.

Es diferente el supuesto de la sociedad externa (que se manifiesta a los terceros con los que se contrata como tal, y que puede ser declarada en concurso) y en la que sólo uno (o varios) de sus miembros permanecen ocultos. Si puede afirmarse la responsabilidad del socio por las deudas sociales, el socio oculto debe ser tratado como uno más<sup>190</sup>, lo que puede hacer necesario el ejercicio de acciones de reintegración (art. 71 LC). Naturalmente que, además,

---

sociedad oculta (Olivencia, «La confusión de patrimonios y el artículo 285 del Código de Comercio», en *Estudios en Homenaje a Rodrigo Uría*, Madrid, 1978, p. 523).

188 Morillas, que descarta que exista confusión de patrimonios en los casos de sociedad oculta, defiende la aplicación por analogía del art. 3.5 a estos casos. Propone que, de no admitirse esta opción, por aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, debería admitirse la declaración de concurso de las personas ocultas (*El concurso*, pp. 121 y 192).

189 Contra Vicent Chuliá, *Homenaje a Olivencia*, p. 2404, para quien deben evitarse los costes que supondría declarar el concurso de todos y cada uno de los socios. Para el caso de que exista un deudor «formal» que haya gestionado en nombre propio pero en interés de todos los socios Vicent Chuliá defiende el concurso de la sociedad una vez manifestada, utilizando como argumento lo dispuesto en el art. 287 Ccom., que permite al acreedor hacer efectivos sus créditos no sólo contra el deudor empresario aparente, sino también contra el empresario oculto (en este caso la sociedad), sea en juicio singular sea en el concurso.

Para el Derecho anterior, Broseta proponía la declaración de quiebra del empresario aparente, esto es, de quien actuaba como empresario actuando en su propio nombre pero, reconociendo que ello podía perjudicar a los acreedores, al haber transmitido el aparente a los ocultos los resultados prósperos del negocio, sugería la aplicación de las acciones subrogatoria o pauliana (*Manual de Derecho Mercantil*, 9ª ed., Madrid, 1991, p. 695).

190 Paz-Ares, «Artículo 1699», p. 1368.

si el socio se encuentra en situación de insolvencia, el acreedor de la sociedad, que también lo será del socio cuando por el tipo social se establezca su responsabilidad subsidiaria, podría solicitar la acumulación de los concursos.

Ahora bien, aun admitiendo la acumulación de los concursos de los socios de la sociedad en la que los socios no manifiestan al exterior la existencia de la misma, en los términos expuestos, la parca regulación del art. 3.5 LC deja importantes interrogantes sin resolver<sup>191</sup>:

- a) En primer lugar, cabe preguntarse si pueden solicitar la acumulación los propios socios o si únicamente se admite la solicitud del acreedor. Literalmente, el art. 3.5 LC sólo se refiere a esta última posibilidad, a pesar de que durante la tramitación parlamentaria se pretendió introducir la solicitud de declaración conjunta de concurso voluntario. No se ve sin embargo la razón por la que no deba admitirse esta última posibilidad (es lo que sucedió en la sentencia anteriormente comentada de 19 de noviembre de 1982, referida a un caso de suspensión de pagos), que puede evitar problemas a la hora de incluir en cada concurso créditos de los que deban responder más de un socio<sup>192</sup>.

---

191 BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 101-15, de 2 de diciembre de 2002: enmienda núm. 237, del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso y núm. 65 del Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrès.

192 En el sentido del texto, Rojo, «Artículo 3», p. 220. Contra, criticando la ley, Morillas, *El concurso*, p. 114. Contra, también, González Carrasco, por entender que fueron correctamente rechazadas las enmiendas que proponían la declaración conjunta voluntaria de concurso, puesto que la identidad de la causa de pedir a que se refiere el art. 72.II LEC no se da porque cada concurso se refiere a la propia insolvencia, y aun cuando exista confusión patrimonial y pueda considerarse que la causa es conexas, no deben beneficiarse de la confusión creada en su propio beneficio («Artículo 3», p. 72).

A favor de la posibilidad de declaración conjunta en caso de concurso voluntario o en los supuestos del art. 25 no previstos en el art. 3.5, y frente a la literalidad del precepto, se ha argumentado fundamentalmente sobre el ahorro económico que supone la tramitación inicial de los concursos de forma acumulada con una misma administración concursal, así como la mayor eficacia derivada de dicha tramitación conjunta inicial frente a los problemas derivados de ir acumulando sucesivamente concursos, acumulación cuya tramitación supone necesariamente una cierta demora (CGPJ – Conclusiones Primer Encuentro de la Especialidad Mercantil, Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004, Conclusiones de la Primera Sesión de trabajo dedicada a la declaración de concurso, 1).

En la práctica se está admitiendo, según parece, la acumulación de concursos voluntarios. En un caso de concurso voluntario de sociedades del mismo grupo, Auto JM-1 Segovia 11.07.2007 (Concurso 475/2007): «No hay previsión expresa en la Ley de la acumulación subjetiva en el concurso voluntario, tampoco hay norma prohibitiva que la impida y razones de economía procesal y de eficacia

- b) En segundo lugar, no se establece expresamente, pero es evidente que es preciso que el presupuesto subjetivo de insolvencia concurra en cada una de las personas cuyo concurso se solicita<sup>193</sup>.
- c) Finalmente, por lo que se refiere a la forma de tramitar, debe tenerse en cuenta que se trata de una tramitación conjunta, en los mismos autos, lo que no significa *tramitación única*: la determinación de las masas activas y pasivas debe hacerse separadamente<sup>194</sup>.

#### 4.5. El problema del concurso de las uniones de empresas

La consideración de que las uniones temporales de empresas, surgidas de contratos de colaboración de carácter temporal entre empresarios para el desarrollo o ejecución de una obra o de un servicio o de un suministro, carecen de personalidad jurídica, lleva a la doctrina a la conclusión de que las mismas no pueden ser declaradas en concurso<sup>195</sup>. Desde este punto de vista, tratándose de entes sin personalidad jurídica cuyos miembros deben responder personalmente de las deudas contraídas en el tráfico en nombre de la entidad,

---

aconsejan la admisión de la solicitud acumulada tal como se formula, justificado el endeudamiento y estado de insolvencia de todas y cada una de las sociedades demandantes, habiéndose presentado la documentación exigida por todas ellas. Sin que ello implique confusión de patrimonios ni confusión de acreedores y deudores, se tratará de concursos de personas jurídicas distintas que se tramitarán acumuladamente de formas coordinada, y a cuyo efecto se formarán las piezas separadas que resulten necesarias para la correcta ordenación del procedimiento, con los demás efectos legales inherentes a esta declaración». Parecidamente, en un caso de tramitación de un concurso voluntario de la sociedad dominada como acumulado al previo concurso de la dominante, Auto JM-3 Barcelona 15.11.2004 (AC 2004/1896), y en un caso de concurso voluntario de los cónyuges, Auto JM-3 Barcelona de 29.12.2004 (AC 2005/161).

193 En este sentido, Rojo, «Artículo 3», p. 221; Morillas, *El concurso*, p. 118.

194 Con más detalle, Rojo, «Artículo 3», p. 224; Morillas, *El concurso*, p. 120. También se está entendiendo así en la jurisprudencia: «Acreditada la situación de insolvencia de ambos cónyuges –cuestión que se examinará en el fundamento siguiente– la declaración de concurso de ambos cónyuges, su tramitación coordinada y el mantenimiento de una misma administración concursal sin duda facilitará la tramitación del procedimiento y permitirá una tramitación más ágil y beneficiosa para los deudores y, fundamentalmente, para los acreedores. La acumulación de procedimientos no debe suponer la confusión de masas, confusión que perjudicaría a los acreedores, sino la tramitación coordinada de los procesos concursales determinando las deudas privativas y las comunes así como los acreedores de uno y otro cónyuge y los que pudieran ser comunes»: Auto JM-3 Barcelona de 29.12.2004 (AC 2005/161). Parecidamente, A, Auto JM-3 Barcelona de 29.12.2004 (AC 2005/161), Auto JM-1 Cádiz 04.03.2008 (Concursos 157/2008 y 158/2008) y Auto JM-2 Bilbao 09.05.2008 (concurso 213/2008, La Ley 25861/2008).

195 Rojo, «Artículo 1», p. 149; Vicent Chuliá, *Homenaje a Olivencia*, p. 2401; Pulgar, *La declaración*, 256.

cabría la acumulación de los concursos declarados de los miembros (art. 25.2 LC). En el caso de que la unión temporal de empresa (UTE) encubra un grupo de sociedades en el que exista una sociedad dominante y otras filiales, el acreedor podría instar, además, la declaración judicial conjunta de concurso de varios deudores (art. 3.5 LC).

Indudablemente, si se juzga que es preciso tener personalidad jurídica para tener capacidad concursal, la UTE no podría ser declarada en concurso. El art. 7 de la Ley 18/1982, de 26 de mayo, que las regula establece expresamente que «no tendrán personalidad jurídica»<sup>196</sup>. Esta negación parece poco coherente con la existencia de una razón social, pero enlaza en cambio con el dato de que la UTE actúa a través de un gerente único como un apoderado de todos los miembros (art. 8.d.: «con poderes suficientes de todos y cada uno de sus miembros para ejercitar los derechos y contraer las obligaciones correspondientes») y con el régimen de responsabilidad previsto. En este sentido, y de forma que parece propia de los entes sin personalidad, establece el art. 8.d.8º. que la responsabilidad frente a terceros por los actos y operaciones en beneficio del común «será en todo caso solidaria e ilimitada para sus miembros».

Quienes consideran que la ausencia de personalidad jurídica determina la inexistencia de un patrimonio social, concluyen que no puede existir una responsabilidad de la UTE como tal, y sólo, en cambio, una responsabilidad solidaria de sus miembros por las deudas concertadas en nombre de la unión de empresas<sup>197</sup>. Los acreedores sólo lo serían de estos miembros, y podrían dirigirse contra ellos de manera conjunta o contra uno solo para el pago de la totalidad de la deuda (arts. 1137 y 1144 CC). La solidaridad establecida legalmente es beneficiosa para los acreedores, pero no se hace ninguna referencia alguna en este planteamiento al fondo común cuando, de hecho, puede existir. La Ley 18/1982 no exige su dotación, pero la UTE puede contar con un fondo operativo común integrado por las aportaciones de sus miembros (art. 8.e.5º). Sin duda se integrarán en el mismo, también, las financiaciones obtenidas para la realización de las obras o servicios.

---

196 Durante la vigencia de la Ley de 28 de diciembre de 1963, sobre asociaciones y uniones de empresas, la denominada «agrupación temporal de empresas» debía constituirse en escritura pública e inscribirse en el Registro Mercantil, lo que llevaba a afirmar que tenía personalidad jurídica y era una modalidad de sociedad colectiva (Vicent Chuliá, *Concentración y unión de empresas ante el Derecho español*, Madrid, 1971, p. 431 y ss.).

197 Vicent Chuliá, *Introducción*, p. 709.

Si alguna de las empresas miembro de la UTE se encuentra en situación de insolvencia y es declarada en concurso, puesto que el art. 8 Ley 18/1982 establece la responsabilidad solidaria de los empresarios asociados, el acreedor que contrató con el gerente, actuando éste en nombre de la unión, podría reclamar a la concursada la totalidad de la deuda (art. 85.5 LC)<sup>198</sup>. Ciertamente, si las demás son solventes el acreedor preferirá dirigirse contra alguna de las que esté en condiciones de satisfacer su crédito. La propia regla de la solidaridad permite concluir que la reclamación contra la empresa miembro concursada sólo tendrá lugar cuando no pueda cobrar de ninguna.

Cuando el acreedor que contrató con el gerente no logra satisfacer sus intereses actuando contra los miembros de la unión, procedería, siguiendo la interpretación expuesta inicialmente, en el sentido de que no cabe declarar en concurso a la propia UTE, el concurso de cada una de las empresas. Al acreedor le bastaría con solicitar el concurso de aquella con la que calculara que sus intereses podían quedar más protegidos, sin necesidad de acreditar la insolvencia de los demás acreedores. Ahora bien, aun cuando se declararan los concursos de todas las empresas miembros y se acumularan (art. 25.2), se plantean problemas que no parecen de sencilla solución a la hora de confeccionar los inventarios y determinar tanto la masa activa como la pasiva. Por lo que se refiere a la masa activa de cada uno de los miembros de la unión de empresas habría que entender que forman parte de la misma la cuota que les corresponda en el fondo común constituido, para lo que debería procederse a su liquidación. Pero puede haber aportaciones comprometidas y no efectuadas, o créditos de la UTE frente a terceros todavía no satisfechos, para cuya exigencia, en principio, y mientras exista la unión, está legitimado el gerente de la misma, y no cada uno de sus miembros (ni tampoco sus administraciones concursales, art. 55 LC). La actuación individual de cada una de las empresas miembros de la unión exigiendo los derechos en beneficio común no resulta compatible con la existencia de la propia unión de empresas y suscita problemas de difícil solución: ¿puede actuar una empresa exigiendo el total de lo debido sin actuar apoderada por las demás?, ¿afectaría a las demás empresas lo resuelto en ese proceso sin haber sido ellas parte?, ¿quedaría liberado el deudor pagando a la empresa que reclama, sin tener garantía de que se da a lo pagado el destino previsto por la UTE?, ¿tiene sentido que se repartan

---

198 Para el Derecho anterior, en el mismo sentido, en ausencia de una norma expresa semejante, Garrigues, *Curso II*, p. 415.

lo obtenido las empresas miembros sin satisfacer otros créditos pendientes contra la UTE?

Surgen dificultades insalvables también por lo que se refiere a la masa pasiva de cada empresa concursada. En principio, podría parecer razonable tener en cuenta, además de las deudas contraídas por la misma, la parte que le correspondiera a cada empresa en las deudas contraídas en nombre de la UTE. Es verdad que el acreedor puede exigir de cada deudor solidario el pago íntegro, pero declarado el concurso podría parecer no razonable que, en este momento, pudiera imputarse en su totalidad a una sola de las empresas integrantes de la UTE las deudas contraídas en nombre de esta última. En efecto, el acreedor puede exigir la deuda por entero a un miembro de la unión de empresas, pero si solicita su concurso por insolvencia (o lo solicita la propia empresa deudora u otro acreedor) y debe liquidarse la unión a efectos de integrar en la masa activa la cuota que le corresponda en el fondo común, también debería repartirse entre las empresas miembros de la unión el pasivo, las deudas, cesando entonces la solidaridad, que la Ley 18/1982 sólo predica frente a los terceros, pero no entre las partes (art. 8.d.8). Esta situación se produciría no sólo cuando se solicitara el concurso de todas las empresas miembros, sino también cuando se solicitara el de uno sólo de ellas.

Sin embargo, la interpretación que se acaba de exponer, y que deriva del hecho mismo de existir un fondo común, y de la vocación al mismo de lo que se adeuda a la UTE por las obras y servicios realizados, no es coherente con la esencia del régimen de la responsabilidad solidaria en el Código civil ni con el tratamiento que se deduce de la ley concursal para el caso de que el deudor concursado (o los deudores concursados) sean responsables solidarios. De una parte, porque los deudores solidarios responden de la insolvencia de los demás (art. 1145 CC). De otra, porque la ley concursal, que establece cautelas para evitar que el acreedor obtenga un enriquecimiento injusto, permite al acreedor insinuar su crédito por entero en el concurso de todos los deudores solidarios (el art. 85.5 LC se refiere a «concursos simultáneos» de deudores solidarios, pero no hay dificultad en que lo mismo sucede si se trata de concursos sucesivos). La misma solución es admisible cuando sólo se ha declarado el concurso de un deudor solidario<sup>199</sup>. Si previamente al concurso

---

199 Aplicando el art. 1144 CC y, para la paralización de la acción de regreso, el art. 161.3 LC por analogía. *Vid.* Bermejo, «Artículo 85», en Rojo – Beltrán, *Comentario de la Ley concursal*, T. II, Madrid, 2004, p. 1532; Carrasco, *Derechos de garantía en la Ley concursal*, 2ª ed., Pamplona, 2008, p. 269.

se hubiera efectuado un pago parcial, el acreedor puede insinuar la parte de crédito que queda sin cobrar, postergando la acción de regreso de los demás (art. 160 LC). Para el caso de pago parcial posterior al concurso, la ley bloquea la acción de regreso hasta que el acreedor no haya sido satisfecho por entero (art. 161.3 LC). Finalmente, porque el art. 161.2 LC, que interpretado rectamente permite a la administración concursal retener el pago hasta que el acreedor presente certificación de lo que ha cobrado (o certificación negativa de que no ha cobrado), no establece una regla de prorrata en el pago entre los diferentes deudores solidarios, sino que cada uno sigue siendo, pese al concurso, deudor por el todo frente al acreedor.

Lo anterior significa, en definitiva, que el concurso, la situación de insolvencia, no elimina la solidaridad frente a los acreedores. Estas reglas sólo tienen en cuenta el aspecto pasivo, la situación del concursado como deudor, pero prescinden de la posibilidad de que estos deudores solidarios concursados formen parte de una unión en la que, además de deudas, existan créditos conjuntos frente a terceros.

Por otra parte, y en atención al *ius variandi*, el acreedor ha podido iniciar un procedimiento contra una de las empresas miembros de la UTE que, conforme a la Ley 18/1982, es responsable solidaria de la empresa concursada. La competencia sobre este procedimiento civil no corresponde al juez del concurso, pues no se establece tal cosa en el art. 86 ter LOPJ ni en el art. 8 LC. Si, con anterioridad a la declaración de concurso de una de las empresas, se hubieran iniciado procedimientos civiles en los que se hubiera procedido a la acumulación subjetiva, será de aplicación respecto del deudor concursado lo dispuesto en los arts. 51, 53, 55 y 56 LC<sup>200</sup>.

Las dificultades expuestas para el caso de declaración del concurso de los miembros de la UTE permiten reconsiderar el punto de partida, esto es, la negación de declaración de concurso de la propia UTE. Bastaría con reconocer que la unión de empresas posee una autonomía patrimonial, lo que podría defenderse con las siguientes razones.

Lo cierto es, en primer lugar, que los terceros acreedores se han relacionado con un colectivo organizado: las actuaciones de la unión de empresas, señala el art. 8.d. de la Ley 18/1982, se realizan a través del gerente, que hace constar en cuantos actos y contratos suscriba el nombre de la unión. En

---

200 En este sentido, con carácter general para los deudores solidarios, Carrasco, *Derechos de garantía*, p. 264.

segundo lugar, la responsabilidad personal de los socios establecida en el art. 8 de la ley no excluye la responsabilidad del fondo común, cuando exista. La ley exige que en los estatutos o pactos que se recojan en la escritura de formalización de la UTE se haga referencia a la responsabilidad frente a terceros y se añade que, «en todo caso», la de los socios será personal y solidaria. No se niega que responda también la propia unión. Finalmente, lo dispuesto en el art. 543.1 LEC constituye un argumento a favor de la responsabilidad de la unión temporal como unidad.

La regla general, conforme al art. 542 LEC, es la de que las sentencias y otros títulos ejecutivos judiciales obtenidos sólo frente a uno o varios deudores solidarios no servirán de título ejecutivo frente a los deudores solidarios que no hubieran sido parte en el proceso. Pero, sin embargo, según establece el art. 538 LEC, puede despacharse ejecución contra quien, sin figurar en el título ejecutivo, responda personalmente de la deuda por disposición legal. Además, el art. 543.1 establece expresamente que: «cuando en el título aparezcan como deudores uniones o agrupaciones de diferentes empresas o entidades, sólo podrá despacharse ejecución directamente frente a sus socios, miembros o integrantes si, por acuerdo de éstos o por disposición legal, respondieran solidariamente de los actos de la unión o agrupación». El art. 543 está dando por supuesto que en el título ejecutivo aparece como deudor la UTE, lo que es posible, de acuerdo con el art. 6.1.5º LEC (capacidad para ser parte de las entidades sin personalidad jurídica a las que la ley reconozca capacidad para ser parte). También que se puede despachar ejecución contra la propia unión de empresas. Lo que añade el art. 543 LEC es, además, la posibilidad de exigir responsabilidad a los socios, como un *plus* respecto a la responsabilidad de la propia UTE.

La STS, Sala 1ª, de 12 de junio de 2007 (RJ. 5565), en un caso en que la sentencia de instancia condenó a abonar unas obras a la UTE demandada, confirma el fallo y argumenta que, al demandarse a la agrupación, se está demandando también a las personas jurídicas que la integran como titulares de la empresa. En apoyo de esta tesis, el Supremo hace suya una frase de la recurrente, conforme a la cual, es admisible, «por la peculiaridad de la figura y por el carácter solidario de la responsabilidad que contraen las empresas integrantes, que actúe en el proceso solamente la UTE o las empresas, o conjuntamente estas con aquella, sin que ello deba suponer la apreciación de ningún defecto de legitimación. En definitiva, siempre se llegará a la responsabilidad de las empresas integrantes en la fase de efectividad del crédito».



Tales afirmaciones merecen algún comentario, y no pueden desvincularse de las circunstancias que concurren en el caso concreto. En primer lugar, llegar al resultado al que se refiere la sentencia, la responsabilidad de las empresas integrantes, sin que hayan sido demandadas, requiere admitir que la constitución de la UTE añade a la «unión» de las empresas agrupadas algo más que la mera solidaridad. En segundo lugar, las afirmaciones de la sentencia se entienden en un pleito en el que se demanda a la UTE, a quien se declara en rebeldía, y comparece sin embargo una de las empresas integrantes que, después de la condena, recurre denunciando la falta de personalidad de la demandada condenada. No se entenderían muy bien si la demanda se hubiera dirigido contra una de las empresas y se pretendiera la ejecución contra otra no demandada (contra lo dispuesto en el art. 542 LEC)<sup>201</sup>. En tercer lugar, las afirmaciones de la sentencia tampoco son muy coherentes con la jurisprudencia elaborada en torno a la responsabilidad de los copropietarios en régimen de propiedad horizontal a la que me he referido antes, y, conforme a la cual, el título obtenido contra la comunidad no podrá ejecutarse sobre el patrimonio privativo de un copropietario si éste no ha sido demandado también. Si se puede demandar a la UTE y lograr que el título obtenido contra la UTE se pueda ejecutar también contra las empresas que forman la unión empresarial es porque la ley, que niega a la UTE personalidad jurídica propia (art. 7 de la Ley 18/1982), así lo permite (art. 543 LEC, como hemos visto).

En realidad, las obligaciones concertadas por el gerente son deudas de las empresas agrupadas, pero a través de la unión, y son imputables a la unión, en la medida en que son concertadas en su nombre. No debe llevar a otra solución la interpretación conjunta de la falta de personalidad de la UTE y la afirmación de la responsabilidad solidaria de sus integrantes. Si se produce el incumplimiento, las empresas responderán de esas deudas solidariamente, porque así lo establece el art. 8 de la Ley 18/1982, pero la regla de la solidaridad entre las empresas no debe desvirtuar el enfoque inicial. Basta pensar en el caso de la obligación asumida en nombre de la UTE de ejecutar una obra

---

201 Por lo demás, la jurisprudencia que habla de la solidaridad como regla general de responsabilidad de las empresas integrantes de la UTE sólo se ha pronunciado en casos en los que han sido demandados todos los miembros de la unión. Así sucede en la Sentencia de la Sala 1ª del TS de 28 enero 2001 (RJ. 2002, 2306), en un caso en el que la demanda de pago de cantidad por obras se dirige contra las empresas asociadas en la unión temporal, y estas excepcionan su falta de legitimación pasiva, confirma la sentencia que les condenó solidariamente y aclara que la regla de la responsabilidad solidaria establecida en el art. 8 de la Ley 18/1982 es aplicable en todos los ámbitos de actuación de la UTE, y no sólo en el fiscal al que parece referirse de manera genérica la ley.

indivisible. Parece altamente improbable que, producido el incumplimiento y, demandando únicamente a una de las asociadas, o incluso varias de ellas pero no a todas en su conjunto, se dictara sentencia condenando a realizar la obra, que es lo que exigiría la aplicación del régimen de la solidaridad (art. 1144 CC). Por el contrario, sería aplicable el régimen de la obligación parciaria indivisible, conforme al art. 1139 CC: «si la división fuere imposible... *sólo podrá hacerse efectiva la deuda procediendo contra todos los deudores*». Otra cosa es que, tras el incumplimiento, si se descarta la ejecución *in natura*, la obligación se transforme en una indemnización de daños (art. 1150 CC), que sí es divisible. Entonces tiene sentido la regla de la solidaridad que se aplica por exigencia de la Ley 18/1982 para este caso.

En un paso más, incluso, me atrevería a decir que quien contrata con la UTE como unidad, a través de su gerente, se comporta deslealmente si se dirige directamente contra las empresas asociadas sin haber intentado previamente satisfacer su interés dirigiéndose contra la UTE, que tiene capacidad para ser parte, de acuerdo con una interpretación conjunta de los arts. 6.1.5 y 543 LEC<sup>202</sup>.

El traslado de estas reflexiones al concurso permitiría concluir que el acreedor de la UTE que no ha conseguido cobrar puede solicitar la declaración de concurso de la propia UTE. Dada la autonomía patrimonial de la UTE, tampoco debe excluirse la legitimación de las empresas miembros, que son responsables de las deudas de la unión, ni el deber del gerente de solicitar el concurso, cuando concurren los presupuestos del art. 5 LC.

Es discutible si el acreedor debe dirigirse previamente contra todas y cada una de las empresas antes de solicitar el concurso de la UTE. El problema se plantea en términos semejantes a lo expuesto para la sociedad irregular. De hecho, y aunque haya sido objeto de crítica, insistiendo en la falta de personalidad proclamada por la Ley 18/1982, alguna jurisprudencia, y cierto sector doctrinal, atendiendo sobre todo a la normativa fiscal, han considerado aplicables a la UTE las reglas de las sociedad<sup>203</sup>.

---

202 Se ha negado que la UTE tenga capacidad para ser parte por carecer de personalidad jurídica (Garnica Martín, «Artículo 6», *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, coord. M. A. Fernández-Ballesteros, J. M. Rifá Soler, J. F. Valls Combau, T. I, Barcelona, 2000, p. 128). Una interpretación más amplia de los textos legales en De la Oliva, «Artículo 6» y «Artículo 543», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, De La Oliva, Díez-Picazo, Vegas, Banacloche, Madrid, 2000, pp. 83 y 938.

203 Frente a la afirmación legal de la falta de personalidad de la unión de empresas, el propio legislador –fiscal– reconoce la capacidad tributaria de la UTE (así, el art. 7.1.c. del TR de la ley del

Pero el reconocimiento de una autonomía patrimonial, basada en los objetivos comunes propuestos por la asociación que se conforma al constituir una UTE no es dependiente de las coyunturales normas tributarias o laborales que puedan promulgarse. Debe conectarse, por el contrario, con la configuración que de la UTE se haga en la escritura, de la finalidad que se propongan las empresas que se asocian, y de la actuación conjunta que proyecten hacia el exterior. En este sentido, puede afirmarse que la falta de personalidad jurídica de que adolece la UTE, según el art. 7 de la Ley 18/1982, no significa que no pueda ser una sociedad. La naturaleza de la UTE sigue siendo controvertida y, aunque hay excepciones<sup>204</sup>, la doctrina defiende la naturaleza societaria de las uniones de empresa cuando actúa como organización frente a terceros, genera resultados y los distribuye entre sus miembros, y o bien se consideran aplicables las normas de la sociedad civil o las de la colectiva<sup>205</sup>.

---

impuesto de sociedades la considera sujeto pasivo del impuesto de sociedades). Es fácil observar cómo acaba produciéndose una imputación de las rentas obtenidas por la unión temporal a las empresas que la integran, que la doctrina suele relacionar con la falta de personalidad de la UTE. Así, C. Lete Achirica, «Uniones temporales de empresas y las sociedades de capital-riesgo en el Derecho tributario español», en *Homenaje Sánchez Calero*, IV, Madrid, 2002, p. 4103.

En el ámbito social la jurisprudencia ha considerado que el empresario es la UTE, y no las empresas que la integran (STS, Social, 29 septiembre 1989, RJ. 1989, 6550). La STS, Social, 12 febrero 1990 (RJ. 1990, 900) llega incluso a aseverar que las empresas asociadas no están legitimadas pasivamente en las reclamaciones interpuestas por el trabajador contratado por la UTE pues, «por virtud de la agrupación temporal, surge una nueva empresa autónoma, que actúa bajo una unidad de dirección y bajo denominación distinta de las empresas agrupadas, aunque las identifique, cuya empresa, a tenor del art. 7 de la Ley 18/1982, no viene a constituir una persona jurídica nueva, correspondiendo su titularidad a las empresas integradas, que responden frente a terceros solidariamente, de tal modo que al demandarse a la agrupación, se está demandando a las personas jurídicas que la integran como titulares de la empresa que constituyen, *sin ser correcto demandarlas además separadamente como titulares de una relación laboral desvinculada de la agrupación*». En el caso parece esencial que se acumula la demanda contra la UTE y la demanda contra las empresas como si, en su caso, la relación laboral con estas careciera de vinculación con la UTE.

204 Vicent Chuliá, *Introducción*, p. 710. Para este autor se trata de una mera unión contractual: al carecer de personalidad jurídica niega que pueda existir una separación entre un patrimonio social y el patrimonio de las empresas integrantes.

205 Así, M. Paniagua Zurera («Las uniones temporales de empresas»), en *Homenaje Sánchez Calero*, V, Madrid, 2002, p. 5428) entiende que si se dan las circunstancias descritas en el texto estamos ante una sociedad, civil o mercantil según su objeto y defiende que, en tal caso, deben aplicarse supletoriamente las normas de responsabilidad de la sociedad (p. 5437).

J. Gómez Calero (*Las agrupaciones de interés económico. Las uniones temporales de empresa*, T. 18 del *Tratado de Derecho Mercantil*, Madrid, 2001, p. 312 y ss.) considera que la UTE no es una sociedad pero, sin embargo, defiende que, cuando existan fondos operativos comunes, deberían ser embargados y ejecutados por los acreedores antes que los patrimonios privativos de los empresarios asociados, de modo que las empresas podrían invocar en otro caso un «beneficio de excusión».

Tal y como ya quedó expuesto en relación con la colectiva, pero la tesis es generalizable para cualquier otra sociedad, presupuesto del concurso es la propia insolvencia, sin que sea preciso acreditar la insolvencia de las empresas miembros. Declarada en concurso la unión de empresas la masa activa estaría formada por el fondo común, que debería integrarse por las aportaciones pendientes y los créditos frente a terceros: correspondería a la administración concursal la reclamación de las aportaciones pendientes así como las acciones contra las empresas socios por las deudas (art. 48.4 y 5 LC), y el ejercicio de las acciones de la UTE frente a terceros quedaría sometido al régimen del art. 54 LC. El concurso de la UTE no implica por sí el de las empresas miembros, pero si se declara su insolvencia, podría plantearse la acumulación de concursos a que se refiere el art. 25.2 LC.

El problema es cómo deslindar la responsabilidad de las empresas que integran la unión frente a sus propios acreedores, a los acreedores por créditos de los que no deben responder la unión de empresas ni tampoco las demás empresas. Entendida la unión como forma societaria debe tenerse presente el criterio recogido en el art. 1699 CC, conforme al cual, mientras subsista la sociedad, los acreedores sociales sólo deben dirigirse contra el patrimonio social y los particulares contra el patrimonio personal. Producida la disolución, la remisión del art. 1708 CC a las normas sobre partición de la herencia justifican que no se puede dividir el patrimonio mientras no cobren los acreedores sociales (*arg.* art. 1082 CC). Los acreedores particulares de un socio pueden agredir «la parte del socio en el fondo social», pero para proceder a su realización es preciso liquidar el patrimonio social (arts. 1699 y 1700.3º CC)<sup>206</sup>.

---

Paz-Ares (en *Curso de Derecho Mercantil*, I, 2ª ed., R. Uría, A. Menéndez, directores, Madrid, 2001, p. 1470) considera inexacta la calificación de la UTE como sociedad colectiva porque la colectiva necesariamente es una sociedad externa, personificada, y la Ley 18/1982 niega el atributo de la personalidad a las uniones de empresas. A su juicio, lo más adecuado es considerarla como una sociedad interna *sui generis*, cuyo régimen subsidiario hay que buscarlo en la sociedad civil. El mismo autor reconoce, y esto es un argumento que me parece definitivo en contra de la consideración de esta sociedad como interna (lo que excluiría, por ejemplo, la aplicación del criterio recogido en el art. 1699 CC), que tal calificación encaja mal con el hecho de que la UTE debe tener, conforme a su legislación especial, una razón social.

206 Capilla, «Artículo 1699», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XXI-1, M. Albaladejo, director, Madrid, 1986, p. 560 y ss. y «Artículo 1700», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XXI-1, M. Albaladejo, director, Madrid, 1986, p. 594; Paz-Ares, «Artículo 1699», p. 1485.

## 4.6. Concurso de patrimonios separados de destino y de patrimonios autónomos

### 4.6.1. El patrimonio protegido de las personas con discapacidad

El llamado «patrimonio protegido de las personas con discapacidad», cuya creación y régimen jurídico se regula en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, es un buen ejemplo de la dificultad para elaborar en el Derecho español actual una doctrina general sobre los patrimonios autónomos, susceptibles por el hecho de estar sometidos a un régimen especial, de responder sólo de determinadas deudas y de declaración concursal.

El del patrimonio protegido es uno de los casos con que suele ejemplificarse la posibilidad de declarar en concurso de acreedores a ciertos patrimonios no personales y carentes de personificación jurídica<sup>207</sup>, aunque es difícil admitir que el patrimonio protegido constituya una excepción al principio de responsabilidad patrimonial universal.

La Exposición de Motivos de la Ley, que califica al patrimonio protegido como «patrimonio de destino», aclara que no tiene personalidad jurídica propia y que es una masa patrimonial vinculada a satisfacer las necesidades vitales de una persona con discapacidad<sup>208</sup>. Conforme al art. 1.1 de la Ley

---

207 Vid. R. Bercovitz, «Artículo 1», p. 32, quien pone el del patrimonio protegido de las personas con discapacidad como ejemplo de patrimonio no personal y carente de personificación que puede ser declarado en concurso. También Pulgar quien, por razones de analogía con la admisión del concurso de herencia en el art. 1 LC, defiende el sometimiento al concurso de toda masa patrimonial dotada de cierta autonomía aunque no tenga plenitud de atributos de la personalidad jurídica, pone como ejemplo el del patrimonio protegido de las personas con discapacidad (*La declaración*, pp. 192, 195 y 294; ya antes, la misma autora en «Los presupuestos de la declaración de concurso de acreedores», en J. Mairata Laviña, director, *Aspectos jurídicos del nuevo concurso de acreedores*, Colegio de Abogados de Madrid, Madrid, 2002, p. 28).

208 E. M. de la Ley 41/2003, II, 1, 2 y 3: «De esta forma, el objeto inmediato de esta ley es la regulación de una masa patrimonial, el patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad, la cual queda inmediata y directamente vinculada a la satisfacción de las necesidades vitales de una persona con discapacidad, favoreciendo la constitución de este patrimonio y la aportación a título gratuito de bienes y derechos a la misma.

Los bienes y derechos que forman este patrimonio, que no tiene personalidad jurídica propia, se aíslan del resto del patrimonio personal de su titular-beneficiario, sometiéndolos a un régimen de administración y supervisión específico.

Se trata de un patrimonio de destino, en cuanto que las distintas aportaciones tienen como finalidad la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares».

41/2003, el objeto de la misma «es favorecer la aportación a título gratuito de bienes y derechos al patrimonio de las personas con discapacidad y establecer mecanismos adecuados para garantizar la afección de tales bienes y derechos, así como de los frutos, productos y rendimientos de éstos, a la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares». La ley se refiere a los «beneficiarios» del patrimonio (art. 2), regula la constitución del mismo (art. 3), las aportaciones posteriores a su constitución (art. 4), la administración (art. 5) y la extinción (art. 6).

En particular, son causas de extinción, la muerte o declaración de fallecimiento de su beneficiario o dejar de tener la condición de persona con discapacidad. Durante la tramitación de la ley, el Grupo Parlamentario Socialista presentó una enmienda dirigida a añadir una nueva causa de extinción del patrimonio protegido, la insolvencia del patrimonio<sup>209</sup>, que no fue aceptada<sup>210</sup>.

Podemos admitir que el patrimonio protegido es un «patrimonio separado» previsto legalmente, sometido a reglas especiales de constitución y administración y a un régimen específico tributario, dirigido a «la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares» (art. 1.1.I. *i.f.*). Además, conforme al art. 5.4 de la Ley, «todos los bienes y derechos que integren el patrimonio protegido, así como sus frutos, rendimientos o productos, deberán destinarse a la satisfacción de las necesidades vitales de su beneficiario, o al mantenimiento de la productividad del patrimonio protegido». En ningún sitio se dice, sin embargo, que los bienes que integran el patrimonio protegido constituyan un patrimonio separado a efectos de responsabilidad respecto del resto del patrimonio del discapacitado.

Durante la tramitación de la ley se pretendió establecer un régimen especial de responsabilidad del patrimonio separado, pero los intentos dirigidos a

---

209 BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 154-5, de 10/09/2003, enmienda núm. 21, que proponía la siguiente redacción del art. 6.1: «1. [...] 2.2 de esta Ley o por concurrir situaciones de insolvencia que hayan dado lugar a un procedimiento concursal y a apertura de la fase de liquidación. En este último supuesto no será de aplicación lo previsto en el artículo 4.3, respecto del destino que deba darse a los bienes aportados en caso de extinción». La enmienda se justificaba en la siguiente motivación: «Prever una nueva causa de extinción que no estaba prevista en el Proyecto, ya que dicho patrimonio puede caer en situación de insolvencia». La enmienda, que no fue aceptada, fue reiterada en el Senado (BOCG. Senado, serie II, núm. 152-d, de 13/10/2003, enmienda núm. 11).

210 Porque «la regulación de las facultades de las personas inhabilitadas para administrar los bienes no debe encontrarse en esta ley, sino en la normativa que lo regule en cada caso. La enmienda número 11 no es necesaria, desde nuestro punto de vista, ya que es suficiente la aplicación del régimen general para las situaciones de insolvencia» (senadora Fernández-Delgado, DS. Senado, Comisiones, núm. 528, de 21/10/2003, pp. 32-33).

este fin no prosperaron. Las razones por las que se rechazan tales enmiendas no aclaran si se entendía que el patrimonio protegido estaba afecto al pago de obligaciones diferentes del resto del patrimonio o no<sup>211</sup>. La cuestión ha vuelto a plantearse nuevamente, sin éxito, durante la tramitación del Proyecto de Ley de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre (aprobado como Ley 1/2009, de 25 de marzo)<sup>212</sup>.

---

211 El Grupo Parlamentario Socialista presentó una enmienda de modificación del art. 5.4 en cuya virtud, «Los bienes y derechos que integran el patrimonio protegido *sólo responderán de las obligaciones contraídas por su titular o sus representantes, para la satisfacción directa de las finalidades que determinaron su constitución con el carácter de patrimonio separado*». Se justificaba esta propuesta con la necesidad de incluir «una salvaguarda del patrimonio protegido, para evitar actos de disposición, afianzamiento o garantía simulada que pudiera hacerse con los bienes que integran el patrimonio protegido, pero que no guardan relación con dicha masa patrimonial».

El Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió presentó una enmienda que proponía adicionar un nuevo artículo 12 bis al referido texto, que contenga la modificación del artículo 1911 del Código Civil (BOCG. Senado, serie II, núm. 152-d, de 13/10/2003, enmienda núm. 33). Se trataba de adicionar un nuevo párrafo al artículo 1911 del Código Civil del siguiente tenor: «El patrimonio protegido de las personas incapacitadas sujetas a tutela responderá exclusivamente de las obligaciones contraídas por el administrador de dicho patrimonio». La enmienda se acompañaba de la siguiente justificación: «Excluir la masa de bienes afecta a la satisfacción de las necesidades vitales del titular del patrimonio, de la responsabilidad universal proclamada en el texto actual del artículo 1911. De no incluirse esta salvedad, el patrimonio podría quedar totalmente desprotegido».

La enmienda fue rechazada: «Asimismo, rechazamos la enmienda número 33, pues consideramos que la modificación del artículo 1911 del Código Civil no es necesaria para la plena eficacia del régimen del patrimonio del discapacitado» (senadora Lasheras Meavilla, DS. Senado, Comisiones, núm. 528, de 21/10/2003, p. 33).

212 BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 5-1, de 20/06/2008. Es ahora el Partido Popular quien presenta una enmienda pretendiendo aclarar el sentido de la norma y apuntando a una interpretación de la misma conforme a la cual, aunque no se diga expresamente, podría considerarse al patrimonio protegido como un patrimonio separado frente a las deudas que no procedieran de la satisfacción de las necesidades vitales de las personas con discapacidad. Se trata de la enmienda núm. 10 del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, que propone añadir un nuevo párrafo al apartado 1 del artículo 1 con la siguiente redacción: «Tales bienes y derechos constituirán el patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad. Existe separación de responsabilidad entre las obligaciones derivadas del patrimonio personal y las del patrimonio protegido que incluya dichos bienes y derechos». La enmienda se justifica porque: «La Ley actual no recoge de forma expresa la limitación de la responsabilidad que debe existir entre las deudas de los bienes y derechos del beneficiario y las que recaen sobre los bienes y derechos aportados a su patrimonio. Podría interpretarse que si resulta alguna deuda del beneficiario que proceda de bienes que no han sido aportados, sin embargo, el patrimonio protegido podría quedar injustamente perjudicado por este motivo» (BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 5-5, de 13/10/2008, p. 12). La enmienda, que no fue aceptada en el Congreso, se vuelve a presentar en el Senado (enmienda núm. 2, BOCG. Senado, serie II, núm. 6-c, de 18/12/2008, p. 12).

La doctrina que ha estudiado el patrimonio protegido ha llamado la atención sobre la falta de claridad de la ley acerca de la responsabilidad del patrimonio protegido y sobre el hecho de que no existe legalmente una separación de responsabilidad entre esta masa y el patrimonio personal del titular. Es mayoritaria la opinión de que no se trata de un patrimonio separado en cuanto a la responsabilidad por deudas, lo que en su caso, se señala, debería haberse establecido en la ley de forma expresa<sup>213</sup>. Suele advertirse, además, que la falta de previsión legal de una responsabilidad separada podría suponer en determinadas circunstancias una desprotección de la persona con discapacidad, al dejar expuesto el patrimonio protegido a todas las obligaciones que contraiga la propia persona con discapacidad o, en su caso, sus representantes<sup>214</sup>.

---

213 Así, en este sentido, Pereña Vicente, «El incapacitado ante la nueva protección jurídica del discapacitado», en AC 15, 2004, p. 4; Gallego Domínguez, «Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado», en *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, J. Pérez de Vargas coordinador, Madrid, 2007, p. 122.

Con más detalle, las profesoras Díaz Alabart – Álvarez Moreno («El patrimonio protegido de las personas con discapacidad», en *Estudio de la Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad*, Ibermutuamur – Associació Catalana Nabui, 2004, p. 152). Añaden estas autoras un matiz que apunta a cierta consideración de un régimen especial en función de la afección del patrimonio protegido cuando afirman que «el patrimonio protegido responde de las deudas procedentes del mismo y también de las que procedan del patrimonio personal del discapacitado *en defecto de bienes del mismo*».

También el profesor Ignacio Serrano ofrece una explicación del régimen de responsabilidad que tiene en cuenta una afectación inicial de los bienes del patrimonio protegido por las deudas derivadas de las atenciones a las necesidades vitales de la persona con discapacidad. Para el profesor Serrano, si se plantea un embargo de bienes como consecuencia de una deuda del discapacitado procedente de la atención a sus «necesidades vitales» el administrador podrá señalar bienes integrantes del patrimonio protegido para pagar la deuda con ellos. Cuando se trate de embargo por deudas que no procedan de la atención de las necesidades vitales, al apreciarse la existencia de una mención en el Registro de la Propiedad de que el bien integra un patrimonio protegido, podrá recabarse del acreedor que señale otros bienes que formen parte del patrimonio personal, y habrá que dirigirse primero contra éstos, si bien concluye que si con ellos no hay suficiente para pagar el crédito, podrían resultar afectados también los bienes del patrimonio protegido (I. Serrano García, *Protección patrimonial de las personas con discapacidad*, Madrid, 2008, p. 371).

214 Así, Cuadrado Iglesias, para quien debería haberse establecido un régimen específico de responsabilidad con carácter especial y subsidiario respecto del patrimonio general de la persona con discapacidad. A juicio de este autor, debiera haberse añadido al art. 1911 CC una adición de salvaguarda del patrimonio protegido, dejándole libre de gastos ajenos a su finalidad («Reflexiones acerca del patrimonio protegido de las personas con discapacidad», en *Homenaje Albaladejo*, Murcia, 2004, p. 1136 y p. 1146). También Martín Santiesteban, «El patrimonio de destino de la Ley de protección patrimonial de personas con discapacidad: ¿Un acercamiento al trust?», en AJA núm. 612, Pamplona, 2004, p. 3; López-Galiacho Perona, «Aportaciones al estudio del llamado *patrimonio protegido* del discapacitado», en RCDI 687, 2005, p. 38 y p. 54.



La subsistencia de la persona con discapacidad debe ser atendida con los recursos de todo su patrimonio, protegido o no, y lo único que establece la ley es un régimen especial de administración y gestión del patrimonio protegido. Si el administrador es el propio discapacitado que tiene plena capacidad de obrar (lo que se admite expresamente en la ley, y tiene sentido, pues discapacidad e incapacidad no son términos equivalentes), no se ve la razón para excluir que quede comprometida la totalidad de su patrimonio con las actividades que pueda realizar. Otra cosa son las limitaciones o las cautelas que haya impuesto el constituyente del patrimonio en el título de constitución (art. 5.1 de la Ley 41/2003) y la eficacia que tales limitaciones pudieran tener en su caso frente a terceros<sup>215</sup>.

La ley establece un sistema de controles y de fiscalización cuando el discapacitado no tiene plena capacidad de obrar, exigiendo como regla general autorización judicial en los mismos casos que necesita el tutor. Se trata de garantizar una gestión adecuada del patrimonio protegido, de evitar abusos o fraudes del administrador, pero no se garantiza ni la suficiencia del patrimonio ni la solvencia. Si a pesar de esos controles y fiscalización se produce una situación de insolvencia, procederá la declaración del concurso. Según las circunstancias, puede haber incluso responsabilidad por negligencia del administrador. La cuestión es determinar si, para valorar si existe o no insolvencia es preciso tener en cuenta, de manera separada, el patrimonio protegido y el patrimonio personal de la persona con discapacidad. La respuesta debe ser negativa, pues para empezar ni siquiera es fácil identificar cuáles serían esas deudas contraídas para la atención de «necesidades vitales» a las que quedaría afecto el patrimonio protegido. De una parte, porque la ley no fija una cuantía ni unos criterios para determinar lo que sean las «necesidades vitales» (¿quién las fija?, ¿podrían servir como criterios orientativos los de la regulación de alimentos?). De otra parte, porque todos los rendimientos que se obtengan con la gestión del patrimonio (incluidas actividades especulativas y operaciones arriesgadas, que con el sistema de control previsto legalmente se deberían

---

215 Para lo cual, basta recordar que la Rs. DGRN de 22 febrero 1989 (RJ. 1696) admitió la inscripción de una venta judicial derivada de procedimiento de apremio a pesar de la inscripción de una prohibición de disponer establecida en testamento, con apoyo en la idea de que la responsabilidad patrimonial universal del art. 1911 CC es materia excluida de la autonomía de la voluntad. Es dudoso que el respaldo legal del patrimonio protegido, en ausencia de un sistema legal que articule una responsabilidad separada, pueda llegar a añadir mucho más a la limitación de responsabilidad que pudiera basarse en las limitaciones impuestas por el constituyente.

evitar) están destinados, al igual que los bienes del patrimonio personal, a satisfacer las necesidades del discapacitado, sin que de la ley resulte siquiera una preferencia para cobrar con cargo a unos u otros.

En definitiva, mientras en Derecho español no se puedan utilizar otras fórmulas para separar el patrimonio del discapacitado<sup>216</sup>, hay que admitir que en caso de que la persona con discapacidad sea declarada en concurso los bienes y derechos del patrimonio, de todo su patrimonio, quedan sujetos al concurso<sup>217</sup>.

---

216 *Vid.* Martín Santiesteban («El patrimonio de destino», p. 3), quien compara la regulación de la ley española con la figura anglosajona del *trust*. En los sistemas en que se reconoce el *trust*, los bienes dejan de pertenecer al constituyente, con lo que quedan al abrigo de sus acreedores particulares, incluso aunque se designe a sí mismo como beneficiario. En algunas modalidades de *trust* se admite la afectación de bienes con una prohibición de disponer y de inembargabilidad de las rentas que se perciben del *trust*. En el caso de que sea la misma persona el constituyente y el beneficiario se imponen cautelas y, en general, se prevén reglas de protección de los acreedores para los casos en que el *trust* se utilice con fines fraudulentos (acciones rescisorias de actos anteriores a la declaración de insolvencia, responsabilidad solidaria del constituyente, del fiduciario y de los beneficiarios en caso de fraude...). Sobre este tema, con gran detalle, Arroyo i Amayuelas, «Los patrimonios fiduciarios y el *trust*», en RCDI 2006, 693, especialmente, p. 40 y ss. La misma autora dirige la obra *El trust en el Derecho civil*, Barcelona, 2007, en la que se aborda el estudio de esta figura desde diferentes puntos de vista.

Una auténtica separación se hubiera logrado de admitir figuras como las propuestas en la *Propuesta de ley reguladora del estatuto patrimonial del discapacitado*, promovida por la Confederación española de fundaciones (CEF) y el Comité español de representantes de minusválidos (CERMI): la *fundación de asistencia singular*, fundación con personalidad jurídica que tendría como beneficiario único al incapacitado cuya manutención gestione, o la *carga de asistencia regular*, con la que se afectarían bienes o derechos a la satisfacción de las necesidades de un incapacitado mediante la transmisión definitiva e incondicionada de su titularidad a una persona jurídica tutelar que se encargaría de administrarlos en beneficio de dicho incapacitado. Para este segundo caso la propuesta establecía que «los bienes y derechos que conforman la carga de asistencia singular no responderán en vida del incapacitado de las obligaciones propias de la persona jurídica tutelar que los administre».

J. Duque («Consideraciones sobre el concurso del patrimonio especial para la protección de las personas con discapacidad», en RDCP, 1, 2004, p. 49 y ss.), tras denunciar cómo el silencio legal es incongruente con la finalidad perseguida con la regulación del patrimonio protegido, propone, como alternativa para poder separar el patrimonio protegido del patrimonio personal, la constitución de una sociedad unipersonal, en la que todas las participaciones queden en manos del discapacitado.

217 En este sentido, J. Duque, «Consideraciones sobre el concurso del patrimonio especial», p. 50.

#### 4.6.2. Otros patrimonios autónomos

##### A) Cuestiones y suscripciones públicas

La disp. adicional 4ª LODA establece que «los promotores de cuestionaciones y suscripciones públicas, actos benéficos y otras iniciativas análogas de carácter temporal, destinadas a recaudar fondos para cualquier finalidad lícita y determinada, *responden, personal y solidariamente, frente a las personas que hayan contribuido, de la administración y la inversión de las cantidades recaudadas*». La ley establece una regla de responsabilidad, pero no determina con qué bienes responden los promotores ni, tampoco, si los bienes del fondo podrían servir para satisfacer a los acreedores personales de sus promotores<sup>218</sup>, aunque parece razonable excluir esta posibilidad, dada la finalidad de constitución del fondo y la falta de titularidad que del mismo ostentan los promotores.

Literalmente, la norma se refiere, únicamente, a la responsabilidad de los promotores frente a quienes hayan contribuido, pero nada dice de la responsabilidad por las deudas que se hayan podido contraer con terceros. Para este supuesto, y el criterio parece que debe asumirse, se ha defendido la aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 10.4 LODA (al que me he referido antes), que se ocupa de la responsabilidad en el caso de asociaciones no inscritas y que daría lugar a la responsabilidad solidaria de los promotores y el patrimonio de la cuestión, caso de existir<sup>219</sup>. En un paso más, aunque parece una hipótesis meramente académica, podría defenderse igualmente la aplicación analógica del art. 18.4 LODA. Puesto que la responsabilidad de promotores y del fondo es solidaria, debería tenerse en cuenta el art. 85.5 LC cuya solución, como ha quedado expuesto más arriba, es admitida por la doctrina también en los supuestos en que sólo uno de los deudores solidarios es declarado en concurso<sup>220</sup>.

---

218 *Vid.* Arroyo i Amayuelas, «Los patrimonios fiduciarios y el *trust*», en RCDI 2006, 693, p. 39.

219 J. J. Marín López, «Personalidad jurídica, capacidad y responsabilidad de las asociaciones», en *Asociaciones y fundaciones*, XI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Murcia, 2005, p. 159.

220 Por todos, Bermejo, «Artículo 85», en Rojo – Beltrán, *Comentario de la Ley concursal*, T. II, Madrid, 2004, p. 1532.

## B) «Fundación irregular» y cargas afectas a fines de interés general

a) El art. 4 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones, atribuye a la fundación personalidad jurídica desde la inscripción de la escritura pública de su constitución en el correspondiente registro. Antes de la inscripción hay una fundación «en proceso de formación», que la ley contempla como una situación transitoria, lo que ha llevado a negar que la ley esté reconociendo un ente autónomo y a excluir que se produzca una separación de patrimonios<sup>221</sup>. Resulta discutible, sin embargo, que la responsabilidad solidaria de los patronos por las obligaciones contraídas en nombre de la fundación<sup>222</sup> excluya la posibilidad de que los acreedores agredan, cuando lo haya, el patrimonio

---

221 En este sentido, V. L. Montés, «Fragmentos de un estudio sobre las fundaciones en el Derecho español, después de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre», en *Asociaciones y fundaciones*, XI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Murcia, 2005, p. 195.

222 Así se establece expresamente en el art. 13: «Fundación en proceso de formación. 1. Otorgada la escritura fundacional, y en tanto se procede a la inscripción en el correspondiente Registro de Fundaciones, el Patronato de la fundación realizará, además de los actos necesarios para la inscripción, únicamente aquellos otros que resulten indispensables para la conservación de su patrimonio y los que no admitan demora sin perjuicio para la fundación, los cuales se entenderán automáticamente asumidos por ésta cuando obtenga personalidad jurídica. 2. Transcurridos seis meses desde el otorgamiento de la escritura pública fundacional sin que los patronos hubiesen instado la inscripción en el correspondiente Registro de Fundaciones, el Protectorado procederá a cesar a los patronos, quienes responderán solidariamente de las obligaciones contraídas en nombre de la fundación y por los perjuicios que ocasione la falta de inscripción. Asimismo, el Protectorado procederá a nombrar nuevos patronos, previa autorización judicial, que asumirán la obligación de inscribir la fundación en el correspondiente Registro de Fundaciones».

Con anterioridad, el art. 11 de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de fundaciones, establecía una responsabilidad principal del patrimonio fundacional y subsidiaria (y solidaria entre sí) de los patronos: «Otorgada la escritura fundacional y en tanto se procede a la inscripción en el Registro de Fundaciones, el órgano de gobierno de la Fundación realizará, además de los actos necesarios para la inscripción, únicamente aquellos otros que resulten indispensables para la conservación de su patrimonio y los que no admitan demora sin perjuicio para la Fundación, los cuales se entenderán automáticamente asumidos por ésta cuando obtenga personalidad jurídica. En el supuesto de no inscripción, la responsabilidad se hará efectiva sobre el patrimonio fundacional, y, no alcanzando éste, responderán solidariamente los patronos». Para hacer efectiva esta responsabilidad principal del patrimonio fundacional la doctrina ha venido entendiendo que es necesario mantener separado el patrimonio del fundador del patrimonio fundacional (*vid.* Real Pérez, «Las fundaciones en proceso de formación: comentario del artículo 11 de la Ley 30/1994, de fundaciones», en *Constitución y extinción de fundaciones*, Real Pérez, directora, Valencia, 1999, p. 254, con cita de Caffarena y Ferrer i Riba en el mismo sentido).

«de la fundación»<sup>223</sup> y, en consecuencia, tampoco parece que deba negarse la posibilidad de que sea declarada en concurso de acreedores<sup>224</sup>.

b) Los adquirentes de bienes gravados con cargas duraderas para la realización de fines de interés general que no constituyeran con ellos una fundación ni los integraran en una ya constituida, tal y como preveía la derogada legislación de fundaciones de 1994, debían cumplir la carga impuesta bajo la vigilancia del Protectorado<sup>225</sup>. A pesar de que se contemplaba la inscripción

---

223 Tras advertir que el art. 13 de la Ley de 2002 sólo se ocupa de un caso muy concreto de no inscripción, apunta Caffarena que, para los actos necesarios para la inscripción o inaplazables sin perjuicio para la fundación, si la posterior denegación de la inscripción no es imputable a los patronos, que han actuado con la diligencia debida, la responsabilidad no debe recaer sobre los patrimonios de éstos, sino sobre el patrimonio de la fundación no inscrita y si éste no fuera bastante, sobre los demás bienes del fundador (Caffarena, «La constitución de las fundaciones», en *Comentarios a las leyes de fundaciones y de mecenazgo*, Muñoz Machado, Cruz Amorós y De Lorenzo García, directores, Madrid, 2005, p. 143).

Durante la vigencia de la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones de Cataluña, Badosa defendió que existía una separación patrimonial por la gestión, no por la titularidad («Sobre los patrimonios fiduciarios en Cataluña», en *El trust en el Derecho civil*, E. Arroyo directora, Barcelona, 2007, p. 448). Esta conclusión podía apoyarse en la redacción del art. 13.1 de la ley, conforme al cual: «Mientras no se produzca la inscripción, los créditos nacidos de las obligaciones contraídas por razón de los actos referidos por el artículo 12.1 [actuaciones que sean necesarias para que se produzca la inscripción, para la conservación de los bienes y los derechos que integran la dotación inicial y para evitar cualquier perjuicio a la actividad futura de la fundación] *se han de hacer efectivos en primer lugar sobre los bienes destinados a integrar el patrimonio fundacional. Si estos bienes son insuficientes, los fundadores o las personas que han actuado en nombre de la fundación han de responder de ello solidariamente*». En la actualidad, sin embargo, no existe precepto equivalente en el Código civil, cuyo art. 312-15 se limita a establecer como regla de responsabilidad antes de la inscripción que: «Los fundadores, promotores, miembros del órgano de gobierno o demás personas encargadas de promover la inscripción de una persona jurídica *responden personalmente de las consecuencias derivadas de la falta de esta inscripción en caso de negligencia o culpa*». Puede ser útil tener en cuenta también en este ámbito las reflexiones de Caffarena a que me he referido en el párrafo anterior de esta misma nota.

224 Admite expresamente la declaración de concurso de la fundación no inscrita, superando la literalidad del art. 1 LC, que exigiría que el concursado tuviera personalidad jurídica, con el argumento de que el patrimonio puede estar afecto al cumplimiento de obligaciones, La Casa García, «Apuntes sobre el concurso de las fundaciones», en RDCP 5, 2006, p. 153.

225 A las cargas duraderas impuestas sobre bienes para la realización de fines de interés general se refería la disp. adicional 1ª de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general y la disp. adicional 1ª del RD 316/1996, de 23 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de fundaciones de competencia estatal, arts. 3, 7.1 y 4 y 8.3 del RD 384/1996, de 1 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de fundaciones de competencia estatal. En la actualidad, el RD 1611/2007, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de fundaciones de competencia estatal, establece que no podrán inscribirse en el Registro de fundaciones de competencia estatal nuevas cargas duraderas sobre bienes para la realización de fines de interés general, ni modificarse la ins-

de «las cargas» en el Registro de Fundaciones si no se constituía con tales bienes una fundación, el adquirente de los mismos era titular de un patrimonio destinado a un fin, pero parece inevitable afirmar que, en caso de insolvencia del titular, la responsabilidad se extendería a todo su patrimonio.

La ley 4/2008, de 24 de abril, del libro III del Código civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas admite que en las fundaciones se constituyan *fondos especiales* con bienes aportados por personas físicas o jurídicas que quieran destinarlos a finalidades de interés general, sin dotarlos de personalidad autónoma (art. 334-1). Estos fondos deben administrarse de forma separada respecto del resto del patrimonio fundacional (art. 334-4.2), pero no parece que lleguen a configurarse como un patrimonio separado a efectos de la responsabilidad por deudas.

### C) Fondos «sin personalidad jurídica»

No existe una regulación uniforme de los diferentes fondos de titulación (fondos de titulación hipotecaria, fondos de titulación resultantes de la moratoria nuclear, fondos de titulación de activos), pero sí la constante legal que les niega personalidad jurídica<sup>226</sup>. La falta de personalidad requiere

---

cripción de las existentes. Las inscripciones de cargas duraderas actualmente vigentes se mantendrán en un libro específico del Registro de fundaciones de competencia estatal hasta que se produzca su cancelación.

226 Así, art. 1 del Real Decreto 926/1998, de 14 mayo, por el que se regulan los fondos de titulación de activos y las sociedades gestoras de fondos de titulación («Los fondos de titulación de activos son patrimonios separados, *carentes de personalidad jurídica*»); art. 11 del Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de regulación de los planes y fondos de pensiones («los fondos de pensiones *carecerán de personalidad jurídica*»); art. 3.1 de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva («Los fondos de inversión son IIC configuradas como patrimonios separados *sin personalidad jurídica*, pertenecientes a una pluralidad de inversores, incluidos entre ellos otras IIC, cuya gestión y representación corresponde a una sociedad gestora, que ejerce las facultades de dominio sin ser propietaria del fondo, con el concurso de un depositario, y cuyo objeto es la captación de fondos, bienes o derechos del público para gestionarlos e invertirlos en bienes, derechos, valores u otros instrumentos, financieros o no, siempre que el rendimiento del inversor se establezca en función de los resultados colectivos).

Las normas establecen de forma expresa que los fondos carecen de personalidad jurídica, si bien se ha advertido de la incoherencia legal, pues lo cierto es que por su configuración actúan en el tráfico como verdaderos sujetos de derechos: son titulares de los activos cedidos, emiten los valores de titulación, son partes contratantes en los distintos contratos de mejora crediticia, son titulares de hipotecas con acceso al Registro de la Propiedad (*Vid. Payá, Régimen legal de la titulación*, Valencia, 2002, pp. 277, 283, 538).

que otra entidad, con personalidad jurídica y capacidad de obrar, administre y represente el fondo. Estas entidades son las sociedades gestoras de los fondos de titulización<sup>227</sup>.

La fragmentación de los atributos de la propiedad, separando la administración del fondo de los beneficios de la propiedad<sup>228</sup> y la atribución a la sociedad gestora de un deber fiduciario en interés de los titulares de los valores, dota a los fondos de gran seguridad<sup>229</sup>. En efecto, la separación creada mediante la titulización mantiene a los inversores adquirentes de los valores de titulización a salvo tanto de la insolvencia de los originadores-cedentes de los créditos como de la insolvencia de la entidad gestora<sup>230</sup>.

Las leyes reguladoras de los diferentes fondos determinan el activo y del pasivo de los mismos. El activo está integrado, fundamentalmente, por los activos crediticios adquiridos del cedente, y el pasivo por los valores de titulización emitidos, pero también, respectivamente, por los derechos y obligaciones contraídos como resultado de los distintos mecanismos de financiación, de mejora crediticia y de financiación<sup>231</sup>. La cuestión que se ha planteado es la de si, a pesar de la falta de personalidad jurídica, y dada la autonomía patrimonial del fondo<sup>232</sup>, es posible que, en caso de insolvencia,

---

227 Sobre el «esquema fiduciario» utilizado en esta normativa, caracterizado por la gestión en interés ajeno del gestor y la falta de personalidad jurídica, *vid.* Badosa Coll, «Examen de tres esquemas fiduciarios en el Derecho español», en *Homenaje Díez-Picazo*, I, Madrid, 2003, p. 221 y ss.

228 Para cada uno de los fondos, la doctrina discute la naturaleza de los derechos de los partícipes, y si es una forma de copropiedad, un derecho de crédito al reembolso de las participaciones. Por todos, *vid.* Tapia Hermida, «Los fondos de titulización de activos y sus sociedades gestoras. Comentario urgente del Real Decreto 926/1998», en *RDBB* 77, 2000, p. 119 y ss.; Payá, *Régimen legal de la titulización*, Valencia, 2002, p. 284; Nasarre Aznar, *La garantía de los valores hipotecarios*, Madrid – Barcelona, p. 923; Badosa Coll, «Examen de tres esquemas fiduciarios en el Derecho español», p. 233; Ortí – García Garnica, «Los fondos de inversión inmobiliaria. Aproximación a su régimen jurídico», en *RCDI* 690, 2005, especialmente, p. 1243 y p. 1250.

229 Sobre la conexión entre esta estructura y el *trust* anglosajón, donde deben buscarse las raíces de los fondos, Payá, *Régimen legal de la titulización*, Valencia, 2002, pp. 282, 336.

230 Esta es una de las ventajas que la estructura del fondo ofrece frente a las estructuras societarias (Payá, *Régimen legal de la titulización*, Valencia, 2002, pp. 331, 397, 399, 407, 411, 418, 538; también, Nasarre Aznar, *La garantía de los valores hipotecarios*, pp. 913, 921, 941).

231 Payá, *Régimen legal de la titulización*, Valencia, 2002, p. 276 y 285 y ss.

232 Los acreedores de los fondos de pensiones no podrán hacer efectivos sus créditos sobre los patrimonios de los promotores de los planes y de los partícipes, cuya responsabilidad está limitada a sus respectivos compromisos de aportación a sus planes de pensiones adscritos. El patrimonio de los fondos no responderá por las deudas de las entidades promotora, gestora y depositaria (art. 12 del Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de regulación de los planes y fondos de pensiones; art. 3 RD 304/2004, de 20 de febrero,

sea declarado en concurso<sup>233</sup>.

En esta materia debe tener en cuenta, en particular, el dato normativo de que, con arreglo a su legislación especial, la liquidación se hará siempre conforme a las reglas que habrán de preverse en las escrituras de constitución y emisión, lo que ha permitido razonablemente negar el sometimiento del fondo a las reglas concursales<sup>234</sup>.

Así, el art. 11.d. del RD 926/1998 establece que los fondos de titulización de activos se extinguen: «Cuando se produzca un impago indicativo de un desequilibrio grave y permanente en relación con alguno de los valores emitidos o con algún crédito no subordinado o se prevea que se va a producir. *En este caso, la sociedad gestora, tras informar a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, procederá a la liquidación ordenada del fondo, conforme a las reglas establecidas al efecto en la escritura pública de constitución del fondo de titulización de activos*»<sup>235</sup>. Parecidamente, conforme al art. 5 del Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de regulación de los planes y fondos de pensiones, la liquidación de los planes de pensiones se ajustará a lo dispuesto en sus especificaciones, que deben incluir necesariamente causas de terminación del plan y normas para su liquidación (art. 6), y se establecen requisitos semejantes en la escritura de constitución de los fondos de pensiones (art. 11.2.9º)<sup>236</sup>. Para

---

aprueba el Reglamento de planes y fondos de inversiones). El patrimonio de los fondos de inversión se constituirá con las aportaciones de los partícipes y sus rendimientos; los partícipes no responderán por las deudas del fondo sino hasta el límite de lo aportado; el patrimonio de los fondos de inversión no responderá por las deudas de los partícipes, sociedades gestoras o depositarios (art. 6 de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva).

233 Cree que sí, a la vista de su autonomía patrimonial, R. Bercovitz, «Artículo 1», p. 32. También, Pulgar, *La declaración*, p. 302, a la vista de la autonomía patrimonial de los fondos, de su consideración legal como patrimonios separados, aunque sin personalidad jurídica, defiende la aplicación analógica de la solución prevista en el art. 1.2 LC para el concurso de la herencia.

Rojo, por el contrario, advierte que, al no tener la condición de personas jurídicas, no puede ser declarado el concurso de fondos de inversión, fondos de pensiones o de aquellos otros fondos legalmente reconocidos como patrimonios separados sin personalidad jurídica («Artículo 1», p. 149). Parecidamente, Morillas, *El concurso*, 2004, p. 180, con cita de Broseta y Soto Vázquez en el mismo sentido.

234 Así lo entiende, M. Castilla, *Titulización de créditos*, Madrid, 2002, p. 226.

235 Conforme al art. 6.1.d) del RD 926/1998, la escritura pública de constitución de los fondos determinará «las reglas con arreglo a las cuales se regirá el proceso de liquidación del fondo».

236 Con más detalle, el art. 59.j) del RD 304/2004, exige que, entre las normas de funcionamiento del fondo se incluyan «las normas que hayan de regir la disolución y liquidación del fondo de pensiones». El art. 61.1.d) ordena que los planes integrados en fondos de pensiones especifiquen el procedimiento de liquidación y el art. 62.2 establece que la entidad gestora actuará en la liquidación bajo el mandato y directrices de la comisión de control del fondo.



los fondos de inversión, la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva establece que la liquidación del fondo se realizará por la sociedad gestora con el concurso del depositario y previo el cumplimiento de los requisitos de publicidad y garantías que el reglamento de esta ley establezca (art. 24.2). La Comisión Nacional del Mercado de Valores podrá acordar, además, la intervención del procedimiento de liquidación (art. 24.4)<sup>237</sup>.

El régimen de supervisión y ordenación administrativa de estos fondos sería la razón que justificaría la exclusión de la declaración de concurso, y no la falta de personalidad jurídica. En consecuencia, debería tenerse en cuenta la regla prevista en el art. 174 LC para las entidades que, de acuerdo con la legislación administrativa económica, pueden ser intervenidas en casos de crisis económica. De esta forma, se dejaría abierta la posibilidad de exigir la responsabilidad y los efectos personales y patrimoniales que establece la ley para los supuestos de calificación culpable del concurso (art. 172 LC), aunque no haya previa declaración de concurso<sup>238</sup>.

Existe, además, desde la perspectiva de los derechos de los trabajadores, una preocupación especial por la insolvencia de los fondos de pensiones, que constituyen «patrimonios creados al exclusivo objeto de dar cumplimiento a los planes de pensiones» (art. 2 de la Ley de regulación de los planes y fondos de pensiones). El art. 8 de la Directiva 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario (versión codificada) impone a los Estados miembros la obligación de imponer medidas que aseguren los derechos de los trabajadores en caso de insolvencia del

---

237 Desarrollando estas previsiones, el art. 10.1 del RD 1309/2005, establece que el reglamento de gestión del fondo debe incluir «las causas de disolución del fondo y las normas para su liquidación, indicando la forma de distribuir en tal caso el patrimonio entre los partícipes de aquel y los requisitos de publicidad que previamente habrán de cumplirse» y regula con más detalle las reglas aplicables a la disolución y liquidación del fondo.

238 En efecto, conforme al art. 174 LC: «Formación de la sección de calificación. 1. En los casos de adopción de medidas administrativas que comporten la disolución y liquidación de una entidad y excluyan la posibilidad de declarar el concurso, la autoridad supervisora que las hubiera acordado comunicará inmediatamente la resolución al juez que fuera competente para la declaración de concurso de esa entidad. 2. Recibida la comunicación y, aunque la resolución administrativa no sea firme, el juez, de oficio o a solicitud del Ministerio Fiscal o de la autoridad administrativa, dictará auto acordando la formación de una sección autónoma de calificación, sin previa declaración de concurso. Se dará al auto la publicidad prevista en esta ley para la resolución judicial de apertura de la liquidación».

empresario<sup>239</sup>. El Tribunal de Justicia ha declarado que el precepto no impone a los Estados la obligación de financiar ellos mismos las prestaciones en caso de que deba liquidarse el fondo y los activos no sean suficientes para cubrir la totalidad de las prestaciones debidas al conjunto de los partícipes. Los Estados disponen de un margen de apreciación en cuanto a los mecanismos que hayan de adoptarse para la protección requerida (una obligación de seguro, el establecimiento de una institución de garantía...) y la responsabilidad del Estado en caso de adaptación incorrecta al Derecho interno del art. 8 está supeditada a la constatación de una inobservancia manifiesta y grave por parte del Estado de los límites impuestos a su facultad de apreciación: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 25 de enero de 2007 (*Recopilación de Jurisprudencia 2007*, p. I-01053)<sup>240</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

- Albaladejo, «La distinción entre comunidad y sociedad», AC 1995.
- Albaladejo, Curso de Derecho civil, V, Derecho de Sucesiones, 7ª ed., Barcelona, 1997.
- Albaladejo, Derecho civil II, Derecho de obligaciones, 12ª ed., Madrid, 2004.
- Alonso Ureba, «La unificación subjetiva y la tramitación abreviada del concurso de acreedores», en *Homenaje Olivencia*, T. II, Madrid, 2005.
- Arroyo i Amayuelas, «El benefici de separació de patrimonis en el Dret civil català», RJC 2000 3.
- Arroyo i Amayuelas, «Los patrimonios fiduciarios y el trust», en RCDI 2006, 693.

---

239 Art. 8: «Los Estados miembros se asegurarán de que se adopten las medidas necesarias para proteger los intereses de los trabajadores asalariados y de las personas que ya han dejado la empresa o el centro de actividad del empresario, en la fecha en que se produce la insolvencia de este, en lo que se refiere a sus derechos adquiridos, o a sus derechos en curso de adquisición, a prestaciones de vejez, incluidas las prestaciones a favor de los supervivientes, en virtud de regímenes complementarios de previsión profesionales o interprofesionales que existan independientemente de los regímenes legales nacionales de seguridad social».

240 Sobre la suficiencia de los mecanismos adoptados en la legislación española para hacer frente a las situaciones de insolvencia, Luque Parra, «La insolvencia de los planes y fondos de pensiones: adaptación de la normativa interna a la Directiva 80/987/CEE tras la promulgación de la Ley 30/1995», Aranzadi Social II, Pamplona, 2006; Fernández Bernat, *Los planes de pensiones del sistema de empleo*, Pamplona, 2007, p. 792.

- Badosa Coll, «Examen de tres esquemas fiduciarios en el Derecho español», en Homenaje Díez-Picazo, I, Madrid, 2003.
- Badosa Coll, «La constitució de patrimonis fiduciaris en el Dret Català», en La Notaría 2, 2002, Arroyo i Amayuelas, «Los patrimonios fiduciarios y el trust», en RCDI 2006, 693.
- Badosa Coll, «Sobre los patrimonios fiduciarios en Cataluña», en El trust en el Derecho civil, E. Arroyo directora, Barcelona, 2007.
- Bellido, «Artículo 25», en Rojo – Beltrán, Comentario de la Ley concursal, T. I, Madrid, 2004.
- Beltrán, «Insolvencia, insolvencia inminente e insolvencia cualificada», Il trattamento giuridico della crisi d'impresa, a cura di A. Sarcina – J. A. García Cruces, Bari, 2008.
- Beltrán, Voz «Quiebra de la sociedad anónima», en EJB Civitas, Madrid, 1986.
- Bercovitz, A., «El presupuesto subjetivo del concurso. En particular, el problema del sobreendeudamiento de los consumidores», en *Las claves de la Ley Concursal*, Quintana – Bonet – García-Cruces, directores, Pamplona, 2005.
- Bercovitz, R., «Artículo 1», en Comentarios a la Ley concursal, R. Bercovitz (coordinador), T. I, Madrid, 2004.
- Bercovitz, R., «Artículo 40», en Comentarios a la Ley concursal, R. Bercovitz (coordinador), T. I, Madrid, 2004.
- Bermejo, «Artículo 87», en Rojo – Beltrán, Comentario de la Ley concursal, T. II, Madrid, 2004.
- Bianca, C. M., Diritto civile, I, La norma giuridica. I soggetti, Milano, 2002.
- Blanquer Uberos, «Efectos del concurso sobre los derechos de la persona del deudor, familia y sucesiones», en *La nueva Ley Concursal. Estudios de Derecho Judicial* núm. 59-2004, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005 (también en Cuadernos de Derecho y comercio, 43, 2005).
- Blanquer Uberos, «Notas acerca de la relación entre concurso y sociedad de gananciales», en Homenaje Olivencia, II, Madrid, 2005.
- Bolás, «El concurso del causante, de la herencia y del heredero», Homenaje Olivencia, T. II, Madrid, 2005.
- Bonelli, G., Del fallimento, III, Milano, 1923.
- Bonet, Á., «Artículo 14», en Comentarios a la Ley concursal, R. Bercovitz (coordinador), T. I, Madrid, 2004.

- Bonet, Á., «Artículo 25», Comentarios a la Ley concursal, R. Bercovitz (coordinador), T. I, Madrid, 2004.
- Broseta, Manual de Derecho Mercantil, 9ª ed., Madrid, 1991.
- Broseta, Manual de Derecho Mercantil, Madrid, 1977.
- Cabanas Trejo, «Situaciones de insolvencia en la empresa familiar (especial atención a los créditos subordinados)», en El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos, T. I, Garrido Melero y Fugardo Estivill coordinadores generales, Barcelona, 2005.
- Caffarena, «La constitución de las fundaciones», en Comentarios a las leyes de fundaciones y de mecenazgo, Muñoz Machado, Cruz Amorós y De Lorenzo García, directores, Madrid, 2005.
- Cámara Águila, «Artículo 178», en Comentarios a la Ley concursal, R. Bercovitz (coordinador), T. II, Madrid, 2004.
- Cámara Águila, «Artículo 179», en Comentarios a la Ley concursal, R. Bercovitz (coordinador), T. II, Madrid, 2004.
- Cámara Águila, «Artículo 182», en Comentarios a la Ley concursal, R. Bercovitz (coordinador), T. II, Madrid, 2004.
- Capilla Roncero, «Artículo 1670», en Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, T. XXI-1, M. Albaladejo, director, Madrid, 1986.
- Capilla Roncero, «Artículo 1699», en Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, T. XXI-1, M. Albaladejo, director, Madrid, 1986.
- Capilla Roncero, «Artículo 1700», en Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, T. XXI-1, M. Albaladejo, director, Madrid, 1986.
- Capilla Roncero, La persona jurídica: funciones y disfunciones, Madrid, 1984.
- Capilla Roncero, La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento del crédito, Jerez, 1989.
- Capilla Roncero, La sociedad civil, Bolonia, 1984.
- Castilla, M., Titulización de créditos, Madrid, 2002.
- Cazorla González, El concurso de la herencia, Madrid, 2007.
- Condomines Valls – Faus Esteve, Derecho civil especial de Cataluña. Ley de 21 de julio de 1960 anotada, Barcelona, 1960, p. 302).
- Cortés Domínguez, «La naturaleza jurídica de la declaración judicial de concurso», en Tratado de Derecho Mercantil, Derecho concursal. Vol. 7. Derecho procesal concursal, Madrid – Barcelona, 2008.
- Cossío, «Hacia un nuevo concepto de la persona jurídica», en ADC 1954.
- Cossío, «La teoría del patrimonio», en Estudios de Derecho público y privado

- ofrecidos al pf. Ignacio Serrano, I, Estudios de Derecho civil, Valladolid, 1965.
- Cuadrado Iglesias, «Reflexiones acerca del patrimonio protegido de las personas con discapacidad», en Homenaje Albaladejo, Murcia, 2004.
- Cuena Casas, «Insolvencias familiares ante situaciones de crisis económica. Una asignatura pendiente de la Ley concursal», en AJA 762/2008.
- Cuena Casas, *El concurso de acreedores de persona casada en régimen económico matrimonial de comunidad*, Estudios de Derecho Concursal 12, Pamplona, 2008.
- Damián Moreno, «El procedimiento de declaración de concurso», en Tratado de Derecho Mercantil, Derecho concursal. Vol. 7. Derecho procesal concursal, Madrid – Barcelona, 2008.
- De Castro, La persona jurídica, 2ª ed., Madrid, 1984.
- De Castro, Temas de Derecho civil, Madrid, 1976, reimpresión de la ed. 1972.
- De la Cámara, Estudios de Derecho Mercantil I, Madrid, 1978.
- De la Cuesta Rute, «Comentario a la sentencia de 19 de noviembre de 1982», en La Ley 1983-1.
- De la Oliva, «Artículo 543», en Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, De La Oliva, Díez-Picazo, Vegas, Banacloche, Madrid, 2000.
- De la Oliva, «Artículo 6», en Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, De La Oliva, Díez-Picazo, Vegas, Banacloche, Madrid, 2000.
- De los Mozos, «Aproximación a una teoría general del patrimonio», en RDP, 1991.
- De Torres Perea, Alcance de la personalidad jurídica de la sociedad externa, Valencia, 2003.
- Desdentado, E., La personificación del empresario laboral: problemas laborales y procesales, Valladolid, 2006.
- Díaz Alabart – Álvarez Moreno, «El patrimonio protegido de las personas con discapacidad», en Estudio de la Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, Ibermutuamur – Associació Catalana Nabui, 2004.
- Díaz Martínez, «Artículo 3», en Comentarios a la Ley de propiedad horizontal, R. Bercovitz coordinador, Pamplona, 1999.
- Díez Soto, «La herencia en la nueva Ley Concursal», Homenaje Puig Ferriol, J. M. Abril, M. E. Amat, coord., vol. I, Valencia, 2006.
- Díez-Picazo y Gullón, Sistema de Derecho civil, II, 6ª ed., Madrid, 1992.

- Doral García, «El patrimonio como instrumento técnico jurídico», en ADC 1983.
- Duque, J. «Consideraciones sobre el concurso del patrimonio especial para la protección de las personas con discapacidad», en RDCP, 1, 2004.
- Duque, J., «Artículo 25», en Comentarios a la legislación concursal, Pulgar Ezquerro – Alonso Ureba – Alonso Ledesma – Alcover Garau (directores), T. I, Madrid, 2004.
- Egúsquiza Balmaseda, en Comentarios al Fuero Nuevo (Compilación del Derecho civil de Navarra), Rubio Torrano dir., Pamplona, 2002.
- Espejo Lerdo de Tejada, «Presupuestos dogmático-sucesorios del concurso de la herencia. Una aproximación civilística a la Ley concursal», Homenaje a Olivencia, T. II, Madrid – Barcelona, 2005.
- Fairén, «Patrimonio y responsabilidad patrimonial», en RDN 1962.
- Fernández Ballesteros, «Algunas cuestiones sobre la petición de concurso voluntario», RDCP 2004.
- Fernández Bernat, Los planes de pensiones del sistema de empleo, Pamplona, 2007.
- Fernández Carrón, *El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas*, Pamplona, 2008.
- Fernández del Pozo, «Sobre la preconcursalidad y la prevención de la insolvencia. El mecanismo de alerta preconcursal», en La reforma de la legislación concursal, A. Rojo, director, Madrid – Barcelona, 2003.
- Gallego Domínguez, «Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado», en Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad, J. Pérez de Vargas coordinador, Madrid, 2007.
- García Bañón, El beneficio de separación, Madrid, 1962.
- García Rubio, «Artículo 48», en Comentarios a la Ley concursal, R. Bercovitz (coordinador), T. I, Madrid, 2004.
- García Villaverde, «El presupuesto subjetivo de la apertura del concurso», en Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la reforma concursal, García Villaverde, Alonso Ureba y Pulgar Ezquerro, directores, Madrid, 2003.
- García-Cruces, «Artículos 163 a 175», en Rojo – Beltrán, Comentario de la Ley concursal, Madrid, 2004.
- Garrigues, «Teoría general de las sociedades mercantiles», RDM 1974.
- Garrigues, Curso de Derecho Mercantil II, 7ª ed., Madrid, 1980.

- Garrote Fernández-Díez, *Contratos sobre comunidades de bienes y figuras afines. Doctrina y jurisprudencia*, Cizur Menor, 2006.
- Girón Tena, «Las sociedades irregulares», *ADC* 1951.
- Girón Tena, *Derecho de sociedades I*, Madrid, 1975.
- Girón Tena, *Derecho de sociedades, I*, Madrid, 1976.
- Girón Tena, *Estudios de Derecho Mercantil*, Madrid, 1955.
- Gómez Calero, J., *Las agrupaciones de interés económico. Las uniones temporales de empresa*, T. 18 del Tratado de Derecho Mercantil, Madrid, 2001.
- González Carrasco, «Artículo 3», en *Comentarios a la Ley concursal*, R. Bercovitz (coordinador), T. I, Madrid, 2004.
- Gutiérrez de Cabiedes, «Artículo 191», en *Comentarios a la Ley Concursal*, Cordón Moreno, F., director, Pamplona, 2004.
- Gutiérrez de Cabiedes, *El sobreendeudamiento doméstico. Prevención y solución*, Cizur Menor, 2009.
- Herrero Pérezagua, «Aspectos procesales del sobreendeudamiento de los consumidores», en *La tutela jurisdiccional del crédito*, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, (en prensa).
- Hevia Bolaños, *Curia Filipica*, Madrid, 1717.
- Hidalgo García, «Artículo 1.2», *Comentarios a la legislación concursal*, J. Sánchez Calero y V. Guilarte Gutiérrez, directores, T. I, Valladolid, 2004.
- Illescas, «La persona física concursada: sistemática y normas particulares comunes», en *Homenaje Olivencia*, T. II, Madrid – Barcelona, 2005.
- La Casa García, «Apuntes sobre el concurso de las fundaciones», en *RDCP* 5, 2006.
- Lacruz, *Derecho de sucesiones*, Barcelona, 1961.
- Lacruz, *Elementos de Derecho civil*, III-2, 2ª ed., Barcelona, 1991.
- Lacruz, *Sucesiones por causa de muerte. Parte general*, Barcelona, 1961.
- Lacruz, *Sucesiones por causa de muerte. Parte general*, Barcelona, 1971.
- Lacruz/Rams, *Elementos de Derecho civil*, V, Madrid, 2004.
- Lacruz /Rivero Hernández, *Elementos de Derecho civil II-2*, 2ª ed., Madrid, 2002.
- Leciñena Ibarra, *La sociedad de medios entre profesionales*, Valencia, 2001.
- López Sánchez, J., «Artículo 184», en *Comentarios a la Ley concursal*, R. Bercovitz (coordinador), T. II, Madrid, 2004.

- López Santana, N, «Observaciones en torno a la posibilidad de concurso de la sociedad irregular», en Homenaje Olivencia, T. I, Madrid – Barcelona, 2005.
- López-Galiacho Perona, «Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido del discapacitado», en RCDI 687, 2005.
- Luque Parra, «La insolvencia de los planes y fondos de pensiones: adaptación de la normativa interna a la Directiva 80/987/CEE tras la promulgación de la Ley 30/1995», Aranzadi Social II, Pamplona, 2006.
- Marín López, J. J., «Artículo 1698», en Comentarios al Código civil, R. Bercovitz coordinador, 2ª ed., Pamplona, 2006.
- Marín López, J. J., «Personalidad jurídica, capacidad y responsabilidad de las asociaciones», en Asociaciones y fundaciones, XI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Murcia.
- Martín Queralt, Curso de Derecho financiero y Tributario, 15ª ed., Madrid, 2004.
- Martín Santiesteban, «El patrimonio de destino de la Ley de protección patrimonial de personas con discapacidad: ¿Un acercamiento al trust?», en AJA núm. 612, Pamplona, 2004.
- Messineo, F., Manuale di diritto civile e commerciale, I, Milano, 1957.
- Mezquita García-Granero, «Artículo 34», Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña (Ley 40/1991, de 30 de diciembre), T. I, Barcelona, 1994.
- Miquel, «Artículo 392», en Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, T. V, vol. 2, M. Albaladejo, director, Madrid, 1985.
- Miquel, «Artículo 393», en Comentario del Código civil, Paz-Ares, Díez-Picazo, R. Bercovitz, Salvador Coderch, directores, T. I, Madrid, 1991.
- Miquel, «Artículo 405», en Comentario del Código civil, Paz-Ares, Díez-Picazo, R. Bercovitz, Salvador Coderch, directores, T. I, Madrid, 1991.
- Miquel, «Artículo 405», en Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, T. V, vol. 2, M. Albaladejo, director, Madrid, 1985.
- Montés, V. L., «Alteraciones en la administración, gestión y disposición del patrimonio del concursado por efecto de la declaración y de la tramitación del concurso», en ADCo. 2007-2.
- Montés, V. L., «Fragmentos de un estudio sobre las fundaciones en el Derecho español, después de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre», en Asociaciones y fundaciones, XI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Murcia, 2005.
- Morillas Jarillo – Feliú Rey, Curso de cooperativas, Madrid, 2000.



- Morillas Jarillo, El concurso de las sociedades, Madrid, 2004.
- Nasarre Aznar, La garantía de los valores hipotecarios, Madrid – Barcelona, 2003.
- Núñez Iglesias, «Artículo 1669», Jurisprudencia civil comentada, Código civil, dir. Pasquau, T. II, Granada, 2000.
- Ocaña Rodríguez, «Derecho sucesorio y derecho de crédito. Una difícil confluencia», en Consejo General del Poder Judicial, Reflexiones sobre materias de Derecho sucesorio en la sociedad del siglo XXI, Madrid, 2009).
- Olivencia, «La confusión de patrimonios y el artículo 285 del Código de Comercio», en Estudios en Homenaje a Rodrigo Uría, Madrid, 1978.
- Orellana Cano, «Presupuestos de la declaración de concurso», en *Competencias de los juzgados de lo mercantil. Competencias en materia concursal y «competencias añadidas» mercantiles*, Sanjuán y Muñoz coordinador, Valencia, 2008.
- Ortí – García Garnica, «Los fondos de inversión inmobiliaria. Aproximación a su régimen jurídico», en RCDI 690, 2005.
- Osti, G., «La separazione dei patrimoni e il fallimento post mortem. Saggio schematico di ricostruzione», en G. Osti, Scritti Giuridici, Milano, II, 1973, p. 893 y ss.
- Palazón Garrido, «La continuación por el menor o incapacitado de la empresa de sus padres o causantes», en El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos, T. IV, Garrido Melero y Fugardo Estivill coordinadores generales, Barcelona, 2005.
- Paniagua Zurera, «Las uniones temporales de empresas», en Homenaje Sánchez Calero, V, Madrid, 2002.
- Pantaleón, «Asociación y sociedad (a propósito de una errata del Código civil)», ADC 1993.
- Pau, Las limitaciones patrimoniales del concursado, Madrid, 2004.
- Payá, Régimen legal de la titulización, Valencia, 2002.
- Paz-Ares, «Artículo 1667», en Comentario del Código civil, Paz-Ares, Díez-Picazo, R. Bercovitz, Salvador Coderch, directores, T. II, Madrid, 1991.
- Paz-Ares, «Artículo 1669», en Comentario del Código civil, Paz-Ares, Díez-Picazo, R. Bercovitz, Salvador Coderch, directores, T. II, Madrid, 1991.
- Paz-Ares, «Artículo 1698», en Comentario del Código civil, Paz-Ares, Díez-Picazo, R. Bercovitz, Salvador Coderch, directores, T. II, Madrid, 1991.
- Paz-Ares, «Artículo 1699», en Comentario del Código civil, Paz-Ares, Díez-Picazo, R. Bercovitz, Salvador Coderch, directores, T. II, Madrid, 1991.

- Paz-Ares, Curso de Derecho Mercantil, I, 2ª ed., R. Uría, A. Menéndez, directores, Madrid, 2001.
- Paz-Ares, Lecciones de Derecho Mercantil, A. Menéndez, director, 2ª ed., Madrid, 2004.
- Paz-Ares, La responsabilidad del socio colectivo, Madrid, 1993.
- Peña Bernaldo de Quirós, La herencia y las deudas del causante, reimpresión de la edición de 1967, con Epílogo: El régimen de las deudas del causante después de las grandes reformas legislativas, Granada, 2006.
- Peñas Moyayo, «Concurso de consumidores», *RDCP*, 8, 2008.
- Pereña Vicente, «El incapacitado ante la nueva protección jurídica del discapacitado», en *AC* 15, 2004.
- Pérez de Vargas, «Artículo 1.2», en Comentarios a la legislación concursal, Pulgar Ezquerro – Alonso Ureba – Alonso Ledesma – Alcover Garau (directores), T. I, Madrid, 2004.
- Pérez de Vargas, «El concurso de la herencia», *RDCP* 1, 2004.
- Prat y Rubí, Intervención de la persona jurídica en el juicio de la quiebra, Barcelona, 1985.
- Pulgar Ezquerro, «Concurso y consumidores en el marco del estado social del bienestar», en *RDCP*, 9, 2008.
- Pulgar Ezquerro, «El concurso de la cooperativa agraria y de la sociedad agraria de transformación», en J. Pulgar, dir., Cooperativas agrarias y sociedades agrarias de transformación, Madrid, 2006.
- Pulgar Ezquerro, La declaración del concurso de acreedores, Madrid, 2005.
- Quintana Carlo, «El sobreendeudamiento de los consumidores y la Ley Concursal», *Homenaje Olivencia*, T. II, Madrid – Barcelona, 2005.
- Ramírez, La quiebra, T. II, 2ª ed., puesta al día por Caminals y Clavé, Barcelona, 1998.
- Ramos Armero, «El beneficio de separación de patrimonios», en Estudios de Derecho Privado, II, De la Esperanza Martínez-Radio, coord., Madrid.
- Ramos Armero, «El beneficio de separación de patrimonios», en Estudios de Derecho Privado, II, De la Esperanza Martínez-Radio, coord., Madrid, 1965.
- Ramos Chaparro, La persona y su capacidad civil, Madrid, 1995.
- Real Pérez, «Las fundaciones en proceso de formación: comentario del artículo 11 de la Ley 30/1994, de fundaciones», en Constitución y extinción de fundaciones, Real Pérez, directora, Valencia, 1999.

- Rivero Hernández, «Los patrimonios autónomos. ¿Hacia una categoría general?», en Homenaje Alonso Pérez, II, Madrid, 2006.
- Rivero Hernández, «Teoría general del patrimonio», en El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos, T. I, Garrido Melero y Fugardo Estivill coordinadores generales, Barcelona, 2005.
- Robles Garzón, La quiebra de la herencia, Barcelona, 1979.
- Roca Sastre, «El beneficium separationis y los actuales sistemas de separación sucesoria», ADC, 1960.
- Roca Sastre, «El patrimonio», en RCDI 1926.
- Roca, E., «El concurso del deudor persona física», RJC 2004.
- Roca, E., en Institucions del Dret civil de Catalunya. Dret de successions, Puig I Ferriol – Roca i Trias, 4ª ed., Valencia, 1995.
- Rodríguez de Robles, «Artículo 544», en Comentarios a la nueva LEC, III, dir. Lorca Navarrete, Valladolid, 2000.
- Rojo, «Artículo 1 (Presupuesto subjetivo)», en Rojo – Beltrán, Comentario de la Ley concursal, T. I, Madrid, 2004.
- Rojo, «Artículo 3», en Rojo – Beltrán, Comentario de la Ley concursal, T. I, Madrid, 2004.
- Rojo, Lecciones de Derecho Mercantil, A. Menéndez, director, 2ª ed., Madrid, 2004.
- Rojo-Orduña, «Artículo 1 (La capacidad concursal de la herencia)»,.
- Sánchez Calero, «Sobre el sometimiento a la quiebra de los socios colectivos», RDM 59, 1956.
- Sánchez-Calero Guilarte, «Artículo 1», en Comentarios a la legislación concursal, J. Sánchez-Calero y V. Guilarte Gutiérrez, directores, Valladolid, 2004.
- Santarelli, U., Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell' età intermedia, Padova, 1964.
- Santos Morón, La responsabilidad de las asociaciones y sus órganos directivos, Madrid, 2007.
- Schmidt, K., «Fundamentos del nuevo Derecho concursal alemán. La Ley alemana de insolvencia de 1994 (InsO)», en Estudios sobre el Anteproyecto de Ley concursal de 2001, García Villaverde, Alonso Ureba, Pugar Ezquerro, directores, Madrid, 2002.
- Schmidt, K., «La reforma del Derecho concursal italiano y el Derecho concursal alemán. Un apunte de Derecho comparado desde la perspectiva alemana» (traducción al castellano de I. Tirado), en ADCo., 10-2007.

- Serrano García, I., *Protección patrimonial de las personas con discapacidad*, Madrid, 2008.
- Tapia Hermida, «Los fondos de titulización de activos y sus sociedades gestoras. Comentario urgente del Real Decreto 926/1998», en *RDBB* 77, 2000.
- Tena Piazuelo, *El concepto de sociedad civil irregular en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 1998.
- Tena Piazuelo, *La caracterización de la sociedad civil y su diferencia con la comunidad de bienes*, Valencia, 1997.
- Trigo García, «Personalidad jurídica en los entes del tercer sector», en *Tendencias legislativas y tercer sector: los modelos español e italiano*, Santiago de Compostela, 2005.
- Trujillo Díez, *El sobrenedendamiento de los consumidores*, Granada, 2003.
- Uría, «Problemas y cuestiones sobre quiebra de las sociedades», en *RDM* 4, 1946.
- Uría, *Derecho mercantil*, 28ª ed., Madrid – Barcelona, 2002.
- Valpuesta, E., «Aspectos concursales de la sociedad irregular», *Homenaje Aurelio Menéndez*, T. III, Madrid, 1996.
- Vicent Chuliá, «El concurso de la persona jurídica», *Homenaje Olivencia*, T. II, Madrid – Barcelona, 2005.
- Vicent Chuliá, «Tres años de Ley Concursal: Temas de reforma», *RDCP* 8, 2008.
- Vicent Chuliá, *Concentración y unión de empresas ante el Derecho español*, Madrid, 1971.
- Vicent Chuliá, *Introducción al Derecho Mercantil*, 12ª ed., Valencia, 2008.
- Yzquierdo, «La responsabilidad civil de las sociedades profesionales y de sus miembros», en *Derecho de Daños. Práctica*, 71, 2009.
- Zabaleta Díaz, «La generalización del presupuesto subjetivo del concurso. Especial referencia a la insolvencia del consumidor y a los concursos de grandes dimensiones», *RDCP*, núm. 8, 2008.
- Zenati, F., «Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine», en *RTDC* 2003.
- Zoppini, A., «Autonomia e separazione del patrimonio», en *Scienza e insegnamento del Diritto civile in Italia*, a cura di V. Scalisi, Milano, 2004.

# **COMUNICACIONES**



# LA ACCIÓN DIRECTA *EX ART.* 1597 CC Y EL CONCURSO DEL CONTRATISTA

ANTONIO MONSERRAT VALERO

Profesor Titular de Derecho Civil (Universidad de Barcelona)

*SUMARIO:* I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. II. EN LA ACCIÓN *EX ART.* 1597 EL SUBCONTRATISTA EJERCITA UN CRÉDITO PROPIO COMO ARGUMENTO A FAVOR DE QUE NO SE VE AFECTADA POR EL CONCURSO. 1. Exposición del argumento. 2. Análisis de si el subcontratista tiene un crédito propio contra el dueño de la obra. 3. Si el hecho de que el subcontratista ejercite un crédito propio justifica que la acción directa no se vea afectada por el concurso del contratista. III. LA JURISPRUDENCIA.

## 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El art. 1597 CC, para poder cobrar el subcontratista lo que le adeuda el contratista, concede al primero una acción directa contra el dueño de la obra hasta la cantidad que éste adeuda al contratista. Dicha norma exige, para que se dé tal acción, que se trate de una obra en que se ha pactado un precio alzado, pero no es este el objeto de la comunicación.

Cuando el contratista ha sido declarado en concurso se plantea si tiene lugar la acción directa, porque permitir su ejercicio iría contra dos reglas concursales básicas: Por un lado, los acreedores del concursado quedan de derecho integrados en la masiva pasiva del concurso y no pueden cobrar por separado sus créditos, sino que han de concurrir con los otros deudores para cobrar sus créditos sobre la masa activa del concurso, sin más excepciones que las establecidas en las leyes, entre las que no se encuentra el crédito del subcontratista<sup>1</sup>. Si se permitiese al subcontratista ejercer la acción del 1597 se le permitiría cobrar su crédito contra el contratista concursado al margen del concurso. Por otro lado, los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración del concurso constituyen la masa activa<sup>2</sup> y si se permitiese el ejercicio de la acción directa, se sustraería de la masa activa del concurso el crédito del contratista concursado contra el dueño de la obra.

Si consideramos que con la acción directa el subcontratista ejercita un crédito del contratista contra el dueño de la obra no habría más remedio que concluir que no cabe su ejercicio en caso de declaración de concurso del contratista por las razones expuestas en el párrafo anterior. Es interesante observar que la SAP Valencia 4 diciembre 2002, que excluye la acción directa en un caso en que el contratista estaba en situación de insolvencia, considera que en la acción directa se da una subrogación, es decir, que el subcontratista ejerce un crédito del contratista contra el dueño de la obra<sup>3</sup>.

---

1 Art. 49 Ley Concursal: *Declarado el concurso, todos los acreedores del deudor, ordinarios o no, cualesquier que sea su nacionalidad y domicilio, quedarán de derecho integrados en la masa pasiva del concurso, sin más excepciones que las establecidas en las leyes.*

2 Art. 76.1 Ley Concursal.

3 La Audiencia, confirmando la sentencia de primera instancia, desestima la acción directa y argumenta: *estando el contratista en situación de suspensión de pagos o de quiebra, cuál es el caso, a la masa del proceso de liquidación debe concurrir tanto los créditos como las deudas de tal entidad; Sintel es acreedora frente a unas personas, y los créditos deberán acudir a la masa de la quiebra o de la suspensión; también es deudora frente a otras que también acudirán unidas, salvo las excepciones legalmente previstas, para reclamar sus derechos, que habrán de hacerse efectivos precisamente a con el patrimonio de la suspensa o quebrada, integrado éste además por los créditos antes referidos. Permitir la subrogación que por la vía de la acción directa prevé el artículo 1597 C.C. implica de una manera clara «puentear» la situación de insolvencia del contratista. Entendemos que ante el silencio legal, que no prevé como créditos autónomos o separables de la ejecución concursal a los que se generan por la acción directa del artículo 1597, no es posible facilitar la reclamación del actor (BDA JUR 2002/32968).*



## 2. EN LA ACCIÓN EX ART. 1597 EL SUBCONTRATISTA EJERCITA UN CRÉDITO PROPIO COMO ARGUMENTO A FAVOR DE QUE NO SE VE AFECTADA POR EL CONCURSO

### 2.1. Exposición del argumento

Uno de los argumentos que se dan para admitir la acción directa ex art. 1597, aun estando el contratista en concurso, es que, a diferencia de la acción subrogatoria, el subcontratista ejercita un crédito propio contra el dueño de la obra<sup>4</sup> y, por tanto, en nada afecta al concurso, pues no se trata de ejercer un crédito contra el concursado, sino contra el dueño de la obra<sup>5</sup>. Si el crédito es

---

4 Así la STS 8 mayo 2008 (Aranzadi 2831) afirma que *el titular de esta acción no ejercita el derecho del contratista en sustitución de éste, sino que hace valer su propio crédito*. Afirmación que es un mero *obiter dicta* de la que el TS no extrae ninguna consecuencia.

5 La SAP Madrid 2 julio 2001 (BDA JUR 2001/3070333), en un caso en que el ejercicio extrajudicial de la acción fue anterior a la declaración de suspensión de pagos, estimó la demanda del subcontratista y argumentó: *Sobre la incidencia de la declaración de suspensión de pagos del contratista principal. En este caso en nada le afecta habida cuenta de que el subcontratista ejercita la acción (de forma extrajudicial, mediante el requerimiento de enero de 1996), antes de que el contratista principal...solicite la declaración de suspensión de pagos (que lo fue dos meses después, en marzo. Incluso aun que hubiera sido después, pero no procede detenernos en esto por no ser nuestro caso)*. Antes, la Audiencia había expuesto que en la acción directa, resaltando que esto era lo importante, el subcontratista ejerce su propio crédito y no el crédito del contratista contra el dueño de la obra. Parece fundamentar su fallo, por tanto, en que se ejercita no un crédito contra el concursado, sino contra el dueño de la obra. Por otro lado, la Audiencia admite que en caso de concurso del contratista esta acción supone una quiebra de los principios concursales. Partiendo de que ejercita un crédito propio la quiebra no se daría en cuanto a la masa pasiva, sino sólo en cuanto a la masa activa. Dice textualmente la sentencia: *Destaca la doctrina lo excepcional de esta acción en cuanto: a) rompe el principio de relatividad de los contratos (art. 1257.1º del código civil) al permitir que un tercero que no ha sido parte en la convención (el subcontratista) pueda reclamar directamente al dueño de la obra con quien no tiene relación contractual directa, pero (y esto es lo importante) ejercitando su propio crédito y no el del contratista principal, con lo cual otorga una vigorosa garantía al subcontratista porque sujeta dos patrimonios al pago de su crédito garantizándole frente al riesgo de insolvencia del deudor principal (contratista); b) consecuencia de lo anterior es la quiebra del principio de la par conditio creditorum en situación de insolvencia del deudor principal.*

En el supuesto de la SAP de Barcelona de 2 noviembre 2004 (Aranzadi Civil 2005/38), cuando se interpuso la acción ex art. 1597, el contratista ya estaba en quiebra. La Audiencia afirma que la situación concursal en que se pueda encontrar la empresa contratista no tiene incidencia alguna en el proceso declarativo en el que se ventila esta acción. Su argumentación se funda en que esta acción es una excepción al principio de relatividad contractual no se funda expresamente en que el subcontratista ejercita un derecho propio, pero sí supone una excepción al principio de relatividad contractual, es probablemente porque entiende que el subcontratista ejercita un derecho propio. Dice textualmente la sentencia: *En efecto, una doctrina minoritaria afirma que permitir la subrogación*

contra el dueño de la obra, al no integrarse en la masa pasiva del concurso, no hay ninguna dificultad para ejercitarlo. Pero no hay dificultad sólo desde este punto de vista. Si nos fijamos en que, como consecuencia del pago del dueño de la obra al subcontratista, desaparece del patrimonio del contratista concursado, es decir, de la masa activa, su crédito contra el dueño de la obra,

---

*que por la vía de la acción directa prevé el artículo 1597 CC implica «puentear» la situación de insolvencia del contratista ante el silencio legal, que no prevé como créditos autónomos o separables de la ejecución concursal a los que se generan por la acción directa (SSAP Las Palmas de Gran Canaria de 7 de septiembre 1998, Madrid, Secc. 13ª, de 2 de julio de 2001 y Valencia, Secc. 6ª, de 4 de diciembre de 2002).— Pero la doctrina dominante excluye de la quiebra el crédito que el subcontratista y el suministrador de materiales ostente contra el dueño de la obra en virtud de la acción directa del art. 1597 CC afirmando que la situación concursal en que se pueda encontrar la empresa contratista no tiene incidencia alguna en el proceso declarativo en el que se ventila esta acción, constituyendo ésta una excepción al principio de relatividad del contrato, con basamento en la equidad, consagrado en el art. 1257 CC (SSTS 29 de abril de 1991, 2 de julio de 1997, 6 de junio de 2000 y 27 de julio de 2000. Esta tendencia doctrinal ya era reconocida en la vieja STS de 30 de junio de 1920.— Por tanto, la situación de concurso o quiebra no puede impedir la efectividad de la acción aquí ejercitada.*

En el supuesto de la SAP Valladolid 5 enero 2007 (BDA JUR 2007/266120) el ejercicio de la acción es anterior a la declaración de concurso y la Audiencia estima la acción. El tribunal parece fundar su fallo, entre otros argumentos, en que el subcontratista ejercita un crédito propio que no está en el patrimonio del contratista concursado: *No se trata por lo tanto de una acción que se dirija contra el patrimonio de la contratista principal que se halla en concurso...sino ante una acción que directamente se dirige contra el patrimonio de la mercantil promotora y dueña de la obra, que no está sujeta a ningún concurso...No puede decirse que el principio del «pars conditio creditorum», se ve afectado o quebrantado por el ejercicio de esta acción «ex» artículo 1597 CC, pues el mismo guarda relación con el de responsabilidad universal del deudor (art. 1911 del civil) y opera dentro de ese exclusivo ámbito patrimonial, con referencia que constituye el propio del concursado, mientras que la acción que concede el artículo 1597 del Civil es una acción directa « que no es propiamente sustitutiva de la del contratista sino que se sobrepone a la misma, para hacer valer su crédito por vía directa mediante el logro de su satisfacción a cargo del comitente o dueño de la obra» (Sentencia 12-5-1994 y 11-10-2002).*

En la doctrina se pronuncian en este sentido: Víctor GOZALO (*La acción directa en caso de concurso del contratista*, ADCon 2008-3, pp. 152 y 153): *el subcontratista está ejecutando su derecho de crédito sobre otro patrimonio de responsabilidad diferente, ajeno a la situación concursal...no pueden aplicarse las normas relativas al concurso de acreedores, por cuanto ni el reclamante (subcontratista), ni el responsable reclamado (dueño de la obra) están sujetos al procedimiento.* HERRERA CUEVAS (*La acción directa ante el concurso del contratista*, Revista de Derecho concursal y paraconcursal 6/2007, p. 182): *Obviamente lo que concita el problema que abordamos...arranca en que el titular de la acción del art. 1597 CC no ejerce un derecho del contratista, con una legitimación activa por sustitución, sino que hace valer su propio crédito. Si así no se concibe, sobraría la mayoría de lo que de seguido escribo, puesto que tendríamos un derecho de crédito del contratista que, como ajeno, ejercita el subcontratista frente al dueño de la obra, y por lo tanto, un activo inmaterial de la masa activa del contratista declarado en concurso, que no podría ejecutarse al margen del procedimiento concursal, sin que esté previsto para el titular de la acción directa la ejecución separada.*

sí hay dificultad en ejercitarlo. Por eso la SAP Barcelona 2 marzo 2006<sup>6</sup> argumenta que la masa activa del concurso no debe ser engrosada por un crédito derivado de trabajos y materiales que el contratista concursado no realizó ni costeó.

La recién citada SAP Barcelona 2 marzo 2006, en un supuesto en que se ejercita la acción directa contra el dueño de la obra antes de que el contratista fuera declarado en concurso<sup>7</sup>, estima la demanda, pero advierte que no es posible el ejercicio de la acción posterior a la declaración de concurso. Razona que el ejercicio de la acción anterior a la declaración de concurso desplaza el crédito del patrimonio del contratista al del subcontratista<sup>8</sup>. En esta argumentación hay un matiz en relación con la argumentación anterior. En principio, sólo hay un crédito contra el dueño de la obra, que es del contratista, lo único que sucede es que se desplaza al patrimonio del subcontratista cuando éste ejerce la acción, desplazamiento que no es posible cuando el ejercicio de la acción es posterior a la declaración de concurso<sup>9</sup>. En esta argumentación queda por demostrar que el ejercicio de la acción desplaza el crédito del patrimonio del contratista al del subcontratista.

---

6 Aranzadi Civil 1594 (FD 5°).

7 El supuesto no es exactamente éste, sino que había dos subcontratistas sucesivos y el segundo subcontratista ejercita la acción directa contra el contratista principal y quien es declarado en concurso es el primer subcontratista. Para simplificar la exposición hablamos de dueño de la obra, contratista y subcontratista.

8 Ya hemos precisado que en el supuesto de esta sentencia hay dos contratistas sucesivos y el segundo subcontratista ejercita la acción directa contra el contratista principal antes de que el primer subcontratista fuera declarado en concurso. Dice la Audiencia: *Al producirse...la declaración del concurso...la obligación jurídica de pago que incumbía a Kuka (contratista principal) ya no era la que le ligaba con Tracoinsa (primer subcontratista), sino con Serra (segundo subcontratista que ejercita la acción directa). El crédito seguía operando contra el patrimonio de la contratista principal, pero se había desplazado en beneficio de la subcontratista antes de que el concurso fuera declarado, de forma que cuando se produce este evento Kuka ya está obligada con la demandante.*

9 *No existe ninguna norma que permita actualmente, una vez se ha producido la declaración judicial del concurso de acreedores, excluir el crédito que el subcontratista tiene contra el subcontratante en la ejecución de una obra, como tampoco existe norma que permita excluir de la masa activa y minorar las posibilidades de satisfacer proporcionalmente a todos los acreedores concurrentes, una vez declarado el concurso, el crédito que el subcontratante concursado tiene contra el contratista principal. El artículo 1597, esto es, una acción directa ejercitada cuando el contratista ya está en concurso, debe ceder entonces ante la especialidad de la situación concursal, lo que, en consecuencia, conduciría a la necesidad de que el importe consignado por Kuka (contratista principal) quedara integrado en la masa activa, resultando improcedente la entrega a Serra (segundo subcontratista) para su satisfacción autónoma.*

## 2.2. Análisis de si el subcontratista tiene un crédito propio contra el dueño de la obra

En primer lugar examinaré los argumentos que hacen dudar de que en la acción directa el subcontratista ejercite un crédito propio contra el dueño de la obra.

- a) Quizás, cuando se afirma que el subcontratista ejercita un crédito propio contra el dueño de la obra es para poner de relieve la diferencia, en cuanto a los efectos, entre la acción subrogatoria y la acción del art. 1597. En la acción subrogatoria el deudor del deudor no puede pagar directamente al acreedor, sino que ha de pagar al deudor y con lo que ingrese en el patrimonio de éste podrán cobrarse tanto el acreedor que ha ejercitado la acción subrogatoria, como otros acreedores del deudor, sin que el primero goce de ninguna preferencia por el mero hecho de haber ejercitado la acción subrogatoria<sup>10</sup>. Así, el TS casa las sentencias de las Audiencias que, como consecuencia del ejercicio de la acción subrogatoria, condenan al deudor del deudor a pagar al acreedor que la ejercita y las rectifica en el sentido de que el pago ha de hacerse al deudor<sup>11</sup>. Se podría decir, por tanto, que,

---

10 La STS 6 noviembre 2008 (Aranzadi 5900) apunta que si otros acreedores se cobran, debe primeramente resarcirse al acreedor que ejercitó la acción subrogatoria de los gastos del pleito. Parece que la distribución de los gastos habría de ser proporcional a la cuantía del crédito que cada acreedor hace efectivo sobre los bienes que ingresan en el patrimonio del deudor como consecuencia del ejercicio de la acción subrogatoria.

11 STS 25 noviembre 1996 (Aranzadi 9119): *el efecto de esta acción es la de obtener un incremento del patrimonio del deudor a fin de conseguir la satisfacción del crédito; una vez producido ese incremento patrimonial, el acreedor podrá y deberá exigir de su deudor el pago, sin que en este procedimiento pueda hacerse entrega a la actora de las cantidades que los demandados adeudan ya que la acción subrogatoria no es una acción directa sino, como dice la doctrina científica, una acción oblicua, por lo que las cantidades así obtenidas pasan a engrosar el patrimonio del deudor sin que el acreedor que ejercita la acción subrogatoria ostente, por esa razón, preferencia alguna en la satisfacción de su crédito.* STS 19 noviembre 2002 (Aranzadi 10333): *Tanto la doctrina científica como la jurisprudencia emitida por el Tribunal Supremo (sentencias de 26 de abril de 1962 y 25 de noviembre de 1996) consideran, sin discrepancia alguna, que la acción subrogatoria reconocida en el art. 1111 del Código Civil, es considerada como una acción indirecta u oblicua en cuanto su finalidad no es la de conseguir el cobro de forma directa de su crédito de la persona del deudor de su deudor, sino conseguir que lo debido a éste ingrese en su patrimonio para así hacer efectiva la responsabilidad universal (art. 1911 del Código Civil) que sobre él pesa.* STS 6 noviembre 2008 (Aranzadi 5900): *Destacada doctrina científica ha considerado que el bien ingresa primeramente*

como el crédito que se ejercita es del deudor, se condena al deudor del deudor a pagar al deudor ya que es su acreedor.

En cambio, en la acción directa se condena al dueño de la obra, deudor del deudor del subcontratista, a pagar directamente a éste. Se podría decir, por tanto, que si esto es así, es porque el crédito que se ejercita no es el del contratista contra el dueño de la obra, sino uno propio del subcontratista contra el dueño de la obra. Lógicamente se condena al deudor a pagar a su acreedor y como se condena a pagar al subcontratista resulta que el subcontratista es acreedor del dueño de la obra. Pero esta conclusión me parece que no se impone necesariamente. No hay ningún inconveniente en que la ley permita a un acreedor exigir un crédito de su deudor y que, además, ordene al deudor del deudor a pagar directamente al acreedor que lo exige.

- b) Por otro lado, hay que observar que el art. 1597 permite dirigirse al subcontratista contra el dueño de la obra sólo por la cantidad que éste adeude al contratista. Si el subcontratista pudiera dirigirse contra el dueño de la obra, aunque éste no adeudase nada al contratista, entonces, no habría duda de que el subcontratista está ejercitando un crédito propio. Pero no siendo así, hay indicios para pensar que, en realidad, el subcontratista ejercita el crédito del contratista contra el dueño de la obra. Asimismo cuestiona que el subcontratista ejercite un crédito propio, el hecho de que, como resultado del pago del dueño de la obra al subcontratista, desaparece del patrimonio del contratista su crédito contra el dueño de la obra.

En la doctrina ha habido alguna opinión a favor de que en la acción directa se ejercita un crédito del contratista. Así, LAURENT<sup>12</sup>, refiriéndose al art. 1798 del *Code*, antecedente de nuestro 1597, del que difiere en aspectos

---

*en el patrimonio del deudor y ahí puede ser agredido por el acreedor que ejercitó la acción subrogatoria o por otros, según las reglas de concurrencia de créditos...Permanece vigente la doctrina jurisprudencial integrada por la sentencia de 25 de noviembre de 1996..., según la cual mediante la acción subrogatoria el bien ingresa en el patrimonio del deudor; sin que se pueda entregar el mismo al acreedor, que ejercitó dicha acción, en el mismo procedimiento, y sin que dicho acreedor ostente ninguna preferencia por este hecho.* En los supuestos de estas tres sentencias la Audiencia había condenado a que el deudor del deudor entregase la cantidad que aquél adeudaba a éste al acreedor que había ejercitado la acción subrogatoria. El TS estimó que esta decisión era incorrecta y que esa cantidad debía entregarla al deudor.

12 *Principes de Droit Civil Français*, t. 26, Paris-Bruxelles 1877, p. 99.

importantes, pero no en éste que estamos examinando, afirma que esta acción no es una acción subrogatoria porque en ésta el deudor del deudor paga al deudor y no al acreedor que la ejercita, mientras que en la del 1798 el deudor del deudor paga directamente al acreedor que la ejercita. En este sentido está de acuerdo en calificarla como acción directa. Pero a continuación se plantea si la ley concede esta acción al acreedor del contratista contra el dueño de la obra como si fuera acreedor personal de éste. Responde que esto sería una singular anomalía, pues las obligaciones nacen del contrato y, aunque en este caso hay contrato, el acreedor del contratista no ha contratado con el dueño de la obra, sino con el contratista, por lo que sólo será acreedor personal de éste. Si el acreedor del contratista puede accionar contra el dueño de la obra es sólo por razón del crédito que el contratista tiene contra el dueño de la obra. Desde este punto de vista califica la acción de indirecta y considera que basta para garantizar los intereses de los legitimados activamente sin necesidad de crear una acción directa (directa, en el sentido de que el acreedor del contratista ejercita un crédito personal contra el dueño de la obra) que derogue los principios más esenciales de las obligaciones. La afirmación doctrinal y jurisprudencial de que la acción ex art. 1597 supone una excepción al principio de relatividad contractual<sup>13</sup> presupone, por tanto, que el crédito del subcontratista contra el dueño de la obra es propio.

A continuación examinaré los argumentos a favor de que el subcontratista tiene un crédito propio contra el dueño de la obra.

El subcontratista ha realizado un trabajo y ha puesto unos materiales y, como consecuencia, el dueño de la obra tiene en su patrimonio algo que antes no tenía. Por este hecho parece equitativo que el subcontratista se pueda dirigir directamente contra el dueño de la obra, aunque no hay contratado

---

13 MANRESA (*Comentarios al Código Civil Español*, t. X-2º, Madrid 1969, p. 735): *El artículo 1597, introduciendo una verdadera excepción de los principios generales de la contratación, puesto que ninguna relación liga a los que pusieron su trabajo o materiales en la obra con el dueño de ésta, concede a aquéllos una acción directa contra dicho dueño hasta la cantidad que éste adeude al contratista en el momento de la reclamación.* En este sentido se pronuncia también la STS 27 julio 2000 (Aranzadi 9179): *Por último y éste es el tema nuclear del motivo, y el único verdaderamente exigido de respuesta casacional, no cabe estimar que se pueda producir infracción del principio de relatividad del contrato consagrado en el art. 1257 CC, porque la norma del art. 1597 constituye una excepción al mismo. Así se concibió originariamente para atenuar el rigor de la eficacia relativa de los contratos, con basamento en la equidad, y así lo viene entendiendo la doctrina de esta Sala, de la que son ejemplo las Sentencias de 29 de abril de 1991 (Aranzadi 3068), 2 de julio de 1997 (Aranzadi 5474) y 6 de junio de 2000 (Aranzadi 4402).*

con él, sin acudir al expediente de que el subcontratista ejercita el crédito del contratista contra el dueño de la obra. De entre las fuentes de las obligaciones enumeradas en el art. 1089 CC, sería la ley, en concreto el art. 1597, quien originaría la obligación del dueño de la obra de pagar al subcontratista. La equidad también impone un límite a esta reclamación del subcontratista, que el dueño de la obra sea deudor del contratista.

La cuestión, entonces, está en determinar si el art. 1597 otorga un derecho propio al subcontratista frente al dueño de la obra o le legitima para ejercitar el crédito del contratista contra el dueño de la obra, pero con el efecto de que el dueño de la obra ha de pagar directamente al subcontratista. GARCIA GOYENA, al comentar el art. 1538 del proyecto de 1851, antecedente del actual 1597, explica que el artículo excepciona las disposiciones generales del derecho, pues no habiendo contratado (los que ponen sus trabajos y materiales) sino con el empresario (contratista) contra éste solo debería dirigir su acción. Si la disposición general del derecho que excepciona este artículo es la de que los contratos sólo producen efectos entre las partes pienso que, al menos en la mente de GARCIA GOYENA, el subcontratista ejercita un crédito propio porque el ejercicio por parte del subcontratista del derecho del contratista contra el dueño de la obra no excepciona este principio, sino el de que sólo el titular del derecho está legitimado para ejercerlo.

### **2.3. Si el hecho de que el subcontratista ejercite un crédito propio justifica que la acción directa no se vea afectada por el concurso del contratista**

Aun partiendo de que en la acción directa el subcontratista ejercita un crédito propio contra el dueño de la obra no es claro que quepa la acción directa si el contratista está en concurso.

El subcontratista tendrá un crédito propio contra el dueño de la obra, pero también otro crédito contra el contratista, aunque sólo podrá cobrar uno y, al cobrar éste el otro se extinguiría. En principio podemos admitir que si el subcontratista ejercita su crédito propio contra el dueño de la obra, el concurso del contratista no supone ningún obstáculo, en cuanto que este ejercicio no supone una excepción a la integración de los créditos frente al contratista concursado en la masa pasiva del concurso, pues el crédito que se ejercita no es frente a éste, sino frente al dueño de la obra. No se puede decir que el subcontratista cobre al margen del concurso, pues no cobra del concursado,

sino del dueño de la obra. Y esto tanto el ejercicio de la acción directa sea anterior como posterior a la declaración de concurso, desde este punto de vista, sería admisible.

Pero el problema está en cuanto a la masa activa del concurso. Contra el dueño de la obra hay dos créditos, el del contratista y el del subcontratista, aunque sólo tendrá que pagar uno y al pagar uno, el otro se extinguirá. Entonces, si el dueño de la obra paga al subcontratista, desaparece de la masa activa del concurso el crédito del contratista contra el dueño de la obra y esto sí va contra las normas concursales<sup>14</sup>. La única manera de entender que no va contra las normas concursales consiste en considerar que el crédito del contratista contra el dueño de la obra, por la cuantía del crédito del subcontratista, no forma parte de la masa activa del concurso en la línea de la SAP Barcelona 2 marzo 2006<sup>15</sup>, según la cual la masa activa del concurso no debe ser engrosada por un crédito derivado de trabajos y materiales que el contratista concursado no realizó ni costeó. O lo que es lo mismo, entender que el crédito del contratista concursado contra el dueño de la obra, por la cuantía del crédito del subcontratista, no es materialmente un crédito del contratista, sino del subcontratista. Pero la realidad jurídica es que el contratista tiene un crédito contra el dueño de la obra que le puede reclamar y la Ley Concursal no autoriza a extraer dicho crédito de la masa activa del concurso.

La opinión que considera que el concurso del contratista no afecta a la acción directa si ésta se ejercita antes de la declaración del concurso se basa en que con el ejercicio de la acción directa el crédito del contratista contra el dueño de la obra se desplaza del patrimonio del contratista al del

---

14 Vicente GOZALO (*La acción directa en caso de concurso del contratista*, ADCon., 2008-3, p. 153) partidario de que la acción directa no se ve afectada por el concurso del contratista, incluso anterior al ejercicio de la acción, parece entender que con la acción directa no se minoran la masa activa del concurso, pero no se ve cómo no la va a minorar si el pago del dueño de la obra al subcontratista hace desaparecer de la masa activa del concurso el crédito del contratista concursado contra el comitente. Dice textualmente: *No se trata de modificar el reconocimiento o graduación de un crédito en el concurso, ni tampoco sustraer un porcentaje de la masa activa a la satisfacción de la colectividad de acreedores, sino de articular el ejercicio de una reclamación contra un patrimonio de responsabilidad ajeno al propio concurso. Por este motivo, ciertamente, no pueden aplicarse las normas relativas al concurso de acreedores, por cuanto que ni el reclamante (subcontratista), ni el responsable reclamado (dueño de la obra) están sujetos al procedimiento.*

15 Aranzadi Civil 1594 (FD 5°).

16 Es lo que hemos visto mantenía la SAP Barcelona 2 marzo 2006 (AC 1594).



subcontratista<sup>16</sup> o que queda inmovilizado a favor del subcontratista<sup>17</sup>. Si con esto queremos decir que desde el momento en que el subcontratista ejercita la acción directa (ejercicio que puede ser tanto judicial como extrajudicial) los pagos hechos por el dueño de la obra al contratista serían inoponibles al subcontratista o que el embargo de un acreedor del contratista del crédito de éste contra el dueño de la obra no le afectaría, no hay ninguna dificultad en admitirlo. Pero el problema está en admitir que también se produce un desplazamiento del crédito o una inmovilización del mismo a efectos de sustraerlo a la masa activa del concurso, pues nos volvemos a encontrar con que la Ley Concursal no lo autoriza.

Según una opinión, aunque la legislación concursal no concediera ningún privilegio al subcontratista en el concurso del contratista, este privilegio le vendría concedido implícitamente por el mismo art. 1597 CC por razón de la protección de los intereses de los legitimados activamente para interponer la acción.

La ya citada a pie de página SAP Valladolid 5 enero 2007<sup>18</sup> argumenta que si la razón del precepto es la protección de las personas que ponen su trabajo

---

17 *Una vez ejercitada la acción directa...el acreedor directo o concurre con otros acreedores del contratista, ni le afecta...su inclusión en la masa de la quiebra o del concurso...pues habrá quedado afectado e inmovilizado por el ejercicio anterior de la acción directa* (RODRIGUEZ MORATA en *Comentarios al Código Civil* (coord. BERCOVITZ) Elcano (Navarra) 2006, p. 1887. En el mismo sentido Antonia MAGDALENO (La acción directa y la insolvencia del contratista, ADCon. 2008-III, p. 136): *cuando el subcontratista ejercita (judicial o extrajudicialmente) su acción, el crédito del comitente no forma parte ya de la masa activa del concurso porque ha quedado inmovilizado a favor del subcontratista*. También HERRERA CUEVAS (*La acción directa ante el concurso del contratista*, RDConyParacon., 6/2007, p. 191): *la reclamación al comitente ha inmovilizado el crédito de la masa activa...(el comitente) no podrá argüir el concurso del contratista como válida excepción personal de éste, al haber surgido temporalmente más tarde que se le requiriera de pago...Si el comitente pagara fuera del procedimiento concursal al subcontratista, nunca se expondrá a tener que pagar de nuevo a la masa...* DE ANGEL (*Los créditos derivados del contrato de obra*, Madrid 1969, p. 108), refiriéndose tanto a las ejecuciones singulares como universales, dice : *ejercitada la acción directa...las reclamaciones dirigidas contra el contratista por sus otros acreedores no pueden afectar al crédito de éste hacia el comitente, pues la pretensión...se encontrará...con una fundada excepción...la existencia de un pleito sobre esa cantidad que él deuda al contratista y sobre la que hay decretada con anterioridad una retención judicial que la mantiene intacta mientras la demanda de la acción directa está pendiente de resolución*. PASQUAU LIAÑO («Comentario STS 9 mayo 1989» CCJ 20/89, p. 554): *Tal es la ventaja de la acción directa, que permite elegir el patrimonio responsable más solvente, eludiendo la concurrencia del resto de los acreedores del deudor inmediato (contratista) siempre que, eso sí, la acción se ejercite (o el derecho se reclame) antes de que éstos...inicien un procedimiento de ejecución universal (concurso o quiebra)*.

18 BDA (JUR 2007/266120).

y materiales en una obra a fin de garantizarles el cobro de tales prestaciones, precisamente esta protección se advierte más necesaria en aquellos casos en que la contratista deudora deviene insolvente. En estos casos, continúa, la existencia de un deudor solidario (dueño de la obra que a su vez es deudor del contratista) sin duda les facilitará el cobro –total o al menos parcial– de los materiales y trabajos puestos en la obra. Y concluye: en resumen, el legislador ha valorado la posición de estos profesionales y considerado que su derecho a cobrar por los trabajos y materiales puestos en la obra debe gozar de determinada protección y salvaguarda, les confiere unas mayores facilidades que a los acreedores ordinarios, lo que no puede entenderse sea incompatible con la existencia de un procedimiento concursal, al margen obviamente de las lógicas y reflejas correcciones que una Sentencia de estimatoria de esta acción pueda provocar en la masa de la mercantil concursa, bien en la deuda que la subcontratista tenga reconocida a su favor, bien en el crédito que la concursa ostente frente a la dueña de la obra.

En esta línea también se mueve DE ANGEL<sup>19</sup> cuando el ejercicio de la acción directa es posterior a la ejecución particular universal: la finalidad del precepto si se limitara a establecer la acción directa para un supuesto en que no mediara concurrencia posible con otro acreedor del contratista quedaría en muy poco.../ este precepto...tiene su verdadera virtualidad en el supuesto de insolvencia (del contratista).../pequeño iba a ser ese favor...si se limitara a dar virtualidad a la acción establecida sólo para el supuesto de que los acreedores que protege fueran más rápidos en excluir por su medio la concurrencia de terceros, que éstos en evitar esta exclusión.../Parece que es más que esa su eficacia. Se quiere proteger a ciertos acreedores, precisamente tratando de evitar, en cuanto ello es posible, que tengan que someterse a un medio de ejecución del que ya están provistos por su sola cualidad de tales, sin preceptos especiales.

Este razonamiento parece tomado de la doctrina francesa que ante el art. 1798 Code argumenta que la ley ha querido favorecer a los legitimados activamente para protegerlos de la quiebra del contratista. Pero hay que tener en cuenta que la legitimación activa del art. 1798 es mucho más reducida que la de nuestro art. 1597. En el Code sólo están legitimados para ejercitar la acción los obreros que han puesto su trabajo, se trata de proteger el salario de

---

19 Los créditos derivados del contrato de obra, Madrid 1969, p. 111.

los obreros por razones de humanidad<sup>20</sup>. Pero nuestro art. 1597 ha ampliado la legitimación, habla de los que ponen su trabajo y no sólo el trabajo manual, incluye a los que venden materiales para la obra y también se admite la legitimación del subcontratista. No se puede decir que en todos los casos de ejercicio del art. 1597 el interés del legitimado activamente sea digno de una protección tan generosa.

### 3. LA JURISPRUDENCIA

En los casos en que la acción directa había sido ejercitada antes de la declaración de insolvencia hay una tendencia de la jurisprudencia a admitirla. Podemos citar la STS 9 mayo 1989<sup>21</sup>, SAP Madrid 2 julio 2001<sup>22</sup>, SAP Valladolid 5 enero 2007<sup>23</sup>, Audiencia Provincial de Barcelona 2 marzo 2006<sup>24</sup>. De estas sentencias la de la AP de Madrid aventura que, incluso, procedería la acción directa, aunque su ejercicio fuera posterior a la declaración de insolvencia mientras que la de Barcelona, lo rechaza.

Las SSAP Barcelona 2 noviembre de 2004<sup>25</sup> y Navarra 1 octubre 2001<sup>26</sup> admiten el ejercicio de la acción directa en un caso en que éste es posterior a la declaración de insolvencia. La STS 27 julio 2000<sup>27</sup> se pronuncia taxativamente en el sentido de que la situación concursal en que se puede encontrar la empresa contratista no tiene incidencia alguna en el proceso declarativo en el que se ventila la acción del art. 1597. Dados los términos tan absolutos en los que se pronuncia parece que admite el ejercicio de la acción directa tanto antes como después de la declaración de la situación de insolvencia. Mas es una afirmación pronunciada en abstracto, pues el objeto del recurso de casación no fue éste (ni de los antecedentes de hecho ni de los fundamentos resulta si la acción se interpuso antes o después de la declaración de quiebra).

---

20 LAURENT (*Principes de Droit Civil Français*, t. 26, Paris-Bruxelles 1877, pp. 91 y 92) : *Sucede muy a menudo que el contratista quiebra ; si los obreros permanecieran en el derecho común, serían acreedores de la quiebra...habrían de concurrir sobre la masa con los otros acreedores del contratista.../El legislador ha pensado en los obreros propiamente dichos, cuyo salario, movido por razones...de humanidad se ha propuesto garantizar.*

21 Aranzadi 3678.

22 BDA (JUR 2001/307033).

23 BDA (JUR 2007/266120).

24 AC 1594.

25 AC 2005/38.

26 AC 2002/482

27 Aranzadi 9179.

La SAP Valencia 4 diciembre 2002<sup>28</sup> (no queda claro si el ejercicio de la acción es anterior o posterior la suspensión de pagos del contratista<sup>29</sup>) se pronuncia claramente en contra del ejercicio de la acción directa y dados, los términos en los que lo hace, parece que no sólo si el ejercicio es posterior a la declaración de insolvencia, sino también si es anterior.

---

28 BDA JUR 2002/32968.

29 El subcontratista requiere de pago al dueño de la obra el 12 julio 2000. Los créditos del subcontratista contra el contratista corresponden a diversas facturas con fechas entre 9 mayo y 15 junio 2000 que vencían a los tres meses, es decir, entre el 9 agosto y 15 septiembre 2000. La Audiencia dice que el vencimiento de los créditos es posterior a la suspensión de pagos, luego la suspensión de pagos es anterior al 9 agosto 2000, pero no sabemos si es anterior al 12 de julio, fecha en que el subcontratista ejercita extrajudicialmente la acción del 1597.

# **LA RESOLUCIÓN POR IMPAGO DEL PRECIO DE LA COMPRAVENTA INMOBILIARIA EN EL CONCURSO DEL COMPRADOR (\*)**

MANUEL ESPEJO LERDO DE TEJADA  
Universidad de Sevilla

*SUMARIO:* I. LA RESOLUCIÓN POR IMPAGO DEL PRECIO DE LA COMPRAVENTA INMOBILIARIA EN EL CONCURSO DEL COMPRADOR EN EL ART. 56 LC. 1. Supuestos que se pueden incluir en la norma. 2. La publicidad de la condición resolutoria o de la reserva de dominio. II. LA RESOLUCIÓN DE LA COMPRAVENTA EN LOS ARTS. 61 Y SS. LC. III. LA SENTENCIA DE 19 DE DICIEMBRE DE 2007 DEL JUZGADO DE LO MERCANTIL nº 1 DE BILBAO (AC 2007/2068). ANEXO. ARTÍCULOS DE LA LEY CONCURSAL CITADOS EN LA COMUNICACIÓN.

---

\* El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación DER2008-04305/JURI de la Secretaría de Estado de Universidades.

## **I. LA RESOLUCIÓN POR IMPAGO DEL PRECIO DE LA COMPRAVENTA INMOBILIARIA EN EL CONCURSO DEL COMPRADOR EN EL ART. 56 LC**

### **1. Supuestos que se pueden incluir en la norma**

El art. 56 LC, bajo la rúbrica «Paralización de ejecuciones de garantías reales», contempla, junto con las típicas garantías reales que recaen sobre bienes muebles o inmuebles, otras situaciones diferentes. Interesa destacar en esta comunicación, tal como se acota en su título, el régimen de la resolución por impago del precio en el supuesto de la compraventa inmobiliaria. Es obvio que un trabajo de esta naturaleza no puede más que señalar someramente algunos de los problemas que se plantean, y las soluciones que consideramos preferibles. Debe quedar para otra ocasión la justificación más pormenorizada de nuestras opiniones (no obstante, algunas de esas ideas ya pueden encontrarse desarrolladas en nuestra monografía: *La reserva de dominio inmobiliaria en el concurso*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006).

Debemos destacar los siguientes datos acerca de la regulación contenida en el art. 56 LC:

- 1º. Los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad no podrán iniciar o continuar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación.
- 2º. Tampoco podrán ejercitarse durante ese tiempo, cuando se refieran a los mismos bienes afectos a la actividad profesional o empresarial, las acciones resolutorias de ventas de inmuebles por falta de pago del precio aplazado, aunque deriven de condiciones explícitas inscritas en el Registro de la Propiedad.

Esta comunicación versa sobre las hipótesis incluidas en el segundo supuesto acabado de mencionar. A este respecto la resolución de la compraventa de inmuebles por impago del precio puede producirse en tres tipos de contratos

que presentan ciertas diferencias desde el punto de vista de la voluntad de las partes, y, naturalmente, en cuanto a sus efectos y naturaleza:

- La compraventa con precio aplazado, en la que no se hayan pactado garantías para el vendedor.
- La compraventa en la que se ha pactado a favor del vendedor una reserva de dominio hasta el completo pago del precio.
- La compraventa en la que se haya establecido una condición resolutoria expresa en garantía del precio aplazado.

En los dos últimos supuestos, puede plantearse a su vez la cuestión de la inscripción registral del pacto de reserva de dominio y de la condición, o su falta, materia de la que nos ocuparemos luego.

El art. 56 deja abierta la puerta a que las acciones recuperatorias de los bienes vendidos subsistan tras el concurso, porque sólo así pueden *suspenderse* durante un período determinado de tiempo cuando recaen sobre determinados bienes. Desde el punto de vista del art. 56 LC no parece haber obstáculos en que la resolución funcione con plenitud de efectos y pueda oponerse al concurso.

¿Es aplicable de modo indiferenciado el art. 56 LC a estas tres situaciones a las que nos acabamos de referir? Si esto fuera así, tendríamos que el vendedor podría ejercitar la acción resolutoria por incumplimiento del pago del precio en cualquiera de las anteriores tres hipótesis, sin que la declaración del concurso le afectara lo más mínimo, salvo que los bienes estuvieran dedicados a la actividad profesional o empresarial del concursado. En este último caso, habría que atenerse a la paralización de dicha acción ordenada por el precepto.

Literalmente parece que nada hay en la letra del precepto que impida la conclusión anterior; otra cosa será lo que pueda deducirse de una interpretación sistemática de la Ley, o de las valoraciones finalistas que procedan. Pero a favor de la estricta literalidad aboga también con claridad un párrafo de la propia EM: «la Ley extiende el tratamiento de las acciones de ejecución de garantías reales (...) a las resolutorias de ventas de inmuebles por falta de pago de precio aplazado». Podríamos decir, *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*. Porque no se justifica aquí la equiparación de efectos de las garantías reales y las acciones resolutorias a partir de una identidad de naturaleza entre ellas; quizá ello podría ser así porque pesen en esta norma

los antecedentes brindados por los arts. 908 y 909 C de C, interpretados en el sentido de que los bienes que se encuentren en la masa pueden ser extraídos de la misma en tanto no hayan sido pagados por completo.

La conclusión, no obstante, resulta llamativa porque si bien las dos últimas fórmulas recordadas hace un momento existe una clara justificación para la equiparación con las garantías reales, en el primer caso esa justificación es mucho más difícil. En los tres supuestos anteriores hay dos fórmulas de garantía, porque se han concretado unos pactos que añaden al crédito un refuerzo de sus efectos normales; mientras que en la otra fórmula, no se ha dotado al crédito de una eficacia mayor. No existe, pues, técnicamente, una garantía (así, también, CLEMENTE, «Los efectos de la declaración de concurso del comprador en la compraventa de inmuebles sometida a condición resolutoria por impago del precio», *ADCo*, n° 10, 2007, p. 220)

Tampoco deja de producir extrañeza que en las dos fórmulas de garantía que venimos citando, según el art. 90.1.4°, exista una pretensión de cobro con un *ius distrahendi* sobre la cosa, en lugar de una recuperación dominical *ex lege commissoria* (v. CARRASCO PERERA, *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, Madrid, 2004, p. 187; pero esta facultad de cobro preferente ha sido defendida brillantemente por MIQUEL GONZÁLEZ, «La reserva de dominio», en *VVAA, Historia de la Propiedad. Crédito y Garantía*, Servicio de Estudios del Colegio de Registradores, Madrid, 2007, pp. 525 y ss., *passim*). Obviamente el art. 90.1.4° LC no llega a tanto como a equiparar las consecuencias de la simple resolución, a las que producen la reserva de dominio o la condición resolutoria expresa.

La única matización que cabría hacer con base en la estricta literalidad sería la que lleva a diferenciar entre el régimen de los bienes afectos a actividades profesionales y el de los que no lo están. En el caso de los primeros la paralización de la ejecución (ex art. 56 LC) comportará que en tanto se mantenga la misma los administradores podrán sopesar la conveniencia del pago del crédito (cfr. art. 155 LC); en cambio, para los demás bienes, como el art. 56 LC no establece la paralización de la ejecución, ante el posible incumplimiento de la deuda por el concurso, el vendedor va a poder ejercitar inmediatamente su garantía, lo cual impedirá que la administración ejercite la facultad de pago (justamente por la limitación que el art. 1504 CC establece para los bienes inmuebles, que es la norma que nos afecta a nuestro caso).

Ahora bien, en el propio art. 155.2 LC se encuentra un tanto traicionada la idea de la pretendida inclusión en el art. 56 de todos los tipos de acciones



resolutorias a las que al principio hacíamos referencia. En efecto, las facultades a las que se refiere el art. 155.2 LC vienen aplicadas al caso de créditos con privilegio especial y este sólo lo concede el art. 90.1.4º LC al crédito en el caso de la compraventa en la que se haya pactado a favor del vendedor una reserva de dominio hasta el completo pago del precio, o una condición resolutoria expresa en garantía del precio aplazado. En cambio no existe la preferencia en el caso de la simple compraventa con precio aplazado. Obviamente esto no puede significar que en este último caso quede descartada la posibilidad de pago por los administradores del concurso, porque negarla sería absurdo. En realidad, a nuestro juicio, lo que cabe deducir del art. 90.1.4º y del art. 155 LC, en conexión con el art. 56 LC, es que es necesario separar un tanto el régimen de la resolución normal del de los supuestos en que exista una garantía adicional.

De ese modo se entiende también mejor la equiparación que el art. 56 LC hace de la resolución con las garantías reales. En suma, para nosotros, la normal resolución por incumplimiento no debe equipararse nunca a una garantía real, por lo que no le resultaría de aplicación este último precepto. En cambio, tanto la cláusula resolutoria como la reserva de dominio, estén o no inscritas en el Registro de la Propiedad, estarían equiparadas en dicho precepto a las demás garantías reales.

## **2. La publicidad de la condición resolutoria o de la reserva de dominio**

Probablemente las cosas se podrían dejar en este punto, si no fuera porque en la doctrina se está afianzando la opinión de que la condición resolutoria o la reserva de dominio no inscritas en el Registro de la Propiedad no podrían tener efectos contra el concurso. Se pretende fundamentar dicha propuesta en el contenido del art. 11 LH, según el cual dicha condición no inscrita carece de efectos contra terceros. Asimismo se ha alegado a estos efectos la norma del art. 90.2 LC en la que, para dotar de privilegio al crédito se exige que la garantía haya sido «constituida con los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros» (en este sentido, CLEMENTE, «Los efectos de la declaración de concurso del comprador en la compraventa de inmuebles sometida a condición resolutoria por impago del precio», cit., pp. 220-221).

Es necesario aclarar cuál es el significado correcto, a nuestro juicio, de estos preceptos, y, por tanto, la solución de la pregunta acerca de la condición

resolutoria o la reserva de dominio no inscrita. Nos parece que la idea de que no deban existir garantías reales ni privilegios sin una publicidad que permita a los futuros acreedores conocer la existencia de aquéllos, es absolutamente errónea en nuestro sistema, por más que sea un lugar común. Se debe descartar, pues, que la falta de publicidad registral de la condición resolutoria o de la cláusula de reserva de dominio, impida su eficacia frente a los acreedores. La razón es bien clara: la publicidad registral no es un mecanismo que funcione en beneficio de los acreedores; éstos no pueden legítimamente confiar en la inexistencia de cargas sobre los bienes del deudor cuando éstas permanezcan al margen del Registro de la Propiedad. Las cargas y derechos reales que no consten en el Registro solamente no perjudican al tercero específicamente registral: y los acreedores nunca lo son, ni siquiera cuando han logrado que se practique sobre el inmueble una anotación preventiva de embargo (cfr. referencias doctrinales en *La reserva de dominio inmobiliaria en el concurso*, cit., pp. 125 y ss.; debe añadirse hoy el trabajo de MIQUEL GONZÁLEZ, «La reserva de dominio», cit., pp. 525 y ss.).

Las razones para justificar la afirmación anterior pueden ser las siguientes:

- a) En nuestro ordenamiento, los requisitos publicitarios en la transmisión, constitución o extinción de los derechos reales no se dirigen a proteger a los acreedores, por lo que éstos quedarán afectados por los derechos reales aunque no cuenten con publicidad.
- b) Incluso si la inscripción de una garantía real en el Registro de la Propiedad tuviera carácter constitutivo, esa inscripción no sirve a los efectos de protección de los acreedores, sino a la de los adquirentes de derechos reales.
- c) Si desde el propio texto del art. 90,2 LC nos situáramos en los presupuestos de la opinión contraria a la nuestra y nos preguntáramos en qué momento debería estar inscrita la garantía en el Registro de la Propiedad, sólo podríamos dar una respuesta: la fecha de la declaración del concurso. Difícilmente, entonces, podría verse en la publicidad registral un mecanismo destinado a hacer cognoscibles los privilegios ante la decisión que debe tomar un acreedor sobre la conveniencia de otorgar o no crédito a una determinada persona.
- d) Es muy ilustrativo recordar el caso del conflicto entre el acreedor embargante de un bien, y los adquirentes de derechos reales sobre ese

mismo bien, que traen causa de un negocio dispositivo del deudor, anterior al embargo, pero que no habían inscrito su adquisición (vid. nuestra monografía *Efectos jurídico-reales del embargo de inmuebles en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2005). Hasta el día de hoy nadie ha propuesto que la fecha relevante para resolver la colisión entre los dos intereses en presencia fuera la de los créditos enfrentados (título de adquisición del derecho real, frente a la fecha del crédito que obtuvo el embargo); a lo más que han llegado algunos autores es a considerar que el acreedor que logra una anotación preventiva de embargo debiera estar inmunizado frente a actos dispositivos del deudor no inscritos en el Registro de la Propiedad en ese momento. Pero incluso esta última opinión es minoritaria en la doctrina y no resulta acogida por la Jurisprudencia, por lo que si ni siquiera en este caso el Registro presta un auxilio relevante al acreedor, ¿cómo se va a poder sostener en general que las garantías reales o privilegios no publicados no pueden perjudicar a los demás acreedores del mismo deudor? Esta conclusión constituiría un auténtico salto en el vacío, pues no existe en nuestro ordenamiento ningún fundamento normativo para la misma. En definitiva, el Registro no puede proteger a los acreedores contra el riesgo de la insolvencia del deudor, a pesar de la apariencia de solvencia que pueda prestar el Registro al acreedor que acude a comprobar al mismo la pertenencia al deudor de ciertos bienes. Puede suceder, incluso, que esa comprobación fuera la causa de la concesión del crédito, pero es obvio que en sí misma la aparente solvencia de una persona en razón de lo que publica el Registro nada puede significar desde el punto de vista jurídico, incluso aunque en ese momento el Registro fuera exacto (lo cual es mucho suponer). Cualquier persona mínimamente informada sabe que incluso quien es solvente al contraer la deuda, puede no serlo al tratar de cobrársela ya que contraer una deuda no limita la disponibilidad de los bienes propios del deudor. La única forma que tienen los acreedores que quieren utilizar en su beneficio los pronunciamientos registrales es constituir a favor de sus créditos alguna garantía de tipo real, adelantándose en la inscripción a los posibles titulares extrarregistrales.

Obviamente todo lo anterior significa que la cláusula resolutoria o la reserva de dominio pueden ser oponibles a terceros acreedores siempre que cuente con fecha cierta. Esto será lo que permita excluir la existencia de una confabulación entre el deudor y el acreedor garantizado para perjudicar los derechos de los demás acreedores. En aplicación, pues, de los arts. 1218 y 1227 CC (y analógicamente también del art. 1865 CC relativo a la prenda), sería necesario que la cláusula de garantía figurara en escritura pública, si bien ello no sería indispensable siempre que se pueda demostrar de otro modo la autenticidad y certeza de la fecha del documento privado. Por tanto, en nuestro caso, los requisitos a los que se refiere el art. 90.2 LC no vendrán representados por la inscripción registral de la misma, sino por la válida existencia del pacto de garantía en cualquier forma documental, siempre que la fecha del mismo no presente problemas de autenticidad.

## **II. LA RESOLUCIÓN DE LA COMPRAVENTA EN LOS ARTS. 61 Y SS. LC.**

De lo dicho hasta ahora debería resultar la posibilidad de ejercitar (en algunos casos) la resolución de la compraventa de inmuebles cuando se incumpla el pago del precio, pese a que el comprador haya sido declarado en concurso. Pero quizá la conclusión anterior armonice mal con otro conjunto de disposiciones que la propia LC dedica a los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos con obligaciones recíprocas. Nos referimos a los arts. 61 y ss. LC, que regulan la posibilidad de resolver los contratos de carácter bilateral. En estos preceptos no está tan claro que exista siempre la posibilidad de resolución tras el concurso por el incumplimiento del pago del precio.

En los aspectos que ahora nos interesan nos permitimos recordar el contenido de los arts. 61 y 62 LC, subrayando sus consecuencias sobre la compraventa de un bien inmueble cuyo comprador es declarado en concurso. No obstante hay que tener presente que los preceptos regulan la materia de modo general, sin referirse concretamente al contrato de compraventa; de ahí el problema que puede plantearse cuando estos artículos choquen con el art. 56 LC:

- 1º. En los contratos celebrados por el deudor del precio (comprador), cuando en el momento de la declaración del concurso una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra

tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo, la deuda que corresponde al comprador se incluirá en la masa pasiva del concurso.

- 2°. La declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte, por incumplimiento posterior de cualquiera de ellos.

Por un lado tendríamos el dato inequívoco de que el art. 56 LC, en su párrafo 1, segunda parte, equipara a las garantías reales «las acciones resolutorias de ventas de inmuebles». Por otro lado, existen las previsiones específicas acerca de la resolución que acabamos de recordar y eso lleva a la duda razonable de si estamos obligados a aplicar estas normas a la resolución de la compraventa. Naturalmente si procediera esto último la clave que nos permitiría entender procedente o no la resolución, va a estar en el punto relativo a si las prestaciones del vendedor han sido o no plenamente cumplidas. Parece que si dichas prestaciones fueron cumplidas y solamente resta el cumplimiento del pago del precio por parte del vendedor, la resolución no sería posible (cfr. art. 61.1 LC), mientras que si subsistiera al menos una parte de la prestación del vendedor la resolución de la compraventa sí sería posible.

En una obra anterior opinamos (*La reserva de dominio inmobiliaria en el concurso*, cit., pp. 164 y ss.) que no se podría dudar de la especificidad de las acciones relativas a las garantías reales, frente a las acciones relativas a la resolución de los contratos. Es decir, pensamos que la resolución por incumplimiento, al menos cuando está adornada de una eficacia real como sucede en la reserva de dominio y en la condición resolutoria, se extrae por la Ley del régimen normal de la resolución, y merece un tratamiento especial en el que la resolución queda solamente limitada en muy determinados casos durante un año desde la declaración del concurso, o, sin necesidad de agotar ese plazo, hasta que se apruebe un convenio que no afecte a esos bienes.

Las hipótesis en las que esta paralización procede son las ya conocidas: aquellas en las que simultáneamente se produzca la coincidencia de dos elementos; el concurso de un profesional o un empresario, y la existencia de una garantía real que recaiga sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial. En los demás casos, existiría la posibilidad de que el vendedor resolviera el contrato y recuperara el bien, siempre que se haya producido el incumplimiento del comprador.

En este sentido, la aplicación al contrato de compraventa con precio aplazado de las reglas de los arts. 61 y 62 LC se debe hacer en coordinación con el artículo 56 de la misma. Por eso, resultaría excluido que los contratos en que juegue una garantía en sentido propio (reserva de dominio y condición resolutoria expresa) puedan ser calificados como aquellos a los que se refiere el párrafo primero del art. 61 LC (contratos en los que una de las partes ha cumplido íntegramente su prestación), si de ello se pretende deducir que va a resultar impedida la resolución por incumplimiento (cfr. art. 62.1 LC). La razón nos parece clara: si la resolución de una compraventa no fuera posible en el concurso en virtud de la aplicación de este precepto y esto sucediera de forma general y sin sujeción a requisito alguno subjetivo ni objetivo, sería incoherente e inútil que el art. 56 LC se dedicara a establecer unos rígidos requisitos para poder lograr la paralización de unas acciones que, por hipótesis, no existirían. En cambio, si el art. 56 LC establece esos límites para el ejercicio de la resolución en los casos en que venga acompañada de una garantía real, debe ser porque considera que dicha resolución es generalmente posible, sin límites de ninguna clase; aquí la Ley nos estaría brindando un apoyo sistemático que facilita la interpretación de los arts. 61 y 62 LC en el caso de la compraventa. Igualmente, también evitaríamos el posible obstáculo representado por la aparente exigencia del art. 62.1 LC de que el incumplimiento que puede dar lugar a la resolución deba ser posterior al concurso; parece mucho más lógico entender que cualquier incumplimiento pueda dar lugar a la resolución, sea anterior o posterior al concurso: ello parece deducirse del art. 56 LC que presupone la existencia de incumplimientos anteriores a la declaración del concurso, pues habla de acciones ya iniciadas o que se pretendan iniciar. Vendría, pues, a establecer esta norma un criterio especial para el caso de que existiera una garantía real, que facilita la interpretación de las normas relativas a la resolución de los contratos.

Por otro lado, no se debe olvidar que la resolución del contrato de compraventa es necesaria también en los casos en que se pacte la reserva de dominio: no es factible una simple separación de los bienes apoyada en el art. 80 LC. En efecto, en la reserva de dominio no estamos ante la hipótesis en la que el vendedor todavía no ha verificado la entrega, supuesto en el que podría pensarse que su posición es mucho más cómodamente pasiva: no vendrá obligado a efectuar la entrega en tanto que el comprador no cumpla y podrá esperar la reclamación del comprador, sabiendo que entonces se opondría eficazmente a la entrega. En cambio, en la reserva de dominio no es posible

esa cómoda postura pasiva, ya que el vendedor ha perdido la posesión de la cosa, y debe asumir la defensa activa de su posición jurídica, solicitando su devolución. Pero, obviamente, ello le exige destruir la eficacia del título en virtud del cual el comprador posee; es decir, debe resolver el contrato de compraventa; no hay, pues, un automático derecho de separación a favor del vendedor. Por este motivo, aunque la posición del vendedor sea sólida (en cuanto que sigue siendo titular de un derecho real), también lo es la posición del comprador, que tiene que ser demandado por la contraparte para perder la posesión de la cosa.

Teniendo en cuenta lo anterior, es obvio que para que pueda producirse la resolución del contrato de compraventa en que se insertó la cláusula de reserva de dominio es necesario que se produzca o haya producido incumplimiento. En particular no basta que se haya pactado la resolución automática por la declaración de concurso, porque esa posibilidad se encuentra excluida por la Ley que considera por no puestas «las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración del concurso de cualquiera de las partes» (art. 61,3 LC). Ahora bien, pactada por las partes la reserva de dominio, el ejercicio de la acción reivindicatoria por parte del vendedor puede equivaler, hasta en el peor de los casos (es decir en el hipotético e improbable supuesto de que ni en la acción se acumule la pretensión de resolución del contrato y ni siquiera haya precedido un requerimiento resolutorio del vendedor al comprador) a la resolución del contrato de compraventa. Es cierto que el comprador podrá alegar para defenderse de la reivindicación la existencia del contrato, pero también que si el vendedor acredita el incumplimiento del mismo, podrá declararse resuelto en el mismo procedimiento. Por eso se puede seguir diciendo bajo la Ley Concursal que el vendedor con reserva de dominio está legitimado para ejercitar la acción reivindicatoria contra el comprador que no paga o, mejor dicho, contra el concurso.

La tesis acabada de exponer, nos parece perfectamente aplicable también al supuesto de la condición resolutoria expresa. En cambio, dudamos mucho que lo sea al caso de la compraventa con precio aplazado, en la que no se haya pactado una especial garantía y en la que juegue simplemente la normal cláusula resolutoria por incumplimiento.

Matizando la opinión anterior, recientemente se ha propuesto fundamentar la posibilidad de resolución, en el caso de la reserva de dominio, en otra clase de argumentos (MIQUEL GONZÁLEZ, «La reserva de dominio», cit.,

p. 597). En concreto se ha partido de la idea de que la facultad de resolver el contrato en el concurso no cambia según esté dotada de eficacia real o no lo esté. Pero se estima que el contrato de compraventa con pacto de reserva de dominio está pendiente de cumplimiento por ambas partes en tanto no se satisface la totalidad del precio. Es obvio que, por hipótesis, ese pago a cargo del comprador está pendiente; y por parte del vendedor, estaría pendiente de cumplir la transmisión de la propiedad a la que dicho vendedor se habría comprometido.

Se ha hecho notar, con razón, que «en este tipo de contratos no hay que traer a colación el tema de si el vendedor está obligado en el Código civil a transmitir la propiedad, pues es evidente que las partes la han pactado como contenido contractual. El modelo del Código civil –cualquiera que sea la interpretación que merezca– es un modelo dispositivo, por lo que la citada cuestión sobra, si las partes hacen de la transmisión de la propiedad un efecto condicionado, porque el vendedor está asumiendo con ello esa obligación» (MIQUEL GONZÁLEZ, «La reserva de dominio», cit., p. 597).

Todas estas ideas nos parecen sustancialmente correctas, pese a que no sean aceptadas por todos. El único problema que vemos a esta interpretación es que solamente parece funcionar en el caso de la reserva de dominio, y no en el de la condición resolutoria expresa. ¿Se puede decir, en este último supuesto, que el vendedor tiene pendiente de cumplimiento una parte de su prestación? Parece que no, y que eso obligaría a considerar que la resolución no es posible. Pero no hay razones suficientes para separar de un modo tan tajante el régimen de la resolución del contrato en estas dos hipótesis de garantía tan cercanas (pese a que no sean idénticas). Esto es lo que hace preferible, a nuestro juicio, seguir contando para resolver esta duda con la norma especial de resolución contenida en el art. 56 LC.

### **III. LA SENTENCIA DE 19 DE DICIEMBRE DE 2007 DEL JUZGADO DE LO MERCANTIL N° 1 DE BILBAO (AC 2007/2068)**

En este apartado queremos reflexionar acerca de las consecuencias a las que puede llevar un mal planteamiento teórico de las cuestiones involucradas en la reserva de dominio (y, por extensión en la condición resolutoria expresa). A nuestro juicio el sistema legal queda desvirtuado y desactivado si no se tienen en cuenta las advertencias que se han hecho en los apartados anteriores.



Un ejemplo paradigmático de solución equivocada de un conflicto en el que media una reserva de dominio puede ser el que aparece en la Sentencia a la que se refiere este epígrafe. A los efectos que nos interesan, es irrelevante que se tratara de una reserva de dominio mobiliaria, porque la mayoría de los argumentos utilizados por el Juzgado podrían haberse aplicado también a la reserva de dominio en la compraventa de inmuebles.

En la Sentencia, se trataba de dos contratos de compraventa con reserva de dominio; tales cláusulas fueron inscritas en el Registro de Bienes Muebles. Casi hasta la misma declaración de concurso de la entidad compradora, se habían venido satisfaciendo los diversos plazos de pago del precio de las referidas compraventas.

Cuando se declaró el concurso por auto de 7 de septiembre de 2005, la vendedora comunicó sus créditos, sin expresar que estaban inscritas las reservas de dominio. Los créditos fueron reconocidos con carácter de ordinarios, sin que fuera impugnada tal calificación.

La Sentencia resuelve con base en los siguientes FUNDAMENTOS DE DERECHO (reproducimos únicamente los que nos interesan en esta comunicación):

«*SEGUNDO*

***El pretendido derecho de separación.***

*El demandante ejercita en primer lugar la pretensión que deriva del art. 80.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC). En efecto, en su opinión tiene derecho de separación de las dos máquinas de fabricación de CDs y DVDs puesto que al haberse reservado el dominio en el contrato privado de compraventa en el que se aplazaba el precio, y al constar inscrito tal pacto, es en realidad propietario de los bienes.*

Administración Concursal y concursada le recuerdan su actitud contractual. Suministra las dos máquinas, percibe antes de ser declarado por el concurso por la primera 317.475 euros y por la segunda 268.000 euros. Declarado éste comunica su crédito como ordinario sin expresar que tenga reserva de dominio inscrita. La administración concursal le reconoce entonces un crédito ordinario por la totalidad del precio pendiente en ambos casos, de respectivamente 541.875 y un millón de euros, importe y calificación que no impugna. Es más, acude a la junta de acreedores y hace uso de su derecho de voto como acreedor ordinario por las mencionadas cifras.

Cuando el convenio no se aprueba y se acuerda iniciar la liquidación, plantea su pretendido derecho de separación a través de este incidente. Aunque lo hayan hecho los demandados, nada hay que objetar a que se haga en este momento, pues como ha dicho la SAP Barcelona, Secc 15ª, de 1 junio 2006 (AC 2007, 1004), ‘La inclusión de un bien o de un derecho de crédito a favor de la concursada dentro del inventario no supone necesariamente, aunque luego este inventario sea aprobado judicialmente, un pronunciamiento declarativo de la propiedad o del derecho real del concursado sobre aquellos bienes, o del derecho de crédito de la concursada frente a un tercero, que legitime dentro del concurso su reclamación contra dichos terceros. El inventario no cumple la finalidad de determinar con exactitud la masa activa –como sí ocurre con la lista de acreedores–, sino de informar sobre ella a los acreedores afectados por un posible convenio o de orientar la liquidación, en su caso. De ahí que sea compatible la inclusión de estos bienes y derechos dentro del inventario con el posible litigio sobre dichos derechos, en un juicio declarativo dentro del concurso o incluso fuera de él...’.

Aclarado que es posible que un tercero reclame la separación de la masa activa de los bienes de su propiedad, hay que subrayar que en este caso no nos encontramos ante una situación de pura y simple propiedad ajena incorporada a la masa del concursado. Se trata, por el contrario, de un vendedor, que como garantía se ha reservado el dominio, pero que enajena los bienes y los entrega para su uso por el comprador de forma consciente, en atención al contrato de compraventa de bienes a plazos al que añade el pacto de reserva de dominio en ambos casos.

Dicho pacto opera como una garantía del vendedor (STS de 16 de marzo de 2007 [RJ 2007, 1857], que cita las STS 19 de mayo de 1989 [RJ 1989, 3778], 12 de marzo de 1993 [RJ 1993, 1794], y 16 de julio de 1993 [RJ 1993, 6450]). Este transmite la totalidad de los riesgos al comprador, tal y como se recoge en los contratos (cláusulas 11.11). Pero se inscribe la reserva de dominio con el fin de asegurarse una garantía del cumplimiento de la obligación de abono del precio aplazado, por lo que se encuentra en una posición semejante a los acreedores con garantía real.

No obstante la reserva de dominio inscrita no puede oponerse al concurso para justificar el derecho de separación por diversas razones. En primer lugar, hay que admitir que el art. 16.5 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, que Regula la Venta a Plazos de Bienes Muebles (LVPBM), establece,

puesto que no ha sido derogado expresamente por la Ley Concursal, que ‘en los supuestos de suspensión de pagos el acreedor tendrá la condición de singularmente privilegiado, con derecho de abstención según los artículos 15 y 22 de la Ley de Suspensión de Pagos’.

Sin embargo esa previsión debe considerarse derogada conforme a la genérica previsión de la Disposición Derogatoria Única 4 LC, por la ‘*separatio ex iure dominii*’ prevista en el art. 80 LC, norma posterior y general, que no exige sólo, para que sea viable el derecho de separación, que la propiedad sea ajena, sino además que el concursado carezca de derecho de uso, garantía o retención.

La actora niega que existan tales derechos. Sin embargo la sociedad concursada tiene derecho de uso porque hasta dos meses antes a la declaración de concurso cumplió con sus obligaciones contractuales, de manera que venía amparada por lo pactado contractualmente, entrega del objeto a pesar del aplazamiento del precio precisamente para facilitar tal uso, y por lo previsto en el art. 3 LVPBM, que también dispone la entrega de la cosa antes del abono de la totalidad del precio. Es decir, aunque se produzca la reserva de dominio a favor del vendedor, el comprador tiene derecho a usar de la cosa, derecho amparado legal y contractualmente. Si no hubiera tal cesión del uso el contrato carecería de utilidad, pues bastaría recurrir al régimen general del Código de Comercio, arts. 325 y ss, al no haber entrega del objeto hasta que se abone el precio.

Cierto que no ha satisfecho el concursado las cuotas posteriores a la declaración de concurso, y algunas anteriores, pues los últimos pagos se hacen el 27 de junio y 15 de julio de 2005, y el concurso se declara el 7 de septiembre 2005. Pero al declararse la situación concursal, el régimen al que habrá que estar en caso de incumplimiento es el señalado en los arts. 61, 62 y 69 LC, porque precisamente la venta con reserva de dominio otorga al comprador la facultad de usar la cosa, aunque el dominio esté proclamado en el Registro Público a favor del vendedor como garantía el cumplimiento.

Por último hay que señalar que la jurisprudencia citada destaca la función de garantía de la reserva, función que según la STS de 16 de marzo de 2007 (RJ 2007, 1857), supone ‘que el pacto de reserva de dominio no concede al vendedor el poder de disposición voluntaria o forzosa sobre la cosa vendida con dicho pacto, ni impide al comprador transmitir voluntaria o forzosamente (por embargo y vía de apremio) su derecho a un tercero, que es la

sociedad demandante en el presente caso'. La reserva de dominio, según tal doctrina, no permite a quien tiene inscrito el dominio en el Registro de Bienes Muebles facultad de disposición, pues en realidad es simple garantía del abono del precio y no otorga facultades dominicales típicas como la de disposición, al venir concedidas éstas al comprador.

Por todas esas razones es improcedente acceder a la petición de separación, todo ello sin perjuicio de los derechos que como acreedor asisten al demandante.

### *TERCERO*

#### ***Sobre la resolución del contrato***

Pretende no obstante el actor la resolución del contrato de compraventa conforme al art. 62 LC, puesto que entiende que al no haberse satisfecho el precio, en parte antes de la declaración del concurso y en parte con cargo a la masa, puede resolver en atención a las previsiones contractuales y de la propia Ley Concursal. Los contratos suscritos son sin duda bilaterales, pero para sostener su pretensión mantiene el demandante que existen pendientes obligaciones recíprocas. En su opinión, la reserva de dominio supone una obligación aún no satisfecha del vendedor, la transmisión de la propiedad. De esta manera sitúa los contratos en el art. 61.2 LC y reclama la eficacia del art. 62 LC por incumplimiento posterior del concursado.

La primera afirmación ya es discutible, porque no hay prestación alguna pendiente por el vendedor. El contrato dispone la entrega de la cosa y el pago del precio, con reserva de dominio. El vendedor ya entregó ambas máquinas y el comprador comenzó a satisfacer el precio, aunque no lo haya hecho en su totalidad puesto que ha sido declarada en concurso.

Las prestaciones contractuales del vendedor están realizadas, pues consisten en la entrega de la maquinaria, entrega anterior a la declaración de concurso. Las únicas pendientes de cumplimiento son las del comprador hoy en concurso, de modo que no sería de aplicación el art. 62 sino el art. 61.1 LC.

Para justificar la aplicación de los arts. 61.2 y 62 LC el demandante sostiene, en primer lugar, que hay obligaciones pendientes de cumplimiento por su parte. La primera consiste, en su opinión, en facilitar la inscripción del dominio a favor del adquirente. No cabe compartir semejante afirmación porque la reserva que desaparece, sin necesidad de intervención del vendedor, una vez satisfecho todo el importe aplazado.

Al respecto ha dicho la STS de 16 de julio 1993 (RJ 1993, 6450) que ‘si bien el vendedor transmite al comprador el dominio de la cosa vendida, esto no lo es de forma definitiva hasta que se pague por completo el precio pactado, actuando como garantía de cobro del mismo que se aplaza, lo que determina que verificado el completo pago se produce «ipso iure», sin necesidad de ulteriores consentimientos, la transferencia dominical, por lo que no resulta afectada la perfección del contrato, que tiene lugar plena y vinculante, y salvo la dinámica de realización respecto a su consumación, pero sin que ataque a la transmisión ya operada’.

Desmentido que exista prestación pendiente por parte del vendedor con la finalidad de transmitir definitivamente la propiedad, entiende el demandante que en los contratos se dispuso (cláusula 119) la prestación de servicios de mantenimiento y suministro de piezas de repuesto. Efectivamente así consta en los contratos, cuya autenticidad no se ha discutido por los demandados. Aunque sea una prestación accesoria a la principal, que es la venta de dos líneas de fabricación de formatos CD y DVD, está prevista en el contrato y obliga al hoy demandante.

Pero esa prestación, como se ha dicho es accesoria de la principal. El objeto de un contrato de compraventa a plazos de bienes muebles es el señalado en el art. 3 LVPBM, que entiende ‘por venta a plazos el contrato mediante el cual una de las partes entrega a la otra una cosa mueble corporal y ésta se obliga a pagar por ella un precio cierto de forma total o parcialmente aplazada en tiempo superior a tres meses desde la perfección del mismo’.

El objeto del contrato, en el sentido del art. 1.261-2º CC es una cosa mueble corporal, en este caso dos máquinas que fabrican respectivamente discos tipo CD y DVD. Así se desprende igualmente del art. 1.445 CC cuando establece que el objeto de la compraventa es una ‘cosa determinada’, y el art. 325 del Código de Comercio (CCom), cuando menciona ‘cosas muebles’.

La prestación de servicio de piezas y mantenimiento es accesoria al objeto principal del contrato y en absoluto sirve para identificarlo. Es un pacto que puede convenir a las partes, pero que no convierte en recíprocas las prestaciones del contrato que suscriben, que son dos contratos que tienen por objeto principal la compraventa a plazos de dos bienes muebles.

Por dichas razones no pueden operar las previsiones de los arts. 61.2 y 62 LC, establecidas para el caso de contratos con obligaciones recíprocas pendientes. Sólo hay pendiente, en este caso, obligaciones por la concursada.

En consecuencia nos situamos ante la previsión del art. 61 LC, es decir, un contrato en el que una de las partes, en este caso el vendedor, ya ha cumplido completamente sus obligaciones contractuales y está pendiente de verificarlo tan sólo la otra parte, el concursado que adeuda el precio, por lo que tal importe se integra (art. 61.1 LC), en la masa pasiva.

*Por esas razones debe ser desestimada íntegramente la demanda».*

En la Sentencia anterior comparecen en causa gran parte de los argumentos utilizados en los epígrafes anteriores. Estamos de acuerdo con que en el supuesto no se podía ejercitar de entrada un derecho de separación, pues la norma del art. 80 LC, al regularlo, señala que los bienes de propiedad ajena que se encuentren en poder del concursado y sobre los cuales éste no tenga derecho de uso, garantía o retención serán entregados por la administración concursal a sus legítimos titulares, a solicitud de éstos. Justamente, en nuestro caso existe a favor del comprador este derecho de uso, conferido por el contrato de compraventa. Pero entendemos que si ese título que justifica la posesión del comprador concursado fuera resuelto, sí funcionaría la posibilidad de que el vendedor recuperara el bien.

Por otra parte se debe descartar por completo que el art. 16.5 LVBMP se encuentre derogado por la LC: una derogación expresa no existe y para que haya derogación tácita la incompatibilidad de la antigua norma con la nueva debería estar más clara. Se debe estar con MIQUEL en que sería incomprensible entender derogado el precepto ya que «el art. 80 LC establece el derecho de separación a favor de los propietarios, el art. 56 LC habla de las acciones de recuperación de las cosas vendidas por contratos inscritos en el Registro de bienes muebles, el art. 16.5 LVBMP dice que no se incluirán en la masa los bienes vendidos con pacto de reserva de dominio y el art. 15.2 dice que a todos los efectos legales se presumirá que los derechos inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo» («La reserva de dominio», cit., pp. 593-594). Otra cosa es que, evidentemente, para poder ejercitar la separación sea preciso resolver el contrato de compraventa.

A este efecto, es obvio que se puede pretender aplicar los arts. 61 y 62 LC como hace la Sentencia. En este caso, sería posible afirmar, con MIQUEL («La reserva de dominio», cit., p. 597), que las prestaciones del vendedor no se encuentran completamente cumplidas, porque falta la transmisión de la propiedad. Se puede discrepar abiertamente del contenido del FD 3º, que hace de la afirmación contraria la base de su decisión.

A nuestro juicio, existirían muchos menos obstáculos para aplicar la norma del art. 56 LC, que claramente considera posible el ejercicio de la acción resolutoria en casos como el presente. Resuelto el contrato de compraventa, el vendedor recuperaría los bienes extrayéndolos de la masa del concurso. Hay que reconocer que si la resolución del problema se residencia en los arts. 61 y 61 LC, como ambos preceptos son confusos y difíciles de interpretar, las posibilidades de error se multiplican. En efecto, pese a que lo que parece pedir la compraventa con reserva de dominio es que se permita la resolución, no está nada claro que se pueda decir que en el momento de la declaración del concurso quedan por cumplirse prestaciones a cargo del vendedor y del comprador. Sí que falta que el comprador pague la totalidad del precio, pero el vendedor ya cumplió entregando el bien en ejecución de la compraventa (otra cosa es que, en garantía, todavía conserve la propiedad del bien, pero la transmisión efectiva de la misma ya no depende de ningún acto suyo de cumplimiento).

En cambio, en el art. 56 LC, no cabe duda de que la reserva de dominio puede dar lugar a la resolución del contrato por incumplimiento y la consiguiente recuperación del bien por el vendedor, cuando el comprador sea declarado en concurso. Este artículo, brinda la posibilidad de salir del embrollo interpretativo al que llevan los arts. 61 y 62 LC (un señalado ejemplo de estas dificultades estaría representado por la Sentencia comentada).

## **ANEXO.**

### **ARTÍCULOS DE LA LEY CONCURSAL CITADOS EN LA COMUNICACIÓN**

#### ***Artículo 56. Paralización de ejecuciones de garantías reales***

1. Los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación.  
Tampoco podrán ejercitarse durante ese tiempo, cuando se refieran a los bienes indicados en el párrafo anterior, las acciones tendentes a recuperar los bienes vendidos en virtud de contratos inscritos en el Registro de bienes muebles o los cedidos en arrendamientos financieros formalizados en documento que lleve aparejada ejecución o haya sido inscrito en el referido registro, ni las resolutorias de ventas de inmuebles por falta de pago del precio aplazado, aunque deriven de condiciones explícitas inscritas en el Registro de la Propiedad.
2. Las actuaciones ya iniciadas en ejercicio de las acciones a que se refiere el apartado anterior se suspenderán desde que la declaración del concurso conste en el correspondiente procedimiento y podrán reanudarse en los términos previstos en ese apartado. Se exceptúa el caso en que al tiempo de la declaración de concurso ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho afecto y la ejecución no recaiga sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.
3. Durante la paralización de las acciones o la suspensión de las actuaciones y cualquiera que sea el estado de tramitación del concurso, la administración concursal podrá ejercitar la opción prevista en el apartado 2 del artículo 155.
4. La declaración de concurso no afectará a la ejecución de la garantía cuando el concursado tenga la condición de tercer poseedor del bien objeto de ésta.



### ***Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas***

1. En los contratos celebrados por el deudor, cuando al momento de la declaración del concurso una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo, el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso.
2. La declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la administración concursal, en caso de suspensión, o el concursado, en caso de intervención, podrán solicitar la resolución del contrato si lo estimaran conveniente al interés del concurso. El juez citará a comparecencia al concursado, a la administración concursal y a la otra parte en el contrato y, de existir acuerdo en cuanto a la resolución y sus efectos, dictará auto declarando resuelto el contrato de conformidad con lo acordado. En otro caso, las diferencias se sustanciarán por los trámites del incidente concursal y el juez decidirá acerca de la resolución, acordando, en su caso, las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa.
3. Se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes.

### ***Artículo 62. Resolución por incumplimiento***

1. La declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes. Si se tratara de contratos de tracto sucesivo, la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso.
2. La acción resolutoria se ejercerá ante el juez del concurso y se sustanciará por los trámites del incidente concursal.

3. Aunque exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado.
4. Acordada la resolución del contrato, quedarán extinguidas las obligaciones pendientes de vencimiento. En cuanto a las vencidas, se incluirá en el concurso el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones contractuales, si el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración de concurso; si fuera posterior, el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa. En todo caso, el crédito comprenderá el resarcimiento de los daños y perjuicios que proceda.

### ***Artículo 80. Separación***

1. Los bienes de propiedad ajena que se encuentren en poder del concursado y sobre los cuales éste no tenga derecho de uso, garantía o retención serán entregados por la administración concursal a sus legítimos titulares, a solicitud de éstos.
2. Contra la decisión denegatoria de la administración concursal podrá plantearse incidente concursal.

### ***Artículo 90. Créditos con privilegio especial***

1. Son créditos con privilegio especial:  
(...)
  - 4º Los créditos por cuotas de arrendamiento financiero o plazos de compraventa con precio aplazado de bienes muebles o inmuebles, a favor de los arrendadores o vendedores y, en su caso, de los financiadores, sobre los bienes arrendados con reserva de dominio, con prohibición de disponer o con condición resolutoria en caso de falta de pago.
2. Para que los créditos mencionados en los números 1º a 5º del apartado anterior puedan ser clasificados con privilegio especial, la respectiva garantía deberá estar constituida con los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros, salvo que se trate de hipoteca legal tácita o de los refaccionarios de los trabajadores.

### ***Artículo 155. Pago de créditos con privilegio especial***

1. El pago de los créditos con privilegio especial se hará con cargo a los bienes y derechos afectos, ya sean objeto de ejecución separada o colectiva.
2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, en tanto no transcurran los plazos señalados en el apartado 1 del artículo 56 o subsista la suspensión de la ejecución iniciada antes de la declaración de concurso, conforme al apartado 2 del mismo artículo, la administración concursal podrá comunicar a los titulares de estos créditos con privilegio especial que opta por atender su pago con cargo a la masa y sin realización de los bienes y derechos afectos. Comunicada esta opción, la administración concursal habrá de satisfacer de inmediato la totalidad de los plazos de amortización e intereses vencidos y asumirá la obligación de atender los sucesivos como créditos contra la masa. En caso de incumplimiento, se realizarán los bienes y derechos afectos para satisfacer los créditos con privilegio especial.
3. Cuando haya de procederse dentro del concurso, incluso antes de la fase de liquidación, a la enajenación de bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial, el juez, a solicitud de la administración concursal y previa audiencia de los interesados, podrá autorizarla con subsistencia del gravamen y con subrogación del adquirente en la obligación del deudor, que quedará excluida de la masa pasiva. De no autorizarla en estos términos, el precio obtenido en la enajenación se destinará al pago del crédito con privilegio especial y, de quedar remanente, al pago de los demás créditos. Si un mismo bien o derecho se encontrase afecto a más de un crédito con privilegio especial, los pagos se realizarán conforme a la prioridad temporal que para cada crédito resulte del cumplimiento de los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros. La prioridad para el pago de los créditos con hipoteca legal tácita será la que resulte de la regulación de ésta.
4. La realización en cualquier estado del concurso de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se hará en subasta, salvo que, a solicitud de la administración concursal, oídos

el concursado y el acreedor titular del privilegio, el juez autorice la venta directa al oferente de un precio superior al mínimo que se hubiese pactado y con pago al contado. La autorización judicial y sus condiciones se anunciarán con la misma publicidad que corresponda a la subasta del bien y derecho afecto y si dentro de los diez días siguientes al último de los anuncios se presentare mejor postor, el juez abrirá licitación entre todos los oferentes y acordará la fianza que hayan de prestar.

# CONCURSO DEL EMPRESARIO Y ARBITRAJE DE CONSUMO

MANUEL JESÚS MARÍN LÓPEZ\*

Profesor Titular de Derecho Civil

Centro de Estudios de Consumo\*\*

Universidad de Castilla-La Mancha

*SUMARIO:* I. INTRODUCCIÓN. II. EFECTOS DEL CONCURSO DEL EMPRESARIO SOBRE LOS CONVENIOS ARBITRALES Y LAS OFERTAS PÚBLICAS DE ADHESIÓN AL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO, CUANDO NO SE HA INICIADO EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL. 1. El artículo 58.2 LGDCU: ámbito de aplicación subjetivo y objetivo. 2. Supuesto de hecho. 3. La suspensión de los efectos del convenio arbitral. 4. La ineficacia de la oferta pública de adhesión al sistema arbitral de consumo. 5. La notificación del auto de declaración de concurso a determinados órganos del sistema arbitral de consumo. III. EFECTOS DEL CONCURSO DEL EMPRESARIO SOBRE LOS PROCEDIMIENTOS ARBITRALES DE CONSUMO EN TRAMITACIÓN. 1. Supuesto de hecho. 2. La continuación del procedimiento arbitral de consumo. IV. EFECTOS DEL LAUDO ARBITRAL DE CONSUMO EN EL CONCURSO. V. CONCLUSIONES.

---

\* [Manuel.Marin@uclm.es](mailto:Manuel.Marin@uclm.es)

\*\* [www.uclm.es/cesco](http://www.uclm.es/cesco)

## I. INTRODUCCIÓN

La Ley Concursal, recientemente modificada por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, dedica la Sección 2ª («De los efectos sobre las acciones individuales») del Capítulo II («De los efectos sobre los acreedores») del Título III («De los efectos de la declaración de concurso») a regular las consecuencias que la declaración del concurso va a provocar en las acciones individuales. Comprende los artículos 50 a 57. Con una ordenación sistemática bastante defectuosa, se establecen los efectos que la declaración de concurso va a tener en los procesos declarativos (arts. 50, 51 y 54 LC)<sup>1</sup>, y en las ejecuciones singulares y los apremios (arts. 55 a 57 LC)<sup>2</sup>. Además, el art. 52 LC contempla el modo en que la existencia de un proceso concursal va a influir en los convenios arbitrales en que el concursado sea parte o en los procedimientos arbitrales que se estén tramitando. Por último, el art. 53 LC regula los efectos sobre el proceso concursal de las sentencias y laudos firmes dictados en procedimientos judiciales declarativos singulares o en procedimientos arbitrales.

Toda normativa concursal que se precie ha de contener unas reglas específicas relativas a los efectos del concurso sobre el arbitraje. En efecto, la regulación no sería completa si el legislador se hubiera limitado a incluir preceptos sobre las consecuencias del concurso sobre los procesos judiciales, declarativos o ejecutivos, que se estén tramitando o se pretendan iniciar en el futuro en los que el deudor concursado sea parte. Es preciso que se disciplinen también los efectos que ha de provocar el concurso en los procedimientos arbitrales. Pues la resolución de ese procedimiento arbitral va a influir, sin duda, en el desarrollo del concurso, en la medida en que puede suponer el reconocimiento de un crédito a favor de tercero, incluíble en la lista de acreedores, o la condena de este tercero a realizar una determinada prestación, que puede provocar un aumento de la masa activa del concurso.

---

1 Los arts. 50 y 54 LC regulan el modo en que la declaración de concurso ha de afectar a la posibilidad de plantear nuevas acciones judiciales, tanto si es un tercero el que interpone nuevas demandas contra el concursado (art. 50 LC), como si se ejercitan acciones del concursado contra terceros (art. 54 LC). Por su parte, el art. 51 LC se refiere a los efectos que va a provocar la declaración de concurso sobre los procesos declarativos ya iniciados antes de esa fecha, con independencia de que el deudor concursado tenga en ellos la posición de demandante o demandado.

2 El régimen general se contiene en el art. 55 LC, mientras que los arts. 56 y 57 disciplinan el régimen de las ejecuciones que recaen sobre bienes gravados con garantías reales.

Además de los arts. 52 y 53, la Ley Concursal contiene una norma específica relativa a los efectos del concurso del empresario sobre el arbitraje de consumo. Se trata de la disp. final 31<sup>a</sup>, por la que se añade un nuevo apartado 4 al artículo 31 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios<sup>3</sup>. Este precepto ha pasado ahora a formar parte del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, LGDCU), constando como artículo 58.2. Su texto es el siguiente:

«Quedarán sin efecto los convenios arbitrales y las ofertas públicas de adhesión al arbitraje de consumo formalizados por quienes sean declarados en concurso de acreedores. A tal fin, el auto de declaración de concurso será notificado al órgano a través del cual se hubiere formalizado el convenio y a la Junta Arbitral Nacional, quedando desde ese momento el deudor concursado excluido a todos los efectos del Sistema Arbitral de Consumo».

El artículo es copia casi literal del viejo art. 31.4 de la Ley 26/1984. Existe en su texto un pequeño cambio: donde antes se refería a las «ofertas públicas de sometimiento», se alude ahora a las «ofertas públicas de adhesión». Se trata de un mero cambio terminológico, que se ha mantenido en el nuevo Real Decreto sobre arbitraje de consumo (RD 231/2008), pero que tiene un alto valor simbólico. Lo que se pretende es que las empresas se decidan a resolver sus controversias mediante el arbitraje de consumo, y para ello se les anima a que formulen ofertas públicas de adhesión al sistema arbitral de consumo. No se trata de que se «sometan» al sistema, pues el término «sometimiento» tiene un matiz de imposición o sujeción que poco tiene que ver con el carácter voluntario del arbitraje de consumo.

La finalidad de este trabajo es analizar de qué modo la declaración de concurso del empresario va a afectar al arbitraje de consumo. Este estudio es especialmente oportuno, por dos razones. En primer lugar, porque se trata de una materia que ha recibido escasa atención por parte de la doctrina. De hecho, y salvo alguna honrosa excepción<sup>4</sup>, sólo ha sido estudiada en los comentarios generales publicados sobre la Ley Concursal, que con

---

3 En el Proyecto de Ley Concursal era la disp. final 28<sup>a</sup>, que no sufrió modificación alguna durante su tramitación parlamentaria.

4 R. LARA, «Los efectos de la declaración de concurso de acreedores sobre el sistema y sobre el procedimiento arbitral de consumo», *ADCon*, 2005, n° 6, pp. 249 y ss.

mayor o menor extensión se han ocupado de la disp. final 31ª LC. En segundo lugar, porque la existencia de una nueva regulación sectorial sobre el arbitraje de consumo, contenida en el RD 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo (en adelante, RDAC)<sup>5</sup>, obliga a reinterpretar el art. 58.2 LGDCU de una manera diferente. Adviértase, por último, que la reciente modificación de la Ley Concursal, realizada por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, no afecta a la materia que nos ocupa.

Un adecuado tratamiento de la interrelación entre concurso y arbitraje de consumo obliga a pronunciarse sobre los siguientes extremos. En primer lugar, cuáles son los efectos de la declaración de concurso del empresario sobre los convenios arbitrales y las ofertas públicas de adhesión al sistema arbitral de consumo, si no se ha iniciado todavía el procedimiento arbitral (art. 58.2 LGDCU; epígrafe II). En segundo lugar, qué sucede cuando en el momento de la declaración de concurso ya se ha iniciado el procedimiento arbitral de consumo (art. 52.2 LC; epígrafe III). Y en tercer lugar, si ya ha terminado el procedimiento arbitral y se ha dictado un laudo que ha ganado firmeza, de qué modo le afectará la posterior declaración de concurso de uno de los sujetos que fueron parte en ese procedimiento (art. 53 LC; epígrafe IV). También sería interesante conocer de qué modo afecta la declaración de concurso de un sujeto (en este caso, el empresario) a la posibilidad de celebrar en el futuro un convenio arbitral. Razones de espacio desaconsejan tratar ahora esta cuestión, sobre la que ya he tenido ocasión de ocuparme en otro lugar<sup>6</sup>.

## **II. EFECTOS DEL CONCURSO DEL EMPRESARIO SOBRE LOS CONVENIOS ARBITRALES Y LAS OFERTAS PÚBLICAS DE ADHESIÓN AL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO, CUANDO NO SE HA INICIADO EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL**

### **1. El artículo 58.2 LGDCU: ámbito de aplicación subjetivo y objetivo**

El art. 52.1 LC establece, con carácter general, los efectos que va a tener la declaración de concurso sobre los convenios arbitrales celebrados por el

---

<sup>5</sup> Su art. 51.2, relativo al arbitraje de consumo electrónico, ha sido modificado por el RD 863/2009, de 14 de mayo (publicado en el BOE nº 126, de 25 de mayo de 2009).

<sup>6</sup> M. J. MARÍN LÓPEZ, «Artículo 52», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO (Coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid, Tecnos, 2004, Vol. I, pp. 516 y ss.



deudor concursado antes de la declaración de concurso. Según este precepto, «los convenios arbitrales en que sea parte el deudor quedarán sin valor ni efecto durante la tramitación del concurso, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales». Sin embargo, para el arbitraje de consumo existe una regla particular, que se aplica con preferencia, contenida ahora en el art. 58.2 LGDCU, cuyo estudio corresponde realizar en este momento.

En cuanto al ámbito de aplicación, este precepto sólo entra en juego cuando las partes (empresario y consumidor) han celebrado un convenio arbitral de consumo, o cuando el empresario ha realizado una oferta pública de adhesión al sistema arbitral de consumo (en adelante, OPASAC).

- i) Desde el punto de vista subjetivo, para calificar el convenio arbitral como convenio arbitral «de consumo» es necesario que las partes que celebran ese contrato sean un empresario y un consumidor. Ni el art. 57 ni el art. 58 LGDCU definen qué ha de entenderse por consumidor y empresario. Los conceptos de «consumidor» y «empresario» se contienen en los arts. 3 y 4 LGDCU, y a estos preceptos ha de estarse, por tanto, en lo que al arbitraje de consumo se refiere. Esta conclusión, sin embargo, debe matizarse. Quién puede reclamar y quién puede ser reclamado en arbitraje de consumo es una cuestión de legitimación activa y pasiva, y la legitimación la determina la relación jurídica en la que ha nacido el conflicto. De este modo, las partes en el arbitraje de consumo no tienen por qué responder siempre al concepto de consumidor y empresario de los arts. 3 y 4 LGDCU, sino que la legitimación del reclamante dependerá del concepto de consumidor propio de la órbita normativa a la que se refiere la reclamación<sup>7</sup>.

En cuanto a la OPASAC, su delimitación subjetiva no plantea dificultades. Pues, por su propia naturaleza, la OPASAC, que es una oferta unilateral de adhesión al sistema arbitral de consumo, sólo puede ser formulada por «empresas o profesionales» (art. 25.1 RDAC).

---

<sup>7</sup> Así, por ejemplo, no pueden acudir al arbitraje de consumo las personas jurídicas para hacer valer derechos deducidos de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo, porque esta normativa, contrariando el criterio general de la LGDCU, las excluye del ámbito de su protección (art. 1.2 Ley 7/1995).

Para que la OPASAC exista y produzca efectos, debe ser aceptada por el presidente de la Junta Arbitral de Consumo competente para conocer de ella (art. 28.1 RDAC)<sup>8</sup>. Y es evidente que, para poder ser aprobada, el presidente de esa Junta Arbitral deberá comprobar que ha sido emitida por un empresario.

- ii) Desde el punto de vista objetivo, la existencia de un convenio arbitral de consumo significa que las partes, de manera voluntaria y mediante una declaración de voluntad expresa (art. 58.1 LGDCU), acuerdan someter las controversias que ya hayan surgido o que surjan en el futuro a través del Sistema Arbitral de Consumo. No basta, por tanto, con que las partes del convenio arbitral sean un empresario y un consumidor. Es necesario, además, que declaren su sometimiento al sistema arbitral de consumo. En consecuencia, si empresario y consumidor celebran un convenio arbitral por el que deciden solventar sus conflictos mediante el arbitraje general (regulado en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje; en adelante, LArb)<sup>9</sup>, no será de aplicación el art. 58.2 LGDCU, sino que entrará en juego la regla general del art. 52.1 LC<sup>10</sup>.

## 2. Supuesto de hecho

De la lectura conjunta de los arts. 52 LC y 58.2 LGDCU se infiere que el supuesto de hecho de este último precepto es el siguiente: que el empresario haya celebrado un convenio arbitral de consumo con un consumidor o que haya formalizado una oferta pública de adhesión al sistema arbitral de consumo (OPASAC), que después ese empresario haya sido declarado en concurso, y que, en el momento de la declaración de concurso, no se haya iniciado el procedimiento arbitral de consumo. Hay, por tanto, tres fechas relevantes: la celebración del convenio arbitral de consumo o formalización de la OPASAC, la declaración de concurso, y el inicio del procedimiento arbitral de consumo. Cada una de estas fechas merece ser analizada por separado.

---

<sup>8</sup> Los criterios de determinación de la competencia territorial de las Juntas Arbitrales se contienen en el art. 27 RDAC.

<sup>9</sup> Cosa que pueden hacer, siempre que no incurran en la prohibición del art. 57.4 LGDCU.

<sup>10</sup> P. PERALES VISCASILLAS, «Los efectos del concurso sobre los convenios arbitrales en la Ley Concursal 22/2003», *Diario La Ley*, 2004, III, p. 1847.

A) Hay convenio arbitral (y esa es la fecha relevante) cuando concurren consentimiento, objeto y causa (art. 1261 CC), siempre que el consentimiento sea expreso, se preste de manera voluntaria y conste en la forma prevista en el art. 58.1 LGDCU (por escrito, por medios electrónicos o en cualquier otra forma admitida legalmente que permita tener constancia del acuerdo). La averiguación de la fecha del convenio arbitral depende del modo en que se haya celebrado el convenio arbitral (el art. 24 RDAC contempla ahora los cuatro modos en que puede celebrarse el convenio arbitral). Así, cuando el convenio arbitral haya adoptado la forma de cláusula incorporada a un contrato principal de consumo (permitida por los arts. 90.1 LGDCU y 24.1 RDAC, pero de dudosa constitucionalidad cuando se incluyen en contratos de adhesión)<sup>11</sup>, habrá de estarse a la fecha de ese contrato principal. Lo mismo sucede cuando el convenio arbitral se celebra como un acuerdo independiente. Los otros dos modos de celebrar el convenio arbitral presentan más dificultades:

- (i) Si el empresario hizo una OPASAC, el convenio arbitral se entiende formalizado con la simple presentación por el consumidor de la solicitud de arbitraje ante la Junta Arbitral de Consumo, siempre que la solicitud coincida con el ámbito de la oferta (art. 24.2 RDAC). La fecha relevante es, por tanto, aquella en que se presenta la solicitud de arbitraje, regulada en el art. 34 RDAC. Y así será aunque la solicitud sea incompleta, y el reclamante proceda a subsanar esa deficiencia dentro del plazo de quince días, a requerimiento del Secretario de la Junta Arbitral de Consumo (art. 34.2). Si no subsana en plazo se considera que el consumidor ha desistido de su solicitud, procediéndose al archivo de las actuaciones, por lo que habrá que entender que no se ha formalizado convenio arbitral alguno. La fecha relevante es la de la presentación de la solicitud, aunque se haga a una Junta Arbitral territorialmente incompetente<sup>12</sup>. Por otra

---

11 Partidario de su inconstitucionalidad se muestra V. GIMENO SENDRA en su reciente artículo «La validez de los convenios arbitrales de adhesión en la doctrina del Tribunal Constitucional», *Diario La Ley*, nº 7168, de 6 de mayo de 2009.

12 En tal caso, esa Junta Arbitral la trasladará a la Junta Arbitral de Consumo que sea competente, en el plazo de quince días desde la presentación de la solicitud (art. 37.1 RDAC).

parte, para que la solicitud de arbitraje provoque la perfección del convenio arbitral es preciso que la solicitud «coincida con el ámbito de la oferta». Por lo tanto, si la OPASAC tiene algún tipo de limitación, con independencia de que se considere o no como una «OPASAC limitada»<sup>13</sup>, no hay convenio arbitral cuando la solicitud versa sobre algún elemento (temporal, material, cuantitativo, etc.) no cubierto por la OPASAC. Repárese en que esta circunstancia no se advierte en el instante en que se presenta la solicitud, sino después, cuando el presidente de la Junta Arbitral decide sobre la admisión o inadmisión de la solicitud y, en su caso, dicta resolución acordando el inicio del procedimiento arbitral [si la solicitud coincide con el ámbito de la OPASAC; art. 37.3.a) RDAC] o da traslado de la solicitud de arbitraje al empresario reclamado para que la acepte [si la solicitud no coincide con el ámbito de la OPASAC; art. 37.3.b).I RDAC].

- (ii) Si no consta la existencia de un convenio arbitral en cualquiera de las tres formas anteriores (como cláusula incorporada a un contrato principal, como acuerdo independiente, o como efecto de la presentación de una solicitud de arbitraje cuando existe una OPASAC), el consumidor podrá presentar una solicitud

---

13 El RD 231/2008 parte de la distinción entre una OPASAC normal u ordinaria (aunque el RD no usa estos términos), y una OPASAC «limitada». Cada una de ellas tiene su propio régimen de autorización. Resulta llamativo, sin embargo, que la norma no defina qué es una OPASAC limitada. En línea de principio, habría que considerar como tal cualquier OPASAC que tenga alguna limitación, sea del tipo que sea (cuantitativa, cualitativa, territorial, temporal, etc.). Las cosas, sin embargo, no son así. Pues existen OPASAC que contienen limitaciones y que, sin embargo, según el RD 231/2008 no deben calificarse como «OPASAC limitadas». En efecto, no se consideran OPASAC limitadas las siguientes (art. 25.3 RDAC): aquellas que tengan carácter temporal, siempre que la adhesión se realice por un período no inferior a un año; aquéllas que limiten la adhesión a las Juntas Arbitrales correspondientes al territorio en el que la empresa o profesional desarrolla principalmente su actividad; y aquéllas que condicionan el conocimiento del conflicto a través del arbitraje de consumo a la previa presentación de la reclamación ante los mecanismos de solución de conflictos habilitados por la empresa o profesional, siempre que el recurso a tales mecanismos sea gratuito y se preste información sobre su existencia y modo de acceder a ellos en la información precontractual y en el contrato. Y aunque no se establezca expresamente, hay que entender que tampoco es una OPASAC limitada aquella en la que el empresario declara su sometimiento al arbitraje en derecho, y no en equidad, o aquella en la que rechaza la mediación previa (como permite el art. 25.1.II RDAC). Igualmente, no es una OPASAC limitada la que rechaza el arbitraje colectivo (regulado en los arts. 56 y ss. RDAC) o el árbitro único (si el art. 19.2 RDAC permite a las partes oponerse a la designación de un árbitro único, también podrá oponerse a ello el empresario en la OPASAC).

de arbitraje, y la Junta Arbitral la trasladará al empresario reclamado «para su aceptación, conforme a lo previsto en el art. 37.3, apartado b)» (art. 24.4 RDAC). Según el art. 37.3.b).I RDAC, el empresario dispone de «un plazo de quince días para la aceptación del arbitraje». Sin embargo, ni el art. 24.4 ni el 37.3.b) RDAC especifican cuándo se formaliza el convenio arbitral<sup>14</sup>. Habida cuenta de que la Junta Arbitral de Consumo es un órgano administrativo (art. 5.1 RDAC), que depende de una Administración Pública (art. 7.1.II RDAC), hay que entender que la aceptación del empresario produce efectos desde la fecha en que se presenta el documento de aceptación en un Registro Público, en los términos previstos en el art. 38 de la Ley 30/1992.

En cuanto a la fecha en que se entiende formalizada la OPASAC, es aquella en la que la Junta Arbitral competente para conocer de las ofertas públicas de adhesión<sup>15</sup> dicta una resolución motivada aceptando esa OPASAC (art. 28.1 RDAC). Lo relevante es la fecha de esa resolución, y no la de notificación al empresario que hace la oferta (notificación que, por cierto, no exige el art. 28.1 RDAC, pero que es evidente que debe producirse) o al registro público de empresas adheridas [notificación que viene exigida por los arts. 6.c) y 31.2 RDAC].

- B) La segunda fecha relevante es la de declaración del concurso. El concurso se produce en la fecha del auto de declaración de concurso, pues como señala el art. 21.2 LC, el auto produce sus efectos «de inmediato». Se excepciona el caso de que el auto de declaración del concurso haya sido recurrido en apelación, y apartándose de la regla general, el juez haya acordado que este recurso tenga efecto suspensivo (art. 20.2 LC). En tal caso no puede considerarse que la declaración de concurso produce sus efectos, aunque si posteriormente la Audiencia Provincial que resuelve el recurso de apelación confirma el auto de declaración, el concurso debe entenderse declarado desde el mismo día en que se dictó el auto.

---

14 El art. 37.3.b).III RDAC sí señala cuándo se considera iniciado el procedimiento arbitral, que es cosa distinta.

15 El art. 27 RDAC establece los criterios para determinar qué Junta Arbitral es competente.

- C) Existe una tercera fecha que hay que averiguar: la del inicio del procedimiento arbitral de consumo. Según la Ley de Arbitraje, la fecha de inicio del arbitraje será, salvo que las partes hayan convenido otra cosa, la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento de someter la controversia a arbitraje (art. 27 LArb). Para el arbitraje de consumo, el viejo RD 636/1993 establecía una regla diferente: el procedimiento arbitral de consumo comenzará con la designación del colegio arbitral (art. 10.1). La normativa actual es totalmente diferente, pues el presidente de la Junta Arbitral deberá dictar una resolución en la que se acuerda el inicio del procedimiento arbitral. Ahora, el presidente de la Junta Arbitral, una vez recibida la solicitud de arbitraje, lo primero que debe hacer es conocer sobre la competencia territorial de esa Junta Arbitral (art. 37.1.I RDAC), y después, conocer sobre la admisión a trámite de la solicitud de arbitraje (art. 37.1.II RDAC), debiendo acordar la inadmisión de la solicitud en los supuestos previstos en el art. 35 RDAC (art. 37.2 RDAC)<sup>16</sup>. Si el presidente de la Junta Arbitral estima que no existe causa de inadmisión a trámite, deberá actuar de dos modos, en función de que exista o no convenio arbitral (art. 37.3 RDAC), provocando así de una u otra manera el inicio del procedimiento arbitral. Así,
- i) Si consta la existencia de convenio arbitral válido (en cláusula incorporada a contrato, en contrato independiente o si existe una OPASAC seguida de una solicitud de arbitraje que coincide con el ámbito de la OPASAC), el presidente de la Junta Arbitral dictará una resolución que acuerda el inicio del procedimiento arbitral, en la que constará expresamente la admisión a trámite de la solicitud de arbitraje, la invitación a las partes para alcanzar un acuerdo a través de la mediación previa, y el traslado al reclamado de la solicitud de arbitraje, para que en el plazo de quince días formule las alegaciones que estime oportunas y, en su caso, presente las pruebas que estime pertinentes o proponga las que considere oportunas [art. 37.3.a) RDAC]. El procedimiento arbitral se inicia en la fecha que se dicta la resolución, que deberá ser notificada a las partes.

---

<sup>16</sup> También la inadmitirá a trámite cuando advierta que el objeto de la solicitud no puede ser objeto de arbitraje, o que el reclamante o el reclamado no tienen la condición de consumidor y empresario.

- ii) Si no consta la existencia de convenio arbitral previo o éste no es válido<sup>17</sup>, el presidente de la Junta Arbitral dará traslado de la solicitud de arbitraje al reclamado para que en el plazo de quince días acepte el arbitraje, y para que, en su caso, conteste a la solicitud formulando las alegaciones que estime oportunas y, en su caso, presente o proponga pruebas [art. 37.3.b).I RDAC]. Si el reclamado contesta aceptando el arbitraje, el presidente dictará resolución con acuerdo expreso de inicio del procedimiento arbitral, aunque el procedimiento arbitral se entiende iniciado en la fecha de entrada de la aceptación del empresario en la Junta Arbitral [art. 37.3.b).III RDAC]. Es esta última fecha, por tanto, la relevante a los efectos de la aplicación del art. 58.2 LGDCU.

Una vez analizadas las tres fechas relevantes, se está ya en condiciones de examinar en qué casos será de aplicación el art. 58.2 LGDCU. Para comprobar si concurre el supuesto de hecho de este precepto, hay que analizar el modo en que se ha celebrado el convenio arbitral.

- 1) Ninguna dificultad hay cuando el convenio se celebra en documento aparte o como cláusula incorporada al contrato principal de consumo. El art. 58.2 LGDCU entra en juego cuando, después de celebrado el convenio, el empresario es declarado en concurso, sin que todavía se haya dictado por la Junta Arbitral la resolución que acuerda el inicio del procedimiento arbitral.
- 2) Por otra parte, si hay una OPASAC y el consumidor presenta una solicitud de arbitraje que coincide con el ámbito de aquélla, como desde ese instante hay convenio arbitral, es posible que después el empresario se declare en concurso, sin que todavía se haya dictado resolución de inicio del procedimiento arbitral por el presidente de la Junta Arbitral

---

17 Las hipótesis pueden ser muy variadas: inexistencia de convenio arbitral previo (en forma de cláusula incorporada al contrato o como acuerdo autónomo), existencia de este convenio pero no presentación junto a la solicitud de arbitraje [como exige el art. 34.1.e) RDAC], nulidad del convenio o ineficacia de cualquier otro tipo, existencia de OPASAC y posterior solicitud de arbitraje que no coincide con el ámbito de la OPASAC, etc.

(pues dispone de 30 días para dictarla, art. 37.4 RDAC). En este caso sí se aplicará el art. 58.2 LGDCU, y ese convenio arbitral quedará en suspenso.

- 3) Sin embargo, si no existe convenio arbitral ni OPASAC, y lo que sucede es que la solicitud de arbitraje del consumidor es trasladada al empresario, que la acepta, es muy difícil que concurra el supuesto de hecho del art. 58.2 LGDCU. En efecto, entre la celebración del convenio arbitral (que se produce en la fecha en que el empresario presenta el documento de aceptación) y el inicio del procedimiento arbitral (en la fecha de entrada de ese documento de aceptación en la Junta Arbitral) lo normal es que apenas transcurran unos días; y es necesario que en esos días se declare el concurso del empresario para que se aplique el art. 58.2 LGDCU. Es posible, incluso, que ambas fechas coincidan (así, cuando la aceptación del arbitraje es presentada directamente por el empresario en la Junta Arbitral). En este caso, una vez recibida en la Junta la aceptación del arbitraje se considera iniciado el procedimiento arbitral [art. 37.3.b).III RDAC], por lo que la posterior declaración en concurso del empresario se regirá por el art. 52.2 LC.

### **3. La suspensión de los efectos del convenio arbitral**

Cuando concurre el supuesto de hecho del art. 58.2 LGDCU, «quedarán sin efecto los convenios arbitrales y las ofertas públicas de adhesión». Es necesario analizar por separado ambas figuras.

En cuanto a los convenios arbitrales de consumo, «quedarán sin efecto». La redacción se asemeja bastante al art. 52.1 LC, según el cual los convenios arbitrales quedan «sin valor ni efecto». A mi juicio, el régimen de ineficacia del convenio arbitral de consumo es el mismo que el de cualquier convenio arbitral. Sin embargo, ninguna de las dos normas señala cuál es el tipo de ineficacia que sufre el convenio arbitral. Como ya sostuve hace tiempo<sup>18</sup>, no estamos ante un caso de invalidez del convenio arbitral, y mucho

---

18 En «Artículo 52», *cit.*, p. 520.



menos ante un caso de inexistencia del convenio. Más bien se trata de un supuesto particular de ineficacia: en concreto, se produce una suspensión de los efectos del convenio<sup>19</sup>. En efecto, el convenio arbitral, válidamente celebrado, sigue siendo válido aunque en fecha posterior una de las partes del convenio (en este caso, el empresario) sea declarada en concurso. Lo único que sucede es que se suspenden los efectos del convenio en relación a esa parte. Por eso, si una de las partes del convenio arbitral está integrada por una pluralidad de sujetos, el hecho de que uno de ellos se declare en concurso no impide a los restantes poder dirimir sus conflictos mediante el arbitraje. Eso es buena muestra de que el convenio arbitral sigue siendo válido, aunque sus efectos se suspenden en relación a la persona declarada en concurso.

Como se sabe, el convenio arbitral tiene una doble eficacia, positiva y negativa. Tiene una eficacia positiva, en el sentido de que «obliga a las partes a cumplir lo estipulado» (art. 11.1 LArb), es decir, a someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica (art. 9.1 LArb). La eficacia negativa consiste en que el convenio arbitral impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria (arts. 11.1 LArb y 63.1 LEC).

En consecuencia, la suspensión de los efectos del convenio arbitral de consumo significa, por una parte, que las partes del convenio ya no están obligadas a someter las controversias jurídicas que entre ellas surjan o puedan surgir a arbitraje; y por otra, que cualquier de las partes tiene vía libre para acudir a los tribunales y ejercitar en ellos las acciones judiciales que estime pertinentes. Y ello es así con independencia de que el empresario que celebró el convenio arbitral, y que después es declarada en concurso, ocupe en ese nuevo proceso judicial que se va a iniciar la posición de demandado (art. 50 LC) o de demandante (art. 54 LC).

En cualquier caso, los efectos del convenio no desaparecen de forma indefinitiva, sino de manera provisional: quedan sin efecto «durante la tramitación del concurso» (art. 52.1 LC, que se aplica ante el silencio

---

19 Existe unanimidad en la doctrina sobre este extremo.

sobre este extremo del art. 58.2 LGDCU). Por tanto, cuando concluya el concurso<sup>20</sup>, la suspensión de los efectos decae, y el convenio arbitral recuperará su doble eficacia positiva y negativa.

Cabe plantearse si a la suspensión de efectos del convenio arbitral de consumo es de aplicación la excepción prevista en la última parte del art. 52.1 LC. Dispone la norma citada que los convenios arbitrales suspenderán sus efectos... «sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales». Esta alusión resulta llamativa, pues es evidente que lo dispuesto en los tratados internacionales en los que España sea parte se aplicará con preferencia a lo establecido en la LC. Pero es que, además, y hasta donde alcanza mi conocimiento, no existe en los tratados internacionales que versan sobre arbitraje o insolvencia referencia alguna a la excepción contenida en el art. 52.1 LC<sup>21</sup>. Habida cuenta del carácter superfluo de la norma, es irrelevante si ha de aplicarse o no al convenio arbitral de consumo.

Una precisión adicional. La regla general, en el marco del art. 52.1 LC, es que el convenio arbitral sólo suspende su eficacia durante el concurso si la materia objeto del arbitraje fuera competencia del juez del concurso, conforme al art. 8 LC<sup>22</sup>. Esto vale también para el convenio arbitral de consumo. En consecuencia, no se aplica el art. 58.2 LGDCU cuando la materia arbitrable sea una materia que carezca de *transcendencia patrimonial* (art. 8.1º LC). Lo que sucede es que, por su propia naturaleza, el arbitraje de consumo sirve siempre para dirimir controversias con trascendencia patrimonial, y por tanto, evaluables económicamente. Por eso, en la solicitud de arbitraje el consumidor deberá especificar cuáles son sus pretensiones, determinando, en su caso, su cuantía [art. 34.1.c) RDAC]. Y por eso el presidente de la Junta Arbitral podrá acordar la inadmisión a trámite de la solicitud de arbitraje en la que no aprecie afectación de los derechos y legítimos intereses económicos del consumidor (art. 35.1 RDAC).

En definitiva, tras la declaración de concurso, el convenio arbitral de consumo deja de producir efectos. Por eso, no podrá iniciarse ningún procedimiento arbitral de consumo. Ni el art. 52 LC ni el 58.2

---

20 El art. 176 LC enumera las causas de conclusión del concurso.

21 I. HEREDIA CERVANTES, *Arbitraje y concurso internacional*, Cizur Menor, Civitas, 2008, p. 52.

22 M. A. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (Coord.), *Derecho Concursal Práctico*, Madrid, Iurgium, 2004, p. 289.

LGDCU establecen qué sucede si tras la declaración de concurso se inicia el procedimiento arbitral de consumo. Algunos autores sostienen que cualquier procedimiento arbitral que se inicie después de la declaración de concurso está viciado de nulidad<sup>23</sup>, llegando incluso a defenderse la aplicación analógica del art. 50.1.I LC, con el resultado de que carecerán de valor todas las actuaciones arbitrales que se practiquen<sup>24</sup>. No estoy seguro de que ésta sea la solución más adecuada. Pues el art. 50.1.I LC no hace sino recoger la doctrina general sobre nulidad de actuaciones judiciales realizadas por un juez o tribunal en caso de falta de jurisdicción o competencia objetiva, sancionada ya en los arts. 238.1º LOPJ y 225.1º LEC. Y esta nulidad de actuaciones no es trasladable, sin más, a los procedimientos arbitrales. Parece más adecuado utilizar los mecanismos que la Ley Arbitral contempla para tal hipótesis. Por ello, si se iniciara un procedimiento arbitral, e incluso se designaran los árbitros (uno o tres) que habrán de conocer del mismo (arts. 19 y 39.1 RDAC), estos árbitros podrán apreciar, de oficio o a instancia de parte, la ineficacia del convenio arbitral (art. 22.1 LArb, que también se aplica al arbitraje de consumo). En todo caso, el laudo que eventualmente se dicte podrá ser objeto de la acción de anulación del laudo, con apoyo en el art. 41.1.a) LArb («que el convenio arbitral no existe o no es válido»).

#### **4. La ineficacia de la oferta pública de adhesión al sistema arbitral de consumo**

La ineficacia también se predica de las OPASAC. «Quedarán sin efecto... las ofertas públicas de adhesión al arbitraje de consumo formalizadas por quienes sean declarados en concurso de acreedores». Esta es, en realidad, la gran novedad de la regulación del art. 58.2 LGDCU, pues la «ineficacia» de los convenios arbitrales ya estaba contemplada en el art. 52.1 LC<sup>25</sup>.

---

23 F. CORDÓN MORENO, «Artículo 53», en F. CORDÓN MORENO (Dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2004, p. 433.

24 J. L. GONZÁLEZ MONTES, «Acumulación en el concurso: acciones declarativas y ejecutivas», en AAVV, *Las claves de la Ley Concursal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2005, p. 275.

25 Conviene llamar la atención sobre una pequeña deficiencia terminológica del art. 58.2 LGDCU: la oferta pública es de adhesión al sistema arbitral de consumo, y no al arbitraje de consumo.

La OPASAC quedará «sin efecto» tras la declaración de concurso del empresario que hizo la oferta pública. La doctrina no se pone de acuerdo respecto al régimen de la ineficacia de la OPASAC. A mi juicio, la ineficacia no supone la suspensión temporal de los efectos de la OPASAC<sup>26</sup>, sino su extinción. Así se deduce de la segunda frase del art. 58.2 LGDCU, según la cual el deudor concursado (empresario) queda «excluido a todos los efectos del sistema arbitral de consumo». Por tanto, la OPASAC pierde definitivamente su validez y eficacia. Ello no excluye, sin embargo, que una vez terminado el procedimiento concursal, el empresario pueda de nuevo emitir una oferta pública de adhesión; lo que no podrá es hacer renacer aquella anterior, que ya se extinguió definitivamente.

La pérdida de validez de la OPASAC, o lo que es lo mismo, la exclusión del empresario que la formula del sistema arbitral de consumo, obliga a la Junta Arbitral de Consumo a través de la cual se adhirió ese empresario a actuar de un determinado modo. Como ya se ha indicado, el empresario que pretenda emitir una oferta pública de adhesión tendrá que presentarla ante la Junta Arbitral de Consumo competente territorialmente, conforme a los criterios del art. 27 RDAC. El presidente de esa Junta Arbitral deberá resolver motivadamente sobre su aceptación o rechazo (art. 28.1 RDAC)<sup>27</sup>. En caso de aceptarla, otorgará al empresario el distintivo oficial de establecimiento adherido que figura en el Anexo I (OPASAC normal) o en el Anexo II (OPASAC limitada), salvo que se trate de una OPASAC limitada y que, atendiendo al contenido de la limitación, el presidente de la Junta Arbitral decida aceptar la OPASAC limitada pero negar el derecho a utilizar el distintivo oficial (art. 28.2 RDAC). La resolución de aceptación de la OPASAC será notificada al empresario que hace la oferta (a pesar del silencio del art. 28.1 RDAC

---

26 Como defiende R. LARA, «Los efectos...», *cit.*, p. 269.

27 Si la OPASAC es limitada, antes de resolver debe solicitar un informe a la Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo. El informe negativo a la admisión de la OPASAC limitada vincula a la Junta Arbitral (art. 26 RDAC). Para emitir este informe, la Comisión tendrá en cuenta las directrices fijadas por el Consejo General del Sistema Arbitral de Consumo [art. 15.d) RDAC] y, en su caso, las razones alegadas por la Junta Arbitral competente para resolver (art. 11.3 RDAC). En todo caso, la resolución del presidente de la Junta Arbitral sobre la aceptación o rechazo de esa OPASAC limitada deberá ser notificada a la Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo (art. 27.3 RDAC).

sobre este extremo), y también al registro público de empresas adheridas, que es gestionado por el Instituto Nacional de Consumo [arts. 6.c) y 31.2 RDAC].

Un empresario con una OPASAC en vigor puede salir del sistema por varias razones. Su salida puede ser voluntaria, mediante la denuncia de la oferta pública de adhesión, regulada en el art. 29 RDAC. Pero puede ser también forzosa. En efecto, el art. 30 RDAC enumera cinco circunstancias que pueden provocar la retirada del distintivo oficial y, en su caso, la baja en el registro público de empresas adheridas<sup>28</sup>. Según el art. 30.2 RDAC, si concurre alguna de estas causas, el presidente de la Junta Arbitral que concedió el distintivo oficial de empresa adherida (que es el mismo que admitió la OPASAC, art. 28.1 RDAC), dictará una resolución motivada de retirada del distintivo de adhesión, y en su caso, de baja en el registro público de empresas adheridas (art. 30.2 RDAC), que deberá ser notificada al registro público de empresas adheridas (art. 31.2 RDAC).

El art. 58.2 LGDCU contempla también un supuesto de extinción de una OPASAC. La hipótesis regulada en este precepto no es una de las cinco recogidas en el art. 30.1 RDAC. A pesar de ello, se trata de un caso subsumible en el art. 30 RDAC. Por eso, una vez que el presidente de la Junta Arbitral que admitió esa OPASAC tenga conocimiento del auto de declaración de concurso del empresario (y lo tiene porque el art. 58.2 LGDCU obliga a notificárselo), deberá dictar una resolución motivada de retirada del distintivo oficial y de baja en el registro público, que deberá ser notificada al propio empresario y al registro público de empresas adheridas<sup>29</sup>.

---

28 Esas causas son las siguientes: la expiración del plazo para el que se realizó la oferta pública de adhesión; la utilización fraudulenta o engañosa del distintivo; el incumplimiento reiterado de los laudos; las reiteradas infracciones calificadas como graves o muy graves en materia de protección al consumidor y usuario, sancionadas, con carácter firme, por las Administraciones públicas competentes; y la realización de prácticas que lesionen gravemente los derechos e intereses legítimos de los consumidores y usuarios.

29 Existen, sin embargo, dos diferencias relevantes entre las causas de retirada del distintivo prevista en el art. 30 RDAC y la extinción de la OPASAC contemplada en el art. 58.2 LGDCU: (i) Aunque la redacción del art. 30.2 RDAC es confusa, parece que el presidente de la Junta Arbitral puede decretar la salida del empresario del sistema arbitral de consumo (dándolo de baja en el registro y retirándole el distintivo oficial) o mantenerlo dentro, pero retirándole el distintivo. En el supuesto del art. 58.2 LGDCU, deberá decretar necesariamente su baja del registro y la retirada de

Conforme a lo expuesto, resulta que cuando el convenio arbitral se ha celebrado por la vía de la OPASAC (existe una OPASAC y el consumidor presenta después una solicitud de arbitraje), la «ineficacia» se predica tanto del convenio arbitral como de la OPASAC. En efecto, el convenio arbitral «queda sin efecto», en el sentido de que se mantiene su validez, pero sus efectos se suspenden. Pero la OPASAC «queda sin efecto» en el sentido de que se extingue de manera definitiva, y se considera a ese empresario como no adherido al sistema arbitral de consumo.

## **5. La notificación del auto de declaración de concurso a determinados órganos del sistema arbitral de consumo**

El art. 58.2 LGDCU contiene una segunda frase, cuya comprensión es difícil. Después de declarar que quedarán sin efecto los convenios arbitrales y las ofertas públicas de adhesión, dispone que «a tal fin, el auto de declaración de concurso será notificado al órgano a través del cual se hubiere formalizado el convenio y a la Junta Arbitral Nacional, quedando desde ese momento el deudor concursado excluido a todos los efectos del Sistema Arbitral de Consumo». Hay que preguntarse cuál es la finalidad de esta notificación, en qué casos procede, quién debe notificar y a quién debe notificarse, y cuáles son los efectos de la notificación. La disparidad doctrinal sobre esta materia es especialmente intensa. Cabe afirmar, incluso, que existen tantas posiciones doctrinales como autores han analizado este precepto (o más exactamente, su antecedente, la disp. final 31ª LC). Hay que tener en cuenta, además, que la interpretación de la norma es distinta después del RD 231/2008, que modifica la competencia de la Junta Arbitral Nacional y regula *ex novo* el registro nacional de empresas adheridas.

En mi opinión, la finalidad de la notificación tiene que ver con la regla particular incluida en el art. 58.2 LGDCU relativa a la ineficacia de la OPASAC. En efecto, el legislador ha querido hacer depender la ineficacia de la OPASAC de la notificación del auto a determinados órganos que forman parte del sistema arbitral de consumo. Aunque no se diga expresamente, parece que

---

la pegatina. (ii) Es la resolución del presidente la que produce los efectos descritos en el art. 30.2 RDAC; sin embargo, en el art. 58.2 LGDCU es la notificación del auto de declaración de concurso a determinados órganos lo que provoca la exclusión del empresario a todos los efectos del sistema arbitral de consumo.

el sentido de esta notificación es que se deje constancia de la declaración de concurso en el censo de empresas adheridas que existe en cada Junta Arbitral, así como en el registro público nacional de empresas adheridas que gestiona el Instituto Nacional de Consumo. Se trata, en definitiva, de que se excluya de estos registros al empresario concursado.

A mi juicio, la notificación se requiere únicamente en el caso de que el empresario concursado esté adherido al sistema arbitral de consumo, por haber emitido una OPASAC, pero no cuando haya celebrado convenios arbitrales con consumidores. Es cierto, sin embargo, que la norma parece establecer lo contrario: alude a la necesidad de notificar el auto al órgano «a través del cual se hubiere formalizado el convenio»; parece, pues, que la notificación del auto sólo se exige en los convenios arbitrales, y no en la OPASAC. Esta interpretación debe desecharse. Me parece claro que el deber de notificar no opera en los convenios arbitrales celebrados, que son ineficaces *ope legis* desde la fecha del auto de declaración de concurso. En efecto, no hay deber de notificar ni en los convenios celebrados como contrato independiente o como cláusula incorporada al contrato de consumo<sup>30</sup>, ni cuando el convenio nace de una OPASAC del empresario y de la posterior solicitud de arbitraje por el consumidor<sup>31</sup>. No tiene sentido establecer una regla propia para el arbitraje de consumo relativa a los efectos del concurso del empresario en los convenios arbitrales; ha de estarse a la regla general contenida en la primera frase del art. 58.1 LGDCU, que es una mera reproducción del art. 52.1 LC. En consecuencia, el deber de notificar el auto de declaración de concurso sólo opera para las OPASAC<sup>32</sup>.

El precepto tampoco aclara quién debe realizar la notificación. Existe la duda de si corresponderá al juez del concurso o a la administración concursal. No creo que sea útil atribuir semejante deber a la administración concursal, que, si bien se mira, carece de incentivos para realizar esta notificación. Lo más razonable es que sea el juez del concurso quien, de oficio, y por medios telemáticos, informáticos o

---

30 En estos casos, puede que no haya surgido ninguna controversia entre las partes, y que el consumidor, por tanto, no haya presentado solicitud alguna de arbitraje ante una Junta Arbitral.

31 En este supuesto, habrá convenio arbitral, y el auto de declaración de concurso debe ser notificado, pero no porque haya convenio arbitral válido, sino porque ese empresario formuló una OPASAC.

32 En contra, considerándola también aplicable al convenio arbitral de consumo, R. LARA, «Los efectos...», *cit.*, pp. 264 y 265.

electrónicos, notifique el auto de declaración de concurso a los órganos designados en la norma<sup>33</sup>.

Grandes dificultades presenta la averiguación de quiénes son los destinatarios de la notificación. El auto de declaración de concurso será notificado «al órgano a través del cual se hubiere formalizado el convenio y a la Junta Arbitral Nacional». La alusión a la Junta Arbitral Nacional no plantea dificultades. El nuevo RDAC también contempla la existencia de una Junta Arbitral Nacional, adscrita al Instituto Nacional de Consumo [art. 5.2.a) RDAC], aunque ahora no tiene atribuida la competencia exclusiva para conocer de determinadas solicitudes de arbitraje, como sucedía en el viejo RD 636/1993 (art. 3.1). Más complicado es determinar cuál es el órgano «a través del cual se ha formalizado el convenio». En el RD 231/2008, la expresión «órgano» va asociada siempre a «órgano arbitral». Los órganos arbitrales, unipersonales o colegiados (compuestos de tres árbitros), son los que conocen de la cuestión controvertida y resuelven el conflicto mediante el laudo (art. 18.1 RDAC). Parece claro que el término «órgano» del art. 58.2 LGDCU no puede ser entendido como «órgano arbitral», pues a través de los órganos arbitrales no se formaliza nunca un convenio arbitral. La norma parece referirse, más bien, a la Junta Arbitral a través de la cual se formaliza el convenio arbitral. Pero incluso así entendido, el precepto es desafortunado. En realidad, la notificación debe hacerse, no a la Junta Arbitral a través de la cual se formaliza el convenio (cuando hay una OPASAC seguida de solicitud de arbitraje), sino a la Junta Arbitral a través de la cual se adhirió mediante una OPASAC ese empresario<sup>34</sup>. Pues es el presidente de esa Junta el que debe dictar resolución motivada de retirada del distintivo de adhesión, y de baja en el registro público de empresas adheridas (art. 30.2 RDAC).

---

33 A. EMPARANZA SOBEJANO, «Disp. final 31ª», en AAVV, *Comentarios a la legislación concursal*, Madrid, Dykinson, 2004, Tomo II, pg. 1944; S. DÍAZ ALABART, «Disp. final 31ª», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO (Coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, cit., Vol. II, pp. 2404 y 2405. Como señala esta autora, se trata de un caso más de notificación obligatoria del auto por parte del juez, que se añade a los ya recogidos en el art. 21.5 LC.

34 E. VERDERA Y TUELLS, «Reflexiones preliminares sobre el arbitraje en la Ley Concursal», en AAVV, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Vol. 3, Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 3345; R. BELLIDO, «Disp. final 31ª», en A. ROJO/E. BELTRÁN (Dir.), *Comentario de la Ley Concursal*, Tomo II, Madrid, Civitas, 2004, p. 3336.



La norma presenta algún interrogante añadido, que es necesario resolver. Así, en primer lugar, cabe preguntarse por qué es realmente necesaria la notificación del auto a la Junta Arbitral Nacional. Bajo la vigencia del RD 636/1993, se sostuvo que la exigencia de notificación a la Junta Nacional era absurda, habida cuenta de las limitadas competencias de esta Junta Arbitral en el marco del sistema arbitral de consumo<sup>35</sup>. En efecto, ¿qué se consigue notificando el auto de declaración de concurso a la Junta Arbitral Nacional? Repárese en que esta Junta Arbitral Nacional no tiene competentes de coordinación de las demás Juntas territoriales, y que tampoco se ocupa de la elaboración de un censo general de empresas adheridas; de hecho, el RD 636/1993 no prevé un registro o censo estatal de empresas que han formulado una OPASAC<sup>36</sup>. Podría pensarse que, tras el RD 231/2008, tiene más sentido notificar la declaración de concurso a la Junta Nacional, pues ahora sí se contempla la existencia de un registro estatal de empresas adheridas al sistema arbitral de consumo (art. 31.1 RDAC). Este registro, sin embargo, no es gestionado por la Junta Arbitral Nacional, sino por el Instituto Nacional de Consumo (art. 31.1 RDAC). En cualquier caso, como de lo que se trata es de hacer llegar al registro estatal de empresas adheridas la información relativa al concurso del empresario que ha formulado una OPASAC, me parece que debe mantenerse la necesidad de notificación del auto a la Junta Arbitral Nacional, para que ésta, a su vez, transmita esa información al registro público. Sin duda, hubiera sido más acertado que el propio art. 58.2 LGDCU hubiera establecido que la notificación debe enviarse al registro público (y no a la Junta Arbitral Nacional). Pero como se ha apuntado, hasta el RDAC de 2008 no se crea el registro estatal de OPASAC, por lo que era imposible que la vieja disp. final 31ª LC (del año 2003) impusiese esa notificación.

Conforme al precepto, la notificación debe realizarse de forma cumulativa a los dos órganos mencionados (Junta Arbitral a través de la cual se formalizó la OPASAC, y Junta Arbitral Nacional), de modo que, según parece, la notificación no produce los efectos legalmente previstos hasta que no se haga a los dos. Esta previsión legislativa es desproporcionada. A mi juicio, basta

---

35 R. LARA, «Los efectos...», *cit.*, pgs. 267; R. BELLIDO, «Disp. final 31ª», *cit.*, p. 3336.

36 Sólo existe un listado en cada Junta Arbitral de las empresas que se han adherido a esa Junta [art. 4.c) RD 636/1993].

con que la notificación se realice a cualquiera de esos dos órganos. Así, si la notificación se hace a la Junta Arbitral Nacional, esta tendrá, a su vez, que comunicar esa circunstancia a la Junta Arbitral a través de la cual se adhirió el empresario concursado al sistema arbitral de consumo (para que dicte resolución de retirada del distintivo oficial y de baja en el registro público), e incluso también directamente al registro público de empresas adheridas (para que excluya a ese empresario concursado del registro). En cambio, si la notificación se hace directamente a la Junta Arbitral territorial que aceptó la OPASAC, el presidente de esta Junta Arbitral dictará resolución de retirada del distintivo oficial y de baja en el registro público, y lo notificará al registro público, a los efectos oportunos (art. 31.2 RDAC).

Pero, ¿cómo sabe el juez del concurso que ese empresario formuló una OPASAC, y a través de qué Junta Arbitral? La primera pregunta no tiene una fácil respuesta. El art. 6 LC no parece imponer al deudor que solicita el concurso la obligación de informar al juez que ha realizado una OPASAC ante una Junta Arbitral de Consumo. En todo caso, es posible que el juez, en los trámites procesales previos a la declaración de concurso, tenga conocimiento de este hecho por cualquier circunstancia. Si así fuera, el auto deberá ser notificado, en los términos del art. 58.2 LGDCU. Cabe también que el juez tenga conocimiento de que el empresario está adherido al sistema arbitral de consumo (por ejemplo, porque así conste en los documentos publicitarios del empresario). En este supuesto incumbe al juez la tarea de averiguar a través de que Junta Arbitral se adhirió. En cualquier caso, el juez siempre podrá enviar la notificación a la Junta Arbitral Nacional, que tiene una fácil localización (tiene su sede en el Instituto Nacional de Consumo).

En cuanto a los efectos de la notificación del auto de declaración de concurso, desde ese momento el empresario concursado queda excluido «a todos los efectos» del sistema arbitral de consumo. De la expresión entrecomillada se deduce que la OPASAC se extingue, pierde su eficacia de manera definitiva. En cuanto a la fecha exacta en que esto acontece, no es aquella en la que el juez remite la notificación, sino aquella en la que el órgano destinatario recibe la notificación<sup>37</sup>. Por eso es necesario que el órgano judicial utilice un medio que no sólo permita determinar con certeza la efectiva recepción de la resolución judicial, sino también el momento de la misma<sup>38</sup>.

---

37 P. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, «Disp. final 31ª», en F. CORDÓN MORENO (Dir.), *Comentarios...*, cit., pg. 1537; S. DÍAZ ALABART, «Disp. final 31ª», cit., p. 2405.

38 R. LARA, «Los efectos...», cit., pp. 266 y 267.

Por tanto, si después el consumidor presenta ante una Junta Arbitral una solicitud de arbitraje contra ese empresario, no se formalizará convenio arbitral alguno, pues ya no hay oferta de arbitraje (OPASAC) que pueda ser aceptada. Si aun así la Junta Arbitral dicta resolución de inicio del procedimiento arbitral, los árbitros, de oficio o a instancia de parte, podrán apreciar la ineficacia del convenio arbitral (art. 22.1 LArb). En caso contrario, el laudo que eventualmente se dicte podrá ser objeto de la acción de anulación del laudo [art. 41.1.a) LArb].

Una lectura *a contrario* del art. 58.2 LGDCU permite entender que, hasta tanto no se reciba la notificación del auto, la OPASAC sigue siendo válida y produciendo efectos. De modo que si el consumidor presenta ante una Junta Arbitral una solicitud de arbitraje que coincide con el ámbito de la OPASAC, habrá convenio arbitral de consumo. Ese convenio arbitral será válido, pero sus efectos se suspenden, en los términos ya expuestos.

Por último, llama la atención la existencia de un desfase temporal entre la exclusión del empresario del sistema arbitral de consumo y la comunicación al empresario concursado de que debe retirar el distintivo oficial. Durante un período de tiempo (que se supone debe ser breve), el empresario, ya excluido del sistema arbitral de consumo, seguirá utilizando el distintivo de empresa adherida, lo que puede llevar a confusión al consumidor.

### **III. Efectos del concurso del empresario sobre los procedimientos arbitrales de consumo en tramitación**

Cabe preguntarse qué ocurre si el procedimiento arbitral de consumo ya se ha iniciado, y durante su tramitación tiene lugar la declaración de concurso del empresario que es parte en ese procedimiento arbitral. Esta cuestión está resuelta, para el arbitraje privado general, en el art. 52.2 LC. No existe en la LC, ni tampoco en la LGDCU, una regulación propia para el arbitraje de consumo<sup>39</sup>. La hipótesis que se plantea se rige, por tanto, por el citado art. 52.2 LC<sup>40</sup>.

---

39 El art. 58.2 LGDCU no se aplica a este caso, pues su supuesto de hecho es distinto: únicamente entra en juego cuando en el momento de la declaración de concurso todavía no se ha iniciado el procedimiento concursal.

40 P. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, «Disp. final 31ª», *cit.*, pg. 1536; A. EMPARANZA SOBEJANO, «Disp. final 31ª», *cit.*, pg. 1944; R. BELLIDO, «Disp. final 31ª», *cit.*, p. 3337.

Conviene delimitar primero los requisitos que conforman su ámbito de aplicación, y analizar a continuación la consecuencia jurídica que de él deriva.

## **1. Supuesto de hecho**

La delimitación temporal del ámbito de aplicación del art. 52.2 LC es la siguiente: es necesario que en el momento de la declaración de concurso del empresario exista ya un procedimiento arbitral de consumo en tramitación. Ya sabemos cuándo se produce la declaración de concurso (en la fecha del auto que lo declara) y cuándo se inicia el procedimiento arbitral de consumo [en la fecha de la resolución del presidente de la Junta Arbitral que acuerda el inicio del procedimiento arbitral, o en la fecha de entrada de la aceptación del empresario en la Junta Arbitral, según los casos; arts. 37.3.a) y b).III RDAC]<sup>41</sup>.

Pero es preciso, además, que en la fecha de declaración de concurso el procedimiento arbitral de consumo esté «en tramitación», esto es, no haya todavía concluido. El procedimiento arbitral concluye cuando se dicta el laudo y éste puede calificarse como firme. Como es sabido, el laudo puede ser impugnado mediante la acción de anulación del laudo (art. 40 LArb, que se aplica también al arbitraje de consumo). Esta acción de anulación tiene que ejercitarse dentro de los dos meses siguientes a la notificación del laudo o, en caso de que se haya solicitado corrección, aclaración o complemento del laudo conforme a lo previsto en el art. 39 LArb, desde la notificación de la resolución sobre esta solicitud, o desde la expiración del plazo para adoptarla (art. 41.4 LArb). La acción de anulación se sustanciará por los cauces del juicio verbal ante la Audiencia Provincial del lugar donde el laudo se hubiera dictado, y contra la sentencia que se dicte no cabe recurso alguno (arts. 8.5 y 42 LArb). En conclusión, el laudo arbitral será firme cuando transcurra el indicado plazo de dos meses sin que se interponga la acción de anulación del laudo, y si se ejercita la mencionada acción, cuando se dicte sentencia que lo resuelva. Por tanto, el art. 52.2 LC no será de aplicación cuando a la fecha de declaración de concurso exista ya un laudo firme.

---

41 Véase el epígrafe II.2.

## 2. La continuación del procedimiento arbitral de consumo

Según el art. 52.2 LC, «los procedimientos arbitrales en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza del laudo». Por lo tanto, el procedimiento arbitral no se paraliza, ni hay una «asunción» del mismo por el juez del concurso, por una suerte de *vis attractiva*. El procedimiento arbitral continuará su tramitación, hasta que concluya por un laudo firme (que se pronuncie sobre el fondo del asunto) o por alguno de los mecanismos previstos en la legislación arbitral de consumo (el art. 48.3 RDAC prevé varias circunstancias que provocan la terminación de las actuaciones, dictándose un laudo que no entra en el fondo del asunto).

Que el procedimiento arbitral de consumo siga su tramitación no significa que no se vea afectado por el concurso del empresario. De hecho, existe una doble influencia del concurso del empresario en el procedimiento arbitral de consumo.

En primer lugar, una vez que el empresario ha sido declarado en concurso, su capacidad de obrar sufre una limitación (art. 40 LC), y esto afecta también a su capacidad para actuar en los procesos judiciales (las restricciones en su capacidad procesal se regulan en los arts. 51.2 y 3, y 54 LC). La limitación de la capacidad de obrar del empresario concursado se produce también, necesariamente, en el supuesto de que sea parte en un procedimiento arbitral que esté en tramitación a la fecha de la declaración de concurso. El procedimiento arbitral continuará tramitándose, pero el concursado tiene importantes límites para poder seguir actuando en el mismo. El art. 52.2 LC no contiene una regulación específica sobre la capacidad del concursado para actuar en ese procedimiento arbitral. Se limita a hacer una genérica remisión al art. 51.2 y 3 LC, que disciplina la capacidad procesal del concursado en los procesos judiciales declarativos pendientes en el momento de la declaración de concurso<sup>42</sup>.

En segundo lugar, en el desarrollo del procedimiento arbitral es posible que tenga que actuar un tribunal, realizando funciones de apoyo y control del arbitraje, tal y como prevé el art. 8 LArb. Así, por ejemplo, durante la tramitación del procedimiento arbitral las partes pueden solicitar la adopción de medidas cautelares para asegurar la efectividad del laudo que en su caso se

---

<sup>42</sup> Sobre el alcance de esta limitación en los procedimientos arbitrales, v. M. J. MARÍN LÓPEZ, «Artículo 52», *cit.*, pp. 525 y ss.

dicte. Estas medidas cautelares pueden solicitarse a los árbitros (art. 23 LArb), pero la Ley de Arbitraje prevé también que cualquier parte pueda solicitar a un tribunal la adopción de medidas cautelares (art. 11.3 LArb). La adopción de medidas cautelares, arbitrales o judiciales, también cabe en el arbitraje de consumo, debido a la aplicación supletoria de la Ley de Arbitraje (arts. 1.3 LArb, y 3.1 RDAC). Si se solicitan a un tribunal, será competente para adoptarlas el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que el laudo deba ser ejecutado y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia (arts. 724.I LEC y 8.3 LArb). Ahora bien, si estas medidas cautelares afectan al patrimonio del empresario concursado, no podrán ser adoptadas ni por los árbitros ni por el Juzgado de Primera Instancia mencionado, sino que tendrán que ser adoptadas por el juez del concurso (arts. 86 ter.1.4º LOPJ y 8.4 LC).

Hay que tener en cuenta, además, que según el art. 86 ter.2.g) LOPJ, los juzgados de lo mercantil conocerán de «cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de los asuntos atribuidos a los Juzgados de Primera Instancia en el artículo 8 de la Ley de Arbitraje cuando vengan referidos a materias contempladas en este apartado» Esta norma, prevista dentro de las competencias «extraconcursales» que el citado precepto de la LOPJ atribuye al juez de lo mercantil, es aplicable a los procedimientos arbitrales pendientes contra el concursado en el momento de la declaración de concurso. Eso significa que el juez del concurso va a conocer de las cuestiones que, en el curso del procedimiento arbitral de consumo, sean competencia de los tribunales. Pero sólo de aquellas que supongan una actuación judicial de apoyo al arbitraje<sup>43</sup>. Por ejemplo, en lo relativo a la asistencia judicial en la práctica de prueba (arts. 8.2 y 33 LArb). Si se tratara de un arbitraje privado general, el juez del concurso también estaría facultado para llevar a cabo el nombramiento judicial de los árbitros, en los términos previstos en los arts. 8.1 y 15 LArb. Sin embargo, en el arbitraje de consumo no cabe este nombramiento judicial, pues el RD 231/2008 contempla un régimen propio de nombramiento y de sustitución de árbitros (art. 21) que impide la aplicación supletoria de esos preceptos de la LArb. Por otra parte, el juez del concurso no es competente para conocer de la acción de anulación del laudo de los arts. 40 y ss. LArb.

---

43 F. CORDÓN MORENO, «Artículo 52», en F. CORDÓN MORENO (Dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2004, p. 430.

Su conocimiento corresponde a la Audiencia Provincial del lugar donde se ha dictado el laudo (art. 8.5 LArb).

#### **IV. Efectos del laudo arbitral de consumo en el concurso**

Hay que analizar, por último, los efectos que provoca un laudo dictado en un procedimiento arbitral de consumo, cuando el empresario ha sido declarado en concurso. Tampoco sobre este extremo existe una regulación propia para el arbitraje de consumo. Habrá que acudir, por tanto, a la normativa general incluida en la Ley Concursal, aplicable a cualquier tipo de laudo arbitral.

La ejecución de los laudos arbitrales, en general, y de los laudos arbitrales de consumo, en particular, no se encomienda a los árbitros, sino que corresponde en exclusiva a los jueces. En efecto, el art. 44 LArb dispone que la ejecución forzosa de los laudos se regirá por lo dispuesto en la LEC. En esta línea, el art. 517.2.2º LEC considera a los laudos o resoluciones arbitrales firmes como títulos ejecutivos, y los arts. 8.4 LArb y 545.2 LEC declaran competente para la ejecución del laudo arbitral al Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se haya dictado. Ahora bien, si el laudo arbitral de consumo es perjudicial para el empresario concursado, en la medida en que le impone una condena contra bienes o derechos suyos de contenido patrimonial, su ejecución es competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso (arts. 86 ter.1.3º LOPJ y 8.3 LC).

Aunque el consumidor disponga de un laudo favorable contra el empresario, no podrá instar su ejecución individual si el empresario ha sido declarado en concurso. La finalidad del concurso es ordenar la ejecución patrimonial del deudor, para poder así satisfacer los créditos de sus acreedores de acuerdo con el principio de la *par conditio creditorum*. En efecto, si con el concurso se pretende una ejecución *conjunta* y en un único procedimiento de todo el patrimonio del deudor, no puede/debe admitirse que cada acreedor inicie ejecuciones individuales, al margen del concurso, pues ello va en menoscabo del patrimonio del deudor. Esta es la denominada *vis attractiva* del proceso concursal, que, respecto de las ejecuciones y apremios, está contemplada en el art. 55 LC.

Una vez declarado en concurso el empresario, el consumidor no podrá instar la ejecución del laudo (art. 55.1.I LC), ni cuando el laudo es firme, ni tampoco cuando es definitivo pero no firme, por haberse ejercitado contra él la acción de anulación (el art. 45.1 LArb admite la ejecución provisional del

laudo). Ello es así tanto si el laudo ha sido dictado antes de la declaración de concurso, como si se dicta después, poniendo así fin al procedimiento arbitral de consumo que se inició antes de la declaración de concurso y que ha seguido tramitándose por aplicación del art. 52.2 LC. Por otra parte, si al tiempo de la declaración de concurso del empresario ya se ha iniciado la ejecución del laudo<sup>44</sup>, las actuaciones que se hallaran en tramitación «quedarán en suspenso» desde la fecha de declaración de concurso (arts. 55.2 LC y 568 LEC). Se produce, por tanto, la suspensión de la ejecución, con el sentido y alcance que esta suspensión tiene en la LEC (arts. 565 y ss.).

Los laudos firmes, hayan sido dictados antes de la declaración de concurso o después de la misma, «vinculan al juez del concurso, el cual les dará el tratamiento concursal que corresponda» (art. 53.1 LC). Eso significa que si el laudo firme condena al empresario concursado, esto es, se reconoce en él un crédito del consumidor contra el patrimonio del concursado, ese crédito adquiere el carácter de incontrovertido, por lo que se incluirá necesariamente en la lista de acreedores que debe elaborar la administración concursal (art. 86.2 LC)<sup>45</sup>. Repárese en que, aunque el laudo no sea firme, por haber sido objeto de acción de anulación que se está tramitando, también tendrá efectos en el concurso. Pues el crédito reconocido en laudo no firme se incluirá en la lista de acreedores (art. 86.2 LC), aunque sea de forma provisional.

Como ya se ha indicado, si el consumidor había iniciado la ejecución del laudo, y después deviene el concurso del empresario, el proceso de ejecución se suspenderá. Añade el art. 55.2 LC que, en tal caso, el crédito del consumidor deberá recibir «el tratamiento concursal que corresponda». Esto no implica la acumulación al proceso concursal del proceso de ejecución del laudo ya iniciado, sino que el consumidor, en tanto que acreedor, tiene que concurrir en el concurso junto al resto de acreedores, y cobrar su crédito conforme a las normas establecidas en la LC, con la particularidad, ya señalada, de que se trata de un crédito reconocido (art. 86.2 LC).

---

44 Hay que entender que la tramitación del proceso de ejecución se inicia con el auto judicial que despacha la ejecución.

45 Ese crédito será calificado, a efectos del concurso, como privilegiado, ordinario o subordinado, según su naturaleza y origen, conforme a lo dispuesto en los arts. 89 y ss. LC. Y esta calificación tiene una gran trascendencia, pues los acreedores concursales cobrarán con la preferencia que establecen los arts. 154 y ss. LC, en función de la calificación que haya recibido el crédito.



El laudo arbitral de consumo, al igual que cualquier otro tipo de laudo, puede ser impugnado por la administración concursal, en los términos previstos en el art. 53.2 LC. De la lectura del art. 86.2 LC, que viene a completar lo dispuesto en el art. 53.2 LC, se desprende que lo que el legislador persigue es dotar a la administración concursal de un instrumento que le permita impugnar determinado tipo de actuaciones de las partes. En efecto, el art. 86.2 LC obliga a la administración concursal a incluir en la lista de acreedores los créditos que hayan sido reconocidos por sentencia o laudo, aunque no sea firme, en la calidad y en la cantidad resultante de sus títulos respectivos. Esto puede provocar que en ocasiones los terceros y el concursado realicen actos o comportamientos que puedan suponer abusos o fraudes. Así sucederá, por ejemplo, cuando en el procedimiento arbitral el concursado se allane, habiendo razones objetivas para pensar que lo que en realidad han buscado las dos partes era obtener un laudo que reconociera a una de ellas (el acreedor) un crédito que, por aplicación del art. 86.1 LC, va a incluirse necesariamente en la lista de acreedores; sin posibilidad, por tanto, de que la administración concursal pueda indagar sobre si procede o no incluir ese crédito en la lista.

Para contrarrestar esa posibilidad, los arts. 53.2 y 86.2 LC facultan a la administración para impugnar los convenios o procedimientos arbitrales en caso de fraude. En realidad, la impugnación no recaerá sobre el convenio o el procedimiento arbitral, como establecen estos preceptos, sino sobre el laudo dictado a consecuencia de aquel inicial convenio o procedimiento arbitral. Para impugnar el laudo basta con que sea definitivo (no se requiere que sea firme), pues el laudo definitivo va a incluirse necesariamente en la lista de acreedores (art. 86.2 LC), aunque sea con carácter provisional. Además, el laudo puede haber sido dictado antes o después de la declaración de concurso. En ambos casos puede ser objeto de impugnación. Por otra parte, es necesario que, a juicio de la administración concursal, exista fraude; esto es, que el contenido del laudo (reconocimiento de un crédito contra el concursado) sea resultado de actuaciones conjuntas del acreedor y deudor concursado (en nuestro caso, el empresario) destinadas a obtener un crédito (el que figura en el laudo) que obligatoriamente habrá de incluirse en la lista de acreedores. Las actuaciones fraudulentas pueden referirse no sólo a la existencia propia del crédito, sino también a su calificación o cuantía.

## V. CONCLUSIONES

Primero. El art. 58.2 LGDCU regula de qué modo afecta la declaración de concurso del empresario al convenio arbitral o a la oferta pública de adhesión al sistema arbitral de consumo, cuando en el momento de declararse el concurso todavía no se ha iniciado el procedimiento arbitral de consumo. La fecha de celebración del convenio arbitral y la de inicio del procedimiento arbitral de consumo varían en función del modo en que se haya celebrado el convenio arbitral. En cualquier caso, para que se aplique este precepto es necesario que el convenio arbitral haya sido celebrado entre un empresario y un consumidor, y que en él declaren su sometimiento al sistema de consumo (y no al arbitraje privado general).

Segundo. En lo que concierne al convenio arbitral de consumo, el art. 58.2 LGDCU reproduce la regla prevista en el art. 52.1 LC: el convenio arbitral «quedará sin efecto», lo que debe entenderse en el sentido de que sigue existiendo, pero se suspenden provisionalmente sus efectos hasta la conclusión del concurso. El art. 58.2 LGDCU no introduce ninguna especialidad en relación al convenio arbitral de consumo. En concreto, la exigencia de notificación del auto de declaración de concurso impuesta en esa norma no opera para el convenio arbitral, sino únicamente para las ofertas públicas de adhesión.

Tercero. La gran novedad del art. 58.2 LGDCU consiste en dejar sin efecto las ofertas públicas de adhesión. La ineficacia de la OPASAC supone su extinción definitiva, y no una simple suspensión temporal. El precepto contempla una causa de extinción de la OPASAC no recogida, sin embargo, en el art. 30 RDAC. La exclusión de ese empresario del sistema arbitral de consumo ha de ir seguida de la retirada del distintivo oficial de empresa adherida y de la baja en el registro público de empresas adheridas.

Cuarto. La ineficacia definitiva de la OPASAC se hace depender de la notificación del auto de declaración de concurso a determinados órganos del sistema arbitral de consumo. Sobre este extremo el art. 58.2 LGDCU es confuso y de difícil interpretación. La finalidad de la notificación es que se deje constancia de la declaración de concurso en el censo de empresas adheridas que existe en cada Junta Arbitral, y en el registro público nacional de empresas adheridas que gestiona el Instituto Nacional de Consumo. Por eso, la notificación sólo se requiere para la ineficacia de la OPASAC, y no de los convenios arbitrales que ya se hayan celebrado. La notificación debe realizarla el juez del concurso, y el destinatario ha de ser la Junta Arbitral Nacional o

la Junta Arbitral a través de la cual se adhirió mediante una OPASAC ese empresario. Basta con que se realice a cualquiera de ellos para que produzca sus efectos. El empresario queda expulsado del sistema arbitral de consumo desde la fecha en que la Junta Arbitral destinataria recibe la notificación. La exclusión se produce «a todos los efectos», lo que significa que la OPASAC pierde su eficacia de manera definitiva, y no provisional.

Quinto. Una vez iniciado el procedimiento arbitral de consumo, la posterior declaración de concurso del empresario se rige por el art. 52.2 LC. Por tanto, el procedimiento concursal continuará su tramitación hasta la firmeza del laudo. La capacidad del concursado para actuar en ese procedimiento arbitral se explica por remisión al art. 51.2 y 3 LC. Por otra parte, el juez del concurso será el competente para conocer de determinadas funciones de apoyo y control del arbitraje reguladas en el art. 8 LArb.

Sexto. Los efectos del laudo de consumo en el concurso del empresario se regulan en los arts. 53 y 55 LC. El laudo arbitral de consumo (firme o definitivo) no podrá ejecutarse al margen del concurso. Por eso, tras el concurso del empresario no podrá el consumidor instar la ejecución de laudo, y si ya se hubiera iniciado la ejecución, se suspenderá. El laudo firme vincula al juez del concurso, lo que significa que si en él se reconoce un crédito del consumidor contra el patrimonio del concursado, ese crédito adquiere el carácter de incontrovertido, por lo que se incluirá necesariamente en la lista de acreedores que debe elaborar la administración concursal (art. 86.2 LC). El laudo arbitral de consumo podrá ser impugnado por la administración concursal, en los términos previstos en los arts. 53.2 y 86.2 LC.



# **ALGUNAS DEFICIENCIAS DE LA LEY CONCURSAL ANTE LA INSOLVENCIA DE LA PERSONA FÍSICA**

**MATILDE CUENA CASAS**  
Profesora Titular de Derecho Civil  
Universidad Complutense de Madrid

*SUMARIO:* 1. INTRODUCCIÓN. EL DESPRECIO LEGISLATIVO HACIA LA INSOLVENCIA DE LA PERSONA FÍSICA. 2. LA VIVIENDA FAMILIAR EN LA LEY CONCURSAL. EN PARTICULAR, LA EJECUCIÓN DE LA HIPOTECA QUE PESA SOBRE LA VIVIENDA FAMILIAR. 3. LAS PERSONAS ESPECIALMENTE RELACIONADAS CON EL DEUDOR CONCURSADO. 4. LA CONCLUSIÓN DEL CONCURSO POR INEXISTENCIA DE BIENES Y DERECHOS: LA AUSENCIA DE UN EXPEDIENTE DE LIBERACIÓN DE DEUDAS. 5. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

## 1. INTRODUCCIÓN. EL DESPRECIO LEGISLATIVO HACIA LA INSOLVENCIA DE LA PERSONA FÍSICA\*

La tantas veces reclamada unidad legal de disciplina en materia de procedimientos de ejecución colectiva se ha consumado en la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal (en adelante, LC), siendo de aplicación a todo deudor, ya se trate de persona jurídica o persona física, comerciante o no. Sin embargo, la práctica está poniendo de relieve que tal unidad legal de disciplina es meramente nominal o teórica, pues lo cierto es que las personas físicas no están recurriendo al proceso concursal para resolver los problemas que suscita su insolvencia. Ciertamente, los últimos datos publicados por el Instituto Nacional de Estadística revelan un aumento en el primer trimestre del 2009 de un 200% de los casos de concurso de persona física sin actividad empresarial respecto del mismo trimestre del año anterior<sup>1</sup>. De un total de 1558 concursos, 60 lo fueron de personas físicas con actividad empresarial y 200 sin actividad empresarial. Se trata de datos que se han producido en un momento de crisis económica y evidencian la desproporción existente respecto de las empresas societarias. Aunque se hable de un aumento del 200% en el número de particulares que recurren al concurso ello no implica un alto grado de utilización del mismo, pues los niveles absolutos de partida (años 2006, 2007 y 2008) eran despreciables y marginales (en el tercer trimestre del 2007, sólo hubo 23 concursos de particulares). Las cifras en España del concurso de la persona física son ridículas si las comparamos con las que tienen lugar en países de nuestro entorno<sup>2</sup>. Ello no hace sino poner de relieve el retraso normativo que presenta España respecto del problema de la insolvencia de los particulares.

---

\* Este trabajo ha contado con la financiación I+D del Ministerio de Ciencia e Innovación, a través del Proyecto SEJ/2007-60719 sobre «Matrimonio y Concurso». Investigadora principal. Matilde Cuenca Casas. Este trabajo también forma parte de las actividades del Grupo de Investigación de la Universidad Complutense de Madrid, núm. 931083, dirigido por el Prof. Dr. Rams Albesa.

1 <http://www.ine.es/jaxi/tabla.do?type=pcaxis&path=/t38/bme2/t30/p219/10/&file=0906002.px>.

2 Especialmente llamativo es el caso de Alemania, que goza de una regulación específica (§ 304 y ss. de la Ordenanza alemana de Insolvencia de 4 de octubre de 1999) para la insolvencia del consumidor. En este país, de 164.597 casos de insolvencia, 105.000 lo fueron de consumidores. La misma tendencia se observa en Francia (cuya regulación específica se encuentra en artículo L330 y L331 del Código de Consumo) que registró en el último año 173.000 casos. Con todo, Estados Unidos es líder en esta materia: sólo en la última década (1997-2007) el sistema concursal recibió y gestionó más de quince millones de solicitudes. Sobre el estado de la cuestión de la insolvencia del consumidor en estos países SAINT ALARY HOUIN, Corinne, «El tratamiento de las dificultades financieras de los particulares en Francia»; SCHMIDT, Karsten, «El derecho alemán. Una comedia

Y digo esto porque en ningún caso cabe adjudicar el escaso uso que las personas físicas hacen del proceso concursal al hecho de que es más frecuente la insolvencia de las empresas societarias que la de los particulares. Basta ver el índice de embargos para comprobar que no es así, que en la actualidad hay un millón de familias cuyos miembros no perciben ningún tipo de ingreso y que según el último informe de Consejo General del Poder Judicial, han aumentado un 145,9 % las ejecuciones hipotecarias sobre las viviendas familiares.

Con todo, y teniendo en cuenta los estragos que está produciendo el aumento del paro, no es recomendable a un particular que acuda al proceso concursal. Y no lo es porque la LC es una ley diseñada especialmente para la insolvencia de las empresas. Esta es la realidad. Y es que hay ventajas del proceso de ejecución colectiva que sólo son aplicables a dichas empresas, como por ejemplo, la paralización de ejecuciones hipotecarias sobre bienes afectos a la actividad empresarial (art. 56 LC). Otra manifestación de este disfavor a la persona física lo encontramos en el art. 100 LC, referido a la propuesta anticipada de convenio, que prevé la posibilidad de que los límites legales de las proposiciones de quita y espera (mitad del importe de los créditos ordinarios y cinco años) sean superados con autorización del Juez del concurso «*cuando se trate de concursos de empresas cuya actividad pueda tener especial trascendencia para la economía (...)*» (párrafo segundo del art. 100.1 LC). Es evidente que en esta excepción nunca se encontrará un empresario individual.

Lo peor no es que no se hayan tratado de manera adecuada las especialidades que genera la insolvencia de la persona física, sino que la misma esté peor tratada en el sistema que una empresa societaria. Efectivamente, existe un evidente maltrato jurídico a la persona física, una discriminación negativa pues la LC la trata con un evidente disfavor. Lo cual –insisto– supone un auténtico retraso normativo respecto a países de nuestro entorno.

A pesar de ello, esta problemática no parece constituir una prioridad para nuestro legislador, que sigue ignorando a la persona física en la reciente reforma de la Ley Concursal<sup>3</sup> (Real Decreto Ley 3/2009 de 27 de marzo de

---

de equivocaciones»; JACOBY, Melissa B., «Perspectivas Empíricas y de política jurídica sobre el concurso de los consumidores en los Estados Unidos», trabajos recogidos en *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, coordinado por CUENA CASAS y COLINO MEDIAYVILLA, Thomson-Civitas. Pamplona, 2009.

3 Indirectamente la persona física se ha beneficiado de dicha reforma en lo referente a la reducción de costes de publicidad.

medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica) y ello aunque en el Plan E (Plan Español para el Estímulo de la Economía y el Empleo)<sup>4</sup> se proponía una reforma de la Ley Concursal cuyos beneficiarios serían «el sistema económico en su conjunto y, en concreto, las empresas con dificultades, los consumidores en situación de sobreendeudamiento y sus acreedores». Pues bien, de nuevo, los destinatarios de la reforma han sido exclusivamente las empresas, en particular, entre los objetivos de la reforma está el de estimular las operaciones financieras a favor de empresas en dificultades. Los «escudos protectores» recogidos en la disposición adicional cuarta de la LC introducidos en la reforma 2009, que pretenden proteger los acuerdos de refinanciación de la amenaza de la acción rescisoria (art. 71.3 LC), no son en ningún caso aplicables a las personas físicas sin actividad empresarial. Y es que parece que las familias españolas no requieren ningún tipo de refinanciación... A mi juicio, hay un hecho claro: el sistema actualmente vigente favorece la exclusión social del deudor persona física.

No cuestiono ni critico la preocupación del legislador por la insolvencia de las empresas societarias, pues es evidente el impacto que ello tiene sobre el empleo. Lo que me parece censurable es el desprecio legislativo hacia la insolvencia de la persona física, cuya tutela no hay que entender incompatible con la de las sociedades. Son muchas las carencias las que presenta la LC en esta materia, pero por la naturaleza de este trabajo sólo me referiré a algunas de ellas.

## **2. LA VIVIENDA FAMILIAR EN LA LEY CONCURSAL. EN PARTICULAR, LA EJECUCIÓN DE LA HIPOTECA QUE PESA SOBRE LA VIVIENDA FAMILIAR**

La vivienda familiar o habitual<sup>5</sup> constituye en la mayoría de las familias su principal activo y a su vez, la hipoteca que la grava, el principal pasivo pues, en ocasiones, la deuda hipotecaria mensual llega a absorber el 50% de

---

4 Puede consultarse el texto en [www.plane.gob.es](http://www.plane.gob.es).

5 Sobre el concepto de vivienda familiar, cfr. mi trabajo *El concurso de acreedores de persona casada en régimen económico matrimonial de comunidad*, en Estudios de Derecho concursal dirigidos por A. Rojo y E. Beltrán, Thomson-Civitas, Pamplona, 2008, pp. 293 y ss. y bibliografía allí citada.



los ingresos de la familia<sup>6</sup>. Es un dato sociológico incontestable: el principal problema de las familias españolas es el pago de la hipoteca que pesa sobre la vivienda familiar, sobre un bien de primera necesidad. Ante una escasa política social en materia de vivienda, el consumidor ha tenido que aceptar el sobreendeudamiento como única manera de acceder a este bien básico. Por ello, la crisis económica está teniendo como resultado que, según el informe anual del Consejo General del Poder Judicial, a nivel nacional, en el tercer trimestre del 2008 hayan aumentado las ejecuciones hipotecarias en un 145,9 % y se prevé que los embargos aumentarán un 194% respecto a 2007.

El problema es de extraordinaria magnitud. Pues bien, nuestro ordenamiento jurídico carece actualmente de mecanismos adecuados para dar respuesta a un problema social de tanta envergadura como el que estamos viviendo. Actualmente, las especialidades de régimen que presenta de la vivienda familiar se dan cita en el marco de los regímenes económico matrimoniales, dentro del mal llamado régimen económico matrimonial primario, es decir, como norma aplicable cualquiera que sea el régimen económico matrimonial (art. 1.320 Cc)<sup>7</sup>. No obstante, esta regulación se ha centrado en el establecimiento de restricciones a la libre disposición de la vivienda, a los efectos de evitar que una decisión unilateral del cónyuge propietario pudiera privar a la familia de un bien que satisface una necesidad primaria, como es la del alojamiento. Se trata de evitar que la actuación negligente o maliciosa de uno de los cónyuges pueda privar a la familia del alojamiento que ocupa<sup>8</sup>. De ahí que, como es

---

6 Y es que en España se ha producido también la denominada «trampa de los dos ingresos (*the two income trap*)» explicada por WARREN, E, WARREN, A, *The two income trap: why middle-class mothers an fathers are going broke*, New York, 2003: familias que disfrutan de ingresos generados por los dos cónyuges, asumen una carga de endeudamiento superior a las que sólo perciben un ingreso, lo cual provoca que crisis matrimoniales, paro, elevación de los tipos de interés, tengan un importante impacto en estas economías familiares. Cfr. PULGAR EZQUERRA, J., «El presupuesto objetivo en la prevención y tratamiento de las crisis económicas de los consumidores», en *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, coordinado por CUENA CASAS y COLINO MEDIAVILLA, Thomson-Civitas Pamplona, 2009, pp. 63 y ss.

7 Una norma semejante al art. 1.320 Cc la encontramos en el art. 8 de la Ley 2/2003, de 12 de febrero de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad de Aragón. También en el Derecho Navarro en la Ley 55 de la Ley 1/1973, de 1 de marzo que aprueba la Compilación de Derecho Civil de Navarra. El Código de Familia de Cataluña de 1998 recoge en su artículo 9 restricciones a la libre disposición de la vivienda familiar. El artículo 16 de la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano.

8 ELORRIAGA DE BONIS, *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Pamplona, 1995, p. 441. CÁRCABA FERNÁNDEZ, «La protección de la vivienda y mobiliario familiar en el art. 1.320 Cc», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1987, núm 582, p. 1434.

bien sabido, para la disponer de los derechos sobre la vivienda habitual sea preciso el consentimiento de los dos cónyuges, independientemente de a qué cónyuge corresponda la titularidad jurídico real sobre la misma.

Sin embargo, estas restricciones a la libre disposición de la vivienda habitual con independencia de la titularidad de la misma, común o privativa, justificadas por la necesidad vital de protección del hogar familiar y que conllevan la necesidad del consentimiento de los dos cónyuges o, en su caso, la autorización judicial, no implican una reducción del principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1.911 Cc). La imposibilidad legal de un cónyuge de enajenar la vivienda habitual de la que es titular no extrae dicho elemento patrimonial de la posible agresión por parte de sus acreedores. Por ello, el cónyuge, que no puede individualmente enajenar la vivienda habitual que es de su propiedad privativa, podría indirectamente provocar su enajenación forzosa como consecuencia del impago de sus deudas<sup>9</sup>. Puede producirse así, una disposición indirecta de los derechos sobre el hogar, ya que el incumplimiento de la obligación contraída determinará su embargo y su posterior subasta, llegándose precisamente al resultado que el legislador pretendió evitar al dispensar la tutela para la vivienda de la familia<sup>10</sup>. La vivienda habitual no es, por ende, un bien inembargable, y está sujeta a las normas generales sobre responsabilidad patrimonial<sup>11</sup>. No existe ningún impedimento al embargo de

---

9 En diversos ordenamientos se han arbitrado mecanismos tendentes a salvaguardar de la agresión de los acreedores determinados bienes, señaladamente la vivienda familiar. En Italia se ha querido proteger especialmente el hogar familiar integrándolo en un patrimonio separado, el denominado *fondo patrimonial*, creado voluntariamente por los cónyuges para atender las necesidades de la familia (art. 167 y ss Código Civil italiano). Este patrimonio garantiza las obligaciones contraídas por los cónyuges para atender estas necesidades. Tales bienes no responden de deudas asumidas por uno solo de los cónyuges no relacionadas con la atención de dichas necesidades familiares. Los bienes pertenecientes a este fondo patrimonial, del que la vivienda familiar es el elemento más importante, sólo pueden ser enajenados por ambos cónyuges y sólo puede ser embargado por las deudas para cuyo destino fue creado o por las contraídas con anterioridad a la constitución del fondo patrimonial. Al respecto, pueden consultarse MACRI, «Fondo patrimoniale», en *Il nuovo Diritto de Famiglia*, Milano, 1975, p. 94; CENNI, «Il fondo patrimoniale», en *Trattato di Diritto di Famiglia*, diretto da Paolo Zatti, vol. 3º. *Régime Patrimoniale della famiglia* a cura di Anelli e Sesta, Milano, 2002, p. 552. Cabe destacar como precedente la Ley Tejana de 1839 sobre el *Homestead*. También en América Latina son numerosos los países que gozan de una legislación protectora del patrimonio familiar. Al respecto puede consultarse el trabajo de FERNÁNDEZ DOMINGO, «Una propuesta sobre el «patrimonio familiar inembargable»», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 6, 2005, pp. 208 y ss.

10 ELORRIAGA DE BONIS, *Régimen jurídico...*, cit., p. 441.

11 DE LA CUESTA SÁENZ, J.M., «La protección de la vivienda familiar en los Derechos francés y español. Estudio de Derecho Comparado», *Revista de Derecho Notarial* (actual *Revista Jurídica del Notariado*), 1983, p. 162. GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*, Madrid, 1991, p. 491; ELORRIAGA DE BONIS, *op. cit.*, 452.

la vivienda habitual, salvo la notificación del embargo al cónyuge del deudor (art. 144.5 RH) a los efectos de proceder a la anotación preventiva de dicho embargo en el Registro de la Propiedad. El cónyuge del deudor no puede evitar el embargo, salvo que proceda al pago de la deuda pendiente o pruebe la existencia de fraude por parte de su cónyuge que, a través de un endeudamiento premeditado, pretendía lograr una venta forzosa<sup>12</sup>.

Y es que excluir a la vivienda habitual de la agresión de los acreedores bloquearía la posibilidad de los cónyuges de obtener crédito, pues aunque la vivienda sea un bien de inequívoca primera necesidad, también constituye normalmente el único valor patrimonial importante de la pareja. Excluido éste de su ámbito de responsabilidad, la falta de garantía patrimonial que tendría el deudor le paralizaría la obtención de recursos y, con ello, el acceso a bienes y servicios. La protección a la vivienda habitual debe encontrar su límite en la salvaguarda de la capacidad de crédito familiar. En la práctica la vivienda familiar es el soporte de todo el riesgo que generan las relaciones familiares<sup>13</sup>.

La vivienda habitual puede ser objeto de agresión por los acreedores en el seno de un procedimiento de ejecución colectiva, integrándose en la masa activa, tanto si es privativa del deudor como si es ganancial, pero siempre, en este último caso, que deba responder de las obligaciones del concursado (art. 77 LC), lo cual, sucede siempre dado que los bienes gananciales responden también subsidiariamente por las deudas privativas (art. 1.373 Cc). El carácter de vivienda habitual no justifica un eventual derecho de separación por parte del cónyuge del concursado, salvo, claro está, que se trate de un bien privativo suyo. Si la vivienda habitual es ganancial, el único medio que tiene el cónyuge del concursado de salvaguardar su derecho es el que le brinda el art. 78.4 LC, en el trámite de liquidación de la sociedad conyugal.

Así mismo, sorprendentemente, el legislador ha tenido presente las especialidades que presentan los bienes adquiridos por ambos cónyuges con pacto de sobrevivencia (arts. 44 y ss del Código de Familia de Cataluña), incluyendo una norma en el art. 78.3 LC que prevé el derecho del cónyuge del concursado a adquirir la totalidad de cada uno de los bienes satisfaciendo

---

12 Sobre la inaplicación del art. 1.320 Cc al embargo de vivienda familiar cfr. la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1995 (R.J. 1995/881) y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de marzo de 2000 (R.J. 2000/1100) de 23 de febrero de 2000 (R.J. 2000/1083), y de 29 de febrero de 2000 (R.J. 2000/1091).

13 GUILARTE GUTIÉRREZ, V. *Gestión y responsabilidad...*, cit., p. 492.

a la masa la mitad de su valor. Se especifica la hipótesis de que uno de tales bienes sea la vivienda habitual del matrimonio para el cual se establecen unos criterios de valoración: el precio de adquisición actualizado conforme al índice de precios al consumo específico sin que pueda superar el de su valor de mercado<sup>14</sup>. Tal regla de valoración beneficia al cónyuge del concursado, regla que no se especifica al tratar de la atribución preferente que se concede al mismo en el caso de que la vivienda familiar tenga carácter ganancial. Llama poderosamente la atención que exista esta discriminación de régimen jurídico en función de cual sea el régimen económico matrimonial. Por otro lado, queda huérfana de regulación y no se concede derecho especial al cónyuge del concursado casado en régimen de separación de bienes cuando la vivienda familiar es de ambos cónyuges en régimen de comunidad ordinaria (arts. 392 y ss). Así como si se trata de vivienda ganancial o en régimen de separación de bienes afectada por un pacto de sobrevivencia, el cónyuge del concursado puede «rescatarla» antes de que se abra la fase de convenio o de liquidación, si la vivienda no reúne tales caracteres el cónyuge casado en régimen de separación de bienes no puede rescatar (antes de la liquidación) la cuota que sobre la vivienda familiar se ha integrado en la masa activa por corresponder al concursado en régimen de comunidad ordinaria. Se trata de una disfunción, a mi juicio, censurable.

Donde se observa un auténtico trato de desfavor a la insolvencia de la persona física es en el tratamiento jurídico que la LC dispensa a ejecución de la hipoteca que pesa sobre la vivienda familiar, cuestión de indudable trascendencia práctica pues el pago de la hipoteca constituye el problema fundamental de las familias, endeudadas a muy largo plazo (se llega a hablar de «*cadena perpetua inmobiliaria*»), por importes cercanos al valor de tasación del inmueble y cuyo coste viene a absorber prácticamente el 50% de los ingresos familiares<sup>15</sup>.

Uno de los efectos de la declaración de concurso es la paralización de las acciones individuales que se hubieran iniciado sobre los bienes del concursado, así como la imposibilidad de que se inicien nuevas ejecuciones singulares

---

14 Sobre este precepto, cfr. mi comentario al art. 78 LC en *Tratado Práctico Concursal*, Vol. I, dirigido por P. Prendes, Thomson– Aranzadi, en prensa.

15 Un análisis de la situación de sobreendeudamiento financiero de las familias se encuentra en el Dictamen de iniciativa propia del Consejo de Consumidores y Usuarios relativo a la situación de sobreendeudamiento financiero de las familias en la actual situación de crisis económica y del crédito. <http://www.adicae.net/hipotecas/index.asp>

judiciales o extrajudiciales (art. 55 LC)<sup>16</sup>. El fundamento de esta prohibición de iniciar ejecuciones o apremios es obvio: sin ellas sería ilusoria la satisfacción de los acreedores conforme a la clasificación y preferencias legalmente establecidas en caso de concurso (*par condicio creditorum*)<sup>17</sup>. La esencia del proceso concursal es lograr una satisfacción ordenada de los acreedores del deudor insolvente sustituyendo las acciones individuales por un procedimiento colectivo por virtud del cual todos los acreedores puedan cobrar sus créditos en la medida de lo posible. Se trata de evitar que el acreedor que inicia antes la ejecución se beneficie frente al resto de acreedores que, ordenadamente se someten al principio de igualdad de trato.

Sin embargo, y como regla general, la paralización o suspensión no afecta a los acreedores con garantía real (art. 55.4 LC), quienes, en principio, podrán iniciar o continuar la ejecución hipotecaria, pues tienen derecho de ejecución separada dada la naturaleza de la garantía que ostentan sobre los bienes del deudor concursado. El acreedor hipotecario sólo pierde el derecho de ejecución separada cuando se abre la fase de liquidación (art. 57.3 LC). También los acreedores con garantía real quedan fuera de la regla general de la suspensión de devengo de intereses legales o convencionales. El art. 59 LC establece como regla general tal suspensión para todos los acreedores excepto para aquellos que ostenten créditos con garantía real.

Si bien el derecho de ejecución separada de los acreedores con garantía real fue el planteamiento tradicional<sup>18</sup>, por el contrario, los textos que sirvieron de base a la vigente Ley Concursal suprimieron tal derecho de ejecución

---

16 El art. 55 LC excepciona la paralización de acciones individuales cuando se trata de procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubiera embargado bienes del concursado todo ello con anterioridad a la fecha de la declaración de concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.

17 BELLIDO, R., «Ejecuciones y apremios (art. 55)», en ROJO, A.-BELTRÁN, E. *Comentario de la Ley Concursal*, t. I, Madrid, 2004, pp.1031.

18 En la regulación anterior a la Ley Concursal el derecho de ejecución separada no estaba recogido de manera expresa, si bien era comúnmente admitido por la doctrina y asumido por la práctica sobre la base de los arts. 161, 1379 y 1136 de la LEC 1881. Con todo el derecho de ejecución separada se consagra con carácter general en el art. 568 LEC 2000. Sobre la situación del acreedor hipotecario en el proceso de ejecución colectiva, cfr. CORTÉS, *La posición del acreedor hipotecario en la quiebra*, en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez, vol.III, Madrid, 1996, pp. 3513-3529. BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «Hipoteca, ejecución separada e integración de la masa», en *Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, vol. III, Madrid, 1996, pp. 3488-3492.

separada<sup>19</sup>. Asimismo en el inicial Anteproyecto de Ley Concursal de marzo de 2000 (art. 55) se establecía un sistema por el cual no era posible iniciar la ejecución y se producía la paralización de las actuaciones ya iniciadas desde la declaración de concurso de todas las garantías reales. De hecho, la Exposición de Motivos de la vigente LC se hizo sobre la base del texto del Anteproyecto, y de ahí el desfase que se ha producido entre la Exposición de Motivos y la regulación hoy vigente en la LC en materia de suspensión de ejecución de garantías reales.

La exclusión del derecho de ejecución separada de los acreedores con garantía real se justificó en que la actuación de estos acreedores al margen del concurso altera el normal desarrollo del mismo, impidiendo llegar a soluciones que pudieran resultar más convenientes o beneficiosas para el conjunto de los acreedores<sup>20</sup>.

Sin embargo, el sistema cambia en el Anteproyecto de Ley Concursal de 7 de septiembre de 2001 (ALC) en el que se introdujo la distinción entre bienes afectos y no afectos a la actividad empresarial del deudor<sup>21</sup> y que tiene su reflejo en el art. 56 LC.

En la vigente LC, como regla general se mantiene el derecho de ejecución separada de los acreedores con garantía real, si bien se introduce una excepción en el art. 56 LC que sólo beneficia al deudor empresario y perjudica de manera notable al consumidor, pues en ningún caso la declaración de concurso va a permitir la paralización de la ejecución de hipoteca que pesa sobre la vivienda familiar<sup>22</sup>.

Efectivamente, el art. 56 LC prevé la imposibilidad de los acreedores con garantía real de *iniciar* la ejecución o realización forzosa de la garantía cuando ésta recae sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de titularidad del concursado. Se trata de una paralización temporal *«hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no*

---

19 Artículos 165 y 290 del Anteproyecto de Ley Concursal de 1983 y artículo 65 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995 elaborada por el Profesor Rojo.

20 ALONSO LEDESMA, C., «La clasificación de los créditos en el concurso», en *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001*, dirigidos por García Villaverde, R, Alonso Ureba, A y Pulgar Ezquerro, J, Madrid, 2002, p. 181.,

21 PULGAR EZQUERRA, J., «El acreedor hipotecario en el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001», *Actualidad Civil*, nº 20, 2002, p. 678.

22 Y ello a pesar de que una lectura de la Exposición de Motivos de la Ley Concursal podría hacer pensar que se suprime temporalmente el derecho de ejecución separada de *todos* los acreedores con garantía real.

*afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación».* Por su parte, el art. 56.2 LC se refiere a la *suspensión de las actuaciones ya iniciadas* de acciones contempladas en el apartado anterior, suspensión que procederá cuando conste en el correspondiente procedimiento la declaración de concurso. Por otro lado, aunque se den los presupuestos para la iniciación o reanudación de la ejecución, la misma deberá contar con la aprobación del juez del concurso cuando pretenda llevarse a cabo durante la tramitación del concurso (art. 57 LC).

Se ha justificado esta excepción a la regla de la ejecución separada en la necesidad de evitar el desmembramiento de la empresa del concursado, de mantener abierta la posibilidad de una explotación de su patrimonio (enajenación unitaria, reestructuración mediante convenio) que maximice el valor del mismo, en beneficio del conjunto de acreedores<sup>23</sup>. Se trata de que continúe la actividad empresarial del deudor y la medida es acorde con la finalidad conservativa del concurso<sup>24</sup>.

Cuando los bienes sobre los que recae la garantía real no son «afectos», es decir, no entran en la excepción, tal y como sucede con la vivienda habitual del deudor, dado que el art. 56 LC no recoge la norma contenida en el art. 55.5 ALC que aclaraba este extremo<sup>25</sup>. La disposición final tercera de la LC reformó el art. 568 LEC que actualmente se remite a la LC en cuanto al inicio y suspensión de ejecuciones cuando el deudor ha sido declarado en concurso. Asimismo, la Ley Concursal (disposición final séptima) reformó el art. 127 de la Ley Hipotecaria que se remite a la LC en los casos de declaración de concurso del deudor hipotecario. A la vista de los textos citados, la regla es la no suspensión de la ejecución de la garantía real, salvo lo dispuesto en la Ley Concursal. Si ésta sólo prevé esta suspensión para bienes «afectos», para los «no afectos» rige la regla general del art. 55.4 LC (norma que a su vez es excepción respecto de ejecuciones singulares no hipotecarias que sí se

---

23 PANTALEÓN PRIETO, F., «De la clasificación de los créditos», en *Comentarios a la Ley Concursal*, coordinados por Fernández de la Gándara, Luís y Sánchez Alvarez, Manuel, Madrid, 2004, p. 511, nota 25.

24 PULGAR EZQUERRA, J., «El acreedor hipotecario en la nueva legislación concursal», *Revista de Derecho Mercantil*, 2003, p. 1449.

25 Tal supresión fue provocada por la enmienda nº 481 presentada en el congreso por el grupo parlamentario catalán Convergencia i Unió y por la enmienda nº 283 presentada también en el congreso por el grupo parlamentario socialista.

paralizan). La regla general para la ejecución de garantía real está en el art. 55.4 LC<sup>26</sup> y la excepción para bienes afectos en el art. 56 LC.

Por lo tanto, la conclusión es clara: declarado en concurso el deudor, no hay obstáculo que impida al acreedor hipotecario iniciar la ejecución de la hipoteca que pesa sobre la vivienda familiar, si bien hay que tener presente que no se produce un vencimiento anticipado de la deuda garantizada hasta la apertura de la fase de liquidación (art. 146 y art. 61.3 LC). Si tal ejecución se ha iniciado, la misma no resulta paralizada por el procedimiento concursal. De hecho, esta norma se está aplicando de manera inflexible por los tribunales<sup>27</sup>.

Lo que cabe cuestionar es la bondad de la medida. Ciertamente es que la vivienda habitual de la familia no constituye soporte ninguno de la actividad económica del deudor (si lo fuera se trataría de un bien afecto) y por lo tanto, la paralización de la hipoteca no aporta beneficios a los acreedores, sino sólo a la familia. Dado que la justificación de la paralización se encontraría en la «comunidad de sacrificios» que impone la finalidad esencialmente conservativa que se encomienda al concurso, si no se trata de bienes afectos al proceso productivo de los que pueda depender la continuación de la actividad empresarial y, por tanto, la conservación, desaparece el fundamento de la paralización de esta ejecución<sup>28</sup>. Si todo el sistema concursal está construido

---

26 En este sentido, CARRASCO PERERA, A., en *Comentarios a la ley Concursal*, dirigidos por R. Bercovitz, vol. I, Madrid, 2004, p. 586: «La regla general, que es la posibilidad de proceder a la ejecución o realización separada de las garantías reales, no se formula de manera expresa en la LC. Sino que se deduce del art. 55.4 LC, que excluye a las garantías reales de la aplicación del art. 55 LC, que contiene la prohibición de iniciar nuevos procesos ejecutivos y de suspender la ejecución de los que estén tramitándose».

27 Así, Auto del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona de 29 de diciembre de 2004 (AC 2005/161). En el Auto del mismo Juzgado de 26 de septiembre de 2006 (AC 2007/383) se declaraba en concurso de acreedores a una persona física y a una empresa de su propiedad. Habiéndose iniciado un proceso de ejecución hipotecaria sobre la vivienda familiar cuya titularidad correspondía al concursado y a su cónyuge, el concursado pretendía que se procediera a la acumulación de dicho procedimiento ejecutivo con el proceso concursal. El Juez deniega tal acumulación, con base en lo dispuesto en el art. 56 LC citado. El juez del concurso no puede conocer de tal proceso ejecutivo por cuanto la vivienda familiar no está afectada a la actividad empresarial del deudor. «El hecho de que la vivienda familiar haya servido para garantizar el pago de deudas contraídas por el deudor en el ejercicio de su actividad, en ningún caso altera la naturaleza del bien. La finalidad del art. 56, al limitar, siquiera temporalmente, el derecho de ejecución separada del acreedor hipotecario, no es otra que la de permitir la continuidad del negocio durante la sustanciación del concurso. De ahí que por «bien afecto» haya que entender aquel bien integrado en una unidad productiva o que se sirva de él el deudor para su actividad empresarial» (Fundamento de Derecho Primero).

28 PULGAR EZQUERRA, J., *El acreedor hipotecario...cit.*, pág. 1449.



sobre el principio fundamental de la satisfacción de los acreedores, la solución legal es coherente con el mismo.

Pero lo que cabe cuestionar es si es preciso introducir en la Ley Concursal, otros principios también dignos de tutela, vigentes en nuestro sistema jurídico general. Hay que tener en cuenta el dato sociológico de que la vivienda habitual suele ser el único activo (su ejecución separada puede despatrimonializar al concursado) de importancia de las familias, un activo que constituye, además, un bien de primera necesidad. Principios constitucionales como el derecho a una vivienda digna y la protección de la familia (art. 39 CE) deben también tenerse presentes. Podría suceder que una medida de esta naturaleza que permita la paralización de las ejecuciones hipotecarias cualquiera que sea el bien sobre el que recaigan (tal y como sucedía en los textos que sirvieron de base a la LC) pudiera tener efectos sobre el sistema financiero<sup>29</sup> que podría provocar un encarecimiento del coste de los créditos. Sin embargo, se ha magnificado este efecto, porque en cualquier caso no supone pérdida de la garantía sino sólo una suspensión temporal de la ejecución. Como con acierto se ha señalado, lo único excepcional que puede ocurrirles a los acreedores garantizados durante la espera es que los administradores concursales opten por pagarles en los términos del art. 155.2 LC. Pero no se aprecia qué gravamen especial puede significar para los acreedores que les pague uno u otro. En todo caso, lo único que ha supuesto la espera es que se generan intereses, cubiertos en principio por la garantía. Por otro lado, el tiempo de espera es de sólo un año, y es muy dudoso que antes de tal fecha se haya declarado la apertura de la fase de liquidación. Aunque ello ocurriera, los costes de ejecución realmente los va a soportar el concurso<sup>30</sup>. Por lo tanto, el acreedor no padece tanto por consecuencia de la paralización temporal, habida cuenta de las posibilidades de actuación que tiene la administración concursal de la mano del art. 155 LC.

En definitiva, el sistema legalmente instaurado hace inútil el proceso concursal para la persona física. Excepcionada la regla de la ejecución separada para los acreedores con garantía real sobre «bienes afectos» y no para los demás, se genera una discriminación negativa en contra del deudor consumidor<sup>31</sup>,

---

29 Advierte de este riesgo PULGAR EZQUERRA, J., *op. cit.*, p. 1455.

30 CARRASCO PERERA, A., *op. cit.*, p. 616 y 618.

31 Este aspecto ha sido denunciado por QUINTANA CARLO, *El sobreendeudamiento de los consumidores y la Ley Concursal*, Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a M. Olivencia, t. II, Madrid, 2005, p. 2270. También CARRASCO PERERA, A., *op.cit.*, pág. 616: «es igualmente incongruente que tratándose de un concursado persona física no comerciante (consumidor) las garantías

en suma, de la familia. Como se señala en la Exposición de Motivos (elaborada sobre la base del Anteproyecto) de la Ley Concursal, todos los acreedores deben sufrir un sacrificio en aras de la solución definitiva y más beneficiosa del estado de insolvencia. Creo que es preciso cohonestar los intereses del sistema financiero con los de las familias que, en ocasiones, se han visto en la tesitura de generarse un sobreendeudamiento hipotecario por consecuencia de las reglas de un mercado inmobiliario altamente especulativo y, también por consecuencia de determinadas actuaciones irresponsables de las entidades financieras, tal y como se está poniendo de relieve en la actualidad. Y es que el objetivo del proceso concursal, que es la satisfacción de los intereses de los acreedores, debiera compatibilizarse con el de evitar la exclusión social del deudor, objetivo presente en legislaciones de nuestro entorno que dotan a la insolvencia del consumidor de un estatuto especial.

En este contexto, hay que tener en cuenta además que la Ley 41/2007 de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981 de 25 de marzo de regulación del mercado hipotecario, favorece claramente el endeudamiento de los particulares a través de préstamos hipotecarios, por la vía de ampliaciones de hipoteca o por medio de la creación de nuevas modalidades de hipoteca. Pues que sepa el consumidor que el sobreendeudamiento a través de garantía hipotecaria tiene las consecuencias descritas en sede concursal. La imagen del comerciante individual saliendo de la vivienda y llevándose a los niños a vivir a la tienda «porque viene el Banco» ha dejado de ser una escena más propia de película del neorrealismo italiano.

### **3. LAS PERSONAS ESPECIALMENTE RELACIONADAS CON EL DEUDOR CONCURSADO**

Otro aspecto donde se deja notar el disfavor con el que la LC trata la insolvencia de la persona física es el relativo a la clasificación de los créditos. Es bien sabido que el deudor insolvente recurre a la familia como vía natural para la solución de sus problemas económicos, bien a través de la concesión de préstamos por parte de los miembros de su familia, bien a través de la concesión de garantías. Pues bien, la LC le cercena esta posibilidad al «san-

---

puedan ejecutarse incondicionalmente y que el legislador no haya previsto un régimen dulcificado de ejecución de garantías en casos de sobreendeudamiento, que sirviera para proporcionar a tales deudores un *fresh start* que sería normalmente óptimo para todas las partes en conflicto.

cionar» a aquellos miembros de su familia que le socorrieron, subordinando sus créditos contra el deudor concursado.

El art. 92.5º califica como subordinados los créditos «*de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor a las que se refiere el artículo siguiente (...)*». El art. 93 califica como tales al «*cónyuge del concursado o quien lo hubiera sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, o las personas que convivan con análoga relación afectividad o hubieran convivido habitualmente con él dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso*». Así mismo, tal condición se extiende a «*los ascendientes, descendientes y hermanos del concursado o de cualquiera de las personas a que se refiere el número anterior*» y también «*a los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del concursado*». Por lo tanto, los créditos que ostenten contra el concursado las personas citadas en el art. 93, «*no se realizará hasta que hayan quedado íntegramente satisfechos los créditos ordinarios*» (art. 158 LC)<sup>32</sup>.

El tratamiento especial que reciben los créditos que ostentan las personas especialmente relacionadas con el deudor no es una novedad de nuestra LC, pues se contempla también en otros ordenamientos, como es el caso del Derecho alemán que dedica los arts 138 y ss de su Ley de Insolvencia (*InsO*) a regular los *nahestehende personen* o sujetos cercanos que son, entre otros, el cónyuge del deudor o pareja de hecho (también cuando la pareja se haya disuelto con posterioridad al acto jurídico o en el año anterior a su realización) y sus parientes o del cónyuge o pareja de hecho en línea ascendente o descendente y hermanos de doble o simple vínculo del deudor o del cónyuge. También el Derecho norteamericano regula especialidades que plantean las personas especialmente relacionadas con el deudor (*insiders*) en el art. 101.31 USC 11 del *Bankruptcy Code* recientemente reformado por la Ley de 20 de

---

32 No es este el único efecto que se deriva del carácter subordinado de los créditos. Los titulares de créditos subordinados no tienen derecho de voto en la junta de acreedores (art. 122 LC). La espera pactada en convenio empezará a contar cuando hayan sido satisfechos los créditos ordinarios (art. 134 LC). Hay que destacar que 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, ha suprimido alguna de las prohibiciones contenidas en el art. 105 LC para la presentación de una propuesta anticipada de convenio y que afectaba a personas especialmente relacionadas con el deudor cuando habían realizado actos dispositivos a título oneroso en condiciones que no fueran las normales de mercado. Sobre las consecuencias del carácter subordinado de los créditos, MONTES, V., *El régimen de los créditos subordinados en la Ley Concursal*, Anuario de Derecho Concursal, n1 2004, pp. 49 y ss.

abril de 2005. Respecto del deudor persona física se consideran *insiders* a los parientes del deudor, bien afines o consanguíneos hasta el tercer grado (art. 101.45 USC11).

Con todo, el tratamiento jurídico de los *insiders* difiere en cada ordenamiento, existiendo básicamente dos modelos. En el Derecho alemán la condición de persona especialmente relacionada con el deudor facilita el ejercicio de las acciones de reintegración de la masa activa, existiendo una presunción de perjuicio patrimonial que favorece la rescindibilidad del acto por el administrador concursal que sólo debe probar que el contrato que se pretende rescindir está celebrado con un sujeto cercano (*nahestehende personen*), así como que tal acto se ha llevado a cabo en el período legal de impugnación<sup>33</sup>. El acto es pues rescindible y será objeto de valoración en cada caso concreto. Por su parte, en el Derecho norteamericano, el hecho de que el deudor haya contratado con un *insider* tiene diversos efectos. Entre ellos, se prolonga el plazo para su impugnación a un año anterior a la declaración de bancarrota (a diferencia de los 90 días ordinarios). En tal plazo, los actos realizados por *insiders* pueden ser anulados. Pero entre otros efectos, los créditos de los *insiders* pueden ser objeto de subordinación equitativa (*equitable subordination*)<sup>34</sup>, lo que viene a significar que el juez puede determinar su subordinación. Ambos modelos tienen un denominador común y es que los efectos no son automáticos, sino que se basan en el análisis de la conducta de cada sujeto en cada hipótesis particular. No basta con ser *insider* para padecer las consecuencias que de tal categoría se deriva, sino que hay un análisis previo, bien del administrador (Alemania) o bien del Juez (USA).

Sin embargo, en España la condición de persona especialmente relacionada con el deudor provoca la subordinación de los créditos que opera de manera automática y al margen de los privilegios especiales o generales que tuviera el acreedor, salvo que se trate de créditos laborales (art. 92.5 LC). Se prescinde de la naturaleza del crédito que tales personas ostenten contra el deudor y tal tratamiento jurídico se sustenta sobre una suerte de presunción *iure et de iure* de fraude: se parte de la base de que la familia es utilizada para defraudar los derechos de los acreedores y de una suerte de corresponsabilidad

---

33 FERRÉ FALCÓN, J, *Los créditos subordinados*, en Estudios de Derecho Concursal, dirigidos por A. Rojo y E. Beltrán, Madrid, 2006, p. 328.

34 BAIRD, *The elements of Bankruptcy*, New York, 2001, pp. 33 y ss.

de la persona especialmente relacionada en la situación de crisis<sup>35</sup>. La estrecha vinculación entre el deudor y sus familiares hace que éstos estén en condiciones de obtener una precisa información sobre la situación económica de aquél, pudiendo anticipar los efectos de su futura insolvencia e incluso influir en el deudor para que éste lleve a cabo actuaciones que tengan por finalidad beneficiar su posición en el concurso, perjudicando a la masa de acreedores<sup>36</sup>. Siendo cierto este riesgo, considero que evitarlo a través de un mecanismo que opera de manera automática y no ofrece cauce procesal alguno para la prueba en contrario<sup>37</sup>, es a todas luces excesivo.

Se trata de manera idéntica situaciones que pueden ser dispares, lo cual puede generar situaciones injustas<sup>38</sup>, pues es claro que hay personas que permanentemente tendrán la consideración de «especialmente relacionadas con el deudor», como es el caso del ascendiente, descendiente o hermanos. Pero cuando se trata del cónyuge o pareja no casada, tal situación puede variar en el tiempo, razón por la que se ha tenido que determinar el ámbito temporal de la concurrencia de la circunstancia legal, extendiéndose a los dos años anteriores a la declaración de concurso. Pues bien, ello provoca que si el concursado se ha divorciado dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso y en la sentencia que resuelve la crisis matrimonial se ha fijado una pensión compensatoria, la misma tenga la consideración de crédito subordinado. Lo mismo acontece cuando el deudor concursado ha incumplido su deber de pagar la pensión de alimentos a su familia: las pensiones debidas y no pagadas tendrán la consideración de créditos subordinados<sup>39</sup>. Por el contrario el deber

---

35 VALPUESTA GASTAMINZA, *Comentario al artículo 92 LC*, en *Comentarios a la Ley Concursal* dirigidos por F. Córdón Moreno, Pamplona, 2004, p. 737.

36 FERRÉ FALCÓN, *Los créditos subordinados* cit., p. 361.

37 La posibilidad de impugnar la clasificación del crédito como subordinado prevista en el art. 96 LC es inviable cuando concurre en el acreedor la condición de persona especialmente relacionada con el deudor. Sólo cabría atacar este presupuesto subjetivo, sin que sea posible atender a la naturaleza del crédito. Incluso cuando el crédito es hipotecario se produce el efecto de la subordinación. Así, COCA PAYERAS, M., «Las consecuencias derivadas de la titularidad por una persona especialmente relacionada con el concursado, de un crédito hipotecario», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2004, pp. 307 y ss.

38 Denuncia este extremo, ARIAS VARONA, J., *¿Cuál es la posición de los titulares de créditos garantizados por sujetos especialmente relacionados con el deudor?*, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº. 2, 2005, p. 336.

39 FERNÁNDEZ SEIJO, J.M. *Concurso de personas físicas: sobreendeudamiento familiar y situación de los consumidores en el marco del procedimiento concursal*, en *El futuro de la protección jurídica de los consumidores*. Actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores, dirigido por J. Tomillo Urbina y coordinado por J. Álvarez Rubio.

de alimentos generado tras la declaración de concurso, tendrá la consideración de crédito contra la masa sujeto a criterio de vencimiento (art. 154 LC) si reúne los requisitos del art. 47 LC. Por lo mismo si un hijo mayor de edad había reclamado alimentos con base en l art. 250.8º LEC, también tendrá la consideración de crédito subordinado pues no entraría en el art. 47.2 LC<sup>40</sup>, y lo mismo sucederá si el concursado atropella y causa daños a quien fue su mujer durante los dos años anteriores a la declaración de concurso, la indemnización debida, tendrá la consideración de crédito subordinado, lo cual, a mi juicio, es un auténtico contrasentido y nos conduce a situaciones grotescas, pues no acierto a detectar posible fraude en estas hipótesis<sup>41</sup>. Como mucho, la subordinación de los créditos de que fueran titulares personas especialmente relacionadas con el deudor debería restringirse a los *créditos de origen contractual* y no a cualquier crédito. De esta forma, se solventarían algunas disfunciones que he señalado.

Por otro lado, hay que destacar la referencia que la LC hace en este precepto (art. 93 LC) a las parejas no casadas, y que es la única que se hace en todo el texto legal. No se tienen en cuenta los posibles pactos económicos a que puedan haber llegado los cónyuges para regular su convivencia marital, ni tampoco se ven afectadas por presunciones de fraude cuyo hecho generador es la intimidad de la relación con el deudor concursado, como sucede en la presunción contemplada en el art. 78.1 LC<sup>42</sup>. No obstante, la pareja no casada sólo se tiene en cuenta cuando lo es del concursado y no se extiende la calificación a parejas no casadas de los ascendientes, descendientes y hermanos del concursado, cuyos cónyuges, por el contrario, sí son personas especialmente relacionadas con el deudor.

---

40 SANTANA, E y SENENT, «Algunas cuestiones sobre el derecho de alimentos en el concurso», *Anuario de Derecho Concursal*, nº12, 2007, p. 170.

41 Así lo ha puesto de relieve GARRIDO, J.M. «Créditos subordinados» (art 92)», en *Comentario LC* (Rojo/Betrán), t. I, Pamplona, 2004, p. 1666, para quien deben quedar excluidos del ámbito de la norma los créditos de las personas especialmente relacionadas que deriven de responsabilidad civil extracontractual, cuyo nacimiento es ajeno por definición a la voluntad del acreedor, deban recibir un tratamiento diferente en función de la existencia o inexistencia de relaciones especiales que mantenga el acreedor con el concursado». A pesar de que comparto la reflexión del autor citado, creo que no hay base legal para reconducir la hipótesis al art. 91.5 LC cuando la víctima del daño es persona especialmente relacionadas con el concursado. En este sentido, FERRÉ FALCÓN, J., *Los créditos subordinados*, cit., p. 298.

42 Así lo puse de relieve en mi trabajo, *La presunción muciana concursal*, *Anuario de Derecho Concursal*, nº 5, 2005, pp. 147 y ss.

Creo que es preciso resaltar que no existe mecanismo alguno en la LC por virtud del cual el juez del concurso pueda tener conocimiento de la existencia del miembro de la pareja del concursado. Y ello porque así como el art. 6 LC ordena al deudor que solicita la declaración de concurso voluntario que incluya en la memoria si está casado y, en su caso, el régimen económico del matrimonio (requerimiento que deber realizarse también en caso de concurso necesario, art. 21.3 LC), tal requerimiento no se extiende a la situación de convivencia marital. Si además tenemos en cuenta la diversidad legislativa en nuestro territorio nacional respecto a la constitución de la pareja no casada, que sólo precisa de inscripción constitutiva en algunas Comunidades Autónomas<sup>43</sup>, lo cierto es que es extraordinariamente sencillo «esconder» a esta pareja y evitar las consecuencias que de tal consideración se derivan en el proceso concursal. De nuevo, las parejas no casadas lo son para obtener los beneficios del matrimonio, con elusión de los inconvenientes<sup>44</sup>. Resulta pues censurable que el legislador no haya regulado con mayor rigor la situación de las uniones no matrimoniales, sobre todo en un contexto jurídico actual en el que se encuentran absolutamente consolidadas.

También me parece censurable que la separación judicial o de hecho no tengan ningún tipo de efectos en cuanto a la subordinación de los créditos<sup>45</sup>. Si la convivencia marital justifica la inclusión de las parejas no casadas, la separación judicial o de hecho debe conducir a la exclusión de los cónyuges, al igual que lo que sucede en el art. 78.1 LC. No se han incluido probablemente por las posibilidades de fraude que, sin embargo, también pueden darse en las parejas no casadas respecto del cese de la convivencia.

Por si la subordinación de los créditos no fuera suficiente, la consideración de «persona especialmente relacionada con el deudor» tiene también consecuencias en el terreno de la acción rescisoria contemplada en el art. 71 LC, cuyo apartado 3.2 establece una presunción de perjuicio patrimonial cuando se trate de actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado.

---

43 Tal es el caso de Madrid (art. 3 de la Ley 1/2001 de 19 de diciembre de la Comunidad de Madrid), País Vasco (Artículo 3.1 LEY 2003\178, de 7 mayo, reguladora de las parejas de hecho del País Vasco), Valencia (Art. 1.2 de la Ley 1/ 2001 de 6 de abril por la que se regulan las uniones de hecho en la Comunidad Autónoma valenciana), Islas Baleares (Artículo 1.2 de la Ley 18/2001 de 19 de diciembre de Parejas estables).

44 Estas cuestiones ya las suscitó en mi trabajo, *Uniones de hecho y abuso del Derecho. Acerca de la discriminación en contra del matrimonio*. Revista Jurídica La Ley, año XXVI, nº 6210, 15 de marzo de 2005.

Es evidente que el ámbito familiar es más proclive a albergar actuaciones fraudulentas, pero para evitarlas bastaría con presunciones *iuris tantum* y no que el carácter subordinado del crédito no se pueda ni discutir porque se hace depender de circunstancias objetivas. Habría que introducir mecanismos correctores pues la regla, si se me permite la expresión, del «todos café» puede conducir a situaciones injustas y de auténtica indefensión. Ciertamente, basar la subordinación del crédito a reglas de conducta puede ralentizar el proceso concursal, pero este coste me parece menor que asumir como inevitable el que se puedan generar situaciones injustas.

Lo cierto es que ante una situación de insolvencia de una persona natural, la ayuda de la familia suele ser lo habitual. Pues bien, LC le corta la vía natural de solución de sus problemas económicos que es el recurso a la familia<sup>46</sup>.

#### **4. LA CONCLUSIÓN DEL CONCURSO POR INEXISTENCIA DE BIENES Y DERECHOS: LA AUSENCIA DE UN EXPEDIENTE DE LIBERACIÓN DE DEUDAS**

Otro terreno en el que, a mi juicio, la persona física está injustificadamente discriminada respecto de la persona jurídica se refiere a los efectos de la conclusión del concurso a que alude el art. 178 LC, respecto de los créditos no satisfechos en el procedimiento concursal. En él no se acoge ninguno de los dos sistemas actualmente vigentes referentes al expediente de liberación de deudas (*discharge*): «la nueva oportunidad» (o *fresh Start*), típica del Derecho anglosajón, ni el sistema de la condonación de la deuda pendiente

---

45 Considera FERRÉ FALCÓN, *Los créditos subordinados, cit.*, p. 375, que los créditos que ostenten los cónyuges separados de hecho no deben considerarse créditos subordinados. Comparto su reflexión como consideración de *lege ferenda*, pero creo que no cabe deducir esta conclusión de la interpretación de la normativa vigente.

46 ALONSO LEDESMA, C., «Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar. Propuestas de regulación en el procedimiento concursal», en *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, coordinado por CUENA CASAS y COLINO MEDIAVILLA, Thomson-Civitas, Pamplona, 2009, pp. 468 y ss. De hecho, la enmienda 511 presentada por el Grupo Parlamentario Catalán (CIU), presentada en el Congreso pretendía la supresión del art. 91.5. LC por entender que «socialmente no parece aconsejable disuadir a los familiares de ayudar financieramente al pariente que se encuentra en apuros económicos (...)». BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 101-115, 2 de diciembre de 2002, p. 290. A pesar de que este aspecto se puso de relieve en la tramitación parlamentaria de la norma, la enmienda fue rechazada.



(*Restschuldbefreiung*)<sup>47</sup> propio de la Ley de insolvencia alemana<sup>48</sup>, figuras pensadas para las personas físicas, pues no tiene sentido para las personas jurídicas que se liquidan en el procedimiento de insolvencia, lo que provoca su extinción y con ella la del remanente de la deuda pendiente.

Por el contrario, cuando de persona física se trata, el deudor concursado continúa respondiendo de la parte no satisfecha en el procedimiento concursal. No se admite la liberación de deudas, siendo en este punto igual tratado el deudor honesto, de buena fe, que el que no lo es. Ello a pesar de que se presentaron enmiendas tendentes a mitigar este efecto<sup>49</sup>. Sólo si el concurso concluye con la aprobación de un convenio (anticipado o no), cabe una liberación de deudas dentro de los límites que para la quita establece el art. 100 LC en el caso de cumplimiento íntegro del convenio (art. 136 LC). Pero no existe mecanismo liberatorio si el concurso concluye en liquidación.

A diferencia de lo que sucede con la persona jurídica, si se trata de deudor persona física, dado que ésta, perdónese la obviedad, no puede «disolverse» (y si se muere, se declarará en concurso la herencia, art. 1.2 LC), es responsable del pago de los créditos restantes (art. 178.2LC), pudiendo los acreedores iniciar ejecuciones singulares y decretar la reapertura del concurso de deudor persona natural dentro de los cinco años siguientes a la conclusión del mismo (art. 179 LC). En este punto, todo en aplicación escrupulosa del principio de responsabilidad patrimonial del art. 1911 Cc. El concursado individual no puede exonerarse de la responsabilidad por las deudas insatisfechas<sup>50</sup>, a pesar de que su insolvencia sea de buena fe (no culpable) y no le alcanza el

---

47 ZABALETA DÍAZ, «La condonación de deudas pendientes en el Derecho Concursal alemán», AAVV, *Estudios sobre la Ley Concursal*. Libro Homenaje a Manuel Olivencia, Madrid, 2005, t. I, pp 911 y ss.

48 La exoneración de la deuda residual aparece regulada en los párrafos 286 y ss de la Ley de Insolvencia Alemán de 5 de octubre de 1994 (*Insolvenzordnung*). Dispone el párrafo 286 que «*si el deudor es persona física, queda liberado frente a los acreedores de la insolvencia, de conformidad con los párrafos 287 a 303, de las obligaciones no cumplidas en el procedimiento de insolvencia*». No todo deudor puede beneficiarse de la liberación de deudas, pues el párrafo 290 establece determinados supuestos en que la misma no puede decretarse. Se trata de casos que evidencian una conducta desordenada del deudor que ponen de manifiesto su mala fe. Cfr. también el Derecho portugués: arts. 235 y ss del Código de la Insolvencia y de la Recuperación de Empresas de 18 de marzo de 2004 que introducen la exoneración del pasivo restante

49 Así, las enmiendas número 560 y 561 presentadas por el Grupo Parlamentario Catalán pretendieron «*introducir un régimen de exoneración para aquellos concursados personas naturales honestos, en relación con las deudas que no hubieran sido satisfechas con el producto de la liquidación concursal, para procurar a estos deudores honestos una segunda oportunidad, un fresh start*».

50 Cfr. RUBIO VICENTE, P. J. *A vueltas con las exoneración del pasivo restante en el concurso*, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, nº6, 2007, pp. 134 y ss.

beneficio habitual de las personas jurídicas que se extinguen y cancelan. Se produce el fenómeno que la doctrina alemana denominó «torre del deudor» (*Schuldturm*), expresión con la que se declara que el deudor queda de por vida encerrado en una torre y sin posibilidades de volver a llevar una existencia digna<sup>51</sup>. Esta circunstancia hace poco atractivo el proceso concursal para la resolución del problema de la insolvencia de la persona física. Concluido el proceso sin convenio (poco estimulado pues si el mismo no se alcanza, el acreedor no pierde ninguna garantía de su crédito), la situación del deudor concursado es la misma que al iniciar el mismo, pues sigue pesando sobre él todo su pasivo, sin posibilidad alguna de recuperación, habida cuenta del prolongado plazo de prescripción de las acciones.

Excepcionar el principio de responsabilidad patrimonial universal, pilar de nuestro derecho patrimonial, en determinadas hipótesis es una decisión que, sin duda, debe tomarse con prudencia, pues conlleva riesgos evidentes de abuso por parte de los consumidores y aparentemente puede encarecer y ralentizar la concesión de crédito. Sin embargo, la adopción de un sistema de liberación de deudas para los casos de sobreendeudamiento pasivo en los que la insolvencia no viene provocada por una mala gestión del deudor o por un sobreendeudamiento caprichos, sino por la «mala suerte» (enfermedades, paro..), por circunstancias que no puede controlar, además de constituir una medida que socializa el riesgo, puede estimular la concesión de crédito responsable<sup>52</sup>, así como la colaboración efectiva de los acreedores en la búsqueda de una solución convencional a la insolvencia del deudor<sup>53</sup>.

---

51 SCHMIDT, K., «Estudio preliminar. Fundamentos del nuevo derecho concursal alemán, La Ley de Insolvencia de 1994 (InsO)». Traducción al español supervisada por Juana Pulgar Ezquerra. Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001, dirigidos por García Villaverde. A. Ureba y Pulgar Ezquerra, Madrid, 2002, p. 36.

52 La Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo introduce en su art. 8 la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor con base no sólo en la información aportada por éste, sino también en la proporcionada por bases de datos centralizadas a que se refiere el art. 9 de la Directiva. El incumplimiento de tal obligación por parte del prestamista será sancionado (art. 23), por lo que la transposición de la norma comunitaria provocará que en España se tipifique la concesión abusiva de crédito. Cfr. PULGAR EZQUERRA, J., «El presupuesto objetivo en la prevención y tratamiento de las crisis económicas de los consumidores», en *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, coordinado por CUENA CASAS y COLINO MEDIAVILLA, Thomson-Civitas. Pamplona, 2009, pp. 95. Sobre la concesión abusiva de crédito y su tipificación en otros ordenamientos, RUBIO VICENTE, P.J. «Concesión abusiva de crédito y concurso», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 8, 2008, pp. 248 y ss.

53 RUBIO VICENTE, P.J., *A vueltas con la exoneración del pasivo restante en el concurso*, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 6, 2007, p. 136.

En definitiva, con estas líneas sólo pretendo poner de manifiesto la necesidad de un tratamiento jurídico adecuado de la insolvencia de la persona física que tenga en cuenta las especialidades de régimen que plantea y termine con las discriminaciones negativas actualmente vigentes. España presenta en este terreno un lamentable retraso normativo respecto de los países de nuestro entorno, que debe ser superado urgentemente.

## 5. BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALONSO LEDESMA, C.: «La clasificación de los créditos en el concurso», en *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001*, dirigidos por García Villaverde, R, Alonso Ureba, A y Pulgar Ezquerro, J, Madrid, 2002, p. 181.

– «Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar. Propuestas de regulación en el procedimiento concursal», en *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, coordinado por CUENA CASAS y COLINO MEDIAVILLA, Thomson-Civitas, Pamplona, 2009, pp. 468 y ss.

ARIAS VARONA, J, *¿Cuál es la posición de los titulares de créditos garantizados por sujetos especialmente relacionados con el deudor?*, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº. 2, 2005, p. 336.

CARRASCO PERERA, A., en *Comentarios a la ley Concursal*, dirigidos por R. Bercovitz, vol. I, Madrid, 2004, p. 586.

COCA PAYERAS, M., «Las consecuencias derivadas de la titularidad por una persona especialmente relacionada con el concursado, de un crédito hipotecario», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2004, pp. 307 y ss.

CUENA CASAS, M.: *El concurso de acreedores de persona casada en régimen económico matrimonial de comunidad*, en *Estudios de Derecho concursal* dirigidos por A. Rojo y E. Beltrán, Thomson-Civitas, Pamplona, 2008.

– Comentario al art. 78 LC en *Tratado Práctico Concursal*, vol. I, dirigido por P. Prendes, Thomson-Aranzadi, en prensa.

– *La presunción muciana concursal*, *Anuario de Derecho Concursal*, nº5, 2005, pp. 147 y ss.

– *Uniones de hecho y abuso del Derecho. Acerca de la discriminación en contra del matrimonio*. *Revista Jurídica La Ley*, año XXVI, nº 6210, 15 de marzo de 2005.

BAIRD, *The elements of Bankruptcy*, New York, 2001, pp. 33 y ss.

- BELLIDO, R., «Ejecuciones y apremios (art. 55)», en ROJO, A.-BELTRÁN, E. *Comentario de la Ley Concursal*, t. I, Madrid, 2004, pp. 1031.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «Hipoteca, ejecución separada e integración de la masa», en *Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, vol. III, Madrid, 1996, pp. 3488-3492.
- CÁRCABA FERNÁNDEZ, «La protección de la vivienda y mobiliario familiar en el art. 1.320 Cc», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1987, núm 582, p. 1434.
- CENNI, «Il fondo patrimoniale», en *Trattato di Diritto di Famiglia*, diretto da Paolo Zatti, vol. 3°. *Régime Patrimoniale della famiglia* a cura di Anelli e Sesta, Milano, 2002.
- DE LA CUESTA SÁENZ, J.M., «La protección de la vivienda familiar en los Derechos francés y español. Estudio de Derecho Comparado», *Revista de Derecho Notarial* (actual *Revista Jurídica del Notariado*), 1983, p. 162.
- FERRÉ FALCÓN, J., *Los créditos subordinados*, en Estudios de Derecho Concursal, dirigidos por A. Rojo y E. Beltrán, Madrid, 2006.
- ELORRIAGA DE BONIS, *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Pamplona, 1995, p. 441.
- FERNÁNDEZ DOMINGO, «Una propuesta sobre el «patrimonio familiar inembargable»», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 6, 2005, pp. 208 y ss.
- FERNANDEZ SEIJO, J.M. *Concurso de personas físicas: sobreendeudamiento familiar y situación de los consumidores en el marco del procedimiento concursal*, en *El futuro de la protección jurídica de los consumidores*. Actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores, dirigido pro J. Tomillo Urbina y coordinado por J. Álvarez Rubio.
- GARRIDO, J.M. «Créditos subordinados» (art 92)», en *Comentario LC* (Rojo/Betrán), t. I, Pamplona, 2004, p. 1666.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*, Madrid, 1991, p. 49.
- MACRI, «Fondo patrimoniale», en *Il nuovo Diritto de Famiglia*, Milano, 1975, p. 94.
- MONTES, V., *El régimen de los créditos subordinados en la Ley Concursal*, Anuario de Derecho Concursal, nº 2004, pp. 49 y ss.
- PANTALEÓN PRIETO, F., «De la clasificación de los créditos», en *Comentarios a la Ley Concursal*, coordinados por Fernández de la Gándara, Luis y Sánchez Alvarez, Manuel, Madrid, 2004, p. 511, nota 25.

- PULGAR EZQUERRA, J.: «El presupuesto objetivo en la prevención y tratamiento de las crisis económicas de los consumidores», en *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, coordinado por CUENA CASAS y COLINO MEDIAVILLA, Thomson-Civitas Pamplona, 2009, pp. 63 y ss.
- «El acreedor hipotecario en el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001», *Actualidad Civil*, nº 20, 2002, p. 678.
- QUINTANA CARLO, *El sobreendeudamiento de los consumidores y la Ley Concursal*, Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a M. Olivencia, t. II, Madrid, 2005, p. 2270.
- RUBIO VICENTE, P. J. *A vueltas con las exoneración del pasivo restante en el concurso*, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº6, 2007, pp. 134 y ss.
- SCHMIDT, K., «Estudio preliminar. Fundamentos del nuevo derecho concursal alemán, La Ley de Insolvencia de 1994 (InsO)». Traducción al español supervisada por Juana Pulgar Ezquerra. Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001, dirigidos por García Villaverde. A. Ureba y Pulgar Ezquerra, Madrid, 2002, p. 36.
- SANTANA, E y SENENT, «Algunas cuestiones sobre el derecho de alimentos en el concurso», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 12, 2007, p. 170.
- ZABALETA DÍAZ, «La condonación de deudas pendientes en el Derecho Concursal alemán», AAVV, *Estudios sobre la Ley Concursal*. Libro Homenaje a Manuel Olivencia, Madrid, 2005, t. I, pp. 911 y ss.

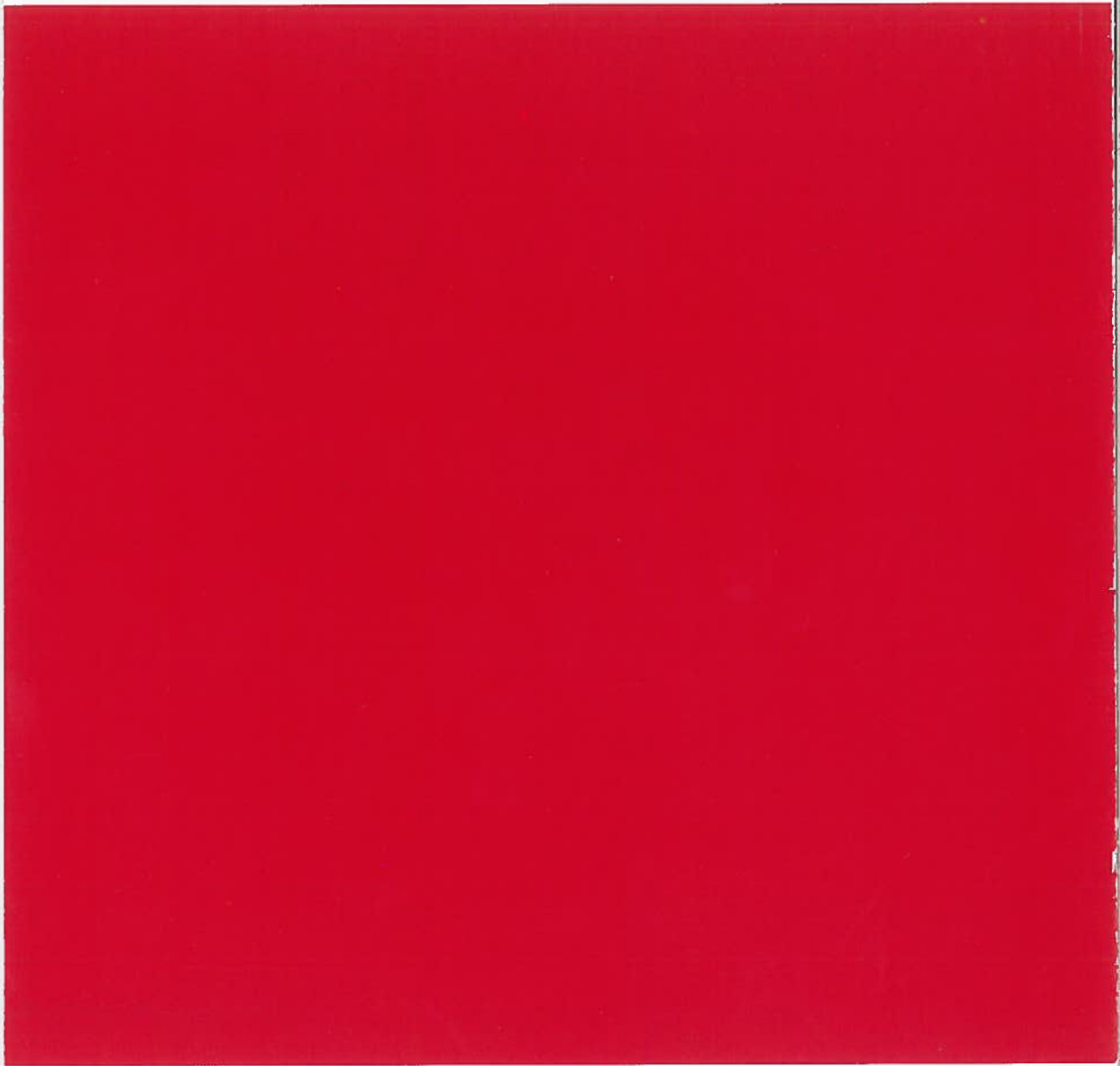












**APDC**

Asociación de Profesores de Derecho Civil

