

UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS



**PRESUPUESTO OBJETIVO DEL CONCURSO Y
TUTELA JURISDICCIONAL CONCURSAL**

TESIS DOCTORAL

AUTORA: Elena Pineros Polo

DIRECTOR: Jaime Vegas Torres

Catedrático de Derecho Procesal. URJC

Autorizo la defensa de la tesis
doctoral.

El Director,

Jaime Vegas Torres

ÍNDICE

| | |
|---------------------------|---|
| INTRODUCCIÓN | 7 |
|---------------------------|---|

CAPÍTULO I

LOS SUJETOS DE LA PRETENSIÓN DE TUTELA JURISDICCIONAL

| | |
|--|-----|
| CONCURSAL | 17 |
| 1. Sujetos activos de la tutela jurisdiccional concursal..... | 20 |
| 1.1. La legitimación activa para solicitar la declaración de concurso en la Ley Concursal..... | 20 |
| 1.2. La legitimación activa del deudor | 21 |
| 1.3. La legitimación activa de los acreedores..... | 46 |
| 1.4. Exclusión del concurso de oficio. Intervención del Ministerio Fiscal en el proceso concursal..... | 62 |
| 2. Sujetos pasivos de la tutela jurisdiccional concursal..... | 64 |
| 2.1. Sujeto pasivo del concurso y sujetos pasivos de la tutela jurisdiccional concursal..... | 64 |
| 2.2. El deudor como sujeto pasivo de la tutela jurisdiccional concursal | 68 |
| 2.3. Los acreedores como sujetos pasivos de la tutela jurisdiccional concursal..... | 121 |
| 2.4. Audiencia de los sujetos pasivos de la pretensión de tutela jurisdiccional concursal..... | 128 |

CAPÍTULO II

EL PETITUM DE LA *PRETENSIÓN* DE TUTELA JURISDICCIONAL

| | |
|---|-----|
| CONCURSAL | 133 |
| 1. La suspensión del régimen general de cumplimiento de las obligaciones a su vencimiento y reclamaciones judiciales individuales. | 138 |
| 1.1. La integración de los acreedores en la masa pasiva del concurso | 139 |

| | |
|---|-----|
| 1.2. Exclusión de pagos realizados al margen del concurso..... | 140 |
| 1.3. Suspensión de ejecuciones singulares | 143 |
| 1.4. Continuación de los procesos de declaración pendientes..... | 153 |
| 1.5. Interrupción de la prescripción de las acciones..... | 155 |
| 1.6. La suspensión del régimen general de cumplimiento de las obligaciones a su vencimiento y reclamaciones judiciales individuales como respuesta a la necesidad de tutela jurisdiccional concursal | 157 |
| 2. Sujeción del patrimonio del deudor a un régimen especial de administración..... | 159 |
| 2.1. Limitación de las facultades patrimoniales del deudor | 160 |
| 2.2. Continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor | 163 |
| 2.3. La gestión patrimonial posterior a la declaración de concurso y las necesidades de tutela de los sujetos activos de la pretensión de tutela jurisdiccional concursal | 165 |
| 3. Aplicación de procedimientos especiales dirigidos a satisfacer de manera ordenada y equitativa a los acreedores del deudor común. | 168 |
| 3.1. Determinación de las masas activa y pasiva..... | 169 |
| 3.2. La satisfacción de los créditos concursales mediante convenio | 178 |
| 3.3. La satisfacción de los créditos concursales mediante liquidación de la masa activa | 198 |
| 3.4. Relación entre la satisfacción de los créditos concursales mediante convenio o liquidación y la tutela jurisdiccional concursal que se ofrece al deudor insolvente y a sus acreedores | 201 |

CAPÍTULO III

LA CAUSA DE PEDIR DE LA PRETENSIÓN DE TUTELA

| | |
|--|------------|
| JURISDICCIONAL CONCURSAL | 205 |
| 4.1. Presupuesto objetivo del concurso y <i>causa de pedir</i> de la pretensión de tutela jurisdiccional concursal | 207 |
| 4.2. La insolvencia como presupuesto objetivo del concurso: insolvencia actual e insolvencia inminente..... | 209 |

| | |
|--|-----|
| 4.3. La causa de pedir de la acción concursal de los acreedores | 220 |
| 4.4. La causa de pedir de la acción concursal del deudor | 252 |
| CONCLUSIONES | 261 |
| BIBLIOGRAFÍA | 273 |

INTRODUCCIÓN

El concurso de acreedores es un proceso creado para dar respuesta a una situación compleja, la insolvencia del deudor común. Esta tesis doctoral pretende analizar el concurso como una forma de tutela jurisdiccional. Se estudiará la acción concursal concebida como herramienta que el ordenamiento jurídico ofrece a ciertos sujetos para procurarles la tutela jurisdiccional que necesitan.

Conviene aclarar de inmediato que el ordenamiento jurídico, ante la insolvencia del deudor común, reconoce la necesidad de tutela jurisdiccional tanto del propio deudor como de sus acreedores, de modo que pone el proceso concursal a disposición tanto de aquél como de estos últimos. En este trabajo partimos, por tanto, de la premisa de la existencia de dos acciones concursales distintas, la acción concursal del deudor y la acción concursal de los acreedores, integradas por elementos diferentes. Entendemos que el concurso es cauce procesal de la tutela concursal concedida por el ordenamiento jurídico a los sujetos afectados por la insolvencia del deudor común. Ahora bien, los problemas que plantea la insolvencia al deudor insolvente y a sus acreedores no son los mismos, por lo que la necesidad de tutela jurisdiccional ante la insolvencia no es igual para uno y otros. De ahí que, desde nuestro punto de vista, sea necesario desdoblarse el derecho de acción, referido a la tutela jurisdiccional concursal, para adecuarlo a las diferentes situaciones del deudor y de los acreedores, que requieren tutelas también diferentes.

Se ha abordado el estudio de las acciones concursales del deudor y de los acreedores desde el esquema clásico que identifica las acciones en función de tres elementos: sujetos, *petitum* y causa de pedir.

El primer capítulo se dedica al estudio de los sujetos de las acciones concursales, con referencia tanto a la legitimación activa como a la pasiva. La Ley ofrece la posibilidad de reclamar la tutela concursal a los sujetos directamente afectados por la insolvencia del deudor. El punto de partida ha de ser, por tanto, la regulación legal de la legitimación activa para solicitar la declaración de concurso. Ahora bien, dentro de los sujetos activamente

legitimados destacan especialmente el propio deudor insolvente, por un lado, y los acreedores, por otro.

En cuanto a la legitimación activa del deudor, este trabajo presta especial atención al deber de solicitar la declaración de concurso del art. 5 LC que pesa sobre el deudor. Asimismo, se analiza, además de la legitimación activa del deudor persona jurídica, que es sin duda el caso más frecuente, la legitimación activa del deudor persona física, especialmente el deudor consumidor. También es objeto de estudio la legitimación activa para solicitar la declaración judicial conjunta de concurso de varios deudores en los casos previstos en el artículo 25.1 de la Ley Concursal (cónyuges, grupos de sociedades o personas jurídicas junto a sus administradores, socios, miembros o integrantes personalmente responsables de sus deudas). Hay que advertir, además, que la Ley concursal da respuesta a la necesidad de tutela concursal de cualquier tipo de deudor. Esta tesis estudia la respuesta jurisdiccional que ofrece el ordenamiento a la insolvencia del deudor consumidor; al deudor persona jurídica, en especial al deudor societario y otro tipo de entes con personalidad jurídica.

La legitimación activa de los acreedores responde a una necesidad de tutela jurisdiccional concursal distinta. En general, la Ley legitima activamente a los acreedores a fin de proporcionarles una vía para hacer valer el principio de *par conditio creditorum*, puesto en peligro por la insolvencia del deudor común. En el trabajo se analizan la configuración de esta legitimación activa de los acreedores, las escasas excepciones previstas en la Ley, y los supuestos especiales.

Respecto a la legitimación pasiva es necesario distinguir entre la acción concursal del deudor y la de los acreedores. Cuando es el deudor quien ejercita la acción, hay que considerar que la acción se dirige frente a todos sus acreedores. Pese a que la Ley Concursal no parece contemplar otro sujeto pasivo del concurso que el propio deudor, lo cierto es que, atendiendo a los efectos que produce la declaración de concurso, todos los acreedores resultan directamente afectados por dicha declaración, por lo

que necesariamente han de ser considerados sujetos pasivos de la acción que permite al deudor insolvente pedir y obtener de los tribunales que se declare el concurso.

En el caso de la acción concursal de los acreedores aparece en primer término, como sujeto pasivo de la tutela jurisdiccional que se reclama, el deudor insolvente. La acción concursal se dirige contra el deudor insolvente, pues es el sujeto primeramente afectado por la declaración del concurso, habida cuenta de los efectos que la Ley vincula a dicha declaración.

La Ley Concursal parece considerar que el deudor es el único sujeto pasivo del concurso, ya sea persona física o jurídica. La Ley se refiere al deudor como sujeto pasivo del concurso de acreedores sin limitar esta condición a los deudores societarios, sino contemplando también la posibilidad de situar en el lado pasivo de la acción concursal de los acreedores a deudores personas físicas. Tampoco limita la Ley la condición de posible sujeto pasivo del concurso a los empresarios, sino que extiende dicha posibilidad a cualquier sujeto jurídico, independientemente de si desarrolla actividad profesional o empresarial por cuenta propia, por cuenta ajena, o no desarrolla actividad ninguna. También se contempla en la Ley concursal que la herencia pueda ser sujeto pasivo del concurso, lo que será analizado también más adelante, así como la exclusión de las administraciones públicas en la configuración legal de la legitimación pasiva concursal.

Ahora bien, si se atiende a qué sujetos se ven directamente afectados por la declaración de concurso realizada a instancia de un concreto acreedor, se repara de inmediato en que dicho pronunciamiento jurisdiccional no afecta únicamente al deudor sino también al resto de los acreedores no solicitantes del concurso. De ahí que sea necesario también contemplar a estos acreedores entre los sujetos pasivos de la acción concursal. Por último, el primer capítulo examina la intervención del Ministerio Fiscal, y la imposibilidad de declarar el concurso de oficio.

El segundo de los capítulos de esta tesis está dedicado al *petitum* de las acciones concursales. Quien acude a los tribunales ejercitando la acción concursal solicita la declaración judicial del concurso. Ahora bien, dado que la Ley Concursal anuda una serie de efectos a la resolución judicial que declara el concurso cabe considerar que quien pide dicha declaración lo que pretende en realidad es que se produzcan esos efectos, que constituirían, desde esta perspectiva, los contenidos de la tutela jurisdiccional concursal. Al pedir la declaración del concurso, se estarían solicitando de manera implícita todos los contenidos que la Ley contempla como efectos de la declaración de concurso. En esta tesis, por tanto, lo que según el planteamiento tradicional se presenta como efectos de la declaración de concurso se trata como el contenido del *petitum* de las acciones concursales, partiendo de la base de que quien solicita aquella declaración lo que realmente pretende es que tengan lugar los efectos que la Ley vincula a la misma.

El contenido de la tutela concursal se puede sistematizar en tres grandes bloques: la suspensión del régimen general de cumplimiento de las obligaciones; la sujeción del patrimonio del deudor a un régimen especial de gestión y administración; y por último, el inicio de procedimientos especiales dirigidos a satisfacer de manera ordenada a los acreedores del deudor común, procurando al mismo tiempo, cuando el deudor así lo desee y en la medida en que sea posible, sanear la situación económica del concursado de modo que pueda mantener su actividad profesional o empresarial.

Quien pide la declaración del concurso pretende, por tanto, que se produzca un cambio en el estatus del deudor que afecta a todas sus relaciones jurídico-patrimoniales y cuya principal manifestación consiste en que el régimen general de cumplimiento de obligaciones a sus vencimientos y de ejecuciones singulares en caso de incumplimiento queda suspendido. Se pretende, por tanto, privar a los acreedores de las vías ordinarias para lograr la satisfacción de sus créditos y abocarlos a los cauces de satisfacción previstos en la Ley concursal; se pretende también que el patrimonio del

concurado quede sujeto a un control especial, más o menos intenso, dirigido por la administración concursal; y se pretende, por último, que se pongan en marcha las operaciones previstas en la Ley para satisfacer de forma ordenada y equitativa los créditos, intentando al mismo tiempo, solventar la crisis del deudor.

Si bien las razones por las que se concede la tutela jurisdiccional concursal al deudor no son las mismas que las que justifican la concesión de dicha tutela a los acreedores, en ambos casos la tutela se concreta en la declaración judicial del concurso, y la consiguiente producción de los efectos que la Ley anuda a la misma respecto del régimen jurídico del deudor. Por consiguiente, entendemos que en relación al *petitum*, dejando a salvo ligeras variaciones entre los efectos que la Ley vincula a la declaración del concurso necesario y los que legalmente produce la declaración del concurso instado por el propio deudor, no hay diferencias sustanciales entre la acción concursal de los acreedores y la acción concursal del deudor, por lo que en el estudio de este elemento de la acción no consideramos necesario distinguir entre una y otra.

En el estudio del *petitum* de la acción concursal se llevará a cabo, en primer lugar, la identificación y descripción de los distintos contenidos de la tutela jurisdiccional concursal; a continuación, se analizará la razón de ser de cada uno de los contenidos de la acción, en relación con las necesidades de tutela jurisdiccional a que dan respuesta; y por último, se examinará la naturaleza jurídica los distintos contenidos analizados.

El tercer y último capítulo se dedica al estudio de la causa de pedir de la acción concursal, tomando como punto de partida lo que tradicionalmente se viene designando como presupuesto objetivo del concurso, esto es, la insolvencia del deudor común. La Ley Concursal vincula la declaración de concurso a la situación de impotencia del deudor para satisfacer regularmente sus obligaciones. Desde la perspectiva que se adopta en este trabajo, entendemos que la insolvencia del deudor forma parte del tercero de los elementos identificativos de la acción concursal: la causa de pedir.

Aunque la exposición de motivos de la Ley Concursal afirma que la unidad del procedimiento concursal impone la de su presupuesto objetivo, identificado con la insolvencia, lo cierto es que en el articulado de la Ley se hace referencia a dos tipos de insolvencia, la insolvencia actual y la insolvencia inminente, exigiendo la concurrencia de la primera para la declaración de concurso a instancia de los acreedores y permitiendo al deudor obtener dicha declaración desde que se encuentre en insolvencia inminente. Ambas situaciones implican impotencia del deudor para hacer frente a sus obligaciones, hallándose la diferencia en un elemento temporal: la insolvencia actual se sitúa en el momento en que el deudor no puede cumplir sus obligaciones exigibles; mientras que la insolvencia inminente hace referencia a un momento anterior, cuando el deudor prevé que no podrá satisfacer sus obligaciones regular y puntualmente en un futuro cercano.

Dada la vinculación legal de la insolvencia actual al concurso necesario y de la insolvencia inminente al concurso voluntario se puede contemplar la insolvencia actual como causa de pedir de la acción concursal de los acreedores y la insolvencia inminente como causa de pedir de la acción concursal del deudor. Desde esta perspectiva se percibe que la Ley ofrece la tutela concursal al deudor en momento anterior que a los acreedores. Desde que el deudor común se encuentra en la situación de insolvencia inminente hasta que llega a la situación de insolvencia actual el único sujeto que puede solicitar y obtener la tutela jurisdiccional concursal es el deudor; solo a partir del momento en que se llega al estado de insolvencia actual la acción concursal puede ser ejercitada tanto por el deudor como por los acreedores. La razón de ser de esta diferencia hay que buscarla, sin duda, en razones de política legislativa que mueven al legislador a poner más fácil al deudor insolvente que a sus acreedores la obtención de la tutela jurisdiccional concursal. La discusión sobre estas razones se llevará a cabo más adelante, pero cabe apuntar ya que el adelantamiento de la tutela concursal que se pone a disposición del deudor encuentra sólido fundamento en que, para el deudor, el concurso es una

herramienta encaminada a crear un marco que favorezca la consecución de un convenio, objetivo que resulta más difícil de alcanzar a medida que la situación patrimonial del deudor se va deteriorando.

Para el análisis de las respectivas causas de pedir de la acción concursal de los acreedores y de la acción concursal del deudor se han tomado como punto de partida la consideración de la crisis patrimonial del deudor como un proceso de deterioro progresivo que se prolonga en el tiempo. Esta perspectiva permite identificar, en abstracto y atendiendo a lo que se pretende con la tutela concursal en cada caso, unos márgenes determinados, en cuanto al grado de deterioro patrimonial del deudor común, dentro de los cuales la tutela jurisdiccional concursal es útil y está justificada para los acreedores y unos márgenes, que no tienen por qué coincidir con los anteriores, dentro de los cuales la tutela concursal es útil y está justificada para el deudor. Una vez identificados los márgenes, la determinación del momento preciso en que, dentro de ellos, se concede la tutela jurisdiccional concursal a unos y otros legitimados es una cuestión de política legislativa que debe ser resuelta por el legislador. Desde esta perspectiva, la Ley concursal, con la referencia a la insolvencia actual y a la insolvencia inminente, plasma una determinada opción que es objeto de análisis en esta investigación.

CAPÍTULO I

LOS SUJETOS DE LA PRETENSIÓN DE TUTELA JURISDICCIONAL CONCURSAL

La Ley Concursal determina qué sujetos pueden solicitar la declaración de concurso y qué sujetos pueden ser declarados en concurso cuando se encuentren en situación de insolvencia. Ahora bien, estas previsiones legales no parecen responder a la consideración de que ciertos sujetos, en determinadas circunstancias, merecen una tutela jurisdiccional consistente precisamente en el conjunto de efectos que se anudan a la declaración de concurso, ni tampoco parece que se haya tenido en cuenta que todos los sujetos distintos del solicitante a quienes afecte directamente la declaración de concurso deberían ser considerados (y tratados como) sujetos pasivos de la pretensión de que se produzca dicha declaración.

En cuanto a la legitimación activa la Ley Concursal parece concebirla más como una vía para hacer aflorar las situaciones de insolvencia que como el reconocimiento a ciertos sujetos del derecho a obtener una tutela jurisdiccional. Y respecto a la legitimación pasiva, la Ley solamente parece considerar que afecta a los sujetos cuya insolvencia es la causa de la declaración del concurso, ignorando que los efectos de dicha declaración afectan de manera directa no solamente al deudor insolvente sino también a todos los acreedores, por lo que también los acreedores que no hayan solicitado la declaración de concurso han de ser considerados, desde el punto de vista procesal, sujetos pasivos de la pretensión de declaración de concurso.

En este capítulo se va a tratar de identificar a los sujetos de la acción concursal, partiendo de la regulación contenida en la Ley Concursal pero buscando, más allá de ella, las situaciones que puedan identificarse como legitimación activa basada en el reconocimiento del derecho a obtener una tutela jurisdiccional, así como las situaciones que justifican el reconocimiento a ciertos sujetos de la condición de sujetos pasivos de las pretensiones de tutela concursal, aunque no sean precisamente el deudor insolvente.

1. Sujetos activos de la tutela jurisdiccional concursal

1.1. La legitimación activa para solicitar la declaración de concurso en la Ley Concursal

La Ley concursal concede legitimación activa para solicitar la declaración de concurso al deudor y a cualquiera de sus acreedores¹. Pero legitima además a otros sujetos: 1) el mediador concursal; 2) a los socios, miembros o integrantes que sean personalmente responsables, conforme a la legislación vigente, de las deudas de una persona jurídica, para solicitar el concurso de ésta; 3) a los acreedores del deudor fallecido, a los herederos de éste y al administrador de la herencia, para solicitar la declaración de concurso de la herencia no aceptada pura y simplemente (art. 3 LC).

El único elemento común que cabe identificar en la legitimación activa de todos estos sujetos es el reconocimiento de que la solicitud de declaración de concurso formulada por cualquiera de ellos debe ser atendida por el juez, siempre que concurra el presupuesto objetivo del concurso. Negativamente, la limitación de la legitimación activa a los sujetos indicados supone que la solicitud de declaración de concurso formulada por cualquier otro sujeto debería ser rechazada, con independencia de que el deudor a que se refiera la solicitud se encuentre o no en situación de insolvencia.

La determinación de los sujetos activamente legitimados se complementa con la exclusión de la declaración del concurso de oficio y con la exclusión, asimismo, de la legitimación activa del Ministerio Fiscal. La Ley ha querido, por tanto, que el concurso se declare siempre a instancia de un sujeto distinto del juez², sin atribuir tampoco legitimación activa al Fiscal, lo

¹ MARCOS GONZÁLEZ, M., "Comentario al art. 3" en CORDÓN MORENO, F. (Coord.) *Comentarios a la LC*, Navarra, 2004, p. 94.

² Lo que no significa otra cosa que la Ley ha querido someter la declaración judicial del concurso al denominado "principio de demanda"; cfr. DAMIÁN MORENO, J., en CORTÉS DOMÍNGUEZ, DAMIÁN MORENO, GONZÁLEZ GRANDA, SÁNCHEZ DE

que significa que se excluye que la declaración de concurso de los deudores insolventes sea una cuestión que afecte a los intereses públicos o sociales cuya defensa está encomendada al Ministerio Fiscal por el artículo 124 de la Constitución³.

La regulación legal de la legitimación activa para solicitar la declaración de concurso no va más allá, por tanto, de establecer un círculo heterogéneo de sujetos a los que, por razones de distinta índole se les permite u obliga, según los casos, pedir al juez que declare el concurso de un deudor insolvente. Es preciso, por tanto, examinar por separado los distintos supuestos de legitimación activa previstos en la Ley a fin de identificar los que pueden ponerse en relación con el reconocimiento en favor del sujeto legitimado de un verdadero derecho a obtener la tutela jurisdiccional concursal.

1.2. La legitimación activa del deudor

La Ley reconoce al deudor insolvente legitimación activa para solicitar su propia declaración de concurso. Así lo dispone el artículo 3.1 de la Ley Concursal, con carácter general. Esta legitimación, no obstante, se configura de manera diferente en función de cuál sea la situación patrimonial del deudor. Cuando la situación patrimonial es de insolvencia inminente, sin llegar a la insolvencia actual, la legitimación activa del deudor se configura como una facultad de solicitar la declaración de concurso, que se puede o no ejercitar a voluntad de su titular. Ahora bien, cuando la situación patrimonial es de insolvencia actual, la Ley impone al deudor el deber de solicitar la declaración de concurso, si bien podrá intentar previamente salir

MOVELLÁN, ARIZA COLMENAREJO, REVILLA GONZÁLEZ *Derecho Procesal Concursal*, Madrid 2008, p. 145.

³ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. "La naturaleza jurídica de la declaración judicial de concurso" *ibid.* p. 37.

de la situación de insolvencia mediante un acuerdo de refinanciación o acuerdo extrajudicial de pago.

El reconocimiento en favor del deudor insolvente de un derecho a obtener la tutela jurisdiccional concursal ha de ponerse en relación con la facultad que se concede al deudor se solicitar su propio concurso desde que se encuentra en el estado que la Ley presenta como de insolvencia inminente. El deber de solicitar la declaración de concurso en caso de insolvencia actual, tal como está regulado, no parece responder a ningún derecho subjetivo correlativo, ni del deudor, ni de los acreedores. Tampoco parece posible poner dicho deber en relación con la consecución de finalidades de interés público ya que la Ley Concursal expresamente descarta que el concurso sirva a estas finalidades, lo que se pone de manifiesto también por la exclusión de la legitimación activa del Ministerio Fiscal.

Para precisar el sentido y alcance de la legitimación activa que se reconoce al deudor para pedir su propio concurso se analizará a continuación el deber regulado en el artículo 5 de la Ley Concursal y se examinarán luego algunas cuestiones concretas que plantea el ejercicio de la acción de tutela concursal por el deudor insolvente.

1.2.1. El deber del deudor insolvente de solicitar su propia declaración de concurso

El artículo 5 de la Ley Concursal obliga al deudor a solicitar su concurso dentro de los dos meses siguientes al momento en el que tuvo o debió haber tenido conocimiento de su estado de insolvencia. A fin de objetivar el momento en que ha de entenderse existente este deber, la Ley establece en el apartado 2 del artículo citado una presunción *iuris tantum* respecto al conocimiento por el deudor de su estado de insolvencia. Tal como señala el precepto, se presume salvo prueba en contrario que el deudor conocía su estado de insolvencia al acaecer alguno de los hechos externos en que debe basarse la solicitud de concurso necesario,

enumerados en el apartado 4 del artículo 2. Esos hechos reveladores de la insolvencia, que sirven de fundamento tanto a la solicitud de concurso necesario como a la presunción de conocimiento por el deudor de su estado de insolvencia, son los siguientes: embargo infructuoso, sobreseimiento general en los pagos, embargos que afectan a la generalidad del patrimonio del deudor, alzamiento o liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor e incumplimiento de obligaciones sectoriales.

De la configuración legal del deber del artículo 5 se deduce que la exigencia de cumplimiento por parte del deudor del deber de solicitar su propio concurso surge en el momento en el que la insolvencia es *actual*, esto es, cuando el deudor no puede cumplir ya regularmente sus obligaciones exigibles (art. 2.2 LC). Efectivamente, el deber del deudor de solicitar el concurso surge, y se presume *iuris tantum* su nacimiento, desde el momento en el que tiene lugar alguno de los hechos previstos en el apartado 4 del artículo 2. El deber del artículo 5 no existe en los supuestos de insolvencia inminente, en los que el deudor presume que en un futuro no podrá satisfacer regular y puntualmente sus obligaciones, sino que la Ley exige al deudor el cumplimiento del deber cuando se encuentre ya inmerso en la situación de insolvencia entendida como impotencia para el regular cumplimiento de las obligaciones exigibles.

La vinculación del deber a la concurrencia de alguno de los hechos previstos en el artículo 2.4 de la LC demuestra inequívocamente que el nacimiento del deber se vincula legalmente a situaciones de insolvencia actual, lo que supone que mientras la situación del deudor se mantenga en los parámetros de la denominada insolvencia inminente, el deudor podrá, si le interesa, solicitar su propio concurso, pero no estará obligado a ello.

La coincidencia de los hechos determinantes del nacimiento del deber del deudor insolvente con los que sirven de fundamento al reconocimiento en favor de los acreedores del derecho a pedir y obtener la declaración de concurso podría tal vez entenderse en el sentido de que el deber del deudor se establece precisamente para asegurar la efectividad del derecho a la

tutela concursal que se reconoce a los acreedores. En esta línea parece apuntar la propia exposición de motivos de la Ley, que vincula el establecimiento del deber a la dificultad para los acreedores de detectar que el deudor está en situación de insolvencia. Ahora bien, para solventar esta dificultad no habría sido necesario imponer al deudor el deber de pedir la declaración de concurso, sino que hubiera bastado con establecer un deber de poner de manifiesto el estado de insolvencia, dejando la decisión de solicitar o no la declaración de concurso a los acreedores que pudieran estar interesados en ella.

La Ley Concursal anuda consecuencias negativas al incumplimiento de este deber. Ahora bien, no se trata de sanciones en sentido técnico jurídico, que provengan del incumplimiento de una obligación legal. Son consecuencias negativas y perjudiciales que se producen si el concursado no solicita su propio concurso. Por consiguiente, se podría entender que el art. 5 LC no impone un deber sino una carga procesal; la posibilidad de realizar una actuación, que conlleva una consecuencia favorable dentro del proceso, cumpliendo un deber, para evitar las consecuencias desfavorables que implica la inactividad⁴. En la redacción inicial de la Ley Concursal, los efectos atribuidos al incumplimiento del deber del artículo 5 eran principalmente dos. En primer lugar, se prohibía al deudor presentar propuesta anticipada de convenio. El derogado ordinal 6º del artículo 105.1 prohibía al deudor presentar propuesta anticipada de convenio en una serie de casos, entre los que figuraba haber incumplido el deber de solicitar la declaración de concurso o haber infringido durante la tramitación del concurso alguno de los deberes u obligaciones impuestos por la Ley. En segundo lugar, el concurso del deudor incumplidor del deber del artículo 5 podía ser calificado como culpable, ya que el artículo 165.1 de la Ley

⁴ En este sentido CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. “La naturaleza jurídica de la declaración judicial de concurso” cit. p. 31-32; GARRIDO CARRILLO, F.J. “Los efectos procesales de la declaración de concurso” en *Revista General de Derecho Procesal*. Nº 33, 2014 p. 11.

establecía una presunción *iuris tantum* de existencia de dolo o culpa grave en el comportamiento inactivo del deudor, el cual, salvo prueba en contra, habría agravado o generado su estado de insolvencia con dolo o culpa grave al no solicitar su propio concurso dentro del plazo legalmente establecido.

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, modificó el régimen de las consecuencias del incumplimiento por parte del deudor del deber de solicitar la declaración de concurso. Se redujo la lista de casos en los que la Ley prohíbe al deudor presentar propuesta anticipada de convenio, eliminando de los supuestos el incumplimiento del deber del artículo 5. Por consiguiente, tras la reforma de marzo de 2009, en principio, el deudor que haya incumplido el deber del artículo 5 podría presentar propuesta anticipada de convenio. Asimismo, esta reforma operada por el RDL 3/2009 introdujo un nuevo apartado en el artículo 5, que dispensaba de la obligación de solicitar el concurso a los deudores que hubiesen comenzado negociaciones tendentes a conseguir las adhesiones necesarias para la presentación de propuesta anticipada de convenio. Este nuevo apartado 3 del artículo 5 –que posteriormente fue derogado⁵-- exigía al deudor poner en conocimiento del Juzgado competente la existencia de negociaciones con los acreedores tendentes a lograr las adhesiones necesarias para presentar una propuesta anticipada de convenio. Transcurridos tres meses desde dicha comunicación al Juzgado, continuaba el precepto derogado, el deudor debía “solicitar la declaración de concurso dentro del mes siguiente”, independientemente de si las negociaciones fueron fructíferas o no. Lo que pretendía esta reforma era flexibilizar el deber del artículo 5 para los deudores que mostrasen activamente voluntad negociadora a fin de intentar superar por medio del

⁵ Derogado por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal («B.O.E.» 11 octubre). Vigencia: 1 enero 2012.

proceso concursal la crisis patrimonial que les había colocado en estado de insolvencia.

El RDL 3/2009 no modificó el artículo 165.1.1º, manteniéndose con la misma configuración legal el segundo de los efectos del incumplimiento del deber impuesto por el artículo 5 al deudor en estado de insolvencia actual. El concurso del deudor incumplidor puede ser declarado culpable, ya que se presume *iuris tantum* el dolo o culpa grave en el agravamiento o generación de la situación de insolvencia.

En 2009 hubo una nueva reforma de la Ley Concursal, operada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de Reforma de la Legislación Procesal para la Implantación de la Nueva Oficina Judicial, en vigor desde el 4 de mayo de 2010. Pese a afectar a gran cantidad de artículos, no supuso una reforma sustancial. La mayoría de modificaciones fueron cambios terminológicos para adaptar la Ley Concursal a las previsiones sobre reforma de la Oficina Judicial. En lo que respecta al deber del deudor de solicitar el concurso, no modifica lo establecido por la anterior reforma de marzo del mismo año.

Posteriormente, la Ley 38/2011 de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, suprimió el apartado 3 del artículo 5, si bien el contenido de este apartado quedó incorporado a un nuevo artículo 5 bis introducido por dicha reforma. Este nuevo precepto permitía dejar en suspenso el plazo legal para cumplir con el deber del artículo 5 cuando el deudor estuviera negociando con los acreedores adhesiones a una propuesta anticipada de convenio o acuerdos de refinanciación. En esta reforma se introducen por primera vez en el panorama concursal los institutos preconcursales⁶. El legislador de 2011 introduce los acuerdos de

⁶ Se da respuesta así a una carencia de nuestro sistema concursal que había sido denunciada por voces muy autorizadas; cfr. ROJO, A. *La reforma de la legislación concursal*, Madrid, 2003, p. 110; PULGAR EZQUERRA, J. *Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación*, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 14, 2011, p. 25-40; *id.*

refinanciación como una solución extrajudicial previa al concurso cuya finalidad es evitar la declaración del mismo⁷.

Un nuevo instituto preconcursal fue introducido por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Se trata de los denominados acuerdos extrajudiciales de pagos, que también suspenden el plazo de dos meses para el cumplimiento del deber del deudor de solicitar su propio concurso.

Las sucesivas reformas del artículo 5 introducen paulatinamente una flexibilización del deber del deudor de solicitar su propio concurso. Tal como fue concebido inicialmente, se forzaba al deudor a solicitar el concurso en un breve plazo a fin de evitar las consecuencias que conllevaba el incumplimiento del deber del artículo 5. Este deber se convertía así en un obstáculo que impedía o cuando menos dificultaba llegar a soluciones negociadas dentro o fuera del concurso. Con las sucesivas reformas se ha ido atemperando, aunque sin llegar a eliminarlo, el deber del deudor de solicitar su propio concurso, quedando como un deber de carácter residual que solamente se activa cuando no se ponen en marcha procedimientos concursales o cuando los que se hayan promovido no consiguen poner fin a la situación de insolvencia⁸.

“Reestructuración empresarial y potenciación de los acuerdos homologados de refinanciación”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 22, segundo semestre de 2014.

⁷ En este sentido ESTEBAN RAMOS, L. M^a “Los acuerdos de refinanciación como alternativa al concurso” en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* nº 22, 2014, p. 423-442.

⁸ Sobre la limitación de exigibilidad del deber del deudor, poniendo el acento en la importancia de la comunicación al juzgado mercantil del inicio de las negociaciones, GARCÍA-CRUCES, J.A. “Inexigibilidad del deber del deudor de instar su concurso, y acuerdos de refinanciación” en GÓMEZ SEGADÉ, J.A. y GARCÍA VIDAL, A. (eds.) *El*

Ahora bien, aun debilitado en los términos expuestos, la existencia de un deber impuesto al deudor de solicitar su declaración de concurso no encaja bien en un sistema concursal que no pretende la represión de la insolvencia⁹, sino dar respuesta a los problemas que la insolvencia plantea a distintos sujetos. La concepción del proceso concursal como castigo al empresario incompetente pretende ser desterrada del concurso de acreedores de la Ley 22/2013. Sin embargo, el deber del deudor de solicitar el concurso nos retrotrae a esa concepción punitiva. El deber de solicitar el concurso empuja al deudor a solicitar un concurso, incluso aunque él no lo quiera, y sin comprobar que interese tampoco a ninguno de los acreedores. Se abre así la posibilidad de que se abran concursos que, en realidad, no interesen a ninguno de los sujetos implicados, lo que sólo tendría algún sentido, quizá, si se contemplara el concurso como sanción al deudor que por su deficiente gestión ha caído en la situación de insolvencia. Pero no es éste, como se ha indicado, el planteamiento en que se basa nuestro sistema concursal, en el que el concurso se contempla, como herramienta al servicio de los intereses de los sujetos afectados por la insolvencia, y que, como tal, solamente debería ponerse en marcha cuando alguno de los sujetos interesados lo quisiera y no en virtud de una imposición legal ajena a la voluntad de los sujetos a quienes la Ley ofrece la herramienta.

En nuestra opinión, pues, el deber del artículo 5 no tiene sentido y debería ser eliminado¹⁰. La Ley justifica la imposición del deber al deudor en

derecho mercantil en el umbral del s. XXI. Libro homenaje al prof. Dr. Carlos Fernández-Nova en su octogésimo cumpleaños, Madrid, 2010, p. 273 y ss.

⁹ El expositivo III de la exposición de motivos de la Ley Concursal menciona la supresión del carácter represivo de la insolvencia, anunciando la atenuación de los efectos del concurso para el deudor.

¹⁰ En sentido contrario encontramos algunas opiniones que consideran muy acertado y sólidamente estructurado la imposición del deber del art. 5. JIMÉNEZ DE PARGA CABRERA, R. "Apuntes sobre el concepto de insolvencia en la Ley Concursal" en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje al profesor Manuel Olivencia*, cit. p. 1080-1081.

la conveniencia de adelantar la declaración del concurso con el fin de que ésta no llegue demasiado tarde, impidiendo una respuesta adecuada a la situación de insolvencia¹¹. Ahora bien, si de lo que se trata es de proteger a los acreedores frente a las consecuencias de una declaración de concurso demasiado tardía, entendemos que imponer al deudor el deber de solicitar el concurso no es la solución más adecuada. La protección del interés de los acreedores sólo tiene sentido si se solicita por, al menos, alguno de ellos. Y aquí conviene adelantar, aunque más adelante se volverá más detenidamente sobre ello, que por el simple hecho de que el deudor común se encuentre en estado de insolvencia no cabe presumir que los acreedores tengan interés en la tutela concursal. Es razonable, por tanto, desde la perspectiva de la tutela de los acreedores mediante el concurso, que éste solamente se ponga en marcha cuando conste efectivamente que hay al menos algún acreedor que efectivamente quiere obtenerla.

El momento en que los acreedores pueden reclamar la tutela concursal coincide con el momento a partir del cual el deudor debe solicitar su propio concurso, esto es, cuando el deudor se encuentra en la situación de insolvencia actual. La legitimación activa de los acreedores no queda de ningún modo condicionada o supeditada al cumplimiento del deber por parte del deudor, en consecuencia, el interés de los acreedores no quedaría desprotegido si no existiera el deber del artículo 5, ya que pueden ejercer su derecho de acción desde el momento en el que la insolvencia del deudor se presume *iuris tantum* en base al acaecimiento de los hechos tasados en el apartado 4 del artículo 2. Si el problema es que los acreedores, de hecho, pueden tener dificultad para conocer que efectivamente se ha producido alguno de los hechos reveladores del artículo 4.2, y lo que se pretende es que el deudor insolvente, quien se supone que sí tiene en todo momento

¹¹ La exposición de motivos invoca a este respecto “la conveniencia de adelantar en el tiempo la declaración de concurso, a fin de evitar que el deterioro del estado patrimonial impida o dificulte las soluciones más adecuadas para satisfacer a los acreedores” (expositivo II).

información completa y puntual sobre su situación patrimonial, sea quien, llegado el caso, ponga la información relevante a disposición de sus acreedores, bastaría con imponer al deudor el deber de comunicar al juzgado su estado de insolvencia, comunicación que podría ir seguida de la correspondiente publicación para asegurar que todos los acreedores pudieran conocerla. De esta forma, la declaración de concurso solamente se produciría si, conocida la insolvencia del deudor, algún acreedor interesado la solicitase.

Todo lo anterior, claro está, partiendo de la base de que el deudor insolvente no tuviera un interés propio en que se declare el concurso; si lo tuviera, la supresión del deber del artículo 5 tampoco impediría la tutela concursal del deudor, que éste siempre podría solicitar, no ya en cumplimiento de un deber, sino en el ejercicio de un derecho que la Ley le concede.

1.2.2. El deudor persona física: capacidad y estado civil

Con independencia del deber del deudor de solicitar su declaración de concurso, en los términos previstos en el artículo 5 de la Ley Concursal, es indiscutible que la Ley también contempla la legitimación del deudor como una facultad que se le concede para pedir la declaración de concurso en su propio interés, como una forma de tutela jurisdiccional de ciertos intereses del deudor insolvente que el ordenamiento jurídico considera merecedores de protección. Desde esta perspectiva cabe afirmar que el ordenamiento jurídico concede a los deudores insolventes una acción que pueden ejercitar para obtener la tutela jurisdiccional concursal. Tratándose de deudores personas físicas, el ejercicio de la acción de tutela concursal suscita algunas cuestiones cuando se trata de menores o personas con la capacidad modificada judicialmente, y también cuando el deudor es una persona casada.

La Ley Concursal no establece ninguna especialidad relacionada con la edad del deudor solicitante, y tampoco hace referencia a su capacidad¹². Por tanto, un menor o una persona con la capacidad modificada judicialmente pueden solicitar su propio concurso. Evidentemente, en estos dos casos la solicitud de declaración de concurso deberá efectuarse por medio de la persona que ostente la representación legal, conforme a las reglas generales en la materia.

En relación a la solicitud de concurso voluntario por un deudor casado, el régimen económico del matrimonio del concursado no afecta a la legitimación activa para solicitar el concurso. La única especialidad es que en la memoria que acompaña a la solicitud se deberá indicar la identidad del cónyuge y expresar régimen económico del matrimonio (art. 6.2.2º II LC). Tras la declaración de concurso, el régimen económico se ha de tener en cuenta al confeccionar el inventario y la lista de acreedores, y, en su caso, en la liquidación.

1.2.3. El deudor persona física no empresario

Si bien en la mayoría de concursos el deudor es una persona jurídica, y más concretamente una sociedad mercantil, en los últimos años, como consecuencia de la crisis económica, el número de concursos solicitados por personas físicas que no tienen la condición de empresario individual ha aumentado de forma considerable. El supuesto de un deudor persona física, que no posee la condición de empresario, cuyo patrimonio es insuficiente para cubrir sus deudas exigibles responde al fenómeno que la doctrina denomina *sobreendeudamiento del consumidor*. Ahora bien, como señala FERNÁNDEZ CARRON¹³, no existe en Derecho positivo una expresión que

¹² PULGAR EZQUERRA, J., *La declaración del concurso de acreedores*, Madrid, 2005, p. 193 y ss.

¹³ FERNÁNDEZ CARRON, C. *El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas*, Navarra, 2008 p. 17.

proporcione un concepto jurídico de lo que ha de entenderse por sobreendeudamiento del consumidor, lo que dificulta el tratamiento jurídico adecuado de este fenómeno.

A efectos prácticos, el sobreendeudamiento se debe entender como el endeudamiento excesivo de un particular, que se encuentra precisamente en la situación descrita en el apartado 2 del artículo 2 de la Ley Concursal: imposibilidad de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. No se debe confundir el sobreendeudamiento del consumidor con el endeudamiento común; esta última situación conlleva asunción de deudas por parte de la persona física, sin embargo no implica insolvencia en el sentido del artículo 2.2 citado. No existe regulación específica aplicable a la insolvencia del consumidor, lo que no significa que el ordenamiento jurídico no dispense protección legal a esta categoría de deudores¹⁴. Lo que sucede es que la vía de tratamiento de este problema es la prevista con carácter general para todos los deudores insolventes, es decir, el proceso concursal.

La Ley Concursal introduce la unidad subjetiva, de modo que queda sometido al concurso de acreedores el deudor persona física o jurídica, independientemente de su condición empresarial. La Ley acaba también con la diversidad de cauces para el tratamiento de las crisis patrimoniales en función de la naturaleza civil o mercantil de la actividad del deudor. Pese a que, ciertamente, la trascendencia de la unificación subjetiva es limitada, ya que en la práctica en la mayoría de concursos declarados el deudor es una persona jurídica que despliega una actividad empresarial¹⁵, la opción legal por extender el concurso a toda clase de deudores insolventes, incluso a las personas físicas que no son empresarios, tiene particular importancia

¹⁴ FERNÁNDEZ CARRON, C., *El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas* cit. p. 21-24.

¹⁵ PULGAR EZQUERRA, J., *La Declaración del Concurso de Acreedores*, cit. p.187 y ss.

precisamente en relación con el fenómeno del sobreendeudamiento del consumidor.

Esta opción legal implica que el consumidor, como cualquier otro deudor, puede solicitar su propio concurso cuando se encuentre en estado de insolvencia, ya sea actual o inminente.

En relación al elemento subjetivo, se debe delimitar qué concretos sujetos pueden entenderse comprendidos en el concepto de deudor consumidor. A este respecto, cabe considerar que la categoría consumidor hace referencia a la persona física que adquiere bienes o servicios con fines particulares, al margen de cualquier actividad comercial o profesional.

Cabe concluir, por tanto, que en nuestro ordenamiento la tutela jurisdiccional concursal se pone a disposición del deudor persona física no empresario en la misma medida y con sujeción a los mismos presupuestos que para cualquier otro deudor, pudiendo ser, por tanto, sujeto activo de la acción cuyo contenido es dicha tutela. No existen diferencias relevantes en cuanto a los presupuestos de la acción ni en cuanto a las condiciones de su ejercicio en función de que el deudor sea empresario o consumidor, persona física o jurídica.

Hay que advertir, sin embargo, que a partir de la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, el concursado persona física puede obtener, cuando el concurso termina por liquidación o por insuficiencia de la masa activa, el denominado beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho. Se trata de una previsión legal introducida principalmente en contemplación del problema del sobreendeudamiento de los consumidores, si bien no se descarta a priori que pueda aplicarse a empresarios individuales. Este beneficio, en cualquier caso, afecta al contenido de la tutela jurisdiccional concursal pero no supone ampliar el círculo de sujetos a cuya disposición se pone dicha tutela.

1.2.4. El deudor persona jurídica

La legitimación activa del deudor persona jurídica suscita como primera cuestión la determinación del concreto órgano social al que corresponde solicitar la declaración de concurso voluntario. El segundo párrafo del artículo 3.1 de la Ley confiere expresamente esa competencia al órgano de administración o de liquidación¹⁶. Estas previsiones, sin embargo, no resuelven todas las cuestiones que suscita el ejercicio de la facultad (o el cumplimiento del deber) de solicitar la declaración de concurso por las personas jurídicas. Es discutido, por un lado, si la junta general debe aprobar con carácter previo la presentación de la solicitud de declaración de concurso por los administradores o liquidadores de la sociedad. También se cuestiona si el Juez del concurso debe tener en cuenta el acuerdo a favor o en contra de la junta general al pronunciarse sobre la estimación o desestimación de la solicitud de concurso voluntario. RONCERO SÁNCHEZ¹⁷ entiende el asunto como una cuestión de competencia de los órganos de la persona jurídica, atribuyendo tratamiento distinto según si la sociedad se encuentra en activo o si ésta ha entrado en fase de liquidación.

En relación a las sociedades en activo, el artículo 363.1.e) de la Ley de Sociedades de Capital¹⁸ contempla como causa de disolución de este

¹⁶ Este párrafo fue suprimido por la reforma de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre y ha vuelto a ser introducido por la Disposición final quinta de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

¹⁷ RONCERO SÁNCHEZ, A. “Comentarios al art. 3” en PULGAR EZQUERRA, ALONSO UREBA, ALONSO LEDESMA, ALCOVER GARAU (coords.), *Comentarios a la legislación concursal*, Madrid, 2004, p. 175 y ss.

¹⁸ Esta previsión venía regulada por el art. 260 de la derogada Ley de Sociedades Anónimas aprobada por el Real Decreto Ley 1564/1989 de 22 de diciembre, y también por el art. 44 de la Ley 2/1995 de Sociedades de responsabilidad Limitada. Ambas leyes junto la regulación incluida en el Código de Comercio respecto de las sociedades comanditarias por acciones han sido derogadas por la Ley de Sociedades de Capital, aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/2010 de 2 de julio.

tipo de sociedades la aparición de pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, si bien precisa que la disolución por esta causa solo opera “siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso”. La LSC, por tanto, considera causa de disolución las pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a menos que la persona jurídica se encuentre en estado de insolvencia, en cuyo caso la Ley prioriza la solicitud de concurso. El artículo 363.1.e) de la LSC parece dar preferencia a la solución concursal antes de considerar la disolución de la sociedad. La orientación conservativa de la Ley Concursal está presente también en estas previsiones de la legislación societaria. Ante una situación de pérdidas importantes que provocan un grave deterioro del patrimonio social la Ley favorece la solución concursal con preferencia a la disolución, siempre que concurra el presupuesto objetivo del concurso. El artículo 363.1.e) de la LSC diferencia entre disolución y concurso, sin que el segundo traiga como consecuencia ineludible la primera, a menos que en el proceso concursal se abra la fase de liquidación, en cuyo caso sí quedaría la sociedad de capital inevitablemente disuelta. En efecto, aunque el concurso puede terminar con la liquidación de la sociedad, esa no es la solución considerada normal por la Ley Concursal¹⁹ que, por el contrario, favorece el convenio como solución natural del concurso. En la misma línea, el artículo 363.1.e) de la LSC ofrece a las sociedades en crisis la herramienta concursal, favoreciendo soluciones convenidas entre el deudor y sus acreedores.

La solicitud de concurso no conduce necesariamente a la disolución de la sociedad, por lo que no se pueden equiparar una y otra decisión. El artículo 365.1 de la LSC establece el deber de los administradores sociales de convocar la junta general tanto cuando aparece cualquiera de las causas legales de disolución, como cuando la sociedad se encuentra en estado de

¹⁹ La Exposición de Motivos de la LC apunta como solución normal del concurso el convenio.

insolvencia, con el fin de aprobar en su seno el acuerdo de disolución de la sociedad o instar el concurso.

El deber de los administradores sociales de convocar la junta general cuando aparecen causas de disolución de la sociedad, es independiente del deber que se impone a los mismos de solicitar el concurso voluntario si la sociedad deviene insolvente. Nos encontramos ante dos deberes legales diferentes impuestos a los administradores sociales. De un lado, el deber del artículo 5 LC de solicitar la declaración de concurso ante la aparición de insolvencia actual; y de otro lado, el deber del artículo 365 LSC de convocar la junta general si la sociedad deviene insolvente. El órgano de administración debe obedecer ambos preceptos legales y dar cumplimiento a los dos deberes impuestos²⁰.

Distinto es el caso de las sociedades en liquidación en las que no se plantea la cuestión sobre la convocatoria o no de la junta general, ya que para iniciar la liquidación la junta ha tenido que celebrarse anteriormente y en su seno se debe haber aprobado el acuerdo de disolución. Tras este acuerdo, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 3.1 de la Ley Concursal, el órgano de liquidación es el competente para solicitar la declaración de concurso.

Teniendo en cuenta lo dispuesto tanto en la Ley Concursal como en la legislación societaria, el órgano social competente para solicitar la declaración de concurso es el órgano de administración o liquidación, sin

²⁰ En este sentido MORENO SERRANO, E. "Solicitud de concurso y refinanciación de la deuda en sociedades de capital: órgano legitimado", en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 18, 2013, p. 201-219, afirma que tanto en los supuestos de insolvencia inminente como de insolvencia actual, el órgano de administración es el legitimado para decidir sobre la solicitud de concurso voluntario de una sociedad de capital; si bien cuando acontezca el supuesto del art. 363.1e) LSC (pérdidas que dejen reducido el patrimonio por debajo de la mitad del capital social) y la sociedad se encuentre en situación de insolvencia inminente, se deberá convocar la junta para que acuerde disolver la sociedad, aumentar o reducir capital, o solicitar la declaración de concurso.

perjuicio de la convocatoria de la junta general²¹. Ahora bien, esta función que se atribuye a los administradores o liquidadores de la sociedad tiene distinta significación según se trate del cumplimiento del deber de solicitar el concurso en caso de insolvencia actual de la sociedad o, por el contrario, del ejercicio de la facultad de poner en marcha el concurso cuando la sociedad se encuentra en situación de insolvencia inminente.

Cuando la sociedad se encuentra en situación de insolvencia actual, sus administradores deben solicitar la declaración de concurso y también deben convocar la junta general, para que adopte un acuerdo respecto a la solicitud de concurso. En este caso, el posible acuerdo adoptado en junta general sobre la aprobación o no de la solicitud de concurso, no es vinculante para el tribunal, el cual tendrá que decidir respecto de la declaración del concurso solicitada por los administradores sociales sobre la base de la existencia o no de insolvencia, con independencia de si ha existido o no acuerdo de la junta general y, en su caso, del sentido de éste²².

²¹ En opinión de RONCERO SÁNCHEZ, A. “Comentarios al art. 3”, cit., p. 175 y ss., al ser la Junta General la que tiene encomendado por Ley adoptar la decisión de disolver la sociedad, parece aconsejable, sin perjuicio de la previsión del art. 3.1 LC, que una vez presentada la solicitud de concurso por los administradores sociales, éstos convoquen la junta general, con el fin de obtener un pronunciamiento de la misma respecto de la procedencia o no de la declaración de concurso de la sociedad. De este modo, en junta se pueden adoptar acuerdos tendentes a solucionar el problema de la insolvencia al margen del concurso.

²² En este sentido ROJO, A. “Comentario al art. 2 LC” en ROJO, A y BELTRÁN, E. *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid, 2004, p. 203-204; GONZÁLEZ CARRASCO, M^a C. “Comentario al art. 3 LC” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid, 2004, p. 53-54; PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, M^a C. “La responsabilidad de los administradores de sociedades por no haber instado el concurso ¿un supuesto asegurable?”, *Revista de Sociedades* n^o 26, 2006 p. 311-332. PEITEADO MARISCAL, P., *La declaración de concurso*, Navarra, 2005, p. 34, defiende la competencia exclusiva del órgano de administración para decidir sobre la declaración de concurso en caso de insolvencia actual de cualquier persona jurídica, sobre la base de tres argumentos. El primero, el tenor literal del art. 3.1 LC. El segundo, la inexistencia de una previsión que

En los casos de insolvencia actual, lo que se pretende es que por medio del deudor la situación de insolvencia llegue a conocimiento del juez, siendo irrelevante si el deudor solicitante quiere o no para sí la tutela jurisdiccional concursal. Por eso, en el caso de personas jurídicas, una vez que la noticia de la insolvencia llega al juez por medio de la solicitud de concurso presentada por los administradores o liquidadores, el juez únicamente deberá comprobar si se da realmente la situación de insolvencia actual, declarando el concurso en caso afirmativo, sin que sea relevante cuál pudiera ser la voluntad de la sociedad, formada a través de sus órganos, lo que determina la irrelevancia, a efectos de la procedencia de la declaración de concurso²³, del eventual acuerdo de la junta general y, de haberse producido, de que fuera favorable o contrario a la apertura del proceso concursal.

El deber de solicitar la declaración de concurso que la Ley impone a los administradores y liquidadores sociales lleva consigo la correspondiente exigencia de responsabilidad a dichos sujetos en caso de incumplimiento. El

establezca una sanción para el supuesto en que la junta no ratificase la decisión de los administradores de solicitar el concurso. Por último, la existencia del deber del art. 5 LC, que como tal corresponde cumplir a los administradores sociales, quienes además sufrirían las consecuencias de una eventual calificación del concurso como culpable.

²³ Por el contrario, BELLIDO PENADÉS, R. *El procedimiento de declaración de concurso*, Pamplona, 2010, p. 46-47, afirma que la norma general del art. 3.1 LC debe ser matizada respecto de las sociedades de capital, configurándola como subsidiaria; de modo que si el órgano de administración presenta la solicitud de concurso de la sociedad sin haber convocado previamente la junta general, la solicitud no podría ser admitida a trámite, o en todo caso, no debería ser estimada, ya que sin la convocatoria previa de la junta, no cabría entender cumplido el requisito de la capacidad procesal de la persona jurídica deudora, puesto que la voluntad de la sociedad se habría formado de manera defectuosa, sin respetar lo establecido por la correspondiente legislación. En contra GONZÁLEZ CARRASCO, M^a C. "Comentario al art. 3 LC" cit. p. 55

artículo 367.1 de la Ley de Sociedades de Capital²⁴ hace responsables solidarios por las obligaciones sociales a los administradores que incumplan tanto el deber de convocar la junta, como el de solicitar la disolución judicial o la declaración de concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando en la misma se adoptase un acuerdo contrario a la disolución²⁵. También son los administradores o liquidadores quienes quedan sujetos a las consecuencias de la calificación de concurso culpable, en caso de que se produzca dicha calificación por incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso (arts. 165.1º y 172.2.1º LC)²⁶.

Cuando la sociedad se encuentra en situación de insolvencia inminente no existe el deber de solicitar la declaración de concurso, pero sí la posibilidad de hacerlo si así conviene a los intereses de la sociedad. En este caso, la solicitud de declaración de concurso voluntario de la persona jurídica, realizada por el órgano de administración o liquidación es un acto voluntario mediante el que el deudor acude a la jurisdicción en busca de la tutela concursal, con el fin de conseguir solucionar su situación de crisis

²⁴ El tenor literal del art. 367.1 LSC establece que “responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, así como los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución”.

²⁵ La jurisprudencia ha confirmado reiteradamente la posibilidad de exigir responsabilidad solidaria de los administradores sociales respecto de la deuda social por el incumplimiento del deber de solicitar el concurso, y el de convocar la junta general en plazo. En este sentido, SS. TS Sala 1ª, de 4 de septiembre de 2015, 14 de mayo de 2015, 10 de julio de 2014 y 4 de diciembre de 2013, entre otras muchas.

²⁶ *Vid.* nota 25.

patrimonial a través un convenio. Cabría plantear si, en caso de insolvencia inminente, la solicitud de declaración de concurso presentada por los administradores sociales tendría que venir respaldada por un acuerdo de la junta general²⁷. A este respecto, al no distinguir el artículo 3.1 entre las solicitudes basadas en insolvencia actual e insolvencia inminente, entendemos que el juez que conozca de la solicitud de concurso voluntario debe limitarse a comprobar que la solicitud se presenta por el órgano de administración, sin exigir acuerdo de la junta general ni de ningún otro órgano social. Si la decisión del órgano de administración no se acomodara a las previsiones estatutarias en materia de ejercicio de acciones por la sociedad, las consecuencias tendrían que producirse en el orden interno, en las relaciones entre socios y administradores, sin incidir, en principio, en el proceso concursal.

²⁷ Defendiendo la necesidad de contar con el parecer previo y favorable de la junta antes de que los administradores soliciten el concurso GARCÍA VIDAL, A. “La legitimación para solicitar la declaración de concurso de las sociedades mercantiles” en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje al profesor Manuel Olivencia*, cit. p. 1022 y ss; PULGAR EZQUERRA, J. “A propósito del órgano legitimado en las sociedades de capital para decidir sobre la solicitud de declaración de concurso de acreedores”, en *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 24, 2005, p. 257-270.

En sentido opuesto, afirmando la falta de necesidad de contar con el parecer favorable de la junta de socios o accionistas, para que el órgano de administración presente la solicitud de concurso MARCOS GONZÁLEZ, M. “Comentario al art. 3 LC” en (Dir.) CORDÓN MORENO, F. *Comentarios a la Ley Concursal*, Navarra, 2004, p. 96; RIFÁ SOLER, J. M^a “La declaración del concurso” en QUINTANA CARLO, I., BONET NAVARRO, A. y GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A. (dirs.) *Las Claves de la Ley Concursal*, Navarra, 2005, p. 62; ESTEBAN RAMOS, L. M^a “El presupuesto subjetivo del concurso” en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* nº10, 2009 p. 151-193.

1.2.5. Solicitud de declaración judicial conjunta de concurso

El artículo 25.1 de la Ley Concursal²⁸ permite que varios deudores soliciten la declaración conjunta del concurso. La Ley ofrece esta opción a los cónyuges; a los administradores, socios, miembros o integrantes personalmente responsables por las deudas de una misma persona jurídica; y a los deudores que formen parte del mismo grupo de sociedades. Con esta previsión el legislador pretende ofrecer la posibilidad de tramitar de manera coordinada desde el inicio el concurso de varios deudores cuando este tratamiento se encuentre justificado por la existencia de determinadas relaciones entre ellos. El denominador común en los supuestos en que se permite la acumulación es la relación entre los deudores y sus patrimonios, y la evidente conexión entre los objetos de los procesos, y todo ello con la finalidad de resolver de forma unitaria las cuestiones que eventualmente podrían tener un tratamiento separado y contradictorio²⁹. Con la posibilidad de declaración conjunta a instancia de los deudores afectados, inexistente antes de la reforma de 2011, se trata de favorecer que el tratamiento de situaciones de insolvencia de deudores vinculados por determinadas relaciones se lleve a cabo coordinadamente desde la misma declaración del concurso, lo que se considera preferible, cuando sea posible, a la declaración de los concursos por separado y posterior acumulación a

²⁸ La Ley 38/2011 modificó sustancialmente el régimen legal de los concursos con más de un deudor. El apartado 5 del art. 3 (derogado en la reforma de 2011) tan solo preveía la posibilidad de la declaración judicial conjunta del concurso a instancia de un acreedor; el artículo 25, en su redacción originaria, contemplaba la acumulación de concursos, declarados por separado, a iniciativa de la administración concursal. Con la reforma de 2011 se introduce la posibilidad de declaración conjunta del concurso de varios deudores a instancia de éstos.

²⁹ RODRÍGUEZ MERINO, A. "Comentario al art. 25 LC" en SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. y GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (dirs.) *Comentarios a la Legislación Concursal*, Valladolid 2004, p. 554.

instancia de la administración concursal, que era la única solución que se contemplaba antes de la reforma.

No obstante, la previsión del artículo 25.1 no debe confundirse con una suerte de tramitación unitaria de concursos en un único procedimiento. El artículo 25 *ter* aclara que tanto en el supuesto que nos ocupa, esto es, la declaración conjunta del concurso de varios deudores; como en el caso de acumulación de concursos ya declarados, la tramitación de los mismos se realiza sin consolidación de las masas³⁰. Que la Ley Concursal permita la acumulación de concursos en determinados supuestos, no quiere decir que deban liquidarse conjuntamente los patrimonios de los respectivos deudores; de lo contrario, se estaría atentando contra el principio de responsabilidad patrimonial personal consagrado en el art. 1911 del Código Civil³¹. En realidad se trata de una coordinación, más que una confusión, puesto que no hay unificación en las masas patrimoniales ni confusión entre los distintos acreedores. No se contempla, por tanto, la unificación de concursos, sino una conjunción menos intensa, en la que un único tribunal tramita al mismo tiempo concursos estrechamente relacionados, pero sin una verdadera unificación de procedimientos.

La Ley prevé, en primer lugar, la declaración conjunta del concurso de los cónyuges insolventes. Se parte de la base de que la insolvencia de uno de los cónyuges estará a menudo relacionada con la del otro, pudiendo

³⁰ En este sentido ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. "Aspectos procesales de la reforma de la Ley Concursal (Ley 38/2011)" en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* nº 16, 2012 p. 43-66; VELA TORRES, P.J. "Acumulación de concursos. Referencia a los grupos de sociedades" en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* nº 5, 2006, p. 269-274; GARCÍA OREJUDO, R. N. "Concursos conexos a la luz de la reforma" en MARTÍN MOLINA, GONZÁLEZ BILBAO, DEL CARRE DÍAZ-GÁLVEZ *La reforma de la Ley Concursal analizada por especialistas*, Madrid, 2012, p. 74-75.

³¹ GARNICA MARTÍN, J. "Comentario al art. 25 LC" en SAGRERA TIZÓN, SALA REIXACHS y FERRER BARRIENDOS, *Comentarios a la Ley Concursal*, tomo I, Barcelona 2004, p. 305 y ss; VELA TORRES, P.J. *ibid.*

existir deudas de las que respondan conjuntamente ambos cónyuges o el patrimonio común, cuando el régimen económico sea de gananciales u otro de comunidad de bienes. La casuística en estos casos puede ser muy rica, teniendo en cuenta que el régimen económico del matrimonio afectará directamente a la responsabilidad de cada cónyuge en relación a las obligaciones tanto comunes como individuales, pendientes de cumplimiento.

El artículo 25.3 extiende la posibilidad de solicitar la declaración conjunta del concurso a los miembros de una pareja de hecho, siempre que concurren dos requisitos: en primer lugar, que se trate de una pareja de hecho inscrita y, en segundo término, que conste la inequívoca voluntad de los convivientes de formar un patrimonio común. Esta voluntad será apreciada por el juez del concurso atendiendo a la existencia de pactos expresos o tácitos al respecto, o de hechos concluyentes indicativos de la voluntad de la pareja de formar un patrimonio común. Entendemos que la decisión del juez de declarar de manera conjunta el concurso solicitado por los miembros de una pareja de hecho debe ser en todo caso motivada, con expresión de los pactos expresos o tácitos o, en su caso, de los hechos concluyentes que se hayan tenido en cuenta para considerar existente la voluntad de formar un patrimonio común³².

Desde la reforma de 2011, la Ley contempla también la declaración conjunta del concurso de una persona jurídica y el concurso o los concursos de los administradores, socios, miembros o integrantes personalmente responsables por las deudas de la persona jurídica en cuestión, declaración que puede ser solicitada de común acuerdo por la persona jurídica y los

³² Llama la atención que la Ley exija a las parejas de hecho la prueba inequívoca de la voluntad de formar un patrimonio común, y en cambio no se incluya esta exigencia respecto de los cónyuges. De este modo la Ley ignora la realidad de las parejas casadas cuyo régimen económico es el de separación de bienes. A este respecto MAGDALENO CARMONA, A. "Cuestiones de jurisdicción y competencia. Acumulación de concursos conexos" en MARTÍNEZ SANZ, F (dir.) *Tratado práctico del Derecho Concursal y su Reforma*, Madrid, 2012, p. 144.

demás sujetos mencionados que la pretendan. En este caso, la tramitación conjunta se justifica porque los acreedores de la sociedad lo serán también de los administradores, socios, miembros o integrantes, si bien estos últimos podrán tener además sus propios acreedores que no lo sean de la sociedad. También deberán resolverse en el concurso las relaciones internas entre los socios, cuando sean varios, en relación con la parte de las deudas sociales que a cada uno corresponda soportar.

Por último, el artículo 25.1 de la Ley Concursal contempla la declaración conjunta del concurso de varias sociedades que formen parte de un mismo grupo, lo que plantea diversas cuestiones.

Con anterioridad a la reforma de 2011, la Ley Concursal no ofrecía una definición de grupo³³, lo que obligaba a acudir a tal efecto a otros cuerpos normativos³⁴. Tras la Ley 38/2011, de 10 de octubre, la Disposición adicional sexta de la Ley concursal incorpora una remisión expresa al artículo 42 del Código de Comercio, que construye el concepto de grupo en torno a la existencia de una sociedad que ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra o de otras³⁵.

³³ Son varias las referencias al “grupo” en la Ley Concursal. Destacan los siguientes preceptos: 6.2.2º, 6.3.4º, 25.1 y 93.2.3º. Además, el legislador no mantiene un criterio uniforme en la denominación de esta figura; utiliza distintos vocablos: grupo, grupo de empresas, grupo de sociedades.

³⁴ La mayoría de la doctrina recurre a la normativa mercantil para intentar definir la realidad del grupo en el entorno concursal. Así, encontramos numerosas referencias al art. 4 de la Ley 24/1988 de 24 de Julio de Mercado de Valores y al art. 42 del Código de Comercio de 1885. En estos preceptos encontramos las notas esenciales que caracterizan el grupo de sociedades; la pluralidad de miembros, y las relaciones de dominación de un miembro sobre los demás.

³⁵ En este sentido ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. “Aspectos procesales de la reforma de la Ley Concursal (Ley 38/2011)” en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* nº 16, 2012 p. 43-66.

Por otra parte, la respuesta de la legislación concursal a los problemas que se pueden suscitar en relación al concurso de una persona jurídica integrada en un grupo es fragmentaria. Los preceptos que la Ley Concursal dedica a esta cuestión son escasos y dispersos³⁶.

Con referencia a la declaración del concurso, la Ley regula únicamente la declaración conjunta del concurso de varias sociedades de un mismo grupo, tanto a instancia de los acreedores (art. 25.2 LC), como a instancia de las propias sociedades concursadas (art. 25.1 LC), y la acumulación de los concursos de varias sociedades de un grupo cuando hubieran sido declarados por separado (art. 25 bis.1.1º LC). Ahora bien, tanto en caso de acumulación como de declaración conjunta, únicamente pueden ser declaradas en concurso sociedades que se encuentren en situación de insolvencia. No se contempla, pues, la extensión del concurso a las empresas dominadas por la sola razón de la insolvencia de la dominante, ni que la insolvencia de una o varias dominadas pueda, por sí sola, determinar la extensión del concurso a la dominante. La declaración de concurso de una o varias sociedades no puede extenderse sin más al resto de miembros del grupo. La extensión del concurso es una institución ajena a nuestro Derecho concursal histórico que, de permitirse, daría lugar a resultados injustos³⁷. Tampoco se contempla en la Ley que la existencia de

SELLER ROCA DE TOGORES, L “La solicitud de declaración del concurso. Concurso necesario” en MARTÍNEZ SANZ, F. (dir.) *Tratado Práctico del Derecho Concursal y su reforma*, Madrid, 2012, p. 101 precisa que de la previsión contenida en el segundo párrafo del art. 42.1 parece desprenderse que tanto el grupo horizontal, en el que no existe relación jerárquica entre sus miembros, sino una coordinación voluntaria; como el horizontal jerarquizado, quedan dentro del ámbito de la definición expresada por el Código de Comercio.

³⁶ En este sentido BELLIDO PENADÉS, R. “Acumulación de concursos y grupos de sociedades” en *Revista General de Derecho Procesal*, nº 34, 2014; PULGAR EZQUERRA, J., *La Declaración del Concurso de Acreedores*, cit. p.258.

³⁷ SEBASTIAN QUETGLAS, R. *El concurso de acreedores del grupo de sociedades*, Navarra, 2009, p. 135-137. En el mismo sentido SÁNCHEZ-CALERO

un grupo, por sí sola, desencadene la responsabilidad por razón de la estructura del grupo³⁸, lo que no impide derivar la responsabilidad a una sociedad dominante no insolvente por la insolvencia de una sociedad dominada cuando se justifique que fueron las instrucciones emanadas de aquélla las que determinaron la insolvencia de ésta.

Desde la perspectiva de los sujetos de la acción concursal se debe subrayar, en cualquier caso, que los supuestos de solicitud de declaración conjunta de concurso previstos en la Ley no dan lugar a acciones concursales colectivas, en las que la titularidad de una única acción corresponda de manera inescindible a una pluralidad de sujetos, sino que se trata de casos en que cada uno de los deudores es titular de su propia acción de tutela jurisdiccional concursal, contemplándose únicamente el ejercicio de varias acciones en un mismo procedimiento, coordinando las medidas encaminadas a la satisfacción de esa pluralidad de acciones³⁹.

1.3. La legitimación activa de los acreedores

El artículo 3.1 de la Ley Concursal legitima para solicitar la declaración de concurso al deudor, y a “cualquiera de sus acreedores”. La acción concursal se ofrece a los acreedores del deudor común, afectados directamente por la insolvencia del mismo. Se entiende que la insolvencia del deudor común puede llevar a los acreedores a una situación en la que pueden necesitar la especial tutela jurisdiccional en que consiste el concurso

GUILARTE, J. “Algunas cuestiones relativas a los grupos de sociedades” en *Anuario de Derecho concursal* nº 5, 2005 p. 7-60; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M^a “El concepto de grupo en al Ley Concursal” en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje al profesor Manuel Olivencia*, cit. p. 2313.

³⁸ EMBID IRUJO, J.M. “Grupos de sociedades y derecho concursal”, en *Estudios sobre la Ley concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, vol. 2, Madrid, 2005, p. 1903.

³⁹ Cfr. BELLIDO PENADÉS, R.”Comentario al art. 25 LC” en ROJO, A y BELTRÁN, E. *Comentario de la Ley Concursal*, cit. p. 557-562.

y, mediante la legitimación activa para solicitar el concurso, la Ley pone a disposición de los acreedores la posibilidad de pedir y obtener dicha tutela.

La Ley no hace depender la legitimación activa de los acreedores de la naturaleza del crédito, el tipo de acreedor o importe del crédito, ni siquiera exige que el mismo esté vencido. Se parte de la base de que cualquiera de los acreedores puede resultar perjudicado por la insolvencia del deudor común, por lo que se concede la legitimación activa para solicitar el concurso en tan amplios términos.

Los acreedores que soliciten la declaración de concurso deben justificar que se encuentran en la situación que, conforme a la Ley, les hace merecedores de la tutela jurisdiccional concursal. Esta situación es la insolvencia del deudor común o, dicho de manera más precisa, las consecuencias desfavorables de la insolvencia del deudor común en relación con las perspectivas de satisfacción del crédito del solicitante. Ahora bien, dado que los acreedores no disponen, como regla general, de un acceso completo a la documentación relativa a la situación económica del deudor, se les permite pedir y obtener la tutela jurisdiccional concursal sin necesidad de justificar plenamente que el deudor se encuentre en estado de insolvencia, bastando a tal efecto que se acrediten determinadas circunstancias que constituyen indicios de esa insolvencia⁴⁰. El artículo 2.4 de la Ley Concursal contempla, en primer lugar, el embargo infructuoso en una ejecución singular, jurisdiccional o administrativa, promovida por el propio acreedor solicitante del concurso. Se entiende que cuando en una ejecución singular no se encuentran bienes libres bastantes cuyo embargo pueda asegurar suficientemente la satisfacción del crédito del ejecutante, debe concederse a éste el acceso a la tutela jurisdiccional concursal a fin de permitirle hacer valer el principio de *par conditio creditorum*.

⁴⁰ En este sentido PULGAR EZQUERRA, J. *La declaración del concurso de acreedores*, cit. p. 337.

Además del embargo infructuoso en ejecución singular para la satisfacción del crédito del solicitante, la Ley permite también que la declaración de concurso a instancia de un acreedor se funde en el sobreseimiento general en los pagos, lo que requiere justificar que el deudor ha dejado de pagar de forma general a sus acreedores. Otro hecho revelador de insolvencia cuya concurrencia permite a los acreedores acceder a la tutela concursal es la existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de manera general al patrimonio del deudor, hecho que también pone en peligro la igualdad de los acreedores. Indicio de insolvencia es asimismo el alzamiento o liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor, conducta directamente encaminada a defraudar a los acreedores, lo que justifica también que se conceda a éstos la tutela concursal⁴¹. Por último, la Ley Concursal considera hechos reveladores de la insolvencia del deudor el incumplimiento de las obligaciones tributarias, las de pago de cuotas de la Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta, y el impago de salarios e indemnizaciones, y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo. Todos estos hechos expresamente previstos en el apartado 4 del artículo 2 constituyen indicios sobre los que se establecen presunciones *iuris tantum* de la insolvencia del deudor. Por lo tanto, incluso cuando alguno de estos hechos indicio resulte plenamente acreditado, el deudor podrá evitar la declaración de concurso probando cumplidamente que no se encuentra en una situación patrimonial de insolvencia actual⁴².

⁴¹ El Código Penal tipifica en el Capítulo VII del Título XIII entre las insolvencias punibles, el alzamiento de bienes, que se castiga con pena privativa de libertad de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

⁴² RIFÁ SOLER, J. M^a “Comentario del art. 18 LC” en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (coord..) *Derecho Concursal Práctico*, Madrid, 2004, p. 116-118.

La Ley Concursal exige al acreedor solicitante que justifique su legitimación activa expresando en su solicitud el origen, naturaleza, importe, fechas de adquisición y vencimiento y situación actual del crédito (art. 7 LC).

1.3.1. Exclusión de determinados acreedores

El artículo 3.2 de la Ley Concursal excluye de los legitimados a los acreedores que adquirieron su crédito por actos *inter vivos*, a título singular, después de su vencimiento, dentro de los seis meses anteriores a la solicitud de declaración de concurso. Esta previsión constituye la única excepción a la legitimación de los acreedores para solicitar la declaración de concurso. Mediante esta excepción se priva de la tutela jurisdiccional concursal a acreedores que cabe suponer que adquieren dicha condición conociendo la situación de insolvencia del deudor. Parece entender el legislador que quien adquiere un crédito de un deudor insolvente conociendo la situación de insolvencia no merece la tutela jurisdiccional concursal, tratando de evitar, al mismo tiempo, una utilización fraudulenta de la tutela jurisdiccional concursal por sujetos que inicialmente no la necesitan y que pretenden acceder a ella *a posteriori* adquiriendo a tal fin un crédito contra el deudor insolvente⁴³.

La excepción del artículo 3.2 exige que la transmisión del crédito se haya producido por un acto *inter vivos*. En la transmisión *mortis causa* el acreedor adquirente no se encuentra en la misma situación, puesto que la

⁴³ En este sentido ROJO, A. “Comentario al art. 3 LC. Legitimación” en ROJO, A. y BELTRÁN, E. *Comentario de la Ley Concursal*, Tomo I, Madrid, 2004, p. 212; PULGAR EZQUERRA, J. “Los hechos externos del concurso de acreedores necesario” en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia* cit. p. 1153; HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. “Solicitud de concurso. La solicitud anticipada” en MUÑOZ PAREDES, P. y PRENDES CARRIL, P. *Tratado judicial de la insolvencia* Tomo I, Navarra, 2012, p. 594. Todos ellos encuentran justificación para la exclusión comentada en la lucha contra el mercadeo de créditos inmediatamente antes de la declaración de concurso, para conseguir la declaración de concurso, realizados normalmente en unas condiciones muy poco favorables para el transmitente, y con intención de presionar al deudor.

adquisición del crédito no depende en ese caso de la voluntad del adquirente, lo que excluye que el crédito haya sido adquirido con intención de aprovechar fraudulentamente los efectos de la declaración de concurso. No hay razón, por tanto, para excluir de la tutela jurisdiccional concursal a quien, en virtud de una sucesión *mortis causa*, se encuentre sin haberlo él provocado, en la situación de acreedor de un deudor en situación de insolvencia.

La limitación temporal de la excepción a los créditos adquiridos en los seis meses anteriores a la solicitud de declaración de concurso se basa en que el transcurso de un escaso lapso de tiempo entre la adquisición del crédito y la presentación por el adquirente de la solicitud de declaración de concurso constituye un claro indicio de que la intención con que se adquirió el crédito era exclusivamente la de provocar el concurso del deudor. Ahora bien, situados en el terreno de los indicios, tal vez habría sido mejor solución el establecimiento de una presunción legal *iuris tantum*, que habría dejado abierta la posibilidad de declaración de concurso en el caso previsto en el artículo 3.2, cuando el solicitante probara que la adquisición no estuvo movida por intención fraudulenta, así como la de que se negara legitimación al cesionario de un crédito que solicitara el concurso más de seis meses después de la cesión si se probara que ésta se llevó a cabo con la exclusiva finalidad de provocar el concurso.

Más difícil de justificar, a nuestro juicio, es que la excepción a la legitimación de los acreedores que nos ocupa se condicione a que el crédito se haya adquirido después de su vencimiento. Si lo que se pretende es evitar que cualquier sujeto que no tenga ninguna relación con el deudor insolvente pueda provocar el concurso de éste mediante el simple expediente de comprar un crédito, la circunstancia de que el crédito adquirido se encuentre o no vencido no debería ser relevante ya que la Ley no condiciona la

legitimación de los acreedores para solicitar la declaración de concurso a que su crédito se encuentre vencido⁴⁴.

1.3.2. Legitimación de los socios, miembros o integrantes de la persona jurídica insolvente

Siendo el deudor una persona jurídica, están legitimados para solicitar el concurso los socios, miembros o integrantes que sean personalmente responsables de las deudas de la misma. Es un supuesto de concurso necesario⁴⁵, en el que un sujeto legitimado específicamente por la Ley Concursal, distinto del deudor solicita el concurso de éste.

Los socios, miembros o integrantes no solicitan el concurso en nombre e interés de la sociedad, sino en interés propio, teniendo en cuenta la responsabilidad solidaria que les atribuye la Ley sobre las deudas de la sociedad; no acuden a la jurisdicción en representación de la sociedad, sino contra ella. La atribución de su legitimación viene determinada no por su condición de socio-gestor, sino por la responsabilidad respecto de las

⁴⁴ La SAP Madrid, Sección 28ª, de 8 de mayo de 2008 confirmó la declaración de concurso necesario de una compañía aérea que había sido solicitada por acreedores cuya crédito no estaba vencido razonando que “el vencimiento y la exigibilidad de las deudas se configura, por tanto, como un requisito que deberá valorarse al analizar la solvencia del deudor, mas no es una premisa que deba reunir precisamente el crédito del acreedor solicitante, al que de lo contrario se le impediría ejercitar una de las posibles actuaciones para la conservación de su derecho, sin que tenga sentido que, ostentando ya un interés legítimo, se le obligue a permanecer impertérrito cuando le consta la aparente insolvencia del deudor y el paso del tiempo puede conllevar el agravamiento de ésta y con ello el deterioro del principio de igualdad de trato para los acreedores” (f.j. 3º).

⁴⁵ En este sentido PULGAR EZQUERRA, J. *La declaración del concurso de acreedores*, cit. p. 495; RONCERO SÁNCHEZ, A. “Comentarios al art. 3” en PULGAR EZQUERRA, ALONSO UREBA, ALONSO LEDESMA, ALCOVER GARAU (Coords.), *Comentarios a la legislación concursal*, cit. p.189; MELERO BOSCH, L. V. “Los supuestos especiales de la legitimación activa para la solicitud de concurso necesario” en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 13, 2010 p. 157-174.

deudas societarias⁴⁶. La norma concursal se refiere claramente a los *socios* y no a administradores, fiadores o avalistas; concede legitimación activa a los socios de cierto tipo de sociedades, que en determinadas circunstancias deben responder personalmente por las deudas sociales, sin que se diferencie entre el patrimonio social y el personal de los socios que integran tal sociedad⁴⁷. El socio, miembro o integrante goza de legitimación directa y personal, distinta de la que ostenta el deudor, la persona jurídica de la que son miembros; por tanto, el concurso declarado a instancia de aquéllos debe considerarse concurso necesario⁴⁸.

Atendiendo a la legislación mercantil cabe identificar qué concretos socios son personalmente responsables por las deudas de la sociedad. Así, el artículo 127 del Código de Comercio establece que en las sociedades colectivas, todos los socios están obligados “con todos sus bienes, a las resultas de las operaciones que se hagan a nombre y por cuenta de la compañía”. El artículo 148 del mismo Código responsabiliza también de forma personal y solidaria a los socios colectivos de la compañía comanditaria.

Respecto a las sociedades de capital, el artículo 1.4 de la Ley que las regula responsabiliza personalmente al socio o a los socios colectivos de la sociedad comanditaria por acciones, por las deudas de la sociedad. En relación a los socios del resto de sociedades de capital, esto es, sociedades anónimas y sociedades limitadas, no responden personalmente por las deudas de la sociedad.

Por excepción, la Ley de Sociedades de Capital sí responsabiliza solidaria, personal e ilimitadamente de las deudas sociales al socio único de

⁴⁶ PULGAR EZQUERRA, J. *ibid* p. 379.

⁴⁷ Así lo aclara el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Alicante, de 22 de octubre de 2008 (FJ 4).

⁴⁸ *Vid.* Nota 47.

una sociedad de capital, si transcurridos seis meses desde la adquisición por la sociedad del carácter unipersonal (se refiere al supuesto de unipersonalidad sobrevenida) tal circunstancia no se hubiese inscrito en el Registro Mercantil (art. 14 LSC). La responsabilidad del socio se limita a las deudas contraídas por la sociedad durante el periodo de unipersonalidad sin publicidad registral, ya que una vez inscrita la sociedad unipersonal, el socio deja de ser responsable solidario de las deudas contraídas con posterioridad a la inscripción. En este caso, el legislador penaliza al socio único que no inscribe el carácter unipersonal de la sociedad en el Registro Mercantil, haciéndole responsable de forma personal, solidaria e ilimitada por las deudas contraídas durante el periodo en el que dicho carácter no goza de publicidad registral. Es dudoso, sin embargo, que en este caso se pudiera distinguir, en relación con una eventual declaración de concurso, la legitimación activa del socio de la legitimación activa de la sociedad.

La Ley 12/1991 de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico, señala como responsables de las deudas de la agrupación a los socios. La responsabilidad de los socios es subsidiaria a la de la Agrupación; ahora bien, con este carácter de responsables subsidiarios, todos los socios responden personalmente y solidariamente entre sí⁴⁹.

Hay algunos casos dudosos, como el de las sociedades irregulares o las sociedades en formación. Debido a las peculiaridades de este tipo de sociedades, la doctrina se encuentra dividida en cuanto a la atribución de responsabilidad a los socios por las deudas de la sociedad, y por tanto en atribuir legitimación activa a los socios para la solicitud del concurso.

Los tribunales no vienen considerando aplicable la legitimación de los socios, miembros o integrantes personalmente responsables por las deudas de la sociedad si la responsabilidad de éstos no deriva de su condición de socio, sino de la de administrador de la sociedad. La norma legal se refiere

⁴⁹ Art. 5 de la Ley 12/1991 de Agrupaciones de interés económico.

claramente a los socios y no a los administradores⁵⁰. Asimismo, el precepto no resulta aplicable tampoco a los fiadores o avalistas, a quienes la responsabilidad por las deudas de la sociedad les viene impuesta por tal condición, y no por la circunstancia de ser socios de la deudora⁵¹.

La Ley Concursal contempla expresamente la necesidad de acreditar la legitimación para solicitar el concurso de los “demás legitimados”, distintos del deudor y los acreedores, disponiendo que aquellos deberán expresar en la solicitud el carácter en el que la formulan y acompañar el documento del que resulte su legitimación o proponer la prueba para acreditarla (art. 7.1 párrafo segundo LC). Los socios, miembros o integrantes de una persona jurídica que soliciten el concurso de ésta deberán acreditar, por tanto, no sólo que tienen tal condición, sino también que, en virtud de ella y por ley, responden personalmente de las deudas de la persona jurídica cuyo concurso pretenden.

⁵⁰ CONDE FUENTES, J., *Los sujetos del proceso concursal*, Navarra, 2014, pp. 285-286.

⁵¹ La SAP Albacete, Sección 1ª, de 23 de junio de 2010 rechazó la legitimación de un socio de una sociedad de responsabilidad limitada que alegaba ser personalmente responsable de las deudas de la sociedad al ser avalista de diversas deudas de la misma y fiador en un contrato de arrendamiento. La sentencia se basa en que la responsabilidad del socio por las deudas de la sociedad, en este caso, “no le viene por ley de su condición de socio, sino de su condición de avalista o fiador, condición que es totalmente independiente de la de socio, ya que, obviamente se puede ser socio y no ser avalista y se puede ser avalista de una sociedad sin ser socio de ella. Y la ley no otorga legitimación activa, para instar el concurso, a los avalistas. Además, no tendría sentido que solo estuvieran legitimados activamente los avalistas de las personas jurídicas (a las que se refiere el art. 3.3 de la L.C.), y no los de las personas físicas. Y tampoco tendría sentido que solo los avalistas que, además, fueran socios estuvieran legitimados, y no los que no lo fueran. Si la Ley hubiera querido otorgar legitimación activa a los avalistas se la habría otorgado tanto a los socios como a los no socios, y tanto en relación a personas físicas como a personas jurídicas”.

No aclara la Ley, sin embargo, en qué hechos se ha de fundar la solicitud de declaración de concurso de los socios, miembros o integrantes personalmente responsables de las deudas de la persona jurídica. El artículo 2.3 se refiere exclusivamente al deudor, exigiéndole que justifique su endeudamiento y su estado de insolvencia, y el artículo 2.4 enumera los hechos reveladores de insolvencia en que podrá fundarse la solicitud de declaración de concurso presentada por un acreedor, pero ningún precepto señala en qué ha de fundarse la solicitud de declaración de concurso presentada por los socios, miembros o integrantes a que se refiere el artículo 3.3 de la Ley⁵².

A este respecto caben dos posibles interpretaciones. Cabe considerar, en primer lugar, partiendo de que la Ley califica el concurso solicitado por el socio, miembro o integrante de la sociedad deudora como concurso necesario, que bastará para fundar la solicitud la referencia a alguno de los hechos reveladores de la insolvencia del artículo 2.4, sin necesidad de que estos sujetos proporcionen una justificación completa del endeudamiento y del estado de insolvencia de la sociedad deudora, ya que esta exigencia sólo sería aplicable al deudor que solicita su propio concurso, y no en los supuestos de concurso necesario⁵³.

⁵² RONCERO SÁNCHEZ, A. “Comentarios al art. 3”, cit. p.189, considera que el silencio de la ley sobre esta cuestión es uno de los defectos técnicos de la Ley Concursal.

⁵³ PULGAR EZQUERRA, J. *La declaración del concurso de acreedores*, cit. p. 379-380, opina que el socio, miembro o integrante responsable por las deudas societarias podrá basar su solicitud de concurso necesario, además en cualquier otro hecho no contenido en el art. 2.4 LC; revistiendo la enumeración legal de hechos externos el carácter de *numerus apertus*, sin que ello prejuzgue la consideración del concurso como voluntario. En el mismo sentido se pronuncia ROJO, A. “Comentario al art. 2 LC” en ROJO, A. y BELTRÁN, E. *Comentario de la Ley Concursal*, cit. p. 180.

Pero se podría defender también que al socio, miembro o integrante se le debería exigir, más allá de la justificación de alguno de los hechos reveladores del artículo 2.4, una justificación cumplida del endeudamiento y estado de insolvencia de la persona jurídica cuyo concurso se solicita. Esta interpretación podría apoyarse en que la razón de ser de no exigir esa cumplida justificación a los acreedores es la dificultad que de ordinario tienen para acceder a la información patrimonial de la empresa deudora, circunstancia que no concurre, o por lo menos no en la misma medida, en los socios, miembros o integrantes de la persona jurídica deudora.

Esta segunda interpretación podría tener algunas ventajas, en la medida en que permitiría al juez contar con una información más completa respecto del nivel de endeudamiento y del estado de insolvencia en el que se encuentra la sociedad deudora. Ahora bien, en nuestra opinión, la exigencia de justificar el endeudamiento y del estado de insolvencia se reserva por la Ley al concurso voluntario, por lo que, siendo el concurso solicitado por el socio, miembro o integrante responsable por las obligaciones de la sociedad deudora un caso de concurso necesario, entendemos que la solicitud de concurso debe fundamentarse en alguno de los hechos legalmente tasados como reveladores de la insolvencia en el apartado 4 del artículo 2, sin que les sea exigible justificar cumplidamente el endeudamiento y estado de insolvencia de la persona jurídica cuyo concurso solicitan.

No obstante, pese a que la Ley no le obliga a justificar el endeudamiento y el estado de insolvencia de la sociedad deudora, no significa que se le prohíba. Efectivamente, el solicitante del concurso necesario, debido a su condición de socio, miembro o integrante de la sociedad deudora puede tener acceso a la información económico-financiera de la misma, lo que le permitiría apoyar su solicitud, si lo desea, en esa información a la que tiene acceso, aportando la documentación que entienda conveniente.

1.3.3. Legitimación activa para solicitar el concurso de la herencia

Otro de los supuestos especiales de legitimación activa para el concurso necesario es el previsto en el apartado 4 del artículo 3 de la Ley Concursal respecto a la declaración del concurso de la herencia. La Ley prevé la declaración de concurso de la herencia “en tanto no haya sido aceptada pura y simplemente” (art. 1.2 LC). La legitimación activa para la solicitud de declaración de concurso de la herencia se atribuye a los acreedores del causante, a sus herederos y a los administradores de la herencia (art. 3.4 LC). Únicamente este último supuesto es un caso de concurso voluntario, siendo los concursos que solicitan los acreedores del causante y sus herederos casos de concurso necesario⁵⁴.

d) La legitimación activa para solicitar el concurso de la herencia

La LC legitima a los acreedores del causante, a los herederos y al administrador de la herencia para solicitar la declaración de concurso de la misma. La legitimación activa de los acreedores del causante no plantea especiales problemas: se ofrece a los acreedores la posibilidad de solicitar el concurso de la herencia tal como ocurriría si el causante no hubiese fallecido. La solicitud presentada por cualquier acreedor de la herencia deberá fundamentarse en alguno de los hechos indiciarios enunciados en el artículo 2.4 de la ley, si bien con referencia a la insolvencia de la herencia en este caso.

⁵⁴ Para CAZORLA GONZÁLEZ, M.J. *El concurso de la herencia*, Madrid, 2007, pág. 65, si la herencia fue aceptada a beneficio de inventario, el concurso solicitado por el heredero tiene carácter de concurso voluntario; no compartimos esta opinión, ya que hasta el momento de la partición no hay verdadera adjudicación de bienes a los herederos; el concurso solicitado por un heredero (un llamado a la herencia que ya ha aceptado la misma) tendría carácter necesario, ya que el heredero no solicita la declaración del concurso de su persona, sino de parte del que será su patrimonio –y su responsabilidad en relación a los acreedores del causante- una vez cerrada la sucesión.

La legitimación de los herederos suscita cuestiones de mayor complejidad. La base de la atribución de legitimación activa a los herederos en el supuesto de aceptación a beneficio de inventario se halla en la responsabilidad limitada de dichos herederos en relación a las deudas de la herencia concursada. Para el caso de la herencia yacente, el fundamento de la legitimación de los llamados a heredar se hallaría en la potencial responsabilidad de los mismos por las deudas del deudor fallecido.

La Ley Concursal también atribuye legitimación activa para solicitar el concurso de la herencia al administrador de la misma. El artículo 798 de la Ley de Enjuiciamiento Civil atribuye al administrador de la herencia la representación de la misma en todos los pleitos que se promuevan o estuvieran principiados en el momento de fallecer el causante, pudiendo ejercitar las acciones que correspondieran al difunto hasta que se haga la declaración de herederos. Por consiguiente, el administrador tiene legitimación activa para solicitar el concurso de la herencia. En efecto, el administrador de la herencia, en el desarrollo de sus funciones puede solicitar la declaración de concurso de la misma, si constata que no podrá satisfacer sus obligaciones. Al ser éste un supuesto de concurso voluntario, el administrador puede solicitar el concurso de la herencia en dos momentos temporales distintos, bien cuando la herencia se encuentra en estado de insolvencia actual, en cuyo caso hay que entender que solicitar el concurso es un deber para el administrador de la herencia, bien cuando éste prevé que en un futuro inmediato la herencia no podrá satisfacer regular y puntualmente sus obligaciones.

No se debe confundir la figura del administrador con la del albacea. Las funciones que corresponden al albacea se determinan, en principio, en el testamento y, en defecto de especificación testamentaria, el Código Civil establece las facultades del sujeto nombrado como albacea que no haya renunciado al cargo⁵⁵. Entre estas funciones se encuentra vigilar la correcta

⁵⁵ *Vid* art. 902 CC

ejecución de la voluntad del causante expresada en el testamento, junto con la adopción de las medidas necesarias para la conservación y custodia de los bienes, con intervención de los herederos presentes. Ahora bien, entre tales funciones no está la administración de la herencia, salvo que así se haya dispuesto expresamente en el testamento. En esta circunstancia se basa PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ⁵⁶ para afirmar que además del administrador de la herencia, el albacea también goza de legitimación activa para solicitar la declaración de concurso de la misma.

1.3.4. Legitimación de los acreedores para solicitar la declaración de concurso conjunta de varios deudores

El apartado 2 del artículo 25 establece que el acreedor podrá solicitar la declaración conjunta del concurso de varios de sus deudores cuando sean cónyuges, exista entre ellos confusión de patrimonios o formen parte del mismo grupo de sociedades. Tal como se analizó anteriormente, la reforma operada por la Ley 38/2011 supuso un cambio importante en la regulación de la declaración conjunta de concurso de varios deudores y acumulación de concursos ya declarados. El sistema anterior a 2011 concedía al acreedor la posibilidad de solicitar el concurso de varios de sus deudores únicamente en los casos de confusión de patrimonios entre ellos o, siendo los deudores personas jurídicas que formaran parte de un mismo grupo, si hubiera identidad sustancial de sus miembros y unidad en la toma de decisiones.

La reforma de 2011 ha añadido, por tanto, la posibilidad de que los acreedores soliciten la declaración conjunta del concurso necesario de los cónyuges y de los convivientes de la pareja de hecho inscrita, lo que no estaba previsto con anterioridad.

⁵⁶ PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J. "Comentarios al art. 3.4" en ALONSO UREBA, A.; ALONSO LEDESMA, C. y ALCOVER GARAU, G. (directores) *Comentarios a la Legislación Concursal*, cit. p.196.

Por otro lado, la Ley Concursal era más exigente antes de la reforma en el supuesto de solicitud de declaración de concurso necesario de varios deudores cuando éstos pertenecían a un grupo de sociedades. El derogado apartado 5 del artículo 3 exigía identidad sustancial de los miembros del grupo, y unidad en la toma de decisiones. La identidad sustancial era un requisito ciertamente indeterminado, que podía ser interpretado bien como exigencia de identidad en los sujetos que integran cada miembro del grupo⁵⁷; o bien como identidad en las notas esenciales que definen una sociedad, tales como el domicilio, el objeto, la denominación social, el órgano de administración, etc.⁵⁸

El artículo 3.5 exigía también la unidad en la toma de decisiones como requisito para la declaración conjunta del concurso necesario de varios deudores pertenecientes a un mismo grupo. Esta exigencia era identificada como unidad de dirección, o poder de dirección⁵⁹ que permitía la imposición por parte de la cabecera del grupo al resto de integrantes del mismo, de los

⁵⁷ PULGAR EZQUERRA, J. *La declaración del concurso de acreedores*, cit. p. 262; y DUQUE DOMÍNGUEZ, F. J. en PULGAR EZQUERRA, ALONSO UREBA, ALONSO LEDESMA, ALCOVER GARAU (coords.), *Comentarios a la legislación concursal*, cit. p. 202, interpretan la exigencia legal de identidad sustancial de los miembros del grupo como la necesidad de identidad de un número suficiente de las personas físicas que permita adoptar acuerdos en las Juntas generales de las respectivas entidades. La identidad a la que hacía referencia el art. 3.5 era interpretada como la exigencia de que las personas que dirigían cada una de las sociedades que forman el grupo, debían ser las mismas para todas las entidades; al menos, una cifra suficiente como la exigida para aprobar acuerdos en junta.

⁵⁸ La exigencia de identidad entendida como identidad de los sujetos, era asimismo entendida de dos maneras distintas; cfr. FERRÉ FALCÓN, J. “El grupo de sociedades y la declaración de concurso de la nueva normativa concursal”, en el *Libro Homenaje al Profesor Manuel Olivencia*, Tomo II Madrid, 2005 p. 1940 y ss.

⁵⁹ DUQUE DOMÍNGUEZ, J. “El concurso del grupo de empresas en la LC”, en *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la Reforma Concursal*. Directores GARCÍA VILLAVARDE, ALONSO UREBA, PULGAR EZQUERRA, Madrid, 2003, p. 144.

criterios de gestión, o instrucciones precisas respecto de la política empresarial. La unidad de dirección implica que existe un núcleo central en el grupo que adopta decisiones y criterios que el resto de miembros del mismo debe acatar. La Ley se refería en distintos preceptos⁶⁰ a la sociedad dominante y las dominadas lo que revelaba la asunción por parte del legislador de la relación jerárquica entre los miembros del grupo, el poder de dirección de uno o varios miembros del grupo sobre el resto. La dirección unitaria, sin embargo, se puede ejercer a distintos niveles, de forma más o menos intensa. El grupo “centralizado” estaría intensamente controlado por la sociedad dominante, todos los aspectos de gestión empresarial vendrían impuestos por la cabeza del grupo. Por el contrario, en el grupo “descentralizado”, tan sólo los aspectos esenciales de esa gestión empresarial son los que vienen impuestos por la sociedad dominante, dejando mayor margen de libertad a las sociedades dominadas. El legislador concursal parecía inclinarse por la concepción de grupo centralizado⁶¹, conclusión que se podía obtener al analizar el apartado 5 del artículo 3 de la LC⁶².

Tras la reforma de 2011, si bien han desaparecido del artículo 25.2 las exigencias identidad sustancial de los miembros del grupo y de unidad en la toma de decisiones, se ha incorporado una nueva disposición adicional sexta en cuya virtud, a los efectos de la Ley Concursal, se adopta el concepto de grupo de sociedades que resulta del artículo 42.1 del Código de Comercio. Este precepto identifica a los grupos de sociedades en función de determinadas características en las que tienen un peso no desdeñable la

⁶⁰ Los derogados arts. 3.5, 10.4 y 25.1 LC.

⁶¹ EMBID IRUJO, J.M. “Grupos de sociedades y derecho concursal”, en el *Libro Homenaje al profesor Manuel Olivencia* Tomo II Madrid, 2005, p. 1901

⁶² En efecto, la Ley hablaba de un grupo en el que existiese “identidad sustancial de sus miembros” y “unidad en la toma de decisiones”, características que sólo pueden aparecer en los grupos fuertemente centralizados.

posibilidad de identificar a una de las sociedades como dominante, y la existencia de elementos subjetivos comunes en las sociedades del grupo, por lo que sería precipitado concluir que tras la reforma dejan de ser relevantes estas exigencias a efectos de la posibilidad de solicitar la declaración conjunta del concurso de las sociedades de un grupo.

Por último, los acreedores pueden solicitar también la declaración conjunta del concurso necesario de varios deudores cuando existe confusión de patrimonios entre ellos. Se trataría del caso en que un acreedor presenta una solicitud de declaración conjunta de concurso de varios de sus deudores basándose en que es imposible individualizar el patrimonio de aquéllos. Sobre el acreedor solicitante recae la carga de la prueba de la confusión de patrimonios entre los deudores cuyo concurso se solicita.

1.4. Exclusión del concurso de oficio. Intervención del Ministerio Fiscal en el proceso concursal.

La Ley Concursal no contempla la declaración del concurso de oficio ni a instancia del Ministerio Fiscal. En el Derecho concursal anterior no procedía en ningún caso la declaración de quiebra o concurso de oficio, lo que se ha mantenido tras la reforma de 2003. La exclusión de la legitimación activa del Ministerio Fiscal implica que se considera que la declaración de concurso no es cuestión que afecte al interés público cuya defensa le confía el artículo 124 de la Constitución. En cuanto a la exclusión de la declaración de oficio, entendemos que se puede explicar exclusivamente atendiendo a las características de la función jurisdiccional dentro de la cual se integra la decisión judicial sobre la declaración de concurso⁶³.

Tan solo existe un caso en el que la Ley prevé la declaración de oficio del concurso. La Disposición transitoria 1ª en su apartado 2 regula un supuesto muy especial, conectado con el incumplimiento por el deudor de

⁶³ MARCOS GONZÁLEZ, M. "Comentario al Art. 4 LC" en *VVAA Comentarios a la Ley Concursal* CORDÓN MORENO, F. (Coordinador) cit. p. 99.

un convenio aprobado en cualquiera de los procedimientos concursales anteriores a la Ley Concursal de 2003. La resolución judicial que declare el incumplimiento de tal convenio, que haya ganado firmeza una vez entrada en vigor la actual legislación concursal, producirá la apertura de oficio del concurso, a los solos efectos de tramitar la fase de liquidación. Fuera de este supuesto concreto, no cabe la declaración de oficio del concurso.

El Ministerio Fiscal tenía mayor protagonismo en el anterior sistema concursal. En mayor o menor medida, intervenía en los distintos procesos concursales. La participación del Ministerio Público desde el inicio hasta el cumplimiento total del convenio en el procedimiento de suspensión de pagos⁶⁴ es el ejemplo más claro. En los anteriores procesos de quiebra y concurso de acreedores el Ministerio Fiscal intervenía en la pieza de calificación.

En el sistema concursal vigente, la participación del Ministerio Fiscal en el proceso concursal es escasa. No tiene legitimación para solicitar la declaración de concurso, ni se le da intervención en las actuaciones sobre declaración de concurso, ni tampoco en las posteriores a excepción de la sección de calificación (art. 184.1 LC). También será oído en las cuestiones de competencia territorial, de acuerdo con el artículo 12.2 de la Ley; y por último, se le concede iniciativa en relación a un doble deber de comunicación que le impone el artículo 4. La intervención regulada en este artículo no puede entenderse en ningún caso como legitimación para solicitar el concurso, ya que dicho precepto se limita a imponer al Fiscal que interviene en proceso penal por delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico el deber de solicitar al Juez de la causa criminal que comunique al Juez de lo Mercantil los indicios del estado de insolvencia de algún presunto responsable penal, así como la existencia de una pluralidad de acreedores, “a los efectos pertinentes, por si respecto de éste (el presunto responsable penal) se encontrase en tramitación un procedimiento

⁶⁴ El art. 23 de la Ley de 26 de Julio de 1922, derogada por la actual LC.

concurzal”. La expresión “a los efectos pertinentes”, utilizada en el precepto que nos ocupa, se puede interpretar en el sentido de que la existencia de un proceso penal pueda tener influencia en el proceso concursal. Si ya existe un proceso concursal declarado, esta expresión no tendría más utilidad que la de dar lugar, en su caso, a las medidas previstas en el artículo 189.2 e influir en la calificación del concurso⁶⁵. En el otro caso, si no existiera concurso declarado, el Juez de lo Mercantil no podrá declarar de oficio el concurso, pese a haber sido informado por el Juez de la causa criminal.

La segunda comunicación que debe efectuar el Ministerio Fiscal va dirigida a los acreedores cuya identidad resulta de las actuaciones en sede penal. El Fiscal instará al Juez que conoce la causa criminal a que comunique a tales acreedores la existencia de indicios de insolvencia, a fin de que puedan solicitar la declaración de concurso o ejercitar las acciones que les correspondan. Este segundo supuesto parte de la ausencia de concurso declarado. Con esta previsión la Ley atiende de forma equilibrada los intereses de los afectados en el proceso concursal, teniendo presente que la finalidad principal del proceso concursal es la satisfacción de los acreedores⁶⁶.

2. Sujetos pasivos de la tutela jurisdiccional concursal

2.1. Sujeto pasivo del concurso y sujetos pasivos de la tutela jurisdiccional concursal

En la Ley Concursal solamente se hace referencia al deudor como sujeto pasivo del concurso. Se hace referencia así a que el estado o situación de concurso se predica siempre de un deudor, que lo es

⁶⁵ MARTÍNEZ-FRESNEDA ORTÍZ DE SOLÓRZANO, G. “Comentario al art. 4 LC” en PULGAR EZQUERRA, J.; ALONSO UREBA, A.; ALONSO LEDESMA, C. y ALCOVER GARAU, G. (directores) *Comentarios a la Legislación Concursal*, cit. p. 208.

⁶⁶ MARCOS GONZÁLEZ, M. “Comentario al Art. 4 LC” en VVAA *Comentarios a la Ley Concursal* CORDÓN MORENO, F. (Coordinador) cit. p. 102.

normalmente de una pluralidad de acreedores, y que se encuentra en situación de insolvencia y así ha sido declarado judicialmente. Este es el sentido en el que el artículo 1 de la Ley señala qué sujetos pueden ser declarados en concurso, y el sentido que tienen todos los preceptos de la Ley concursal que se refieren al “concurso del deudor”, al “concurso de la sociedad”, al “concurso de la herencia”, etc.

Ahora bien, sin negar que el concurso es siempre de un deudor y que lo que se declara, por tanto, es el concurso de un deudor, consideramos que con esto no se resuelve la cuestión de quién es el sujeto pasivo de la tutela jurisdiccional concursal. Partimos de que la condición de sujeto pasivo de una tutela jurisdiccional ha de reconocerse a todos aquellos sujetos frente a quienes se dirige la pretensión. Toda pretensión de tutela jurisdiccional se dirige a un tribunal, de quien se reclama que dicte una resolución que imponga determinados efectos o consecuencias jurídicas a sujetos distintos del que pide la tutela. Estos sujetos que, en caso de dictarse la resolución judicial pretendida, se verán directamente afectados por ella son los sujetos pasivos de la tutela jurisdiccional de que se trate.

Desde esta perspectiva, hay que entender que sujetos pasivos de la tutela jurisdiccional concursal serán todos aquellos, distintos del solicitante, a quienes directamente afecte la declaración de concurso, teniendo en cuenta todos los efectos que la Ley vincula a dicha declaración y que son inescindibles de ella.

Centrada la cuestión en los sujetos, distintos del solicitante, que se verán afectados de manera directa por la declaración de concurso, se siguen de inmediato dos importantes consecuencias. La primera, que el deudor no es siempre sujeto pasivo de la tutela jurisdiccional concursal, pues no puede ser sujeto pasivo de dicha tutela cuando sea él mismo quien la solicita. Y, en segundo lugar, que a todos los acreedores del deudor que no hayan solicitado la declaración de concurso hay que reconocerles la condición de sujeto pasivo de la tutela jurisdiccional concursal, pues es indudable que la declaración de concurso afecta de manera directa a sus créditos, en cuanto

dejan de ser exigibles a su vencimiento y se suspenden los procedimientos ejecutivos que estuvieran abiertos para su satisfacción, como efectos más llamativos e intensos⁶⁷.

Este planteamiento obliga a considerar como posibles sujetos pasivos de la tutela jurisdiccional tanto al deudor como a los acreedores. El deudor será sujeto pasivo únicamente en los casos en que la tutela jurisdiccional se solicite por un acreedor u otro cualquiera de los sujetos activamente legitimados distintos del deudor.

No creemos que sea necesario ni acertado presentar al deudor como sujeto activo y pasivo, simultáneamente, de la tutela jurisdiccional en los casos de solicitud de concurso voluntario⁶⁸. Que la declaración de concurso afecte al deudor de la misma manera cuando es él quien la pide que cuando se produce a instancia de otros sujetos no es razón suficiente para considerar al deudor sujeto pasivo de la tutela jurisdiccional concursal en ambos casos. En realidad, la resolución judicial que decide sobre cualquier pretensión de tutela jurisdiccional proyecta sus efectos de manera directa e inmediata tanto sobre el sujeto que pide la tutela como sobre aquellos frente

⁶⁷ VEGAS TORRES, J., “El concurso como proceso jurisdiccional: estructura del concurso”, cit., p. 86, pone de manifiesto que el pronunciamiento judicial estimatorio de la pretensión de declaración de concurso “afecta de manera directa no sólo al deudor, sino también a todos sus acreedores”, ya que “la declaración de concurso lleva aparejado un cambio que afecta a todas las relaciones jurídico-patrimoniales del deudor y, por tanto, desde el punto de vista subjetivo, no sólo al deudor, sino a todos los sujetos vinculados al deudor por esas relaciones jurídico patrimoniales que, tras el concurso, cambian de régimen jurídico.”

⁶⁸ En contra, PEITEADO MARISCAL, P. *La declaración de concurso* cit. p. 23 Afirma la autora que la legitimación activa y pasiva coinciden en el concurso voluntario, entendiendo que el deudor puede ser declarado en concurso y también sujeto activo de su propio concurso; de modo que para determinar la legitimación activa de ciertos deudores hay que atender en primer lugar a si estos pueden ser sujetos pasivos del concurso. Asimismo, deduce que los deudores cuyo concurso no puede declararse conforme al art.1 LC tampoco tienen legitimación activa para instarlo.

a quienes se pide. Por tanto, para explicar que la declaración de concurso afecte de manera directa al deudor que la solicita no es necesario presentarle como sujeto pasivo de la pretensión.

Que la concesión de la tutela jurisdiccional afecta de manera directa tanto a quien la solicita (sujeto activo) como a aquel o a aquellos frente a quien se solicita (sujeto o sujetos pasivos) se percibe especialmente bien en el caso de las acciones constitutivas, que crean, modifican o extinguen derechos o relaciones jurídicas. Así, por ejemplo, cuando se pide una resolución judicial que ponga fin a una relación jurídica preexistente, la pretensión se ejercita por uno de los sujetos vinculados por la relación de que se trate y se dirige frente a todos los demás sujetos de dicha relación. Si se estima la pretensión, se producirá la extinción de la relación jurídica, lo que afecta por igual a todos los sujetos que estaban vinculados por ella, sin que ello suponga que el sujeto que ejercitó la acción deba ser considerado, al mismo tiempo, sujeto activo y pasivo de la tutela jurisdiccional solicitada.

Los acreedores que no hayan solicitado la declaración de concurso serán sujetos pasivos de la pretensión de tutela jurisdiccional concursal tanto cuando el concurso haya sido solicitado por el deudor (solicitud de concurso voluntario) como cuando la solicitud se haya presentado por otro acreedor o sujeto activamente legitimado distinto del deudor (solicitud de concurso necesario).

La circunstancia de que la declaración de concurso pueda resultar beneficiosa para los acreedores que no la hayan solicitado no obsta para que todos los acreedores que no sean solicitantes del concurso deban ser considerados sujetos pasivos de la pretensión. La condición de sujeto pasivo no se atribuye a quienes resulten *perjudicados* si una pretensión de tutela jurisdiccional formulada por otro se estima, sino a quienes resulten *afectados* en su esfera jurídica de manera directa por la estimación de la pretensión, con independencia de que los efectos sean favorables o desfavorables, lo que, por lo demás, no siempre se puede objetivar. Así, por ejemplo, cuando se pide la declaración judicial de nulidad de un testamento hay que dirigir la

demanda frente a todos los coherederos, ya que a todos ellos afectará la estimación de la demanda sin que se pueda saber a priori si todos los demandados se opondrán a la pretensión por estar interesados en la validez del acto de última voluntad, o si todos o alguno de ellos se mostrarán conformes con la pretensión por ser la nulidad del testamento más acorde a sus intereses⁶⁹.

Partiendo de este planteamiento, examinaremos a continuación las cuestiones que plantean tanto el deudor como los acreedores cuando se encuentran en la posición de sujeto pasivo de la tutela jurisdiccional concursal.

2.2. El deudor como sujeto pasivo de la tutela jurisdiccional concursal

Como se ha señalado, el deudor es sujeto pasivo de la tutela jurisdiccional concursal cuando ésta es solicitada por un acreedor o por cualquier otro sujeto activamente legitimado que no sea el propio deudor. Esto significa que cualquier acreedor puede pedir la tutela jurisdiccional concursal frente a su deudor cuando éste se encuentre en estado de insolvencia.

También significa, desde otro punto de vista, que siempre que un acreedor pida la tutela jurisdiccional concursal, entre los sujetos pasivos de la pretensión estará siempre el deudor en cuya insolvencia se base la pretensión. En este sentido, la tutela jurisdiccional concursal presenta una característica que no tienen otras tutelas jurisdiccionales, que consiste en que los sujetos pasivos y el contenido de la tutela están prefigurados

⁶⁹ En este sentido, VEGAS TORRES, J., “El concurso como proceso jurisdiccional: estructura del concurso”, cit., p. 88, rechaza la vinculación de la condición de sujeto pasivo de una pretensión con el interés en oponerse a ella, poniendo de manifiesto que “basta con que [los acreedores] puedan estar interesados -con interés jurídico legítimo- en formular oposición a que el concurso se declare para que merezcan la consideración de sujetos pasivos y para que se les dispense el tratamiento procesal que éstos merecen”.

legalmente de manera que los sujetos a quienes se ofrece esta clase de tutela jurisdiccional (los legitimados activos) tienen libertad para solicitarla o no solicitarla, pero si la piden han de asumir que se proyecte sobre todos los sujetos que conforme a la ley deban soportar los efectos del concurso y que se extienda a todos los efectos que legalmente se vinculan a la declaración judicial del concurso. No cabe, en definitiva, que se pida un concurso limitado al deudor y a tales o cuales acreedores, o solamente a ciertos acreedores pero no al deudor; si se pide por un acreedor la tutela jurisdiccional concursal se asume que ésta, en caso de que se estime la pretensión, afectará al deudor y a todos los demás acreedores.

En relación con esto tiene interés preguntarse si cualquier deudor puede ser situado en la posición de sujeto pasivo de una pretensión de tutela jurisdiccional concursal o si, por el contrario, se trata de una posición a la que solamente pueden ser llevados los deudores de determinadas clases o que reúnan determinadas características.

El primer apartado del artículo 1 de la Ley establece la regla general de que cualquier deudor puede ser declarado en concurso, tanto si es persona natural como jurídica. Tampoco hace la Ley distinciones entre deudores empresarios y no empresarios. No obstante, como apuntan PULGAR EZQUERRA⁷⁰ y GARCÍA VILLAVERDE⁷¹ no conviene ignorar que estadísticamente⁷² el número de concursos de deudores empresarios, especialmente con forma societaria, es significativamente mayor al de los concursos de deudores no empresarios. Esta realidad se deja sentir en la regulación legal, muchas de cuyas disposiciones, incluidas muy

⁷⁰ PULGAR EZQUERRA, J. *La declaración del concurso de acreedores*. cit. p. 190

⁷¹ GARCÍA VILLAVERDE, R. *Derecho Concursal. Estudio sistemático...* cit. p. 34

⁷² En efecto, las publicaciones periódicas que nos ofrece el Instituto Nacional de Estadística (www.ine.es) sobre los concursos declarados en nuestro país, revelan la aplastante mayoría de procesos en los que los deudores son empresarios, respecto de los escasos concursos de personas físicas sin actividad empresarial.

especialmente aquellas en las que se manifiesta la finalidad conservativa del concurso, solamente tienen sentido si se parte de la condición empresarial del deudor.

Aunque los concursos declarados afecten mayoritariamente a personas jurídicas y, particularmente, a sociedades mercantiles, lo cierto es que la Ley permite que los acreedores de deudores personas físicas que no tengan la condición de empresarios también puedan obtener la tutela jurisdiccional concursal frente a dichos deudores. El problema es que la herramienta concursal está diseñada mirando al concurso de empresarios y profesionales, con especial atención a los que operan en el tráfico jurídico como sociedades mercantiles, lo que genera dificultades de adaptación de la regulación a los concursos de personas físicas no empresarios vinculados al fenómeno del sobreendeudamiento de los consumidores. Hasta la Ley 25/2015⁷³, que introdujo en la Ley Concursal el denominado “mecanismo de segunda oportunidad”, articulado a través del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho, las únicas previsiones legales que podían considerarse especialmente adaptadas a los concursos de consumidores eran las relativas al procedimiento abreviado, si bien se trataba de previsiones no pensadas exclusivamente para los concursos que nos ocupan, sino para cualquiera de escasa complejidad⁷⁴, ya fuera el concursado una persona física o jurídica.

La regla general de exigencia de personalidad jurídica para los sujetos del concurso establecida en el apartado 1 del artículo 1, encuentra su excepción en siguiente apartado del mismo artículo, que posibilita la

⁷³ Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social.

⁷⁴ El art. 190.1 LC establece los criterios que debe utilizar el juez para determinar la complejidad del concurso, y optar, en su caso, por la tramitación ordinaria o abreviada, según convenga más a los intereses del concurso.

declaración de concurso de la herencia, en tanto no haya sido aceptada pura y simplemente.

Por último, el apartado 3 del artículo 1 de la Ley, introduce excepciones a la regla general de que todo deudor puede ser declarado en concurso, estableciendo que no podrán ser declarados en concurso las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público. Estas excepciones ponen de manifiesto la inadaptación del derecho concursal en el sector público⁷⁵. En opinión de GARCÍA VILLAVERDE la finalidad perseguida por las empresas públicas es el elemento que se tiene en cuenta para decidir sobre la continuación de su actividad o sobre su cese, sin que pueda hacerse depender de consideraciones ajenas al fin público perseguido la continuidad de la operatividad de las mismas.

2.2.1 El deudor persona física

Aunque son más frecuentes los concursos de deudores personas jurídicas, preferentemente de naturaleza y forma jurídico-mercantil, la Ley Concursal ha propiciado también que se declaren concursos de personas físicas que no se dedican profesionalmente al comercio⁷⁶. En efecto, cada vez más, los particulares que atraviesan una situación de crisis patrimonial, incapaces de cumplir puntualmente con sus obligaciones exigibles, se ven inmersos en un proceso concursal.

La Ley no especifica dato alguno respecto de la edad o la capacidad del deudor persona física. Por tanto, podrá ser declarado en concurso cualquier deudor nacido con los requisitos del artículo 30 del Código Civil. El fallecimiento del deudor determina, lógicamente, la imposibilidad de declarar

⁷⁵ GARCÍA VILLAVERDE, R. *Derecho Concursal. Estudio sistemático...* cit. p. 40 y ss.

⁷⁶ PULGAR EZQUERRA, J. *La declaración del concurso de acreedores.* cit. p. 193

el concurso de éste, si bien cabe, como se ha indicado, la declaración de concurso de la herencia mientras ésta no será aceptada pura y simplemente.

A la Ley Concursal le resulta indiferente a efectos de legitimación pasiva la edad del deudor persona física o si goza o no de plena capacidad. Los menores y las personas con la capacidad judicialmente modificada pueden ser declarados en concurso si bien para actuar válidamente en el proceso tendrán que hacerlo por medio de sus representantes legales (padres o tutores, normalmente)⁷⁷.

La Ley 41/2003 de 6 de noviembre, sobre Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad posibilita la creación de una masa patrimonial vinculada a la satisfacción de las necesidades del discapacitado. Al carecer dicha masa patrimonial de personalidad jurídica, se podría entender que no podrá ser declarada en concurso. Sin embargo, un sector de la doctrina⁷⁸ equipara la masa patrimonial del discapacitado con la herencia, aplicando por analogía los términos establecidos para el concurso de la herencia no aceptada pura y simplemente. La base de este razonamiento es la existencia de un patrimonio separado, pese a no tener personalidad jurídica⁷⁹.

⁷⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. “El presupuesto subjetivo del concurso. En particular el problema del sobreendeudamiento de los consumidores” en QUINTANA CARLO, I., BONET NAVARO, A y GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A. *Las claves de la Ley Concursal*, Navarra, 2005 p. 19.

En relación a los problemas que pueden surgir respecto del deudor menor o incapaz, PARRA, M^a A. “El concurso de la persona física” en BELTRÁN, E., GARCÍA-CRUCES, J.A., y PRENDES, P. *La reforma concursal. III Congreso español de la insolvencia*, Zaragoza, 2011, p. 129 y ss.

⁷⁸ PULGAR EZQUERRA, J. *La declaración del concurso de acreedores*. cit. p. 194

⁷⁹ En contra PARRA, M^a A. *ibid.* p. 136.

La circunstancia del que el deudor persona física esté o no casado no afecta a la legitimación pasiva para la declaración de concurso, sea cual sea el régimen económico del matrimonio del deudor; ahora bien implica una complejidad añadida que no ha sido objeto de regulación específica en la LC⁸⁰. No obstante, cuando el régimen es de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, si bien el concurso no se extiende automáticamente a la persona casada con el concursado, ésta se ve afectada por algunas consecuencias del estado concursal de su cónyuge, lo que determina la inclusión en la masa pasiva de los créditos contra el cónyuge del concursado que sean, además, créditos de responsabilidad de la sociedad o comunidad conyugal (art. 49.2 LC), y la inclusión en la masa activa de los bienes gananciales o comunes cuando deban responder de obligaciones del concursado, con la consiguiente facultad del cónyuge de pedir la disolución de la sociedad o comunidad conyugal, la cual se llevará a cabo de forma coordinada con lo que resulte del convenio o la liquidación concursal (arts. 77.2 y 82.1 LC). La Ley establece que los bienes gananciales deben responder en el concurso de la misma forma que lo harían al margen de su declaración, al distinguir entre la responsabilidad directa, derivada de las obligaciones imputables a dicho patrimonio común, con independencia del cónyuge que las haya concertado, y con una vinculación al concurso sin límites; y la responsabilidad indirecta para cubrir obligaciones privativas del concursado, cuya vinculación se corresponde con la cuota del deudor respecto de los bienes⁸¹

⁸⁰ En este sentido CUENA CASAS, M. “La sociedad de gananciales ante la Ley Concursal” en *Actualidad Civil* nº 20, 2008, p. 1,

⁸¹ En este sentido FERNÁNDEZ SEIJO, J. M^a “El concurso de las personas físicas y su incidencia en el Derecho de familia. Una aproximación a la práctica judicial” en *La Ley. Derecho de familia. Revista jurídica sobre familia y menores* nº 4, 2014 p. 24-33; JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M^a. V. “El concurso de la persona casada” en *Anuario de la Facultad de Derecho*, nº 3, 2010 p. 419-430; GALÁN LÓPEZ, C. “La responsabilidad de los bienes

Resulta paradójico que en el derecho español no se conciba el concurso de la sociedad conyugal, puesto que no se considera un patrimonio independiente⁸², y por consiguiente, no se le atribuya legitimación pasiva concursal.

La Ley Concursal desconoce el carácter especial del patrimonio ganancial, como comunidad de fondo o centro referencial al que verdaderamente se imputan los bienes, derechos y obligaciones a través de un funcionamiento orgánico. En efecto, la sociedad de gananciales es una sociedad civil universal, con un patrimonio dinámico, y un funcionamiento y organización semejantes a los de un ente social; puesto que posee un sistema de gestión y administración orgánico, y su deudas y cargas se anudan a la comunidad. La configuración de la legitimación pasiva concursal se desentiende del carácter orgánico de la sociedad de gananciales, y configura la legitimación pasiva de uno u otro cónyuge, o la acumulación de sus concursos, ignorando la autonomía y funcionamiento de patrimonio ganancial. Asimismo, el legislador concursal debía haber previsto alguna forma de participación del cónyuge del concursado una vez declarado su concurso, con el fin de delimitar y definir el ámbito de la masa activa ganancial y concretar correctamente qué bienes tienen carácter ganancial; si bien es cierto que la Ley le otorga el derecho a solicitar la disolución de la sociedad de gananciales⁸³.

Por último, la Ley Concursal regula la posibilidad de solicitar la declaración del concurso conjunto de ambos cónyuges. El artículo 25.2 permite que dicha solicitud de concurso conjunto se formule por cualquier

gananciales en el concurso del cónyuge” en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* nº 1, 2004, p. 215-224.

⁸² PARRA, M^a A. *ibid.* p. 137 y ss.

⁸³ MAGARIÑOS BLANCO, V. “El concurso y la sociedad de gananciales” en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje al profesor Manuel Olivencia*, cit. p. 2053-2063.

acreedor que lo sea de los dos cónyuges. La Ley admite también la acumulación de los concursos de los cónyuges insolventes cuando hubieran sido declarados por separado (art. 25 bis.1.5º LC). Asimismo, cabe la declaración de concurso conjunta de dos personas que sean pareja de hecho inscrita, siempre que el juez aprecie la existencia de pactos expresos o tácitos o de hechos concluyentes de los que se derive la inequívoca voluntad de los convivientes de formar un patrimonio común (art. 25.3 LC). El auto de declaración de concurso del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, de 29 de diciembre de 2004 fue pionero en la declaración conjunta del concurso de ambos cónyuges, pese a que la legislación aplicable en aquel momento no preveía expresamente esta posibilidad para el concurso voluntario, sino la acumulación de los concursos ya declarados de cada uno de los cónyuges. Alegaba el tribunal motivos de economía procesal para poder tramitar los concursos acumulados desde el arranque⁸⁴. Pese a las expresiones utilizadas en la divulgación informativa sobre el caso, el matrimonio no es sujeto de derecho, y en consecuencia, no puede ser declarado en concurso. Se trataba de la acumulación del concurso de dos personas físicas, no del concurso del matrimonio como entidad⁸⁵.

2.2.2. El caso particular del consumidor concursado por sobreendeudamiento

En los últimos años se viene produciendo un incremento de los concursos solicitados por personas físicas que no poseen la condición de empresario. La incapacidad de atender las obligaciones contraídas en el

⁸⁴ En este sentido BLANQUER UBEROS, R. “El concurso de los cónyuges en gananciales o impropriamente el concurso del matrimonio” en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* nº9, 2008 p. 17-41.

⁸⁵ COLINO MEDIAVILLA, J.L. “Concurso del consumidor y declaración conjunta de concurso voluntario de cónyuges. (Comentario al auto de declaración de concurso voluntario de 29 de diciembre de 2004, Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona)” en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* nº3, 2005 p. 209-251.

ámbito familiar o personal es un problema creciente, al que han contribuido, por un lado, la extensión de los casos de sobreendeudamiento del consumidor, especialmente en los años de bonanza económica y, por otro, la disminución de los ingresos que muchas personas y familias han sufrido en los últimos años de crisis⁸⁶. Siguiendo a FERNÁNDEZ CARRON⁸⁷ entendemos que sobreendeudamiento del consumidor ha de entenderse como la situación de endeudamiento excesivo de un particular, y que esta situación no difiere a efectos prácticos del estado de insolvencia descrito en el apartado 2 del artículo 2 de la Ley Concursal: imposibilidad de cumplir regularmente con las obligaciones exigibles.

En nuestro ordenamiento jurídico no existe una regulación específica de las situaciones de insolvencia de personas y familias como consecuencia del fenómeno del sobreendeudamiento del consumidor. Las organizaciones de consumidores han reclamado insistentemente una previsión legal específica para la crisis económica del consumidor de buena fe persona física, generada por su incapacidad para atender las obligaciones contraídas en el ámbito personal o familiar, demanda que aún no ha sido atendida⁸⁸. El tratamiento de estas situaciones ha de articularse, por tanto, a través de los mecanismos aplicables con carácter general a todos los casos de insolvencia de un deudor, entre los que la legislación concursal desempeña un papel muy destacado.

El concurso de las personas físicas insolventes está sujeto, por consiguiente, a lo dispuesto con carácter general en la Ley Concursal. Se trata, no obstante, de concursos que, de ordinario, quedan dentro del ámbito

⁸⁶ En este sentido ZBALETA DÍAZ, M. "El concurso del consumidor" en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá* nº 3, 2010 p. 301-331.

⁸⁷ FERNÁNDEZ CARRON, C. *El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas*, cit. pp. 17 y ss.

⁸⁸ PEÑAS MOYANO, B. "Concurso de consumidores" en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* nº8, 2008 p. 229-246.

de aplicación del procedimiento concursal abreviado regulado en los artículos 190 y siguientes de la Ley. Efectivamente, pocos consumidores sobreendeudados presentarán una lista de más de cincuenta acreedores; o una estimación inicial del pasivo o del activo superior a cinco millones de euros. El último párrafo del apartado 1 del artículo 190 se refiere especialmente al concurso de persona física que responda o sea garante de las deudas de una sociedad o sea administrador de una persona jurídica, disponiendo que en estos casos el juez debe valorar especialmente la posible aplicación del procedimiento abreviado. La responsabilidad de la persona física por las deudas de una persona jurídica o la condición de administrador de una sociedad no excluyen de manera automática la aplicación del procedimiento abreviado, pero constituyen sin duda un factor que podría dotar al concurso de una complejidad incompatible con dicha tramitación⁸⁹. El resto de criterios legales sobre procedencia de la tramitación abreviada no son aplicables al caso de solicitud de concurso del consumidor sobreendeudado⁹⁰.

En relación al deudor persona física, hay que hacer referencia también a la introducción en nuestro ordenamiento del denominado

⁸⁹ PRENDES CARRIL, P. *Tratado Judicial de la Insolvencia*, cit. p. 903-904, pone de manifiesto que la previsión de que se tenga en cuenta, a efectos del procedimiento abreviado, la responsabilidad a que estuviera sujeto el deudor persona física por las deudas de una persona jurídica ha de ponerse en relación con la confusión de patrimonios que frecuentemente tiene lugar entre la persona jurídica y el sujeto que figura como garante de las deudas de aquélla o es administrador de la misma.

⁹⁰ Se trata de los supuestos regulados en los apartados 2 y 3 del artículo 191, relativos, respectivamente, a la tramitación abreviada con carácter discrecional cuando el deudor presente, junto con su solicitud de concurso, o posteriormente, una propuesta de convenio que contenga una modificación estructural por la que se transmita íntegramente todo su activo y pasivo; y al único caso en que la Ley obliga al juez del concurso a optar por la tramitación abreviada ante la solicitud de concurso voluntario acompañada de un plan de liquidación que incluya una propuesta vinculante escrita vinculante de compra de la unidad productiva en funcionamiento.

beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho⁹¹. La exoneración se contempla en dos supuestos: por un lado se prevé la remisión de deudas tras la conclusión del concurso por liquidación o insuficiencia de masa activa (art. 178 bis LC); y por otro, la exoneración de las deudas que no fueran satisfechas en la liquidación abierta tras la declaración del concurso consecutivo calificado como fortuito (art. 242.2.9º LC). Se trata de dos mecanismos de remisión de deudas distintos, con presupuestos diferentes, pero un resultado idéntico: el deudor queda exonerado del deber de pagar las deudas que hayan quedado insatisfechas tras la liquidación. En efecto, la exoneración del pasivo restante supone una *novación extintiva* incondicional⁹² en cuya virtud el deudor queda liberado de la obligación de pago. Con ello, se introduce en nuestra legislación concursal una excepción al principio básico consagrado en el artículo 1091 CC, que establece que las obligaciones deben ser cumplidas⁹³.

⁹¹ Se trata de una reforma de la Ley Concursal realizada inicialmente mediante el R.D.- ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social; y recogida posteriormente en la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, resultante de la tramitación parlamentaria del Real decreto-ley.

⁹² A diferencia de la quita, cuya eficacia novatoria está supeditada al cumplimiento del convenio. La *quita* elimina la posibilidad de que el acreedor reclame el porcentaje de la deuda objeto de la reducción, no suprime parte del crédito, sino que obliga al acreedor a renunciar a exigir dicha porción; la quita es un *pacto de non petendo*. Además, la eficacia liberatoria de la quita está supeditada al cumplimiento del convenio; así lo establece el apartado 4 del artículo 140 de la Ley; la declaración de incumplimiento del convenio supone la rescisión del mismo, y la consiguiente desaparición de los efectos sobre los créditos, de las quitas pactadas. PULGAR EZQUERRA, J. *La declaración del concurso de acreedores* cit., p. 205 y ss.

⁹³ PULGAR EZQUERRA, J. "Acuerdos extrajudiciales de pagos, PYMES y mecanismos de segunda oportunidad" en *Diario La Ley. Sección Doctrina* nº 8538, mayo 2015.

La exoneración del pasivo no saldado en el concurso, como medida de respuesta al problema del sobreendeudamiento, se contempla desde hace tiempo en otros ordenamientos jurídicos⁹⁴. Su introducción en España ha sido, por tanto, relativamente tardía, tal vez por tratarse de una figura no exenta de importantes inconvenientes⁹⁵. No obstante, es innegable que la nueva regulación supone un avance⁹⁶.

La Ley concursal conecta la obtención del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho, en primer lugar, con la conclusión del concurso consecutivo. Efectivamente, el artículo 242.2.9º asocia la remisión de las deudas no satisfechas al concurso consecutivo, subsiguiente a la imposibilidad de lograr un acuerdo extrajudicial de pagos, o al incumplimiento del plan de pagos acordado. Terminado el concurso consecutivo y siempre que éste haya sido calificado como fortuito, el deudor persona física podrá tener acceso por la vía del artículo 242.2.9º a la

⁹⁴ Como el *discharge* americano, previsto en el *US Bankruptcy Code*; la *Restschuldbefreiung* regulada en la *Insolvenzordnung* alemana; y el procedimiento de *rétablissement personnel* del Derecho francés.

⁹⁵ FERNÁNDEZ CARRON, C., *El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas*, cit., p. 148 alude al riesgo de que la implantación de fórmulas de liberación de deudas tras el concurso, si no se sujeta a estrictas condiciones, se convierta en un incentivo al endeudamiento irresponsable y a que podrían producirse “abusos por parte de deudores que aprovechen fraudulentamente el beneficio que acarrea la liberación de deudas, utilizando para ello esta figura con fines distintos a aquéllos para los que fue concebida en su origen”. En el mismo sentido MARTÍN MOLINA, P. “La segunda oportunidad para la persona natural, el autónomo y la pequeña empresa en el ámbito de la insolvencia” en *Diario La Ley. Sección Tribuna*, nº 8531 mayo 2015.

⁹⁶ Así lo consideran CUENA CASAS, M. “Mecanismos de protección del patrimonio familiar: inembargabilidad y patrimonio separado” en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 23, 2015, (edición digital); FERNÁNDEZ SEIJO, J. Mª “Aspectos concursales de la Ley de segunda oportunidad” en *Diario La Ley. Sección Doctrina*, nº 8500, marzo 2015;

exoneración de pasivo que hubiera quedado insatisfecho, siempre que se cumplan los requisitos del artículo 178 *bis*.

El segundo párrafo del artículo 242.1 establece un supuesto más de concurso consecutivo, cuando se produce la anulación del acuerdo extrajudicial de pagos. Este último caso puede ser considerado⁹⁷ como un supuesto excepcional de declaración de oficio del concurso de acreedores. Siempre que se cumplan los requisitos legales para instar la impugnación del acuerdo extrajudicial de pagos -esto es, falta de concurrencia de las mayorías exigidas para la adopción del acuerdo, superación de los límites establecidos para las quitas y esperas máximas o desproporción de las medidas acordadas- y tras la tramitación de la misma⁹⁸ por la vía del incidente concursal, si el juez del concurso dicta sentencia estimatoria, dicha anulación dará lugar a la sustanciación del concurso consecutivo⁹⁹.

La ausencia de previsión expresa de que deba mediar solicitud en este caso, a diferencia de lo que se dispone para la declaración del concurso consecutivo por imposibilidad de alcanzar u acuerdo o por incumplimiento del alcanzado, abona la interpretación de que en caso de anulación del acuerdo extrajudicial la declaración de concurso debe acordarse de oficio. Vendría a sumarse así, como supuesto de declaración de concurso de oficio, a la previsión de la Disposición Transitoria Primera, apartado 2, que, en conexión con el incumplimiento de un convenio aprobado en el seno de cualquiera de los procedimientos concursales anteriores a la Ley Concursal de 2003, ordena que el concurso se declare de oficio a los solos efectos de tramitar la liquidación. Ahora bien, dado que en el supuesto que nos ocupa

⁹⁷ PULGAR EZQUERRA, J. "Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y Ley de emprendedores", *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 20 segundo semestre 2014, p. 43-72.

⁹⁸ Establece el apartado 3 del artículo 239 que de haber varias impugnaciones del acuerdo, todas ellas se acumularán en el mismo incidente concursal.

⁹⁹ Así lo dispone expresamente el artículo 239.6 de la Ley Concursal.

la declaración del concurso consecutivo se contempla como consecuencia obligada de la anulación del acuerdo extrajudicial de pagos, y esta anulación solamente se puede producir a instancia de acreedores que se encuentren en el caso previsto en el artículo 239.1, podría entenderse que más que un supuesto de declaración de concurso de oficio sería un caso en que la legitimación para pedir la declaración de concurso se encuentra limitada a dichos acreedores.

Ahora bien, para que el deudor pueda obtener el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho no es necesario que se haya intentado sin éxito un acuerdo extrajudicial de pagos o que el que se hubiera alcanzado haya sido incumplido o anulado. El beneficio se puede obtener, conforme a lo previsto en los artículos 178 y 178 *bis* LC, sin vinculación específica con ningún instituto preconcursal, siempre que tenga lugar la conclusión del concurso por liquidación o por insuficiencia de la masa activa.

Tanto en el caso de exoneración vinculada a un concurso consecutivo como en el de simple terminación del concurso por liquidación o insuficiencia de la masa activa, el otorgamiento del beneficio queda sujeto a la concurrencia de estrictas condiciones establecidas en la Ley con el propósito de asegurar que la exoneración sólo aproveche a deudores de buena fe¹⁰⁰ y evitar abusos. Se exigen así, entre otras, las siguientes condiciones: que el concurso no haya sido calificado como culpable; que el deudor no haya sido condenado por delitos contra el patrimonio, el orden socioeconómico, falsedad documental, delitos contra la Hacienda Pública, y la Seguridad Social, o contra los derechos de los trabajadores en los 10 años anteriores a la declaración de concurso; que se hayan satisfecho íntegramente los

¹⁰⁰ Deudores que se hallan en tal situación por causas independientes a su voluntad, personas a las que conviene recuperar para el tráfico económico y jurídico, sacándoles en su caso, de la economía sumergida. VIGUER SOLER, P. L. “Análisis crítico del RDL 1/2015 sobre segunda oportunidad: expectativas, luces y sombras” en *Diario La Ley. Sección Doctrina*, nº 8592, julio 2015.

créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados; que se haya intentado un acuerdo extrajudicial de pagos, o en otro caso, que se haya satisfecho al menos en 25% de los créditos concursales ordinarios. No obstante, la falta de cumplimiento de estas últimas condiciones relativas al pago de ciertos créditos no impide la concesión del beneficio si el deudor se somete a un plan de pagos durante los cinco años siguientes y cumple otros requisitos establecidos en el artículo 178 bis.3.5º.

La introducción de los mecanismos de exoneración de deuda ha sido, en general, bien recibida. No obstante, la inexistencia de cautelas¹⁰¹, unida a la deficiente regulación de las deudas excluidas¹⁰², pone de manifiesto la necesidad de mejorar este instrumento.

¹⁰¹ En este sentido PULGAR EZQUERRA, J *Acuerdos de refinanciación*, cit. pp. 29 y ss. se refiere a los denominados *tests de discharge*, vías para controlar la existencia de buena fe en el deudor, y con ello prevenir el abuso o uso inadecuado del mecanismo de exoneración.

¹⁰² Efectivamente, el tratamiento que ofrece la Ley en este sentido es diferente. El mecanismo previsto en el art. 242.2.5º excluye expresamente de la posible exoneración que pueda conseguir el deudor tras la liquidación subsiguiente al concurso consecutivo, las deudas de derecho público. Sin embargo, el art. 178.2 no menciona excepción alguna. Cabe preguntarse si tras este distinto tratamiento respecto de las deudas de naturaleza pública existe alguna fundamentación de política jurídica. Asimismo, no se excluyen de la exoneración determinadas deudas que en otros ordenamientos sí quedan excluidas, por ejemplo las deudas de alimentos, y las derivadas de obligaciones extracontractuales. Las deudas de alimentos, de acuerdo con la clasificación de créditos establecida por la LC, tienen carácter de crédito contra la masa. Por tanto, no se excluyen expresamente de la exoneración, porque la Ley exige que para acceder a sendos mecanismos de exoneración el deudor debe haber satisfecho íntegramente las deudas contra la masa. No obstante, como apunta la profesora PULGAR EZQUERRA *Acuerdos de refinanciación*, op. cit. p. 30 y ss, el asunto se complica cuando ex art. 47.2 el juez del concurso decide que parte de esa deuda de alimentos sea considerada crédito contra la masa y otra parte crédito ordinario. El problema se plantea si el deudor recurre al mecanismo de exoneración previsto en el art. 178.2, que exige la satisfacción de las deudas contra la masa, los créditos privilegiados y al menos el 25% de los ordinarios. Esta regulación precaria da lugar a

El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho, en los casos en que resulta aplicable, tiene una incidencia directa en el contenido de la tutela jurisdiccional concursal. Así, cuando esta tutela se solicita por el propio deudor insolvente, la posible exoneración dota de una mayor extensión e intensidad a la protección de los intereses del deudor mediante el concurso. Cuando la tutela jurisdiccional concursal se pide por un acreedor, en cambio, la posibilidad de que el deudor obtenga el beneficio que nos ocupa limita o restringe la protección de los intereses del solicitante del concurso.

2.2.3. El concurso de sociedades

La Ley Concursal no hace distinciones basadas en la naturaleza civil o mercantil de las personas jurídicas en cuanto sujetos pasivos de la tutela jurisdiccional concursal. Cuando la Ley hace referencia a las “sociedades”, evita calificarlas como “mercantiles”, si bien es cierto que no faltan en la Ley referencias al estatuto del empresario, como las menciones al deber de contabilidad, la inscripción registral, etc. En opinión de MORILLAS JARILLO, esa falta de adjetivación obedece a la intención unificadora de la nueva regulación¹⁰³. Cualquier persona jurídica, tenga o no naturaleza empresarial, puede ser declarada en concurso si se encuentra en estado de insolvencia en los términos descritos en el artículo 2 de la Ley.

Sí es relevante, en cambio, la distinción entre personas jurídicas públicas y privadas. Sólo estas últimas y no las primeras pueden ser sujetos pasivos de la tutela jurisdiccional concursal. Así se desprende claramente del apartado 3 del artículo 1 de la Ley concursal, que excluye la declaración

situaciones confusas, que podrían fácilmente haberse evitado si se hubiese incluido una mención expresa a la exención de las deudas por alimentos de la posibilidad de exoneración en cualquiera de los dos instrumentos liberatorios previstos en el ordenamiento concursal español.

¹⁰³ MORILLAS JARILLO, M^a JOSÉ *El concurso de las sociedades*, Madrid, 2004, p.

de concurso de las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de Derecho público.

El artículo 1 de la Ley solamente contempla la declaración de concurso de personas; pueden ser personas naturales o jurídicas, pero sólo se contempla que sean declarados en concurso sujetos con personalidad. Como regla general la personalidad va unida a la autonomía patrimonial, pero esta regla se rompe en ocasiones. Así ocurre, señaladamente, en los grupos de sociedades verticales o de estructura jerárquica, en los que pese a existir formalmente personalidades distintas, en realidad el patrimonio es común y la actuación está unificada, al operar todas las sociedades del grupo bajo las órdenes de la sociedad matriz, que controla el patrimonio de todas ellas. La Ley Concursal no da la espalda a esta realidad y, si bien no llega a contemplar que se pueda solicitar la declaración de concurso del grupo de sociedades como un todo, establece en el artículo 25 la posibilidad de solicitar la declaración de concurso conjunta de varias sociedades pertenecientes al mismo grupo, siempre y cuando se encuentren todas en situación de insolvencia.

Desde otra perspectiva, cabe plantear la posibilidad de solicitar la tutela jurisdiccional concursal respecto a sociedades que aún no han adquirido la personalidad jurídica correspondiente al tipo de sociedad de que se trate¹⁰⁴, y que, sin embargo, actúan en el tráfico jurídico. Los casos más importantes son los de la sociedad en formación y la sociedad irregular.

La Ley de sociedades de capital presenta los dos fenómenos como sucesivos: en principio, en el tiempo que media entre el acto constitutivo y la inscripción registral de la sociedad estamos ante la sociedad en formación; ahora bien, en cuanto se constata que los socios no tienen voluntad de realizar la inscripción registral o, sencillamente, ésta se demora más de un

¹⁰⁴ El art. 33 de la Ley de Sociedades de Capital vincula a la inscripción registral de la sociedad la adquisición de “la personalidad jurídica que corresponda al tipo social elegido”.

año, la situación pasa a ser de sociedad irregular. Aunque en el pasado la cuestión fue muy discutida¹⁰⁵, la legislación societaria actual reconoce personalidad a la sociedad en formación y a la irregular, si bien no con la misma extensión que tendría la que se otorga a las sociedades mercantiles inscritas¹⁰⁶. En la medida en que se les reconoce personalidad, queda abierta la posibilidad de declaración de concurso tanto de la sociedad en formación (lo que en la práctica será raro) como de la sociedad irregular¹⁰⁷. La especialidad de estos concursos, respecto a los de las sociedades de capital inscritas, deriva de la responsabilidad que, en mayor o menor medida,

¹⁰⁵ Cfr., con carácter general, DE LA OLIVA SANTOS, A., *La sociedad irregular mercantil en el proceso*, Pamplona, 1971, con referencia al ámbito concursal, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. “El estado de crisis económica” en VVAA *La reforma del derecho de quiebra. Jornadas sobre la reforma del Derecho Concursal español*. Madrid, 1982, p. 121-169.

¹⁰⁶ La Ley de Sociedades de Capital define en el art. 39 la sociedad irregular disponiendo que se le apliquen las normas de la sociedad colectiva, o en su caso, las de la sociedad civil, si la sociedad hubiera iniciado o continuado sus operaciones.

¹⁰⁷ El análisis de la personalidad jurídica de la sociedad irregular por la doctrina conduce a afirmar la legitimación pasiva concursal de las mismas. En este sentido BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. “Comentario al art. 1 LC” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid 2004, p. 29-32; CONDE DÍEZ, R. en PALOMAR OLMEDA, A. (coord.) *Comentarios a la legislación concursal*, Madrid 2004, p. 238; DUQUE DOMÍNGUEZ, J. “Comentario al art. 1 LC” en PULGAR EZQUERRA, J., ALONSO UREBA, A., ALONSO LEDESMA, C. y ALCOVER GARAU, G. (Dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, Madrid 2004 Tomo I, p. 72; MARCOS GONZÁLEZ, M., “Comentario al art. 1 LC” en CORDÓN MORENO, F. (Dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Navarra, 2004 p. 80 -81; MORILLAS JARILLO, M.J. *El concurso de las sociedades*, Madrid, 2004, p. 161 y ss.; PEITEADO MARISCAL, P, *La declaración de concurso*, Madrid 2005, p. 24 y ss.; VALPUESTA GASTAMINZA, E. *El concurso de la sociedad irregular* Madrid, 2005 p. 73; PRENDES CARRIL, P. *Guía práctica concursal*, Navarra, 2008, p. 61; ROMERO SÁINZ DE MADRID, C. *Derecho concursal*, Madrid, 2005, p. 45-47; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. “El presupuesto objetivo de la Ley Concursal” en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje al profesor Manuel Olivencia*, cit. p. 1211.

se atribuye a los socios por las deudas sociales contraídas antes de la inscripción registral o sin haber efectuado ésta¹⁰⁸. A este respecto, habrá que tener en cuenta que la Ley Concursal no ha previsto la extensión del concurso de la sociedad a los socios, por lo que, en principio, la sociedad concursada responderá con sus activos frente a los acreedores. Si existiera además insolvencia de alguno de los socios personalmente responsables de las deudas sociales, éstos pueden ser también declarados en concurso, y acumularse el concurso de los socios al de la sociedad.

El artículo 24.2 de la Ley Concursal contempla la posibilidad de declaración de concurso de sujetos inscribibles en el Registro Mercantil que, en el momento de la declaración, no estuvieran inscritos. Dispone concretamente que cuando vaya a inscribirse la declaración de concurso y “no constase hoja abierta a la entidad” se practicará previamente la inscripción de ésta en el Registro. De donde resulta que la falta de inscripción de un “sujeto inscribible” no impide la declaración de concurso sino que únicamente provoca que, antes de inscribirse tal declaración se lleve a cabo, lógicamente, la inscripción de la entidad concursada que, de esta manera, dejará de ser irregular¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Los arts. 36 y 37 de la Ley de Sociedades de Capital establecen el régimen de responsabilidad de la sociedad en formación. Responderán quienes hubieran actuado por los actos y contratos realizados antes de la inscripción, a menos que su eficacia hubiese sido condicionada a la inscripción, en cuyo caso la responsabilidad por los mismos será asumida por la sociedad posteriormente. La sociedad en formación responderá con el patrimonio que tuviere, por los actos y contratos indispensables para su inscripción, los realizados por los administradores dentro de las facultades conferidas a los mismos por la escritura de constitución para la fase anterior a la inscripción. Responsabiliza también el apartado 2 del artículo 37 a los socios, hasta el límite de sus aportaciones.

¹⁰⁹ MORILLAS JARILLO, M^a JOSÉ *El concurso de las sociedades*, cit. p. 165-166 niega la adquisición de personalidad jurídica a la sociedad concursada inscrita inmediatamente antes de publicar la declaración de concurso, sobre la base de la falta de voluntad reguladora de los socios; éstos no acuden voluntariamente al Registro para

También se suscitan cuestiones de interés respecto a las sociedades que se encuentran en proceso de extinción o ya han sido extinguidas.

Así, en primer lugar, respecto a las sociedades en liquidación, la reforma operada por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, suprimió el segundo párrafo del artículo 3.1 de la Ley Concursal, que atribuía la competencia para solicitar la declaración de concurso de las sociedades al “órgano de administración o de liquidación”. No obstante, la Ley 40/2015, de 1 de octubre ha vuelto a introducir en el precepto el párrafo anteriormente suprimido, por lo que desaparece cualquier duda que pudiera suscitar la reforma de 2013 en relación con la declaración de concurso de sociedades en liquidación o del órgano competente para solicitarla.

El caso de las sociedades registralmente canceladas no debería suscitar cuestiones pues la cancelación de los asientos registrales está condicionada, como regla general, a la previa liquidación de la sociedad, bien con arreglo al régimen de los artículos 371 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital, bien conforme a lo previsto en la Ley Concursal, cuando se trate de una sociedad concursada. Ahora bien, la propia Ley concursal permite que pueda darse el caso de sociedades registralmente canceladas sin previa liquidación. Se trata de las sociedades cuyo concurso se declara y concluye en el mismo Auto, en el caso previsto en el apartado 4 del artículo 176 bis de la Ley Concursal, es decir, cuando el juez, al declarar el concurso, “aprecie de manera evidente que el patrimonio del concursado no será presumiblemente suficiente para la satisfacción de los previsibles créditos contra la masa del procedimiento ni es previsible el ejercicio de acción de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros.”

terminar con la situación de irregularidad de su sociedad, sino que la inscripción es consecuencia de la declaración de concurso.

Al acordarse la conclusión del concurso, conforme al artículo 178.3 de la Ley, se ordenará la cancelación de la inscripción de la sociedad. El problema es que, en este caso, la sociedad cancelada puede tener activos que deban ser liquidados para la satisfacción, hasta donde se pueda, de los créditos contra la masa y, por tanto, es necesaria una cierta actividad a fin de llevar a cabo esa liquidación, actividad que tendrá que realizarse con posterioridad a la cancelación de los asientos registrales ya que ésta, en el caso que nos ocupa, se ordena en cuanto se constata la insuficiencia de los activos pero sin esperar a que éstos se liquiden.

La actividad liquidatoria posterior a la cancelación de los asientos registrales podrá imputarse a la sociedad, no con arreglo al régimen jurídico propio de la forma social extinguida, pero sí conforme al régimen aplicable a las sociedades irregulares, ya que se trataría, en definitiva, de un supuesto de actividad de una sociedad mercantil no inscrita.

Por lo demás, si con posterioridad a la conclusión del concurso y liquidación de los activos existentes, y extinguida ya la sociedad y cancelados los asientos registrales, aparecieran activos pertenecientes a la sociedad extinguida podría producirse la reapertura del concurso conforme a lo previsto en el artículo 179.2 de la Ley, lo que llevaría consigo la reapertura de la hoja registral de la sociedad¹¹⁰.

¹¹⁰ Este supuesto de reapertura del concurso pone claramente de manifiesto que la declaración de extinción de la sociedad realizada por el juez del concurso y la cancelación de sus asientos registrales no supone una condonación del pasivo insatisfecho de las personas jurídicas. En este sentido MARTÍNEZ FLÓREZ, A. “El problema de los bienes y las relaciones jurídicas aparecidos tras la cancelación registral de la sociedad ordenada por el juez a concluir el concurso de acreedores” en *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor José M^a Miquel*, vol. I, Navarra, 2014, p. 1842. En el mismo sentido MERCADAL VIDAL, F. “Comentario al art. 179 LC” en SAGRERA TIZÓN, SALA REIXACHS, FERRER BARRIENDOS *Comentarios a la Ley Concursal*, Barcelona, 2004, p. 1841

En sentido contrario SACRISTÁN BERGIA, F. “La extinción de la sociedad como consecuencia de la conclusión del concurso por insuficiencia de masa” en *Revista de*

Un caso particular de entidad a la que el ordenamiento no reconoce, en principio, personalidad jurídica y que, sin embargo, tiene una importante presencia en la vida jurídica y económica es la comunidad de bienes. La regla general es que se trata de entidades sin personalidad y que, por lo tanto, no pueden ser, como tales comunidades, declaradas en concurso. Ahora bien, tratándose de comunidades de bienes constituidas para la explotación de una empresa mercantil, se les viene atribuyendo a distintos efectos la naturaleza de sociedades irregulares, lo que abriría el paso a la declaración de concurso en tal concepto.

El artículo 6.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil reconoce capacidad para ser parte a las entidades que no cumplen los requisitos legales para constituirse como personas jurídicas, pero que están formadas por una pluralidad de elementos personales y patrimoniales puestos al servicio de un fin determinado. Ahora bien, esta norma no autoriza a considerar posibles sujetos pasivos de la declaración de concurso a las entidades sin personalidad a que se refiere. Se trata de una norma exclusivamente procesal que solamente se refiere a la posibilidad de asumir la condición de parte procesal, con los derechos, cargas y responsabilidades inherentes a ella, pero que no pretende determinar qué sujetos pueden ser declarados en estado de concurso, cuestión que excede con mucho de lo estrictamente procesal.

Tratándose de sociedades personalistas, la legislación concursal anterior a 2003 extendía automáticamente la quiebra de la sociedad a los socios personalmente de las deudas sociales. El artículo 923 del Código de Comercio disponía, en este sentido, que la quiebra de una sociedad en nombre colectivo o en comandita lleva consigo la de los socios que tengan

Derecho Concursal y Paraconcursal, nº 21, 2014, p. 53-75; GADEA SOLER, E “Reapertura y conclusión del concurso por insuficiencia de masa en la proyectada reforma concursal” en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* nº 15, 2011, p. 367-375;

en ellas responsabilidad solidaria. El apartado 3.3º de la Disposición derogatoria única de la Ley Concursal deroga expresamente este precepto. Además, el artículo 48 bis.1 de la Ley sustituye el régimen de extensión del concurso de la sociedad a los socios personalmente responsables de las deudas sociales por el ejercicio de las acciones que procedan frente a los socios, a cuyo efecto se legitima con carácter exclusivo a la administración concursal.

Respecto a las sociedades cooperativas, el artículo 7 de la Ley 27/1999 de 16 de julio, de Cooperativas establece que este tipo de sociedades ha de ser constituida mediante escritura pública, que se debe inscribir en el Registro de Cooperativas, vinculándose la adquisición de personalidad jurídica a la inscripción registral. Cuando una sociedad cooperativa inscrita se encuentre en situación de insolvencia no hay duda, por tanto, de que se podrá pedir y obtener su declaración de concurso al gozar la sociedad de la personalidad exigida en el artículo 1.1 de la Ley Concursal¹¹¹. Cabe plantear, sin embargo, si es posible la declaración de concurso de una sociedad cooperativa no inscrita, bien por encontrarse en formación, bien por tratarse de una sociedad cooperativa irregular. Siguiendo a PULGAR EZQUERRA¹¹², entendemos que la legislación estatal y autonómica en materia de cooperativas permite resolver la cuestión aplicando a las sociedades cooperativas en formación y a las irregulares el mismo régimen que a las sociedades de capital que se encuentran en dichas situaciones. Respecto a la cooperativa en formación, desde que se otorga la escritura pública hasta que se procede a formalizar la inscripción en el Registro de Cooperativas la sociedad puede operar en el tráfico, y por tanto,

¹¹¹ ENCISO ALONSO-MUÑUMER, Mª “El concurso de acreedores de la cooperativa” en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* nº 19, 2013 p. 115-132.

¹¹² PULGAR EZQUERRA, J. *La declaración del concurso de acreedores*, cit. pp. 239 y ss.

puede ser declarada en concurso¹¹³. La sociedad cooperativa en formación posee un patrimonio, integrado por las aportaciones de los socios cooperativistas. El artículo 9 de la Ley 27/1999 atribuye responsabilidad solidaria a los sujetos que celebraron actos jurídicos en nombre de la cooperativa en formación, lo que no impide que pudiera ser declarada en concurso la propia sociedad cooperativa en formación, ejercitándose en su caso las acciones frente a los gestores personalmente responsables por los administradores concursales conforme a lo previsto en la Ley Concursal.

El supuesto de las sociedades cooperativas irregulares, si bien no está expresamente previsto en la vigente Ley de Cooperativas, sí se contempla en algunas normativas autonómicas¹¹⁴. Con base este expreso reconocimiento en legislaciones autonómicas, unido a que la Ley estatal, al regular la situación de la sociedad cooperativa en formación, viene a admitir implícitamente la situación de irregularidad que se produciría si el proceso de formación no se completa mediante la preceptiva inscripción registral, consideramos que, también para las sociedades cooperativas, ha de reconocerse personalidad, si bien en grado mínimo, a las no inscritas, lo que

¹¹³ ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M^a “El concurso de acreedores de la cooperativa”, cit., p. 115-132.

¹¹⁴ Las leyes de cooperativas del País Vasco y de Cataluña reconocen expresamente la existencia de las sociedades cooperativas irregulares. El art. 10 de la Ley 4/1993, de 24 de junio, de Cooperativas de Euskadi reconoce la operatividad de las cooperativas irregulares, y legitima a cualquier socio a instar la disolución si se verifica la voluntad de no inscribir la sociedad, o transcurre un año desde el otorgamiento de la escritura pública sin haber inscrito la sociedad en el registro de cooperativas. El art. 14 de la Ley 12/2015, de 9 de julio, de Cooperativas de Cataluña, contiene una previsión muy similar, pero el plazo desde que se otorga la escritura pública es de seis meses.

resulta suficiente para que pueda admitirse su declaración de concurso en caso de insolvencia¹¹⁵.

2.2.4. El concurso de pequeñas y medianas empresas

La Ley Concursal contiene algunas previsiones que cabe considerar orientadas a facilitar el desarrollo del concurso de las pequeñas y medianas empresas. Se trata, especialmente, de la regulación del procedimiento abreviado, en los artículos 190 y siguientes, cuyas especialidades solamente son aplicables a empresas que se encuentren en alguno de los casos del artículo 190. Hay que entender que con la distinción entre empresas cuya dimensión encaja en los parámetros de dicho precepto, cuyo concurso ha de seguir por tanto la tramitación abreviada, y empresas de mayor tamaño cuyo concurso tendría que seguir el cauce ordinario, no se rompe la unidad en el tratamiento de las situaciones concursales que la Ley Concursal ha pretendido establecer, ya que la unidad de disciplina no puede ser óbice para la previsión de las convenientes especificidades, procesales y sustantivas, del concurso pequeño o doméstico¹¹⁶.

La regulación inicial del procedimiento abreviado, o de forma más precisa, la tramitación abreviada del procedimiento concursal¹¹⁷, ha sido reformada en varias ocasiones desde la Ley de 2003. En su configuración inicial, el procedimiento abreviado solamente era aplicable a deudores que reuniesen ciertos requisitos. El primero de los requisitos exigidos era de

¹¹⁵ PULGAR EZQUERRA, J. *La declaración del concurso de acreedores*, cit. pp. 241-242; ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M^a “El concurso de acreedores de la cooperativa”, cit., p. 115-132.

¹¹⁶ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P. “El Procedimiento abreviado” en CORDÓN MORENO, F. (Director), *Comentarios a la Ley Concursal*, Navarra, 2004, p.1245.

¹¹⁷ PULGAR EZQUERRA, J. “El Procedimiento abreviado” en PULGAR EZQUERRA, J; ALONSO UREBA, A; ALONSO LEDESMA, C. y ALCOVER GARAU, G. *Comentarios a la legislación concursal*, cit. p. 1567.

carácter cuantitativo: el pasivo inicial del concurso no debía ser superior a un millón de euros¹¹⁸; el segundo requisito era que el deudor estuviese autorizado a presentar balance abreviado. Al fijar el límite en un millón de euros, se pretendía incluir dentro del ámbito de aplicación del procedimiento abreviado los concursos menores o más sencillos. Ahora bien, esta cifra experimentó un aumento muy sustancial con la reforma operada por el Real Decreto-ley 3/2009, pasando a diez millones de euros.

La reforma posterior de la Ley 38/2011 eliminó la referencia a la necesidad de que el deudor estuviese autorizado a presentar balance abreviado, y también redujo el límite cuantitativo a la mitad de la elevada cifra fijada en 2009, pasando a ser cinco millones de euros. La reforma de 2011 supuso un cambio en la concepción de la tramitación abreviada, estableciéndose su aplicación obligatoria en determinados casos, y especificando con mayor detalle las especialidades de tramitación para ciertos concursos voluntarios. Con esta reforma se modificaron los artículos 190 y 191 y se introdujeron los nuevos artículos 191 *bis*, 191 *ter* y 191 *quáter*. El procedimiento abreviado se reserva al concurso que *no reviste especial complejidad*, atendiendo a ciertos criterios legales de carácter cuantitativo: pasivo inicial que no exceda de cinco millones de euros, activo inicial cuya valoración no exceda del mismo importe y un número de acreedores, según la lista presentada por el deudor, no superior a cincuenta (art. 190.1 LC).

La reforma de 2011 introdujo también la tramitación abreviada de carácter obligatorio en dos supuestos: cuando el deudor presenta junto con su solicitud de concurso un plan de liquidación que contiene una propuesta vinculante de compra de unidad productiva en funcionamiento, y cuando el

¹¹⁸ En los textos prelegislativos se restringía más el ámbito del procedimiento abreviado. El Anteproyecto de Ley Concursal de 7 de septiembre de 2001 fijó en 300.000 euros el requisito cuantitativo para acceder al procedimiento abreviado, lo cual limitaba la aplicación del mismo a un número bastante menor de casos.

deudor ha cesado totalmente su actividad sin que tenga contratos de trabajo en vigor (art. 190.3 LC). Fuera de estos casos se mantiene la potestad del juez del concurso para decidir si opta por el procedimiento abreviado, para los concursos que no revistan especial complejidad atendiendo a los criterios legales. Los nuevos artículos 191 *bis*, 191 *ter* y 191 *quáter* regulan las especialidades para los concursos abreviados en los que el deudor ha presentado propuesta de convenio, o un plan de liquidación junto con su solicitud.

Los cinco millones de euros en que se ha fijado el límite cuantitativo en cuanto a pasivo y en cuanto a valoración del activo como criterio para determinar si el concurso reviste o no especial complejidad a efectos de la procedencia de ordenar su tramitación abreviada es una cifra que, pese a haberse visto reducida desde los diez millones establecidos en la reforma de 2009, sigue siendo lo suficientemente elevada como para que el procedimiento abreviado sea el cauce procesal más frecuentemente utilizado. En realidad, más que un trámite especial de aplicación limitada a pequeñas empresas y a deudores no profesionales, el procedimiento abreviado puede ser considerado como el cauce procesal que habrá de seguirse en la mayoría de los concursos, quedando limitada la aplicación de la tramitación ordinaria a los concursos de grandes empresas¹¹⁹.

A fin de determinar la procedencia de seguir la tramitación abreviada, el juez debe analizar la solicitud y documentación presentada con ella para comprobar si el pasivo o activo inicial superan o no los cinco millones de euros y si el número de acreedores excede o no de cincuenta. Dependiendo del sujeto que presente la solicitud de concurso, la estimación del Juez sobre estas cifras será más o menos fácil de realizar. En el concurso voluntario,

¹¹⁹ VÁZQUEZ PIZARRO, M^a T. "El procedimiento abreviado" en PRENDES CARRIL, MUÑOZ PAREDES (Directores) *Tratado judicial de la insolvencia*, Pamplona 2012, p. 988 preveía que la reforma operada por la Ley 38/2011 provocaría la aplicación de la tramitación abreviada a la mayoría de concursos.

por medio de la documentación que el deudor tiene que acompañar a la solicitud¹²⁰, el Juez tiene acceso desde el inicio del procedimiento a información más completa sobre la situación del deudor. Por el contrario, en el concurso necesario, el solicitante sólo tiene la obligación de expresar el origen, naturaleza, importe y fecha de adquisición y vencimiento del crédito del que sea titular, acompañando documento acreditativo¹²¹. En este último caso el Juez podrá encontrar dificultades para realizar una estimación fiable tanto del pasivo y activo inicial, como del número de acreedores, al no contar con información suficiente sobre la situación económica del deudor. Esta información se podrá obtener posteriormente, si el deudor formula oposición a la solicitud de declaración de concurso, aportando documentos con el fin de acreditar que no se encuentra en estado de insolvencia o, en último término, tras el Auto de declaración del concurso, si el deudor atiende al requerimiento para presentar la documentación del artículo 6 que se ordena en dicha resolución (art. 21.1.3º LC). En este último caso no se acordaría la tramitación abreviada inicialmente, pero podría ordenarse la conversión del procedimiento ordinario en abreviado si resultara procedente a la vista de la documentación aportada con posterioridad a la declaración del concurso.

El apartado 1 del artículo 190 parece especialmente concebido para las solicitudes de declaración de concurso voluntario, al hacer referencia a datos que normalmente son conocidos a través de la documentación que presenta el deudor con la solicitud. También los apartados 2 y 3 del artículo 190 se refieren a la solicitud de concurso presentada por el deudor tanto en el caso especial de presentación de propuesta anticipada de convenio que incluya una modificación estructural con transmisión íntegra del pasivo y del activo; así como al regular los dos casos de tramitación abreviada de carácter obligatorio: el primero de ellos cuando el deudor, junto con su solicitud de concurso, presenta un plan de liquidación que contiene una

¹²⁰ *Vid.* Art. 6 LC.

¹²¹ *Vid.* Art. 7 LC.

propuesta vinculante de compra de unidad productiva en funcionamiento; y el segundo, cuando el deudor ha cesado completamente su actividad y no tenga en vigor contratos de trabajo. Ahora bien, ninguno de los preceptos dedicados a la regulación del procedimiento abreviado excluye expresamente el mismo en el seno del concurso necesario. En el concurso necesario, aunque exista mayor dificultad, por falta de información, para acordar el procedimiento abreviado desde el inicio, será posible ordenar dicha tramitación con posterioridad, a medida que se vaya disponiendo de información que permita apreciar la ausencia de complejidad del concurso.

A este respecto hay que tener en cuenta que la decisión del Juez en relación al tipo de procedimiento elegido inicialmente no es irrevocable¹²², pues la Ley contempla la posibilidad de cambio del procedimiento ordinario al abreviado y viceversa (art. 190.4 LC)¹²³. La tramitación abreviada puede ser decidida por el Juez desde el inicio del proceso¹²⁴ o en cualquier momento posterior siempre que las circunstancias que motivaron la elección inicial hubiesen cambiado. La conversión de la tramitación ordinaria en abreviada se realiza a través de Auto, que deberá motivar la conversión. El procedimiento se transforma sin que se retrotraigan las actuaciones pues,

¹²² ARRAIZA JIMÉNEZ, P. “El nuevo concurso abreviado” en MARTÍN MOLINA, GONZÁLEZ BILBAO, DEL CARRE DÍAZ-GÁLVEZ *La reforma de la Ley Concursal analizada por especialistas*, cit. p. 157, poniendo el acento en la ampliación significativa de los legitimados para instar la transformación.

¹²³ Es una conversión de doble dirección, como observa GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P. “El Procedimiento abreviado” en CORDÓN MORENO, F. (Director), *Comentarios a la Ley Concursal*, cit. p. 1252.

¹²⁴ En cuyo caso deberá incluir en el auto de declaración del concurso una mención justificando la procedencia del procedimiento abreviado. El tenor literal del art. 21.1.8º se refiere a la decisión de tramitar el concurso a través del procedimiento “*especialmente simplificado*” a que se refiere el capítulo II del título VIII”. Pese a la diferente terminología, obviamente se refiere al procedimiento abreviado.

de lo contrario, el fin perseguido por la introducción de un procedimiento abreviado -celeridad y simplificación- se vería desvirtuado.

La regulación de los efectos legales una vez que el juez del concurso opta por la tramitación abreviada es más completa tras la reforma de 2011 que la del texto originario de 2003. La anterior regulación simplemente establecía una genérica reducción de plazos a la mitad, con redondeo al alza si no resultara número entero, si bien permitiendo al juez mantener el plazo ordinario si concurrieran “razones especiales” y lo considerase necesario “para el mejor desarrollo del procedimiento”. Había una previsión específica en relación al plazo para presentar el informe de la administración concursal, que se fijaba en un mes, con posible prórroga de hasta quince días más¹²⁵. La segunda especialidad del procedimiento abreviado anterior a la reforma de 2011, según el apartado 2 de la redacción original del artículo 191, consistía en que la administración concursal estaría integrada por un solo miembro, frente a las administraciones concursales de tres miembros que eran la regla general entonces. También se dejaba un margen de discrecionalidad necesariamente motivada al juez, para mantener la forma colegiada ordinaria¹²⁶.

¹²⁵ El art. 191.1 2º establecía expresamente el plazo de un mes para que la administración concursal presentase el Informe, sujeto a una prórroga de 15 días. Estos plazos no eran distintos de los que resultarían de aplicar la regla general, ya que el plazo ordinario para la entrega de dicho documento era de dos meses, con una posible prórroga de un mes más (art. 74 LC). Tal vez la intención del legislador era eliminar de la libre discrecionalidad del juez la decisión de mantener el plazo ordinario en relación con la presentación del Informe.

¹²⁶ La composición de la administración concursal ha sido objeto de diversas modificaciones. Actualmente la especialidad del procedimiento abreviado relativa a la composición de la administración concursal carecería de sentido, ya que la regla general ha pasado a ser que la administración concursal esté formada por un único miembro. La Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial supuso la confirmación de dicha

El artículo 191, en su redacción vigente, establece plazos especiales para la presentación del inventario y del informe de la administración concursal. El apartado 1 del citado precepto establece un plazo de 15 días para que el administrador presente el inventario de bienes y derechos del deudor; mientras que el plazo fijado en el siguiente apartado para presentar el Informe es de un mes prorrogable 15 días más, debiendo computarse ambos plazos desde la aceptación del cargo por la administración concursal.

Con esta regulación sobre plazos, son altas las probabilidades de que finalicen el plazo de un mes y la posible prórroga de hasta quince días, sin que haya concluido a su vez, el plazo que establece la Ley para la comunicación de créditos. El artículo 191 no menciona un plazo específico para que los acreedores comuniquen sus créditos en el procedimiento abreviado, por lo que será de aplicación el plazo de un mes desde la publicación del auto de declaración de concurso, establecido para la tramitación ordinaria en el artículo 21.1.5º de la Ley Concursal. Aunque teóricamente el plazo de comunicación de créditos debería comenzar a correr antes de la aceptación del cargo por la administración concursal, si se producen retrasos en la publicación de la declaración del concurso podría ocurrir que los plazos para la presentación del informe con la lista de acreedores terminaran antes que el plazo de comunicación de créditos. En el procedimiento ordinario, el apartado 2 del artículo 74 contempla precisamente esta situación y establece una posible prórroga especial de 5 días que se contaría desde la conclusión del plazo para comunicar créditos. Ahora bien, esta solución, prevista para la tramitación ordinaria, no es fácilmente trasladable al procedimiento abreviado, atendida la tajante redacción del artículo 191.2 en el que no se contempla otra posible prórroga

regla general, introducida previamente por la reforma anterior de 2011; en ambas ocasiones, modificando la redacción del art. 27 LC.

que la mencionada de hasta quince días¹²⁷. No se trata, pues, de un supuesto de ausencia de regulación específica en la tramitación abreviada del problema del solapamiento de plazos, sino de que en dicha tramitación solamente se admite una prórroga, lo que no permite la aplicación supletoria del artículo 74.2.2º de la Ley Concursal, dejando el problema sin una solución satisfactoria.

Otra de los plazos que se reduce en la tramitación abreviada del concurso es, conforme a lo previsto en el apartado 3 del artículo 191, el que se concede a la administración concursal para realizar la comunicación electrónica informando sobre el proyecto de inventario y de la lista de acreedores, a éstos y al deudor, comunicación que ha de efectuarse con una antelación mínima de cinco días¹²⁸ previos a la presentación de tales documentos al Juez. La finalidad perseguida por esta comunicación, tanto en la tramitación ordinaria como en la abreviada, es ofrecer a los acreedores la oportunidad de solicitar a la administración concursal la corrección de errores o el complemento de la información incluida. Estas solicitudes de modificación deben efectuarse con una antelación mínima de tres días antes de la presentación del informe al Juez, antelación que no se reduce tratándose del procedimiento abreviado.

Las especialidades de la tramitación abreviada afectan asimismo al trámite de impugnaciones de la lista de acreedores y del inventario. En este caso las especialidades van más allá de la simple reducción de plazos, estableciéndose una tramitación por completo diferente a la prevista en el procedimiento ordinario. A diferencia de lo que ocurre en éste, en el procedimiento abreviado las impugnaciones de la lista de acreedores y del

¹²⁷ Tal como argumenta ARRAIZA JIMÉNEZ, P. en MARTÍN MOLINA, GONZÁLEZ BILBAO, DEL CARRE DÍAZ-GÁLVEZ *La reforma de la LC analizada por especialistas*, cit. p. 159.

¹²⁸ Diez días establece la Ley para el procedimiento ordinario, tal como establece el art. 95.1 LC.

inventario no se tramitan por la vía del incidente concursal, sino en una pieza separada que ha de formarse por el Secretario judicial¹²⁹, en la que se dará traslado de las impugnaciones a la administración concursal. El artículo 191 no modifica el plazo para formular la impugnación del inventario y de la lista de acreedores en el procedimiento abreviado, por lo que será de aplicación el plazo previsto al efecto en la tramitación ordinaria, esto es, diez días a contar desde la notificación de la presentación del informe y la lista de acreedores por la administración concursal, para los acreedores personados, y a contar desde la última publicación de la presentación, para el resto de interesados¹³⁰. El administrador concursal dispone de un plazo de diez días para comunicar al tribunal si acepta la pretensión de modificación, incorporando la misma a los textos definitivos, o si por el contrario se opone, proponiendo la prueba que considere pertinente. Tras la contestación por la administración concursal, continúa la tramitación por los conforme a lo previsto para el juicio verbal.

En la regulación de la tramitación de las impugnaciones en el procedimiento abreviado no se contempla el traslado al deudor y resto de acreedores de las impugnaciones presentadas. Cabría no obstante, la intervención voluntaria a instancia de los mismos conforme a lo previsto en el artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En relación a la vista de las impugnaciones, el artículo 191.4 hace una doble remisión: por un lado, remite a lo dispuesto para la vista del juicio verbal en la Ley de Enjuiciamiento Civil, y por otro, a lo dispuesto en el artículo 194.4 de la Ley Concursal, respecto a la procedencia del señalamiento de la vista, a la resolución de las cuestiones procesales y a la

¹²⁹ VÁZQUEZ PIZARRO, M^a T. “El procedimiento abreviado” en PRENDES CARRIL, P. y MUÑOZ PAREDES, A., *Tratado Judicial de la Insolvencia* Tomo II, Pamplona 2012, p. 927, sostiene que el Secretario judicial deberá abrir la pieza separada de oficio ante la presentación de alguna impugnación dentro de plazo.

¹³⁰ *Vid.* art. 96.1 en conexión con el art. 95.2 LC.

sentencia. Dado que este último precepto contiene, a su vez, remisiones a la propia regulación de la vista del juicio verbal y a las disposiciones sobre resolución escrita de cuestiones procesales planteadas en la audiencia previa del juicio ordinario, el resultado de todo este entramado de remisiones resulta ser confuso, con la consiguiente merma de la seguridad jurídica.

Cuando se presenten varias impugnaciones se acumularán todas en la misma pieza separada y serán resueltas con una única sentencia.

En los párrafos finales del artículo 191.4 se hace referencia a la incidencia de las impugnaciones en las fases de convenio o liquidación. Se establece el deber de la administración concursal de informar al juez sobre de la incidencia de las impugnaciones en el quórum y mayorías necesarias para aprobar el convenio, y se contempla la posibilidad de que por el juez se ordene la finalización de la fase común y la apertura de la fase de convenio o liquidación si las impugnaciones afectan a menos del 20% del activo o del pasivo del concurso, dejando a salvo el reflejo del resultado de las impugnaciones en los textos definitivos. El artículo 96.4 establece la misma previsión para el procedimiento ordinario con el propósito de evitar que la tramitación de las impugnaciones retrase injustificadamente la consecución de un convenio o la liquidación concursal.

Se prevé, finalmente, en la regulación de las impugnaciones en el procedimiento abreviado, la imposición de costas conforme al criterio objetivo o del vencimiento, salvo que el juez, de manera razonada, aprecie la existencia de serias dudas de hecho o de derecho. Esta previsión no supone ninguna novedad respecto de la regla general del artículo 394 LEC. No obstante, la referencia expresa subraya el carácter especial de la tramitación en pieza separada de las impugnaciones del inventario y lista de acreedores en el procedimiento abreviado¹³¹, puesto que en los incidentes

¹³¹ VÁZQUEZ PIZARRO, M^a T. “El procedimiento abreviado” en PRENDES CARRIL, P y MUÑOZ PAREDES, A. *Tratado Judicial de la Insolvencia* Pamplona 2012, Tomo II, p. 933

no siempre se sigue el criterio objetivo o del vencimiento por los jueces de lo mercantil, ya que la eventual imposición de las costas al concursado o a la administración concursal implicaría cargar a la masa con un crédito prededucible más, y si procediera condenar al acreedor impugnante, resultaría perverso que a las escasas expectativas de cobrar su crédito se le sumara la condena al pago de las costas de su impugnación sin éxito¹³².

Las especialidades del procedimiento abreviado afectan también a la presentación de propuestas de convenio. El apartado 5 del artículo 191 establece un plazo especial para la presentación de propuestas ordinarias, que finaliza cinco días después de la notificación del informe¹³³ de la administración concursal¹³⁴. Se reduce también el periodo dentro del que debe quedar la fecha señalada para la celebración de la junta de acreedores, fecha que deberá estar dentro de los 30 días hábiles siguientes a la admisión a trámite de la propuesta de convenio. Se trata así de que la junta se celebre con mayor celeridad que en el procedimiento ordinario, en el que la fecha

¹³² MUÑOZ PAREDES, A. *Protocolo Concursal* Pamplona, 2013, p. 801

¹³³ Ha suscitado dudas la referencia de la Ley al “informe” sin más. MUÑOZ PAREDES, A.. *Protocolo Concursal*, cit, p. 798-801; o ARRAIZA JIMÉNEZ en MARTÍN MOLINA, GONZÁLEZ BILBAO, DEL CARRE DÍAZ-GÁLVEZ *La reforma de la LC analizada por especialistas*, cit. p. 159-162, se cuestionaban si se refería al “informe provisional”, esto es, el que se comunica a los personados y se publica en el Registro Público Mercantil, conforme al art. 95 LC, momento a partir del cual comienza a contar el plazo de 10 días para presentar las correspondientes impugnaciones del inventario y la lista de acreedores; o si por el contrario el legislador se refiere al “informe definitivo”, que resulta tras la resolución de las eventuales impugnaciones del inventario y lista de acreedores. Estos autores defienden que debe entenderse que la Ley se refiere a la presentación del informe definitivo, tras incorporar el resultado de las eventuales impugnaciones.

¹³⁴ Nada señala la Ley en relación al inicio del cómputo de este plazo; en ausencia de norma especial al respecto para el procedimiento abreviado es aplicable en este punto la normativa reguladora del procedimiento ordinario que permite la presentación de propuestas ordinarias de convenio desde la finalización del plazo de comunicación de créditos (art. 113.1 LC).

señalada para dicho acto puede distanciarse hasta un máximo de dos o de tres meses desde la terminación de la fase común, según los casos (art. 111.2.3º LC).

Ante la ausencia presentación de propuestas de convenio en el plazo mencionado anteriormente, el apartado 6 del artículo 191 establece que el Secretario acuerde la apertura de la fase de liquidación inmediatamente, requiriendo a la administración concursal para que elabore y presente un plan de liquidación en el plazo improrrogable de diez días. No se sigue, por tanto, el sistema previsto para el procedimiento ordinario ante la ausencia de propuestas de convenio, consistente en convocar no obstante la junta y permitir la presentación de propuestas hasta cuarenta días antes del señalado para la celebración de aquélla.

Respecto a la liquidación, en los concursos que sigan la tramitación abreviada se limita el tiempo en que deben desarrollarse las operaciones de liquidación a un máximo de 3 meses, prorrogables a petición de la administración concursal por un mes más.

El artículo 191 *bis* regula ciertas especialidades previstas para la tramitación abreviada en el concurso voluntario cuando el deudor presenta propuesta anticipada¹³⁵ de convenio. La administración concursal deberá evaluar la propuesta dentro de los 10 días siguientes a la publicación de la declaración de concurso¹³⁶. La referencia, en el 2 del artículo 191 bis, a la “aceptación” de la propuesta de convenio, y no a la “adhesión” a la misma,

¹³⁵ Pese a que el art. 190.2 se refiere tanto a la propuesta anticipada como a la ordinaria, en realidad las especialidades previstas en el art. 191 *bis* son aplicables solo al primer caso. En efecto, la rúbrica del artículo se refiere a la *solicitud de concurso con presentación de propuesta de convenio*, lo cual solo puede ser llevado a cabo por el deudor, recibiendo dicha propuesta de convenio la denominación de “anticipada”.

¹³⁶ En el procedimiento ordinario, la evaluación de la propuesta anticipada por la administración concursal deberá hacerse en el mismo plazo de 10 días, si bien contados desde el traslado de la propuesta a la administración concursal (art. 107 LC).

suscita dudas acerca de si en la tramitación abreviada la conformidad de los acreedores con la propuesta ha de expresarse con las formalidades exigidas en el artículo 103.3 (comparecencia ante el Secretario judicial o mediante instrumento público). Atendiendo a la finalidad perseguida con el procedimiento abreviado, de simplificar y acelerar la tramitación del concurso, nos inclinamos por entender que basta con un simple documento escrito para formalizar las adhesiones en la tramitación abreviada.

El plazo para la comprobación de las adhesiones se reduce a tres días, respecto a los cinco días previstos en el procedimiento ordinario (art. 109.1 LC). No se establecen previsiones especiales en el procedimiento abreviado para la oposición a la aprobación judicial del convenio ni respecto al rechazo de oficio, por lo que será de aplicación a dichas cuestiones lo dispuesto en la regulación del procedimiento ordinario¹³⁷.

En el artículo 191 *ter* se establecen especialidades para la tramitación abreviada cuando el deudor presenta junto con su solicitud de concurso un plan de liquidación. Tras la apertura de la fase de liquidación, se dará traslado del plan de liquidación a la administración concursal para que presente informe en el plazo de diez días. El informe incluirá necesariamente un inventario de la masa activa, así como una evaluación del efecto de la resolución de contratos sobre la masa activa y pasiva del concurso. Del mismo plazo de diez días disponen los acreedores para formular alegaciones respecto del plan de liquidación del concursado. El Auto por el que se aprueba el plan de liquidación podrá acordar la resolución de contratos pendientes de cumplimiento por ambas partes, con excepción de aquellos vinculados a una oferta efectiva de compra de la unidad productiva o de parte de ella. En la tramitación ordinaria, la resolución de contratos requiere la tramitación por la vía del incidente concursal¹³⁸.

¹³⁷ *Vid.* arts. 127 a 132 LC.

¹³⁸ Con el fin de evitar la indefensión, el auto que apruebe el plan de liquidación y establezca la terminación de alguno de estos contratos, deberá diferir los efectos de la

2.2.5. El concurso de otros entes con personalidad jurídica: agrupaciones de interés económico, asociaciones, fundaciones y uniones temporales de empresas.

También pueden quedar sometidos a concurso ciertos entes con personalidad jurídica que actúan en el tráfico jurídico mercantil. En este grupo heterogéneo de entes encontramos las sociedades de inversión colectiva de carácter financiero, cuya personalidad jurídica es incuestionable ya que se constituyen bajo la forma de sociedad anónima¹³⁹. Las agrupaciones de interés económico¹⁴⁰ también pueden ser declaradas en concurso, siendo reconocida expresamente esta posibilidad por la Disposición Final 25ª de la Ley Concursal, que modifica la Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico con el fin de acomodar dicha norma a la posibilidad de declarar en concurso estos entes. Asimismo, las fundaciones y asociaciones, dado que están dotadas de personalidad jurídica, pueden ser declaradas en concurso¹⁴¹. Por último, las Uniones Temporales de Empresas carecen de personalidad jurídica independiente y distinta de la de los miembros que las integran. Si bien es cierto que se

resolución al trámite incidental, para evitar de este modo que el recurso de apelación del auto conste de multitud de alegaciones de los contratantes de buena fe. MUÑOZ PAREDES, A. *Protocolo Concursal*, cit. p. 807.

¹³⁹ Vid. Art. 9.1 Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva.

¹⁴⁰ Reguladas por la Ley 12/1991, de 29 de abril de Agrupaciones de Interés Económico. El art. 1 de esta ley establece su carácter mercantil y personalidad jurídica, declarando como derecho supletorio la regulación de las sociedades colectivas que resulte compatible con la específica naturaleza de estas agrupaciones.

¹⁴¹ Tanto la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, del Derecho de Asociación, como la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, proclaman la personalidad jurídica de ambos entes.

formaliza su constitución en escritura pública, la carencia de personalidad jurídica determina su falta de capacidad para ser declaradas en concurso.

2.2.6. El concurso de las entidades de crédito, aseguradoras y entidades emisoras de valores.

Las entidades de crédito, aseguradoras y entidades emisoras de valores pueden, en principio, ser declaradas en concurso. En el concurso de estos entes existen ciertas especialidades, en la fase de declaración del concurso (legitimación de la Comisión Nacional del Mercado de Valores para solicitar el concurso de las empresas de servicios de inversión, conforme a la Disposición final 18ª, apartado 5 de la Ley Concursal; régimen de comunicaciones previas a la declaración de concurso, previsto en el artículo 13 de la Ley; régimen especial notificaciones del Auto de declaración de concurso, conforme al artículo 21.5 de la Ley Concursal; y sujeción a la legislación especial relacionada en la Disposición adicional 2ª de la Ley Concursal); en relación a la composición de la administración concursal y prohibiciones para ser miembro de la misma (art. 27.2 LC¹⁴²); obligación de auditar las cuentas durante el concurso (art. 46 LC); así como especialidades en relación a la calificación del concurso (art. 174 y 175 LC) y en la composición de la masa activa y pasiva (Disposición adicional 2ª LC).

Las entidades aseguradoras, además de poder quedar sometidas a concurso, son sujetos de un procedimiento especial de liquidación administrativa encomendada al Consorcio de Compensación de Seguros. Esta liquidación administrativa es incompatible con el concurso de

¹⁴² El art. 27 ha sido modificado por la Ley 7/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial. Dicha modificación no entrará en vigor hasta que lo haga su desarrollo reglamentario, que deberá aprobarse, a iniciativa de los Ministerios de Justicia y de Economía y Competitividad, en un plazo máximo de seis meses, conforme establece la disposición transitoria segunda de la citada Ley.

acreedores¹⁴³, por lo que una vez abierta la misma no se podría solicitar el concurso. No obstante, la Ley de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados autoriza al Consorcio a solicitar la declaración de concurso, si considera que existe perjuicio para los acreedores. También podrá el Consorcio solicitar el concurso si la junta de acreedores no aprueba el plan de liquidación en el seno del procedimiento administrativo de liquidación. En ambos casos, la solicitud de concurso pondría fin a la liquidación administrativa.

2.2.7. El concurso de la herencia.

Como se ha visto, la regla general en la Ley Concursal es la exigencia de personalidad jurídica para ser sujeto pasivo de la declaración de concurso. La única excepción a esta regla que la Ley admite es la herencia. La Ley permite la declaración de concurso de la herencia, pese a ser un patrimonio carente de personalidad jurídica.

El concurso de la herencia no se regula en la Ley como un tipo especial de procedimiento¹⁴⁴, ni se le dedica un único capítulo o sección del articulado de la Ley Concursal, sino que se menciona en distintos artículos de diferentes secciones del concurso.

La conjunción del derecho concursal y el derecho de sucesiones no es fácil, ya que una vez declarado el concurso el Derecho civil queda relegado a una posición secundaria, pasando a primer plano el Derecho concursal. Sin embargo, la Ley Concursal no ha regulado en detalle el concurso de la herencia y, por consiguiente, las remisiones al Código Civil son absolutamente necesarias para entender la forma en que se conjugan estos dos sistemas, a fin de ofrecer a los acreedores del causante una

¹⁴³ Vid. Art. 34 del Real Decreto Legislativo 6/2004 de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados.

¹⁴⁴ Vid. PULGAR EZQUERRA, J., *La declaración del concurso de acreedores*, cit. p.286.

solución ante el fallecimiento de su deudor y la situación de insolvencia de la herencia.

Como resulta de los artículos 659 y 660 del Código Civil el sistema español de sucesión *mortis causa* es universal. Doctrina y jurisprudencia¹⁴⁵ coinciden en que el Derecho sucesorio español ha seguido el planteamiento tradicional romano¹⁴⁶, que configura la herencia de forma universal, de modo que el causante transfiere no sólo los bienes y derechos sino también las obligaciones¹⁴⁷.

Tras la muerte, el causante pierde todas las titularidades activas y pasivas que integraban su patrimonio, que desde el momento del fallecimiento pasan a convertirse en la herencia¹⁴⁸. La herencia se adquiere por aceptación. Sin aceptación el llamado a heredar no se convierte en heredero y, por tanto, sucesor del causante. La responsabilidad de éste por las deudas de la herencia se transfiere con la aceptación, expresa o tácita

¹⁴⁵ Así lo reitera el Tribunal Supremo en el fundamento de derecho segundo, de la sentencia 637/2000 de 20 junio.

¹⁴⁶ PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., "El concurso de la herencia", en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 1, 2004, p. 53-72.

¹⁴⁷ Tras la muerte, el causante pierde todas las titularidades activas y pasivas que no han desaparecido como consecuencia del fallecimiento; dichas titularidades se convierten en la herencia. Tal como establece el art. 657 CC, el causante transmite los derechos de sucesión desde el momento de su muerte, produciéndose entonces la delación, pues el llamado puede aceptar la herencia, convirtiéndose en heredero. Una vez aceptada la herencia, el heredero asume la responsabilidad por las deudas del causante quedando obligado frente a los acreedores hereditarios. En este sentido, CAZORLA GONZÁLEZ, M.J. en *El concurso de la herencia*, cit., pág. 113.

¹⁴⁸ *Vid.* Art. 657 y 659 CC.

de la misma¹⁴⁹. Un vez que el heredero ha aceptado, queda obligado frente a los acreedores del causante.

El artículo 998 del Código Civil señala que la herencia se puede aceptar pura y simplemente o a beneficio de inventario. Esta última forma no es en sí misma una modalidad de aceptación, sino un beneficio ofrecido por la Ley a los herederos, que consiste en limitar su responsabilidad por las deudas del causante, intentando satisfacer al mismo tiempo el interés de los acreedores del causante. La diferencia entre una y otra forma de aceptación consiste en el régimen de responsabilidad por las deudas del causante que conlleva cada una. Mientras que la responsabilidad del heredero en el supuesto de aceptación pura y simple es ilimitada, en el caso de aceptación a beneficio de inventario, el heredero responde por las deudas del causante hasta donde alcancen los bienes de la herencia (art. 1023.1º CC).

La persona que es llamada a suceder debe elegir entre las siguientes opciones. En primer lugar, el llamado puede aceptar la herencia pura y simplemente. El efecto principal de la aceptación pura y simple se proyecta sobre el régimen de responsabilidad del heredero por las deudas del causante. El llamado que acepta pura y simplemente responderá de todas las obligaciones del causante no sólo con los activos patrimoniales recibidos, sino también con su propio patrimonio¹⁵⁰.

En segundo lugar, el llamado puede aceptar utilizando el beneficio de inventario. El beneficio de inventario produce a favor del heredero una limitación de la responsabilidad por las deudas del causante, quedando

¹⁴⁹ En Navarra la herencia se entiende adquirida por el heredero desde la muerte del causante. Así lo determina el texto de la Ley 315 del Fuero Nuevo de Navarra. En opinión PÉREZ DE VARGAS,(*vid.* nota 129) el causante convierte al llamado en heredero provisional, que deberá aceptar o repudiar dentro del plazo de treinta días; si tras dicho plazo no ha habido renuncia, se entiende adquirida la herencia definitivamente.

¹⁵⁰ *Vid.* Art. 1003 CC

obligado a satisfacer las obligaciones y demás cargas de la herencia hasta donde alcancen los activos patrimoniales recibidos¹⁵¹.

Por último, el llamado puede repudiar la herencia. Apunta PÉREZ DE VARGAS¹⁵² que la repudiación de la herencia no puede considerarse perjudicial para los acreedores del causante, ya que éstos no quedan desamparados por el ordenamiento jurídico, pues pueden dirigir sus acciones contra la herencia para reclamar la satisfacción de sus créditos. En este contexto hay que situar la legitimación que reconoce la Ley concursal a los acreedores del causante para solicitar el concurso de la herencia.

a) Exclusión del concurso de la herencia en caso de aceptación pura y simple

El artículo 1003 CC hace responsable al heredero que acepta la herencia pura y simplemente, o al que acepta sin hacer uso del beneficio de inventario, de las deudas del causante, no sólo con los bienes de la herencia, sino también con los suyos propios¹⁵³. Como consecuencia de la atribución legal de dicha responsabilidad *ultra vires hereditatis* cabe plantearse la siguiente cuestión: ¿debemos considerar que el patrimonio personal del heredero y el patrimonio heredado quedan indisolublemente unidos, de forma que no es posible identificarlos, sino que ambas masas patrimoniales se confunden en una sola?

A diferencia de otras legislaciones y del Derecho civil especial de alguna Comunidad Autónoma, el Código Civil no incluye ninguna previsión sobre separación de patrimonios en beneficio de los acreedores del causante cuando el heredero acepta la herencia pura y simplemente. Por lo

¹⁵¹ Vid. Art. 1023.1º CC

¹⁵² PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J. "El concurso de la herencia" cit., p. 55.

¹⁵³ MUÑOZ GARCÍA, C. "La necesidad de tratamiento unitario del concurso de la herencia" en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 13, 2010, p. 141-156.

tanto, la respuesta a la cuestión anterior parece que debe ser que con la aceptación pura y simple de la herencia el patrimonio del causante y el del heredero se fusionan, de modo que tanto los acreedores de aquél como los de éste podrán agredir la masa patrimonial resultado de la confusión de ambos patrimonios¹⁵⁴.

Esta respuesta puede conducir, ciertamente, a resultados insatisfactorios para los acreedores del causante, que pueden ver perjudicadas sus expectativas de satisfacción cuando el patrimonio anterior del heredero se encuentre en peor situación que el patrimonio hereditario. Desde esta perspectiva, un sector de la doctrina¹⁵⁵ ha defendido que pese a la ausencia de una regulación expresa en el Código Civil, ha de mantenerse una cierta separación de los patrimonios hereditario y personal del heredero, en favor de los acreedores del causante, incluso en los casos de aceptación pura y simple de la herencia; de lo contrario, la responsabilidad universal regulada en el artículo 1911 del Código Civil vería muy disminuida su eficacia si la garantía de cumplimiento de las obligaciones pudiera cambiar arbitrariamente a la muerte del deudor. LACRUZ BERDEJO¹⁵⁶ defiende que la herencia siempre mantiene cierta independencia, permaneciendo separada del patrimonio personal de los herederos, independientemente de la modalidad de aceptación elegida por éstos. La separación patrimonial concluiría, según estos planteamientos, en el momento en que se realiza la

¹⁵⁴ SÁNCHEZ LINDE, M. “La aceptación de la herencia del concursado heredero” en *Diario La Ley. Sección Tribuna*, nº 7852, mayo 2012.

¹⁵⁵ CAZORLA GONZÁLEZ, M.J. *El concurso de la herencia*, Madrid, 2007, p. 117 y ss.

¹⁵⁶ LACRUZ BERDEJO, J. L. *Elementos de Derecho Civil. Sucesiones*. Madrid, 2004, p. 81-82

partición¹⁵⁷, pero hasta entonces, la masa hereditaria se mantendría independiente del patrimonio personal del heredero que aceptó pura y simplemente. De este modo, aún siendo ambas masas patrimoniales titularidad del mismo sujeto, conservarían cierta independencia. El argumento principal de esta postura se centra en la mejor defensa del interés de los acreedores del causante. La herencia se mantendría como un patrimonio separado, sobre el que los acreedores del causante tendrían preferencia respecto a los acreedores del heredero.

La Ley Concursal excluye expresamente la posibilidad de declarar el concurso de la herencia que fue aceptada pura y simplemente. Sí se puede solicitar el concurso de la herencia yacente o de la que fue aceptada a beneficio de inventario. El rechazo legal al concurso de la herencia aceptada pura y simplemente obedece al hecho de que dicha aceptación modifica el régimen de responsabilidad por las deudas. Al añadir el patrimonio del causante al propio del heredero que aceptó pura y simplemente, no tiene sentido limitar el activo del concurso tan sólo a la herencia¹⁵⁸, quedando abierta la posibilidad de solicitar el concurso del heredero. Según este planteamiento, la Ley Concursal toma como punto de partida la confusión de patrimonios como efecto de la aceptación de la herencia pura y simple. Con la aceptación pura y simple desaparece la unidad patrimonial que caracteriza la herencia yacente, que deja de existir como ente sin personalidad jurídica pero reconocido por el ordenamiento jurídico, para integrarse y confundirse con el patrimonio del heredero.

¹⁵⁷ ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. “Presupuestos dogmático-sucesorios del concurso de la herencia. Una aproximación civilística a la LC”. En *Libro Homenaje al Prof. Manuel Olivencia* tomo II, Madrid, 2005, p. 1915

¹⁵⁸ ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. “Presupuestos dogmático-sucesorios del concurso de la herencia. Una aproximación civilística a la LC”. cit. p. 1915.

Los acreedores tanto del causante como los propios del heredero, podrán solicitar la declaración de concurso del heredero/deudor -y no de la herencia que, como tal, ya que dejó de existir- ante el tribunal competente.

Frente a este planteamiento, se ha propuesto otra interpretación, en línea con las tesis que consideran que la aceptación pura y simple de la herencia no lleva consigo necesariamente la confusión de patrimonios¹⁵⁹. Se defiende que la aceptación pura y simple no produce la confusión de patrimonios, sino solamente un cambio en la titularidad del patrimonio hereditario. El heredero que acepta pura y simplemente se convierte en el titular de la herencia, tanto de las obligaciones como de los derechos, asumiendo la posición del causante en relación a la responsabilidad por las obligaciones del fallecido, y también se convierte en el titular de los derechos del causante. De este modo, los activos hereditarios mantienen cierta separación respecto de los activos propios del heredero. Así, sobre la base de esta separación, aunque la Ley Concursal excluya que tras la aceptación pura y simple se pueda solicitar el concurso de la herencia, y únicamente sea posible pedir la declaración de concurso del heredero, los acreedores del causante podrían hacer valer en el concurso del heredero una preferencia para la satisfacción de sus créditos sobre los activos procedentes de la herencia. Se trata, sin duda, de una propuesta interesante,

¹⁵⁹ En este sentido, PÉREZ DE VARGAS, J. “El concurso de la herencia” cit. defiende la separación de patrimonios bajo una única titularidad; sostiene que, si bien tras la aceptación pura y simple el heredero asume la responsabilidad *ultra vires hereditatis* por las deudas del causante, los patrimonios no se confunden, sino que la herencia mantiene su autonomía; los bienes hereditarios mantienen la conexión con los acreedores del causante, de modo que pese a ser el heredero titular de todos ellos, junto con los que integran su patrimonio personal, no existe confusión. De este modo, ante la insolvencia del heredero, tanto los acreedores como el propio heredero-deudor insolvente, podrán solicitar el concurso, ya no de la herencia, sino del heredero. En seno concursal, cuando se proceda al pago de los acreedores, los que originalmente tenían créditos contra el fallecido, tendrán preferencia de pago respecto el resto de acreedores del causante, en relación a los bienes hereditarios.

en cuanto plasma una solución equilibrada del conflicto de intereses entre acreedores del causante y acreedores del heredero insolvente. Ahora bien, a falta de una expresa previsión legal, parece difícilmente defendible otorgar esa preferencia en el concurso del heredero a los acreedores del causante.

Especial dificultad plantea el caso de que, existiendo varios herederos, unos acepten pura y simplemente, mientras que otros hagan uso del beneficio de inventario. Se trata de una posibilidad expresamente admitida, con carácter general, en nuestro ordenamiento jurídico, a la vista de lo que dispone el artículo 1007 del Código Civil, cuya articulación práctica suscita importantes dificultades¹⁶⁰. En el ámbito concursal se plantea si basta la aceptación pura y simple por uno de los herederos para dar lugar a la exclusión del concurso de la herencia. Atendiendo al tenor literal de los artículos 1.2 y 3.4 de la Ley Concursal se podría concluir que basta la aceptación pura y simple de uno solo de los llamados a la herencia para impedir que se declare el concurso de la herencia¹⁶¹. Esta respuesta, sin embargo, conduce a resultados muy insatisfactorios cuando el heredero que acepta pura y simplemente es insolvente, o cuando precisamente como consecuencia de la aceptación de la herencia cae en situación de insolvencia. Las opciones para los acreedores del causante serían solicitar el concurso del heredero que aceptó pura y simplemente, lo que les colocaría en concurrencia con los acreedores personales del heredero respecto a los activos del patrimonio de éste que solamente incluirían su cuota en la comunidad hereditaria indivisa, y no toda la herencia, o bien ejercitar acciones singulares frente a los herederos aceptantes con beneficio de inventario, acciones que solamente podrían dirigirse contra las cuotas

¹⁶⁰ DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A. Sistema de Derecho Civil, vol. IV, tomo 2, Madrid, 2012, p. 274.

¹⁶¹En opinión de MUÑOZ GARCÍA, C. “La necesidad de tratamiento unitario del concurso de la herencia” cit. en rigor, no cabría hablar de concurso de la herencia, sino del concurso del heredero, porque sólo él es el titular del mismo, y es quien responde con ese patrimonio heredado, y hasta donde alcance el mismo.

indivisas de estos últimos. Si se parte de que la herencia era insolvente, parece claro que con las acciones singulares contra los herederos aceptantes a beneficio de inventario no podrán satisfacerse todas las deudas, por lo que, habrá acreedores de la herencia cuya única opción termine siendo el incierto concurso del heredero que aceptó pura y simplemente en concurrencia con los herederos personales de éste.

Una de las soluciones propuestas consiste en que cualquier acreedor del causante solicite el concurso conjunto tanto de la herencia como de los coherederos que aceptaron pura y simplemente¹⁶². La Ley Concursal no prevé expresamente este supuesto de declaración de concurso conjunta, si bien podría entenderse comprendida en el supuesto de confusión de patrimonios. El artículo 25.2 de la Ley¹⁶³ ofrece al acreedor la posibilidad de solicitar la declaración conjunta del concurso de varios de sus deudores cuando sean cónyuges, exista confusión de patrimonios o pertenezcan al

¹⁶² ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. "Presupuestos dogmático-sucesorios del concurso de la herencia. Una aproximación civilística a la LC". cit. p. 1919. y CAZORLA GONZÁLEZ, M^a J. *El concurso de la herencia*, cit. p. 120, apuntan como solución al problema de imposibilidad legal de solicitar el concurso de la herencia cuando algún heredero ha aceptado la misma pura y simplemente, la declaración conjunta del concurso de distintas masas patrimoniales; de un lado el concurso de la herencia y de otro el concurso de los herederos que aceptaron pura y simplemente. La base legal de su teoría se hallaba en el apartado 5 del art. 3 LC, derogado por la Ley 38/2011; no obstante, el art. 25.2 recoge dicha previsión. La solución propuesta es la solicitud por un acreedor de la declaración conjunta del concurso de varios de sus deudores sobre la base del actual art. 25.2, entendiendo que la aceptación pura y simple produce la confusión del patrimonio hereditario y del patrimonio personal del heredero aceptante. Estiman aplicable dicho precepto al supuesto en el que existiendo varios coherederos, unos acepten a beneficio de inventario, mientras que otro u otros lo hagan pura y simplemente. Estos autores proponen la declaración de concurso tanto de la herencia como de los coherederos que aceptaron pura y simplemente, sin perjuicio de la tramitación coordinada de los concursos, tal como establece el art. 25 ter.

¹⁶³ Antes de la reforma operada por la Ley 38/2011 esta previsión se hallaba en el derogado apartado 5 del art. 3.

mismo grupo de sociedades. Los concursos de la herencia y de los herederos que aceptaron pura y simplemente se podrían tramitar de manera coordinada.

La solución más adecuada sería exigir que la totalidad de los coherederos aceptasen pura y simplemente para poder rechazar la solicitud de concurso de la herencia. Por el contrario, si uno o varios coherederos deciden aceptar a beneficio de inventario, quedaría abierta la posibilidad para los acreedores del causante de solicitar la declaración conjunta del concurso de todos los herederos que aceptaron pura y simplemente -cuyos patrimonios se encuentran confundidos con el caudal hereditario- y además, podrían también solicitar la declaración de concurso de la herencia.

b) La herencia yacente

De acuerdo con los artículos 1.2 y 3.4 de la Ley Concursal, se puede declarar el concurso en dos supuestos: cuando la herencia está en situación de yacencia, o cuando fue aceptada a beneficio de inventario. En relación al primero de los casos, en el tiempo que transcurre desde la muerte del causante hasta la aceptación, la herencia, unitaria e indivisible, se encuentra en situación de yacencia, es decir, a la espera de titular¹⁶⁴. En esta situación, la herencia, de permanecer desatendida, puede sufrir quebrantos económicos, motivo por el cual el ordenamiento jurídico le otorga protección con el fin de garantizar la conservación y administración correcta del caudal relicto, para que pueda permanecer indemne mientras carezca de titular¹⁶⁵. El derecho sucesorio ofrece las figuras del administrador de la herencia y el albacea para proteger el patrimonio hereditario mientras se encuentra en situación de yacencia. La herencia deja de estar en dicha situación cuando los herederos la aceptan o la repudian. Existiendo varios llamados, en el

¹⁶⁴ El art. 6.1.4 LEC atribuye capacidad para ser parte en un proceso civil a las masas patrimoniales o patrimonios separados que carezcan temporalmente de titular.

¹⁶⁵ CAZORLA GONZÁLEZ, M.J. *El concurso de la herencia*, cit. p. 28

régimen sucesorio de Derecho común la aceptación de uno de ellos no pone fin a la situación de yacencia, sino que todos ellos deben pronunciarse, no cesando entre tanto la situación de interinidad.

Durante la situación de yacencia, la legitimación para solicitar la declaración de concurso ha de entenderse referida al administrador de la herencia y a los llamados a la sucesión, quienes aún no son herederos por no haber aceptado. Si alguno de los llamados solicita que se declare el concurso de la herencia, el solicitante se convertirá, *ex lege*, en heredero que ha aceptado la herencia a beneficio de inventario (cfr. art. 3.4 *i.f.* LC)¹⁶⁶.

c) La herencia aceptada a beneficio de inventario

El segundo de los supuestos en los que la Ley Concursal permite declarar el concurso de la herencia es cuando ésta fue aceptada a beneficio de inventario. El beneficio de inventario no es una modalidad de aceptación, sino una ventaja de la que pueden beneficiarse los herederos. La responsabilidad del heredero que acepta la herencia haciendo uso del beneficio de inventario es de carácter *intra vires hereditatis*, limitada hasta donde alcancen los bienes de la herencia¹⁶⁷. Los patrimonios del causante y del heredero no se confunden, sino que permanecen separados. El beneficio de inventario protege tanto al heredero como a los acreedores del causante. El heredero por un lado, ve limitada su responsabilidad por las deudas del causante, que sólo puede hacerse efectiva sobre los activos hereditarios recibidos. Además, en virtud del artículo 1023 del Código Civil el heredero conserva contra el caudal hereditario todos los derechos y acciones que tuviera contra el difunto.

En caso de aceptación a beneficio de inventario la herencia se mantiene como patrimonio separado del patrimonio del heredero, situación

¹⁶⁶ PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J. “Comentarios al art. 3.4 LC” cit, p.191.

¹⁶⁷ *Vid.* Art. 1023 CC.

que no cesa hasta que se produce la liquidación y el pago a los acreedores de la herencia, momento en el que, si hubiera remanente, se incorpora éste al patrimonio del heredero, confundiéndose con él y desapareciendo, por tanto, la separación de patrimonios. Ahora bien, cuando los bienes de la herencia no sean suficientes para hacer frente a las deudas de la misma, la liquidación del patrimonio hereditario deberá efectuarse mediante el concurso, que habrá de ser solicitado por el administrador de la herencia o por el heredero que aceptó acogiendo al beneficio de inventario.

2.2.8. Sujetos excluidos: Las Administraciones Públicas (Art. 1.3 LC).

La Ley excluye que puedan ser declarados en concurso “las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público”. Por mandato constitucional¹⁶⁸, las administraciones públicas sirven al interés general, lo cual puede ser interpretado como la necesaria justificación para excluir a estos entes del ámbito concursal. Esta exclusión no obedece a la regla general basada en la personalidad jurídica, sino a la naturaleza jurídico-pública de estos entes.

La excepción del apartado 3 del artículo 1 es amplia, pues engloba a dos tipos de administraciones públicas: de un lado, las administraciones territoriales, y de otro los organismos públicos y entes de derecho público. Este precepto se debe interpretar restrictivamente, de modo tal que solo las administraciones públicas a las que se refiere la enumeración se beneficien del auténtico privilegio de la falta de capacidad concursal¹⁶⁹.

En relación a las administraciones territoriales, la exclusión del artículo 1.3 de la Ley Concursal se extiende a las entidades enumeradas en el artículo 2.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo

¹⁶⁸ Así lo establece el art. 103.1 CE.

¹⁶⁹ CARDÓN, M. “La falta de capacidad concursal de las administraciones públicas” en ROJO, A. y BELTRÁN, E. *Comentario de la Ley Concursal* cit. p. 159.

Común¹⁷⁰. No podrán ser declaradas en concurso, por tanto, la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, ni las Entidades que integran la Administración Local.

El artículo 3.1 excluye también la declaración de concurso de los organismos públicos y demás entes de derecho público, fórmula genérica en la que cabe incluir a todos los entes que forman el sector público. Un caso especial es el de las personas jurídico-públicas cuyo régimen de funcionamiento es jurídico-privado, cuya utilización se ha extendido mucho en los últimos años. La Administración ha creado sociedades mercantiles públicas – esto es, organismos instrumentales – que operan en el tráfico con sujeción al Derecho de sociedades y al Derecho privado en general, lo que obliga a plantear la cuestión acerca de si dichas entidades podrían ser declaradas en concurso. El tenor literal del artículo 1.3 de la Ley Concursal permite excluir de la excepción a estas sociedades mercantiles públicas, debido a su personificación jurídico-privada. La expresión “organismos públicos” utilizada por el legislador puede interpretarse de forma restrictiva, de manera que estas personas jurídicas, debido a su sujeción al Derecho privado, no se encontrarían incluidas en la excepción del artículo 1.3 y, por consiguiente, podría declararse el concurso de una sociedad mercantil pública¹⁷¹.

La Ley 6/1997 de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE) configuró dos tipos de organismos públicos; los organismos autónomos y las entidades públicas

¹⁷⁰ A la entrada en vigor de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, serán las entidades a que se refieren las letras a), b) y c) del artículo 2.1 de dicha Ley.

¹⁷¹ DEL GUAYO CASTIELLA, I. “Comentario al art. 1.3 LC” en PULGAR EZQUERRA, J.; ALONSO UREBA, A.; ALONSO LEDESMA, C. y ALCOVER GARAU, G. (directores) *Comentarios a la Legislación Concursal*, cit. p. 80-81.

empresariales. Los organismos autónomos se rigen por el Derecho Administrativo¹⁷² mientras que las entidades públicas empresariales se rigen, como regla general por Derecho privado¹⁷³. De acuerdo con la interpretación propuesta del artículo 1.3 de la Ley Concursal, las entidades públicas empresariales pueden ser sometidas a concurso. En relación a las entidades instrumentales autonómicas, habrá que estar a la normativa de cada Comunidad Autónoma para determinar la naturaleza jurídico-pública o jurídico-privada de cada entidad, para saber si puede o no quedar sometida a concurso. Esto no significa que las Comunidades Autónomas puedan decidir si las sociedades públicas mercantiles autonómicas o locales pueden quedar o no incluidas en la exclusión del artículo 1.3 de la Ley Concursal. La capacidad legislativa de la Comunidad Autónoma tan solo alcanza a la determinación de la forma en que se organizan los respectivos sectores públicos, mediante personas jurídico-públicas o jurídico-privadas en manos públicas¹⁷⁴. Por último, la Ley Concursal menciona en el artículo 1.3 a los “demás entes de derecho público” lo que conduce a excluir que puedan ser declarados en concurso distintas corporaciones de derecho público como son los Colegios Profesionales o las Cámaras Agrarias, de Comercio o de Industria y de Navegación.

En conclusión, la Ley niega la posibilidad de que sean declarados en concurso las administraciones públicas territoriales y los organismos instrumentales de naturaleza jurídico-pública, permitiendo el concurso de las entidades públicas empresariales. Sin embargo, la realidad práctica excluye también a estos últimos entes del ámbito concursal.

¹⁷² *Vid.* Art. 45.1 LOFAGE.

¹⁷³ La misma distinción de mantiene en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, artículos 99 y 104.

¹⁷⁴ DEL GUAYO CASTIELLA, I. “Comentario al art. 1.3 LC” en PULGAR EZQUERRA, J.; ALONSO UREBA, A.; ALONSO LEDESMA, C. y ALCOVER GARAU, G. (directores) *Comentarios a la Legislación Concursal*, cit. p. 82

2.3. Los acreedores como sujetos pasivos de la tutela jurisdiccional concursal

Pese a que la Ley parece ignorarlo por completo, defendemos que todos los acreedores del deudor insolvente excepto, en su caso, el que haya o los que hayan solicitado la declaración de concurso, son sujetos pasivos de la pretensión de tutela jurisdiccional concursal. La declaración de concurso incide de manera directísima en la esfera jurídica de los acreedores en la medida en que cambia por completo régimen jurídico al que están sujetas sus relaciones jurídico-patrimoniales con el deudor¹⁷⁵. Aunque en el siguiente capítulo profundizaremos en el alcance de ese cambio, basta recordar ahora que, con la declaración de concurso, los créditos que estuvieran vencidos en el momento en que se produce dejan de ser exigibles (y aún más, queda prohibido al deudor, bajo amenaza de sanción penal, pagar dichos créditos al margen de los mecanismos concursales) y, por otra parte, los acreedores que tuvieran su derecho más o menos asegurado mediante garantías reales o embargos trabados en ejecuciones singulares, ven debilitada su garantía (en el caso de las hipotecas y garantías similares) o ven cómo directamente su garantía desaparece (si se trata de embargos trabados en ejecuciones singulares).

Estos efectos que por Ley se vinculan a la declaración de concurso comportan sacrificios para los acreedores afectados que pueden llegar a suponer para ellos perjuicios muy importantes. Y se trata de sacrificios que se imponen por una resolución judicial que se dicta a instancia de un sujeto a quien se le ha concedido el poder, en determinadas circunstancias, de pedir y obtener que se dicte esa resolución para la tutela de sus intereses. Quien solicita la declaración de concurso pide, en la medida en que legalmente van inescindiblemente vinculados a dicha declaración, los efectos que la misma produce sobre los créditos anteriores, pero los pide,

¹⁷⁵ VEGAS TORRES, "El concurso como proceso jurisdiccional: estructura del concurso", cit., p. 86.

además, porque esos efectos son los que principalmente quiere obtener para la defensa de sus intereses ante la situación de insolvencia propia (cuando el solicitante es el deudor) o del deudor común (cuando el solicitante es otro acreedor). Se trata, por tanto, de un caso que cabe reconducir a los mismos esquemas de cualquier pretensión de tutela jurisdiccional: uno o varios sujetos que acuden a los tribunales para reclamar de éstos una resolución judicial que, en interés de quienes formulan la pretensión, imponga a otros sujetos, bien determinados comportamientos (en las pretensiones de condena), bien determinados cambios jurídicos (en las pretensiones constitutivas), bien que deban atenerse a ciertas declaraciones (en las pretensiones mero-declarativas). En cualquier pretensión de tutela jurisdiccional se considera sujeto pasivo a todo aquel a quien afectarán los pronunciamientos jurisdiccionales solicitados (aquellos cuyas condenas se reclaman o quienes se verán afectados por los cambios jurídicos solicitados, o tendrán que estar y pasar por las declaraciones efectuadas por el juez). Aplicando el mismo criterio, por tanto, y dado que la declaración judicial del concurso afecta directamente a todos los acreedores del concursado (con efectos constitutivos, principalmente, como vamos a ver en el siguiente capítulo, aunque también sujetándolos a cargas que no tenían antes de dicha declaración), entendemos que los acreedores deben ser considerados sujetos pasivos de la tutela jurisdiccional concursal.

Atendiendo los conflictos de intereses subyacentes entre los distintos sujetos afectados por la insolvencia de un deudor se puede apreciar que la posición pasiva de los acreedores obedece a distintas razones en función de quién sea el sujeto que pretende la tutela jurisdiccional concursal frente a ellos. En los apartados que siguen examinaremos, desde esta perspectiva, la posición de los acreedores como sujetos pasivos de la pretensión de tutela jurisdiccional concursal del deudor que solicita la declaración de concurso voluntario, y la posición de los acreedores como sujetos pasivos de la pretensión de tutela jurisdiccional concursal cuando es otro acreedor quien la formula con el fin de obtener la declaración de un concurso necesario.

2.3.1. Los acreedores como sujetos pasivos de la pretensión de tutela jurisdiccional del deudor insolvente

Al atribuir al deudor el derecho de pedir y obtener la tutela jurisdiccional concursal, el ordenamiento jurídico asume que, en determinadas circunstancias, en el conflicto de intereses entre el deudor y sus acreedores que se produce cuando aquel se encuentra en situación de insolvencia, es justo sacrificar, al menos en cierta medida, los intereses de los acreedores haciendo prevalecer sobre éstos el interés del deudor. Así, si el deudor justifica que se encuentra en estado de insolvencia (basta que sea lo que la Ley denomina insolvencia *inminente*) puede imponer a sus acreedores, mediante el ejercicio de la acción concursal, determinados sacrificios que llevan aparejados los correspondientes beneficios para el deudor.

De manera más concreta, el interés del deudor insolvente que la Ley pone por delante del interés de los acreedores al otorgar al deudor la acción concursal es el interés en mantener su actividad profesional o empresarial. Este interés se protege cuando el deudor acredita que se encuentra en una situación patrimonial en la que, si se mantiene el régimen general de cumplimiento de las obligaciones a su vencimiento y de sujeción del patrimonio del deudor a las acciones ejecutivas singulares de los acreedores, sería imposible el mantenimiento de la actividad. De ahí que la tutela que se pone a disposición del deudor que la quiera solicitar en estas situaciones consista precisamente en un cambio de régimen jurídico en cuya virtud sus obligaciones dejan de ser exigibles, las ejecuciones singulares se suspenden y los acreedores se “colectivizan” lo que facilita alcanzar con ellos acuerdos para que acepten quitas o esperas ya que con

la aceptación por parte de la mayoría las quitas o esperas se imponen a todos los acreedores¹⁷⁶.

La concesión de esta tutela jurisdiccional al deudor que la solicita comporta los correlativos sacrificios para el interés de los acreedores. Los acreedores cuyos créditos estén vencidos pierden el derecho a reclamar la inmediata satisfacción de su derecho, sea extrajudicialmente o mediante procesos de declaración y de ejecución; los que hubieran promovido un proceso de ejecución singular y embargado bienes del deudor, ven suspendida la ejecución y desaparecida la preferencia que el embargo les otorgaba sobre los bienes trabados conforme a lo dispuesto en el artículo 613 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y todos los acreedores se ven sujetos los acuerdos que pueda alcanzar el deudor con la mayoría y que de ordinario suponen asumir sacrificios en forma de quitas o esperas, que ordinariamente no tendrían por qué aceptar si no quisieran pero que, en una situación concursal se les pueden imponer si la mayoría de los acreedores las acepta.

Ciertamente, los efectos de la declaración de concurso perjudican más o menos a los acreedores en función de la situación que se encuentren, y pueden ser beneficiosos para algunos de ellos. Inmediatamente volveremos sobre esto al tratar sobre el conflicto de intereses entre el acreedor que solicita el concurso necesario y los demás acreedores. En el caso de las solicitudes de concurso voluntario, se puede apreciar también que el interés del deudor que la ley protege es el de frenar la presión de los acreedores cuyos créditos son exigibles y, especialmente, la de los que tienen ya despachadas ejecuciones singulares y bienes embargados. Cabe admitir, por tanto, que la pretensión del deudor en orden a la declaración de su propio concurso se dirige principalmente contra el grupo de acreedores menos interesados en un desenlace concursal por tener mayores

¹⁷⁶ Se habla aquí en términos generales, sin perjuicio de las matizaciones exigidas por la existencia de acreedores que mantienen su derecho a la ejecución separada (aunque con muchos condicionamientos) y de acreedores con derecho de abstención.

expectativas de cobrar íntegramente sus créditos si no se declara el concurso. Ahora bien, desde el punto de vista jurídico la declaración de concurso supone un cambio de régimen jurídico que afecta a todas las obligaciones del deudor y, por tanto, a todos los acreedores, por lo que todos ellos deben ser considerados sujetos pasivos de la pretensión de tutela jurisdiccional encaminada a que se produzca dicho cambio.

Todo lo anterior es aplicable, claro está, únicamente a los supuestos en que el deudor solicita el concurso porque así lo quiere, no en cumplimiento del deber que le impone el artículo 5 de la Ley Concursal. Sólo cuando el deudor pide voluntariamente la declaración de concurso cabe concebir la solicitud como acto de ejercicio de una acción que el ordenamiento jurídico concede al solicitante y solamente en este caso tiene sentido preguntarse por los sujetos activos y pasivos de la pretensión de tutela jurisdiccional que constituye el objeto de la acción.

A este respecto hay que tener en cuenta que no se puede considerar que el deudor insolvente esté interesado siempre y por definición en que se declare el concurso. Por el contrario, salvo que tenga un interés en que la situación de insolvencia no conduzca a la cesación de la actividad empresarial o profesional que lleve a cabo no se ve razón por la que el deudor insolvente tenga que preferir que su responsabilidad patrimonial universal se haga efectiva por medio de una liquidación concursal a que dicha responsabilidad se exija mediante el ejercicio por los acreedores de acciones ejecutivas en ejecuciones singulares hasta que se agoten los bienes. Es innegable que, aunque el deudor no tenga interés en mantener su actividad y, por tanto, ante la perspectiva de perder todos sus activos para satisfacer, hasta donde se pueda, su pasivo, le resulte indiferente que ello ocurra mediante liquidación concursal o mediante ejecuciones singulares, puede haber otros sujetos que tengan interés en que, si se ha de llegar a ese resultado, sea mediante una ordenada liquidación en el seno de un proceso concursal y no mediante una desordenada carrera entre los acreedores para anticiparse en el embargo de los bienes del deudor. Ahora

bien, la posible existencia de ese interés de otros sujetos no justifica que se imponga al deudor el deber de solicitar la declaración de concurso, lo que puede conducir, como observa VEGAS TORRES, a que se declaren concursos que no interesan a nadie¹⁷⁷.

Si lo que se pretende es tutelar el interés que puedan tener en que se declare el concurso otros sujetos distintos del deudor cuando éste no esté interesado en que se produzca dicha declaración, es razonable que se ofrezca a esos sujetos la posibilidad de pedir y obtener la tutela jurisdiccional concursal, pero se debería asegurar también que la declaración de concurso solamente se produce si alguno de dichos sujetos manifiesta su interés en obtenerla mediante el ejercicio de la correspondiente acción. A estos efectos, como ya se apuntó más arriba, podría tener sentido que se imponga al deudor el deber de poner de manifiesto su situación de insolvencia, a fin de que pueda ser conocida por los sujetos que pudieran estar interesados en solicitar la declaración de concurso, pero no ir más allá de esto, como hace la Ley Concursal al establecer el deber del artículo 5.

2.3.2. Los acreedores como sujetos pasivos de la pretensión de tutela jurisdiccional de otro acreedor

Si se atiende al interés que mueve a un acreedor a solicitar el concurso necesario, se percibe inmediatamente que se trata de un interés que enfrenta al solicitante más con el resto de los acreedores, o al menos de una parte de ellos, que con el propio deudor insolvente¹⁷⁸. Como ha

¹⁷⁷ VEGAS TORRES, J., *Derecho Procesal Civil* (con A. de la Oliva Santos e I. Díez-Picazo Giménez), Madrid, 2005, p.528, apunta que el juego combinado del deber del deudor de solicitar el concurso y el deber del juez de declararlo si lo solicita el deudor que esté en situación de insolvencia “puede conducir a que terminen abriéndose procesos concursales *no queridos* ni por el deudor ni por sus acreedores”.

¹⁷⁸ No se consideran, a este respecto, posibles intereses espurios como el de conseguir la satisfacción del propio derecho mediante la consignación del crédito del solicitante para evitar la declaración de concurso prevista el artículo 19 de la Ley. Esta disposición legal constituye un incentivo para solicitudes de concurso fraudulentas, al

puesto de manifiesto VEGAS TORRES, la insolvencia del deudor divide a los acreedores en dos grandes grupos: el de los que podrían lograr la íntegra satisfacción de su crédito mediante el pago puntual o la ejecución singular antes de que lleguen a consumirse los activos del patrimonio del deudor y, enfrentados a éstos, el de los que temen fundadamente que no cobrarán porque cuando puedan exigir el pago o acceder a la ejecución singular previsiblemente se habrán agotado ya esos activos¹⁷⁹. Son los acreedores de este segundo grupo los que normalmente estarán interesados en pedir y obtener la tutela jurisdiccional concursal y, si bien se mira, lo que se ofrece a estos acreedores a través de esta tutela no afecta tanto al deudor insolvente como a los acreedores del primer grupo. En efecto, como ya se ha señalado más arriba, al deudor que no tenga interés en evitar que la insolvencia consuma todos sus activos y, con ello, ponga fin a su actividad profesional o empresarial, le resulta indiferente que la distribución del producto de la realización de sus activos para la satisfacción sus acreedores se realice en virtud de una liquidación concursal o mediante sucesivas ejecuciones singulares. El resultado final para este deudor será el mismo: sólo conservará aquellos bienes y derechos legalmente inembargables y seguirá, como regla, obligado al pago del pasivo que quede insatisfecho.

Lo que está en juego, en realidad, es que la distribución de los activos del deudor para la satisfacción de los acreedores se lleve a cabo con arreglo al sistema de preferencias que resulta del régimen general aplicable en materia de garantías reales y embargos, o conforme al régimen que resulta de la clasificación de los créditos en sede concursal. Y esta es una cuestión que afecta a los acreedores en mucha mayor medida que al propio deudor.

mismo tiempo que parece alentar un comportamiento del deudor que podría ser constitutivo de delito conforme a lo previsto en el artículo 260.2 del Código Penal, que castiga la conducta del deudor consistente en pagar a uno o varios acreedores con posposición del resto cuando el pago se realiza “una vez admitida a trámite la solicitud de concurso”.

¹⁷⁹ VEGAS TORRES, J., *Derecho Procesal Civil* (con A. de la Oliva Santos e I. Díez-Picazo Giménez), Madrid, 2005, p.520.

Por lo tanto, sin perjuicio de la obvia inclusión del deudor en el círculo de los sujetos afectados por la tutela jurisdiccional concursal solicitada por un acreedor, todos los acreedores distintos del que presenta la solicitud deben ser incluidos también en ese círculo y por tanto ser considerados también, junto al deudor, sujetos pasivos de la pretensión de tutela jurisdiccional concursal.

2.4. Audiencia de los sujetos pasivos de la pretensión de tutela jurisdiccional concursal

El principio procesal de audiencia o de contradicción exige que todos los sujetos frente a quienes se solicite una tutela jurisdiccional tengan la oportunidad de presentar al tribunal sus alegaciones y sus pruebas a fin de oponerse a que se estime la pretensión del solicitante. En la Ley Concursal esta exigencia solamente se tiene en cuenta respecto al deudor como sujeto pasivo de la pretensión de declaración del concurso necesario. Respecto a los acreedores no solicitantes del concurso, hay que distinguir entre las actuaciones sobre declaración de concurso necesario y las que se refieren a la declaración de concurso voluntario.

En la tramitación de las solicitudes de concurso necesario la Ley no contempla ninguna intervención de los acreedores que no sean solicitantes del concurso. No existe, por tanto, cauce para que los acreedores a quienes pueda no interesar que se produzca la declaración y la consideren legalmente improcedente puedan manifestarlo así ante el tribunal, en debate contradictorio con el solicitante o solicitantes, antes de la declaración de concurso. Ahora bien, una vez declarado el concurso, se permite expresamente interponer recurso de apelación contra el pronunciamiento de declaración de concurso a “cualquier persona que acredite interés legítimo, aunque no hubiera comparecido con anterioridad” (art. 20.3 LC), lo que incluye, sin duda, a cualquier acreedor del concursado distinto del solicitante.

Cuando se trata de las solicitudes de concurso voluntario, la Ley no contempla tampoco que se oiga antes de la decisión judicial sobre la declaración del concurso a los acreedores a quienes el deudor pretende ver sometidos a los efectos de dicha declaración, pero tampoco en este caso se contempla que estos acreedores puedan formular con posterioridad oposición a la declaración, ni mediante recurso de apelación contra el Auto, ni por ninguna otra vía. El artículo 14 de la Ley solamente contempla el recurso de reposición contra el Auto que desestima la solicitud de declaración de concurso voluntario, y nada dice sobre si el Auto que declara el recurso es recurrible ni, por tanto, qué recurso sería el procedente. Teniendo en cuenta que el artículo 197 tampoco contempla que el Auto de declaración de concurso necesario sea apelable y que dicho precepto establece que, como regla general y salvo que expresamente se disponga otra cosa, contra los Autos que dicte el juez del concurso sólo cabrá el recurso de reposición, parece obligado concluir que la Ley pretende excluir el recurso de apelación contra el Auto de declaración de concurso voluntario¹⁸⁰.

Cabe considerar justificado que no se contemple que los acreedores distintos del solicitante sean oídos con carácter previo a la declaración de

¹⁸⁰ Los tribunales mercantiles vienen rechazando mayoritariamente que sea admisible el recurso de apelación contra el Auto de declaración del concurso necesario. En este sentido se pronuncian Auto AP Barcelona, Sec. 15, de 6 de julio de 2011 (Roj: AAP B 4039/2011); Auto AP León, Sec. 1, de 23 de noviembre de 2011 (Roj: AAP LE 740/2011); Auto AP Zaragoza, Sec. 5, de 28 de junio de 2010 (Roj: AAP Z 1215/2010); Auto AP Oviedo Sec. 1, de 9 de julio de 2009 (Roj: AAP O 478/2009); y Auto AP Huesca Sec. 1, de 24 de abril de 2008 (Roj: AAP HU 2/2008). Hay, no obstante alguna resolución aislada que expresamente afirma la admisibilidad de la apelación, como el Auto AP Barcelona, Sec. 15, de 5 de diciembre de 2012 (Roj: AAP B 9085/2012). Y algunas Audiencias en las que se tramitan y resuelven los recursos de apelación contra los Autos de declaración de concurso necesario sin cuestionar la admisibilidad del recurso: Auto AP Logroño, Sec. 1, de 27 de diciembre de 2010 (Roj: AAP LO 313/2010); Auto AP Pontevedra, Sec. 1, de 27 de enero de 2006 (Roj: AAP PO 316/2006).

concurso, tanto en el concurso necesario como en el voluntario. La inicial indeterminación de los acreedores a los que puede afectar la declaración, que en algunos casos pueden llegar a ser muy numerosos, es razón suficiente para no establecer un trámite de audiencia previa que requeriría la publicación de anuncios y la previsión de un plazo de cierta extensión para que pudiera considerarse realmente efectivo, lo que no parece compatible con la celeridad que normalmente requiere la decisión sobre la procedencia o improcedencia de declarar el concurso, tanto el voluntario como el necesario¹⁸¹.

Ahora bien, para los casos en que no es posible o resulta gravemente inconveniente establecer un trámite de audiencia previo a la resolución judicial, es posible salvaguardar las exigencias del principio de audiencia estableciendo un trámite de oposición *a posteriori*. Este es el mecanismo que se emplea para asegurar la audiencia de los afectados y salvaguardar el principio de contradicción en relación con el Auto que despacha la ejecución, que se dicta *inaudita parte debitoris*, pero con posibilidad de formular oposición; o en el caso de las medidas cautelares que, por razones de urgencia, se acuerdan sin previa celebración de vista, en el que se permite a los sujetos pasivos de las medidas acordadas formular oposición a las mismas ante el propio juez que las acordó; o para las diligencias preliminares del artículo 256 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que se

¹⁸¹ VEGAS TORRES, J., "El concurso como proceso jurisdiccional: estructura del concurso", cit., pp. 91 y s., pone de manifiesto que, si bien en el caso de solicitud de concurso voluntario se exige al deudor que presente una lista de acreedores, esta lista no asegura la identificación de todos los sujetos pasivos de la pretensión de declaración de concurso y, tratándose de la solicitud de declaración de concurso necesario no cabe siquiera exigir al acreedor solicitante que identifique al resto de los acreedores del deudor. De ahí que, si se quisiera asegurar que todos los posibles afectados por la declaración solicitada tuvieran oportunidad de defenderse antes de la decisión judicial, la única vía sería la publicación de la presentación de la solicitud durante un tiempo mínimo razonable para que el mayor número posible de afectados por la solicitud pudieran llegar a tener conocimiento de ella.

acuerdan sin oír al sujeto afectado, permitiéndose a éste oponerse en los cinco días siguientes a la citación (art. 260 LEC).

La Ley concursal permite a los acreedores que no han sido oídos previamente oponerse *a posteriori* a la declaración de concurso, sin bien únicamente cuando se trata de declaración de concurso necesario, y utilizando la vía del recurso de apelación contra el pronunciamiento del Auto relativo a la declaración de concurso. La elección de esta vía procesal obliga a forzar la legitimación para recurrir, extendiéndola a sujetos que no han sido parte en el procedimiento en que se ha dictado la resolución impugnada. Más acertado habría sido, a nuestro juicio, contemplar un trámite declarativo de oposición ante el mismo juez que ha dictado el Auto, seguido de apelación ante la Audiencia, que ya no sería contra el Auto de declaración de concurso, sino contra la resolución que decidiera la oposición formulada contra este Auto. Con esta fórmula se aseguraría una audiencia más completa de los acreedores afectados, quienes podrían defender sus intereses en dos instancias y no solamente ante la Audiencia, como ocurre con la regulación actual.

Más grave es la deficiente regulación legal de la contradicción procesal en relación con la declaración del concurso voluntario. La Ley parece considerar que la declaración de concurso voluntario es una especie de acto de jurisdicción voluntaria en el que únicamente estaría interesado el deudor. Esto explicaría, no sólo que no se contemple ninguna oportunidad de defensa para los acreedores con carácter previo a la decisión sobre la solicitud, sino también y muy especialmente, el régimen de recursos contra el Auto resolutorio que se establece en el artículo 14 de la Ley. En efecto, solamente se prevé el recurso contra el Auto que desestima la solicitud, porque en caso de Auto estimatorio el deudor solicitante no tendría interés para recurrir, por ausencia de gravamen y, como en la Ley no se considera que en este caso haya otros sujetos afectados, no habría nadie interesado en impugnar la resolución. El problema es que este planteamiento choca con la realidad, que muestra, como se ha indicado, que la declaración de

concurso voluntario afecta de manera muy directa a la esfera jurídica de los acreedores del concursado por lo que es inadmisibles no contemplar ninguna posibilidad de oposición de los acreedores a la pretensión de declaración de concurso voluntario, sea con carácter previo o con posterioridad a la decisión judicial. Dado que la negación de cualquier posibilidad de defensa a los acreedores frente a la declaración del concurso voluntario podría resultar incluso contraria a las exigencias constitucionales en materia de garantías procesales, la doctrina ha propuesto fórmulas para tratar de encajar lo mejor posible algún trámite que permita esa defensa dentro de las actuaciones de declaración del concurso necesario. Así se ha propuesto, por un lado, que se extienda al Auto de declaración de concurso voluntario la aplicación del régimen de recursos previsto en el artículo 20 de la Ley Concursal para el Auto de declaración de concurso necesario¹⁸², o bien permitir a los acreedores promover incidente concursal solicitando la revocación de la declaración de concurso¹⁸³.

En nuestra opinión, sin perjuicio de admitir la necesidad de ofrecer a los acreedores alguna vía procesal de defensa frente a las pretensiones de declaración de concurso voluntario, para lo que podría utilizarse cualquiera de las soluciones propuestas, consideramos que la solución a este problema debe abordarse mediante una reforma de la Ley Concursal que introduzca un trámite de oposición posterior a la declaración de concurso voluntario. Este trámite de oposición debería introducirse también frente al Auto de declaración de concurso necesario, a fin de mejorar la defensa de los acreedores a quienes perjudique la declaración permitiendo que esa defensa se lleve a cabo en dos instancias y no únicamente mediante el recurso de apelación.

¹⁸² VEGAS TORRES, J., *Derecho Procesal Civil* (con A. de la Oliva Santos e I. Díez-Picazo Giménez), Madrid, 2005, p.564.

¹⁸³ HERRERO PEREZAGUA, J.F., "La impugnación del auto de declaración del concurso voluntario", en *Anuario de derecho concursal*, nº 13, 2008, pp. 155-184.

CAPÍTULO II

EL PETITUM DE LA PRETENSIÓN DE TUTELA JURISDICCIONAL CONCURSAL

Concebimos el concurso como cauce a través del cual el ordenamiento jurídico presta una tutela jurisdiccional a los sujetos afectados por la insolvencia de un deudor, incluido el propio deudor insolvente. El proceso concursal es, así, la respuesta a determinadas necesidades de tutela jurisdiccional¹⁸⁴. La tutela jurisdiccional concursal se reclama por los sujetos legitimados mediante el ejercicio de la correspondiente acción ante los tribunales competentes. Tras examinar en el capítulo anterior los sujetos de la acción de tutela jurisdiccional concursal, en este capítulo estudiaremos el segundo de los elementos identificativos de esta acción, esto es, el *petitum*, entendiendo por tal lo que concretamente pide al tribunal el sujeto que formula la pretensión o, desde otra perspectiva, lo que acordará el tribunal en caso de que estime la pretensión.

En principio, el *petitum* de las solicitudes de declaración de concurso es precisamente que se dicte Auto mediante el que se declare el concurso

¹⁸⁴ El concurso no es la respuesta jurídica a la insolvencia, sino a determinadas necesidades de tutela jurisdiccional que nacen, para distintos sujetos, de la insolvencia; VEGAS TORRES, J. "El concurso como proceso jurisdiccional: estructura del concurso" cit., p. 83 y ss. No compartimos los planteamientos, muy extendidos, que asocian al concurso, junto a la finalidad de tutela del derecho de los acreedores, la de eliminar las empresas ineficaces, arbitrando sistemas de liquidación de las mismas. En este sentido PEINADO GRACIA, J.I. "La distribución del riesgo de insolvencia" en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje al profesor Manuel Olivencia*, Vol. I, Madrid 2004, p. 431-433. Cabe admitir que la eliminación de las empresas ineficaces pueda ser, en ocasiones, uno de los resultados o consecuencias del proceso concursal, pero esto no autoriza a considerar que dicha eliminación sea una de las finalidades que se pretenden mediante el Derecho concursal. Si la expulsión del mercado de los deudores ineficientes estuviera entre las finalidades del concurso tendría que haberse atribuido legitimación activa para solicitar la declaración a los sujetos interesados en esa expulsión (por ejemplo, las empresas de la competencia) o, en caso de considerar que sacar del mercado a las empresas ineficientes sea una finalidad de interés público, a sujetos públicos que tuvieran confiada la defensa de dicho interés (el Ministerio Fiscal, por ejemplo). Pero la Ley no contempla en absoluto estas legitimaciones, lo que demuestra que no atribuye al concurso la finalidad de liberar al mercado de empresas ineficientes.

del deudor insolvente. Ahora bien, profundizando algo más en el análisis, hay que tener en cuenta que la Ley Concursal vincula a la declaración de concurso numerosas consecuencias. En el texto legal estas consecuencias se presentan como efectos de la declaración de concurso. Pero, si bien se mira, cuando un sujeto legitimado pide al órgano jurisdiccional que dicte Auto de declaración de concurso, esa petición lleva implícita la petición de todas las consecuencias o efectos que la Ley atribuye a dicha declaración. Desde esta perspectiva, sostenemos que todos los efectos legales de la declaración de concurso forman parte del *petitum* de las pretensiones de tutela jurisdiccional concursal.

Este planteamiento implica también que consideramos que todos los efectos que la Ley vincula a la declaración del concurso constituyen respuesta a necesidades de tutela frente a los perjuicios que causa la insolvencia a los sujetos activos de la tutela jurisdiccional concursal. Estos sujetos, al solicitar la declaración de concurso, lo que pretenden es que se dicte una resolución judicial que produzca todos los efectos legales vinculados a dicha declaración, y pretenden eso porque los efectos de la declaración de concurso tutelan los intereses de dichos sujetos que la insolvencia propia o del deudor común lesiona o amenaza lesionar.

Identificado así el contenido de la tutela jurisdiccional concursal con los efectos de la declaración de concurso, conviene precisar que, a diferencia de otras tutelas jurisdiccionales cuyo contenido puede ser modulado a voluntad por el titular de la acción, pidiendo más o pidiendo menos dentro de aquello que, conforme a la Ley, pueda pedir, en el caso de la tutela jurisdiccional concursal los contenidos de la misma están prefigurados legalmente, de manera que los sujetos legitimados para solicitar dicha tutela pueden decidir libremente si la piden o no la piden, pero en caso de solicitarla han de asumir íntegramente el contenido que la Ley le atribuye, no pudiendo limitar su solicitud a que se produzcan solamente determinados efectos de la declaración de concurso y otros no.

Las necesidades de tutela a las que se responde con la tutela jurisdiccional concursal son diferentes en función del sujeto afectado. Tratándose del deudor que solicita su propia declaración de concurso a fin de buscar una solución a su crisis patrimonial por medio de un convenio con los acreedores que le permita salvar la empresa, lo que necesita es crear un marco que favorezca la negociación con los acreedores e incentive a éstos a aceptar un acuerdo razonable. Cuando es un acreedor quien pide la tutela jurisdiccional concursal, lo hace movido por la necesidad de hacer valer el principio de *par conditio creditorum* respecto al resto de los acreedores y especialmente respecto a los que ya tengan, mediante embargo, activos del deudor afectados a la satisfacción de sus créditos. Ahora bien, aunque las necesidades de tutela sean diferentes, la tutela jurisdiccional concursal, con el contenido que legalmente tiene, constituye una herramienta adecuada para satisfacerlas. Entendemos, por consiguiente, que en relación al *petitum* no cabe apreciar diferencias sustanciales entre la acción concursal de los acreedores y la acción concursal del deudor.

El estudio del *petitum* de las pretensiones de tutela jurisdiccional concursal ha de realizarse, por tanto, partiendo de los efectos que legalmente se vinculan a la declaración de concurso. Siguiendo a VEGAS TORRES¹⁸⁵, presentaremos los contenidos de la tutela jurisdiccional concursal divididos en tres grandes apartados, empleando un criterio distinto al que utiliza la Ley para la clasificación de los efectos de la declaración de concurso, pero que nos parece que permite apreciar mejor la relación de dichos efectos con las necesidades de tutela jurisdiccional a las que responden. En primer lugar, se examinarán los contenidos de la tutela concursal mediante los que se hace efectiva la suspensión inmediata del régimen general de cumplimiento de las obligaciones a su vencimiento y de reclamaciones judiciales individuales de los acreedores. Esta suspensión implica que los créditos que eran exigibles dejan de serlo con la declaración

¹⁸⁵ VEGAS TORRES, J., "El concurso como proceso jurisdiccional: estructura del concurso", cit., p. 85.

de concurso; que las ejecuciones singulares pendientes se suspenden, con pérdida para los acreedores ejecutantes de las posiciones de ventaja adquiridas en ellas; y que no pueden promoverse nuevas ejecuciones singulares contra el patrimonio del deudor insolvente. En segundo lugar, la solicitud de concurso lleva implícita la petición de sujeción del patrimonio del deudor a un régimen especial de administración, controlado por los administradores concursales, quienes podrán ejercer un control más o menos intenso de las facultades de disposición y administración del deudor sobre su patrimonio, dependiendo de lo que disponga el juez en el Auto de declaración del concurso. En tercer y último lugar, el solicitante de la declaración de concurso también pretende que se inicien unos procedimientos especiales previstos en la Ley, dirigidos a procurar la satisfacción ordenada de los acreedores del deudor insolvente; compatibilizando dicha satisfacción, siempre que sea posible, con el saneamiento de la situación económica del concursado y la subsistencia de la actividad profesional o empresarial del mismo.

1. La suspensión del régimen general de cumplimiento de las obligaciones a su vencimiento y reclamaciones judiciales individuales.

Cuando un deudor se encuentra en situación de insolvencia el mantenimiento del régimen general de cumplimiento de las obligaciones regulado en el Código Civil o en el de Comercio, basado en la exigencia de pago de cada deuda a su vencimiento, y del régimen procesal general, basado en reclamaciones individuales en procesos de declaración y de ejecución singulares, puede resultar perjudicial para los intereses del deudor y para los de, al menos, una parte de los acreedores. Para el deudor, especialmente si tiene interés en salvar su empresa o mantener su actividad empresarial mediante un acuerdo con sus acreedores que le permita salir de la situación de insolvencia, porque el régimen general, sustantivo y procesal, en materia de cumplimiento de las obligaciones no crea un marco favorable a la negociación; y para los acreedores, o al menos para una parte de ellos,

porque la aplicación del régimen general cuando el deudor se encuentra en estado de insolvencia pone en peligro la efectividad del principio de igualdad de los acreedores.

Por eso, la tutela jurisdiccional incluye, entre sus contenidos más destacados, la suspensión de la aplicación a las obligaciones del concursado del régimen general de cumplimiento de las obligaciones a su vencimiento, así como de las vías procesales ordinarias para la satisfacción de los créditos, particularmente las ejecutivas. Este régimen general se sustituye por otro basado en la colectivización de los acreedores, que resulta más adecuado para armonizar la satisfacción, hasta donde se pueda, de los créditos con los intereses del deudor y/o de los acreedores que se tratan de proteger mediante la tutela jurisdiccional concursal.

1.1. La integración de los acreedores en la masa pasiva del concurso

La declaración judicial del concurso, desencadena la integración de todos los acreedores del concursado en la masa pasiva¹⁸⁶ del proceso concursal. Como consecuencia, todos los acreedores del deudor común cuyos créditos sean anteriores a la declaración del concurso quedan afectados por el cambio de régimen jurídico que se produce con la declaración de concurso. Al declararse el concurso los acreedores pasan a formar una comunidad de intereses incidental con un fin: el reparto equitativo del patrimonio del deudor; la propia finalidad del consorcio determina el carácter transitorio del mismo¹⁸⁷.

¹⁸⁶ El artículo 49 de la LC integra en la masa pasiva del concurso a los acreedores del deudor común, cuyos créditos fueron obtenidos antes de la declaración del mismo. Los acreedores cuyos créditos se generaron tras el auto de declaración del concurso, no integrarán la masa pasiva concursal, sino que son titulares de créditos contra la masa, los cuales se satisfacen a sus respectivos vencimientos.

¹⁸⁷ En efecto, tal como expresa MAIRATA LAVIÑA, J. “Los efectos del concurso en la LC”, en GARCÍA VILLAVARDE, R., ALONSO UREBA, A. y PULGAR EZQUERRA, J. (dirs.) *Derecho Concursal, Estudio Sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley Orgánica*

Con la integración en la masa pasiva del concurso, los acreedores anteriores a la declaración de concurso pierden de un lado, su derecho a ser pagados al margen del concurso; y de otro, el derecho a obtener la satisfacción de su crédito en vía jurisdiccional a través de procesos de ejecución singular. El artículo 84.2.1 LC regula la única excepción a la regla anterior, atribuyendo el carácter de créditos contra la masa a los créditos salariales correspondientes a los últimos treinta días de trabajo anteriores a la declaración del concurso, en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional.

1.2. Exclusión de pagos realizados al margen del concurso

Con el concurso, como regla general, los créditos integrados en la masa pasiva que fueran exigibles antes de la declaración dejan de serlo por lo que los acreedores pierden el derecho a reclamar al deudor su pago íntegro e inmediato. Es más, al deudor se le prohíbe, bajo amenaza de sanción penal, efectuar pagos "a uno o varios acreedores, privilegiados o no, con posposición del resto", salvo que tuviera autorización judicial o de los administradores concursales, o se tratara de un supuesto en el que el pago estuviera permitido por la Ley (artículo 260.2 CP). La prohibición se funda en que cualquier pago a algún acreedor concursal implicaría lesión del principio de *par conditio creditorum*, ya que reduciría las posibilidades de satisfacción de los créditos restantes. La sanción penal se vincula a la solicitud de declaración de concurso, y no al concurso ya declarado ya que la norma se refiere a los pagos realizados "una vez admitida a trámite la solicitud de concurso".

8/2003, para la reforma concursal, Madrid 2003, p. 299. La comunidad formada por los acreedores del deudor común tras la declaración de concurso tiene carácter incidental. El solicitante del concurso -ya sea el deudor o cualquiera de los demás legitimados- fuerza a los acreedores a integrar la masa pasiva concursal, independientemente de su voluntad; los acreedores -no solicitantes- del concursado se ven arrastrados de manera incidental a un proceso judicial universal contra el deudor común.

Por la misma razón que se excluyen los pagos individuales a los acreedores después de la declaración de concurso, no se admite la compensación de créditos y deudas del concursado cuando los requisitos para la compensación se producen después de la declaración del concurso¹⁸⁸. El artículo 58 de la Ley Concursal excluye de la prohibición las compensaciones cuyos requisitos existían con anterioridad a la declaración del concurso, aunque la declaración judicial o acto administrativo que declare la compensación haya sido posterior a la declaración de concurso. Este tratamiento de la compensación se debe a que la Ley Concursal considera la compensación como un medio de pago, y no como una garantía¹⁸⁹. La compensación producida antes de la declaración de concurso sería equivalente a un pago anterior a la declaración, al que no cabría oponer objeciones, salvo que fuera procedente la reintegración; ahora bien, la compensación posterior a la declaración de concurso sería como un pago posterior a dicha declaración y, por tanto, inadmisibles.

El elemento fundamental sobre el que se articula el tratamiento concursal de la compensación es, por tanto, el momento en el que tiene lugar la concurrencia de los requisitos de la misma, en relación con la fecha del auto de declaración del concurso. En los casos en los que requisitos existen antes de la declaración del concurso, y tan sólo queda la consumación material de la compensación, ésta podrá llevarse a cabo, aunque el deudor se encuentre en situación concursal. Por el contrario, si la concurrencia de

¹⁸⁸ Dejando a salvo las normas de derecho internacional privado establecidas en el artículo 205 LC. De acuerdo con tal precepto la podrá realizarse en los concursos con elemento extranjero, en los que entren en juego este tipo de normas internacionales especiales; siempre que la ley aplicable al crédito recíproco lo permita en situaciones similares de insolvencia. Todo ello, sin perjuicio de las acciones de reintegración que puedan proceder.

¹⁸⁹ TATO PLAZA, A. "Algunos apuntes en torno a los efectos de la declaración de concurso sobre los acreedores" en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje al profesor Manuel Olivencia*, cit., p. 3292.

los requisitos es posterior a la declaración del concurso, no procederá la compensación de créditos y deudas existentes entre el concursado y uno de sus acreedores.

Cualquier controversia surgida en relación a la compensación debe ser resuelta por el juez del concurso a través de la vía del incidente concursal¹⁹⁰. El artículo 58.2 de la Ley se refiere a controversias que se susciten en sede concursal, siendo el objeto del incidente la cuestión relativa a la admisión o no de la compensación invocada¹⁹¹.

Estrechamente relacionada con la pérdida de exigibilidad de los créditos concursales, y con la prohibición al deudor de pagarlos al margen de los mecanismos concursales, está la interrupción del devengo de intereses prevista en el artículo 59 de la Ley Concursal. Si los créditos dejan de ser exigibles y el deudor no solamente no tiene el deber de pagarlos, sino que se le prohíbe hacerlo, parece razonable que, al menos como regla general, no se "sancione" al deudor con el pago de intereses.

Se trata, no obstante, de una regla que tiene excepciones. La primera se refiere a los créditos con garantía real. Los intereses correspondientes a este tipo de créditos serán exigibles hasta donde alcance la respectiva garantía. La segunda excepción se aplica a los créditos salariales que resulten reconocidos, que devengarán intereses conforme al interés legal del dinero fijado en la correspondiente Ley de Presupuestos. En ambos casos, los créditos por intereses tendrán la consideración de subordinados, por lo que se harán efectivos una vez que hayan quedado íntegramente satisfechos los créditos ordinarios, tal como establece el artículo 158 de la

¹⁹⁰ La vía del incidente concursal es el cauce que propone el legislador para ventilar en general, todas las cuestiones que surjan durante el concurso y no tengan señalada otro tipo de tramitación. (Artículo 192.1 LC)

¹⁹¹ CORDÓN MORENO, F. "Comentario al artículo 59 LC" en CORDÓN MORENO, F. (dir.) *Comentarios a la LC*, cit, p. 468.

Ley Concursal. La incidencia práctica de estas excepciones a la interrupción del devengo de intereses es escasa puesto que al clasificar como subordinados los créditos por intereses, quedan relegados a una posición difícil en la prelación de pago.

El segundo apartado del artículo 59 viene a sancionar el carácter dispositivo de la norma general sobre la interrupción del devengo de intereses, al permitir la exclusión de su aplicación acordada en un convenio que no implique quita¹⁹². En efecto, la Ley dispone la posibilidad de pactar el cobro total o parcial de los intereses cuyo devengo fue interrumpido, calculándolos al tipo legal o convencional si fuera menor. El último inciso de este precepto establece el modo de proceder en relación a los intereses en el caso en que se abra la liquidación; éstos se satisfarán tan solo si quedase remanente suficiente tras el pago de la totalidad de los créditos concursales.

1.3. Suspensión de ejecuciones singulares

El artículo 55.1.1º de la Ley Concursal prohíbe, una vez declarado el concurso, el inicio de ejecuciones singulares, tanto de carácter judicial como extrajudicial, o de apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor. El concurso impide el ejercicio de acciones ejecutivas individuales por parte de los acreedores del concursado, reconduciendo la satisfacción de los créditos a un proceso colectivo universal en el que los acreedores deberán compartir los riesgos derivados de la declarada insolvencia del deudor común. Se establece esta prohibición, con el fin de evitar que algunos acreedores concursales consigan, por medio de ejecuciones singulares, la satisfacción íntegra de sus créditos, reduciendo las posibilidades del resto para lograr el mismo objetivo¹⁹³.

¹⁹² CORDÓN MORENO, F. *ibid.* p. 470.

¹⁹³ De nada serviría crear una masa pasiva si las ejecuciones singulares pudiesen continuar. Cfr. GARRIDO CARRILLO, F. J. “Efectos procesales de la declaración de concurso”, en *Revista General del Derecho Procesal*, nº 33/2014, p. 2,

La Ley no solo prohíbe la iniciación de nuevos procesos de ejecución o apremio, sino también la continuación de los que estuviesen pendientes en el momento de la declaración de concurso. El artículo 55.2 determina la suspensión de los procesos de ejecución o apremio en tramitación sin perjuicio del tratamiento concursal que se deba dar a los correspondientes créditos. Los acreedores ejecutantes, cuyos procesos de ejecución o apremio fueron suspendidos, se integran en la masa pasiva del concurso y sus créditos serán satisfechos, hasta donde se pueda, con arreglo al régimen concursal.

La suspensión de las ejecuciones singulares pendientes no supone, como regla, el alzamiento de los embargos que se hayan acordado en ellas, ni la cancelación de las medidas de garantía de la traba que se hubieran adoptado. Esos embargos no tienen ningún efecto dentro del proceso concursal, pero su mantenimiento se justifica para el caso de que al terminar el concurso el acreedor conservara su crédito y la posibilidad de hacerlo efectivo reanudando la ejecución singular que hubiera quedado suspendida (lo que podría ocurrir, por ejemplo, en caso de que se estimara el recurso de apelación contra el Auto de declaración de concurso)¹⁹⁴.

No obstante lo anterior, el apartado 3 del artículo 55 de la Ley Concursal permite al juez del concurso levantar y cancelar los embargos

¹⁹⁴ En este sentido, el Auto AP Barcelona, Sec. 15ª, de 4 de mayo de 2006, rechazó la pretensión del recurrente de que la suspensión de la ejecución debería llevar aparejada automáticamente el alzamiento de los embargos razonando que "de alzarse los embargos, el ejecutante quedaría en peor condición que antes de la suspensión, pues si el auto de declaración del concurso se dejara sin efecto por cualquier razón o el concurso terminara sin pago de las deudas, por ejemplo por inexistencia de bienes y derechos del deudor (art. 176.1.3º LC), quedaría expuesto a una pérdida de prioridad si no se recupera la traba con premura. Este es un riesgo que el ejecutante, que inició el proceso ejecutivo con anterioridad a la declaración del concurso, debe arrostrar cuando se haya aprobado un convenio concursal que así lo dispusiera o de otra forma vea satisfecho su derecho de crédito, pero no cuando el concurso acaba de declararse e inicia su fase común."

trabados cuando el mantenimiento de los mismos dificulte gravemente la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado. El levantamiento y cancelación del embargo se decide por el juez a petición de la administración concursal y previa audiencia de los acreedores afectados. La cancelación de embargos preconcursales, introducida en la Ley Concursal por la Ley 38/2011, favorece la superación de situaciones difíciles para algunas empresas en concurso¹⁹⁵, pero debería ser aplicada con prudencia pues, como se ha señalado, es una medida que puede terminar causando grave perjuicio a los acreedores afectados. Se permite, en definitiva, que se sacrifique el interés de los acreedores en mantener los embargos en aras del interés de asegurar la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado. Hay que hacer notar, sin embargo, que la norma establece una excepción, excluyendo de la posible cancelación los embargos administrativos, por lo que el sacrificio solamente puede imponerse a los acreedores no públicos.

La decisión judicial de alzamiento de embargos requiere que el mantenimiento de los mismos implique graves dificultades para continuar con la actividad empresarial o profesional del concursado. Así ha de ponerlo de manifiesto y acreditarlo la administración concursal al solicitar la medida y el juez deberá oír y valorar, antes de decidir, las alegaciones que formulen al respecto los acreedores afectados. Todo ello se traduce en la necesidad de motivación judicial precisa para adoptar esta medida¹⁹⁶.

¹⁹⁵ PANEDA USUNÁRIZ, F. *Ejecución singular y concurso* en PRENDES CARRIL, P. "Tratado Judicial de la Insolvencia", Aranzadi 2012, p. 850-857.

¹⁹⁶ Como bien apunta PANEDA USUNÁRIZ, F. en *Ejecución singular y concurso*, cit., la motivación exigida por el artículo 55.3 debe ponerse en conexión con la necesaria facultad de la administración concursal de disponer sobre los bienes y derechos que integran la masa activa que considere indispensables para garantizar la viabilidad de la empresa o las necesidades de tesorería que exija la continuidad del concurso (artículo 43.3.1º LC). La exigencia de dificultad "grave" mencionada por el apartado 3 del artículo 55

La prohibición de iniciar o continuar ejecuciones y apremios es uno de los contenidos esenciales de la tutela concursal. No obstante, la prohibición del artículo 55 no es absoluta. El mismo precepto establece dos excepciones, a las que hay que añadir una tercera aplicable al derecho de ejecución separada de los titulares de créditos con privilegios sobre buques y aeronaves regulada en el artículo 76.3 de la Ley Concursal. Las excepciones del artículo 55 pivotan en torno al concepto de bienes *necesarios* para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado.

La primera de las excepciones a la prohibición de iniciar o continuar ejecuciones singulares contra el patrimonio del deudor tras la concesión de la tutela concursal, se halla en el artículo 55.1.2º de la Ley, que excluye de la prohibición las ejecuciones administrativas en las que se hubiese dictado diligencia de embargo, y las ejecuciones laborales en las que se hubiesen embargado bienes del deudor, todo ello con anterioridad a la declaración del concurso, siempre que los bienes embargados no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado. La Ley establece que tales ejecuciones administrativas y laborales podrán continuar en los términos señalados, hasta la aprobación del plan de liquidación.

Los procedimientos ejecutivos laboral y administrativo tienen preferencia para la realización del concreto bien embargado, frente al proceso concursal, siempre que se cumplan los requisitos legales citados¹⁹⁷.

exige una especial motivación por la administración concursal en su petición, y también en la resolución del juez respecto de la concurrencia de dicho requisito.

¹⁹⁷ La Ley establece la prioridad temporal como requisito para sustraer las ejecuciones administrativas y laborales de la prohibición general de suspensión de ejecuciones contra el concursado. Exige además que los bienes sobre los que recae el embargo no sean necesarios para la actividad profesional o empresarial del deudor. Para determinar la prioridad temporal en caso de coincidencia del proceso concursal y el proceso administrativo, se debe atender a la fecha de la diligencia de embargo, y a la fecha del auto

Estas dos excepciones son renunciables para la Administración o el titular del crédito laboral.

La segunda excepción a la prohibición de iniciar o continuar procesos de ejecución o apremio, se menciona en el apartado 4 del artículo 55 y se regula detalladamente en los artículos 56, 57 y 155 de la Ley Concursal. Las ejecuciones de créditos con garantía real tienen un régimen especial, distinto del establecido con carácter general para los procesos de ejecución en el artículo 55 LC. La Ley Concursal ha querido respetar el tradicional derecho de ejecución separada del que disfrutaban los acreedores cuyos créditos están asegurados con una garantía real. Sin prescindir por completo de la peculiar naturaleza de las garantías reales, la Ley procura, no obstante, que la ejecución separada perturbe lo menos posible el proceso concursal¹⁹⁸, sujetando dicha ejecución a limitaciones temporales.

Las limitaciones temporales previstas en la Ley afectan tan solo a los casos en que los bienes afectados por la garantía sean *necesarios* para la continuación de la actividad profesional o empresarial del concursado¹⁹⁹. El

de declaración de concurso. Ante la coincidencia de fechas CORDÓN MORENO, F. *El proceso concursal*, cit., p. 124, citando jurisprudencia del TS anterior a la Ley Concursal se muestra favorable a la prevalencia del proceso concursal (STS de 26 de octubre de 1987 RJ 1987/8725).

¹⁹⁸ Exposición de Motivos de la LC. Expositivo III.

¹⁹⁹ Antes de la reforma del Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, el criterio para la aplicación de limitaciones temporales al derecho de ejecución separada de las garantías reales era el de que dichas garantías se refirieran a bienes "afectos" a la actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva perteneciente al deudor. El concepto de bienes "afectos", más impreciso que el de "necesarios" generó problemas interpretativos: cfr. ARRIBAS, A. "El problema del concepto de bienes afectos" en BELTRÁN, E. y PRENDES, P. *Los problemas de la Ley Concursal. I Congreso español del Derecho de la Insolvencia*, Gijón, 2009, p. 275 y ss; CARRASCO PERERA, A. *Los derechos de garantía real en la Ley Concursal*, Navarra, 2009, p. 99; PEITEADO MARISCAL, P. "La competencia

distinto tratamiento de las garantías reales sobre bienes necesarios para la continuación de la actividad empresarial o profesional del concursado y las constituidas sobre bienes no necesarios para tal fin es una manifestación más de la preocupación latente en la legislación concursal vigente para solventar la situación de crisis sin que ello impida el mantenimiento de la actividad del concursado, siempre que sea posible.

El juez del concurso es quien determina si un bien es o no necesario para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del concursado²⁰⁰. Esta competencia se extiende no solamente a los casos en que se pretenda la ejecución separada de garantías reales, sino también a los previstos en el artículo 55.1 de continuación de ejecuciones administrativas o laborales.

En relación la incoación, después de la declaración de concurso, de procesos de ejecución de garantías reales, la Ley establece un doble límite temporal para los casos en que la garantía recae sobre un bien necesario para la continuación de la actividad profesional o empresarial del concursado. El artículo 56.1 impide iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía, de un lado, hasta la aprobación de un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho; y de otro, hasta pasado un año desde la declaración del concurso sin que se haya producido la apertura de la liquidación. Se trata de una restricción de carácter temporal, con una doble alternativa: no se podrá instar la ejecución de la garantía real que recaiga sobre bienes necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor hasta el acaecimiento de cualquiera de las dos situaciones descritas en el primer inciso del artículo 56.1 LC. Esta

para la ejecución de garantías reales vinculadas a bienes no afectos a la actividad económica del concursado”, en *Anuario de Derecho Concursal*, nº 15/2008 p. 159-186.

²⁰⁰ En efecto, así lo establece el último apartado del artículo 56 LC, en relación no solo a la prohibición general de inicio o continuación de ejecuciones singulares, sino también al caso especial de las ejecuciones de garantías reales.

obligatoria y limitada espera pretende conjugar equilibradamente los intereses implicados en sede concursal. La Ley considera adecuado que los acreedores con garantía real soporten esta prohibición temporal del ejercicio de su derecho a la ejecución separada, en aras de alcanzar una solución beneficiosa para los intereses del concurso²⁰¹. Quizá se confía en que durante el tiempo de espera el acreedor con garantía real puede optar por participar en el convenio. El plazo de espera facilita también la aplicación de las previsiones del artículo 155.2 de la Ley, al conceder a la administración concursal tiempo para valorar la conveniencia de atender el pago de estos créditos con cargo a la masa y sin realización de los bienes y derechos afectos²⁰².

²⁰¹ CORDÓN MORENO, F. *El proceso concursal* cit. p. 126.

²⁰² El mencionado precepto, efectivamente prevé la posibilidad de que la administración concursal decida atender el pago de los créditos con garantía real que recaigan sobre bienes necesarios para la actividad profesional o empresarial del concursado, antes de que se produzca alguna de las circunstancias exigidas en el artículo 56.1 para levantar la prohibición de inicio de estas ejecuciones singulares. Por consiguiente, los acreedores cuyos créditos están asegurados con garantía real que recaiga sobre bienes necesarios para continuar con la actividad profesional o empresarial del concursado, podrán obtener el pago, ya sea porque, transcurren los plazos señalados en el artículo 56.1 y por tanto pueden iniciar la ejecución de la garantía; o bien porque aún sin transcurrir dichos plazos, la Administración concursal opte por satisfacer esos créditos con cargo a la masa. En este último caso, la Ley establece que se realice el pago íntegro de las cantidades vencidas y los correspondientes intereses, asumiendo la administración concursal el pago del resto de cantidades con cargo a la masa, sin realización de los bienes afectos, y en cuantía que no exceda del valor de la garantía, calculado de conformidad a las reglas del artículo 94.5 LC. Con ello se evita que los bienes afectos salgan de la masa activa del concurso como consecuencia de la ejecución separada, con el propósito de facilitar que el concursado pueda continuar su actividad profesional o empresarial. En opinión de FERNÁNDEZ SEIJO, J.M., *La reforma de la Ley Concursal analizada por especialistas*, Dykinson, Madrid, 2012 p. 227, el artículo 155.2 LC altera el régimen ordinario de pagos en interés del concurso favoreciendo la continuidad de la actividad de la compañía.

Nada dice la Ley en relación a la incoación de ejecuciones de garantías reales cuando el bien sobre el que recae la garantía no es necesario para la continuación de la actividad del concursado. La Ley únicamente precisa que la competencia para decidir si el bien objeto de la garantía es o no es necesario para la actividad empresarial o profesional del deudor corresponde al juez del concurso. Por tanto, parece necesario que el acreedor que quiera promover la ejecución solicite al juez del concurso la declaración de no necesidad del bien para la actividad del deudor. Una vez obtenida esta declaración, se podrá promover la ejecución ante el tribunal civil que sea competente y la ejecución podrá desarrollarse con completa independencia del concurso²⁰³.

Respecto a la continuación de procesos de ejecución de garantías reales iniciados antes de la declaración de concurso, el apartado 2 del artículo 56 establece la suspensión de tales ejecuciones, que se alzarán sólo cuando se incorpore al procedimiento testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que los bienes y derechos afectados no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado. Conforme a este precepto, que se refiere a ejecuciones de garantías reales que, al declararse el concurso, se encuentran en tramitación en otros órganos jurisdiccionales, estas ejecuciones han de suspenderse en cuanto la declaración del concurso, sea o no firme, conste en el correspondiente procedimiento. La suspensión debe acordarse sin que el tribunal que conozca de la ejecución deba plantearse si los bienes afectos a la garantía de cuya realización se trata son o no necesarios para la actividad empresarial o profesional del concursado. Si el ejecutante pretende que continúe la ejecución separada de la garantía por considerar que el bien afecto no es necesario para la actividad empresarial o profesional del concursado deberá dirigirse al juez del concurso y solicitarle que efectúe una

²⁰³ En este sentido: Auto AP Pontevedra de 29 de julio de 2010 (Roj: AAP PO 726/2010); Auto AP Barcelona, Sec. 15, de 22 de septiembre de 2010 (Roj: AAP B 5121/2010).

declaración en tal sentido. La resolución que establezca la no necesidad del bien para la continuación de la actividad profesional o empresarial del concursado, implicaría el alzamiento de la suspensión y continuación del proceso ejecutivo ante el órgano que inicialmente estaba conociendo, proceso que podrá continuar hasta su normal finalización al margen del proceso concursal.

Por el contrario, si tras la suspensión de la ejecución en el tribunal que conocía de ella no se solicita al juez del concurso que declare que el bien afecto a la garantía no es necesario para la actividad del deudor, o bien si el bien es considerado por el juez del concurso como necesario para la continuación de la actividad del concursado, la ejecución se reanuda, ante el juez del concurso, tramitada en pieza separada, de acuerdo con el artículo 57 de la Ley.

Los artículos 56 y 57 no aclaran si la reanudación ante el juez del concurso de las ejecuciones de garantías reales que se refieran a bienes necesarios para la actividad del deudor está sujeta a los mismos condicionamientos temporales que la incoación de esa clase de ejecuciones después de declarado el concurso, aunque parece razonable que sea así, por existir una clara identidad de razón.

Ha sido materia discutida la competencia objetiva para conocer de las ejecuciones de garantías reales que se inicien o reanuden tras la declaración de concurso respecto de bienes no necesarios para la continuación de la actividad del concursado.

A favor de la competencia del juez del concurso se ha invocado la competencia exclusiva y excluyente de dicho juez para conocer ejecuciones sobre bienes y derechos de contenido patrimonial. Aunque se trate de ejecuciones de bienes no necesarios, sí tienen contenido patrimonial, y sin lugar a dudas el resultado de esos procedimientos afectará al concurso. Por consiguiente, el reconocimiento al derecho de ejecución separada de los créditos con garantía real, no implica necesariamente que se deba ejercitar

por una vía independiente al concurso, no resultando operativo mantener distintos procedimientos en distintos juzgados²⁰⁴.

En el polo opuesto, se ha defendido que la competencia para conocer de las ejecuciones de garantías reales que recaen sobre bienes no necesarios para la actividad profesional o empresarial del concursado debe mantenerse en la instancia judicial o extrajudicial que corresponda de acuerdo con las normas extraconcursoales²⁰⁵. El razonamiento se centra en la lectura literal del artículo 56 de la Ley Concursal, que presupone la existencia de un derecho de ejecución separada para las garantías reales constituidas sobre bienes del concursado, derecho que opera de manera independiente al concurso, y solo si el concreto bien vinculado al crédito garantizado es necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado, estaría justificado atribuir la competencia al juez del concurso. Asimismo, el artículo 57.1 otorga la competencia al juez del concurso para conocer el inicio o reanudación de las ejecuciones de garantías reales sobre bienes necesarios para la actividad del concursado; esta previsión especial solo tiene sentido si se entiende que la regla general en materia de ejecución separada de garantías reales es que la competencia corresponda al tribunal a quien se atribuya por las reglas generales, pues en otro caso, si se entendiera que corresponde al juez del concurso el conocimiento de todo tipo de ejecuciones de garantías reales, lo que dispone el artículo 57.1 sería redundante e innecesario.

La primera de las interpretaciones, a nuestro entender, es más respetuosa con la esencia del proceso concursal como proceso de ejecución universal. La atribución de la competencia objetiva para conocer de las ejecuciones de garantías reales al juez del concurso no es incompatible, por lo demás, con el derecho de ejecución separada de los acreedores cuyo

²⁰⁴ En este sentido: Auto AP Pontevedra, Sec. 1ª, 29 de julio de 2010; Auto AP Barcelona, Sec. 15, de 28 de junio de 2007 y Auto AP Gerona de 12 de mayo de 2009.

²⁰⁵ Así lo interpreta la AP Barcelona en su Auto de 22 de septiembre de 2010.

crédito esté asegurado con dichas garantías. Ahora bien, la Ley parece inclinarse por la segunda solución ya que el artículo 56.2 no deja lugar a dudas respecto de la atribución de la competencia para continuar con la ejecución de garantías reales al órgano que inicialmente estaba conociendo cuando el bien objeto de la garantía no es necesario para la continuidad de la actividad del concursado, habiendo sido así declarado por el juez del concurso.

Existe una tercera y última excepción a la prohibición de incoar o continuar procesos de ejecución singular tras la declaración de concurso. Se halla en el apartado 3 del artículo 76 de la Ley concursal, que reconoce expresamente a los titulares de créditos con privilegios sobre buques y aeronaves, el derecho a separar esos bienes de la masa activa del concurso, mediante el ejercicio de las acciones correspondientes que les reconozca la legislación específica. Se trata de los tradicionales supuestos de separación de bienes de la masa activa *ex iure creditii*, y los cauces procesales a que se remite son los previstos en la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima, respecto a las garantías sobre buques, y en la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión, respecto a las garantías sobre aeronaves.

1.4. Continuación de los procesos de declaración pendientes

Los artículos 50 y 51 de la Ley Concursal regulan la incoación o continuación de procesos declarativos en los que el concursado sea parte, que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso. Se establece como regla general la continuación de estos procesos hasta la firmeza de la sentencia.

En materia de competencia hay que distinguir entre los procesos de declaración pendientes al declararse el concurso y los que se promuevan después de la declaración. Respecto a los primeros, la declaración de concurso no priva de competencia al tribunal civil que viniera conociendo, ante el que continuará la tramitación del proceso hasta que recaiga

sentencia firme. Esta es la regla general que solamente tiene una excepción: los juicios por reclamación de daños y perjuicios a la persona jurídica concursada contra sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, y contra los auditores. Para estos procesos la declaración de concurso provoca un cambio en la competencia, perdiéndola el juzgado que viniera conociendo en favor del juez del concurso. El cambio solamente se produce cuando al declararse el concurso el proceso de reclamación de daños se encontrase en primera instancia y no se hubiera celebrado ya el juicio o la vista (art. 51.1 LC). A esto ha quedado reducida, por tanto, la *vis atractiva* del concurso respecto a los procesos de declaración pendientes.

En cuanto a los procesos civiles de declaración con trascendencia patrimonial que se promuevan con posterioridad a la declaración de concurso, la competencia depende, fundamentalmente, de la posición procesal que ocupe en ellos el concursado. Tratándose de demandas dirigidas contra el concursado la competencia corresponderá al juez del concurso, conforme a lo previsto en el artículo 8.1 de la Ley; ahora bien, cuando se trate de procesos civiles de declaración promovidos por el concursado la competencia corresponderá al tribunal al que se la atribuyan las reglas generales.

Los procesos de declaración de los que deba conocer el juez del concurso seguirán la tramitación de los incidentes concursales. Los que correspondan a la competencia de tribunales distintos al que conozca del concurso seguirán la tramitación procesal que corresponda según las reglas generales. En estos últimos, no obstante, la declaración de concurso provoca algunas variaciones respecto a la actuación de las partes. En el caso de suspensión de las facultades patrimoniales del deudor, éste será sustituido por la administración concursal en la posición de parte en los procesos de declaración pendientes (art. 54.1 LC). En caso de intervención, el deudor podrá seguir actuando como parte, pero necesitará la conformidad de la administración concursal para la realización de cualquier acto procesal que pueda afectar a su patrimonio (art. 54.2 LC).

1.5. Interrupción de la prescripción de las acciones

En estrecha relación con la suspensión del régimen general en materia de cumplimiento de obligaciones y de reclamaciones judiciales ante el incumplimiento, la Ley vincula a la declaración de concurso la interrupción de la prescripción de las acciones contra el deudor por créditos anteriores a la declaración del concurso, así como la de las acciones contra los socios, administradores, auditores y liquidadores del deudor persona jurídica.

El artículo 60 de la Ley establece la interrupción de la prescripción desde la declaración del concurso hasta su conclusión, momento en el que se iniciará de nuevo el cómputo. Esta norma se aplica sólo a los créditos concursales, es decir, a los anteriores a la declaración de concurso.

El precepto que nos ocupa puede ser interpretado en el sentido de que la declaración de concurso pasa a ser, en virtud de lo que en él se dispone una nueva causa de interrupción de la prescripción distinta de las previstas en el artículo 1973 del Código Civil²⁰⁶. Según esta interpretación con la declaración de concurso se interrumpiría la prescripción de las acciones para reclamar los créditos concursales con independencia de que se produjera o no, en el seno del concurso, algún acto concreto del acreedor que pudiera entenderse como reclamación judicial o extrajudicial, o algún acto del deudor que pudiera considerarse de reconocimiento de la deuda. Según este planteamiento, la interrupción de la prescripción se produce con la declaración de concurso y se ve confirmada por el reconocimiento posterior de los créditos que tiene eficacia retroactiva al momento de la declaración²⁰⁷.

²⁰⁶ En este sentido, CORDÓN MORENO, F. "Comentario del artículo 60 LC" en CORDÓN MORENO, F. (dir.) *Comentarios a la Ley Concursal*, Navarra, 2004, p. 472; BOLDÓ RODA, C. "Efectos del concurso sobre los créditos en particular" en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje al profesor Manuel Olivencia*, cit., p. 2522.

²⁰⁷ CORDÓN MORENO, F. *ibid.*

Cabe, no obstante, una interpretación diferente, que trata de conciliar la dicción del artículo 60 de la Ley Concursal, con el sistema general de interrupción de la prescripción de las acciones del artículo 1973 del Código Civil. Según este planteamiento, también en sede concursal la prescripción se interrumpe únicamente cuando el acreedor realiza una reclamación judicial o extrajudicial (solicitud de declaración de concurso, comunicación del crédito) o cuando el deudor realiza algún acto de reconocimiento de la deuda (presentación de la relación de acreedores con la solicitud de concurso voluntario, reconocimiento de créditos por la administración concursal). De esta forma, el fundamento de la interrupción de la prescripción en sede concursal sería el mismo que tiene en el régimen general, esto es, la ruptura del “silencio de la relación jurídica”²⁰⁸.

En nuestra opinión, esta segunda postura requiere forzar en exceso la interpretación del artículo 60 de la Ley Concursal. Nos adherimos, por tanto, a la primera línea interpretativa que, ciertamente, se aparta de la tradicional vinculación de la prescripción al “silencio de la relación jurídica”, pero encuentra también un sólido fundamento para la interrupción de la prescripción en la imposibilidad de ejercicio de las acciones cuya prescripción se interrumpe, imposibilidad que nace precisamente de la declaración de concurso. La suspensión inmediata del régimen general de cumplimiento de obligaciones a sus vencimientos y ejercicio de acciones individuales, que se produce con la declaración de concurso, se acompaña, en virtud de lo dispuesto en el artículo 60, con la interrupción de la prescripción de las acciones que la declaración de concurso impide ejercitar.

²⁰⁸ BERMEJO GUTIÉRREZ, N. “La interrupción de la prescripción: ¿un verdadero efecto del concurso?” en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje al profesor Manuel Olivencia*, cit., p. 2475; DÍEZ-PICAZO, L. “Comentario del artículo 1973 CC” en DÍEZ-PICAZO, L., BERCOVITZ, R., PAZ-ARES, C. y SALVADOR CODERCH, P. (dirs.) *Comentarios del Código Civil*, tomo II, Madrid, 1993, p. 2169 y ss.

1.6. La suspensión del régimen general de cumplimiento de las obligaciones a su vencimiento y reclamaciones judiciales individuales como respuesta a la necesidad de tutela jurisdiccional concursal

En este trabajo se parte de la premisa de que la insolvencia del deudor común crea, tanto al propio deudor como a los acreedores, una necesidad de tutela jurisdiccional especial, a la que el ordenamiento jurídico responde ofreciendo el concurso de acreedores. Y defendemos también, con carácter general, que el contenido de la tutela jurisdiccional concursal que se pone a disposición de esos sujetos se identifica con los efectos de la declaración de concurso, entre los que ocupa un lugar muy destacado el cambio de régimen jurídico en cuanto a la exigibilidad de las obligaciones y a las vías para reclamar su cumplimiento. Es preciso, por tanto, comprobar si ese cambio de régimen jurídico constituye realmente una medida que proporciona al deudor que solicita el concurso voluntario o al acreedor que solicita el concurso necesario la tutela que necesitan en relación con los intereses que cada uno de ellos pretende defender mediante la declaración del concurso.

En el caso del deudor que pretende la declaración de su propio concurso, la suspensión del régimen general de cumplimiento de obligaciones y de acciones individuales atiende a la necesidad de aliviar la presión de los acreedores, con el fin de crear un marco más favorable a la negociación de un convenio. En efecto, la integración de los acreedores en la masa pasiva del concurso, con la consiguiente eliminación de las posibilidades de obtener la satisfacción individual de sus créditos, proporciona al deudor un alivio inmediato que facilita a quien gestione la empresa durante el concurso (sea el mismo deudor o la administración concursal) la adopción de medidas tendentes a estabilizar e iniciar la recuperación²⁰⁹ y, por otro lado, pone a los acreedores en una situación que

²⁰⁹ VEGAS TORRES, J., *Derecho Procesal Civil* (con A. de la Oliva Santos e I. Díez-Picazo Giménez), cit., p. 520, observa la declaración de concurso permite al deudor, siquiera sea temporalmente, “verse librado del deber de atender puntualmente el pago de

propicia la aceptación de soluciones convenidas, al eliminar de raíz las posiciones de ventaja que hubieran podido adquirir algunos de ellos mediante ejecuciones singulares antes de la declaración de concurso, así como cualquier perspectiva de ganar posiciones de ventaja después de la declaración del concurso.

Desde la perspectiva del acreedor que solicita la declaración de concurso necesario, la suspensión del régimen general de cumplimiento de obligaciones y de acciones individuales resulta una medida muy adecuada para hacer frente al riesgo de que la satisfacción de otros acreedores que estuvieran en mejor situación para lograr la satisfacción de sus créditos a través ese régimen general lleve finalmente a un agotamiento de los activos del deudor que impida la satisfacción del créditos del solicitante, con la consiguiente lesión de la *par conditio creditorum*. El acreedor que solicita la tutela jurisdiccional concursal pretende evitar que el deudor efectúe pagos que disminuyan las posibilidades de obtener la satisfacción de su crédito y pretende evitar también que otros acreedores, mediante ejecuciones singulares, agoten los activos del deudor a la satisfacción de sus propios créditos. Parece claro que la declaración de concurso, y en particular el cambio de régimen jurídico de las obligaciones del deudor que hemos examinado en este apartado, con el cese de la exigibilidad de las deudas, la prohibición al deudor de realizar pagos, la suspensión de las ejecuciones singulares pendientes y la exclusión de la incoación de ejecuciones nuevas resulta una herramienta particularmente adecuada para satisfacer ese interés del acreedor en hacer valer el principio de igualdad de los acreedores.

En conclusión, la suspensión del régimen general de cumplimiento de las obligaciones a su vencimiento y de reclamaciones judiciales individuales, en caso de incumplimiento, es uno de los efectos que la Ley vincula a la

sus deudas y evitar la salida de bienes de su patrimonio derivada de ejecuciones singulares despachadas frente a él”.

declaración de concurso y, por tanto, forma parte de lo que los sujetos legitimados piden al solicitar dicha declaración. Esa suspensión es uno de los contenidos más importantes del *petitum* de la pretensión de tutela jurisdiccional concursal, pues con ella se atiende a aspectos muy importantes de las necesidades de tutela jurisdiccional tanto del deudor que pide su propio concurso como de los acreedores que quieren impedir verse perjudicados por un desenlace de la situación de insolvencia que no respete la *par conditio creditorum*.

Como todas las tutelas jurisdiccionales, la consistente en suspender el régimen general, sustantivo y procesal, de cumplimiento voluntario o forzoso de las obligaciones, ha de encajar en alguna de las clases de tutela jurisdiccional a que se refiere el artículo 5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, distinguiendo entre pretensiones de condena, pretensiones constitutivas y pretensiones meramente declarativas. A este respecto, entendemos que la tutela jurisdiccional que nos ocupa ha de considerarse de naturaleza predominantemente constitutiva. Efectivamente, la suspensión del régimen general de cumplimiento de obligaciones y reclamaciones judiciales individuales por parte de los acreedores insatisfechos, supone un cambio jurídico que crea una nueva situación, radicalmente distinta a la anterior a la declaración de concurso.

No obstante, también puede apreciarse algún contenido en la tutela jurisdiccional que venimos tratando que podría ubicarse en el terreno de las pretensiones de condena. Esta naturaleza tal vez podría atribuirse a la prohibición al deudor de realizar pagos a uno o varios acreedores con posposición del resto.

2. Sujeción del patrimonio del deudor a un régimen especial de administración

El segundo de los cambios jurídicos producidos tras la declaración de concurso, que integran el contenido de la tutela jurisdiccional concursal, es la sujeción del patrimonio del deudor a un régimen especial de

administración. El solicitante del concurso *pide* que la gestión del patrimonio del deudor, hasta entonces conducida por éste con plena libertad, pase a estar sujeta a un control, más o menos intenso ejercido por la administración concursal. Este régimen especial de gestión y administración del patrimonio del deudor, aplicado como consecuencia de la concesión de la tutela concursal solicitada, tiene carácter *bifronte*: por un lado, se suspenden o intervienen las facultades de administración y disposición del deudor sobre su patrimonio; por otro, se mantiene, como regla general, la actividad profesional o empresarial del concursado²¹⁰.

2.1. Limitación de las facultades patrimoniales del deudor

La Ley establece como regla general²¹¹ el régimen de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor sobre su patrimonio en el concurso necesario y en el concurso de la herencia; y el régimen de intervención en el concurso voluntario²¹².

²¹⁰ BLANCO GÓMEZ, J.J. “Los efectos directos de la declaración de concurso en la esfera patrimonial del deudor: Administración y disposición de sus bienes y continuidad en su actividad productiva” en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, 3/2010, p. 135-163.

²¹¹ No obstante, el apartado 3 del artículo 40 faculta al juez para invertir la regla general -es decir, establecer el régimen de intervención en el concurso necesario y el régimen de suspensión en el concurso voluntario- siempre que motive su decisión, y explique los riesgos que pretende evitar y las ventajas que intenta conseguir. Del mismo modo, a solicitud de la administración concursal, oído el concursado, el juez puede modificar en cualquier momento del procedimiento, el régimen adoptado; estableciendo la Ley la necesidad de dar al auto por el que el juez cambia el régimen en relación a las facultades patrimoniales del concursado, la misma publicidad que al auto que declaró el concurso (artículo 40.4 LC).

²¹² El derogado artículo 878 del Código de Comercio inhabilitaba al quebrado para la administración de sus bienes. El deudor era privado de sus facultades de administración y disposición sobre sus bienes. La actual regulación reserva la inhabilitación del concursado a los supuestos en que el concurso se califica como culpable (artículo 172.2.2º LC).

El régimen de suspensión de las facultades patrimoniales del concursado no significa que el deudor pierda dichas facultades, sino que la administración y disposición sobre el patrimonio del concursado se transfiere temporalmente a la administración concursal. No obstante, desde la declaración judicial del concurso hasta la efectiva toma de posesión de su cargo por la administración concursal, transcurre un periodo durante el cual la Ley permite al concursado realizar los actos de gestión patrimonial imprescindibles para la continuación de la actividad empresarial o profesional del mismo. La Ley sitúa esta previsión en el apartado 2 del artículo 44, cuyo apartado primero se refiere únicamente al caso de intervención, para regular los actos del concursado que de manera general pueden quedar autorizados sin necesidad de autorización o conformidad de la administración concursal, y que el apartado 3 del mismo artículo es el que se refiere específicamente a los casos de suspensión. No obstante, consideramos que lo dispuesto en el segundo párrafo del apartado segundo para el tiempo que media entre la declaración de concurso y la aceptación de la administración concursal es aplicable tanto a los casos de suspensión como a los de intervención.

La suspensión de las facultades patrimoniales del concursado tiene un alcance limitado, pues tan solo afecta a los bienes y derechos que integran la masa activa del concurso (art. 40.6 LC). El deudor conserva el ejercicio pleno de sus facultades patrimoniales sobre los bienes y derechos no integrados en la masa activa del concurso²¹³.

²¹³ Se trata exclusivamente de los bienes legalmente inembargables, conforme al artículo 76.2 de la Ley Concursal. Los buques y aeronaves sobre los que se ha constituido un derecho de crédito con privilegio, sólo salen de la masa pasiva cuando el acreedor titular del crédito asegurado promueve el procedimiento para la realización de la garantía (art. 76.3 LA), por lo que no cabe considerar que en ese caso el concursado suspendido recupere sus facultades patrimoniales sobre el buque o aeronave, más aún teniendo en cuenta que si hubiera remanente tras la realización de la garantía pertenecerá a la masa activa.

El régimen de intervención de las facultades patrimoniales del concursado se manifiesta mediante autorización o conformidad de la administración concursal. Aunque ambos términos son conceptualmente distintos²¹⁴, la Ley Concursal parece emplearlos sin atender a su preciso significado. Atendiendo a la función que se confía a la administración concursal en caso de intervención, tal vez encajaría mejor en el concepto de autorización que en el de mera conformidad.

La autorización o conformidad de la administración concursal deben producirse antes de que el concursado lleve a cabo el acto patrimonial de cuya intervención se trate. De no producirse la autorización o conformidad previa, el acto de administración o disposición realizado por el deudor sería anulable, a menos que se produzca la convalidación del mismo por la administración concursal.

La convalidación es, por tanto, otra vía por la que se puede llevar a cabo la intervención de las facultades patrimoniales del concursado. La Ley prevé la sanción de anulabilidad a instancias de la administración concursal, para los actos que realice el concursado infringiendo el régimen patrimonial establecido en el auto de declaración del concurso (artículo 40.7 LC). Sin embargo, es posible evitar dicha sanción si la administración concursal convalida o confirma los actos del deudor que infringieron el régimen establecido. La Ley legitima a cualquier acreedor o a la parte de la relación contractual afectada por la infracción, para requerir a la administración concursal que se pronuncie sobre la convalidación o confirmación del acto, o para que anuncie si ejercerá la correspondiente acción de anulación. La caducidad de la acción de anulación varía en función de si existió o no existió requerimiento de convalidación o confirmación del acto. Si se hizo requerimiento a la administración concursal la acción caduca pasado un mes

²¹⁴ La Real Academia de la Lengua define la autorización como el acto de una autoridad por el cual se permite a alguien una actuación en otro caso prohibida; la conformidad es definida como aprobación o tolerancia.

desde la fecha del requerimiento; en otro caso, cuando se cumpla el convenio o finalice la liquidación. Es irrelevante la buena o mala fe del deudor al infringir el régimen de gestión patrimonial establecido. Aunque el artículo 40.7 no precisa los efectos de la sentencia estimatoria de la acción de anulación, entendemos que han de ser los mismos que se contemplan en el artículo 73 para el caso de rescisión de un acto perjudicial para la masa: ineficacia del acto y restitución de las prestaciones objeto de aquel, con sus frutos e intereses.

2.2. Continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor

La suspensión o intervención de las facultades patrimoniales del concursado no impide la continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor. Por el contrario, la Ley Concursal contempla dicha continuación como regla general (art. 44.1 LC) y regula cómo se lleva a cabo dicha actividad en función de cuál sea el régimen de gestión patrimonial que se hubiese acordado.

Para los concursos en que el régimen patrimonial aplicable es la suspensión de las facultades del deudor, se confía a la administración concursal la adopción de las medidas que sean necesarias para asegurar la continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor²¹⁵. No especifica la Ley el contenido de esas medidas. El artículo 43.1 exige, con carácter general, que las facultades de disposición y administración de la masa activa se ejerciten del modo más conveniente a los intereses del concurso, previsión que entendemos extensible a las medidas que pueda adoptar la administración concursal como consecuencia de la continuación de la actividad profesional o empresarial del concursado. Una de las razones por las que se dispone el mantenimiento de la actividad comercial o profesional del concursado es la conveniencia de evitar el despido de los trabajadores de la empresa concursada, por lo que cabe entender que esa

²¹⁵ *Vid.* Artículo 44.3 LC.

será una de las finalidades a las que deba mirar la gestión que lleve a cabo la administración concursal.

La continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor implica asumir las nuevas deudas que sea necesario contraer en el normal desarrollo de dicha actividad. La Ley dispone que tales deudas sean satisfechas a sus respectivos vencimientos con cargo a la masa (art. 84.2.5º LC). Pese al sacrificio que pueda suponer para la *par conditio creditorum*, otorgar el carácter de créditos contra la masa a los generados por la actividad empresarial o profesional posterior a la declaración de concurso es imprescindible pues, en otro caso, sería prácticamente imposible el mantenimiento de dicha actividad.

La continuación de la actividad únicamente tiene sentido si existe alguna posibilidad de mantener la empresa o negocio en funcionamiento una vez terminado el proceso concursal, bien porque se alcance un convenio que permita al propio concursado continuar la actividad, bien porque en la liquidación pueda enajenarse la empresa en su conjunto o unidades productivas en funcionamiento de la misma. Cuando no existan posibilidades reales de alcanzar dichos resultados el mantenimiento de la actividad tras la declaración de concurso no está justificado pues solamente genera gastos, que perjudican a los acreedores concursales sin contrapartida alguna.

El apartado 4 del artículo 44 de la Ley Concursal faculta al juez, a solicitud de la administración concursal y previa audiencia del concursado y de los representantes de los trabajadores de la empresa deudora, a acordar el cierre de la totalidad o parte de las oficinas, establecimientos o explotaciones de que fuera titular el deudor, así como el cese o suspensión total o parcial de la actividad empresarial del concursado. La Ley configura esta decisión de manera flexible, concediendo al juez amplio margen para decidir sobre la procedencia del cese o limitación de la actividad del concursado. En efecto, el juez decide si cierra la totalidad de las oficinas, establecimientos o explotaciones, o tan solo parte de ellas; asimismo, podrá

decidir si cesa toda actividad comercial o profesional, o si tan solo la suspende²¹⁶ total o parcialmente.

Aunque la Ley no indica en qué causas puede basarse la solicitud de la administración concursal ni con qué criterios ha de decidir el juez si procede el cierre de establecimientos o el cese o suspensión de la actividad, se ha de entender que tanto la solicitud de la administración concursal como la decisión judicial han de tener en cuenta la viabilidad o falta de viabilidad de la empresa, en el sentido señalado más arriba, teniendo en cuenta también los intereses de los acreedores concursales, de manera que la continuación de la actividad debería depender de que la viabilidad del negocio resultara compatible con una razonable satisfacción de dichos acreedores.

2.3. La gestión patrimonial posterior a la declaración de concurso y las necesidades de tutela de los sujetos activos de la pretensión de tutela jurisdiccional concursal

Tras la descripción de este segundo contenido de la tutela jurisdiccional concursal consistente en la sujeción del patrimonio del deudor a un régimen especial de gestión y administración, es preciso comprobar la vinculación que existe entre de este concreto contenido con las necesidades de tutela jurisdiccional del solicitante de la declaración de concurso.

Siendo el solicitante de la tutela concursal un acreedor, la adopción de un régimen especial de gestión y administración del patrimonio del concursado responde a la necesidad de controlar la gestión y administración del patrimonio del deudor declarado insolvente, frente a los riesgos que

²¹⁶ Conviene diferenciar entre “cese” y “suspensión”. El cese implica la paralización absoluta de la actividad del deudor, o cual supone el cierre de los establecimientos, oficinas y explotaciones. Sin embargo, la suspensión no necesariamente lleva aparejado el cierre de establecimientos, sino la paralización con carácter temporal de la actividad del concursado.

supondría permitir al concursado continuar con una gestión que podría resultar perjudicial a los intereses del concurso, y en particular a los del acreedor solicitante. El mantenimiento de la actividad empresarial o profesional del deudor también favorece el interés del acreedor solicitante siempre que la empresa sea viable y que los gastos que exija el mantenimiento de la actividad se vean como mínimo compensados por los ingresos que se generen con ella, de manera que la continuidad de la actividad no agrave la crisis patrimonial del deudor, con el consiguiente perjuicio para las expectativas de satisfacción de los acreedores concursales.

Cabe concluir, pues, que el acreedor que ejercita su acción concursal está interesado en una adecuada gestión del patrimonio del concursado, de modo que la continuación de la actividad profesional o empresarial del mismo se realice respetando la *par conditio creditorum* y en definitiva, los intereses del concurso. Este interés encuentra satisfacción con el régimen de asunción o de control por la administración concursal de la gestión patrimonial, que se establece en el Auto de declaración de concurso.

En los supuestos de concurso voluntario, el establecimiento de un régimen especial para la gestión y administración del patrimonio del concursado no responde a una necesidad de tutela jurídica del deudor, sino más bien a una carga que le impone la Ley. En efecto, la limitación de su libertad de gestión patrimonial no puede obedecer a la necesidad de prestar tutela jurisdiccional al deudor solicitante. Desde la perspectiva del concursado, el régimen especial de intervención -o suspensión si así lo estima procedente el juez del concurso- de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio no forma parte del contenido de la tutela jurídica solicitada. Se trata más bien de una carga que el deudor debe soportar como contrapartida a los beneficios que para él suponen las restricciones a las posibilidades de reclamar que la declaración de concurso impone a los acreedores.

A este respecto conviene insistir en la idea de que el contenido de la tutela jurisdiccional concursal está prefigurado legalmente, de manera que quien, estando legalmente legitimado, solicita dicha clase de tutela ha de asumir todos los contenidos que la Ley vincula a la misma, tanto los que benefician a sus intereses como los que puedan resultar perjudiciales. Al configurar la tutela jurisdiccional concursal, especialmente la que se concede al deudor insolvente, es del todo razonable que, al mismo tiempo que se imponen sacrificios a los acreedores en interés del deudor, se puedan condicionar esos sacrificios a determinadas condiciones que el deudor tenga que soportar. Así, desde la perspectiva del deudor, la limitación de sus facultades de gestión patrimonial como consecuencia de la declaración de concurso puede contemplarse como una modulación o condicionamiento de la tutela que se le proporciona al privar a los créditos de exigibilidad inmediata e impedir a los acreedores que satisfagan sus créditos por las vías procesales ordinarias.

La naturaleza jurídica de este contenido de la tutela concursal es compleja. De un lado, resulta obvia la naturaleza constitutiva, en cuanto se producen cambios jurídicos que afectan a las facultades de administración y disposición sobre el patrimonio del concursado. De otro lado, encontramos en este concreto contenido de la tutela jurisdiccional concursal naturaleza cautelar. La sujeción a al régimen especial de gestión patrimonial propio del concurso previene el deterioro del patrimonio del deudor. Confiando a la administración concursal la gestión patrimonial (régimen de suspensión) o bien el control de la que lleve a cabo el concursado (régimen de intervención) se asegura mejor la conservación de la masa activa y, con ello, que las perspectivas que pudieran existir de alcanzar un convenio razonable no se deterioren o, en caso de que se llegue a la liquidación, que la gestión patrimonial posterior a la declaración de concurso no afecte negativamente a los resultados de la misma.

3. Aplicación de procedimientos especiales dirigidos a satisfacer de manera ordenada y equitativa a los acreedores del deudor común.

La tutela jurisdiccional concursal incluye también entre sus contenidos la iniciación de una serie de actuaciones dirigidas a lograr la satisfacción los acreedores de manera ordenada y equitativa. Se trata de una consecuencia necesaria de la suspensión del régimen ordinario de cumplimiento de las obligaciones y de exigencia judicial y extrajudicial de dicho cumplimiento. La declaración de concurso no extingue las obligaciones del concursado, por lo que, si se suspenden las vías ordinarias para reclamar judicial o extrajudicialmente el cumplimiento, tendrán que abrirse otras vías por las que pueda materializarse, al menos hasta donde sea posible, la satisfacción de los créditos.

Los procedimientos previstos en la Ley Concursal para procurar la satisfacción de los créditos parten de la integración de todos los acreedores anteriores a la declaración en la masa pasiva del concurso. Frente a las vías ordinarias de exigencia de cumplimiento de las obligaciones, que se ponen a disposición de cada acreedor individualmente y pueden ser utilizadas por cada uno de ellos con absoluta independencia de los demás, las vías concursales tratan de alcanzar la satisfacción de los créditos mediante un comportamiento cooperativo de todos los acreedores, a quienes, como regla general, se sitúa en pie de igualdad, independientemente de la fecha de constitución de su crédito, o de la forma en que se haya documentado o generado²¹⁷. El principio de *par conditio creditorum* preside los mecanismos concursales de satisfacción de los créditos, imponiendo en ellos el respeto a la igualdad de tratamiento de todos los acreedores. Se trata, no obstante, de una igualdad que no es absoluta, puesto que admite “clases” diferentes,

²¹⁷ PEINADO GRACIA, J.I. “La distribución del riesgo de insolvencia” en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje al profesor Manuel Olivencia*, Vol. I, Madrid 2004, p. 441

aunque en el seno de cada una de esas clases se aplique un tratamiento igualitario²¹⁸.

Las actuaciones encaminadas a la satisfacción de los créditos concursales se inician con la determinación del activo y el pasivo del concursado, que se lleva a cabo en la denominada fase común del concurso. Tras esta fase común y sobre la base de sus resultados se inician las actuaciones directamente encaminadas a dar satisfacción a los acreedores, bien por medio de fórmulas convenidas, o a través de la liquidación del patrimonio del concursado y distribución del producto entre los acreedores.

3.1. Determinación de las masas activa y pasiva

Las operaciones dirigidas a lograr la satisfacción ordenada y equitativa de los créditos concursales necesitan la previa y precisa determinación del activo y del pasivo del patrimonio del concursado. La denominada fase común del concurso se inicia con la declaración judicial de concurso y concluye con la aprobación definitiva de la *lista de acreedores*, que refleja la composición del pasivo, y del *inventario*, en el que se relacionan los bienes y derechos que componen el activo. La Ley encomienda a la administración concursal estas operaciones de determinación del activo y del pasivo, así como la elaboración de los correspondientes documentos en los que consten uno y otro.

El artículo 76 de la Ley consagra el principio de universalidad del concurso: todos los bienes y derechos del patrimonio del concursado, independientemente del lugar en el que se hallen, quedan afectados al concurso²¹⁹. Forman la masa activa del concurso, el conjunto de bienes y derechos de contenido económico que integran el patrimonio del deudor en

²¹⁸ OLIVENCIA RUIZ, M. "Reflexiones sobre la reforma de la legislación concursal" en PEINADO GARCÍA, J. I. y VALENZUELA GARACH, F. J. (coords.) *Estudios sobre el Derecho Concursal*, Madrid, 2006, p. 470.

²¹⁹ CORDÓN MORENO, F. *El proceso concursal*, cit. p. 145.

el momento de declarar el concurso y los que entren a formar parte de su haber con posterioridad y hasta la conclusión del mismo. Se trata, en definitiva, de la aplicación en sede concursal del principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 del Código Civil.

Por excepción, se excluyen de la masa activa del concurso los bienes y derechos que no tengan contenido patrimonial y los que sean legalmente inembargables²²⁰. Por otro lado, la Ley permite separar de la masa activa los buques y aeronaves afectos específicamente al pago de determinados créditos, que gozan del privilegio de ejecución separada. Cabe también, a través de las acciones de reintegración, recuperar bienes y derechos que habían salido del patrimonio del deudor antes de la declaración de concurso²²¹.

El concurso de persona física casada complica en mayor o menor medida la determinación de la masa activa, en función del régimen económico del matrimonio. Los bienes gananciales o comunes se incluyen en la masa activa del concurso cuando deban responder de las obligaciones del concursado. En este caso, el cónyuge del concursado puede pedir la disolución de la sociedad de gananciales, que dará lugar a la división del patrimonio común. La división se llevará a cabo de forma coordinada con lo que resulte del convenio o de la liquidación. Los bienes adquiridos por el

²²⁰ La inembargabilidad de un bien es una característica procesal, que implica la imposibilidad de embargar dicho bien como consecuencia de una disposición legal expresa al respecto. El artículo 605 LEC establece la inembargabilidad de los bienes declarados inalienables (por razones de interés público o social); los bienes que carezcan de contenido patrimonial (no evaluables económicamente); y los bienes expresamente declarados inembargables por una disposición legal.

²²¹ Las acciones de reintegración de la masa (arts. 71 a 73 LC) están destinadas a rescindir los actos perjudiciales para la masa activa. La Ley establece como rescindibles (acción rescisoria) los actos del deudor, perjudiciales para la masa, realizados en los dos años anteriores a la declaración de concurso, independientemente de si existió intención fraudulenta.

cónyuge del concursado casado siendo el régimen económico-matrimonial la separación de bienes no se incluyen en la masa activa concursal como regla general; no obstante, en ocasiones puede llevarse a la masa la mitad del valor de los mismos, o incluso el bien íntegro²²².

Los saldos en cuentas en las que el concursado figura como titular indistinto junto a otros sujetos, se incluyen en la masa activa del concurso, a menos que la administración concursal considere suficientemente probado que dicha cantidad no pertenece al concursado²²³.

Al formar la masa activa la administración concursal ha de basarse en la documentación de que disponga así como en cualquier indicio o signo externo de pertenencia de los bienes al concursado. Cabe así que la administración concursal incluya por error en la masa activa algún bien o derecho que no pertenezca en realidad al deudor. En este caso, el verdadero titular puede solicitar la separación del bien a través de la impugnación del inventario, tal como establece el artículo 96.2 LC.

La separación de la masa activa no tiene por qué significar necesariamente la desposesión del concursado y la entrega del bien a quien sea su dueño. La entrega al titular no se producirá si el concursado tiene derecho de uso, garantía o retención. Sólo cuando el concursado no tenga título que justifique su posesión se podrá reclamar a la administración concursal la entrega de los bienes y si la administración concursal no accede a la entrega, se podrá reclamar ante el juez por medio de incidente concursal²²⁴.

La Ley regula también el caso particular de los bienes no pertenecientes al deudor, enajenados por el mismo a un tercero de buena

²²² Vid. Artículo 78 LC.

²²³ Vid. Artículo 70 LC.

²²⁴ Vid. artículo 80 LC.

fe, con anterioridad a la declaración del concurso. El perjudicado por la enajenación puede optar entre solicitar que se incluya el valor del bien o derecho en la masa pasiva del concurso o exigir la cesión del derecho a recibir la contraprestación, si ésta aún no hubiese sido entregada por el tercero de buena fe²²⁵.

Por último, pueden ser separados de la masa activa los buques o aeronaves pertenecientes al concursado, cuando existan créditos con privilegios sobre dichos bienes. El titular del crédito garantizado puede ejercitar las acciones que le reconozca la legislación específica, lo que dará lugar a la separación del buque o aeronave. En cualquier caso, si quedara remanente tras la ejecución, se integrará en la masa activa del concurso²²⁶.

La administración concursal debe precisar también con exactitud la masa pasiva del concurso, es decir, identificar los créditos contra el deudor común cuya satisfacción debe procurarse en el proceso concursal. La *masa pasiva* está constituida por los acreedores reconocidos como tales en sede concursal. Sus créditos serán satisfechos a través de las vías que ofrece el sistema concursal: convenio o liquidación.

No obstante, la Ley se ve obligada a admitir que ciertos créditos contra el concursado queden al margen los mecanismos concursales de satisfacción y deban ser satisfechos, por su importe íntegro, en el momento de sus respectivos vencimientos, con cargo a la masa activa del concurso. Se trata de los créditos contra la masa a que se refiere el artículo 84.2 de la Ley y que comprenden, en general, los créditos que tienen su origen en la actividad necesaria para el desarrollo del proceso concursal (gastos y costas

²²⁵ Vid. artículo 81. Si el perjudicado opta por comunicar su crédito a la administración concursal, el crédito será reconocido como ordinario por importe equivalente al valor que tuviera el bien o derecho en el momento de la enajenación o en un momento posterior, a elección del solicitante, más el interés legal.

²²⁶ Vid. Artículo 76.3 LC.

procesales por determinadas actuaciones del concurso) y los créditos nacidos de la gestión patrimonial posterior al concurso, incluyendo los que tengan su origen en la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor. Los créditos nacidos antes de la declaración de concurso no son créditos contra la masa, con la única excepción de los créditos por salarios por los últimos treinta días de trabajo efectivo anteriores a la declaración de concurso y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional. Los créditos contra la masa no forman parte, por tanto, de la masa pasiva del concurso por exclusión legal²²⁷.

La Ley clasifica los créditos concursales en tres categorías o clases, que, a su vez, se dividen en subclases²²⁸: privilegiados²²⁹ (con privilegio

²²⁷ El artículo 84.1 LC determina que la masa pasiva del concurso está constituida por los “créditos contra el deudor que no tengan consideración de créditos contra la masa”.

²²⁸ *Vid.* Artículo 89.1 LC.

²²⁹ Los arts. 90 y 91 enumeran los créditos a los que la Ley atribuye carácter privilegiado. El privilegio es especial cuando afecta a determinados bienes o derechos y general cuando afecta a la totalidad del patrimonio del concursado. Son créditos con privilegio especial los asegurados garantías reales, los créditos refaccionarios, los créditos nacidos de arrendamiento financiero o de compraventa con precio aplazado de bienes muebles o inmuebles, y los créditos con garantía de valores representados mediante anotaciones en cuenta sobre valores gravados. Gozan de privilegio general, en mayor o menor medida, los créditos salariales que no tengan reconocido privilegio especial, las retenciones tributarias y de Seguridad Social, créditos por trabajo personal no dependiente, los créditos tributarios así como los de la Seguridad Social que no gocen de privilegio especial, los créditos por responsabilidad civil extracontractual, los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación y los créditos de que fuera titular el acreedor solicitante del concurso y que no tengan carácter subordinado.

especial o con privilegio general), ordinarios²³⁰ y subordinados²³¹. La administración concursal determina la clase y subclase, en su caso, de cada crédito concursal reconocido en el procedimiento y así lo plasma en la lista de acreedores²³².

Para elaborar la lista de acreedores, la administración concursal tiene varias fuentes de información: la relación de acreedores que el deudor debe entregar junto con su solicitud de concurso o tras la declaración en el concurso necesario²³³; los datos facilitados por el acreedor o acreedores solicitantes; la documentación contable del concursado; y la comunicación de créditos por los acreedores.

La Ley ha diseñado un sistema que permite a los acreedores solicitar la inclusión de sus respectivos créditos en el proceso concursal, con independencia de que estos créditos consten en la documentación aportada por el deudor. El auto de declaración de concurso realiza un llamamiento a los acreedores para que pongan en conocimiento de la administración concursal la existencia de sus créditos. El plazo del que disponen los acreedores para comunicar sus créditos es de un mes a contar desde la publicación en el BOE del extracto de la declaración de concurso²³⁴. La

²³⁰ Son créditos ordinarios todos aquellos a los que no corresponda la clasificación de privilegiados ni la de subordinados (artículo 92 LC).

²³¹ Son créditos subordinados los enumerados en el artículo 92 de la LC, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 93 sobre personas especialmente relacionadas con el concursado.

²³² La lista de acreedores es el documento que plasma la decisión final, sin perjuicio de las posibles impugnaciones, de la administración concursal respecto del reconocimiento y clasificación de los créditos concursales. Contiene una relación de los acreedores incluidos y otra de los excluidos, junto con una relación de los créditos contra la masa (artículo 94 LC).

²³³ *Vid.* Arts. 6.2.4º y 21.1.3º LC.

²³⁴ *Vid.* Arts. 21.1.5º y 85.1 LC.

comunicación de créditos se realiza por escrito, que se presentará en el juzgado que esté conociendo, sin necesidad de Procurador y Abogado, identificando con precisión al acreedor y su crédito, y expresando asimismo la clasificación pretendida.

En el reconocimiento de créditos la administración concursal decide libremente, según su criterio, atendiendo a la información y documentación de que disponga. No obstante, la Ley impone el reconocimiento de algunos créditos, aunque los administradores pudieran tener dudas sobre su verdadera existencia²³⁵. Estos créditos deberán ser reconocidos y la administración, si considera que su pago no procede, deberá impugnarlos promoviendo el proceso civil o contencioso-administrativo que corresponda, dentro del plazo para emitir su informe.

La Ley contempla además, como supuestos especiales de reconocimiento, el de los créditos condicionales y el de los créditos contingentes. Se reconocerán como créditos condicionales los créditos sometidos a condición resolutoria, y los créditos de derecho público de la Administración pública y sus organismos recurridos en vía administrativa o jurisdiccional. Se reconocerán como contingentes los créditos sometidos a condición suspensiva, los créditos litigiosos, los créditos que no puedan ser hechos efectivos contra el concursado sin la previa excusión del patrimonio del deudor principal mientras el acreedor no justifique a la administración concursal haber agotado la excusión y los créditos de derecho público que resulten de procedimientos de comprobación o inspección, hasta su

²³⁵ Los créditos que han de ser reconocidos por imperativo legal son los siguientes: 1) los créditos que hayan sido reconocidos por laudo o por sentencia, aunque no fueran firmes; 2) los que consten en documento con fuerza ejecutiva; 3) los reconocidos por certificación administrativa; 4) los asegurados con garantía real inscrita en registro público; y 5) los créditos de los trabajadores cuya existencia y cuantía se haya deducido de los libros y documentos del deudor o que por cualquier otro motivo consten en el concurso.

cuantificación. Asimismo, se reconocerán como créditos contingentes las cantidades defraudadas a la Hacienda Pública y a la Tesorería General de la Seguridad Social, reclamadas en el correspondiente proceso penal (art. 87 LC).

Respecto a los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza, la Ley dispone que se reconozcan por su importe íntegro; en principio, el reconocimiento se efectúa a favor del acreedor afianzado, pero si el fiador paga a éste, el crédito concursal reconocido corresponderá al fiador. En este último caso, la clasificación del crédito será la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor o al fiador (art. 87.6 LC).

La presentación del inventario y la lista de acreedores, junto con el informe de la administración concursal se comunica a través de distintas vías: comunicación previa al deudor y a los acreedores, por correo electrónico; notificación a las partes personadas; publicación en el Registro Público Concursal y en el tablón de anuncios del juzgado; comunicación telemática a los acreedores no personados cuya dirección electrónica sea conocida, y otras medidas de publicidad, en medios públicos o privados, que el juez considere imprescindible acordar, de oficio o a instancia del interesado (art. 95 LC).

Los sujetos afectados que se consideren perjudicados por el contenido del inventario o de la lista de acreedores pueden impugnar ante el juez del concurso dichos documentos, impugnación que se sustanciará por la vía del incidente concursal. La impugnación del inventario consistirá en la solicitud de inclusión o exclusión de bienes o derechos, o de aumento o disminución del avalúo de los ya incluidos. La impugnación de la lista de acreedores se referirá a la inclusión o exclusión de créditos, o a la cuantía o

clasificación de los mismos²³⁶. El artículo 96.1 concede a los interesados el plazo de diez días para formular la impugnación; para las partes personadas, el plazo comienza desde la fecha en que se les notificó la presentación del informe; para el resto de interesados el cómputo del plazo empieza desde la fecha de la última publicación de la presentación del informe²³⁷.

El plazo para impugnar el inventario y la lista de acreedores es preclusivo: quienes no presenten la impugnación en plazo perderán la oportunidad de hacerlo, aunque se les permitirá recurrir contra las modificaciones acordadas por el juez al resolver otras impugnaciones (art. 97.1 LC). Formulada la impugnación, se siguen los trámites del incidente concursal y el juez resuelve mediante sentencia. Esta resolución no es directamente apelable, si bien la Ley permite la denominada “apelación diferida” que se articula, previa protesta en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, mediante la impugnación de los pronunciamientos de la sentencia que se consideren no ajustados a Derecho aprovechando la “apelación más próxima”, atribuyéndose este concepto al recurso de apelación contra la resolución de apertura de la fase de convenio, o contra la que acuerde la apertura de la fase de liquidación, o contra la que apruebe la propuesta anticipada de convenio (art. 197.4 LC).

Resueltas las impugnaciones del inventario y de la lista de acreedores, la administración concursal deberá presentar los textos definitivos de dichos documentos con las modificaciones que, en su caso,

²³⁶ Aunque la LC no lo contempla expresamente, el reconocimiento de un crédito como condicional o como contingente también podrá ser objeto de la impugnación de la lista de acreedores cuando el titular del crédito no esté conforme con esas calificaciones.

²³⁷ La presentación del informe se realiza en el Registro Público Concursal y en el tablón de anuncios del juzgado; el plazo para los interesados no personados se computará desde la última de estas publicaciones. En relación a la diferenciación entre interesados y personados en cuanto al cómputo del plazo de diez días para impugnar CONDE FUENTES, J. “Impugnación del inventario y de la lista de acreedores (provisional y definitiva)” en *Revista General de Derecho Procesal*, 33/2014.

se hubieran ordenado y, en los quince días siguientes, el juez dictará auto poniendo fin a la fase de concurso. En esta resolución se acordará la apertura de la fase de convenio, aunque no se hubiese presentado ninguna propuesta, salvo que anteriormente se hubiese ya acordado la apertura de la fase de liquidación a instancia del deudor.

Tras la presentación de los textos definitivos y durante el desarrollo de la fase de convenio o de la liquidación concursal aún se permiten, con carácter excepcional, ciertas modificaciones de la lista de acreedores, en los casos previstos en el artículo 97 de la Ley. Una vez que se apruebe la propuesta de convenio o se presenten los informes de la administración concursal sobre conclusión de la liquidación (art. 152.2 LC) o sobre insuficiencia de la masa activa (art. 176 bis.2 LC), no será posible ya ninguna modificación de la lista de acreedores.

3.2. La satisfacción de los créditos concursales mediante convenio

La Ley Concursal intenta favorecer la satisfacción de los acreedores a través de la negociación de un convenio entre éstos y el concursado, que permita al deudor mantener su actividad empresarial o profesional y a los acreedores obtener la satisfacción de sus créditos, si bien normalmente aceptando ciertos sacrificios en términos de quitas o esperas.

Desde la elaboración hasta la conclusión del convenio éste atraviesa un complejo proceso integrado por actos de distinta naturaleza. Una primera etapa comercial (actos de naturaleza jurídico-privada) que comprende la propuesta de convenio y la aceptación por los acreedores, de acuerdo con las mayorías exigidas por la Ley. La segunda etapa es eminentemente procesal (actos jurídico-públicos), y consiste en la aprobación judicial del convenio aceptado por los acreedores. Ese control de legalidad que realiza el juez del concurso es absolutamente necesario, dado el efecto vinculante del convenio, el cual se proyecta no solo sobre los acreedores que lo

apoyaron, sino también sobre aquellos que no manifestaron expresamente su consentimiento o se opusieron²³⁸.

Pueden presentar propuestas de convenio ordinario tanto el deudor que no hubiese presentado propuesta anticipada de convenio, ni tuviere solicitada la liquidación²³⁹, como acreedores cuyos créditos superen,

²³⁸ ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M^a “La oposición al convenio concursal” en MARTÍNEZ SANZ, F. (dir.) *Tratado Práctico de Derecho Concursal y su reforma*, Madrid, 2012, p. 766-767.

²³⁹ El primero de los requisitos legales para la presentación de propuesta por parte del deudor, ponen de manifiesto la voluntad del legislador de impedir la tramitación de dos propuestas de convenio procedentes del concursado; en efecto, la Ley no permite tramitar ni aprobar dos propuestas de convenio presentadas por el concursado. El segundo de los requisitos impide que se tramiten conjuntamente dos soluciones que son incompatibles. En relación a la imposibilidad de admitir convenios de liquidación, GARCÍA MARRERO, M “El convenio de acreedores: tramitación y aprobación judicial” en MARTÍNEZ SANZ, F (dir) *Tratado Práctico del Derecho concursal y su reforma*, cit. p. 738; *ídem* “Propuesta y tramitación del convenio. Algunos problemas sobre el momento de presentación de la propuesta” en MARTÍN MOLINA, P.B., GONZÁLEZ BILBAO, E. y DEL CARRE DÍAZ-GÁLVEZ J.M^a (coords) *La reforma de la Ley Concursal analizada por especialistas*, Madrid, 2012, p. 332-333, se cuestiona si es posible desistir tácitamente de la solicitud de liquidación presentando una propuesta de convenio. Teniendo presente la intención del legislador concursal de favorecer las soluciones convenidas frente a la liquidación, el autor interpreta que no hay obstáculo en la LC para mantener una interpretación favorable al desistimiento tácito a la solicitud de liquidación. En el mismo sentido, DÍAZ MORENO, A. “La articulación de las fases de convenio y liquidación en el concurso de acreedores” en *Anuario de Derecho Concursal*, nº 8/2006; BELTRÁN, E “Comentario al artículo 142 LC” en ROJO, A. y BELTRÁN, E. *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid, 2004, p. 2299. En sentido contrario, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A. “El convenio” en FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M^a *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid, 2004, p. 575. Entiende el autor que si al concursado solicitó la liquidación, tal circunstancia debe ser considerada causa de inadmisión de cualquier propuesta de convenio, no solo las procedentes del propio deudor, sino también de las que presenten los acreedores; considerando la solicitud de liquidación irrevocable.

conjunta o individualmente, una quinta parte del pasivo que figura en la lista de acreedores definitiva (art. 113.1 LC).

El plazo establecido para la presentación de propuestas de convenio ordinario comienza con el fin del plazo para la comunicación de créditos, y concluye cuando termina la fase común. Esto significa, respecto a las propuestas formuladas por acreedores, que hasta después de terminado el plazo no podrá determinarse si cumplen el requisito legal de representar una quinta parte del pasivo “resultante de la lista definitiva de acreedores”, ya que la presentación de esta “lista definitiva” coincide con el momento en que termina el plazo para formular propuestas de convenio ordinario²⁴⁰.

Terminado el plazo anterior sin que se presente ninguna propuesta de convenio, la Ley contempla la apertura de un segundo plazo, como última oportunidad para la presentación de propuestas. La regulación de este segundo plazo es algo tortuosa pues parte de la previsión de que el juez, al terminar la fase común sin que se haya presentado ninguna propuesta de

²⁴⁰ ROJO, A. “Comentario al artículo 113 LC” en ROJO, A. y BELTRÁN, E. *Comentario de la Ley Concursal*, cit., p. 2021, plantea dos supuestos en que podría presentarse esta situación. El primer supuesto sería cuando se presenta la propuesta de convenio antes de que la administración concursal haya presentado el informe, en cuyo caso, la única lista que constará en autos será la relación de acreedores que en su día presentó el deudor conforme al art. 6 LC. El segundo supuesto sería cuando se presenta la propuesta de convenio sin haber sido resueltas las impugnaciones de la lista de acreedores. Independientemente del supuesto, la Ley es clara al afirmar que la referencia para determinar si los acreedores proponentes cumplen el requisito cuantitativo relativo al pasivo es la lista definitiva de acreedores. Por consiguiente, el juez del concurso no podrá admitir a trámite la propuesta de convenio presentada por uno o varios acreedores en tanto no exista la lista definitiva y pueda entonces comprobar si conforman el porcentaje legalmente exigido. El problema es que el artículo 114 dispone que el juez debe decidir sobre la admisión de las propuestas de convenio “dentro de los cinco días siguientes a su presentación” lo que resulta difícil de armonizar con la necesidad de comprobar si por los acreedores proponentes se alcanza la proporción de pasivo exigida cuando el referido plazo termine antes de la presentación de la lista definitiva de acreedores.

convenio, debe, no obstante acordar la apertura de la fase de convenio y señalar fecha para la celebración de la junta de acreedores dentro del tercer mes siguiente a la convocatoria, o bien, cuando proceda, acordar la tramitación escrita, fijando la fecha límite para presentar adhesiones o votos en contra. Dictada esta resolución, se podrán presentar propuestas de convenio hasta cuarenta días antes de la fecha señalada para la celebración de la junta de acreedores, en el primer caso (art. 113.2 LC), y hasta un mes anterior al vencimiento del plazo de presentación de adhesiones o de votos en contra, en caso de tramitación escrita (art. 115 bis.2 LC).

Toda propuesta de convenio debe contener un plan de pagos y las correspondientes previsiones sobre la forma en que se van a obtener los recursos con los que se cuenta para cumplir el plan de pagos²⁴¹. Las condiciones de pago podrán incluir quitas, esperas o una combinación de ambas, y otras formas alternativas de satisfacción, mencionando expresamente la Ley la conversión de créditos en acciones, participaciones o cuotas sociales, obligaciones convertibles, créditos subordinados, en créditos participativos, en préstamos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original.

Las quitas pactadas en el convenio tienen un efecto similar a la condonación, si bien la extinción definitiva de la obligación por la parte a que alcance la quita está condicionada en la práctica al cumplimiento del convenio²⁴². En este sentido, si bien el artículo 136 de la Ley Concursal atribuye al convenio una eficacia novatoria que supone, entre otras cosas, la extinción de los créditos en la parte a que alcance la quita, el artículo 140.2

²⁴¹ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C. *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid, 2003, p. 861

²⁴² ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M^a "Operatividad práctica de la propuesta anticipada de convenio en el marco de las soluciones negociadas de las crisis económicas" en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 8/2008, p. 455.466.

dispone que, en caso de declaración de incumplimiento del convenio, desaparecen los efectos sobre los créditos a que se refiere el artículo 136. La eficacia novatoria que establece este último precepto queda sujeta, por tanto, a una especie de “condición resolutoria”, que se produciría en caso de declaración de incumplimiento.

El Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre²⁴³ elimina los límites cuantitativos a las quitas y esperas. Hasta dicha reforma las quitas no podían exceder del cincuenta por ciento del importe reconocido a cada uno de los créditos y las esperas no podían superar los cinco años desde la firmeza de la resolución judicial de aprobación del convenio. La desaparición de estas limitaciones amplía considerablemente las posibilidades de negociación, beneficiando al deudor, puesto que podrá obtener mayores quitas y esperas, y también a los acreedores, que no se verán abocados necesariamente a la liquidación por el hecho de que el único convenio posible sea malo, cuando los previsibles resultados de la liquidación sean peores. No obstante, la eliminación expresa de tales restricciones a las proposiciones de quita o espera, no implica la desaparición absoluta de la obligación de pago en un tiempo determinado. La flexibilización del contenido del convenio en cuanto a los límites de quitas y esperas se ha llevado a cabo de una forma muy deficiente, y ciertamente confusa. En efecto, el artículo 100.1 LC establece simplemente la posibilidad de incluir quitas, esperas o ambas. Más adelante, el artículo 124 distingue diferentes mayorías necesarias para la aceptación de propuestas de convenio según la cuantía de la quita y el tiempo de la espera: 50% del pasivo ordinario para quitas inferiores o iguales a la mitad del importe del crédito y para las esperas que no excedan de cinco años; y 65% del pasivo ordinario para las quitas superiores a la mitad del importe del crédito y para las esperas de más de cinco años, pero en ningún caso superiores a diez años. De lo que cabe deducir la eliminación del límite para

²⁴³ Y la posterior Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, que tiene su origen en el citado Real Decreto-Ley.

las quitas, pero no para las esperas que quedan sujetas a un límite de diez años como máximo²⁴⁴.

La propuesta de convenio debe detallar los recursos previstos para el cumplimiento del plan de pagos. Entre las fuentes que se pueden contemplar para la obtención de dichos recursos la Ley incluye la enajenación de determinados bienes o derechos del concursado; la enajenación de la empresa en su conjunto o de unidades productivas en funcionamiento, siempre que el adquirente asuma la continuidad de la actividad empresarial o profesional propia de las unidades productivas enajenadas y el pago a los acreedores conforme a las previsiones del convenio; y los ingresos que genere por la continuidad, total o parcial, de la actividad empresarial o profesional del concursado. También se contempla en la Ley como posible contenido del convenio la satisfacción de los acreedores mediante cesión en pago de bienes o derechos de la masa activa que no sean necesarios para la continuación de la actividad. Se trata, en definitiva, de revelar de dónde va a salir concretamente el dinero para satisfacer a los acreedores, indicando las fuentes de recursos, que pueden consistir en ingresos de la propia actividad empresarial o profesional del concursado, o en financiación suplementaria obtenida de terceros o acreedores²⁴⁵.

La tramitación de las propuestas de convenio ordinario se inicia con el traslado de la propuesta a las partes personadas (art. 99.1). A continuación, el juez deberá resolver sobre la admisión a trámite de la

²⁴⁴ GUTIÉRREZ GILSANZ, A. “La conservación del convenio concursal” en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 22/2015, p. 163-181.

²⁴⁵ VELASCO SAN PEDRO, L.A. “Comentario al artículo 100 LC” en SÁNCHEZ-CALERO, J. y GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (dirs.) *Comentarios a la Legislación Concursal* Valladolid, 2004, p. 2169-2170

propuesta²⁴⁶. Se admitirán a trámite las propuestas que cumplan los requisitos legales de tiempo, forma y contenido establecidos en la Ley Concursal²⁴⁷. Una vez admitidas, las propuestas no podrán ser modificadas o revocadas.

Al admitir la propuesta, se dará traslado de ella a la administración concursal para que emita un informe de evaluación del contenido de la propuesta admitida a trámite, en relación no solo a su adecuación a derecho, sino también sobre el plan de pagos y el plan de viabilidad. La evaluación por la administración concursal cumple una función informativa para los acreedores, proporcionándoles elementos de juicio en los que apoyar la formación de su voluntad para aceptar o rechazar la propuesta de convenio²⁴⁸.

Los acreedores podrán formalizar sus adhesiones a la propuesta hasta el momento del cierre de la lista de asistentes a la junta, o en los dos meses siguientes al auto que acuerde la tramitación escrita del convenio. Las adhesiones se deben formular mediante comparecencia ante el secretario del juzgado, o a través de instrumento público (art. 103.3 LC). La adhesión es irrevocable y, en caso de que el acreedor no acuda a la junta, se le tendrá por presente a efectos de quórum, y se considerará que votó a favor de la propuesta. No obstante, si asiste a la junta, su previa adhesión

²⁴⁶ No se dispone que antes de esta decisión deba oírse a las partes a las que previamente se ha trasladado la propuesta, por lo que no es fácil explicar la razón de ser del traslado previsto en el artículo 99.1.

²⁴⁷ La Ley prevé un breve plazo de subsanación de defectos de tres días (artículo 114.1 LC).

²⁴⁸ ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M^a “El convenio concursal” en NIETO DELGADO, C. (Coord.) *Derecho Concursal*, Valencia, 2012, p. 530.

no le vincula, ya que la Ley le permite votar en contra de la propuesta de convenio a la que inicialmente se hubiera adherido²⁴⁹.

La celebración de la junta de acreedores tendrá lugar dentro del segundo o del tercer mes desde la convocatoria, en función de que se hubieran presentado o no propuestas de convenio antes de la finalización de la fase común²⁵⁰.

El concursado tiene el deber de acudir a la junta, pese a que su intervención en la misma es prácticamente nula²⁵¹. No obstante, la falta de asistencia del concursado a la junta de acreedores se considera indicio suficiente para fundar una presunción *iuris tantum* de concurso culpable (art. 165.1.2º LC). Se trata de una consecuencia, a nuestro juicio, desproporcionada, teniendo en cuenta el nulo papel que la Ley atribuye al concursado en la junta de acreedores. La precisión de que la presunción de culpabilidad solamente podrá establecerse cuando la participación del concursado “hubiera sido determinante para la adopción del convenio”,

²⁴⁹ Esta posibilidad de voto en contra (artículo 121.4 LC) no se opone a la regla general de irrevocabilidad de la adhesión previa. La revocación de la adhesión sólo se permite si la clase o cuantía del crédito expresadas en la adhesión resultan modificadas en la lista de acreedores definitiva, en cuyo caso, la Ley (artículo 108.2 LC) concede la opción de revocar la adhesión en un plazo de cinco días desde la puesta de manifiesto de la lista definitiva en la oficina judicial.

²⁵⁰ La celebración de la junta tendrá lugar dentro del segundo mes si se presentaron propuestas de convenio; mientras que si no se presentó ninguna propuesta, la celebración de la junta tendrá lugar dentro del tercer mes, pudiendo presentarse propuestas de convenio hasta cuarenta días antes de la fecha fijada en el auto para la celebración de la junta. En caso de que no se presenten propuestas, o las presentadas no sean admitidas a trámite, el juez, de oficio, dejará sin efecto la convocatoria de la junta, y ordenará la apertura de la fase de liquidación (artículo 114.3 LC).

²⁵¹ En efecto, el concursado no vota los convenios propuestos, tampoco es necesario que manifieste en la junta su expresa conformidad al convenio aceptado por los acreedores.

introducida con la Ley 9/2015, de 25 de mayo, no resuelve del todo el problema, pues ante el riesgo de que en una futura sección de calificación, con mayor o menor fundamento, se pudiera llegar a apreciar la concurrencia de dicha circunstancia, lo prudente será que el concursado asista a la junta, aunque sea para no hacer nada.

Tampoco tiene sentido la previsión acerca de la posible comparecencia del concursado por medio de su representante, quien debe ostentar poder suficiente para negociar y aceptar convenios. El apoderamiento es inútil, puesto que la participación del concursado, o de su representante apoderado, se limita a intervenir en las deliberaciones, pero no alcanza el derecho a votar las propuestas de convenio presentadas²⁵².

La Ley no exige expresamente que el concursado exprese su conformidad con el convenio aprobado en junta durante el desarrollo de la misma²⁵³. El consentimiento del concursado, imprescindible para la conclusión del convenio, se manifiesta por otras vías. En este sentido, la facultad que reconoce la Ley al concursado para solicitar la apertura de liquidación en cualquier momento del procedimiento es una vía por la que el concursado puede exteriorizar que no está conforme con un convenio propuesto, ya que la apertura de la fase de liquidación deja sin efecto las propuestas de convenio que se hubieran presentado. Por otro lado, la posibilidad de solicitar la liquidación una vez aceptada una propuesta en junta de acreedores, durante el plazo para formular oposición a la

²⁵² RONCERO SÁNCHEZ, A. "Comentario al artículo 117 LC" en PULGAR EZQUERRA, J., ALONSO UREBA, A., ALONSO LEDESMA, C., y ALCOVER GARAU, G. *Comentarios a la legislación concursal*, Tomo II, Madrid, 2004, p. 1131. La facultad para negociar tampoco tiene sentido, ya que en la junta no cabe modificar el contenido de las propuestas presentadas; por tanto, el margen de negociación es nulo (arts. 114.2 y 117.2 LC).

²⁵³ En opinión de ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M^a. "La oposición al convenio concursal", cit. p. 771, la Ley contempla la posibilidad de que un convenio sea aprobado en junta de acreedores, sin el consentimiento del deudor.

aprobación judicial del convenio, no puede significar más que la manifestación de la disconformidad del concursado con el convenio aceptado por los acreedores²⁵⁴. De este modo, el necesario consentimiento del concursado al convenio aprobado en junta se exterioriza mediante un comportamiento omisivo, al no formular oposición a la aprobación judicial del convenio, ni pedir la liquidación antes de la aceptación del convenio por los acreedores, ni después de dicha aceptación, en el plazo establecido en el artículo 128.1 LC²⁵⁵.

Para los acreedores, a diferencia del concursado, la asistencia a la junta es un derecho. El quórum necesario para constituir válidamente la junta es al menos la mitad del pasivo ordinario del concurso (art. 116.4 LC). En la junta se deliberan y votan las propuestas por el siguiente orden: primero la del concursado; si no resulta aceptada, o el deudor no presentó propuesta, se deliberarán y votarán las propuestas presentadas por los acreedores, sucesivamente, ordenadas de mayor a menor, en función del pasivo representado por sus firmantes.

No todos los acreedores tienen derecho de voto. La Ley priva de este derecho a los acreedores subordinados, incluyendo, en particular, a las personas especialmente relacionadas que hubiesen adquirido su crédito por actos entre vivos después de la declaración de concurso²⁵⁶. Los acreedores privilegiados sí tienen derecho a voto y, si lo ejercen, votando a favor de una

²⁵⁴ Sobre la prestación de consentimiento tácito por el concursado, ROMERO SANZ DE MADRID, C. *Derecho concursal*, Navarra, 2005, p. 233.

²⁵⁵ En este sentido PULGAR EZQUERRA, J. "Las soluciones al concurso de acreedores: el convenio y la liquidación" en *Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003*, cit. p. 465.

²⁵⁶ *Vid.* Arts. 122.1 y 92.5º. Por lo demás, dado que los artículos 124 y 134 refieren las mayorías para la aceptación del convenio al pasivo ordinario y a las distintas clases de pasivo privilegiado del artículo 94.2, sin tener en cuenta el pasivo subordinado, el voto de los acreedores subordinados no sería relevante.

propuesta de convenio, provocará que queden sometidos a lo establecido en el mismo, si llega a aprobarse, computándose el importe de su crédito en el cálculo de las mayorías exigidas para la aprobación del convenio. Tras el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, también pueden quedar vinculados al convenio los acreedores privilegiados que no voten, si se alcanzan las mayorías exigidas en el artículo 134.3 de la Ley dentro de la clase de acreedores privilegiados a que se pertenezca.

No se votan necesariamente todas las propuestas presentadas, ya que la junta concluye en cuanto una de las propuestas alcance las mayorías exigidas. Para la aceptación de un convenio que vincule a todos los acreedores ordinarios y subordinados, así como a los privilegiados que hayan votado a favor se requieren las siguientes mayorías: el voto favorable de al menos la mitad del pasivo ordinario cuando el convenio establezca quitas iguales o inferiores al cincuenta por ciento del importe de los créditos, y esperas no superiores a cinco años; o bien el voto a favor de un sesenta y cinco por ciento del pasivo ordinario, si las esperas se encuentran entre cinco y diez años, y las quitas son superiores a la mitad del importe del crédito²⁵⁷. Para que el convenio vincule, además, a acreedores con privilegio que no lo hayan votado, es preciso que dentro de cada una de las clases en que el artículo 94.2 de la Ley divide a dichos acreedores (laborales, públicos,

²⁵⁷ El primer párrafo del artículo 124 LC establece las mayorías necesarias como regla general para aprobar una propuesta de convenio. No obstante, el legislador ha querido establecer mayorías distintas para supuestos especiales: cuando la propuesta de convenio incluya el pago íntegro de los créditos ordinarios en un plazo no superior a tres años, o el pago inmediato de los créditos ordinarios vencidos con una quita inferior al veinte por ciento, será suficiente el voto a favor de una porción de pasivo ordinario de la que vote en contra (artículo 124.1.a segundo párrafo LC); una propuesta de convenio que atribuya un trato singular a ciertos acreedores, necesita además de las mayorías mencionadas en el artículo 124.1, el voto favorable, en la misma proporción, del pasivo del pasivo no afectado por ese trato especial (artículo 125.1 LC); las propuestas que impliquen nuevas obligaciones para uno o más acreedores, requiere la previa conformidad de los mismos (artículo 125.2 LC).

financieros y resto de acreedores) se alcancen las mayorías exigidas en el artículo 134.

En concursos con más de trescientos acreedores reconocidos, la convocatoria y celebración de junta de acreedores se puede sustituir por una tramitación escrita en la que el apoyo o rechazo de los acreedores a la propuesta de convenio se expresa mediante adhesiones o votos en contra por escrito que deberán presentarse en el plazo de dos meses desde la fecha del auto en que se acuerde dicha tramitación²⁵⁸.

Si ninguna propuesta se acepta en junta, o no alcanza las adhesiones suficientes en caso de tramitación escrita, el juez mediante auto acordará la apertura de la liquidación²⁵⁹.

Aceptada una propuesta en junta o mediante tramitación escrita, se abre un plazo de diez días, desde la fecha de conclusión de la junta, o desde la fecha en que se verificó que las adhesiones presentadas alcanzaban la mayoría legal, para la formulación de oposición a la aprobación judicial del convenio. La oposición constituye básicamente un medio de defensa de los intereses de aquéllos a quienes se les concede legitimación activa para

²⁵⁸ *Vid.* artículo 111.2.2º LC. La tramitación escrita del convenio fue introducida por el RDL 3 /2009 de 27 de marzo. Los acreedores podrán presentar sus escritos de adhesión o los votos en contra (se formalizan por comparecencia ante el Secretario, o por instrumento público) hasta el fin del plazo de dos meses fijado en el artículo 115 *bis.* 1 LC. A diferencia de la tramitación ordinaria, las adhesiones se pueden revocar en cualquier momento antes del final del plazo. Una vez concluido el tiempo para presentar adhesiones o votos en contra, el Secretario tiene diez días para verificar si cumplen con las exigencias legales y suman suficiente apoyo. En el momento en que una propuesta alcance la mayoría exigida, no será necesario comprobar las adhesiones a las siguientes propuestas.

²⁵⁹ *Vid.* Artículo 143.2 LC.

oponerse²⁶⁰. Están legitimados para formular la oposición los acreedores que no asistieron a la junta, los ilegítimamente privados del voto, aquéllos que votaron en contra de la propuesta aceptada por la mayoría, los acreedores que no se adhirieron a la propuesta anticipada de convenio en su caso, además del concursado que no hubiese formulado propuesta de convenio aceptada por la junta, ni hubiese prestado su conformidad. En resumen, todos aquellos que no se mostraron a favor de la propuesta de convenio aceptada, podrán oponerse a la misma²⁶¹. La Ley protege así los intereses de las partes frente al convenio, ya que, en definitiva, es un pacto de mayorías que, una vez cuente con la aprobación judicial, obligará en general a todos los acreedores ordinarios y subordinados, aunque no lo hayan votado²⁶².

El deudor está legitimado para formular oposición al convenio, pero, como se ha anticipado, no necesita hacerlo cuando únicamente pretenda manifestar su falta de consentimiento para el convenio y su voluntad de que se abra la liquidación. Para conseguir esto el deudor tiene otros mecanismos más efectivos que el incidente de oposición, en particular la posibilidad de solicitar la liquidación dentro del mismo plazo de diez días que se le concede para formular oposición a la aprobación judicial del convenio²⁶³.

²⁶⁰ GUTIÉRREZ GILSANZ, A. “Tutela de los acreedores frente al convenio concursal: oposición, nulidad y declaración de incumplimiento” en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 7/2007.

²⁶¹ DE MARTÍN MUÑOZ, A. “La fase de convenio” en DE MARTÍN MUÑOZ, A (coord.) *La reforma de la legislación concursal*, Madrid, 2004, p. 220.

²⁶² SENENT MARTÍNEZ, S “Apertura de la fase de convenio” en NIETO DELGADO, C. (coord.) *Derecho Concursal*, Valencia, 2012, p. 565.

²⁶³ El artículo 128.3 ofrece al concursado el mismo plazo para formular oposición a la aprobación judicial del convenio y para solicitar la liquidación. El cómputo del plazo se realiza desde el siguiente día a la fecha en que el Secretario judicial haya verificado que las adhesiones presentadas alcanzan la mayoría legal para la aceptación del convenio, en el

La oposición sólo podrá fundamentarse en la infracción de las normas legales que regulan el contenido del convenio, la forma y el contenido de las adhesiones, la tramitación escrita, y la constitución de la junta o su celebración. La Ley menciona especialmente, como infracción legal en que puede basarse la oposición a la aprobación judicial del convenio, la circunstancia de que las adhesiones o votos decisivos para la aceptación del convenio por los acreedores, hubieren sido emitidos por quien no fuere titular legítimo del crédito u obtenidos mediante maniobras que afecten a la paridad de trato entre los acreedores ordinarios.

Se permite también formular oposición a la aprobación judicial del convenio cuando el cumplimiento del mismo sea objetivamente inviable. Esta causa de oposición sólo puede ser alegada por la administración concursal y por acreedor o acreedores, individualmente o agrupados, cuyos créditos representen al menos el cinco por ciento del pasivo ordinario del concurso²⁶⁴.

La oposición sólo puede tener por objeto el rechazo del convenio y la consiguiente apertura de la liquidación; o bien la pretensión de que se celebre de nuevo la junta o se repita la tramitación escrita. No caben pretensiones de modificación del convenio aceptado. No obstante, el artículo 129.1 de la Ley permite al juez fijar la correcta interpretación del convenio cuando sea necesario para resolver sobre la oposición formulada. En cualquier caso, entendemos que no deberían admitirse oposiciones cuyo

caso de propuesta anticipada o tramitación escrita, o desde la fecha de conclusión de la junta, para las propuestas de convenio aceptadas en junta de acreedores.

²⁶⁴ Esta cifra puede resultar desproporcionada, pues si el convenio es objetivamente inviable y de imposible cumplimiento, debería estar legitimado para impugnarlo cualquier acreedor, independientemente del porcentaje en el pasivo ordinario que su crédito represente; cfr. SALA REIXACHS, A. "Comentario al artículo 128 LC" en SALA REIXACHS, A., MERCADAL VIDAL, F., y ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. (coords.) *La Nueva Ley Concursal*, Barcelona 2004, p. 589.

único objetivo fuese de carácter interpretativo²⁶⁵. Por otra parte, no debería exigirse la formulación de oposición si se tratara únicamente de corregir errores materiales o de cálculo²⁶⁶.

La oposición a la aprobación judicial del convenio se tramita por el cauce del incidente concursal y se decide mediante sentencia. Si se desestima la oposición, queda aprobado el convenio, dando a esta resolución la misma publicidad que al auto de declaración de concurso. La sentencia que aprueba el convenio es susceptible de recurso de apelación, que se tramitará con carácter preferente²⁶⁷.

La estimación de la oposición tiene consecuencias distintas en función del motivo en que se base. Si la oposición se estima por defectos en la constitución o celebración de la junta, se ordenará una nueva convocatoria. Cuando la estimación se basa en la infracción legal de las normas que regulan la tramitación escrita, el juez podrá convocar la junta o acordar una nueva tramitación por escrito por un plazo no superior a treinta días desde la fecha de la sentencia. Finalmente, si se estima la oposición por infracciones relativas al contenido del convenio o por inviabilidad objetiva, se declarará rechazado el convenio, siendo este pronunciamiento susceptible de apelación.

²⁶⁵ En el mismo sentido se pronuncia SALA REIXACHS, A., *ibid.* p. 593, dejando constancia del peligro que implica para el principio de congruencia y justicia rogada, facultar al juez para poder fijar la correcta interpretación del convenio cuando lo considere necesario para resolver la impugnación del mismo.

²⁶⁶ La previsión de que "en todo caso, el juez podrá subsanar errores materiales o de cálculo" se encuentra en el último inciso del apartado 1 del artículo 129. Como este apartado se refiere a la tramitación de la oposición y al contenido de la sentencia que la resuelve, podría suscitar dudas si solamente se prevé la subsanación de errores materiales y de cálculo en la sentencia que decide la oposición y, por tanto, previa formulación y tramitación de ésta, lo que a nuestro juicio sería excesivo.

²⁶⁷ *Vid.* Artículo 197.5 LC.

Transcurrido el plazo sin que se formule oposición, el juez debe realiza de nuevo²⁶⁸ una comprobación del cumplimiento de los requisitos legales de la propuesta. Si no aprecia infracciones legales en el contenido ni en la tramitación de la propuesta, dictará sentencia aprobando el convenio (art. 130 LC). Si, por el contrario, el juez aprecia que la propuesta aceptada por los acreedores no cumple los requisitos legales, resolverá lo que corresponda en función de la clase de infracción que aprecie: rechazar el convenio y abrir la fase de liquidación, convocar nuevamente la junta o abrir nueva tramitación escrita.

La aprobación del convenio provoca el cese de los efectos producidos como consecuencia de la declaración de concurso, sustituyéndose por los que establezca el convenio aprobado. Salvo que el convenio establezca lo contrario, los administradores concursales cesan en su cargo y el deudor recupera las facultades de disposición y administración sobre su patrimonio. Tal como expresa el artículo 136 de la Ley Concursal, el convenio tiene efectos novatorios sobre los créditos de los acreedores privilegiados que votaron a favor, los de los acreedores ordinarios y los de los acreedores subordinados, que quedan extinguidos en la parte que determine la quita y aplazados en su exigibilidad por el tiempo establecido de espera. No obstante, la novación de las obligaciones queda condicionada al cumplimiento del convenio²⁶⁹. En efecto, la declaración judicial del incumplimiento del convenio supone la resolución del mismo y la desaparición de los efectos sobre los créditos. La eficacia novatoria desaparece respecto de los créditos concursales, recuperando los

²⁶⁸ Esta es una segunda comprobación de los requisitos formales de la propuesta de convenio; la primera comprobación tiene lugar en la admisión a trámite.

²⁶⁹ DE MARTÍN MUÑOZ, A. "La fase de convenio" cit. p. 224.

acreedores el derecho a reclamar por la totalidad de su crédito, descontando del importe íntegro -sin quita- la parte que se hubiese satisfecho²⁷⁰.

El deudor tiene el deber de informar semestralmente al juez sobre el desarrollo del cumplimiento del convenio (art. 138 LC). Una vez cumplido íntegramente el mismo, el concursado puede solicitar al juez que así lo declare²⁷¹. Al auto que declara el cumplimiento del convenio se le da la misma publicidad que al auto de declaración de concurso²⁷². El acreedor que considere incumplido algún punto del convenio puede solicitar la declaración de incumplimiento, durante los dos meses siguientes a la publicación del auto de declaración de cumplimiento. Esta pretensión será tramitada por la vía del incidente concursal. La estimación de la misma da lugar a la rescisión del convenio y desaparición de los efectos novatorios, como se apuntaba anteriormente. La sentencia que declara el incumplimiento del convenio es

²⁷⁰En este sentido MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A. "Comentario al artículo 140 LC" en SÁNCHEZ-CALERO, J . y GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (dirs) *Comentarios a la Legislación Concursal*" cit. p. 2532; SALA REIXACHS, A. "Comentario al artículo 140 LC" en SALA REIXACHS, A., MERCADAL VIDAL, F., y ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. (coords.) *La Nueva Ley Concursal*, cit. p. 641; VARA DE PAZ, N. "Comentario al artículo 140 LC" en PULGAR EZQUERRA, J., ALONSO UREBA, A., ALONSO LEDESMA, C., y ALCOVER GARAU, G. *Comentarios a la legislación concursal*, cit. p.1280; ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M^a "La eficacia del convenio" en MARTÍNEZ SANZ, F. (dir) *Tratado Práctico de Derecho Concursal*, cit. p. 816.

²⁷¹ El deudor solicita al juez que emita auto declarando el cumplimiento del convenio. Junto con la solicitud, el concursado acompaña un informe justificando el cumplimiento íntegro del convenio (artículo 139.1 LC).

²⁷² *Vid.* Artículo 139.2 que remite al artículo 132 y éste a su vez, a los arts. 23 y 24 LC

susceptible de apelación; una vez firme, determina la apertura de la liquidación²⁷³.

Si no se ejercitan acciones de declaración de incumplimiento en los dos meses siguientes a la publicación del auto de declaración de cumplimiento, el juez dictará auto de conclusión del concurso, al que se dará la misma publicidad que a la declaración de concurso²⁷⁴. También se acordará la conclusión del concurso cuando, después de declarado el cumplimiento del convenio, se rechacen mediante resolución judicial firme las acciones de declaración de incumplimiento que se hubiesen ejercitado (art. 141 LC).

Junto al procedimiento ordinario para lograr un convenio concursal, en el que las propuestas se presentan en el último tramo de la fase común y la aceptación o rechazo por los acreedores se produce tiempo después de la terminación de dicha fase, la Ley prevé también la posibilidad de que el deudor presente propuesta anticipada de convenio, que se tramitaría con mayor celeridad de manera que la aceptación o rechazo por los acreedores se podría comprobar al terminar la fase común. Mediante la propuesta anticipada de convenio el deudor puede lograr una solución temprana al concurso, al permitir que la tramitación del convenio, desde la presentación de la propuesta hasta la aceptación de los acreedores, tenga lugar durante la fase común, con una notoria economía de tiempo y de gastos²⁷⁵.

²⁷³ El artículo 143.1.5º LC enumera entre los casos en los que procede la apertura de oficio de la liquidación “haberse declarado por resolución firme el incumplimiento del convenio”.

²⁷⁴ Así lo establece la Ley en los arts. 141 y 176.1.2º.

²⁷⁵ ENCISO ALONSO.MUÑUMER, M^a. “Operatividad práctica de la propuesta anticipada de convenio en el marco de las soluciones negociadas de las crisis económicas” cit. p. 455.

La propuesta anticipada sólo puede presentarse por el deudor, si bien su admisibilidad está condicionada a que cuente con adhesiones de acreedores de cualquier clase, cuyos créditos sumen una quinta parte del pasivo declarado por el deudor. No obstante, si la propuesta se presenta junto con la solicitud de concurso voluntario, bastarán adhesiones que representen una décima parte del pasivo.

La propuesta anticipada de convenio implica una mayor autonomía del concursado en la fase precontractual del convenio, que se manifiesta a través de la búsqueda de adhesiones a su propuesta²⁷⁶. Para facilitar esa labor, la Ley ofrece al deudor que inicia negociaciones con sus acreedores para conseguir suficientes adhesiones a una propuesta anticipada de convenio la suspensión del deber de solicitar su declaración de concurso voluntario establecido en el artículo 5. Conforme al artículo 5 *bis* no es exigible dicho deber al deudor que se encuentre en estado de insolvencia actual y haya comunicado al juzgado competente el inicio de negociaciones con sus acreedores para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio²⁷⁷.

Para favorecer el desarrollo de estas negociaciones preconcursales entre el deudor y sus acreedores, desde el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, se dispone que mientras duren las negociaciones no puedan iniciarse ni continuarse ejecuciones judiciales ni extrajudiciales que recaigan

²⁷⁶PULGAR EZQUERRA, J. "Licitud y temporalidad de los acuerdos amistosos extrajudiciales: riesgos para los intervinientes en un eventual concurso" en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 5/2006, p. 25-64

²⁷⁷ El artículo 5 *bis* menciona también las negociaciones para conseguir un acuerdo de refinanciación o un acuerdo extrajudicial de pagos. Estas negociaciones preconcursales, introducidas en los últimos años por el legislador concursal, gozan de una protección especial. La Ley pretende facilitar este tipo de soluciones como alternativa al concurso de acreedores.

sobre bienes necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor.

Transcurridos tres meses desde la comunicación al juzgado, el deudor que no haya conseguido adhesiones a la propuesta anticipada de convenio de acreedores que representen al menos la décima parte del pasivo²⁷⁸, deberá solicitar su concurso dentro del mes siguiente. Por su parte, el artículo 15.3 establece que una vez realizada la comunicación al juzgado del inicio de las negociaciones, y hasta que transcurra el plazo de tres meses, no se admitirán solicitudes de concurso procedentes de sujeto distinto al deudor. Las solicitudes de concurso presentadas con posterioridad sólo se proveerán una vez transcurrido el plazo de un mes previsto en el artículo 5 *bis*, si el deudor no hubiese presentado solicitud de concurso; de lo contrario -el deudor presenta su solicitud en dicho plazo- se tramitará la solicitud del deudor en primer lugar. A efectos de calificar el concurso solicitado como voluntario o necesario, la solicitud del deudor se entenderá presentada cuando comunicó el inicio de las negociaciones con sus acreedores.

Estas previsiones son una manifestación más del reciente interés por impulsar las negociaciones en periodo preconcursal. La Ley favorece la negociación entre el concursado y sus acreedores, para conseguir soluciones convenidas con carácter previo al concurso, con el fin de evitar el mismo en el caso de los acuerdos de refinanciación o del acuerdo extrajudicial de pagos, o de favorecer su desarrollo cuando las negociaciones se dirigen a obtener apoyos a una propuesta anticipada de convenio. Se trata de mecanismos que cabe enmarcar en la tendencia de las recientes reformas procesales europeas a fomentar la progresiva “desjudicialización” del marco de tratamiento de las crisis económica del deudor, propiciando vías amistosas de composición de intereses mediante la regulación de instancias convenidas situadas en una posición intermedia

²⁷⁸ *Vid.* artículo 106.1 LC.

entre los tradicionales convenios judiciales y las soluciones extrajudiciales²⁷⁹.

3.3. La satisfacción de los créditos concursales mediante liquidación de la masa activa

Como alternativa a la satisfacción de los créditos mediante convenio, la Ley contempla la liquidación de los bienes y derechos de la masa activa para pagar los créditos concursales, hasta donde se pueda, con el producto que se obtenga.

A la liquidación se llega, en principio, cuando fracasa el intento de alcanzar un convenio, sea por ausencia de propuestas, por no alcanzar ninguna de las realizadas la mayoría necesaria, porque la que hubiese alcanzado mayoría no fuera aprobada por el juez²⁸⁰ o porque el convenio aprobado resulte finalmente incumplido²⁸¹. No obstante, la Ley permite al deudor solicitar la apertura de la fase de liquidación en cualquier momento, incluyendo la posibilidad de formular tal solicitud en el mismo momento en

²⁷⁹ ENCISO ALONSO.MUÑUMER, M^a. "Operatividad práctica de la propuesta anticipada de convenio cit. p. 455-466.

²⁸⁰ Se trata de casos de imposibilidad de llegar a la aprobación de un convenio, a los que podría añadirse que las propuestas presentadas no fueran admitidas a trámite, o la falta de consentimiento del concursado manifestada mediante la petición de la liquidación prevista en el artículo 128.3 LC.

²⁸¹ El incumplimiento es el caso principal de fracaso de un convenio aprobado; pero cabe también el fracaso por otras causas: cuando deviene firme la resolución que declara su nulidad (artículo 143.1.4º LC); si el deudor solicita la liquidación tras saber de la imposibilidad de cumplir con los pagos y obligaciones contraídas en el convenio (artículo 142.2 LC); los acreedores pueden pedir la liquidación, si el deudor no lo ha hecho, cuando se produce alguno de los hechos externos del artículo 2.4, durante la vigencia del convenio (artículo 142.2.2º LC). En todos estos casos, se pone de manifiesto la imposibilidad de conseguir los fines del proceso concursal mediante una solución producto del acuerdo entre el deudor y sus acreedores; por tanto, la única vía posible para alcanzar el objetivo concursal es la liquidación del patrimonio del concursado.

que se pide la declaración de concurso voluntario²⁸². La solicitud de liquidación formulada por el deudor determina la apertura de dicha fase, sin necesidad de constatar la imposibilidad de alcanzar un convenio, más allá de que al requerir el convenio el consentimiento del deudor y de los acreedores (este último identificado con el resultante de las mayorías exigidas en la Ley), la petición de liquidación formulada por el deudor pone de manifiesto la ausencia de consentimiento por su parte para la conclusión de un convenio.

La resolución judicial que declare la apertura de la fase de liquidación ha de tener la misma publicidad que la declaración de concurso²⁸³. Cuando se abre la liquidación antes de que sea aprobado un convenio se mantienen los efectos de la declaración de concurso con las ciertas modificaciones entre las que cabe destacar que el régimen aplicable al ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre el patrimonio del deudor será siempre el de suspensión²⁸⁴; que la apertura de la liquidación del deudor persona jurídica lleva aparejada la disolución y el cese de los administradores o liquidadores, los cuales serán sustituidos por la administración concursal; el vencimiento anticipado de los créditos concursales aplazados y la conversión en dinero los créditos que consistiesen en otra prestación.

²⁸² El artículo 142.1 LC establece que el deudor puede solicitar la liquidación en cualquier momento, en cuyo caso el juez acordará mediante auto la apertura de la liquidación dentro de los diez días siguientes a la solicitud.

²⁸³ *Vid* Artículo 144 LC.

²⁸⁴ Este es un efecto eventual de la liquidación, en tanto puede haberse ya decretado en la apertura del procedimiento concursal. En este sentido SACRISTÁN REPRESA, M. "Comentario al artículo 145 LC" en PULGAR EZQUERRA, J., ALONSO UREBA, A., ALONSO LEDESMA, C., y ALCOVER GARAU, G. *Comentarios a la legislación concursal*, cit. p. 1312.

La Ley atribuye elaboración del plan de liquidación a la administración concursal. Se trata de un deber que forma parte de la función legalmente confiada a la administración concursal²⁸⁵, que está obligada, por tanto, a presentar este plan dentro de los quince días siguientes a la notificación de la resolución de apertura de la fase de liquidación²⁸⁶. Los acreedores, el deudor y los representantes de los trabajadores podrán formular observaciones o propuestas de modificación al plan presentado por la administración concursal. Se hayan formulado o no observaciones o propuestas de modificación y considerando, en su caso, las que se hayan formulado, el juez debe pronunciarse sobre el plan de liquidación, atendiendo a lo que considere más conveniente a los intereses del concurso. La decisión judicial, que revestirá la forma de Auto y es apelable, puede consistir en aprobar el plan sin modificaciones, aprobar el plan introduciendo modificaciones o rechazar el plan acordando que la liquidación se lleve a cabo conforme a las reglas legales supletorias.

En los casos en los que el plan de liquidación incluye la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo o la suspensión o extinción colectivas de las relaciones laborales el artículo 148.4 de la Ley dispone que dichas medidas se adopten conforme a lo establecido en el artículo 64, lo que habría de hacerse, según el precepto indicado “previamente a la aprobación del plan”. En nuestra opinión sería más lógico que se aprobase en primer lugar el plan de liquidación, y el expediente de extinción o suspensión de contratos de trabajo después, en

²⁸⁵ GUTIÉRREZ GILSANZ, A. “La liquidación (I): Apertura, efectos, plan de liquidación y deberes de la administración concursal” en MARTÍNEZ SANZ, F. *Tratado Práctico del Derecho Concursal y su reforma*, cit. p. 840; VELASCO SAN PEDRO, L.A. “El plan de liquidación y las reglas supletorias de liquidación en el concurso” en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje al profesor Manuel Olivencia*, cit. p. 4883.

²⁸⁶ No obstante, cuando la apertura de la liquidación se hubiese acordado antes del informe de la administración concursal a que se refiere el art. 75 LC, el plan de liquidación deberá presentarse con dicho informe.

ejecución de las medidas previstas por el plan²⁸⁷. De lo contrario, podría ocurrir que se llevaran a cabo regulaciones de empleo con modificaciones sustanciales, suspensiones y despidos en virtud de las previsiones de un plan de liquidación que finalmente no resultara aprobado.

3.4. Relación entre la satisfacción de los créditos concursales mediante convenio o liquidación y la tutela jurisdiccional concursal que se ofrece al deudor insolvente y a sus acreedores

Desde la perspectiva del acreedor que solicita la declaración de concurso necesario tanto el convenio como la liquidación son procedimientos que satisfacen su interés en que el pago de los créditos esté presidido por el principio de *par conditio creditorum*. Por cualquiera de los dos procedimientos se evita la ruptura de la igualdad entre los acreedores de igual clase por razón de las posiciones de ventaja que hubiesen podido adquirir unos respecto de otros por razón de fecha de vencimiento, documentación en título ejecutivo o embargos en ejecuciones singulares. Todas estas posiciones de ventaja desaparecen con la declaración de concurso y las vías concursales de satisfacción parten de una situación de igualdad que solamente se rompe por razón de los privilegios que la Ley entiende que deben ser respetados en situaciones concursales.

Ahora bien, aunque ambas vías satisfacen el interés de los acreedores que solicitan el concurso, hay que hacer notar que la Ley no atribuye al acreedor solicitante, por el hecho de serlo, ningún poder para decidir cuál de las dos vías será la que finalmente se siga en el concurso que se declare a su instancia. El acreedor solicitante no puede imponer por

²⁸⁷ En sentido contrario VELASCO SAN PEDRO, L.A. “Comentario al artículo 148 LC” en PULGAR EZQUERRA, J., ALONSO UREBA, A., ALONSO LEDESMA, C., y ALCOVER GARAU, G. *Comentarios a la legislación concursal*, cit. p. 1331; PRADES CUTILLAS, D. “La fase de liquidación. Responsabilidad de administradores y liquidadores de la sociedad” en DE MARTÍN MUÑOZ, A.J. *La reforma de la legislación concursal*, cit. p. 240.

su sola voluntad ni el convenio ni la liquidación. No puede imponer el convenio porque éste requiere el consentimiento del deudor y porque, por lo demás, el solicitante por sí solo ni siquiera puede, a no ser que su crédito tenga un peso muy importante en el conjunto de la masa pasiva, asegurar por sí solo la mayoría necesaria para la aceptación del convenio por los acreedores. Tampoco podrá imponer normalmente la liquidación porque para ello tendría que tener el poder de impedir con su solo voto la aprobación de cualquier convenio lo que solamente ocurrirá en el caso de que su crédito o sus créditos representen más de la mitad del pasivo ordinario.

Nos encontramos nuevamente ante otra manifestación del carácter típico, legalmente predeterminado, de la tutela jurisdiccional concursal, que ha de ser aceptada como un todo por los sujetos que quieran acogerse a ella. Si un acreedor quiere hacer valer en su favor el principio de *par conditio creditorum* ante la situación de insolvencia de su deudor la Ley pone a su disposición una tutela jurisdiccional que incluye unos procedimientos especiales para la satisfacción de los créditos que parten de ese principio, pero de tal manera que la aplicación de uno u otro sistema no se hace depender de lo que quiera o más convenga al solicitante del concurso, sino a la voluntad del deudor y la del conjunto de los acreedores cuya formación se hace depender de que se alcancen determinadas mayorías en términos de participación en la masa pasiva.

Desde la perspectiva del deudor, cabe considerar que el convenio concursal satisface el interés que se pretende tutelar al poner a su disposición la tutela jurisdiccional concursal. Partimos en este trabajo de que la tutela que se concede al deudor mediante la declaración de concurso se basa en que se valora como interés merecedor de protección por parte del ordenamiento jurídico el del deudor que se encuentra en una situación patrimonial crítica, que pone en peligro la supervivencia de su actividad empresarial o profesional, en tratar de superar la crisis y mantener la actividad mediante un acuerdo razonable con sus acreedores. A tal efecto hemos razonado que la tutela jurisdiccional concursal constituye una

herramienta adecuada para satisfacer ese interés, por cuanto, por un lado, crea un marco favorable a la negociación, proporcionando un alivio inmediato a la situación patrimonial del deudor e incentivando a los acreedores para la aceptación de soluciones convenidas y, por otro, como se ha visto en el punto anterior, incluye procedimientos adecuados para que pueda alcanzarse el convenio, facilitando el mismo al colectivizar a los acreedores en la masa pasiva y dotar a la voluntad de la mayoría de eficacia vinculante para todo el colectivo. Ofreciendo al deudor insolvente la tutela jurisdiccional concursal no se garantiza que llegue a un convenio con sus acreedores que le permita superar su crisis patrimonial, pero se crean condiciones que favorecen que se produzca ese resultado.

Ahora bien, la facultad que se concede al deudor de solicitar la apertura de la fase de liquidación en cualquier momento desde la propia solicitud de declaración del concurso voluntario suscita alguna dificultad en lo que respecta a su consideración como contenido de la tutela jurisdiccional concursal que el ordenamiento jurídico dispensa al deudor. No hay dificultad para explicar la referida facultad cuando se ejercita en el marco de un concurso necesario, promovido por un sujeto distinto del deudor. En este caso, el deudor es sujeto pasivo de la pretensión de una tutela concursal pretendida por otro y la solicitud de liquidación formulada por el concursado, incluso si se presenta muy tempranamente, se explica sencillamente como negativa a prestar su consentimiento a ningún convenio. El deudor no pretendería en este caso tutelar un interés propio mediante la apertura de la fase de liquidación, sino simplemente, en un concurso instado por otro sujeto, hacer uso de la facultad que se le concede de no prestar su consentimiento a un convenio concursal, lo que no priva al solicitante de la tutela jurisdiccional concursal, pero obliga a que la misma se articule, en lo que a la satisfacción de los créditos concursales se refiere, por la vía de la liquidación concursal y no del convenio.

Sin embargo, cuando el deudor pide la declaración de concurso y, al mismo tiempo, la apertura de la liquidación, no cabe explicar estas peticiones

como pretensión de tutela jurisdiccional presidida por la idea de alcanzar un convenio que permita el mantenimiento de la actividad empresarial o profesional amenazada por la insolvencia. La explicación ha de buscarse, por tanto, por otras vías. En nuestra opinión, la facultad de pedir la liquidación simultáneamente con la declaración de concurso está vinculada más al deber de solicitar la declaración de concurso que el artículo 5 de la Ley Concursal impone al deudor que se encuentra en estado de insolvencia actual que al derecho a solicitar dicha declaración que la Ley reconoce al deudor se encuentra en estado de insolvencia inminente. Es cierto que nada obliga al deudor que presenta solicitud de declaración de concurso por imperativo legal que pida simultáneamente la liquidación, pero en este caso tiene pleno sentido que se conceda por la Ley al deudor dicha opción pues el deudor no pide la declaración de concurso, o no necesariamente al menos, con el fin de intentar un convenio concursal que le permita salvar su empresa. Y no es descartable, por tanto, que si el concurso se pide única y exclusivamente para cumplir el deber establecido en el artículo 5, el deudor no tenga ningún interés en mantener su actividad ni, por tanto, en alcanzar ningún convenio, lo que puede poner de manifiesto cuanto antes pidiendo de inmediato la liquidación.

CAPÍTULO III

LA CAUSA DE PEDIR DE LA PRETENSIÓN DE TUTELA JURISDICCIONAL CONCURSAL

4.1. Presupuesto objetivo del concurso y *causa de pedir* de la pretensión de tutela jurisdiccional concursal

La *causa de pedir* es el fundamento de la de la pretensión de tutela jurisdiccional²⁸⁸. Quien pide una tutela jurisdiccional a los tribunales ha de explicar la razón por la que afirma que tiene derecho a que se le conceda la tutela solicitada. Y esta razón ha de referirse siempre a la concurrencia de una determinada situación fáctica a la que el ordenamiento jurídico vincula el derecho de quien formula la pretensión a obtener la tutela jurisdiccional que solicita. Hay, por tanto, dos ingredientes o elementos en la *causa de pedir*²⁸⁹: unos hechos y la norma o normas jurídicas que vinculan a esos hechos la concesión de la tutela jurisdiccional de que se trate al sujeto que la reclama.

Con referencia a la pretensión de tutela jurisdiccional concursal, si nos preguntamos por los hechos en que se basa la pretensión, la respuesta nos conduce inmediatamente a la situación de insolvencia del deudor. Y en relación con la norma jurídica que vincula a esos hechos la concesión de la tutela jurisdiccional concursal cuando se solicita por un sujeto legitimado, es la propia Ley Concursal y, en particular, su artículo 2, la que proporciona el sustento jurídico a la pretensión.

Desde esta perspectiva, el estudio de la *causa de pedir* de la pretensión de tutela jurisdiccional concursal nos conduce a lo que la Ley denomina, siguiendo el planteamiento tradicional, presupuesto objetivo del concurso.

El presupuesto objetivo, según ese planteamiento tradicional, está constituido por los hechos que deben ocurrir para que proceda la declaración

²⁸⁸ DE LA OLIVA SANTOS, A. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. Navarra 2005, p. 51.

²⁸⁹ DE LA OLIVA SANTOS, A. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. Cit., p. 52.

judicial de concurso. Ahora bien, desde la perspectiva que hemos adoptado en este trabajo, la declaración de concurso es el contenido de una tutela jurisdiccional que el ordenamiento jurídico ofrece a ciertos sujetos. Ya hemos examinado a qué sujetos se ofrece esta tutela y cuál es su contenido. Lo que resta es dar respuesta a la cuestión acerca de cuáles son las circunstancias fácticas que han de concurrir para que proceda la concesión a aquellos sujetos de una tutela jurisdiccional con dicho contenido. La respuesta a esta cuestión está precisamente en lo que la Ley denomina presupuesto objetivo del concurso. Desde este punto de vista, el presupuesto objetivo no lo es tanto del concurso, sin más, sino de la procedencia de conceder la tutela jurisdiccional concursal al solicitante; no es la razón por la que se declara el concurso, sino la razón por la que se concede la tutela jurisdiccional concursal a determinados sujetos.

La Ley identifica el presupuesto objetivo del concurso con la insolvencia del deudor común. Pero inmediatamente distingue dos clases de insolvencia: la insolvencia actual y la insolvencia inminente. La primera hace referencia a una imposibilidad actual de pagar regularmente las obligaciones exigibles, y la segunda, a una situación previa, en la que aún se puede hacer frente de manera regular al pago de las deudas a su vencimiento, pero se prevé fundadamente que en un futuro próximo ya no será posible el cumplimiento regular y puntual. La Ley vincula a esta distinción distintas consecuencias, pero la que interesa ahora destacar es que para la concesión de la tutela jurisdiccional concursal a los acreedores se exige que el deudor se encuentre en situación de insolvencia actual, mientras que para la concesión de dicha tutela al deudor que reclama su propia declaración de concurso basta que éste se encuentre en situación de insolvencia inminente.

Resulta así que, por mucho que la exposición de motivos de la Ley proclame la unidad del presupuesto objetivo del concurso, la declaración de concurso se vincula a dos situaciones fácticas diferentes en función del sujeto que solicita la declaración de concurso. La tutela jurisdiccional concursal se pone a disposición de los acreedores únicamente cuando el

deudor ha llegado a una situación de impotencia actual para el pago regular de sus obligaciones exigibles, mientras que al deudor se le concede dicha tutela frente a sus acreedores sin necesidad de que haya llegado a esa situación, siendo suficiente que sea previsible que llegará a ella en un futuro no lejano. Con base en el diferente presupuesto fáctico de la tutela jurisdiccional concursal que se concede al deudor y a los acreedores, consideramos que para la mejor comprensión del fenómeno concursal es necesario distinguir dos acciones de tutela jurisdiccional concursal: la del deudor, cuya causa de pedir sería la situación de insolvencia inminente; y la de los acreedores, cuya causa de pedir sería la situación de insolvencia actual.

En lo que sigue, examinaremos la caracterización legal de la situación de insolvencia, haciendo especial hincapié en las diferencias entre la situación de insolvencia actual y la de insolvencia inminente. Posteriormente, en apartados distintos y ya sobre la base de la distinción entre acción concursal de los acreedores y acción concursal del deudor, examinaremos las cuestiones que suscita la causa de pedir con referencia a cada una de esas acciones.

4.2. La insolvencia como presupuesto objetivo del concurso: insolvencia actual e insolvencia inminente

El artículo 2.1 de la Ley vincula la procedencia de la declaración de concurso a la insolvencia del deudor común. Esta insolvencia es el presupuesto objetivo del concurso, esto es, la situación jurídica o económica del deudor que justifica la apertura del proceso concursal²⁹⁰. Desde nuestro punto de vista, la insolvencia del deudor común es la situación que justifica

²⁹⁰ VILA FLORENSA, P. "Comentario al art. 2 LC" en SALA REIXACHS, A., MERCADAL VIDAL, F., y ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. (coords.) *La Nueva Ley Concursal*, cit. p. 73.

que el ordenamiento jurídico ponga a disposición de determinados sujetos la tutela jurisdiccional concursal.

Conviene precisar, por tanto, en qué consiste, según la Ley, esa situación de insolvencia que constituye el presupuesto objetivo del concurso, así como el sustrato fáctico de la causa de pedir de la pretensión de tutela jurisdiccional concursal²⁹¹. El artículo 2.2 de la Ley configura la insolvencia del deudor común como situación de impotencia para cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles. Efectivamente, el legislador concursal atribuye relevancia jurídica al hecho de que una persona física o jurídica, no pueda satisfacer regularmente sus obligaciones exigibles vinculando a ese hecho el nacimiento de un derecho de acción para los sujetos afectados por tal situación.

La exposición de motivos de la Ley Concursal afirma la unidad del procedimiento, junto con la flexibilidad de la Ley para adaptarse a diversas situaciones, ofreciendo distintas soluciones para conseguir la finalidad esencial del concurso, que se sitúa en la satisfacción de los acreedores²⁹². La unidad del procedimiento, según la propia exposición de motivos, impone la unidad de presupuesto objetivo, que se identifica con la insolvencia que, a su vez, siguiendo el mismo texto, se concibe como el estado patrimonial

²⁹¹ La doctrina ha discutido mucho sobre el alcance y contenido del concepto de insolvencia, si bien generalmente desde una perspectiva puramente económica tratando de identificar qué situaciones patrimoniales críticas merecen dicho concepto y sin referencia a necesidades de tutela jurisdiccional. En este sentido, entre otros, DUQUE DOMÍNGUEZ J.F. “Sobre el concepto básico de insolvencia” en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje al profesor Manuel Olivencia*, Vol. I, Madrid 2004, p.1008 y ss.

²⁹² Sobre la unidad de procedimiento, OLIVENCIA RUIZ, M. “Facultades del juez y voluntad de las partes en el procedimiento de declaración de concurso” en *Revista del Poder Judicial* nº extra 18/2004, p. 25-55; PULGAR EZQUERRA, J. *La declaración del concurso de acreedores* cit. p. 136-147; CAMPUZANO, A. B. “Aspectos generales de la normativa concursal” en NIETO DELGADO, C. (coord.) *Derecho Concursal*, Valencia, 2012, p. 34.

en el que se encuentra el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones.

Ahora bien, unidad de presupuesto objetivo proclamada en la exposición de motivos choca con las previsiones del artículo 2 de la Ley que claramente define dos tipos de insolvencia, o dos momentos diferenciados en los que la crisis patrimonial del deudor común es considerada un hecho jurídico relevante que justifica la concesión de la tutela concursal. En primer lugar, el segundo apartado de dicho precepto identifica la insolvencia con la imposibilidad por parte del deudor, de cumplir *regularmente sus obligaciones exigibles*.

Inmediatamente, sin embargo, el apartado 3 alude a dos clases de insolvencia, la “actual” y la “inminente”, y define esta última como situación en la que se encuentra el deudor que prevé que no podrá cumplir *regular y puntualmente* sus obligaciones. Se deduce, por tanto, que la insolvencia “actual” es la situación definida en el apartado anterior de imposibilidad actual de cumplir regularmente las obligaciones exigibles.

Ambas situaciones implican impotencia del deudor para hacer frente a sus obligaciones, la diferencia entre estos dos conceptos se halla en un elemento temporal: la insolvencia “actual” es una situación en la que la imposibilidad de afrontar el pago ya se ha producido y, por tanto, el deudor que está en esa situación ya ha dejado de pagar regularmente sus obligaciones exigibles; en la situación de insolvencia “inminente” el deudor aún puede pagar regular y puntualmente las obligaciones vencidas, pero previsiblemente dejará de poder hacerlo en un corto espacio de tiempo.

Si se contemplan las crisis patrimoniales, en especial las de las empresas, como un proceso en el que la situación patrimonial se va deteriorando progresivamente, y en el que, por tanto, con el transcurso del tiempo la crisis se va agravando, la situación de insolvencia inminente correspondería a un momento de ese proceso anterior al de insolvencia actual. Así, si se entiende que la determinación legal del presupuesto

objetivo del concurso constituye la respuesta legal al reto de encontrar el momento oportuno para situar la apertura del procedimiento²⁹³, la Ley Concursal no contempla un único “momento oportuno”, sino dos: en ciertos casos el momento oportuno para incoar el concurso se situaría cuando ya se manifiesta una crisis patrimonial que previsiblemente conducirá en poco tiempo a la imposibilidad de pagar regular y puntualmente las deudas, pero todavía no se ha llegado a ese estado (insolvencia inminente), y en otros casos, la situación anterior no se considera aún momento oportuno para que se declare el concurso y se debe esperar a que la crisis se agrave hasta el punto de que no se pueda hacer frente al cumplimiento regular de las obligaciones exigibles (insolvencia actual).

Se trata claramente, en nuestra opinión, de dos situaciones fácticas completamente distintas que obligan a delimitar en qué casos para la declaración de concurso considera el legislador que basta la constatación de una crisis patrimonial de menor gravedad (o un estadio anterior del proceso de deterioro progresivo de la situación patrimonial) y en qué otros casos entiende el legislador que para que proceda la declaración de concurso, es necesario que se constate una crisis patrimonial de mayor gravedad (o esperar a un estadio posterior del proceso de deterioro progresivo de la situación patrimonial). No obstante, antes de dar respuesta a esta cuestión es preciso examinar más detenidamente la caracterización legal de la situación de insolvencia, tanto la actual como la inminente.

²⁹³ Advierte CERDÁ ALBERO, F. “La insolvencia: presupuesto objetivo del concurso” en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje al profesor Manuel Olivencia*, cit., p. 955, que resulta difícil cumplir con las finalidades propias de los procesos concursales, esto es, la satisfacción de acreedores y si así se conviene, mantenimiento de empresas viables, cuando la apertura de los mismos se sitúa demasiado tarde, cuando la situación económico-financiera del deudor común es desesperada.

4.2.1. Caracterización legal del estado de insolvencia actual

El concepto de insolvencia de la Ley Concursal, con referencia a la insolvencia que la propia Ley denomina actual, no es estrictamente económico, sino un concepto jurídico amplio, integrado por distintos elementos: la *imposibilidad de cumplimiento*, la ausencia de *regularidad* del mismo, y la *exigibilidad de las obligaciones incumplidas*²⁹⁴. La ausencia de criterios cuantitativos obliga al juez a determinar caso por caso si existe insolvencia en estos términos, realizando un juicio valorativo de la situación económica del deudor. Para realizar dicha valoración cuenta con la información suministrada por el solicitante de la tutela concursal²⁹⁵.

La definición legal de insolvencia gira en torno al concepto de *imposibilidad de cumplimiento* de las obligaciones, apartándose de los términos clásicos de desbalance o iliquidez²⁹⁶. Lo determinante, a efectos concursales, es que el deudor no pueda cumplir sus obligaciones,

²⁹⁴ PULGAR EZQUERRA, J. *Comentario al art. 2 LC.* en “Comentarios a la legislación concursal” PULGAR EZQUERRA, ALONSO UREBA, ALONSO LEDESMA, ALCOVER GARAU, Madrid 2004, p. 102. *Id. La declaración de concurso de acreedores*, Madrid 2005, p. 318.

²⁹⁵ La información ofrecida por el deudor-solicitante es más completa, que la que ofrece el acreedor-solicitante. El deudor debe entregar los documentos a que hace referencia el art. 6 LC, que revelan con mayor precisión la situación económica en la que se halla. Mientras que la información suministrada por el acreedor que solicita el concurso necesario, no puede ser tan detallada, ya que no tiene acceso a los datos contables del deudor.

²⁹⁶ El legislador de 2003 ha prescindido del “concepto patrimonial” de insolvencia - en el que la iliquidez es esencial-, para adoptar un “concepto funcional”, que se centra en un hecho objetivo: la imposibilidad de cumplimiento de obligaciones, independientemente de la causa. ROJO, A .y BELTRÁN, E. *Comentario de la Ley Concursal* Tomo I, Madrid, 2004 p. 170.

independientemente de la voluntad de pago y de las causas que motiven la incapacidad para cumplir²⁹⁷.

El mero retraso ocasional en el cumplimiento de obligaciones no puede considerarse insolvencia en los términos previstos por la Ley Concursal; la iliquidez transitoria o desbalance no pueden entenderse como *causa petendi* de la acción concursal²⁹⁸. Los acreedores afectados por el impago esporádico cuentan con otras vías para conseguir la satisfacción de su crédito y no necesitan de la tutela jurisdiccional concursal.

El Tribunal Supremo ha confirmado en diversas ocasiones que el concepto de insolvencia de la Ley concursal “no se identifica con el desbalance o las pérdidas agravadas. Cabe que el patrimonio contable sea inferior a la mitad del capital social, incluso que el activo sea inferior al pasivo y, sin embargo, el deudor pueda cumplir regularmente con sus obligaciones, pues obtenga financiación. Y, al contrario, el activo puede ser superior al pasivo pero que la deudora carezca de liquidez (por ejemplo, por ser el activo ser liquidable a muy largo plazo y no obtener financiación) lo que

²⁹⁷ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. “Los presupuestos de la declaración de concurso” en FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.M^a (coords.) *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid, 2004 p.84.

²⁹⁸ La doctrina es coincidente en la irrelevancia del mero retraso en el pago, consecuencia de una crisis transitoria de tesorería a efectos de la declaración de concurso. Así, ROJO, A. “Comentario al art. 2 LC” en ROJO, A y BELTRÁN, E. *Comentario de la Ley Concursal*, cit. p. 172; PULGAR EZQUERRA, J. “La declaración del concurso de acreedores” cit. p. 323; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. “Comentario al art. 2 LC” en SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. y GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (dirs.) *Comentarios a la legislación concursal*, Tomo I, Valladolid, 2004, p. 105; IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. W. “Los presupuestos objetivo y subjetivo del concurso: Algunas consideraciones de técnica y política legal” en DE MARTÍN MUÑOZ, A. J. (coord.) *La reforma de la legislación concursal*, Madrid, 2004, p.37.

determinaría la imposibilidad de cumplimiento regular de las obligaciones en un determinado momento y, consecuentemente, la insolvencia actual”²⁹⁹.

En la doctrina, CERDÁ ALBERO apunta que la falta de determinación normativa en torno a la imposibilidad de pago, implica que el asunto se constituya como una cuestión de hecho, y como tal, será ponderada por los jueces. Considera este autor que el ingreso en la situación de insolvencia se produce a partir del momento en el que el deudor no puede cumplir las obligaciones exigibles, ni tampoco podrá hacerlo en un futuro próximo; lo cual encierra un elemento de pronóstico en el que tendrán que ponderarse los ingresos futuros que se espera obtener y las obligaciones que devengarán exigibles en ese periodo³⁰⁰.

Por otra parte, para apreciar la insolvencia es irrelevante la naturaleza de las obligaciones incumplidas. Así se desprende de la legitimación activa para solicitar el concurso que la Ley concede a “cualquier acreedor” (artículo 3.1 LC), sin limitarla a acreedores que sean titulares de créditos de determinada naturaleza o clase. Se puede suscitar la duda respecto si es necesario que las obligaciones insatisfechas sean de naturaleza dineraria. El artículo 146 de la Ley aclara la cuestión, al prever la conversión en dinero de los créditos que consistan en otras prestaciones durante la fase de liquidación. Por consiguiente, la impotencia de pago que a que se refiere el artículo 2 de la Ley Concursal puede manifestarse mediante el incumplimiento de cualquier tipo de obligación, independientemente de su naturaleza e importe. Únicamente quedaría excluido, a efectos de valorar la existencia de una situación de insolvencia, el incumplimiento de las denominadas obligaciones naturales, esto es, las impuestas por un deber

²⁹⁹ STS 1ª de 1 abril de 2014 (ROJ: STS 1368/2014); STS 1ª de 7 mayo de 2015 (Roj: STS 2211/2015).

³⁰⁰ CERDÁ ALBERO, F. “La insolvencia, presupuesto objetivo del concurso” en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje al profesor Manuel Olivencia*, cit. p. 963 y ss.

moral o de conciencia, puesto que no llevan aparejada acción para compeler a su cumplimiento³⁰¹.

La Ley también obliga a tener en cuenta la *regularidad* de los pagos, a efectos de valorar la existencia de una situación de insolvencia. Si se pueden pagar las obligaciones exigibles, pero únicamente utilizando medios no ordinarios o irregulares, debería apreciarse la imposibilidad de hacer frente a las deudas en que legalmente consiste la insolvencia actual³⁰². La determinación de si los medios que puedan emplearse para el cumplimiento de las obligaciones son o no son ordinarios o regulares debe efectuarse a la luz de la práctica habitual del sector concreto³⁰³. El artículo 2.4.3º de la Ley Concursal contempla el alzamiento y la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor, como un hecho indiciario de la insolvencia; además, estos comportamientos constituyen medios de cumplimiento irregular de obligaciones. No obstante, la ausencia de regularidad en los pagos no se produce sólo en los casos extremos de liquidación apresurada o ruinosa de los activos, siendo necesario atender a los usos y costumbres del sector profesional o empresarial en cuestión, para definir cuándo el cumplimiento de las obligaciones del deudor deja de ser regular o habitual³⁰⁴.

³⁰¹ GALLEGO SÁNCHEZ, E. "El presupuesto objetivo del concurso en la nueva Ley Concursal" en *Práctica de Tribunales: Revista de Derecho Procesal Civil y Mercantil*, nº 5/2004 p. 22-40.

³⁰² El sistema financiero ofrece variadas opciones para hacer frente de manera regular al cumplimiento de las obligaciones. En este sentido SELLER ROCA DE TOGORES, L. "La solicitud de declaración de concurso voluntario" en MARTÍNEZ SANZ, F. (Dir.) *Tratado Práctico del Derecho Concursal y su Reforma*, Madrid, 2012, p. 66-67.

³⁰³ En este sentido MARTÍN ALONSO, O. "Presupuesto subjetivo del concurso voluntario" en NIETO DELGADO, C. (coord.) *Derecho Concursal*, Valencia 2012, p. 67-68.

³⁰⁴ El Juzgado de Primera Instancia nº 10 y Mercantil de Santander, en un auto con fecha 8 de mayo de 2006 inadmitió una solicitud de concurso voluntario al no apreciar imposibilidad de pago regular de las obligaciones exigibles. El tribunal fundamenta su decisión sobre el concepto de regularidad exigido por el art. 2 LC. Argumentaba que el pago

La *exigibilidad* de las obligaciones incumplidas es indispensable también para que pueda apreciarse la insolvencia actual. Sin exigibilidad no hay insolvencia³⁰⁵. La exigibilidad centra la delimitación de la insolvencia en el tiempo. Para valorar si un deudor se encuentra en situación de insolvencia actual en un determinado momento hay que atender a las obligaciones que sean exigibles en ese momento. Si se pueden pagar por medios regulares esas deudas no habrá insolvencia actual, aunque exista la certeza de que no podrá atenderse al pago de obligaciones aún no exigibles pero que lo serán en un momento posterior. El derecho sustantivo determinará, atendiendo a la naturaleza de cada obligación, el momento en el que la misma deviene exigible³⁰⁶.

4.2.2. Caracterización legal de la insolvencia inminente

El concepto de insolvencia inminente atiende también a la *imposibilidad de cumplimiento* de las obligaciones, pero no se trata de una imposibilidad actual, sino de una imposibilidad futura que, en el momento

puede ser regular si el deudor tiene la posibilidad de acudir a medios ordinarios para atender sus obligaciones, ya sea de financiación, o de consecución de activos o liquidez. Siendo necesario observar las circunstancias concurrentes en cada caso. En este proceso, el deudor -una sociedad mercantil- no fue capaz de justificar la existencia de insolvencia. La Junta General había acordado la disolución de la mercantil solicitante, habiendo cesado la actividad; asimismo en la solicitud de concurso se había incluido la petición de apertura de la liquidación. El tribunal, tras examinar la relación de acreedores y el inventario; junto con la propuesta de compra de los bienes de la deudora incluida en la solicitud, la cual estimaba el precio real de los activos en una cifra que resultaba suficiente para atender al pasivo; decide inadmitir la solicitud de concurso, entendiendo como medio de cumplimiento normal la realización del activo atendiendo a su valor real.

³⁰⁵ ROJO, A. "Comentario al art. 2 LC" en ROJO, A y BELTRÁN, E. *Comentario de la Ley Concursal*, cit. p. 171.

³⁰⁶ Arts. 1088 y ss. CC y art. 62 CCo.

actual únicamente se prevé que ocurrirá³⁰⁷. Se trata, en cualquier caso, de una previsión de imposibilidad de hacer frente a los pagos y no de una previsión de desbalance o de exceso de pérdidas, o de iliquidez.

La previsión ha de referirse también a una situación de imposibilidad de pagos futura, sí, pero seria o grave; la previsión de situaciones futuras de mero retraso ocasional en el cumplimiento de obligaciones por iliquidez o desbalance transitorios no encajaría en la configuración legal de la insolvencia inminente. A este respecto la referencia a la “puntualidad” en los pagos en el artículo 2.3 de la Ley, como uno de los elementos a tener en cuenta en la apreciación de la insolvencia inminente no puede considerarse afortunada, y no debería interpretarse en ningún caso de que basta la previsión de futuras “impuntualidades” en los pagos para que pueda apreciarse la existencia de una situación de insolvencia inminente³⁰⁸.

El concepto de insolvencia inminente no incluye la exigibilidad actual de las obligaciones como característica del mismo. Es lógico que así sea pues se parte de la base de que en la situación de insolvencia inminente se pueden pagar por medios regulares las obligaciones que en ese momento sean exigibles. La previsión de futura imposibilidad de afrontar los pagos se refiere, por tanto, a obligaciones que, en el momento en que se aprecia la insolvencia inminente aún no son exigibles.

³⁰⁷ La diferencia que se advierte entre la insolvencia actual y la insolvencia inminente radica en el aspecto temporal. En este sentido GALLEGO SÁNCHEZ, E. “El presupuesto objetivo del concurso en la nueva Ley Concursal” cit.

³⁰⁸ La exigencia de una futura ausencia de puntualidad podría llevar a un “concurso preventivo de la morosidad”, PULGAR EZQUERRA, J. *Comentario al art. 2 LC* cit. p. 162-164. La introducción del concurso preventivo para los casos de potencial retraso en el cumplimiento de obligaciones podría causar perjuicios injustificados a los acreedores del deudor común, problema que se agrava atendidas las escasas posibilidades de defensa de los acreedores ante la solicitud del concurso voluntario que fueron examinadas en el capítulo I.

4.2.3. Insolvencia actual, insolvencia inminente y tutela jurisdiccional concursal del deudor y de los acreedores

Como hemos anticipado más arriba, la distinción entre insolvencia inminente e insolvencia actual se tiene en cuenta por la Ley a distintos efectos. Así, por ejemplo, ya se vio en el capítulo primero que de esta distinción se hace depender que solicitar la declaración de concurso sea un derecho del deudor, lo que ocurre cuando se encuentra en situación de insolvencia inminente, o que constituya un deber, lo que sucederá en cuanto pase del estado de insolvencia inminente al de insolvencia actual.

Pero la principal cuestión que se ve afectada por la distinción entre insolvencia inminente e insolvencia actual es la procedencia misma de la declaración de concurso en función de que sea solicitada por el propio deudor (solicitud de concurso voluntario) o por sujetos legitimados distintos del deudor (solicitud de concurso necesario). En el primer caso la Ley considera que basta la concurrencia de una situación de insolvencia inminente para que proceda la declaración de concurso; en el segundo, solo una situación de insolvencia actual permite la apertura del proceso concursal.

Desde la perspectiva que adoptamos en este trabajo, lo anterior significa que los hechos a los que la Ley vincula la concesión de la tutela jurisdiccional concursal o, dicho de otro modo, el componente fáctico de la causa de pedir de la pretensión de tutela jurisdiccional concursal son distintos en función de quién sea el sujeto que ejercita la acción. Desde el punto de vista de la causa de pedir es necesario distinguir, por tanto, entre la acción concursal de los acreedores, que solamente puede basarse en una situación de insolvencia actual del deudor común, y la acción concursal del deudor, que éste puede ejercitar desde que se encuentre en situación de insolvencia inminente, anticipándose al momento en que ya no pueda afrontar el pago regular de sus obligaciones exigibles.

4.3. La causa de pedir de la acción concursal de los acreedores

4.3.1. Las opciones de política legislativa en relación con la concesión de la tutela jurisdiccional concursal a los acreedores

Para comprender y valorar adecuadamente la previsión legal que vincula la concesión de la tutela concursal a los acreedores a la situación de insolvencia actual del deudor conviene identificar primero cuáles son las opciones de política legislativa que se ofrecen al legislador en relación con dicha cuestión. A estos efectos, partiremos de la consideración de la crisis patrimonial del deudor como un proceso de progresivo deterioro de la situación patrimonial a lo largo del tiempo. Desde esta perspectiva, entendemos que sólo dentro de un intervalo de ese proceso de degradación de la situación patrimonial puede resultar útil y tiene sentido la tutela jurisdiccional concursal, tal y como se configura en la ley, en relación con el interés de los acreedores en hacer valer la *par conditio creditorum*.

El intervalo comenzaría en el momento en que la crisis patrimonial hubiera alcanzado gravedad suficiente como para que los pagos individuales y las ejecuciones singulares pongan en peligro la igualdad de los acreedores, ya que antes no habría ningún riesgo para dicha igualdad y, por tanto, la tutela jurisdiccional concursal no tendría ninguna utilidad. No tiene sentido poner a disposición de los acreedores la acción concursal antes del momento en el que la aplicación del régimen ordinario de cumplimiento de las obligaciones suponga una merma de la garantía de satisfacción para los acreedores aún no pagados. La necesidad de los acreedores de reclamar la tutela judicial concursal surge desde que la situación patrimonial del deudor ha llegado a un estado en el que el empleo una parte de los activos del deudor para la satisfacción completa de un crédito exigible afecta negativamente a la garantía genérica que la totalidad de los bienes y derechos del deudor representa para las obligaciones pendientes de cumplimiento.

Determinar cuándo, atendido el estado de un patrimonio, el empleo de activos para saldar pasivos se convierte en un acto que merma la garantía patrimonial genérica de los créditos pendientes de satisfacción es un objetivo requeriría poner en juego conocimientos de economía y empresa que quedan fuera del campo estrictamente jurídico en el que se mueve esta investigación. Sí queremos llamar la atención, en cualquier caso, sobre que sería erróneo considerar que los pagos (o las ejecuciones singulares), en la medida en que siempre llevan consigo una merma de los activos del patrimonio del deudor, causan siempre una reducción de la garantía patrimonial genérica del resto de los acreedores. Para ilustrar esto se puede emplear un sencillo ejemplo: si un deudor con activos por valor de 150 y pasivos por valor de 100 paga una deuda de 20, tras el pago, los activos habrán quedado reducidos a 130, y los pasivos a 80. Si la garantía patrimonial genérica de los acreedores se puede medir por la relación (cociente) entre el activo y el pasivo, antes del pago la garantía genérica sería de 1,5 (150/100), y después del pago pasaría a ser 1,625 (130/80). Se demuestra, por tanto, que si el pago se realiza en una situación patrimonial en la que el valor de los activos supera al de los pasivos, la garantía patrimonial genérica del conjunto de los acreedores no se ve perjudicada por el pago sino que, incluso, mejora. Distinto sería el caso, si el pago se realizara desde una situación patrimonial en la que el valor del conjunto de los activos es menor que el del conjunto del pasivo. En este caso el pago, al menos desde una consideración estática del patrimonio, sí afectaría negativamente a la garantía patrimonial genérica del resto de los acreedores. Modificando el ejemplo anterior, si se hiciera un pago de 20 desde una situación en que los activos suman 100 y los pasivos 150, después del pago los activos habrían quedado reducidos a 80 y los pasivos quedarían en 130. El índice de garantía patrimonial genérica antes del pago sería un preocupante 0,66 (100/150), pero después del pago pasaría a ser de un todavía más preocupante 0,61 (80/130).

Los ejemplos anteriores se basan en la hipótesis de un patrimonio estático, que es completamente ajena a la realidad de las empresas en las

que los elementos patrimoniales están en constante movimiento. No pretendemos, por tanto, que el dato de que el activo exceda o no al pasivo en el momento del pago resuelva por sí solo el problema de determinar en qué concreto punto de un proceso de crisis patrimonial los pagos individuales y las ejecuciones singulares que antes de ese momento no disminuían la garantía patrimonial genérica de los acreedores, comienzan a afectar negativamente a dicha garantía. Creemos, eso sí, que en todo proceso de deterioro progresivo de la situación patrimonial de un deudor que no sea frenado llegará un momento en el que se producirá ese efecto y afirmamos que antes de que llegue ese momento no tiene sentido que se ponga a disposición de los acreedores la tutela jurisdiccional concursal.

La tutela jurisdiccional concursal de los acreedores solamente puede encontrar justificación cuando la satisfacción de un crédito supone lesión a la *par conditio creditorum*, al perjudicar a las expectativas de cobro del resto de los créditos. Cuando ocurre esto, la situación financiera del deudor empeora con cada crédito que se satisface, y la garantía patrimonial genérica del conjunto de los acreedores se reduce más y más. Está justificado, por tanto, que se conceda la tutela jurisdiccional a los acreedores desde que el deterioro de la situación patrimonial del deudor ha llegado a tal punto.

Por otro lado, cuando la crisis patrimonial se agrava hasta el extremo de que desaparece cualquier posibilidad de que los acreedores que aún no hayan sido pagados puedan obtener alguna satisfacción de su derecho por medio del concurso, la tutela jurisdiccional concursal deja de ser útil, por lo que, alcanzado dicho punto, no está justificado que se ponga a disposición de los acreedores. La acción concursal de los acreedores deja de tener sentido cuando el deudor carece de activos con los que hacer frente a sus obligaciones. El proceso concursal se concibe como el instrumento a través del cual se ofrece la tutela judicial a los sujetos afectados por la insolvencia del deudor común, con el fin de conseguir, o al menos intentar solucionar dicha situación, a través de la aprobación de un convenio en el que se

acuerde la satisfacción de los créditos del deudor soportando ciertas quitas y esperas; o de la liquidación ordenada de su patrimonio, si la solución convenida no fuera posible. En definitiva, el objetivo fundamental del proceso concursal es la satisfacción de los créditos concursales y, por tanto, sin activos con los que cumplir tal fin, el proceso concursal resulta inútil. Carece de toda lógica que se abra un complejo y costoso proceso, como es el concurso de acreedores, cuando no ya posibilidad alguna de alcanzar su principal finalidad.

Este sería el otro extremo del intervalo: la tutela jurisdiccional concursal de los acreedores tiene sentido desde que la situación patrimonial del deudor llega a un estado en que los pagos individuales y ejecuciones singulares afectan a la *par conditio creditorum*, y hasta que la crisis es tan grave que no cabe esperar que los acreedores que aún no hubieran cobrado puedan obtener siquiera sea una satisfacción parcial a través del concurso. Ni antes del primer momento, ni después del segundo está justificado que se abra un concurso a instancia de acreedores.

Hasta aquí se han expuesto, con carácter general, las opciones de política legislativa en cuanto a la determinación de los momentos, en el proceso de degradación de la situación patrimonial del deudor, en que empieza a tener sentido y deja de tener sentido, respectivamente, ofrecer la tutela jurisdiccional concursal a los acreedores. Ahora bien, moviéndose dentro de este intervalo el legislador debe decidir si ofrece la tutela concursal a los acreedores lo más tempranamente posible, justo desde que se da la situación patrimonial en que los pagos empiezan a perjudicar a la garantía patrimonial genérica, o solamente ofrece dicha tutela jurisdiccional cuando la crisis patrimonial ha llegado a un estado más avanzado, incluso muy avanzado.

Situar la tutela concursal de los acreedores en el momento en que los pagos que realice el deudor a medida que se produce el vencimiento de los créditos, o la satisfacción de algunos de éstos mediante ejecuciones singulares empiezan a resultar perjudiciales la garantía patrimonial genérica

del conjunto de acreedores sería una opción máximamente protectora de la igualdad de los acreedores. El concurso que se declarase contaría con más activos para hacer frente al pasivo, lo que permitiría minimizar las quitas y acortar las esperas en caso de convenio o que la liquidación concursal permitiera la satisfacción de una proporción mayor del pasivo. Ahora bien, conceder facilidades a los acreedores para conseguir la declaración del concurso necesario del deudor común es una opción que puede tener un coste excesivo al crear un marco jurídico en las relaciones económicas caracterizado por un riesgo elevado de que las empresas fueran declaradas en concurso, riesgo que dificultaría o encarecería cualquier transacción que comportase convertirse en acreedor de una empresa.

Desde otro punto de vista, forzar a los acreedores a esperar a que la crisis patrimonial del deudor sea muy grave, próxima incluso a la inexistencia de activos, para poder utilizar la tutela jurisdiccional concursal, si bien representaría una opción máximamente favorecedora de la confianza y la seguridad en las relaciones comerciales, especialmente para acreedores que consigan garantías reales o con fácil acceso a la ejecución singular, dejaría prácticamente desprotegida la igualdad de los acreedores, en perjuicio especialmente de los que no tuvieran garantías ni facilidad de acceso a la ejecución singular. El deudor sería llevado al concurso en peor situación financiera, prácticamente sin activos, que se habrían consumido en ejecuciones singulares previas, dejando a los acreedores que no hubiesen podido cobrar con anterioridad sin apenas expectativas de satisfacción.

El legislador debe buscar, por tanto, un punto de equilibrio entre los intereses en juego y, a tal efecto, puede retrasar la concesión de la tutela jurisdiccional concursal a los acreedores a un estadio más avanzado de la crisis patrimonial del deudor, asumiendo un cierto sacrificio de la protección de la igualdad de los acreedores en aras del interés en reducir el perjuicio a la confianza en las relaciones comerciales y, en definitiva, a la seguridad

jurídica, que deriva del riesgo de que los sujetos que participan en esas relaciones sean declarados en concurso.

Por otro lado, la Ley debería dejar de ofrecer la tutela concursal a los acreedores, de acuerdo con lo expuesto, cuando la crisis patrimonial del deudor llegue a un estado tal en que los activos que resten no sean suficientes para satisfacer los créditos concursales ni siquiera en muy pequeña medida. Teniendo en cuenta las posibilidades expuestas, comprobaremos a continuación cuáles son las concretas opciones que adopta la Ley Concursal de 2003.

4.3.2. La concreta opción de la Ley concursal en cuanto a la causa de pedir de la tutela jurisdiccional concursal de los acreedores

Para que los acreedores puedan pedir y obtener la tutela jurisdiccional concursal, la Ley exige que el deudor se encuentre en la situación de insolvencia actual, esto es, una situación patrimonial tal que le resulte imposible pagar regularmente sus obligaciones exigibles. No cabe duda de cuando la situación patrimonial del deudor llega a ese estado los pagos individuales realizados por el deudor y las ejecuciones singulares lesionan las garantías patrimoniales del resto de acreedores. No está en cuestión, por tanto, que tiene justificación proporcionar a los acreedores, en ese momento, la herramienta jurisdiccional del concurso para hacer valer la *par conditio creditorum*.

El problema que plantea esta opción no es tanto si está justificada en caso de insolvencia actual la tutela jurisdiccional de la igualdad de los acreedores, que parece obvio que lo está, como si demorando la protección de dicho principio hasta que el deudor se encuentra ya imposibilitado para pagar regularmente sus obligaciones exigibles no se retrasa, tal vez en exceso, la tutela de la *par conditio creditorum*. Hay que tener en cuenta que la situación en que el deudor no puede pagar sus obligaciones exigibles, presupone un periodo previo, más o menos largo, en que el deudor se encontraba ya en una situación crítica, aunque no le impidiera pagar de

manera regular sus obligaciones a su vencimiento. Pero los pagos realizados cuando la crisis patrimonial ya ha comenzado, por lo menos a partir de un cierto momento, afectan negativamente a la garantía patrimonial genérica del conjunto de los acreedores, pese a lo cual la Ley Concursal no ofrece aún la tutela jurisdiccional concursal a los acreedores a quienes dichos pagos pudieran perjudicar.

La opción de la Ley Concursal, si bien se mira, conduce al paradójico resultado de que, mientras el deudor pueda realizar pagos, por medios regulares, que lesionen el principio de *par conditio creditorum*, no ofrece a los acreedores la tutela jurisdiccional concursal, y que, cuando pone a disposición de los acreedores dicha tutela, es precisamente cuando el deudor ya no puede pagar sus deudas y, por tanto no puede efectuar pagos lesivos de la igualdad de los acreedores.

4.3.3. La declaración de concurso en caso de insuficiencia de los activos para satisfacer, ni siquiera mínimamente, los créditos concursales

Como hemos apuntado más arriba, no tiene justificación ofrecer la tutela concursal a los acreedores cuando la crisis patrimonial del deudor es tan grave que ha conducido a la desaparición de todos los activos o a que los activos que resten no sean suficientes para satisfacer los créditos concursales ni siquiera mínimamente. La Ley Concursal, sin embargo, no contempla esta circunstancia como causa para denegar la tutela jurisdiccional concursal solicitada por acreedores.

De acuerdo con las previsiones de la Ley, por tanto, si se solicita por un acreedor el concurso de su deudor, la circunstancia de que en el patrimonio de éste no existan ya activos o que los pocos que queden no sean siquiera suficientes para cubrir los gastos del propio concurso no es causa suficiente para denegar la declaración de concurso. No obstante, con reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, sin llegar a establecerse la improcedencia de la declaración de concurso por

inexistencia o insuficiencia de activos, se abrió una vía que conduce a una solución prácticamente equivalente. Se trata de la posibilidad, prevista en el apartado 4 del artículo 176 bis, de declarar el concurso y acordar su conclusión en el mismo auto, lo que puede hacerse, según el precepto citado, cuando resulte evidente para el juez que el patrimonio del concursado no será presumiblemente suficiente para la satisfacción de los previsibles créditos contra la masa, ni sea previsible tampoco el ejercicio de acciones de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros.

La ausencia de previsiones expresas sobre la procedencia de la declaración de concurso en los casos de inexistencia de bienes *ab initio* generó una importante controversia desde la entrada en vigor de la Ley Concursal, que se resolvió con la reforma de 2011 y la solución introducida por la misma en el apartado 4 del artículo 176 bis. Hasta entonces, hubo pronunciamientos tanto a favor como en contra de la inadmisión de solicitudes de concursos sin masa, sobre la base del párrafo 4º del artículo 176.1, que establecía como causa de *conclusión* del concurso *en cualquier estado del procedimiento* la inexistencia de bienes o derechos.

Algunas Audiencias³⁰⁹ revocaban en segunda instancia Autos que inadmitían las solicitudes de concurso cuando se constataba la inexistencia de bienes y derechos *ab initio* con los que satisfacer a los acreedores. Se apoyaban estas resoluciones en las posibilidades que ofrece la Ley de incorporar bienes a la masa activa durante el concurso mediante acciones de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros, posibilidades que quedarían cerradas si no se produce la declaración de concurso.

³⁰⁹ Defendiendo esta postura encontramos a la AP de Barcelona (autos de 22 de febrero de 2007, 10 de diciembre de 2008, 18 de febrero de 2009, 8 de octubre de 2010 y 19 de julio de 2011 entre otros); AP de Madrid (autos de 11 de febrero y 16 de septiembre de 2011); AP de Tarragona (auto de 28 de octubre de 2010); AP de Las Palmas (auto de 19 de noviembre de 2009); y AP de Murcia (auto de 4 de marzo de 2010).

Otros pronunciamientos³¹⁰ se posicionaron en contra de la declaración del concurso sin masa. La mayoría de las resoluciones en este sentido, reproducían los argumentos del auto de la Sección 1ª de la AP de Pontevedra de 12 de julio de 2007. Esta resolución reconocía la ausencia de previsión legal expresa que fundamentase la inadmisión *ab initio* de la solicitud de tutela concursal sobre la base de la inexistencia de bienes y derechos del deudor, considerando insuficiente a estos efectos las previsiones del apartado 4º del artículo 176.1 de la Ley, teniendo en cuenta su ubicación sistemática y rúbrica, la cual evidenciaba que se trataba de una causa de conclusión del concurso ya iniciado, no aplicable al momento inicial de declaración. Ahora bien, pese a reconocer la falta de cobertura legal, la Audiencia ponía de manifiesto la existencia de una necesidad *real* de un mínimo de activo con el que garantizar los derechos de los acreedores; sin el cual el concurso carecería de sentido, y por tanto no debía ser declarado. Ahora bien, los tribunales que defendían esta postura, restringían la aplicación de esta causa de inadmisión de la solicitud de tutela concursal a supuestos excepcionales, en los que se evidenciaba *ab initio* la falta de masa activa, junto con la imposibilidad de completarla o aumentarla haciendo uso de los mecanismos concursales; todo ello sin perjuicio de que la adquisición de algún bien o derecho por parte del deudor, pudiese dar lugar a la apertura del concurso en el futuro.

³¹⁰ AP de Pontevedra (autos de 12 de julio de 2007, 18 de junio de 2009, 17 de diciembre de 2009, y 14 de enero de 2010); AP de Vizcaya (auto de 4 de marzo de 2008); AP de Cáceres (auto de 24 de noviembre de 2008); AP de Girona (auto de 1 de diciembre de 2009); AP de Tenerife (auto de 10 de marzo de 2010); y AP de A Coruña (auto de 15 de septiembre de 2011). El auto de la AP de Murcia, Sección 4ª, de 30 de enero de 2006, se refería a la incontestable necesidad de una pluralidad de acreedores, aceptada y defendida unánimemente por la doctrina y la jurisprudencia, así como a la necesidad de que el deudor contase con un mínimo de masa activa para conceder la tutela concursal. Apuntaba la Audiencia de Murcia que ambos requisitos se deducían del articulado de la LC, aunque el legislador no los hubiera regulado expresamente.

La reforma de 2011 zanjó la controversia jurisprudencial analizada estableciendo la necesidad de declarar el concurso, pero permitiendo que en el mismo auto de declaración de concurso se acuerde la conclusión del mismo por insuficiencia de masa, en el supuesto en que el activo de concursado, previsiblemente, no sea suficiente para satisfacer las potenciales deudas contra la masa, siendo también previsible la imposibilidad de ejercitar acciones de reintegración, impugnación o responsabilidad de terceros.

La reforma operada por el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, mantiene la necesidad de declarar el concurso pese a la inexistencia de activos *ab initio*, si bien añade ciertas previsiones para regular el pago de los créditos contra la masa en caso de deudor persona física y la aplicación a este deudor del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho de acuerdo con las previsiones del artículo 178 *bis* de la Ley.

4.3.4. La acreditación por el acreedor solicitante de la situación de insolvencia actual del deudor: los hechos reveladores de la insolvencia

La vinculación de la concesión de la tutela jurisdiccional concursal a los acreedores a que el deudor se encuentre en estado de insolvencia actual, entendido como situación de imposibilidad de pagar regularmente las obligaciones exigibles suscita un problema procesal de importancia. En efecto, de acuerdo con lo previsto en los apartados 1 y 2 del artículo 2 el acreedor solicitante tendrá que fundar su solicitud de declaración de concurso en la insolvencia actual del deudor, lo que supone, en principio, que para obtener la tutela solicitada tendrá que probar ante el juez la concurrencia de dicha situación. La Ley parece consciente, sin embargo de las dificultades que normalmente tendrán los acreedores para acceder a la documentación financiera y contable del deudor, única que le permitiría aportar una prueba directa de la insolvencia actual de éste³¹¹. Por esa razón,

³¹¹ PULGAR EZQUERRA, J. “El presupuesto objetivo de apertura del concurso de acreedores” en GARCÍA VILLAVERDE, R., ALONSO UREBA, A. y PULGAR EZQUERRA,

el artículo 2.4 de la Ley enumera una serie de hechos externos indicadores de la insolvencia del deudor, en los que el acreedor puede fundamentar su petición de tutela concursal. Son situaciones típicas que son elevadas a la categoría de presunciones *iuris tantum* deladoras del estado de insolvencia³¹².

Todas las circunstancias que el artículo 2.4 de la Ley configura como hechos externos reveladores de la insolvencia se producen normalmente en situaciones de crisis patrimonial de cierta importancia, y no ante una simple iliquidez pasajera. Estos hechos reúnen una doble característica; de un lado, deben ser fácilmente perceptibles y comprobables sin necesidad de conocer la exacta situación del patrimonio del deudor; y de otro lado, debe tratarse

J. Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal, Madrid, 2003, p. 73 justifica la consideración de la insolvencia inminente como causa de pedir de la acción concursal del deudor -junto con la insolvencia actual- sobre la base del mejor conocimiento del mismo sobre su propia situación económica. Apoyan sus argumentos en la idea de que los acreedores tienen muy difícil acceso a la información contable del deudor, siendo éste el único que puede prever el momento en el que su situación podría empeorar provocando la imposibilidad inminente de cumplir con sus obligaciones de manera regular y puntual. No compartimos esta postura. A nuestro entender, el legislador no ha excluido la insolvencia inminente como causa de pedir de la acción concursal de los acreedores simplemente porque éstos no tengan acceso a la información contable del deudor en un estadio inicial de la crisis del mismo, y como consecuencia, no puedan prever cuándo el deudor estimará que no podrá cumplir sus obligaciones con regularidad y puntualidad. Sostenemos que el legislador decide establecer el momento temporal en el que el acreedor es merecedor de la tutela concursal cuando la crisis económica del deudor es grave, y se ha manifestado a través de ciertos hechos externos que la propia Ley especifica. El legislador ha querido ofrecer la acción concursal al acreedor no cuando la crisis comienza, sino en un momento posterior, con la crisis ya avanzada; por ese motivo elimina la insolvencia inminente de la causa de pedir de la acción concursal de los acreedores.

³¹² ALONSO ESPINOSA, F.J. y PEINADO GRACIA, J.I., "La declaración del concurso en la Ley 22/2003 de 9 de julio, concursal (estudio preliminar)" en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje al profesor Manuel Olivencia*, cit. p. 937

de hechos cuya concurrencia permita formular un juicio de probabilidad cualificada de que esa situación patrimonial que no se conoce con detalle, es el estado de insolvencia descrito por la Ley³¹³.

Con base en estas previsiones, el acreedor que decide ejercitar la acción concursal, deberá fundamentar su solicitud en cualquiera de los hechos mencionados en el apartado 4 del artículo 2 de la Ley. Esto no significa, sin embargo, desplazar la causa de pedir de la pretensión de tutela jurisdiccional de los acreedores desde la insolvencia actual a que hacen referencia los primeros apartados del citado artículo hacia los hechos reveladores o indicadores relacionados en el último apartado. La causa de pedir no deja de ser la situación de insolvencia actual del deudor, en los precisos términos en que se define esta situación por el apartado 2 del artículo que nos ocupa.

La invocación por el acreedor de alguno o varios hechos de los relacionados en el apartado 4 no convierte a estos hechos en la causa de pedir de la pretensión. Estos hechos cumplen el papel de ser indicios sobre los que se construye una presunción legal de la insolvencia actual del deudor. Por lo tanto, basta que el acreedor solicitante alegue y pruebe cualquiera de los hechos indicadores para que, en virtud de la presunción legal, se tenga por cierto que el deudor está en estado de insolvencia actual, y que, por tanto no puede pagar regularmente sus obligaciones exigibles. Ahora bien, se trata de una presunción legal *iuris tantum*, por lo que el deudor podrá evitar la declaración de concurso probando que, con independencia de que el hecho indicio sea o no cierto, no se da en el caso el hecho presunto, lo que exigirá que pruebe que sí puede continuar pagando regularmente sus obligaciones exigibles. Así se prevé en el artículo 18.2 de la Ley, que permite al deudor fundar su oposición en la inexistencia del hecho en que se fundamenta la solicitud (que será uno de los hechos

³¹³ VEGAS TORRES, J. *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa y Procesos especiales*. Madrid, 2005, p. 552.

indicadores de insolvencia del artículo 2.4) o en que, aun existiendo, no se encuentra en estado de insolvencia. Esto último confirma que la causa de pedir sigue siendo la insolvencia actual y no los hechos indicadores pues aun probada o no discutida la existencia de uno de éstos, si se demuestra que el deudor no está en situación de insolvencia no procederá la declaración de concurso.

En lo que sigue se analizará cada uno de los hechos externos reveladores de la insolvencia del deudor a que se refiere el artículo 2.4 pues, aun no constituyendo la causa de pedir de la pretensión de tutela jurisdiccional concursal de los acreedores, su alegación y su prueba resulta con frecuencia decisiva para que el acreedor solicitante obtenga dicha tutela.

Conviene advertir, con referencia a todos los hechos reveladores de insolvencia del artículo 2.4 que las situaciones que contemplan deben concurrir en el momento en el que el acreedor solicita la tutela concursal, o haber concurrido con anterioridad, persistiendo después, ya que si se produjeron pero dejaron de existir antes de la presentación de la solicitud, no pueden servir de fundamento a ésta.

Por otro lado, y también con referencia a todos los hechos del artículo 2.4 se ha planteado si las situaciones que contempla deben concurrir respecto del acreedor solicitante, o si por el contrario, éste no tiene por qué estar afectado directamente por ellas, sino que el simple conocimiento de las mismas es suficiente para poder solicitar la tutela concursal. Para resolver esta cuestión se debe atender a la concreta manifestación de insolvencia de que se trate y su configuración legal. La primera de las manifestaciones legales de insolvencia consiste según la ley en la presentación de “título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes bastantes para el pago”; en este caso la propia definición del hecho incluye la coincidencia entre la persona del solicitante de la tutela concursal y la persona del ejecutante insatisfecho. En relación al resto de manifestaciones de la insolvencia, su configuración legal no exige que el solicitante del concurso se encuentre directamente afectado

por ellas. Por lo demás el papel que desempeñan esos hechos como indicio sobre el que se basa una presunción de insolvencia actual del deudor no requiere que el solicitante esté directamente afectado. Ni siquiera en relación con los impagos sectoriales a que se refiere el ordinal 4º cabe, en nuestra opinión, limitar su aplicación a los concursos solicitados por la Hacienda Pública, la Seguridad Social o los trabajadores, en sus respectivos casos ya que si el incumplimiento generalizado de las deudas que el concursado tenga con cualquiera de esos sujetos es indicio de insolvencia actual del deudor, lo es con absoluta independencia de quién sea el sujeto que lo alegue³¹⁴.

a) *Embargo infructuoso en ejecución o apremio promovido por el acreedor solicitante del concurso*

La primera de las situaciones enumeradas por el artículo 2.4 es la ejecución forzosa singular en la que el solicitante del concurso no hubiera podido embargar bienes suficientes. La Ley se refiere concretamente a la presentación con la solicitud de declaración de concurso de *título por el cual se haya despachado ejecución o apremio, sin que del embargo hubiesen resultado bienes libres bastantes para el pago*. Esta circunstancia incluye, además de las ejecuciones forzosas de carácter civil, las ejecuciones de carácter administrativo y tributario, al mencionar expresamente el apremio. Pese a esta inclusión expresa, en la práctica la mayoría de concursos solicitados sobre la base del embargo infructuoso proceden del orden civil, pues Hacienda y la Tesorería de Seguridad Social gozan de autotutela ejecutiva, lo cual les ofrece otras vías para conseguir la ejecución de la obligación incumplida limitando la necesidad de acudir al proceso

³¹⁴ Cuestión distinta es la dificultad de acceso que, de hecho, sujetos distintos a los directamente afectados por los impagos puedan tener respecto a los que se contemplan en el ordinal 4º, teniendo en cuenta el carácter reservado de los datos de Hacienda o de la Seguridad Social.

concurzal³¹⁵. Por otro lado, dado que la Ley contempla el incumplimiento generalizado de las obligaciones tributarias y de Seguridad Social como hecho revelador de la insolvencia, las administraciones tributaria y de la Seguridad Social pueden valerse de este hecho para fundamentar la solicitud de concurso, sin necesidad de acreditar intentos fallidos de embargo.

La Ley Concursal exige tres requisitos al acreedor para poder solicitar la tutela concursal basándose en el embargo infructuoso. El primero de ellos, un título ejecutivo³¹⁶; el segundo requisito, que el acreedor haya promovido, sobre la base de ese título ejecutivo, un proceso de ejecución singular; y por último, como tercer requisito, que en la ejecución singular no se haya logrado la satisfacción del derecho del ejecutante, por no haber conseguido el embargo de “bienes libres bastantes para el pago”.

La ejecución singular que da lugar a la producción del hecho externo que nos ocupa puede ser tanto ejecución dineraria como no dineraria. Nada impide que el acreedor fundamente su solicitud en una ejecución no dineraria, siempre que en el proceso de ejecución se haya intentado el

³¹⁵ PULGAR EZQUERRA, J. “Los hechos externos del concurso de acreedores necesario” en *Estudios sobre la Le Concursal Libro homenaje a Manuel Olivencia*, cit. p. 1163.

³¹⁶ En relación al título ejecutivo, la Ley no especifica qué tipo de título; éste puede ser de carácter judicial, o extrajudicial, con arreglo a la regulación de los mismos en la LEC. La doctrina añade al catálogo incluido en la LEC, los títulos ejecutivos “complejos”, en los que el título se integra por dos elementos, un documento y una conducta -o manifestación de voluntad –, no siendo el documento suficiente para despachar la ejecución. Un ejemplo claro de título ejecutivo complejo, que puede servir al acreedor para fundamentar su solicitud de concurso necesario, es la incomparecencia del deudor -la conducta- junto con el decreto del Secretario que da por terminado el proceso monitorio -el documento-. Este título ejecutivo complejo puede ser utilizado por el acreedor para instar el despacho de ejecución; y si tras el proceso de ejecución singular el embargo resulta infructuoso, al acreedor se le abre la vía concursal

embargo de bienes sin éxito, por no haber encontrado bienes libres suficientes. A este respecto conviene recordar que el artículo 700 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé que en las ejecuciones no dinerarias, sea cual sea la clase de prestación a que se refieran, cuando el requerimiento que se realice al ejecutado para que lleve a cabo la conducta debida no pueda tener inmediato cumplimiento, se acordará, si el ejecutante lo solicita, “el embargo de bienes del ejecutado en cantidad suficiente para asegurar el pago de las eventuales indemnizaciones sustitutorias y las costas de la ejecución”.

La Ley exige que del embargo no hayan resultado bienes libres bastantes para el pago. El término “libre” a la inexistencia de cargas que graven el bien como hipotecas u otros derechos reales de garantía, o embargos que aseguren el pago de otras deudas, debiendo entenderse hecha la referencia a cargas anteriores a la del acreedor ejecutante³¹⁷. Por otro lado, la referencia a la inexistencia de bienes libres “bastantes para el pago” debe entenderse en el sentido de que no haya suficientes bienes libres, cuyo valor sea superior a la cantidad por la que se despachó la ejecución. El valor de los bienes libres del deudor se calcula de acuerdo al valor estimado que alcanzarían dichos bienes en una eventual subasta pública.

En relación a la exigencia de bienes libres bastantes para el pago, se suscita la cuestión de si estaría legitimado para solicitar la tutela concursal el acreedor que habiendo iniciado un proceso de ejecución singular contra el deudor, hubiese hallado en el patrimonio de éste bienes bastantes, sin ser libres. El caso se plantearía si el deudor es titular de bienes sobre los que recaen otras cargas, inscritas antes de la ejecución pero cuyo valor, descontadas las cargas³¹⁸, alcanzara a cubrir el crédito del ejecutante. Este

³¹⁷ PULGAR EZQUERRA, J. *La declaración del concurso de acreedores* cit. p. 348

³¹⁸ El adquirente de un bien debe aceptar las cargas y gravámenes del mismo inscritas con anterioridad, y subrogarse en la responsabilidad derivada de las mismas. Lo

caso no constituye en puridad, el supuesto regulado en el artículo 2.4 LC, ya que la ejecución singular no tendría por qué ser en este caso infructuosa, pues mediante reembargos y distribución de los sobrantes que se produzcan se podrá conseguir que la realización de los bienes del deudor permita la satisfacción de todos los acreedores que tengan derechos sobre los bienes embargados, incluido el ejecutante.

En relación al momento dentro del procedimiento de ejecución forzosa en el que cabe considerar producido el hecho indicador de insolvencia que nos ocupa, la Ley lo identifica con el “despacho de ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago”. El artículo 2.4 exige que se haya iniciado³¹⁹ un proceso de ejecución o un procedimiento administrativo de apremio y además que dentro del proceso o del procedimiento se haya constatado la inexistencia de bienes libres bastantes para el pago. No obstante, no siempre es posible constatar que no existen bienes libres que se puedan embargar en el mismo auto que despacha la ejecución. Será preciso esperar, normalmente, a la respuesta al requerimiento de manifestación de bienes que se haga al ejecutado y al resultado de las diligencias de investigación patrimonial que ordene el secretario del procedimiento conforme a los artículos 590 y 591 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Asimismo, pueden darse supuestos en los que la insuficiencia inicial de bienes embargados desaparezca, debido al descubrimiento posterior de bienes titularidad del ejecutado, o a la aparición de activos que habiendo salido de forma fraudulenta, regresan al patrimonio

cual será tenido en cuenta en la valoración de la suficiencia de los bienes para el pago, pues es determinante deducir del precio del bien, las cargas que pesan sobre el mismo.

³¹⁹ Una vez presentada la demanda ejecutiva -siempre que concurren los presupuestos y requisitos procesales, no exista irregularidad formal, y los actos de ejecución solicitados sean conformes con la naturaleza y contenido del título-, el Tribunal dictará auto conteniendo la orden general de ejecución y el despacho de la misma; tal como establece el art. 551 LEC.

del ejecutante como consecuencia del ejercicio de las acciones subrogatoria o pauliana.

El ejercicio de la acción concursal por el acreedor no debe ir precedido en todo caso de una ejecución singular fracasada. La Ley admite que el acreedor pueda fundamentar su solicitud de tutela concursal en otros hechos distintos del embargo infructuoso a los que se atribuye también por la condición de indicios externos de insolvencia. Estos otros hechos están regulados también en el apartado 4 del artículo 2 y se examinan a continuación.

b) Sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor

El ordinal 1º del artículo 2.4 incluye entre los hechos reveladores de insolvencia el *sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor*. La Ley atribuye el carácter de manifestación de la insolvencia actual del deudor a la cesación general en los pagos. La precisión de que el sobreseimiento ha de ser “general” suscita dudas en relación con el número de impagos necesarios para que el acreedor pueda solicitar la tutela concursal con invocación de este hecho externo. Obviamente el sobreseimiento total queda descartado del supuesto, por lo que el acreedor no tiene que esperar a que el deudor haya dejado de pagar a la totalidad de sus acreedores de manera definitiva; el sobreseimiento debe ser por tanto *general* y no *total*³²⁰. Pero tampoco cabe apreciar el sobreseimiento general si los únicos créditos cuyo impago se alega por el solicitante son los que él tenga frente al deudor común³²¹.

³²⁰ Así, SAP Madrid, Sec. 28, de 12 de marzo de 2012 (Roj: AAP M 4887/2012).

³²¹ En este sentido, la SAP Madrid, Sec. 28, de 12 de marzo de 2012 (Roj: AAP M 4887/2012) rechazó la concurrencia de sobreseimiento general en un caso en el que “la demandante pretendía sostener el sobreseimiento generalizado en su propia deuda, sin que los referidos ocho impagos comprendan otros acreedores”. Siendo esta la regla general,

La cesación en los pagos ha de ser de carácter definitivo. En primer lugar, en el sentido de irreversible, no basta la simple mora o retraso en los pagos. En segundo lugar, el sobreseimiento debe ser definitivo en el sentido contrario a esporádico o circunstancial, no siendo suficiente el cese aislado en los pagos. Si bien es cierto que un retraso en la satisfacción de las obligaciones revela la existencia incipiente de dificultades, no se ha considerado fundamento suficiente para establecer una presunción legal de insolvencia actual del deudor.

Es irrelevante el carácter mercantil o civil de las obligaciones sobreseídas. Por el contrario, sí es relevante el carácter exigible de las obligaciones cuyo pago el deudor sobresee. La Ley menciona el “pago corriente”, de donde se deduce la necesidad de exigibilidad de las obligaciones incumplidas por el deudor.

Cabe plantear, cuando se invoca el sobreseimiento general en los pagos como hecho revelador de la insolvencia del deudor, si el crédito del solicitante debe estar incluido dentro del grupo de obligaciones cuyo pago el deudor ha sobreseído. No hay duda de que será así si el crédito del solicitante es un crédito exigible y no satisfecho. La cuestión que se plantea es si un acreedor cuyo crédito no esté vencido puede fundar su solicitud de declaración de concurso en el sobreseimiento general en los pagos que, en tal caso, forzosamente serán pagos a otros acreedores ya que el crédito del solicitante, por hipótesis, no es exigible cuando se presenta la solicitud y no puede estar, por tanto, impagado. Dado que entendemos que la Ley no exige que el crédito del solicitante esté vencido y que, por tanto, permite solicitar la declaración de concurso a acreedores cuyos créditos aún no sean exigibles, estos acreedores han de poder fundar su solicitud en cualquiera

hay que tener en cuenta las previsiones del ordinal 4º del artículo 2.4, que convierten en hecho revelador de la insolvencia, por sí solos, los impagos a ciertos acreedores (Hacienda, Seguridad Social y trabajadores). Se trataría, en cualquier caso, de excepciones cuya existencia confirma la regla general.

de los hechos reveladores del artículo 2.4 y, por tanto, también en el sobreseimiento general en el pago.

También cabe plantear si el sobreseimiento general en los pagos debe producirse respecto de la generalidad de los acreedores del deudor común o si por el contrario, se refiere a la generalidad de las obligaciones, aunque éstas fuesen titularidad de un único acreedor. Una de las características esenciales del concurso es la concurrencia de una pluralidad de acreedores afectados, en mayor o menor medida, por la insolvencia del deudor. El número de obligaciones insatisfechas no determina la necesidad de tutela jurisdiccional concursal. El concurso requiere que la insolvencia del deudor común afecte a un colectivo que, ante la imposibilidad de conseguir la satisfacción plena para cada uno de ellos, se ve obligado a compartir las pérdidas. Por consiguiente, cuando exista un único acreedor no procede la declaración de concurso por muchos que puedan ser los créditos que tenga y que estén impagados todos o la mayoría. No se trata en este caso de si cabe o no invocar el sobreseimiento general en los pagos como hecho externo revelador de insolvencia, sino más allá de esto, que no es admisible la declaración de concurso si solamente existe un único acreedor³²².

c) Existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor

El ordinal 2º del artículo 2.4 LC se refiere también al embargo de bienes del deudor como hecho externo, pero en un sentido distinto al regulado en el primer inciso del mismo precepto. El hecho que se contempla en este punto es la *existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor*. Esta manifestación

³²² AAP Madrid, Sec. 28, de 4 de mayo de 2012 (ROJ: AAP M 13835/2012); AAP Lleida, Sec. 2, de 15 de marzo de 2012 (Roj: AAP L 153/2012); SAP Córdoba, Sec.3, de 13 de enero de 2012 (Roj: SAP CO 685/2012); AAP Barcelona, Sec. 15, de 4 de mayo de 2011 (Roj: AAP B 2847/2011) y AAP Madrid, Sec. 28, de 17 de diciembre de 2010 (ROJ: AAP M 19088/2010), entre otras muchas resoluciones.

de la insolvencia presenta elementos comunes con el primer inciso del artículo 2.4, que se refiere a la presentación de título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago. En ambos casos es necesario que se hayan iniciado ejecuciones singulares civiles o administrativas. No obstante, en el supuesto del artículo 2.4.2º se exigen dos requisitos que no serían aplicables en el otro supuesto: de un lado, la existencia de una pluralidad de ejecuciones singulares pendientes³²³; y de otro, la necesidad de que dichas ejecuciones afecten a la generalidad del patrimonio del deudor. En efecto, la Ley emplea el plural (“embargos por ejecuciones pendientes”), exigiendo una pluralidad de procedimientos, no encajando en el supuesto legal los supuestos en los que un único proceso ejecutivo afecte a la generalidad de los activos del deudor³²⁴. La Ley no exige expresamente que los procesos ejecutivos pendientes deban necesariamente haber sido instados por distintos acreedores. No obstante, si todas las ejecuciones singulares pendientes hubiesen sido promovidas por el mismo acreedor y fuera éste el único acreedor conocido, no procedería la declaración de concurso de acuerdo con el criterio jurisprudencial dominante en relación a la necesidad de pluralidad de acreedores.

³²³ A diferencia del primer inciso del art. 2.4 LC que exige tan solo un proceso ejecutivo con resultado insatisfactorio.

³²⁴ El embargo que recaiga sobre la generalidad o incluso la totalidad del patrimonio del deudor, no deja de ser una ejecución singular. Si dicho embargo resultase infructuoso, por no hallar en el patrimonio del deudor bienes libres bastantes para el pago, podría dicho título servir de fundamento a una solicitud de declaración de concurso necesario, sobre la base del primer inciso del art. 2.4: título por el cual se ha despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago. El hecho externo regulado en el apartado 2º del art. 2.4 exige una pluralidad de procesos ejecutivos singulares que se encuentren pendientes de resolución en el momento de solicitar la declaración de concurso, y además, dichos embargos deben afectar de manera general el patrimonio del deudor.

Al igual que en el sobreseimiento general del pago corriente de las obligaciones, se suscita también, en relación a la existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de manera general al patrimonio del deudor, si el acreedor solicitante de la tutela concursal fundamentada en este hecho externo, debe ser uno de los ejecutantes cuyos procesos están pendientes; o si por el contrario, el artículo 2.4.2º puede ser invocado por acreedores que no se encuentren en ese caso. Entendemos que no es necesario que el solicitante esté entre los ejecutantes que hayan causado los embargos a que se refiere este hecho revelador, por las mismas razones que expusimos en relación con el sobreseimiento general en los pagos.

Por lo demás, en relación con este hecho revelador de insolvencia la Ley no exige al solicitante acreditar su condición de ejecutante, a diferencia del supuesto regulado en el primer inciso del artículo 2.4 en el que sí se exige expresamente al solicitante fundamentar su solicitud en la existencia de un embargo infructuoso en una ejecución singular promovida por él mismo con anterioridad a la petición de tutela concursal. Si en el caso del ordinal 2º se exigiera también que el solicitante estuviera entre los acreedores ejecutantes que integran el supuesto se produciría un solapamiento entre este hecho revelador de insolvencia y el que se expresa en el primer inciso del apartado³²⁵.

En realidad, el primer inciso del artículo 2.4 y el ordinal 2º de dicho apartado se refieren a dos situaciones distintas en que puede encontrarse el solicitante en relación con las ejecuciones singulares pendientes despachadas frente al deudor. En el primer caso, el solicitante, en su propia ejecución singular no ha podido embargar bienes por no encontrarlos libres de cargas en el patrimonio del deudor. La imposibilidad de embargar bienes puede derivar de que todos los que se conozcan estén ya gravados con embargos trabados en otras ejecuciones (lo que aproximaría el supuesto al previsto en el ordinal segundo), o por razones diferentes (bienes afectados

³²⁵ PULGAR EZQUERRA, J. *La declaración del concurso de acreedores*, cit. p. 358

por otras cargas que no sean embargos o, sencillamente, inexistencia de bienes). En el supuesto del ordinal 2º del apartado que nos ocupa se atiende más bien a la situación del acreedor que no ha accedido aún a la ejecución singular pero que se encuentra en una situación en la que, si llegara a promover un proceso de ejecución, previsiblemente no encontraría bienes libres por estar la generalidad de ellos trabados en otras ejecuciones singulares. Sólo esta segunda interpretación permite dotar de sentido a lo previsto en el ordinal 2º, sin convertirlo en mera reiteración inútil del supuesto contemplado en el inciso inicial del apartado.

El hecho externo que nos ocupa, en resumen, parte de la existencia de una pluralidad de acreedores, algunos de los cuales han promovido ejecuciones singulares y embargado en ellas bienes pertenecientes al deudor común. Dichos procesos ejecutivos deben estar aún pendientes en el momento en el que otro acreedor ejercita la acción concursal; y además afectar a la generalidad del patrimonio del deudor, para poder fundamentar una solicitud de declaración de concurso necesario en el artículo 2.4.2º de la Ley. Parece evidente que en esta situación los acreedores con ejecuciones singulares pendientes y bienes embargados no tendrán interés en solicitar el concurso, salvo que sus embargos fueran insuficientes, en cuyo caso, se daría el supuesto previsto en el inciso primero y no sería necesario recurrir al ordinal segundo.

Por otro lado, y nuevamente por las mismas razones que se expusieron al tratar sobre el sobreseimiento general en los pagos como hecho revelador de la insolvencia, la existencia de embargos que afecten de manera general al patrimonio del deudor podrá ser invocada por el solicitante del concurso necesario, aunque el crédito en que base su legitimación activa no sea exigible en el momento de presentarse la solicitud. Al acreedor cuyo crédito no está vencido le perjudica tanto o más que al que ya puede exigir el pago la circunstancia de que la generalidad de los bienes del patrimonio del deudor común estén embargados en ejecuciones promovidas por otros acreedores, por lo que no hay razón alguna para privarle de la posibilidad de

solicitar la declaración de concurso invocando este hecho externo revelador de la insolvencia del deudor.

d) Alzamiento o liquidación apresurada o ruinoso de sus bienes por el deudor

El ordinal tercero del artículo 2.4 regula otro de los hechos considerados por el legislador como manifestaciones externas de la insolvencia actual del deudor común: *el alzamiento o la liquidación apresurada o ruinoso de sus bienes por el deudor*.

Para fundar la solicitud de concurso en este hecho la Ley no exige al acreedor instar con carácter previo un procedimiento penal por alzamiento de bienes. El hecho externo a que se refiere la Ley existe independientemente de que la conducta realizada por el deudor sea o no constitutiva de delito, pudiéndose tramitar simultáneamente el proceso penal y la solicitud de declaración de concurso, sin que la resolución sobre ésta deba necesariamente esperar a que aquél finalice. Tal como establece el artículo 189.1 LC, la incoación de un procedimiento criminal relacionado con el concurso no provocará la suspensión de la tramitación de éste.

El concepto de “alzamiento” carece de definición legal, y ha sido construido fundamentalmente por la jurisprudencia y la doctrina, identificándolo con todo acto de ocultación, enajenación real o ficticia, onerosa o gratuita de los propios bienes, simulación fraudulenta de créditos, o cualquier otra actividad que sustraiga los bienes del destino al que se encuentran afectos. Se califican como alzamiento, por tanto, conductas de ocultación o transmisión de bienes con el fin de sustraerlos del ámbito del principio de responsabilidad universal consagrado en el artículo 1911 del Código Civil, según el cual, el deudor responde por el cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes, presentes y futuros³²⁶.

³²⁶ PULGAR EZQUERRA, J. *La declaración del concurso de acreedores* cit. p. 359

El artículo 2.4.3º de la Ley Concursal incluye junto al alzamiento otra conducta considerada manifestación de insolvencia: la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor. Se contempla, por tanto, una actuación voluntaria y consciente del deudor, que no necesariamente incluye la intención de perjudicar a los acreedores, pero sí el propósito de obtener rápidamente liquidez mediante el expediente de vender a precios inferiores al valor normal de mercado de los bienes. Esta actuación puede ser invocada como indicio de insolvencia aunque se realizara con el propósito de hacer frente a las deudas exigibles y sin intención de ocultar los bienes y sustraerlos a la responsabilidad patrimonial universal.

Este hecho externo conecta con la exigencia de regularidad en los medios utilizados para la satisfacción de las obligaciones, que la Ley configura como elemento esencial del concepto de insolvencia actual. En efecto, los pagos de créditos exigibles que se pudieran hacer con los recursos obtenidos de la liquidación apresurada o ruinosa no pueden ser considerados cumplimiento “regular” de las obligaciones, por lo que la realización de dichos pagos, lejos de evitar la situación de insolvencia actual, constituye una clara manifestación externa de la misma. La liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor, en definitiva, conecta con la insolvencia por dos vías: bien porque dichos actos de liquidación impiden al deudor satisfacer sus obligaciones exigibles, bien porque, de realizarse pagos de obligaciones exigibles con el producto obtenido de las operaciones de liquidación apresurada o ruinosa, dichos pagos se considerarían cumplimiento “irregular”, como consecuencia del medio empleado para efectuarlos. La regularidad constituye un elemento esencial del concepto de insolvencia del artículo 2.2, por lo que el deudor que sólo puede cumplir sus obligaciones irregularmente debe ser considerado insolvente. Cuestión ésta que se debe apreciar en cada caso por el juez mercantil³²⁷.

³²⁷ PULGAR EZQUERRA, J. *La declaración del concurso de acreedores* cit. p. 366

El Código Penal³²⁸ regula un tipo específico de *alzamiento en prevención*, que condena al deudor que realice cualquier acto de disposición patrimonial o acto generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio iniciado o “de previsible iniciación”. Esta modalidad de “alzamiento”, sin perjuicio de su relevancia penal, no es suficiente para establecer una presunción de insolvencia del deudor a efectos de declaración de concurso pues contempla únicamente conductas del deudor que obstaculizan una ejecución singular actual o futura, conductas cuya realización no necesariamente está vinculada con la situación de insolvencia actual del deudor definida en la Ley concursal.

e) Incumplimiento generalizado de obligaciones con Hacienda, la Seguridad Social o los trabajadores

El ordinal 4º del artículo 2.4 atribuye el carácter de hecho revelador de la insolvencia del deudor al *incumplimiento generalizado de obligaciones frente a ciertos acreedores*. Este hecho plantea algunos problemas de compatibilidad con el previsto en el ordinal primero, esto es, el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor. Cabe plantear, en efecto, si tiene sentido contemplar como hecho revelador de la insolvencia la cesación general en los pagos de toda clase de deudas cuando se considera suficiente para construir la presunción legal de insolvencia actual el incumplimiento de ciertas clases de obligaciones.

La contemplación del incumplimiento generalizado de obligaciones frente a determinados acreedores como hecho suficiente para establecer la presunción legal de insolvencia tiene su razón de ser en el propósito de facilitar especialmente precisamente a esos acreedores la justificación del presupuesto de la insolvencia del deudor común. En efecto, de acuerdo con lo previsto en el ordinal 4º del artículo 2.4, los trabajadores, la Agencia

³²⁸ Vid. Art. 257.1.2º CP

Tributaria y la Seguridad Social, pueden obtener la declaración de concurso alegando y justificando únicamente el impago generalizado de sus créditos, en tanto que al resto de los acreedores no les basta con eso y han de justificar, además de los que les afecten a ellos, impagos a otros acreedores.

Respecto a la posibilidad de que estos incumplimientos sectoriales sean invocados por acreedores distintos de los concretamente afectados por ellos, un sector de la doctrina³²⁹ sostiene la necesidad de que sea uno de estos acreedores privilegiados el que fundamente su solicitud en el incumplimiento del concreto crédito del que es titular; mientras que otro sector doctrinal³³⁰ interpreta que tales impagos pueden ser alegados por cualquier acreedor que tenga conocimiento de los mismos, y pueda acreditarlo en su solicitud. Como ya hemos anticipado, consideramos más acertada esta segunda postura, sin perjuicio de asumir la dificultad que puede entrañar para otros sujetos acceder a la información sobre impagos a Hacienda, a la Seguridad Social o a los trabajadores. No obstante, en la medida en que dicha información pudiera obtenerse de fuentes públicas, como, por ejemplo, anuncios publicados en boletines en el marco de ejecuciones forzosas por deudas laborales o apremios administrativos por deudas con Hacienda o con la Seguridad Social, no vemos obstáculo alguno en que cualquier acreedor pueda invocar los impagos generalizados de estas deudas como fundamento de su solicitud de declaración de concurso.

En particular, no creemos que la circunstancia de no verse afectado directamente por el hecho revelador de insolvencia que se invoque sea

³²⁹ En esta línea encontramos a PULGAR EZQUERRA, J. *La declaración del concurso de acreedores* cit. p. 367.

³³⁰ Entendiendo que estos sobreseimientos sectoriales podrían ser alegados por cualquier acreedor encontramos a CERDÁ ALBERO, F. “La insolvencia, presupuesto objetivo del concurso” en *Estudios sobre la Le Concursal Libro homenaje a Manuel Olivencia* cit. p. 985; SAGRERA TIZÓN, SALA REIXACH y FERRER BARRIENDOS *Comentarios a la Le Concursal*, Barcelona 2004, p. 40.

determinante de ausencia de interés en el acreedor solicitante que le prive de legitimación para solicitar la tutela jurisdiccional concursal. El interés del solicitante se funda en su condición de acreedor y en la insolvencia del deudor. Con base en estas dos circunstancias no cabe negar al solicitante interés en hacer valer en su favor el principio de igualdad de los acreedores mediante la tutela jurisdiccional concursal. Por tanto, lo que el solicitante ha de justificar es que el deudor se encuentra en estado de insolvencia actual, y se le debe permitir hacerlo invocando cualquiera de los hechos reveladores del artículo 2.4, le afecten o no directamente. Aunque al solicitante no le afecte el concreto hecho revelador que invoque, si consigue demostrarlo quedará establecida mediante presunción legal la insolvencia actual del deudor común y, por tanto, el interés del solicitante en obtener la tutela jurisdiccional concursal.

El juez debe, en principio, admitir a trámite³³¹ las solicitudes procedentes de la Agencia Tributaria, la Seguridad Social o los trabajadores, basadas en el impago de sus créditos durante los tres meses inmediatamente anteriores a la solicitud. Sin embargo, si se constata el cumplimiento regular del resto de las obligaciones exigibles del deudor, siendo las del instante las únicas no satisfechas, no será procedente la declaración de concurso, siendo en este caso la ejecución singular el proceso adecuado para la tutela de los intereses del acreedor³³².

No es clara la razón que justifica las previsiones legales que nos ocupan en cuanto facilitan el acceso a la tutela jurisdiccional concursal a ciertas clases de acreedores, en relación con otros. Se trata, en cualquier caso, de acreedores a quienes la legislación concursal dispensa un trato

³³¹ En este sentido se han pronunciado ROJO y BELTRAN *Comentario de la Ley Concursal*, cit. p. 188-189; MERCADAL VIDAL “Comentario al art. 2 LC” en SAGRERA TIZÓN, SALA REIXACH y FERRER BARRIENDOS *ibid.*

³³² PULGAR EZQUERRA, J. *La declaración del concurso de acreedores*, cit. p. 368.

más favorable en otros ámbitos (en particular, en la clasificación de créditos³³³) por lo que nos hallamos ante una manifestación más de la posición privilegiada que en el concurso tienen los créditos públicos y los créditos de los trabajadores.

Para que pueda apreciarse que los impagos de deudas tributarias, de Seguridad Social o salariales constituyen hecho revelador de insolvencia la Ley exige que el impago se haya prolongado al menos tres meses antes de la solicitud de concurso. Cabe plantear si ese periodo debe computarse ininterrumpidamente; o si por el contrario, pueden ser meses alternos. El tenor literal de la Ley parece no permitir interpretaciones a favor de la posibilidad de incumplimiento en meses no consecutivos³³⁴. Sin embargo, esta interpretación puede provocar resultados injustos en el caso de impago de salarios y demás conceptos retributivos derivados de las relaciones laborales. Así, el deudor que deja de abonar dos mensualidades y sin embargo sí retribuye la tercera, evitaría de este modo que sus empleados puedan solicitar la declaración de concurso basándose en el incumplimiento de esta obligación sectorial. Permitiendo el cómputo de los tres meses de manera alterna o no consecutiva se evitaría esta situación³³⁵.

³³³ Los créditos correspondientes a retenciones tributarias o de Seguridad Social debidas en cumplimiento de una obligación legal tienen atribuido un privilegio general. El resto de créditos tributarios y de la Seguridad Social, que no tengan constituida garantía suficiente que los dote de privilegio especial, tan solo gozarán de privilegio general hasta la mitad de su importe. Los créditos de los trabajadores son considerados incluso créditos contra la masa, en parte, y el resto goza de privilegio general.

³³⁴ En este sentido CERDÁ ALBERO “La insolvencia, presupuesto objetivo del concurso” en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia* cit. p. 985; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. “Comentario al art. 2 LC” en SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. y GUILARTE GUTIÉRREZ, V. *Comentarios a la Legislación Concursal* cit. p. 136-137.

³³⁵ En este sentido CONDE DÍEZ, R “Comentario al art. 2” en PALOMAR OLMEDA, A. (coord.) *Comentarios a la legislación concursal*, Madrid, 2004 p. 272-273

Entrando a considerar por separado cada uno de los incumplimientos sectoriales que contempla el artículo 2.4.4º de la Ley Concursal, el primero de ellos es el de las *obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso*. La referencia de la Ley a las “obligaciones tributarias” debe entenderse en sentido amplio, de manera que englobe todos los impuestos de nuestro sistema tributario, tanto los de carácter estatal, como los autonómicos y locales. Por tanto, la invocación del incumplimiento generalizado de deudas tributarias como hecho revelador de la insolvencia está sujeta a dos requisitos: de un lado, que la obligación tributaria sea exigible; y de otro, que el incumplimiento se haya prolongado, al menos, durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso.

De acuerdo con el artículo 21 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, habrá que estar a la concreta regulación legal de cada tributo para establecer el momento en que la concreta obligación tributaria deviene exigible. Con carácter general, las obligaciones tributarias son exigibles desde el momento en que se abre el periodo ejecutivo³³⁶. En el caso de deudas liquidadas por la Administración Tributaria, el periodo ejecutivo se abre al día siguiente al que vence el plazo para su ingreso; mientras que para las deudas que se deben ingresar mediante autoliquidación presentada sin realizar el ingreso, el periodo ejecutivo comienza al día siguiente a la finalización del plazo establecido legalmente para el ingreso de cada tributo, y si éste ya hubiera concluido, el día siguiente a la presentación de la autoliquidación (artículo 161.1 LGT).

La presentación por el contribuyente de solicitud de aplazamiento, fraccionamiento o compensación durante el periodo voluntario impide el

³³⁶ La recaudación tributaria se puede realizar en dos periodos sucesivos, el pago en periodo voluntario en los plazos previstos legalmente; o si transcurre el plazo sin efectuar el pago, éste se realizará en periodo ejecutivo. El obligado tributario puede proceder al pago en periodo ejecutivo de manera espontánea -como señala el art. 160.2 b) LGT- de lo contrario, Hacienda iniciará un procedimiento administrativo de apremio sobre el patrimonio del deudor con el fin de conseguir la satisfacción de la deuda.

inicio del periodo ejecutivo durante la tramitación de dichos expedientes, y por consiguiente, durante ese periodo, tales obligaciones tributarias no tendrían la consideración de exigibles. El contribuyente también puede recurrir o reclamar la sanción, lo cual produce el mismo efecto -impide el inicio del cómputo del periodo ejecutivo- hasta que la sanción sea firme en vía administrativa y haya finalizado el periodo de pago voluntario. En ambos casos, al impedir el inicio del periodo ejecutivo se está paralizando la exigibilidad, excluyendo por tanto, la posibilidad de que se invoque el incumplimiento de las obligaciones tributarias del deudor como hecho externo revelador de insolvencia a efectos de la declaración de concurso.

En relación a la exigencia temporal de que el incumplimiento afecte a las obligaciones exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso ya hemos apuntado que, en nuestra opinión, debería admitirse como hecho revelador de insolvencia no sólo el incumplimiento prolongado durante tres meses constitutivos, sino también el que se haya producido en meses alternos.

La Ley exige que el incumplimiento de las obligaciones sectoriales sea “generalizado” y, por consiguiente, el impago de uno de los periodos de un tributo trimestral -el IVA por ejemplo- no es suficiente para fundamentar la solicitud de tutela concursal. En general, el incumplimiento esporádico de obligaciones tributarias no constituye una manifestación de la insolvencia del deudor, por lo que no puede dar lugar a la declaración de concurso.

El segundo incumplimiento sectorial que contempla la Ley Concursal como hecho externo revelador de insolvencia es el de las obligaciones de *pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo periodo*³³⁷. El impago de las cotizaciones de carácter mensual, y de sus correspondientes recargos, por cualquiera de los

³³⁷ La cotización a la Seguridad Social es de carácter obligatorio; nace desde el momento en que comienza la correspondiente actividad (art. 15 LGSS). Están obligados a cotizar al Régimen General tanto trabajadores como empleadores (art. 103 LGSS).

obligados durante tres meses puede ser invocado por cualquier acreedor, como hecho indicio de la insolvencia del deudor común, para solicitar la declaración de concurso de éste. Queda dentro del supuesto regulado por el artículo 2.4.4º no solo el impago de las cuotas de la Seguridad Social, sino también el deudas por otros conceptos de “recaudación conjunta”³³⁸.

El artículo 2.4.4º menciona por último, el incumplimiento generalizado de las obligaciones de pago de *salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades*. La Ley configura este supuesto sobre la base de un concepto amplio de salario, mencionando expresamente otros pagos que el trabajador recibe como retribución de la prestación laboral. El Estatuto de los Trabajadores define el salario como la totalidad de las percepciones económicas que recibe el trabajador, ya sea en dinero o especie, por la prestación de sus servicios laborales por cuenta ajena. Esta definición incluye tanto los salarios estrictos -los que derivan de la efectiva realización de la prestación de servicios por cuenta ajena, esto es, sueldo y comisiones- como los salarios de inactividad -los periodos de vacaciones, descanso semanal, bajas médicas. Pese a que el artículo 26.2 del Estatuto excluye ciertos conceptos de la definición de salario -indemnizaciones, suplidos por gastos consecuencia de la actividad profesional, prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social- el impago de los mismos podría fundamentar una solicitud de tutela concursal, ya que la Ley Concursal menciona expresamente las “indemnizaciones” y “demás retribuciones”. Por consiguiente, el impago generalizado de cualquier tipo de retribución que derive de la relación de trabajo constituye conforme a la Ley indicio suficiente

³³⁸ La STC 124/1989, de 7 de julio, FJ 8, ha entendido que ciertas aportaciones no son recursos de la Seguridad Social: aportaciones que las empresas realizan al Fondo de Garantía Salarial, cuotas de formación profesional (Disposición Adicional 21ª de la LGSS), y cuotas de desempleo. De ahí que se distingan de las cuotas como conceptos de recaudación conjunta. El impago de estos conceptos se incluye, junto con el de las cuotas, en la definición del hecho revelador de insolvencia que nos ocupa.

para fundar la presunción legal de que el deudor de dichas retribuciones se encuentra en situación de insolvencia actual.

Respecto al condicionante temporal establecido por la Ley reiteramos que en nuestra opinión debe entenderse que los tres meses de impago no tienen por qué ser necesariamente consecutivos, pues, de lo contrario, se facilitaría el desarrollo de estrategias perjudiciales para los trabajadores por parte del empresario deudor.

4.4. La causa de pedir de la acción concursal del deudor

4.4.1. Las opciones de política legislativa en relación con la concesión de la tutela jurisdiccional concursal al deudor

Siguiendo el esquema que empleamos en relación con la causa de pedir de la pretensión de tutela jurisdiccional de los acreedores, al tratar sobre la misma cuestión en relación con el deudor vamos a plantear, en primer lugar, las opciones de opciones de política legislativa que se ofrecen al legislador en relación con dicha cuestión. Contemplaremos igualmente la crisis patrimonial del deudor como un proceso de progresivo deterioro de su situación patrimonial a lo largo del tiempo y determinaremos el intervalo, dentro de ese proceso, en el que la tutela jurisdiccional concursal del deudor puede estar justificada.

Conviene recordar que poner a disposición del deudor la tutela jurisdiccional concursal implica permitirle imponer a sus acreedores medidas que afectan gravemente a sus derechos. Se verán particularmente afectados los acreedores cuyos créditos sean exigibles, pues dejarán de serlo, los que tengan ejecuciones singulares despachadas con bienes embargados, pues verán suspendida la ejecución y tendrán que someterse a lo que resulte del concurso. No parece razonable conceder al deudor la posibilidad de pedir y obtener una resolución judicial que imponga a sus acreedores sacrificios de tal importancia si no existe realmente un riesgo cierto, basado en circunstancias objetivas, de que, de no adoptarse tales

medidas, la actividad empresarial o profesional que desarrolle el deudor se verá abocada a la desaparición. El interés del deudor que se protege al concederle la tutela jurisdiccional concursal es el de superar su crisis patrimonial manteniendo la actividad empresarial o profesional y, por tanto, la concesión de dicha tutela sólo está justificada cuando la crisis patrimonial haya llegado a un estadio en el que pueda fundadamente temerse que el mantenimiento de la actividad resultará imposible si no se adoptan las medidas que constituyen el contenido de la tutela jurisdiccional concursal.

No vamos a tratar de precisar en términos económico-financieros o contables, las ratios o magnitudes que indican que una empresa en crisis ha llegado a la situación indicada, en la que sólo a través del concurso exista alguna posibilidad (nunca seguridad) de que la empresa puede ser salvada. Para ello, como ya advertimos al tratar sobre la causa de pedir de la acción concursal de los acreedores, habría que abandonar el terreno jurídico en el que se mueve este estudio y adentrarse en los campos científicos propios del estudio de la economía y de la empresa.

Sí queremos insistir, en cualquier caso, en que no basta constatar que el deudor se encuentra en una situación crítica, incluso de cierta gravedad, para que esté justificado ofrecerle una herramienta como el concurso de acreedores. No estará justificado conceder al deudor el poder de desencadenar el concurso, con los graves sacrificios que ello supone para sus acreedores, mientras existan posibilidades de superar la crisis por vías distintas del concurso. Hay que recordar, a este respecto, que existen otros mecanismos que pueden ser de utilidad para superar dificultades y situaciones más o menos críticas: medios ordinarios tales como los productos bancarios de crédito, o los planes de ayuda y financiación de distintas entidades estatales³³⁹. Mientras el deudor pueda tener acceso a los

³³⁹ Organismos como el Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE), el Instituto de Crédito Oficial (ICO), la Compañía Española de Reafianzamiento, S.A., la Empresa

planes de ayuda, al crédito bancario u otro tipo de auxilio, no necesita el concurso, y por tanto no es merecedor de la tutela jurisdiccional concursal. Por el contrario, desde el momento en el que estas vías dejan de ser factibles y eficaces, empieza a estar justificado que se conceda al deudor la tutela jurisdiccional concursal.

Por otro lado, conviene reparar en que el punto de la crisis patrimonial del deudor llega al estado en que sólo mediante el concurso puede existir alguna posibilidad de mantenimiento de la actividad empresarial o profesional no tiene por qué coincidir con el punto de dicha crisis en que la aplicación del régimen general de cumplimiento de las obligaciones y acciones individuales comienza a perjudicar al principio de *par conditio creditorum*. Hay que considerar completamente normal, por tanto, que la concesión de la tutela jurisdiccional concursal al deudor pueda estar justificada en un estadio de la crisis patrimonial en el que aún no lo esté ofrecer esa tutela a los acreedores, o viceversa.

Respecto al momento en que deja de tener sentido poner a disposición del deudor el poder de someter a sus acreedores al concurso, consideramos que se producirá cuando la crisis patrimonial alcance tal gravedad que ni siquiera mediante el concurso exista posibilidad alguna de evitar la desaparición de la actividad empresarial o profesional del deudor. Cuando llegue este momento deja de estar justificado conceder al deudor el poder de someter a sus acreedores al concurso, pues siendo ya imposible de satisfacer el interés del deudor en superar la crisis y salvar su actividad, ningún interés legítimo puede reconocerse al deudor en que sus acreedores tengan que soportar los efectos del concurso.

Cuestión distinta es que, cuando ya haya desaparecido el interés del deudor que justifique que se declare el concurso a su instancia, siga

Nacional de Innovación (ENISA) y las distintas Cámaras de Comercio, ofrecen planes de financiación y planes de ayuda a empresas en crisis.

existiendo interés en la declaración de concurso por parte de los acreedores para hacer valer el principio de *par conditio creditorum*. A este respecto conviene reparar en que el punto de la crisis patrimonial del deudor en el que deja de estar justificado poner a su disposición la tutela jurisdiccional concursal se situará normalmente en un estadio de menor gravedad que el punto de dicha crisis en que deja de estar justificada la tutela jurisdiccional de los acreedores. Esto último no ocurre, como ya señalamos, hasta que desaparecen los activos del patrimonio del deudor o quedan reducidos hasta tal punto que ninguna utilidad, ni siquiera mínima, cabe esperar de ellos para satisfacer a los acreedores concursales. Ahora bien, parece razonable entender que el momento de la crisis patrimonial en la que deja de ser posible evitar la desaparición de la actividad empresarial o profesional del deudor, ni siquiera mediante el concurso, se producirá normalmente en un estadio anterior al de la desaparición o reducción al mínimo de los activos patrimoniales. Se puede considerar, por tanto, que, en el proceso de deterioro patrimonial del deudor, si no se frena antes mediante la declaración de concurso o con otras medidas, se abrirá un intervalo en el que ya habrá desaparecido cualquier interés legítimo del deudor para someter a sus acreedores a los efectos del concurso, pero seguirá existiendo un interés legítimo de los acreedores en que el concurso se declare para que la salida de la crisis patrimonial se produzca de manera respetuosa con el principio de igualdad de los acreedores.

Quedan así presentadas, de manera general, las opciones de política legislativa en cuanto a la determinación de los momentos, durante el desarrollo de la crisis patrimonial del deudor, en que empieza a estar justificado y deja estarlo, respectivamente, ofrecer la tutela jurisdiccional concursal al deudor. Ahora bien, corresponde al legislador, moviéndose dentro de este intervalo, decidir si ofrece la tutela concursal al deudor en crisis lo más tempranamente posible, coincidiendo con el estadio de la crisis en que desaparece cualquier otra vía distinta del concurso para intentar superar la crisis manteniendo la actividad empresarial o profesiones, o si obliga al deudor a esperar a que su crisis patrimonial llegue a un estado más

avanzado para permitirle el ejercicio de la acción concursal frente a sus acreedores.

A este respecto, si el objetivo de política legislativa es favorecer al máximo que las empresas en crisis puedan superar tal situación y mantener su actividad, el legislador debería poner a disposición del deudor la tutela jurisdiccional concursal lo antes posible, si bien nunca antes de que se hayan agotado todas las vías distintas del concurso por las que se pudiera conseguir superar la crisis.

Desde otro punto de vista, se debería evitar retrasar en exceso el ofrecimiento al deudor de la tutela jurisdiccional concursal ya que, a medida que se va agravando la crisis patrimonial, las posibilidades de alcanzar un convenio con los acreedores que permita salvar la empresa se van reduciendo. El ordenamiento jurídico debe ofrecer al deudor la tutela concursal cuando aún le pueda resultar útil. Sería prácticamente una burla un régimen legal que solo permitiera al deudor acceder a la tutela jurisdiccional concursal cuando su situación crítica sea tan grave que las posibilidades de superarla mediante un convenio satisfactorio con los acreedores sean muy escasas.

Por otro lado, la Ley debería dejar de ofrecer la tutela concursal a deudor en cuanto su crisis patrimonial alcance el punto en que el concurso no pueda ayudar a evitar la desaparición de la empresa. Teniendo en cuenta las posibilidades expuestas, examinaremos a continuación las concretas respuestas plasmadas en la Ley Concursal.

4.4.2. La concreta opción de la Ley concursal en cuanto a la causa de pedir de la tutela jurisdiccional concursal del deudor

Para que el deudor pueda pedir y obtener la tutela jurisdiccional concursal, la Ley exige que se encuentre en la situación de insolvencia inminente, esto es, una situación patrimonial tal en la que aún puede atender regularmente al pago de sus obligaciones exigibles, pero es previsible que

en un corto espacio de tiempo ya no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones³⁴⁰. La Ley brinda al deudor la tutela concursal sobre la base de una previsión de impotencia inminente de pago regular y puntual, que el mismo realiza³⁴¹.

Se trata, por tanto de una situación a la que, en el desarrollo de la crisis patrimonial del deudor, se llegará en un momento anterior que a la de insolvencia actual, en la que la Ley sitúa la concesión de la tutela jurisdiccional concursal a los acreedores. El legislador que, como ya vimos, se mostraba más bien cicatero en la tutela del interés de los acreedores en salvaguardar el principio de *par conditio creditorum*, retrasando la tutela jurisdiccional concursal de los acreedores a un estado ya muy avanzado de la crisis patrimonial del deudor, es mucho más generoso en la tutela del interés del deudor en valerse del concurso para intentar superar su crisis y salvar la empresa, proporcionando a tal efecto al deudor la herramienta concursal sin esperar a que la crisis llegue a una situación tan grave.

Por lo demás, se trata de una opción casi obligada pues si la tutela jurisdiccional concursal del deudor se hubiera retrasado también hasta la situación de insolvencia actual, la utilidad práctica de dicha tutela habría quedado muy reducida pues cuando el deudor ha llegado ya a una situación en la que no puede pagar regularmente sus obligaciones exigibles no parece fácil que se pueda superar la crisis mediante un convenio concursal.

³⁴⁰ El Auto del Juzgado de lo Mercantil de Bilbao de 17 de marzo de 2006 analiza el pronóstico que debe hacer el deudor al solicitar su concurso alegando insolvencia inminente.

³⁴¹ En este sentido PULGAR EZQUERRA, J. “El presupuesto objetivo de la apertura del concurso de acreedores”, en GARCÍA VILLAVERDE, R., ALONSO UREBA, A. y PULGAR EZQUERRA, J. *Derecho Concursal*, cit. p. 73; y ROJO, A. “Comentario art. 2 LC” en ROJO, A. y BELTRÁN, E. *Comentario de la LC* cit. p. 175.

4.4.3. La declaración de concurso de una empresa inviable a instancia del deudor

Pese a que, como hemos dicho, no tiene justificación conceder al deudor la tutela jurisdiccional concursal cuando su crisis patrimonial llegue a un punto en el que deje de ser posible superar la crisis y evitar la desaparición de la empresa mediante el concurso, la Ley Concursal no contempla ninguna limitación de la acción concursal del deudor en este sentido.

Se trata, no obstante, de una cuestión que carece de trascendencia teniendo en cuenta que, desde que el deudor se encuentra en situación de insolvencia actual su derecho a solicitar la tutela jurisdiccional concursal queda diluido en el deber que la Ley le impone de hacerlo conforme a las previsiones del artículo 5. De esta manera, el poder de decidir libremente si reclama o no la tutela jurisdiccional concursal únicamente lo tiene el deudor, a lo largo del desarrollo de su crisis patrimonial, en el intervalo que discurre entre el momento en que empieza a encontrarse en la situación que la Ley designa como insolvencia inminente y el momento en que su estado empieza a ser el que la Ley denomina de insolvencia actual. Después de este último momento solicitar la declaración de concurso se convierte en un deber para el deudor, lo que hace inútil cualquier planteamiento, a partir de ese momento, basado en el presupuesto de que el deudor pueda elegir libremente solicitar o no solicitar la declaración de concurso.

Por lo demás, atendiendo a las razones por las que, según la exposición de motivos de la Ley, se impone al deudor el deber de solicitar su propio concurso en cuanto su crisis patrimonial llegue al estado de insolvencia actual, es comprensible que el deber no cese, como mínimo, hasta la desaparición o reducción de los activos hasta el punto de que ya no sea posible lograr con ellos ni siquiera una mínima satisfacción de los créditos concursales. En efecto, el deber del deudor se establece en interés de los acreedores por lo que es lógico que se mantenga hasta que ese interés de los acreedores ya no pueda ser satisfecho ni siquiera

mínimamente, lo que sólo ocurre cuando ya no hay activos suficientes ni siquiera para lograr esa mínima satisfacción.

Nos remitimos, en cualquier caso, a la crítica que realizamos en el capítulo I en relación con la imposición legal al deudor del deber de solicitar su propia declaración de concurso cuando se encuentre en la situación de insolvencia actual.

CONCLUSIONES

PRIMERA. El ordenamiento jurídico, ante la insolvencia del deudor común, reconoce la necesidad de tutela jurisdiccional tanto del propio deudor como de sus acreedores, de modo que pone el proceso concursal a disposición tanto de aquél como de estos últimos por medio de dos acciones concursales distintas, la acción concursal del deudor y la acción concursal de los acreedores, que pueden ser estudiadas atendiendo a los tres elementos que identifican toda pretensión de tutela jurisdiccional: sujetos, *petitum* y causa de pedir.

SEGUNDA. La Ley Concursal determina qué sujetos pueden solicitar la declaración de concurso y qué sujetos pueden ser declarados en concurso cuando se encuentren en situación de insolvencia, si bien estas previsiones legales no parecen responder a la consideración de que ciertos sujetos, en determinadas circunstancias, merecen una tutela jurisdiccional consistente precisamente en el conjunto de efectos que se anudan a la declaración de concurso, ni tampoco parece que se haya tenido en cuenta que todos los sujetos distintos del solicitante a quienes afecte directamente la declaración de concurso deberían ser considerados sujetos pasivos de la pretensión de que se produzca dicha declaración.

TERCERA. La Ley reconoce al deudor insolvente legitimación activa para solicitar su propia declaración de concurso. Esta legitimación se configura de manera diferente en función de cuál sea la situación patrimonial del deudor. Cuando la situación patrimonial es de insolvencia inminente, sin llegar a la insolvencia actual, la legitimación activa del deudor se configura como una facultad de solicitar la declaración de concurso, que se puede o no ejercitar a voluntad de su titular. Cuando la situación patrimonial es de insolvencia actual, la Ley impone al deudor el deber de solicitar la declaración de concurso, si bien podrá intentar previamente salir de la situación de insolvencia mediante un acuerdo de refinanciación o un acuerdo extrajudicial de pago.

CUARTA. Las sucesivas reformas del artículo 5 de la Ley Concursal han flexibilizado progresivamente el deber del deudor de solicitar su propio concurso, quedando como un deber de carácter residual que solamente se activa cuando no se ponen en marcha procedimientos preconcursales o cuando los que se hayan promovido no consiguen poner fin a la situación de insolvencia. La razón

que se expresa en la Ley para justificar la imposición de este deber es la conveniencia de adelantar la declaración del concurso con el fin de que ésta no llegue demasiado tarde, impidiendo una respuesta adecuada a la situación de insolvencia del deudor. Este argumento no es válido para justificar que se imponga al deudor el deber de solicitar su propio concurso ya que si de lo que se trata es de proteger a los acreedores frente a las consecuencias de una declaración de concurso demasiado tardía, bastaría imponer al deudor el deber de comunicar o poner de manifiesto su situación de insolvencia, sin necesidad de pedir el concurso, lo que permitiría a los acreedores interesados, si los hubiera, formular la solicitud. Al imponer al deudor el deber de solicitar su concurso se abre la posibilidad de que se declaren concursos que ni son queridos por el deudor ni interesan a ninguno de los acreedores. Por todo lo anterior consideramos que el deber que impone al deudor insolvente el artículo 5 de la Ley Concursal no tiene sentido y debería ser eliminado, debiendo establecerse en su lugar un deber del deudor de comunicar, de modo que pueda llegar a conocimiento de todos sus acreedores, que se encuentra en la situación de insolvencia actual.

QUINTA. La Ley Concursal legitima para solicitar la declaración de concurso a cualquiera de los acreedores de un deudor común cuando éste se encuentra en estado de insolvencia actual. Se entiende que la insolvencia del deudor común puede llevar a los acreedores a una situación en la que pueden necesitar la especial tutela jurisdiccional en que consiste el concurso y, mediante la legitimación activa para solicitar el concurso, se pone a disposición de los acreedores la posibilidad de pedir y obtener dicha tutela.

SEXTA. En la Ley Concursal solamente se hace referencia al deudor común como sujeto pasivo del concurso. Sin negar que el concurso es siempre de un deudor y que lo que se declara, por tanto, es el concurso de un deudor, consideramos que con esto no se resuelve la cuestión de quién es el sujeto pasivo de la tutela jurisdiccional concursal. Partimos de que la condición de sujeto pasivo de una tutela jurisdiccional ha de reconocerse a todos aquellos sujetos frente a quienes se dirige la pretensión y a los que, en consecuencia, afectarán los pronunciamientos de la resolución judicial que decida sobre la

estimación o desestimación de la pretensión. Desde esta perspectiva, defendemos que todos los sujetos distintos del solicitante, a quienes directamente afecte la declaración de concurso, teniendo en cuenta todos los efectos que la Ley vincula a dicha declaración, deben ser considerados sujetos pasivos de la pretensión de tutela jurisdiccional concursal formulada por quien solicite la declaración de concurso.

SÉPTIMA. Los sujetos pasivos de la tutela jurisdiccional concursal están prefigurados legalmente de manera que los sujetos a quienes se ofrece esta clase de tutela (los legitimados activos) tienen libertad para solicitarla o no solicitarla, pero si la piden han de asumir que se proyecte sobre todos los sujetos que conforme a la ley deban soportar los efectos del concurso. No cabe, en definitiva, que el deudor solicite un concurso voluntario que afecte únicamente a una parte de sus acreedores, ni que por un acreedor se pida un concurso necesario limitado al deudor y a tales o cuales acreedores, o solamente a ciertos acreedores pero no al deudor. Cuando se pide por el deudor o por un acreedor la tutela jurisdiccional concursal se asume que ésta, en caso de que se estime la pretensión, afectará al deudor y a todos los demás acreedores.

OCTAVA. El deudor será sujeto pasivo de la pretensión de tutela jurisdiccional concursal únicamente en los casos en que dicha tutela se solicite por un acreedor u otro cualquiera de los sujetos activamente legitimados distintos del deudor. No creemos que sea necesario ni acertado presentar al deudor como sujeto activo y pasivo, simultáneamente, de la tutela jurisdiccional en los casos de solicitud de concurso voluntario. Que la declaración de concurso afecte al deudor de la misma manera cuando es él quien la pide que cuando se produce a instancia de otros sujetos no es razón suficiente para considerar al deudor sujeto pasivo de la tutela jurisdiccional concursal en ambos casos. En realidad, la resolución judicial que decide sobre cualquier pretensión de tutela jurisdiccional proyecta sus efectos de manera directa e inmediata tanto sobre el sujeto que pide la tutela como sobre aquellos frente a quienes se pide. Por tanto, para explicar que la declaración de concurso afecte de manera directa al deudor que la solicita no es necesario presentarle como sujeto pasivo de la pretensión.

NOVENA. Pese a que la Ley Concursal parece ignorarlo por completo, defendemos que todos los acreedores del deudor insolvente excepto, en su caso, el que haya o los que hayan solicitado la declaración de concurso, son sujetos pasivos de la pretensión de tutela jurisdiccional concursal. En cualquier pretensión de tutela jurisdiccional se considera sujeto pasivo a todo aquel a quien afectarán los pronunciamientos jurisdiccionales solicitados. Aplicando el mismo criterio, y dado que la declaración judicial del concurso afecta directamente a todos los acreedores del concursado (con efectos constitutivos, principalmente), entendemos que los acreedores que no hayan solicitado la declaración de concurso deben ser considerados sujetos pasivos de la pretensión de tutela jurisdiccional concursal del solicitante sea éste el deudor u otro acreedor. La circunstancia de que la declaración de concurso pueda resultar beneficiosa para los acreedores que no la hayan solicitado no obsta para que todos los acreedores que no sean solicitantes del concurso deban ser considerados sujetos pasivos de la pretensión. La condición de sujeto pasivo no se atribuye a quienes resulten perjudicados si una pretensión de tutela jurisdiccional formulada por otro se estima, sino a quienes resulten afectados en su esfera jurídica de manera directa por la estimación de la pretensión, con independencia de que los efectos sean favorables o desfavorables, lo que, por lo demás, no siempre se puede objetivar.

DÉCIMA. En el caso de las solicitudes de concurso voluntario, el interés del deudor que la Ley protege es el de frenar la presión de los acreedores cuyos créditos son exigibles y, especialmente, la de los que tienen ya despachadas ejecuciones singulares y bienes embargados. La pretensión del deudor en orden a la declaración de su propio concurso se dirige principalmente contra este grupo de acreedores menos interesados en un desenlace concursal por tener mayores expectativas de cobrar íntegramente sus créditos si no se declara el concurso. Ahora bien, desde el punto de vista jurídico la declaración de concurso supone un cambio de régimen jurídico que afecta a todas las obligaciones del deudor y, por tanto, a todos los acreedores, por lo que todos ellos deben ser considerados sujetos pasivos de la pretensión de tutela jurisdiccional formulada por el deudor a fin de que se produzca dicho cambio.

UNDÉCIMA. El interés que mueve a un acreedor a solicitar el concurso necesario enfrenta al solicitante más con el resto de los acreedores, o al menos de una parte de ellos, que con el propio deudor insolvente. Lo que está en juego en este caso es que la distribución de los activos del deudor para la satisfacción de los acreedores se lleve a cabo con arreglo al sistema de preferencias que resulta del régimen general aplicable en materia de garantías reales y embargos, o conforme al régimen que resulta de la clasificación de los créditos en sede concursal. Y esta es una cuestión que afecta a los acreedores en mucha mayor medida que al propio deudor. Por lo tanto, sin perjuicio de la obvia inclusión del deudor en el círculo de los sujetos afectados por la tutela jurisdiccional concursal solicitada por un acreedor, todos los acreedores distintos del que presenta la solicitud deben ser incluidos también en ese círculo y por tanto ser considerados también, junto al deudor, sujetos pasivos de la pretensión de tutela jurisdiccional concursal.

DUODÉCIMA. El principio procesal de audiencia o de contradicción exige que todos los sujetos frente a quienes se solicite una tutela jurisdiccional tengan la oportunidad de presentar al tribunal sus alegaciones y sus pruebas a fin de oponerse a que se estime la pretensión del solicitante. En la Ley Concursal esta exigencia solamente se tiene en cuenta respecto al deudor como sujeto pasivo de la pretensión de declaración del concurso necesario. Respecto a los acreedores no solicitantes del concurso, solamente se establece la posibilidad de que interpongan recurso de apelación contra el Auto de declaración de concurso necesario. En la tramitación de las solicitudes de concurso voluntario los acreedores no son oídos con carácter previo a la decisión judicial ni tampoco se les permite formular oposición a ésta con posterioridad y ni siquiera recurrir el Auto de declaración de concurso, lo que supone una regulación legal incompatible con las exigencias constitucionales en materia de garantías procesales. Las soluciones sugeridas por la doctrina (admitir oposición a la declaración de concurso por medio de incidente concursal o permitir el recurso de apelación contra el Auto de declaración de concurso voluntario) no han contado con apoyo mayoritario en los tribunales, por lo que entendemos que debería abordarse una reforma de la Ley Concursal que introduzca un trámite de oposición posterior, tanto a la declaración de concurso voluntario como a la

declaración de concurso necesario, por tratarse de la vía procesal más adecuada para cumplir las exigencias del principio de audiencia ante las solicitudes de declaración de concurso.

DECIMOSEGUNDA. Cuando un sujeto legitimado pide al órgano jurisdiccional que dicte Auto de declaración de concurso, esa petición lleva implícita la de todas las consecuencias o efectos que la Ley atribuye a dicha declaración. Desde esta perspectiva, sostenemos que todos los efectos legales de la declaración de concurso forman parte del *petitum* de las pretensiones de tutela jurisdiccional concursal. Consideramos también que todos los efectos que la Ley vincula a la declaración del concurso constituyen respuesta a necesidades de tutela frente a los perjuicios que causa la insolvencia a los sujetos activos de la tutela jurisdiccional concursal. Estos sujetos, al solicitar la declaración de concurso, lo que pretenden es que se dicte una resolución judicial que produzca todos los efectos legales vinculados a dicha declaración, y pretenden eso porque los efectos de la declaración de concurso tutelan los intereses de dichos sujetos que la insolvencia propia o del deudor común lesiona o amenaza lesionar.

DECIMOTERCERA. Los contenidos de la tutela jurisdiccional concursal están prefigurados legalmente, de manera que los sujetos legitimados para solicitar dicha tutela pueden decidir libremente si la piden o no la piden, pero en caso de solicitarla han de asumir íntegramente el contenido que la Ley le atribuye, no pudiendo limitar su solicitud a que se produzcan solamente determinados efectos de la declaración de concurso y otros no.

DECIMOCUARTA. Cuando un deudor se encuentra en situación de insolvencia el mantenimiento del régimen general, sustantivo y procesal, en materia de cumplimiento de las obligaciones y reclamaciones judiciales, puede resultar perjudicial para los intereses del deudor y para los de los acreedores. Para el deudor, si tiene interés en mantener su actividad empresarial mediante un acuerdo con sus acreedores, porque dicho régimen general no crea un marco favorable a la negociación; y para los acreedores, o al menos para una parte de ellos, porque la aplicación del régimen general cuando el deudor se encuentra en estado de insolvencia pone en peligro la efectividad del principio de *par conditio creditorum*. Por eso, la tutela jurisdiccional incluye entre sus contenidos

la suspensión de la aplicación a las obligaciones del concursado del régimen general de cumplimiento de las obligaciones a su vencimiento, así como de las vías procesales ordinarias para la satisfacción de los créditos, particularmente las ejecutivas.

DECIMOQUINTA. En los casos de concurso necesario, la adopción de un régimen especial de gestión y administración del patrimonio del concursado, mediante la sustitución o la intervención de la gestión patrimonial por parte de la administración concursal es un contenido de la tutela jurisdiccional concursal que responde a la necesidad de controlar la gestión y administración del patrimonio del deudor declarado insolvente, frente a los riesgos que supondría permitir al concursado continuar con una gestión que podría resultar perjudicial a los intereses del concurso, y en particular a los del acreedor solicitante. El mantenimiento de la actividad empresarial o profesional del deudor también favorece el interés del acreedor solicitante siempre que la empresa sea viable y que los gastos que exija el mantenimiento de la actividad se vean como mínimo compensados por los ingresos que se generen con ella, de manera que la continuidad de la actividad no agrave la crisis patrimonial del deudor, con el consiguiente perjuicio para las expectativas de satisfacción de los acreedores concursales. En los supuestos de concurso voluntario, el establecimiento de un régimen especial para la gestión y administración del patrimonio del concursado no responde a una necesidad de tutela jurídica del deudor, sino más bien a una carga que le impone la Ley y que debe soportar como contrapartida a los beneficios que para él suponen el resto de los efectos de la declaración de concurso.

DECIMOSEXTA. La tutela jurisdiccional concursal incluye también entre sus contenidos la iniciación de las actuaciones encaminadas a lograr la satisfacción los acreedores de manera ordenada y equitativa mediante un convenio concursal o mediante la liquidación concursal de los activos para el pago de los créditos. Desde la perspectiva del acreedor que solicita la declaración de concurso necesario tanto el convenio como la liquidación son procedimientos que satisfacen su interés en que el pago de los créditos esté presidido por el principio de *par conditio creditorum*. Por cualquiera de los dos

procedimientos se evita la ruptura de la igualdad entre los acreedores de igual clase al desaparecer las posiciones de ventaja que hubiesen podido adquirir unos respecto de otros por razón de fecha de vencimiento, documentación en título ejecutivo o embargos en ejecuciones singulares, quedando los acreedores en una situación de igualdad que solamente se rompe por razón de los privilegios que la Ley entiende que deben ser respetados en situaciones concursales. Desde la perspectiva del deudor, cabe considerar que el convenio concursal satisface el interés que se pretende tutelar al poner a su disposición la tutela jurisdiccional concursal. Sin embargo, cuando el deudor pide la declaración de concurso y, al mismo tiempo, la apertura de la liquidación, no cabe considerar que mediante la liquidación pretenda la tutela de su interés en el mantenimiento de su actividad empresarial o procesional, de manera que esa petición solamente tiene sentido cuando el deudor solicita la declaración de concurso en cumplimiento del deber impuesto por el artículo 5 de la Ley Concursal.

DECIMOSÉPTIMA. Aunque la Ley concursal proclame la unidad del presupuesto objetivo del concurso, la declaración de concurso se vincula a dos situaciones fácticas diferentes en función del sujeto que solicita la declaración de concurso. La tutela jurisdiccional concursal se pone a disposición de los acreedores únicamente cuando el deudor ha llegado a una situación de impotencia actual para el pago regular de sus obligaciones exigibles, mientras que al deudor se le concede dicha tutela frente a sus acreedores sin necesidad de que haya llegado a esa situación, siendo suficiente que sea previsible que llegará a ella en un futuro no lejano. Con base en el diferente presupuesto fáctico de la tutela jurisdiccional concursal que se concede al deudor y a los acreedores, consideramos que es necesario distinguir dos acciones de tutela jurisdiccional concursal: la del deudor, cuya causa de pedir sería la situación de insolvencia inminente; y la de los acreedores, cuya causa de pedir sería la situación de insolvencia actual.

DECIMOCTAVA. Respecto a la causa de pedir de la pretensión de tutela jurisdiccional concursal de los acreedores, las opciones de política legislativa consisten en situar el hecho determinante de la concesión de dicha tutela no antes de que el proceso de deterioro progresivo de la situación patrimonial del

deudor llegue a un punto en el que los pagos individuales y las ejecuciones singulares pongan en peligro la igualdad de los acreedores, ni después de que la crisis patrimonial se haya agravado hasta el punto de haber desaparecido los activos o haberse visto tan reducidos que no sean suficientes ni siquiera para proporcionar a los acreedores una mínima satisfacción. Dentro de estas opciones de política legislativa, la Ley Concursal ha situado la causa de pedir de la tutela jurisdiccional concursal de los acreedores en el momento en que el deudor cae en la situación de insolvencia actual, esto es, una situación en la que ya no puede pagar regularmente sus obligaciones exigibles. Con ello se demora la concesión de la tutela jurisdiccional concursal a los acreedores hasta un estadio muy avanzado de la crisis patrimonial del deudor, lo que debilita la tutela del principio de *par conditio creditorum*, ya que los pagos y ejecuciones singulares que dañan ese principio se habrán comenzado a producir antes de llegar a la situación que la Ley denomina de insolvencia actual.

DECIMONOVENA. No tiene justificación ofrecer la tutela concursal a los acreedores cuando la crisis patrimonial del deudor es tan grave que ha conducido a la desaparición de todos los activos o a que los activos que resten no sean suficientes para satisfacer los créditos concursales ni siquiera mínimamente. La Ley Concursal, sin embargo, no contempla esta circunstancia como causa para denegar la tutela jurisdiccional concursal solicitada por acreedores. La reforma de 2011 no autoriza la inadmisión de las solicitudes de concurso por razón de la insuficiencia de activos, pero llega a un resultado prácticamente equivalente, al permitir que en el mismo auto de declaración de concurso se acuerde la conclusión del mismo por insuficiencia de masa.

VIGÉSIMA. En cuanto a la causa de pedir de la pretensión de tutela jurisdiccional concursal del deudor las opciones de política legislativa que se ofrecen al legislador tienen como límites no ofrecer dicha tutela jurisdiccional al deudor antes de que en el desarrollo de su crisis patrimonial se haya llegado a un estado en el que pueda fundadamente temerse que el mantenimiento de la actividad resultará imposible si no se adoptan las medidas que constituyen el contenido de la tutela jurisdiccional concursal, ni después de que la crisis patrimonial se haya agravado hasta el punto de que, aunque se declarase el

concurso, no sea ya posible que el deudor supere su crisis y evite la desaparición de su negocio. La Ley Concursal ha optado por conceder la tutela concursal al deudor desde que se encuentra en estado de insolvencia inminente, lo que se encuentra dentro de los límites señalados y cabe considerar una opción razonable pues permite a los deudores valerse del concurso cuando, pese a padecer ya una crisis patrimonial grave, todavía no lo es tanto como para que se trate de una situación irreversible que ya no pueda ser superada mediante un convenio concursal.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO ESPINOSA, Fco. José, "La declaración del concurso de acreedores en la Ley 22/2003 de 9 de julio, concursal (estudio preliminar)", en *Estudios sobre la Ley Concursal, Libro homenaje al prof. Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid, 2004

ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, Jaume, "Aspectos procesales de la reforma de la Ley Concursal", en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Nº 16/2012 p. 43-66.

ARRAIZA JIMÉNEZ, Pablo, *La reforma de la Ley Concursal analizada por especialistas*, Dykinson, Madrid, 2012

ARRAIZA JIMÉNEZ, Pablo, "El nuevo concurso abreviado", en *La reforma de la Ley Concursal analizada por especialistas* MARTÍN MOLINA, GONZÁLEZ BILBAO, DEL CARRE DÍAZ-GÁLVEZ, Madrid, 2012

ARRIBAS, Alberto, "El problema del concepto de bienes afectos", en *Los problemas de la Ley Concursal. I Congreso español del derecho de la insolvencia* BELTRÁN, E. y PRENDES, P, Thomson Civitas, Gijón 2009

BELLIDO PENADÉS, Rafael, "Acumulación de concursos y grupos de sociedades", en *Revista General de Derecho Procesal* nº 34/2014.

BELLIDO PENADÉS, Rafael, *El procedimiento de declaración de concurso*, Thomson Civitas, Navarra, 2010

BELLIDO PENADÉS, Rafael, "Comentario al art. 25 Ley Concursal", en *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO, BELTRÁN, Thomson Civitas, Madrid, 2004

BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio, "Comentario al art. 142 Ley Concursal", en *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO, BELTRÁN, Thomson Civitas, Madrid, 2004

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, "El presupuesto subjetivo del concurso. En particular el problema del sobreendeudamiento de los

consumidores", en *Las claves de la Ley Concursal*, QUINTANA CARLO, BONET NAVARRO, GARCÍA-CRUCES, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Comentarios a la Ley Concursal*, Tecnos, Madrid, 2004

BERMEJO GUTIÉRREZ, Nuria, "La interrupción de la prescripción: ¿un verdadero efecto del concurso?", en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje al profesor Manuel Olivencia, Vol. III*, Marcial Pons, Madrid, 2004

BLANCO GÓMEZ, JUAN JOSÉ, "Los efectos directos de la declaración de concurso en la esfera patrimonial del deudor: Administración y disposición de sus bienes y continuidad en su actividad productiva", en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, 3/2010 p. 135-163.

BLANQUER UBEROS, Roberto, "EL concurso de los cónyuges en gananciales o impropriamente el concurso del matrimonio", en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Nº 9/2008 p. 17-41.

BOLDÓ RODA, Carmen, "Efectos del concurso sobre los créditos en particular", en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje al profesor Manuel Olivencia, Vol. III*, Marcial Pons, Madrid, 2004

CAMPUZANO, Ana Belén, "Aspectos generales de la normativa concursal", en *Derecho concursal*. NIETO DELGADO, Carlos (coord), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012

CARDÓN, Matilde, "La falta de capacidad concursal de las administraciones públicas", en *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO, BELTRÁN, Thomson Civitas, Madrid, 2004

CARRASCO PERERA, Ángel, *Los derechos de garantía real en la Ley Concursal*, Thomson Civitas, Navarra, 2008

CAZORLA GONZÁLEZ, M^a José, *El concurso de la herencia*, Madrid, 2007

CERDÁ ALBERRO, F., "La insolvencia, presupuesto objetivo del concurso", en *Estudios sobre la Ley Concursal Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid, 2004

COLINO MEDIAVILLA, José Luis, "Concurso del consumidor y declaración conjunta de concurso voluntario de los cónyuges. Comentario al auto de declaración de concurso voluntario de 29 de diciembre de 2004, juzgado de lo mercantil nº 3 de Barcelona", en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Nº3/2005 p. 209-251.

CONDE DÍEZ, Ricardo., "Comentario al art. 2 Ley Concursal", en *Comentarios a la legislación concursal*, PALOMAR OLMEDA, A. (Coord.), Dykinson, Madrid, 2004

CONDE DÍEZ, Ricardo., "Comentario al art. 1 Ley Concursal", en *Comentarios a la legislación concursal*, PALOMAR OLMEDA, A. (Coord.), Dykinson, Madrid, 2004

CONDE FUENTES, Jesús, *Los sujetos del proceso concursal*, Aranzadi, Navarra, 2014

CONDE FUENTES, Jesús, "La impugnación del inventario y de la lista de acreedores", en *Revista General de Derecho Procesal* nº 33/2014.

CORDÓN MORENO, Faustino, *El proceso concursal*, Navarra, 2005

CORDÓN MORENO, Faustino, "Comentario al art. 60 Ley Concursal", en *Comentarios a la Ley Concursal*, CORDÓN MORENO, Faustino (Dir.), Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004

CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, "La naturaleza jurídica de la declaración de concurso", en *Derecho Procesal Concursal* CORTÉS DOMÍNGUEZ, DAMIÁN MORENO, GONZÁLEZ GRANDA, SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, ARIZA COLMENAREJO, REVILLA GONZÁLEZ, Marcial Pons, Madrid, 2008

CUENA CASAS. Matilde, "Mecanismos de protección del patrimonio familiar: inembargabilidad y patrimonio separado", en *Revista de Derecho Concursal y*

Paraconcursal, Nº 23, 2015 (no dice las páginas, lo saqué de la base de datos de La Ley. Tampoco lo dice Dialnet).

DAMIÁN MORENO, J, *Derecho Procesal Concursal*, Madrid, 2008

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil.*, Navarra, 2005

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *La sociedad irregular mercantil en el proceso*, Pamplona, 1971

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, *Derecho Procesal Civil, El proceso de Declaración*, Navarra, 2005

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, VEGAS TORRES, Jaime, *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa y Procesos Especiales.*, Ramón Areces, Madrid, 2005

DE MARTÍN MUÑOZ, Alberto, "La fase de convenio", en *La reforma de la legislación concursal*, DE MARTÍN MUÑOZ, A. (coord), Dykinson, Madrid, 2004

DEL GUAYO CASTIELLA, I., "Comentario al art. 1.3 Ley Concursal", en *Comentarios a la legislación concursal*, PULGAR EZQUERRA, ALONSO UREBA, ALONSO LEDESMA, ALCOVER GARAU (Dirs), Madrid, 2004

aDÍAZ MORENO, A., "La articulación de las fases de convenio y liquidación en el concurso de acreedores", en *Anuario de Derecho Concursal*, nº 8/2006 p. 7-47.

DÍEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil, Vol. IV, tomo 2*, Madrid, 2012

DUQUE DOMÍNGUEZ, Justino F., "El concurso del grupo de empresas en la Ley Concursal", en *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para I Reforma Concursal*. GARCÍA VILLAVERDE, ALONSO UREBA, PULGAR EZQUERRA (directores), Dilex, Madrid, 2003

DUQUE DOMÍNGUEZ, Justino F., "Sobre el concepto básico de insolvencia", en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje al profesor Manuel Olivencia*, Vol. I, Marcial Pons, Madrid, 2004

DUQUE DOMÍNGUEZ, Justino F., "Comentario al art. 1 Ley Concursal", en *Comentarios a la legislación concursal*, PULGAR EZQUERRA, ALONSO UREBA, ALONSO LEDESMA, ALCOVER GARAU (Dirs), Dykinson, Madrid, 2004

EMBED IRUJO, J.M., "Grupos de sociedades y derecho concursal", en *Estudios sobre la Ley Concursal Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid, 2004

ENCISO ALONSO-MUÑUMER, María, "El convenio concursal", en *Derecho concursal*. NIETO DELGADO, Carlos (coord), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012

ENCISO ALONSO-MUÑUMER, María, "La oposición al convenio concursal", en *Tratado práctico de Derecho Concursal y su reforma*. MARTÍNEZ SANZ, Fernando (dir) y PUETZ, Achim (coord), Tecnos, Madrid, 2012

ENCISO ALONSO-MUÑUMER, María, "Operatividad práctica de la propuesta anticipada de convenio en el marco de las soluciones negociadas de las crisis económicas", en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Nº 8, 2008 p. 455, primer semestre 2008

ENCISO ALONSO-MUÑUMER, María, "La eficacia del convenio", en *Tratado práctico de Derecho Concursal y su reforma*. MARTÍNEZ SANZ, Fernando (dir) y PUETZ, Achim (coord), Tecnos, Madrid, 2012

ENCISO ALONSO-MUÑUMER, María, "El concurso de acreedores de la cooperativa", en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Nº 19/2013 p. 315-332.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, M, "Presupuestos dogmático-sucesorios del concurso de la herencia. Una aproximación civilística a la Ley Concursal", en *Libro homenaje al profesor Manuel Olivencia*, tomo II, Madrid, 2005

ESTEBAN RAMOS, Luisa María, "El presupuesto subjetivo del concurso", en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Nº 10, 2009 p. 151-193, La Ley.

ESTEBAN RAMOS, Luisa María, "Los acuerdos de refinanciación como alternativa al concurso", en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Nº 22/2015 p. 423-442.

FERNÁNDEZ CARRON, Clara, *El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas*, Navarra, 2008

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis, "Los presupuestos de la declaración de concurso", en *Comentarios a la Ley Concursal* FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Manuel M^a (coords), Marcial Pons, Madrid, 2004

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Antonio, "El convenio", en *Comentarios a la Ley Concursal* FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Manuel M^a (coords), Marcial Pons, Madrid, 2004

FERNÁNDEZ SEIJO, José M^a, "El concurso de personas físicas y su incidencia en el Derecho de familia. Una aproximación a la práctica judicial", en *La Ley Derecho de familia. Revista jurídica de familia y menores* nº4/2014 p. 24-33.

FERNÁNDEZ SEIJO, José M^a, "Aspectos concursales de la Ley de segunda oportunidad", en *Diario La Ley. Sección Doctrina* nº 8500, marzo 2015.

FERRÉ FALCÓN, J, "El grupo de sociedades y la declaración de concurso de la nueva normativa concursal", en *Libro homenaje al profesor Manuel Olivencia, tomo II*, Madrid, 2005

FERRER BARRIENDOS, *Comentarios a la Ley Concursal*, Barcelona, 2004

GADEA SOLER, Enrique, "Reapertura y conclusión del concurso por insuficiencia de masa en la proyectada reforma", en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Nº 15, 2011 p.367-375.

GALÁN LÓPEZ Carmen, "La responsabilidad de los bienes gananciales en el concurso del cónyuge", en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Nº1/2004 p. 215-224.

GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza, "El presupuesto objetivo del concurso en la nueva Ley Concursal", en *Práctica de los Tribunales: Revista de Derecho Procesal Civil y Mercantil*, nº 5/2004 p. 22-40.

GARCÍA MARRERO, Javier, "El convenio de acreedores: tramitación y aprobación judicial", en *Tratado práctico de Derecho Concursal y su reforma*. MARTÍNEZ SANZ, Fernando (dir) y PUETZ, Achim (coord), Tecnos, Madrid, 2012

GARCÍA MARRERO, Javier, "Propuesta y tramitación del convenio. Algunos problemas sobre el momento de presentación de la propuesta", en *La reforma de la Ley Concursal analizada por especialistas.*, Dykinson, Madrid, 2012

GARCÍA OREJUDO, Raúl N., "Concursos conexos a la luz de la reforma", en *La reforma de la Ley Concursal analizada por especialistas* MARTÍN MOLINA, GONZÁLEZ BILBAO, DEL CARRE DÍAZ-GÁLVEZ, Dykinson, Madrid, 2012

GARCÍA VIDAL, Ángel, "La legitimación para solicitar la declaración de concurso de las sociedades mercantiles", en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje al profesor Manuel Olivencia, Vol. I*, Marcial Pons, Madrid, 2004

GARCÍA VILLAVERDE, R, *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la Reforma Concursal*, Madrid, 2003

GARCÍA-CRUCES, José Antonio, "Inexigibilidad del deber del deudor de instar su concurso y acuerdos de refinanciación", en *El Derecho Mercantil en los umbrales del s. XXI. Libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fdez-Novoa en su octagésimo cumpleaños*. GÓMEZ SEGADE, J.A. y GARCÍA VIDAL, A. (eds), Marcial Pons, Madrid, 2010

GARNICA MARTÍN, J., "Comentario al art. 25 Ley Concursal", en *Comentarios a la Ley Concursal*. SAGRERA TIZÓN, SALA REIXCH, FERRER BARRIENDOS, Barcelona, 2004

GARRIDO CARRILLO, Fco. J, "Los efectos procesales de la declaración de concurso", en *Revista General de Derecho Procesal* nº 33/2014.

GÓMEZ NAVARRO, Blas Alberto, "Los presupuestos del concurso", en *La Ley: revista española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía* nº 3/2005, p. 1571-1581.

GONZÁLEZ CARRASCO, M^a del Carmen, "Comentarios al art. 3 Ley Concursal", en *Comentarios a la Ley Concursal BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo*, Tecnos, Madrid, 2004

GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., "El procedimiento abreviado", en *Comentarios a la Ley Concursal, CORDÓN MORENO, Faustino (Dir.)*, Thomson-Aranzadi Cizur Menor, Madrid, 2004

GUTIÉRREZ GILSANZ, Andrés, *Tutela de los acreedores frente al convenio concursal: oposición, nulidad y declaración de incumplimiento*, Madrid, 2008

GUTIÉRREZ GILSANZ, Andrés, "La conservación del convenio concursal", en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Nº 22/2015p. 163-181.

GUTIÉRREZ GILSANZ, Andrés, "La liquidación (I): apertura, efectos, plan de liquidación y deberes de los administradores concursales", en *Tratado práctico de Derecho Concursal y su reforma. MARTÍNEZ SANZ, Fernando (dir) y PUETZ, Achim (coord)*, Tecnos, Madrid, 2012

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M., "Solicitud de concurso. La solicitud anticipada", en *Tratado Judicial de la Insolvencia, PRENDES CARRIL, MUÑOZ PAREDES*, Navarra, 2012

HERRERO PEREZAGUA, J.F., "La impugnación del auto de declaración del concurso voluntario", en *Anuario de Derecho Concursal*, nº 13, 2008 p. 155-184.

IBÁÑEZ JIMÉNEZ, Javier Wenceslao, "Los presupuestos subjetivo y objetivo del concurso: Algunas consideraciones de técnica y política legislativa", en *La reforma de la legislación concursal, DE MARTÍN MUÑOZ, A. (coord)*, Dykinson, Madrid, 2004

JIMÉNEZ DE PARGA CABRERA, Rafael, "Apuntes sobre el concepto de insolvencia en la Ley Concursal", en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje al profesor Manuel Olivencia, Vol. I*, Marcial Pons, Madrid, 2004

JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M^a Victoria, "El concurso de la persona casada", en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, 3/2010 p. 419-430.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil. Sucesiones*, Dykinson, Madrid, 2004

LÓPEZ SANTANA, Nieves, "Observaciones en torno a la posibilidad de concurso de la sociedad irregular", en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje al profesor Manuel Olivencia, Vol. I*, Marcial Pons, Madrid, 2004

MAGARIÑOS BLANCO, Victorio, "El concurso y la sociedad de gananciales", en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje al profesor Manuel Olivencia, Vol. II*.

MAGDALENO CARMONA, Antonia, "Cuestiones de jurisdicción y competencia. Acumulación de concursos conexos", en *Tratado práctico de Derecho Concursal y su reforma. MARTÍNEZ SANZ, Fernando (dir) y PUETZ, Achim (coord)*, Tecnos, Madrid, 2012

MAIRATA LAVIÑA, J., "los efectos del concurso en la Ley Concursal", en *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley orgánica 8/2003 para la reforma concursal. GARCÍA VILLAVERDE, ALONSO UREBA, PULGAR EZQUERRA*, Dilex, Madrid, 2003

MARCOS GONZÁLEZ, M., "Comentario al art. 3 Ley Concursal", en *Comentarios a la Ley Concursal, CORDÓN MORENO, Faustino (Dir.)*, Thomson Aranzadi Cizur Menor, Navarra, 2004

MARINA GARCÍA-TUÑÓN, Ángel, "Comentario al art. 140 Ley Concursal", en *Comentarios a la legislación concursal, SÁNCHEZ-CALERO, J y GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (dirs.)*, Lex Nova, Valladolid, 2004

MARTÍN ALONSO, Olga, "Presupuesto subjetivo del concurso voluntario", en *Derecho concursal*. NIETO DELGADO, Carlos (coord), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012

MARTÍN MOLINA, Pedro-Bautista, "La segunda oportunidad para la persona natural, el autónomo y la pequeña empresa en el ámbito de la insolvencia", en *Diario La Ley. Sección Tribuna*, nº 8531, mayo 2015.

MARTÍNEZ FLÓREZ, Aurora, "El problema de los bienes y las relaciones jurídicas aparecidos tras la cancelación registral de la sociedad ordenada por el juez a concluir el concurso de acreedores", en *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor José M^a Miquel*, vol. I., Navarra, 2014

MARTÍNEZ-FRESNEDA ORTÍZ DE SOLÓRZANO, G., "Comentario al art. 4 Ley Concursal", en *Comentarios a la legislación concursal*, PULGAR EZQUERRA, ALONSO UREBA, ALONSO LEDESMA, ALCOVER GARAU (Dirs), Madrid, 2004

MELERO BOSCH, Lourdes V., "Los supuestos especiales de legitimación activa para la solicitud de concurso necesario", en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Nº 13, 2010 p. 157-174.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio, "Hacia un nuevo derecho concursal: su necesaria unidad.", en *Estudios sobre la Ley Concursal, Libro homenaje al prof. Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid, 2004

MERCADAL VIDAL, Francisco, "Comentario al art. 2 Ley Concursal", en *Comentarios a la Ley Concursal*. SAGRERA TIZÓN, SALA REIXCH, FERRER BARRIENDOS, Bosch, Barcelona, 2004

MERCADAL VIDAL, Francisco, "Comentario al art. 179 Ley Concursal", en *Comentarios a la Ley Concursal*. SAGRERA TIZÓN, SALA REIXCH, FERRER BARRIENDOS, Barcelona, 2004

MORENO SERRANO, Enrique, "Solicitud de concurso y refinanciación de la deuda en sociedades de capital: órgano legitimado", en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Nº 18, 2013 p. 201, La Ley.

MORILLAS JARILO, M^a José, *El concurso de las sociedades*, Iustel, Madrid, 2004

MUÑOZ GARCÍA, Carmen, "La necesidad de tratamiento unitario de la herencia", en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, N^o 13, 2010 p. 141-156.

MUÑOZ PAREDES, Alfonso, *Tratado Judicial de la Insolvencia*, Aranzadi, Navarra, 2012

MUÑOZ PAREDES, Alfonso, *Protocolo concursal*, Aranzadi, Pamplona, 2013

OLIVENCIA RUIZ, Manuel, "Reflexiones sobre la reforma de la legislación concursal", en *Estudios sobre el Derecho Concursal* PEINADO GARCÍA, J.I. y VALENZUELA GARACH, F.J. (coords), Marcial Pons, Madrid, 2006

PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, M^a Concepción, "La responsabilidad de los administradores de sociedades por no haber instado el concurso: ¿un supuesto asegurable?", en *Revista de Derecho de Sociedades* n^o 26, 2006 p. 311-332.

PANEDA USUNÁRIZ, F., "ejecución singular y concurso", en *Tratado Judicial de la Insolvencia*, PRENDES CARRIL, MUÑOZ PAREDES, Aranzadi, Navarra, 2012

PARRA, M^a Ángeles, "El concurso de la persona física", en *La reforma concursal. III Congreso español de derecho de la insolvencia* BELTRÁN, E., GARCÍA-CRUCES, J.A., y PRENDES, P..

PEINADO GRACIA, José Ignacio, "La distribución del riesgo de insolvencia", en *Estudios sobre la Ley Concursal, Libro homenaje al prof. Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid, 2004

PEITEADO MARISCAL, Pilar, *La declaración de concurso*, Thomson Civitas, Navarra, 2005

PEITEADO MARISCAL, Pilar, "La competencia para la ejecución de las garantías reales vinculadas a bienes no afectos a la actividad económica del concursado", en *Anuario de Derecho Concursal*, n^o 15/2008 p. 159-186.

PEÑAS MOYANO, Benjamín, "Concurso de consumidores", en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Nº8/2008 p. 229-246.

PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J, "El concurso de la herencia", en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Nº 1, 2004, 2004

PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J, "Comentario al art. 3 Ley Concursal", en *Comentarios a la legislación concursal*, PULGAR EZQUERRA, ALONSO UREBA, ALONSO LEDESMA, ALCOVER GARAU (Coords).

PÉREZ DEL BLANCO, Gilberto, *Efectos procesales de la declaración de concurso: la vis atractiva concursal*, Reus, Madrid, 2007

PRADES CUTILLAS, Daniel, "La fase de liquidación. Responsabilidad de administradores y liquidadores.", en *La reforma de la legislación concursal*, DE MARTÍN MUÑOZ, A. (coord), Dykinson, Madrid, 2004

PRENDES CARRIL, Pedro., *Tratado Judicial de la Insolvencia*, Aranzadi, Navarra, 2012

PRENDES CARRIL, Pedro., *Guía Práctica concursal*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008

PULGAR EZQUERRA, Juana, *La declaración del concurso de acreedores*, La Ley, Madrid, 2005

PULGAR EZQUERRA, Juana, "Acuerdos de refinanciación acuerdos extrajudiciales de pagos y Ley de emprendedores.", en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Nº 20, 2014 p. 43-72, 2013

PULGAR EZQUERRA, Juana, "El procedimiento abreviado", en *Comentarios a la legislación concursal*, PULGAR EZQUERRA, ALONSO UREBA, ALONSO LEDESMA, ALCOVER GARAU (Dirs), Madrid, 2004

PULGAR EZQUERRA, Juana, "El presupuesto objetivo de la apertura del concurso de acreedores", en *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la Reforma Concursal*. GARCÍA VILLAVERDE, ALONSO UREBA, PULGAR EZQUERRA (directores), Dilex, Madrid, 2003

PULGAR EZQUERRA, Juana, *La declaración del concurso de acreedores*, Madrid, 2005

PULGAR EZQUERRA, Juana, "Los hechos externos del concurso de acreedores necesario", en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje al profesor Manuel Olivencia, Vol. I*, Marcial Pons, Madrid, 2004

PULGAR EZQUERRA, Juana, "Preconcurso y acuerdos de refinanciación.", en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Nº 14/2011 p. 25-40, La Ley, Madrid, 2012

PULGAR EZQUERRA, Juana, "Reestructuración empresarial y potenciación de los acuerdos homologados de refinanciación", en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Nº 22/2015 p. 67-93, La Ley.

PULGAR EZQUERRA, Juana, "Licitud y temporalidad de los acuerdos amistosos extrajudiciales: riesgos para los intervinientes en un eventual concurso", en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Nº 5, julio 2006 p. 25.

PULGAR EZQUERRA, Juana, "Las soluciones al concurso de acreedores: el convenio y la liquidación", en *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la Reforma Concursal*. GARCÍA VILLAVARDE, ALONSO UREBA, PULGAR EZQUERRA (directores), Dilex, Madrid, 2003

PULGAR EZQUERRA, Juana, "A propósito del órgano legitimado en las sociedades de capital para decidir sobre la solicitud de declaración de concurso de acreedores", en *Revista de Derecho de Sociedades* nº 24, 2005 p. 257-270.

PULGAR EZQUERRA, Juana, "Acuerdos extrajudiciales de pagos, PYMES y mecanismos de segunda oportunidad", en *Diario La Ley. Sección Doctrina* nº 8538, marzo 2015.

RIFÁ SOLER, José M^a, "La declaración del concurso", en *Las claves de la Ley Concursal*, QUINTANA CARLO, BONET NAVARRO, GARCÍA-CRUCES, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005

RIFÁ SOLER, José M^a, "Comentario al art. 18 Ley Concursal", en *Derecho Concursal Práctico* FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, La Ley, Madrid, 2004

RODRÍGUEZ MERINO, Abelardo, "Comentario al art. 25 Ley Concursal", en *Comentarios a la legislación concursal*, SÁNCHEZ-CALERO, J y GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (dirs.), Lex Nova, Valladolid, 2004

ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., "El estado de la crisis económica", en *La reforma del derecho de quiebra. Jornadas sobre la reforma del Derecho Concursal español*, Madrid, 1982

ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., "Comentario al art. 2 Ley Concursal", en *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO, BELTRÁN, Thomson Civitas, Madrid, 2004

ROJO, A., "Comentario al art. 3 Ley Concursal", en *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO, BELTRÁN, Thomson Civitas, Madrid, 2004

ROJO, Ángel, *La reforma de la legislación concursal*, Marcial Pons, Madrid, 2003

ROMERO SÁINZ DE MADRID, Carlos, *Derecho concursal*, Thomson Civitas, Navarra, 2005

ROMERO SANZ DE MADRID, Carlos, *Derecho concursal*, Thomson Civitas, Navarra, 2005

RONCERO SÁNCHEZ, Antonio, "Comentarios al art. 3 Ley Concursal", en *Comentarios a la legislación concursal*, PULGAR EZQUERRA, ALONSO UREBA, ALONSO LEDESMA, ALCOVER GARAU (Dirs), Madrid, 2004

RONCERO SÁNCHEZ, Antonio, "Comentario al art. 117 Ley Concursal", en *Comentarios a la legislación concursal*, PULGAR EZQUERRA, ALONSO UREBA, ALONSO LEDESMA, ALCOVER GARAU (Coords), Dykinson, Madrid, 2004

SACRISTÁN BERGIA, Fernando, "La extinción de la sociedad como consecuencia de la conclusión del concurso por insuficiencia de masa", en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Nº 21, 2014 p. 53-75.

SACRISTÁN REPRESA, Marcos, "Comentario al art. 145 Ley Concursal", en *Comentarios a la legislación concursal*, PULGAR EZQUERRA, ALONSO UREBA, ALONSO LEDESMA, ALCOVER GARAU (Coords), Dykinson, Madrid, 2004

SAGRERA TIZÓN, *Comentarios a la Ley Concursal*, Barcelona, 2004

SALA REIXACHA, Alberto, *Comentarios a la Ley Concursal*, Bosch, Barcelona, 2004

SALA REIXACHS, Alberto, "Comentario al art. 128 Ley Concursal", en *La nueva Ley Concursal*, SALA REIXACHS, MERCADAL VIDAL, ALONSO-CUEVILLAS SAYROL (coords.), Bosch, Barcelona, 2004

SALA REIXACHS, Alberto, "Comentario al art. 140 Ley Concursal", en *La nueva Ley Concursal*, SALA REIXACHS, MERCADAL VIDAL, ALONSO-CUEVILLAS SAYROL (coords.), Bosch, Barcelona, 2004

SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Manuel M^a, "El concepto de grupo en la Ley Concursal", en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje al profesor Manuel Olivencia, Vol. II.*

SÁNCHEZ LINDE, Mario, "La aceptación de la herencia del concursado heredero", en *Diario La Ley. Sección Tribuna*, nº 7852, mayo 2012.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan, "Comentario al art. 2 Ley Concursal", en *Comentarios a la legislación concursal*, PULGAR EZQUERRA, ALONSO UREBA, ALONSO LEDESMA, ALCOVER GARAU (Coords).

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan, "Comentario al art. 2 Ley Concursal", en *Comentarios a la legislación concursal*, SÁNCHEZ-CALERO, J y GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (dirs.), Lex Nova, Madrid, 2004

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan, "Algunas cuestiones relativas a los grupos de sociedades", en *Anuario de Derecho Concursal*, nº 5/2005 p. 7-60.

SEBASTIÁN QUETGLAS, Rafael, *El concurso de acreedores del grupo de sociedades*, Thomson Civitas, Navarra, 2009

SELLER ROCA DE TOGORES, Luis, "La solicitud de declaración de concurso voluntario", en *Tratado práctico de Derecho Concursal y su reforma*. MARTÍNEZ SANZ, Fernando (dir) y PUETZ, Achim (coord), Tecnos, Madrid, 2012

SEMENT MARTÍNEZ, Santiago, "Apertura de la fase de convenio", en *Derecho concursal*. NIETO DELGADO, Carlos (coord), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012

TATO PLAZA, Anxo, "Algunos apuntes en torno a los efectos de la declaración de concurso sobre los acreedores", en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje al profesor Manuel Olivencia, Vol. III*, Marcial Pons, Madrid, 2004

VALERO LOZANO, Nicolás, *El régimen jurídico del crédito público en la Ley Concursal*, La Ley, Madrid, 2007

VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo, *El concurso de la sociedad irregular*, La Ley, Madrid, 2005

VARA DE PAZ, Nemesio, "Comentario al art. 140 Ley Concursal", en *Comentarios a la legislación concursal*, PULGAR EZQUERRA, ALONSO UREBA, ALONSO LEDESMA, ALCOVER GARAU (Coords), Dykinson, Madrid, 2004

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos, *Comentarios a la Ley Concursal*, Dijusa, Madrid, 2003

VÁZQUEZ LÉPINETTE, Tomás, *Administraciones Públicas y Derecho Concursal*, La Ley, Madrid, 2006

VÁZQUEZ PIZARRO, M^a Teresa, "El procedimiento abreviado", en *Tratado Judicial de la Insolvencia*, PRENDES CARRIL, MUÑOZ PAREDES, Aranzadi, Navarra, 2012

VEGAS TORRES, Jaime, "El concurso como proceso jurisdiccional: estructura del concurso.", en *Las claves de la Ley Concursal*, QUINTANA CARLO, BONET NAVARRO, GARCÍA-CRUCES, Aranzadi, Navarra, 2005

VELA TORRES, Pedro José, "Acumulación de concursos. Referencia a los grupos de sociedades", en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Nº 5/2006 p. 269-274.

VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, "Comentario al art. 100 Ley Concursal", en *Comentarios a la legislación concursal*, SÁNCHEZ-CALERO, J y GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (dirs.), Lex Nova, Valladolid, 2004

VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, "El plan de liquidación y las reglas supletorias de liquidación en el concurso", en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje al profesor Manuel Olivencia*, Vol. V, Marcial Pons, Madrid, 2004

VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, "Comentario al art. 100 Ley Concursal", en *Comentarios a la legislación concursal*, SÁNCHEZ-CALERO, J y GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (dirs.), Lex Nova, Valladolid, 2004

VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, "Comentario al art. 148 Ley Concursal", en *Comentarios a la legislación concursal*, PULGAR EZQUERRA, ALONSO UREBA, ALONSO LEDESMA, ALCOVER GARAU (Dirs), Dykinson, Madrid, 2004

VIGUER SSOLER, Pedro Luis, "Análisis crítico del RDL 1/2015 sobre segunda oportunidad: expectativas, luces y sombras.", en *Diario La Ley. Sección Doctrina* nº 8592, julio 2015.

VILA FLORESA, Pablo, "Comentario al art. 2 Ley Concursal", en *La nueva Ley Concursal*, SALA REIXACHS, MERCADAL VIDAL, ALONSO-CUEVILLAS SAYROL (coords.), Bosch, Barcelona, 2004

ZABALETA DÍAZ, Marta, "El concurso del consumidor", en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, 3/2010 p. 301-331