

EFFECTOS DE LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO SOBRE EL DEUDOR

Por

JOSÉ ANTONIO VEGA VEGA

Catedrático de E.U. de Derecho Mercantil

Sumario: 1. PLANTEAMIENTO.- 2. DECLARACIÓN DEL CONCURSO: EFECTOS SOBRE EL DEUDOR.- 2.1. Efectos sobre facultades patrimoniales y sobre la actividad profesional. 2.1.1. *Planteamiento general.* 2.1.2. *Las facultades patrimoniales.* 2.1.3. *Ejercicio de la actividad profesional o empresarial.* 2.1.4. *La cuestión de la aceptación de la herencia.* 2.1.5. *Efectos procesales: ejercicio de acciones.* 2.1.6. *Otros efectos o prohibiciones.* 2.2. Deber de colaboración. 2.3. Concurso y contabilidad. 2.3.1. *Efectos generales.* 2.3.2. *Deberes respecto de los libros de llevanza obligatoria.* 2.4. El derecho a percibir alimentos. 3. EFECTOS SOBRE CIERTOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL CONCURSADO. 4. PARTICULARIDADES EN CASO DE DEUDOR PERSONA JURÍDICA. 4.1. Con carácter general. 4.2. Especialidades del concurso de la sociedad unipersonal.

1. PLANTEAMIENTO

El concurso es, en esencia, un procedimiento de ejecución colectiva o universal sobre el patrimonio de un deudor en estado de insolvencia¹, que posibilita la concurrencia de todos los acreedores sobre el patrimonio de aquél. El estado concursal supone necesariamente la iniciación o apertura de un procedimiento reglado dirigido a satisfacer los intereses de los acreedores, para lo cual la Ley prevé una solución convencional o normal y una solución subsidiaria a la anterior, que es la liquidación y reparto del patrimonio del concursado². El concurso, como procedimiento especial y único aplicable a cualquier tipo de insolvencia, sea el deudor persona física o jurídica, sea empresario o no —con lo que se unifican los procedimientos sobre insolvencias aplicables en la legislación anterior a los empresarios³ (suspensión de pagos y quiebra) y no empresarios (quita y espera y concurso de acreedores)—, se apoya en los principios de universalidad y *par conditio creditorum*. La universalidad implica que en la ordenación deben integrarse, de un lado, la totalidad de acreedores con todos los créditos de que sean

¹ Como ha puesto de relieve DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F., “Sobre el concepto básico de insolvencia”, en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, T. I, p. 1001: “El perfil de este concepto aparece como fundamental en la insolvencia actual y en un concepto relacionado íntimamente con él, pero distinto, que es el de insolvencia inminente, así como las modalidades con que este concepto (en relación con las leyes sobre sociedades) funciona en la declaración de concurso de las sociedades de capital. Las consideraciones que siguen se limitan a perfilar la llamada legalmente insolvencia actual, que constituye el núcleo básico del concepto de insolvencia”. Puede verse también PULGAR EZQUERRA, J., “El presupuesto objetivo de apertura del concurso”, en *Derecho concursal* (Dir.: García Villaverde, Alonso Ureba y Pulgar Ezquerria), Madrid, 2003, pp. 97 ss. Los presupuestos sobre la insolvencia se exponen esquemáticamente por JIMÉNEZ DE PARGA CABRERA, R., en “Apuntes sobre el concepto de insolvencia en la Ley Concursal”, en *Estudios sobre la Ley Concursal*, cit., pp. 1080-1081.

² “Dos son las fases que la Ley Concursal contempla: la fase de convenio y la fase de liquidación, siendo evidente la preferencia del legislador por la solución convencional que es calificada por la Exposición de Motivos como la solución normal del concurso”, cfr. GALÁN CORONA, E., “El convenio anticipado”, en *Revista del Poder Judicial, número especial de la Ley Concursal*, XVIII, 2004, p. 325.

³ A pesar de esta unificación legislativa hay que tener en cuenta lo subrayado por A. BERCOVITZ: “Lo primero que hay que destacar es que, aun cuando la Ley declara que procederá la declaración de concurso «de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica», la realidad es que la regulación establecida será aplicable en la inmensa mayoría de los casos solamente a los empresarios y operadores económicos de ciertas dimensiones; sólo excepcionalmente se aplicará a las personas físicas y a los pequeños empresarios” (cfr. “Aspectos mercantiles de la Ley Concursal”, en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, T. I, p. 80).

titulares frente al deudor común, y, de otro, la totalidad de bienes y derechos realizables del deudor. La *par condicio creditorum*, por su parte, se refiere al necesario tratamiento paritario de todos los acreedores. Ambos principios se explican por la constitución de una comunidad de pérdidas, en virtud de la cual, dada la insuficiencia patrimonial del deudor, todos los acreedores asumen un sacrificio proporcional: se someten a la “ley del dividendo”⁴.

La nueva legislación representada por la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, y la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, ha supuesto la modificación del régimen anterior⁵, que, dada la naturaleza especial de este procedimiento⁶, comporta una serie de modificaciones en los derechos de los interesados. Estas modificaciones se refieren tanto al contenido de los derechos (efectos de derecho material o sustantivo) como al modo de ejercitarlos (efectos de derecho procesal). Los efectos materiales, con el designio de alcanzar el fin primordial del concurso, se condicionan a los procesales, de manera tal que se instituye un órgano judicial especial: el Juez de lo Mercantil, con jurisdicción en distintos órdenes para poder cumplir más adecuadamente el designio legal, todo ello bajo los principios de judicialización y procesalización del concurso⁷.

El nuevo régimen concursal encuentra su característica fundamental en la

⁴ Acerca de los caracteres generales de los procesos de ejecución en general y la distinción entre ejecución singular y ejecución concursal, puede consultarse CORDÓN MORENO, F., *Proceso Concursal*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2003, pp. 33-38.

⁵ Hay que recordar que el régimen anterior lo componían los siguientes textos legales de índole sustantiva con normativa procesal: Código de Comercio de 1829 (Libro IV, arts. 1001-1177), Código de Comercio e 1885 (Libro IV, Título I, arts. 870-941), Código Civil de 1889 (arts. 1912-1920 y 1924, núm. 2, letras A y G), y Ley de Suspensión de Pagos de 1922.

⁶ Estos efectos son provocados por la desconfianza y pérdida de crédito que provoca la situación de insolvencia del deudor. Cfr. CONTRERAS DE LA ROSA, I., “Efectos básicos de la declaración de concurso sobre el deudor en la nueva Ley Concursal. Especial referencia a la intervención o suspensión y su incidencia en la continuación de la actividad profesional o empresarial del concurso”, en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, cit., T. 2, p. 1836.

⁷ Principios que responden a objetivos de política legislativa tal como ha puesto de relieve OLIVENCIA RUIZ, M., en “Facultades del juez y voluntad de las partes en el procedimiento de declaración del concurso”, en *RPJ, La Ley Concursal*, núm. XVIII, 2004, pp. 25-26: “De las críticas formuladas a la Ley Concursal (y antes de su promulgación, al Anteproyecto y al Proyecto), las que más me confortan son las de su “judicialización” y “procesalización”, o “judicialismo” y “procesalismo”. Creo que esas características no suponen excesos censurables, aunque se enuncien peyorativamente por los críticos sino que responden a objetivos de política legislativa perfectamente propuestos y alcanzados”.

unidad del sistema⁸, que se proyecta en una triple dimensión: unidad legislativa, que supone que una sola norma regule los aspectos materiales y procesales; unidad de disciplina, unificando la aplicación de la ley a todas las personas afectadas sin distinción del carácter de profesional o no; y unidad de sistema, que comporta con la existencia de un único procedimiento para resolver los conflictos de intereses que pueden producirse por la insolvencia de cualquier deudor⁹. Esta unidad de sistema exige una intensa flexibilidad: el concurso puede desarrollarse, según los casos, en una única fase (la común), en dos (la común y, alternativamente, la de convenio o liquidación) o en tres (común, de convenio o la de liquidación)¹⁰.

Sentado lo anterior y teniendo en cuenta las distintas posibilidades y especialidades legales que se desprenden de la declaración del concurso, fase que adquiere especial importancia dentro del régimen unitario, por cuanto es el momento del proceso concursal en el que se verifican la concurrencia de los presupuestos necesarios para el inicio del procedimiento especial y en el que se adoptan, si el concurso se declara, decisiones relevantes para el desarrollo del posterior proceso concursal¹¹, se impone para un examen más adecuado de la cuestión la necesidad de diferenciar las distintas consecuencias de tal declaración, diferen-

⁸ Sobre la unidad del sistema y sus implicaciones en el ámbito procesal con un carácter más general y específico puede verse CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Aspectos de la nueva Ley Concursal (Concurso, créditos, administradores, jueces)*, Ed. Reus, Madrid, 2004, pp. 25 ss.

⁹ Para ALONSO ESPINOSA, F.J., en “La declaración del concurso en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (Estudio Preliminar), en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, cit. tomo 1, p. 919, la unidad legal y de sistema que pretende la Ley Concursal no implica una unidad de regulación en sentido *sustancial*, dado que “la simple lectura general de la LC demuestra que el régimen del concurso está en función de los empresarios, régimen que se extiende, mediante su simplificación, hacia los no empresarios y otras realidades de importancia socioeconómica típicamente (aunque no necesariamente) menor (así, el concurso de la herencia y otros patrimonios sin personalidad”, todo lo cual lo apoya este autor en la propia dicción de la Exposición de Motivos de la LC.

¹⁰ En palabras de CORTÉS DOMÍNGUEZ V., “La declaración judicial del concurso”, en *Revista del Poder Judicial, número especial de la Ley Concursal*, XVIII, 2004, pp. 12-13, “los dos grandes pilares en los que se sustenta toda la estructura del proceso [son]: se ha creado un concurso único, que se ha procesalizado y judicializado al máximo, por lo que se ha creído necesario, por el legislador, crear unos nuevos órganos judiciales, llamados *Juzgados de lo mercantil*, que en adelante serán los que tengan jurisdicción y competencia para conocer, además de otros asuntos, del proceso del concurso y de todas aquellas materias que están conexas al mismo; igualmente, y ésta es la segunda gran base de la que hablamos, el legislador ha regulado un verdadero proceso de declaración de concurso, quizá sin saberlo”.

ciando al respecto entre los efectos que se producen sobre el deudor, aquellos que se desprenden para los acreedores, y los que se refieren a los créditos y contratos. En este estudio, tal como especificamos en el rótulo, nos detendremos en estudiar preferentemente los efectos que lleva implícita la declaración del concurso sobre el deudor, sin perjuicio de que a lo largo del desarrollo abordemos alguna consecuencia que esté implícita o tangencialmente relacionada con la cuestión en análisis.

2. DECLARACIÓN DEL CONCURSO: EFECTOS SOBRE EL DEUDOR

El Título III de la Ley Concursal, bajo el rótulo “De los efectos de la declaración del concurso”, regula en cuatro capítulos, que integran los artículos 40 a 73, los diferentes efectos previstos en la Ley en el supuesto de que se declare una situación concursal¹². Los dos primeros capítulos se destinan a los efectos sobre el deudor y los acreedores, respectivamente; en tanto que el capítulo tercero se centra en los efectos sobre los contratos, para incluirse los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa en el cuarto.

En lo que concierne a la primera cuestión, ha de subrayarse, con carácter general, que la idea directriz que domina el procedimiento en relación con la situación del concursado es la de la prevención¹³, como efecto o consecuencia lógica de sus comportamientos anteriores. Pero lo importante a remarcar, una vez inferido este principio, es la idea de que se ha producido una regulación basada en novedosos principios que se centran más que en la represión del con-

¹¹ Desde una perspectiva procesal, la importancia de la unidad del proceso destinado a declarar la situación de concurso y a resolverla posteriormente a través de la adopción de un convenio o de la liquidación del patrimonio del deudor, puede verse PEITEADO MARISCAL, P., *La declaración del concurso*, Ed. Civitas, Madrid, 2005, pp. 23 ss.

¹² Debe tomarse en consideración que la apertura de un procedimiento concursal representa la producción de numerosos efectos, los cuales se desencadenan, por regla general, de forma automática. De esta forma cabe distinguir, entre los efectos de la declaración del concurso (efectos patrimoniales o exigencia de deberes); efectos sobre los derechos fundamentales del deudor (art. 1 LORC); efectos de aprobación del convenio (arts. 133.2 y 137 LC); efectos de la apertura de liquidación (suspensión de las facultades de administrar o disponer, disolución de la persona jurídica, etc.), y efectos de la calificación del concurso como culpable (art. 172 LC).

¹³ Cfr. LÓPEZ SÁNCHEZ, M.A., “Los efectos de la declaración del concurso (una primera aproximación a la disciplina contenida en la Ley 22/2003, de 9 de julio), en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, cit., T. 2, p. 2005.

cursado, en la preservación de los derechos e intereses económicos de los acreedores, que ha de ser el fin principal del concurso, dado que otros efectos, como los represivos, son más propios de otros órdenes jurídicos. Y en un orden económico es más de esperar la restauración de la confianza perdida y del estado anterior de derechos que buscar la expiación de faltas o persecución de conductas que, a la postre, puede resultar poco operativo para preservar los intereses en juego, que, como hemos dicho, son fundamentalmente económicos y no estrictamente jurídicos o deontológicos. Con fundamento en las consideraciones expuestas, la actual regulación frente a la anterior ofrece, pues, las siguientes novedades:

a) La eliminación de las graves medidas de carácter represivo sobre la persona del quebrado que se contenían en las regulaciones precedentes¹⁴. La severidad del castigo contra el quebrado evidenciaba una presunción de mala fe en contra del principio general que presume siempre la buena fe del deudor. Cuando menos –se decía-, su inocencia es dudosa, de ahí que mientras se averiguaban las causas y motivos que habían llevado a la quiebra, la ley, a través del artículo 1044 del CCo de 1829, admitía el arresto del quebrado. Estas medidas ya no caben en un derecho moderno y de nuevo cuño, que debe inclinarse por otros fines y no los meramente represivos contra el insolvente, como ocurría desde antiguo donde se adoptaban medidas gravísimas de carácter personal¹⁵, quizá con una finalidad estrictamente ejemplarizante.

b) La flexibilización en la adopción de medidas estrictamente necesarias para el normal desarrollo del procedimiento y para garantizar su objetivo: la satisfacción del crédito de los acreedores. Es palmario que a lo largo del procedimiento las situaciones pueden cambiar, de ahí que al órgano judicial, con el respeto a las debidas garantías, se le permita adoptar distintas medidas según se consideren más o menos adecuadas en cada momento.

c) La gradación de los efectos sobre el deudor, de forma tal que la situación

¹⁴ Sobre el particular puede verse GARCÍA CRUCES, J.A., “El problema de la represión de la conducta del deudor común”, en ROJO, A. (Dir.), *La reforma de la legislación concursal*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2003, pp. 247-301.

¹⁵ Sobre los antecedentes y precedentes históricos del concurso en relación con la persona del concursado puede verse: BETANCOURT, F., “El concurso de acreedores en el derecho romano clásico”, en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, cit., T. 1, pp. 97 ss.; RAMÍREZ, J.A., *Derecho concursal español. La quiebra*, T. 1, Barcelona, 1959, pp. 120 ss.; VALLET DE GOYTISOLO, J.B., “Las relaciones concursales en una visión anterior a la nueva Ley concursal”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, cit., T. 1, pp. 539 ss.; ZAMBRANA MORAL, P., *Derecho Concursal Histórico*, I, Zaragoza, Cátedra de Historia y de las Instituciones de la Universidad de Málaga, 2001, pp. 23 ss.

del concursado puede variar a lo largo del procedimiento concursal¹⁶ según se vaya viendo su utilidad o necesidad. Estos efectos, que afectan tanto a las consecuencias económicas como estrictamente personales del concursado, serán más oportunos en la medida que se impongan con criterios de utilidad. Por ende, el órgano judicial debe tener en cada momento la potestad de modificar los mismos, no solamente para no restringir innecesariamente derechos del deudor, sino para alcanzar más eficaz y eficientemente los fines perseguidos.

Para un análisis más riguroso de la cuestión, dada la multiplicidad de efectos que pueden producirse, vamos a estudiar este apartado distinguiendo entre tres tipos de efectos. En primer lugar, analizaremos los efectos sobre las facultades patrimoniales y sobre la actividad profesional del deudor. En segundo lugar, los efectos sobre ciertos derechos fundamentales del concursado, y por último los efectos sobre el deudor persona jurídica.

2.1. EFECTOS SOBRE FACULTADES PATRIMONIALES Y SOBRE LA ACTIVIDAD PROFESIONAL

2.1.1. *Planteamiento general*

La determinación de las medidas concretas que pueden adoptarse en el procedimiento, así como la graduación de su extensión e intensidad, una vez superadas las rémoras de las legislaciones anteriores¹⁷, se somete en la actualidad a los dictados de principios que hacen más flexible la aplicación de la Ley, alejándose de los automatismos que se vertían en normas anteriores y que a veces, más que centrarse en servir a los fines principales de los procedimientos concursales,

¹⁶ Cfr. MARTÍNEZ FLOREZ, A., “La intervención y la suspensión del concursado en el ejercicio de las facultades de administrar y de disponer de los bienes integrantes de la masa activa”, en *Revista del Poder Judicial, número especial de la Ley Concursal*, XVIII, 2004, pp. 124.

¹⁷ Debemos recordar que con la publicación del Código de Comercio de 1829 se confirma la distinción entre el procedimiento concursal para comerciantes, denominado quiebra, y el seguido para los no comerciantes, que se le denomina concurso, que si bien esta nomenclatura desaparece en la Ley de Enjuiciamiento Civil para los negocios de comercio de 1830, reaparece más tarde en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1850, sistema que se sigue posteriormente con el Código de Comercio de 1885 y la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. En el derecho precedente a la Ley Concursal se observa un trato más severo para las situaciones de insolvencia de los empresarios, que desaparece en el sistema actual al equipararse ambas situaciones y buscar unos efectos más flexibles para la tramitación del concurso y más prácticos para los acreedores.

cursado, en la preservación de los derechos e intereses económicos de los acreedores, que ha de ser el fin principal del concurso, dado que otros efectos, como los represivos, son más propios de otros órdenes jurídicos. Y en un orden económico es más de esperar la restauración de la confianza perdida y del estado anterior de derechos que buscar la expiación de faltas o persecución de conductas que, a la postre, puede resultar poco operativo para preservar los intereses en juego, que, como hemos dicho, son fundamentalmente económicos y no estrictamente jurídicos o deontológicos. Con fundamento en las consideraciones expuestas, la actual regulación frente a la anterior ofrece, pues, las siguientes novedades:

a) La eliminación de las graves medidas de carácter represivo sobre la persona del quebrado que se contenían en las regulaciones precedentes¹⁴. La severidad del castigo contra el quebrado evidenciaba una presunción de mala fe en contra del principio general que presume siempre la buena fe del deudor. Cuando menos –se decía–, su inocencia es dudosa, de ahí que mientras se averiguaban las causas y motivos que habían llevado a la quiebra, la ley, a través del artículo 1044 del CCo de 1829, admitía el arresto del quebrado. Estas medidas ya no caben en un derecho moderno y de nuevo cuño, que debe inclinarse por otros fines y no los meramente represivos contra el insolvente, como ocurría desde antiguo donde se adoptaban medidas gravísimas de carácter personal¹⁵, quizá con una finalidad estrictamente ejemplarizante.

b) La flexibilización en la adopción de medidas estrictamente necesarias para el normal desarrollo del procedimiento y para garantizar su objetivo: la satisfacción del crédito de los acreedores. Es palmario que a lo largo del procedimiento las situaciones pueden cambiar, de ahí que al órgano judicial, con el respeto a las debidas garantías, se le permita adoptar distintas medidas según se consideren más o menos adecuadas en cada momento.

c) La gradación de los efectos sobre el deudor, de forma tal que la situación

¹⁴ Sobre el particular puede verse GARCÍA CRUCES, J.A., “El problema de la represión de la conducta del deudor común”, en ROJO, A. (Dir.), *La reforma de la legislación concursal*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2003, pp. 247-301.

¹⁵ Sobre los antecedentes y precedentes históricos del concurso en relación con la persona del concursado puede verse: BETANCOURT, F., “El concurso de acreedores en el derecho romano clásico”, en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, cit., T. 1, pp. 97 ss.; RAMÍREZ, J.A., *Derecho concursal español. La quiebra*, T. 1, Barcelona, 1959, pp. 120 ss.; VALLET DE GOYTISOLO, J.B., “Las relaciones concursales en una visión anterior a la nueva Ley concursal”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, cit., T. 1, pp. 539 ss.; ZAMBRANA MORAL, P., *Derecho Concursal Histórico*, I, Zaragoza, Cátedra de Historia y de las Instituciones de la Universidad de Málaga, 2001, pp. 23 ss.

del concursado puede variar a lo largo del procedimiento concursal¹⁶ según se vaya viendo su utilidad o necesidad. Estos efectos, que afectan tanto a las consecuencias económicas como estrictamente personales del concursado, serán más oportunos en la medida que se impongan con criterios de utilidad. Por ende, el órgano judicial debe tener en cada momento la potestad de modificar los mismos, no solamente para no restringir innecesariamente derechos del deudor, sino para alcanzar más eficaz y eficientemente los fines perseguidos.

Para un análisis más riguroso de la cuestión, dada la multiplicidad de efectos que pueden producirse, vamos a estudiar este apartado distinguiendo entre tres tipos de efectos. En primer lugar, analizaremos los efectos sobre las facultades patrimoniales y sobre la actividad profesional del deudor. En segundo lugar, los efectos sobre ciertos derechos fundamentales del concursado, y por último los efectos sobre el deudor persona jurídica.

2.1. EFECTOS SOBRE FACULTADES PATRIMONIALES Y SOBRE LA ACTIVIDAD PROFESIONAL

2.1.1. *Planteamiento general*

La determinación de las medidas concretas que pueden adoptarse en el procedimiento, así como la graduación de su extensión e intensidad, una vez superadas las rémoras de las legislaciones anteriores¹⁷, se somete en la actualidad a los dictados de principios que hacen más flexible la aplicación de la Ley, alejándose de los automatismos que se vertían en normas anteriores y que a veces, más que centrarse en servir a los fines principales de los procedimientos concursales,

¹⁶ Cfr. MARTÍNEZ FLOREZ, A., “La intervención y la suspensión del concursado en el ejercicio de las facultades de administrar y de disponer de los bienes integrantes de la masa activa”, en *Revista del Poder Judicial, número especial de la Ley Concursal*, XVIII, 2004, pp. 124.

¹⁷ Debemos recordar que con la publicación del Código de Comercio de 1829 se confirma la distinción entre el procedimiento concursal para comerciantes, denominado quiebra, y el seguido para los no comerciantes, que se le denomina concurso, que si bien esta nomenclatura desaparece en la Ley de Enjuiciamiento Civil para los negocios de comercio de 1830, reaparece más tarde en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1850, sistema que se sigue posteriormente con el Código de Comercio de 1885 y la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. En el derecho precedente a la Ley Concursal se observa un trato más severo para las situaciones de insolvencia de los empresarios, que desaparece en el sistema actual al equipararse ambas situaciones y buscar unos efectos más flexibles para la tramitación del concurso y más prácticos para los acreedores.

cursado, en la preservación de los derechos e intereses económicos de los acreedores, que ha de ser el fin principal del concurso, dado que otros efectos, como los represivos, son más propios de otros órdenes jurídicos. Y en un orden económico es más de esperar la restauración de la confianza perdida y del estado anterior de derechos que buscar la expiación de faltas o persecución de conductas que, a la postre, puede resultar poco operativo para preservar los intereses en juego, que, como hemos dicho, son fundamentalmente económicos y no estrictamente jurídicos o deontológicos. Con fundamento en las consideraciones expuestas, la actual regulación frente a la anterior ofrece, pues, las siguientes novedades:

a) La eliminación de las graves medidas de carácter represivo sobre la persona del quebrado que se contenían en las regulaciones precedentes¹⁴. La severidad del castigo contra el quebrado evidenciaba una presunción de mala fe en contra del principio general que presume siempre la buena fe del deudor. Cuando menos –se decía-, su inocencia es dudosa, de ahí que mientras se averiguaban las causas y motivos que habían llevado a la quiebra, la ley, a través del artículo 1044 del CCo de 1829, admitía el arresto del quebrado. Estas medidas ya no caben en un derecho moderno y de nuevo cuño, que debe inclinarse por otros fines y no los meramente represivos contra el insolvente, como ocurría desde antiguo donde se adoptaban medidas gravísimas de carácter personal¹⁵, quizá con una finalidad estrictamente ejemplarizante.

b) La flexibilización en la adopción de medidas estrictamente necesarias para el normal desarrollo del procedimiento y para garantizar su objetivo: la satisfacción del crédito de los acreedores. Es palmario que a lo largo del procedimiento las situaciones pueden cambiar, de ahí que al órgano judicial, con el respeto a las debidas garantías, se le permita adoptar distintas medidas según se consideren más o menos adecuadas en cada momento.

c) La gradación de los efectos sobre el deudor, de forma tal que la situación

¹⁴ Sobre el particular puede verse GARCÍA CRUCES, J.A., “El problema de la represión de la conducta del deudor común”, en ROJO, A. (Dir.), *La reforma de la legislación concursal*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2003, pp. 247-301.

¹⁵ Sobre los antecedentes y precedentes históricos del concurso en relación con la persona del concursado puede verse: BETANCOURT, F., “El concurso de acreedores en el derecho romano clásico”, en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, cit., T. 1, pp. 97 ss.; RAMÍREZ, J.A., *Derecho concursal español. La quiebra*, T. 1, Barcelona, 1959, pp. 120 ss.; VALLET DE GOYTISOLO, J.B., “Las relaciones concursales en una visión anterior a la nueva Ley concursal”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, cit., T. 1, pp. 539 ss.; ZAMBRANA MORAL, P., *Derecho Concursal Histórico*, I, Zaragoza, Cátedra de Historia y de las Instituciones de la Universidad de Málaga, 2001, pp. 23 ss.

del concursado puede variar a lo largo del procedimiento concursal¹⁶ según se vaya viendo su utilidad o necesidad. Estos efectos, que afectan tanto a las consecuencias económicas como estrictamente personales del concursado, serán más oportunos en la medida que se impongan con criterios de utilidad. Por ende, el órgano judicial debe tener en cada momento la potestad de modificar los mismos, no solamente para no restringir innecesariamente derechos del deudor, sino para alcanzar más eficaz y eficientemente los fines perseguidos.

Para un análisis más riguroso de la cuestión, dada la multiplicidad de efectos que pueden producirse, vamos a estudiar este apartado distinguiendo entre tres tipos de efectos. En primer lugar, analizaremos los efectos sobre las facultades patrimoniales y sobre la actividad profesional del deudor. En segundo lugar, los efectos sobre ciertos derechos fundamentales del concursado, y por último los efectos sobre el deudor persona jurídica.

2.1. EFECTOS SOBRE FACULTADES PATRIMONIALES Y SOBRE LA ACTIVIDAD PROFESIONAL

2.1.1. *Planteamiento general*

La determinación de las medidas concretas que pueden adoptarse en el procedimiento, así como la graduación de su extensión e intensidad, una vez superadas las rémoras de las legislaciones anteriores¹⁷, se somete en la actualidad a los dictados de principios que hacen más flexible la aplicación de la Ley, alejándose de los automatismos que se vertían en normas anteriores y que a veces, más que centrarse en servir a los fines principales de los procedimientos concursales,

¹⁶ Cfr. MARTÍNEZ FLOREZ, A., “La intervención y la suspensión del concursado en el ejercicio de las facultades de administrar y de disponer de los bienes integrantes de la masa activa”, en *Revista del Poder Judicial, número especial de la Ley Concursal*, XVIII, 2004, pp. 124.

¹⁷ Debemos recordar que con la publicación del Código de Comercio de 1829 se confirma la distinción entre el procedimiento concursal para comerciantes, denominado quiebra, y el seguido para los no comerciantes, que se le denomina concurso, que si bien esta nomenclatura desaparece en la Ley de Enjuiciamiento Civil para los negocios de comercio de 1830, reaparece más tarde en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1850, sistema que se sigue posteriormente con el Código de Comercio de 1885 y la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. En el derecho precedente a la Ley Concursal se observa un trato más severo para las situaciones de insolvencia de los empresarios, que desaparece en el sistema actual al equipararse ambas situaciones y buscar unos efectos más flexibles para la tramitación del concurso y más prácticos para los acreedores.

tenían como finalidad reprimir conductas¹⁸. De esta forma, los principios de *proporcionalidad*, *idoneidad* y *necesidad* se entroncan con los principales objetivos del concurso que no son otros que asegurar la integridad del patrimonio del deudor para satisfacer los intereses de los acreedores. En otras palabras, la finalidad del concurso sirve a los siguientes fines: a) garantizar la conservación de la masa activa y de su valor (evitando actos de administración inadecuados o tendentes a sustraer indebidamente bienes del activo (art. 43 LC); y b) evitar incrementar la masa pasiva, bien asumiendo otras obligaciones o incrementando el coste de satisfacción de las existentes. Durante el desarrollo del procedimiento concursal las situaciones se alteran, por lo que es evidente que la prolongación en el tiempo de las mismas nada positivo acarrea para el concurso, y del mismo modo la gradación de los efectos sobre el deudor debe ajustarse a las necesidades concretas según se vayan mostrando útiles o necesarias. Estos efectos, pues, serán más idóneos y necesarios en la medida que se establezcan con criterios de utilidad u oportunidad. En concomitancia con todo lo anterior, el juez especial debe estar investido de potestades que le permitan adoptar distintos efectos y consecuencias para alcanzar más eficientemente los fines perseguidos, por lo que una prudente aplicación de la ley se alcanzará con el respeto escrupuloso de los principios que hemos enumerado anteriormente.

Por su parte, el principio de *flexibilidad*, puesto en relación con los anteriores, permite adaptar las situaciones concretas a las necesidades que se vayan produciendo, de forma tal que el órgano judicial esté facultado para modificar situaciones en el curso del procedimiento, tal como puede acontecer con el cambio de la situación de suspensión de las facultades del deudor sobre su patrimonio por el de intervención en el concurso necesario o viceversa (art. 40.4 LC), o bien la adopción o modificación de resoluciones que afecten a los derechos fundamentales de los concursados, adoptándose siempre con las debidas garantías¹⁹.

El principio de *continuidad* en el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor, consagrado en el artículo 44 LC, tiene su fundamento en el principio de conservación de la empresa, que siempre ha estado latente en el derecho concursal²⁰.

¹⁸ La producción de efectos automáticos ya había sido puesta de manifiesto por la doctrina; confróntese al respecto RAMÍREZ, J.A., *La quiebra. Derecho concursal español*, Ed. Bosch, Barcelona, 1998, p. 825.

¹⁹ El ordinal 4 del artículo 40 LC exige para el cambio de situaciones de administración la solicitud de la administración concursal y la audiencia del concursado, con lo que parece que la

También hemos de traer a colación el principio de *audiencia del deudor* (arts. 40.4 y 44.4 LC), que supone la garantía de que en todas las medidas que puedan limitar sus derechos debe ser oído el sometido a concurso, quien, además, podrá ejercitar cuantas acciones le correspondan e impugnar las resoluciones judiciales que se adopten en la materia. El concursado podrá, asimismo, personarse y defenderse de forma separada en los juicios que la administración concursal haya promovido²¹.

De acuerdo con estas premisas, y en orden a la sistematización de la cuestión, vamos a proceder a examinar a continuación los distintos efectos y sus implicaciones desde el punto de vista de las restricciones de derechos para el concursado en lo que se refiere a las esferas patrimonial y personal.

2.1.2. *Las facultades patrimoniales*

Los efectos sobre las facultades de administración o disposición del patrimonio del deudor van a depender de que el concurso sea voluntario o necesario, lo que conllevará que el concursado pueda quedar en las situaciones de intervención o suspensión, con las específicas consecuencias en cada caso, pero lejos de la situación automática de “inhabilitación” (que de hecho era una *cuasi*-incapacitación)²² que se contenía en la legislación anterior²³. El alcance y efectos de ambas situaciones son diferentes, tal como después veremos, pero hay que tener

Ley veda la iniciativa judicial a tal cambio de medida. Por su parte, la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, en su artículo 3 establece la necesidad de la audiencia del Ministerio Fiscal. No se alude nada a la audiencia del concursado, lo cual puede contravenir el principio de defensa. Sobre esta cuestión trataremos más adelante.

²⁰ Cfr. GARCÍA MARTÍNEZ, R., “La conservación de la empresa como principio de Derecho concursal”, en *Revista de Derecho Privado*, Tomo LXX, enero-diciembre, 1986, pp. 420ss.. Sobre los problemas constitucionales

²¹ Esta posibilidad de recurso puede plantear algunas dudas en cuanto a la auténtica eficacia y realidad de este derecho, por cuanto, por ejemplo, si se le imponen costas al concursado las mismas no tendrán la consideración de deudas de la masa (art. 54.3 LC), pero nada se dice cuando el mismo obtenga sentencia favorable con costas, dado que al ser estas un crédito de la parte, y la misma resulte ser el concursado ni siquiera podrá disponer de ellas para pagar a sus asesores legales. Para la cuestión nos remitimos a lo que se dice más adelante.

²² A tal respecto, véase GARCÍA VILLAVERDE, R., “Sobre la llamada inhabilitación del quebrado”, en *Estudios de Derecho Mercantil Homenaje al profesor Justino Duque Domínguez*, Ed. Universidad de Valladolid, Vol. II, Valladolid, 1998, pp. 1631.

en cuenta que para el deudor persona física la declaración, de cara a preservar intereses de terceros, tiene un primer efecto de orden registral al prescribirse la inscripción en el Registro Civil la intervención o, en su caso, la suspensión de sus facultades de administración y disposición (art. 26.4 LC).

En el supuesto de que el concurso sea voluntario²⁴, el ejercicio de sus facultades queda sometido, con carácter general, a intervención. En consecuencia, el deudor conserva todas sus facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, pero sometidas a determinados requisitos, por lo que los actos de administración y disposición que realice deberán ser autorizadas *a priori* por la administración concursal, o bien, de haberse producido los actos jurídicos en cuestión, aprobadas posteriormente mediante la muestra de su conformidad (art. 40.1 LC). El precepto no establece la forma en que ha de manifestarse la conformidad, ni el procedimiento para solicitarla. Ante tal silencio, hemos de entender que dicha conformidad debe ponerse de relieve con un acto positivo a fin de que quede constancia probatoria de tal aquiescencia. Cuando pueda temerse que los actos incurren o rayan en la nulidad, además del deudor, podrán también los mismos acreedores solicitar dicha conformidad. Así, los acreedores tendrán la posibilidad de requerir a la administración judicial para que se pronuncie acerca del ejercicio de la correspondiente acción o de la confirmación o convalidación del acto²⁵.

Para el caso de que el concurso sea necesario, la Ley establece la suspensión de facultades para la persona sometida a concurso, lo que supone la sustitución de la capacidad de administración del deudor por la administración concursal, quien

²³ Señala M.A. LÓPEZ SÁNCHEZ que conviene advertir que el término “inhabilitación” no tiene en la LC el mismo significado que en el régimen anterior. En éste constituía una medida vinculada al desarrollo del procedimiento concursal con la finalidad de evitar la desaparición de los bienes y así proteger los intereses del acreedor. Por el contrario, en la actualidad está más ligada a las denominadas “interdicciones legales”, calificable como medida de carácter sancionatorio (cfr. en “Los efectos de la declaración de concurso (una primera aproximación a la disciplina contenida en la Ley 22/2003, de 9 de julio), en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, cit., tomo 2, pp. 2008-2009).

²⁴ El artículo 22.1 de la Ley Concursal determina que es voluntario el concurso cuando es solicitado por el propio deudor, si bien se da una situación excepcional contemplada en el ordinal 2 de dicho artículo que entiende que el concurso es necesario “cuando, en los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud del deudor, se hubiera presentado y admitido a trámite otra por cualquier legitimado, aunque éste hubiera desistido, no hubiera comparecido o no se hubiese ratificado”.

²⁵ Véase lo que se dice más abajo respecto a la nulidad de los contratos a propósito del artículo 40.7 LC.

realizará los actos de administración o disposición en relación con los bienes patrimoniales del deudor (art. 40.2 LC). De esta forma se veda toda posibilidad de ejercicio de estos derechos al deudor, que, sin incurrir en un caso de incapacitación, podemos afirmar que nos encontramos en presencia de un supuesto de restricción de ejercicio de derechos²⁶. La posible inhabilitación lo reserva la legislación actual para la fase posterior a la calificación del concurso, en cuyo caso, si se calificara como culpable la sentencia deberá contener el pronunciamiento de la inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos durante un periodo de dos a quince años, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo término, atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio (art. 172.2.2º LC).

Hay que aclarar que ambas situaciones (suspensión e intervención) afectan exclusivamente a las facultades de administración y disposición sobre bienes o derechos que hayan de integrarse en las masas del concurso y, en su caso, a las que correspondan al deudor de la sociedad o comunidad conyugal (art. 40.6 LC), por lo que no quedarán comprendidos las facultades que afecten a derechos personales del concursado (por ejemplo, el derecho de testar, que se reconoce expresamente en el art. 40.6,2º LC) o el ejercicio de derechos que tengan la naturaleza de personalísimos²⁷. Por esta razón, tampoco quedan afectados por estas limitaciones los derechos que no tengan carácter patrimonial²⁸ o los derechos que no sean embargables (cfr. art. 76.2 LC)²⁹. E igualmente tampoco los bienes de terceros cuya administración esté encomendada al concursado pueden quedar afectados por estas restricciones, ya que no se incorporarán a la masa activa, de ahí que la

²⁶ No puede hablarse de una “incapacitación” o “inhabilitación” de la persona del deudor como solía pensarse antes. La terminología legal expresa la idea del legislador de encuadrarlas dentro de las limitaciones de restricciones del ejercicio de derechos. Sobre el particular puede verse MARTÍNEZ FLOREZ, A., “La intervención y la suspensión del concursado en el ejercicio de las facultades de administrar y de disponer de los bienes integrantes de la masa activa”, en *Revista del Poder Judicial. La Ley Concursal*, XVIII, número especial 2004, pp. 147 ss.

²⁷ A estos derechos se refiere el artículo 1111 del Código Civil, y entre los que podríamos incluir derechos tales como los de paternidad, honoríficos o, incluso, los morales consagrados en la Ley de Propiedad Intelectual.

²⁸ Sirva a guisa de ilustración, el ejercicio del derecho moral de un autor a la divulgación de una obra, consagrado en el artículo 4 Ley de Propiedad Intelectual.

²⁹ A tal respecto, pueden confrontarse los artículos. 605 a 607 LEC, que se refieren entre otros, al mobiliario y menaje de la casa, libros para el ejercicio de la profesión, etc.

adecuada o inadecuada administración no perjudicaría los derechos de los acreedores. Esta exclusión confirma que las limitaciones o restricciones que se imponen al concursado no representan una auténtica incapacidad, por cuanto la incapacidad tiene un efecto más universal³⁰.

El principio de conservación, que rige en estos casos, determina que hasta que no se apruebe el convenio judicial -o la liquidación, en su caso- no se puedan enajenar ni gravar los bienes y derechos que integran la masa sin autorización del juez (art. 43.2 LC). Esta regla tiene una excepción relativa a los actos de disposición inherentes a la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, siempre que se hayan llevado a efecto respetando lo que para dichos actos prescribe el artículo 44 de la LC (cfr. art. 43.3 LC). La regla encuentra su justificación en la necesidad de preservar la integridad de la masa activa; la excepción, en el principio de conservación de la empresa, que late de forma reiterada en distintos preceptos de la Ley Concursal³¹.

Hemos significado que, con la publicidad necesaria (cfr. arts. 23 y 24 LC), la flexibilidad del procedimiento permite, atendidas las circunstancias concretas y a solicitud de la administración concursal y oído el deudor, modificar el régimen pudiendo decretarse la suspensión en el voluntario y la intervención en el necesario (art. 40.4 LC). El cambio de régimen no podrá realizarse de oficio por el órgano judicial, dado que se exige la solicitud de los administradores, según el tenor literal que consta en la propia Ley: “a solicitud de la administración concursal y oído el concursado” (cfr. artículo 40.4 LC). De una hermenéutica racional de este precepto, podemos colegir los dos requisitos que exige la norma para que se produzca el cambio de régimen. En primer lugar, ha de solicitarlo la administración concursal, solicitud que entendemos ha de ser razonada y atender a criterios de oportunidad; y, en segundo lugar, ha de ser oído el concursado, quien, por consiguiente, estará facultado para hacer alegaciones en contra de tal medida. Únicamente con estos dos requisitos, podrá el juez pronunciarse al respecto,

³⁰ La inhabilitación, como hemos dicho antes, se reserva para los supuestos de concurso calificado como culpable, en los que se impone como sanción de carácter temporal a las personas afectadas (véase artículo 172.2.2º LC).

³¹ Sobre el particular puede verse GARCÍA MARTÍNEZ, R., “La conservación de la empresa como principio de Derecho concursal”, en *Revista de Derecho Privado*, T. LXX, enero-diciembre de 1986, pp. 420 ss.; CONTRERAS DE LA ROSA, I., “Efectos básicos de la declaración de concurso sobre el deudor en la nueva Ley Concursal. Especial referencia a la intervención o suspensión y su incidencia en la continuación de la actividad profesional o empresarial del concursado”, *Estudios sobre la Ley Concursal...*, cit., 2, pp. 1839 ss.

quedando abierta la vía de recursos que procedan frente a la resolución que adopte el órgano judicial.

En el concurso de la herencia no cabe la modificación de situación, puesto que corresponderá siempre la administración y disposición a los administradores, según establece expresamente el artículo 40.5 LC. La razón es obvia, habida cuenta que la herencia, como patrimonio universal, carece de personalidad, por lo que no puede hablarse de la existencia de un deudor persona física, ni de la existencia de representantes legales de persona jurídica que puedan tener conferida una representación legal. Por ende, es más lógico que ninguno de los herederos esté facultado para realizar actos de administración o disposición, sino que, en orden a la preservación de los intereses de los acreedores, sean los propios administradores los que conserven todas las facultades a fin de realizar los actos o negocios jurídicos pertinentes.

Una vez se produce la apertura de la fase de liquidación del concurso, el concursado estará siempre bajo el régimen de suspensión (art. 145 LC), dado que, por el tipo de actuaciones que hay que realizar, es la solución más adecuada para salvaguardar los intereses de los acreedores afectados. Incluso prevé la Ley especial la posibilidad de reponer a los administradores concursales en su cargo, una vez acordada la apertura de la liquidación, cuando por la eficacia del convenio los mismos hayan cesado.

Las limitaciones de ejercicio de derechos que se imponen por vía de la suspensión o intervención tienen unas consecuencias jurídicas que aflorarán en el supuesto de que el concursado infrinja el régimen de restricción o se extralimite en las facultades de ejercicio de derechos afectados por el concurso. Las consecuencias dependerán del régimen a que esté sometido -suspensión o intervención-, y producirá sus efectos según la materia y alcance del acto³².

Las consecuencias del incumplimiento de este régimen se atemperan en relación con la regulación anterior de la institución de la quiebra³³. En el nuevo régimen, en lo atinente a la celebración de contratos, hemos de decir que la suspensión -y en menor medida la intervención- no representa de forma automática la nulidad de los negocios u actos jurídicos concluidos por el concursado, que como mucho podrían, en todo caso, estar afectados de anulabilidad (art. 40.7 LC). La propia Exposición de Motivos se encarga de señalar que la Ley Concursal “atenúa la sanción de los actos realizados por el deudor”. De esta forma, celebrado de forma indebida un acto o contrato por un concursado en materia que afecte a la integridad del patrimonio, la administración del concur-

so puede confirmarlos o convalidarlos³⁴. Pero una vez concluido el contrato, no se considera nulo de pleno derecho, puesto que únicamente la administración concursal puede solicitar la anulación de dichos actos (40.9 LC). La declaración de nulidad producirá efectos frente a todos, sin que, por tanto, pueda considerarse que el contrato puede producir efectos relativos, por ejemplo, entre deudor y contraparte³⁵. Bien es cierto que, en este caso, si la administración judicial permaneciera inactiva ante un contrato celebrado por un deudor en concurso, se produciría una situación interina de inseguridad para los acreedores que no sabrían si, a la postre, dicho contrato sería objeto de impugnación. Por eso, con buen criterio, la LC concede a los acreedores o a cualquier persona que haya sido parte en la relación afectada por la infracción el derecho a solicitar de la administración concursal que se pronuncie acerca del ejercicio de la correspondiente acción o de la convalidación o confirmación de tal acto, de forma tal que si los administradores, se hayan o no pronunciado, no ejercitan la acción de nulidad en el plazo de un mes, la misma habrá caducado (art. 40,7 LC)³⁶.

No contempla la LC la hipótesis de que sean los acreedores los que, de forma subsidiaria, pudieran ejercitar la acción de nulidad en interés o beneficio de la

³² Debemos tener en cuenta que los actos del concursado anteriores a la fecha del auto de declaración del concurso podrán ser objeto, en su caso, de las acciones de reintegración reguladas en los artículos 71 a 73 de la LC. Puede confrontarse DÍAZ MORENO, A., "La ineficacia de los actos del deudor concursado que infrinjan las limitaciones impuestas a sus facultades de administración y disposición", en *Estudios Sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, 2, cit., p. 1848.

³³ El artículo 878 del Código de Comercio establecía la inhabilitación del quebrado para la administración de sus bienes, una vez declarada la quiebra. Como consecuencia de ello, todos los actos de dominio y administración posteriores a la época a que se retrotrayeran los efectos de la quiebra eran nulos.

³⁴ Sobre convalidación o confirmación del negocio jurídico puede verse la teoría general contenida en los artículos 1309 a 1313 del Código Civil.

³⁵ DÍAZ MORENO, A., en "La ineficacia de los actos del deudor concursado...", cit., pp. 1858-1859, defiende la idea de que en el artículo 40.7 no se contiene un sistema de inoponibilidad a los acreedores de los actos del deudor común mientras dura la intervención o suspensión de sus facultades patrimoniales, por lo que, sería más lógico que la LC hubiera estructurado el régimen de los actos del concursado contrarios a las limitaciones previstas en el artículo 40 LC en torno a la idea de inoponibilidad, que hubiera resultado una solución perfectamente aceptable desde el punto de vista técnico, tal como se hace en otros ordenamientos jurídicos.

³⁶ También se prevén otras dos causas de caducidad para este tipo de acciones, contempladas en el artículo 40.7, dado que la acción de anulación caducará "con el cumplimiento del convenio por el deudor". Además, la referida acción caducará con la finalización de la liquidación (Cfr. art. 176 LC):

masa. Esta conclusión se obtiene de una interpretación literal del tenor del artículo 40.7, que establece claramente que dichos actos “sólo” podrán ser anulados a instancia de la administración concursal, con lo que se veda la posibilidad de intervención de otros acreedores impugnantes, en la consideración de que es la administración concursal la que puede prejuzgar de forma objetiva y desinteresada si dichos actos, aun a pesar de infringir las limitaciones establecidas, pueden resultar beneficiosos o, al menos, no perjudiciales para la masa.

La Ley ofrece varias posibilidades a los acreedores: solicitar si se va a ejercitar la acción o si el acto va a ser convalidado o confirmado³⁷. La respuesta de la administración podrá ser positiva, esto es, comunicar que se va a ejercitar la pertinente acción de nulidad o bien que se va a convalidar o confirmar el acto. En este segundo supuesto, tal manifestación equivaldrá a la confirmación del mismo, sin que ulteriormente pueda procederse al ejercicio de la acción de nulidad, habida cuenta que, en virtud del principio de la buena fe, la administración judicial no podría ir contra sus propios actos. Si, por el contrario, los administradores manifiestan su designio de impugnar el acto, el plazo para el ejercicio de la acción será de un mes a contar desde la fecha del requerimiento, por lo que si no procedieran al ejercicio de la misma en dicho término la acción habría caducado. De ejercitar esta acción se tramitará por los cauces procesales del incidente concursal, pudiendo ser parte todos los afectados. En consecuencia, la administración judicial deberá demandar para requerir su presencia al concursado, a los acreedores y a los terceros afectados por el acto cuya nulidad se pretenda.

Si no existiese el requerimiento en los términos que hemos explicitado anteriormente, la acción de nulidad del acto caducará con el cumplimiento del convenio por el deudor o, en el supuesto de que se llegase a la fase de liquidación, con la finalización de ésta (art. 40.7 LC). En todo caso, los actos realizados por el deudor con infracción de las limitaciones establecidas no podrán ser inscritos en ningún registro público en tanto no se acredite su confirmación o convalidación

³⁷ La utilización de las expresiones “confirmar” y “convalidar” es redundante en este caso, dado que, por la naturaleza del acto, sería suficiente haber utilizado el vocablo “confirmar”. No obstante, como ha escrito DÍAZ MORENO, A., “al utilizar dos expresiones diferentes de forma acumulada quizá la Ley no haya pretendido otra cosa que despejar cualquier duda sobre la posibilidad de sanación de los actos realizados por el deudor común, con independencia de cualquier consideración dogmática o terminológica” (Cfr. “La ineficacia de los actos del deudor concursado...”. op. cit. pág. 1872).

o se acredite la caducidad de la acción o bien, en el supuesto de haberse procedido al ejercicio de la acción de nulidad, la desestimación en firme de la misma.

2.1.3. *Ejercicio de la actividad profesional o empresarial*

La normativa actual consagra el principio general de que la declaración del concurso, por sí sola, no interrumpe necesariamente el ejercicio de la actividad profesional o empresarial que ejerciera el deudor. Se trata en este caso de salvaguardar principios económicos de interés público, como es el de conservación de la empresa³⁸, dado que no solamente se verían afectados intereses económicos del concursado —y por extensión los de los acreedores—, sino de terceros, en especial, los trabajadores, y, por supuesto, el interés general representado por la idea de producción nacional. De ahí que esta regulación normativa de continuidad de la actividad (art. 44 LC) haya sido recibida con unánime aprobación por la crítica científica. No obstante, como es lógico, no se entendería bien que el ejercicio de la actividad de la empresa por el concursado se ejerciera de forma totalmente libre³⁹, ya que es razonable pensar que deban existir ciertas reglas o limitaciones al ejercicio de tal actividad, limitaciones que, en la práctica, variarían según se refieran a situaciones de intervención o suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor⁴⁰.

³⁸ Cfr. GARCÍA MARTÍNEZ, R., “La conservación de la empresa como principio de Derecho concursal”, en *Revista de Derecho Privado*, T. LXX, enero-diciembre de 1986, pp. 420 ss.

³⁹ Hay que tener en cuenta que el concursado suspendido en sus facultades de administración, podrá seguir desarrollando la actividad que venía realizando al tiempo de la declaración del concurso, siempre que no afecte a los bienes que hayan de integrar la masa. Cuestión distinta es todo lo relativo a actos de administración que tengan que ver con la masa (cfr. art. 84.2.5ª LC). Puede verse MARTÍNEZ FLOREZ, A., “La intervención y la suspensión del concursado en el ejercicio de las facultades de administrar y de disponer de bienes integrantes de la masa activa”, cit., p. 140.

⁴⁰ Es de resaltar que resulta sintomático que pese a existir una regulación positiva que no distingue entre empresario u operadores económicos y los que no los son, sin embargo quedan algunos residuos que hacen que en la práctica la legislación deba establecer alguna distinción, como es el caso del ejercicio de la actividad empresarial o profesional u operador económico, que debe ser tratada por la ley con distinto régimen. Cfr. CONTRERAS DE LA ROSA, I., “Efectos básicos de la declaración de concurso sobre el deudor en la nueva Ley Concursal. Especial referencia a la intervención o suspensión y su incidencia en la continuación de la actividad profesional o empresarial del concursado”, *Estudios sobre la Ley Concursal...*, cit., 2, p. 1839.

En el supuesto de intervención, es el juez quien determinará el régimen de ejercicio al declarar el concurso (art. 44.2,2º LC). De esta manera, hasta la aceptación de los administradores concursales —sin perjuicio de lo dicho anteriormente—, el deudor podrá realizar los actos propios de su giro y tráfico que sean *imprescindibles* para la continuidad de su actividad, siempre que se ajusten a las condiciones normales del mercado (art. 44.2,2º LC). Estas dos exigencias son claves, dado que, de una parte, el límite está en el objeto: referidas a actos propios del giro y tráfico de la empresa, con lo que podríamos decir que son los normales o usuales a dicho tráfico; y de otra parte, se exige que se ajusten a las condiciones de mercado, de forma tal que si se trata de intercambios de bienes, prestación de servicios o negociaciones propias de la actividad, los precios han de ser los que pudieran regir en dicha fecha con carácter general para empresas competidoras. También podría darse la circunstancia de que el juez, en las medidas cautelares adoptadas al declarar el concurso, hubiera prohibido toda actividad para el deudor, en cuyo caso no podría realizar ni siquiera estos actos que se considerarían imprescindibles⁴¹. La Ley guarda silencio sobre las consecuencias y el *modus operandi* de cara a corregir las extralimitaciones del concursado en esta fase en la que todavía no existe actuación posible de los administradores por no haber aceptado el cargo. Debemos convenir que, en tales hipótesis, será el juez, de oficio, el que directamente tenga que decidir al respecto, pudiendo confirmar o convalidar el acto o bien declarar la nulidad del mismo. También cabría la posibilidad de que se produjera la impugnación por parte de los acreedores, ya que a tal efecto estarían legitimados procesalmente. No obstante lo dicho, la laguna legal hace que afloren alguna incógnitas de orden procedimental. En primer lugar, habría que convenir que la decisión judicial habría de adoptarse previa audiencia del concursado y de otros posibles afectados: acreedores y terceros. Y para el supuesto de que el juez guardase silencio sobre actos en los que previsiblemente hubiera existido una extralimitación del concursado, nos encontraríamos con dos cuestiones. La primera relativa al hecho de que no se contempla la posibilidad de que los acreedores y los terceros afectados pudieran instar una petición de resolución sobre

⁴¹ En modo alguno puede sostenerse la hipótesis contraria, esto es, que el concursado no se viera afectado en la restricción de sus facultades de administración o disposición, habida cuenta que la ley determina claramente las consecuencias de la declaración del concurso y, por otra parte, el artículo 21.2 de la LC establece la producción inmediata de efectos para el auto que declara el concurso. En estos términos puede verse, DÍAZ MORENO, A., “La ineficacia de los actos del deudor concursado que infrinjan las limitaciones impuestas a sus facultades de administración y disposición”, cit., pp. 1848-1850.

la convalidación, confirmación o actuación judicial de anulación o, en su defecto, una decisión encaminada a concretar la validez del acto. Y la segunda, tendente a concretar el plazo de caducidad de tal posible actuación judicial. *Mutatis mutandis*, podría darse aquí una solución análoga a la contemplada para el supuesto en que los administradores ya han aceptado el cargo. De no ser así, planearía a lo largo de todo el procedimiento la posible nulidad del acto, dado que la acción no caducaría hasta el cumplimiento del convenio por el deudor o, en el supuesto de liquidación, con la finalización de ésta, mientras que la aplicación analógica del artículo 40.7 LC otorgaría un plazo de caducidad de un mes desde la interpelación judicial.

Una vez producida la aceptación de los administradores, éstos podrán determinar los actos u operaciones propios del giro o tráfico de aquella actividad que, por razón de su naturaleza o cuantía, quedan autorizados con carácter general (art. 44.2 LC).

En el caso de suspensión, corresponderá a la administración concursal adoptar las medidas necesarias para la continuación de la actividad profesional o empresarial (art. 44.3 LC). El problema puede surgir cuando, en casos de suspensión, se realicen actos relativos al giro o tráfico de la empresa en condiciones normales o infringiendo dichas condiciones. En tal situación, habrá que esperar al nombramiento de la administración concursal para que actúe de conformidad con sus facultades, pudiendo impugnar o convalidar dichos actos, según hemos dicho anteriormente.

Con carácter común para los casos de intervención o suspensión, el juez a solicitud de la administración concursal y previa audiencia del deudor y de los representantes de los trabajadores de la empresa, podrá acordar mediante auto el cierre de la totalidad o de parte de las oficinas, establecimientos o explotaciones de que fuera titular el deudor, así como, cuando ejerza actividad empresarial, el cese o la suspensión total o parcial de ésta (art. 44.4 LC), existiendo un procedimiento especial para suspensión de contratos de trabajo⁴².

Lo singular de esta medida, que también puede enmarcarse dentro del

⁴² Confróntese lo establecido en el artículo 64 LC. Sobre la constitucionalidad de la facultad judicial del cierre de la empresa en el concurso como problema jurídico puede verse: FONT GALÁN, I./MIRANDA SERRANO, L.M./PAGADOR LÓPEZ, J./VELA TORRES, P.J., "Derecho concursal y constitución española, sobre la constitucionalidad y régimen del *cierre judicial de la empresa* y de otras cuestiones concursales", en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, cit., 1, pp. 204 ss.

principio de conservación de la empresa, hace que requiera dos condiciones. De una parte, la medida no puede adoptarse de oficio por el juez, ya que debe acordarse a solicitud de la administración concursal. Y de otra, para garantizar incluso los intereses económicos que pueda tener el concursado, la Ley exige que se dé audiencia al deudor, a cuya virtud se le faculta a oponerse mediante la formulación de las correspondientes alegaciones. Trámite que debe concederse, asimismo, a los representantes de los trabajadores para que también puedan ser oídos sobre la conveniencia de la medida. La gravedad y trascendencia –en especial para los trabajadores– de la medida del cierre total de la empresa supondrá que la misma se adopte en contadas ocasiones y siempre en supuestos límites de inviabilidad del negocio, sobre todo cuando se detecte que la misma es constatable a corto plazo. Más común pueden resultar los cierres parciales de instalaciones que pueden imponerse en muchos casos con criterios de economía y racionalidad de explotación.

La posibilidad del cierre de la totalidad o parte de las oficinas, establecimientos o explotaciones de que fuera titular el deudor es comprensiva tanto para los empresarios como para los profesionales. Por el contrario, el cese o la suspensión total o parcial de la actividad sólo podrá acordarse cuando se trate de empresarios, dado que nada se dice respecto de los profesionales. El distingo entre estos dos operadores económicos no deja de tener fundamento, puesto que en la hipótesis de profesionales la continuidad de la actividad es más difícil que pueda acarrear perjuicios para los acreedores, quienes, por el contrario, verán más salvaguardados sus intereses con la continuidad de la actividad del deudor profesional.

La continuación de la actividad determina que los créditos que genera la actividad tras la declaración del concurso, incluyendo los laborales⁴³, hasta que el juez acuerde el cese de la actividad, apruebe un convenio o declare la conclusión del concurso, tengan la consideración de créditos de la masa. Esta calificación representa la garantía de que, a sus respectivos vencimientos, estos créditos gozarán de pago prioritario frente al resto de los créditos concursales, cualquiera que sea el estado del concurso (cfr. arts. 84.2,5º y 154 LC).

En el supuesto de que se trate de una empresa de servicios de inversión, la declaración de concurso es causa de revocación de la autorización administrativa

⁴³ “Comprendidas en ellos las indemnizaciones debidas en caso de despido o extinción de los contratos de trabajos, así como los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral” (cfr. art. 84.2.5º LC).

exigida por la legislación especial. De esta forma, la empresa no podrá seguir operando, por lo que se impedirá continuar con el ejercicio de la actividad empresarial. La consecuencia es clara, dado que el órgano administrativo competente (en este caso, el Ministerio de Economía), a propuesta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, puede acordar la disolución forzosa, a tenor del apartado h) del artículo 73, que, según redacción de la Disposición Final Decimoctava, ordinal 4, de la Ley Concursal, arbitra la disolución con el siguiente texto: “Si la empresa de servicios de inversión o la persona o entidad es declarada judicialmente en concurso”, puesto este precepto en relación también con el número 4 del artículo 74 de la referida Ley del Mercado de Valores.

Por su parte, en lo que respecta a las sociedades gestoras de entidades de capital-riesgo o de sociedades de capital riesgo, también hay que convenir que la declaración de concurso en estas sociedades es causa de revocación de su autorización administrativa, con la misma consecuencia de exclusión del Registro Administrativo correspondiente, que podrá ser llevado a cabo por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, lo que también acarreará la imposibilidad de continuar su actividad, dado que el artículo 13.b) de la Ley 1/1999, sobre Entidades de Capital-Riesgo, modificado por la Disposición Final vigésima cuarta, ordinal 2, prevé tal hipótesis al decretar la disolución por el siguiente motivo: “por haber sido declarada en concurso”.

2.1.4. La cuestión de la aceptación de la herencia

El concursado suspendido en sus facultades patrimoniales, en cuanto carece de la libre disposición de sus bienes, no puede aceptar la herencia, aceptación que deberá realizar la administración concursal. El concursado sometido a intervención solo podrá aceptarla con la autorización de la administración concursal, dado que no tiene la libre disposición de sus bienes y el artículo 992 del Código Civil establece este requisito para aceptar y repudiar la herencia. La misma solución cabe predicar respecto del derecho a solicitar la partición de la herencia, pues la exigencia es la misma (cfr. artículo 1052 CC).

No obstante lo anterior, hay que subrayar que estas limitaciones no afectan a la facultad de testar que conserva el concursado, por así disponerlo expresamente el artículo 40.6, párrafo 2º, LC. La razón es lógica habida cuenta que los herederos se subrogarán en todos los derechos y deberes del causante. No obstante, hay que aclarar que este derecho en la práctica está muy restringido, dado que, en primer

lugar, la Ley Concursal dicta reglas concretas que regulan los aspectos jurídicos del fallecimiento del concursado persona física, así como las correlativas consecuencias sobre el concurso, la herencia e, indirectamente, el testamento. De otra parte, el texto legal prevé la posible declaración del concurso de la herencia, regulando sus efectos⁴⁴.

Si el concursado falleciera durante la tramitación del concurso, estaríamos ante un supuesto de concurso de herencia⁴⁵, la cual tiene sus reglas específicas en la Ley (cfr. arts. 182 ss LC), sin perjuicio del derecho del heredero a no aceptar la herencia o aceptarla a beneficio de inventario (art. 998 CC). El supuesto de fallecimiento del concursado se regula en el ordinal 1 del artículo 182 que establece, en primer lugar, que la muerte o declaración de fallecimiento del concursado no será causa de conclusión del concurso, que continuará su tramitación como concurso de la herencia, correspondiendo a la administración judicial el ejercicio de las facultades patrimoniales de administración y disposición del caudal relicto. La representación de la herencia en el procedimiento corresponderá a quien la ostente conforme a Derecho y, en su caso, a quien designen los herederos. En tanto se tramita el concurso la herencia permanecerá indivisa.

La referencia que la Ley Concursal hace en el artículo 40.6 a “sin perjuicio de los efectos del concurso sobre la herencia”, cuando alude al derecho de testar, no debe interpretarse en el sentido de considerar que la Ley está equiparando el concurso de la herencia con el fallecimiento del deudor, ya que, obviamente, cada caso parte de situaciones diferentes, y así, en la hipótesis del concurso de herencia no existe declaración de concurso al fallecimiento del deudor, lo que no ocurre en el caso contrario dado que existe ya declaración del concurso al fallecimiento del deudor⁴⁶. Precisamente, al no existir esta equiparación cada supuesto tiene un régimen distinto⁴⁷.

⁴⁴ Puede verse ILLESCAS, R., “La persona física concursada: sistemática y normas particulares comunes”, en *Estudios sobre la Ley Concursal...*, cit., Tomo 2, pp. 1996-1997, quien después de aludir a las limitaciones a que hemos hecho referencia concluye: “Como conclusión general obtenida del análisis de ambos grupos de normas legales puede afirmarse que las disposiciones testamentarias de la PFC, por mucha que sea la libertad con la que haya podido ser otorgado su testamento y el momento en que haya tenido lugar dicho otorgamiento, quedan totalmente sometidas en punto a su cumplimiento a las resultas del concurso del testador en el que la herencia yacente pasa a integrarse en su extensión”.

⁴⁵ La distinción entre la quiebra del comerciante difunto y la de su herencia, puede verse en RAMÍREZ, J.A., *La quiebra*, cit., pp. 2457 ss.

2.1.5. Efectos procesales: ejercicio de acciones

El concursado suspendido en sus facultades de administración y disposición carece de personalidad para ser parte en procesos relativos a bienes, derechos y obligaciones integrados en las masas del concurso (cfr. art. 6.1, 4º LEC), debiendo ejercitarse las acciones por la administración concursal (art. 54.1 LC). El resto de las acciones pueden ser ejercitadas por el concursado, pero necesitará autorización de la administración para interponer demandas o recursos, allanarse, transigir o desistir cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio.

Los sometidos a intervención conservan su capacidad para actuar en juicio, pero para interponer demandas o recursos que puedan afectar al patrimonio necesitan conformidad de la administración (art. 54.2 de la LC, en relación con el art. 7.8 LEC). Prevé la Ley Concursal solución al conflicto que puede plantearse cuando la administración concursal considere conveniente el ejercicio de una acción y el deudor se negare a formularla, en cuyo caso el juez podrá autorizar a aquella para interponerla. Sin embargo, no regula de forma expresa la hipótesis contraria, esto es, cuando el deudor considerase conveniente interponer una acción y no obtuviera la pertinente autorización de la administración. Consideramos que la solución, por vía de la hermenéutica analógica, debe ir en el mismo sentido contemplado anteriormente e interpretar que el juez podrá suplir la autorización de la administración concursal a fin de que los legítimos intereses del

⁴⁶ Por el contrario, BOLÁS ALFONSO, J., en “El concurso del causante de la herencia y del heredero”, en *Estudios sobre la Ley Concursal...*, cit., 2, p. 1799, sostiene que la Ley Concursal equipara el concurso de herencia con el fallecimiento del causante, por la expresión que se contiene en el artículo 40.6 “sin perjuicio de los efectos del concurso sobre la herencia”.

⁴⁷ A tal respecto ya GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo II, 6ª ed. (revisada con la colaboración de F. Sánchez Calero), Madrid, 1976, p. 473, escribía en relación al sentido e interpretación del artículo 1053 CC: “1º Que no se refiere a la quiebra de un comerciante fallecido, sino a la quiebra de la testamentaria como tal. 2º Que, por consecuencia, la cesación de pagos puede tener lugar después de la muerte del testador y manifestarse tanto en el impago de deudas hereditarias como testamentarias (*vid.* Sentencia de 3 de junio de 1891). La cualidad de comerciante ha de referirse al testador. 3º Que no cabe hablar de quiebra de la testamentaria cuando los bienes de la herencia estén confundidos con los del heredero. En tal caso, sería éste quien cesase en los pagos, aunque se tratase de deudas de su causante. Quebraría el heredero. 4º Que la quiebra de una testamentaria en cuanto constituye un patrimonio responsable autónomo frente a los acreedores del testador y de la testamentaria, comprende en sí el beneficio del inventario (que protege al heredero y a sus acreedores contra los acreedores del difunto) y el beneficio de separación (que protege a los herederos [acreedores] de la herencia contra los acreedores del heredero)”.

deudor —y, por ende, de los acreedores— no resulten perjudicados por la desidia o el desinterés de los administradores.

El deudor puede personarse y defenderse de forma separada en los juicios que la administración concursal haya promovido. Pero, a tenor del artículo 54.3 de la LC, las costas que se impusieran al deudor que hubiera actuado en este caso no tendrán la consideración de deudas de la masa, lo que significa que los acreedores de tales costas no podrán hacerlas efectivas durante la tramitación del concurso y quedarán supeditadas a la resolución del mismo y a la posible ulterior solvencia del deudor. Por el contrario, la Ley Concursal no se refiere al supuesto de que, promovida una acción judicial por la administración, el concursado se defendiera de forma separada y obtuviera un vencimiento con condena en costas para la otra u otras partes. La deuda, de ser condenada la administración frente al concursado, sería de la masa de la quiebra con éste, por lo que obviamente, no podría reclamarlas el deudor. Igualmente, si el deudor obtuviera una condena en costas frente a un tercero, el crédito por las costas pasaría a engrosar la masa activa. En ambos casos se produciría una situación paradójica para el deudor que tendría verdaderas dificultades para defender objetivamente sus derechos al resultarle prácticamente imposible la contratación de medios jurídicos de defensa por carecer de recursos económicos, salvo que los dispendios lo sufragasen terceras personas. Somos de la opinión de que en estas hipótesis y, para en definitiva no conculcar ningún legítimo derecho de defensa, en situaciones de contraposición de intereses tales, podría concederse al deudor concursado que lo solicitase los beneficios de justicia gratuita, habida cuenta que o carecería de recursos económicos o, de tenerlos, estaría en una situación de imposible disposición de los mismos. En esta última hipótesis, si llegase a mejor fortuna en los tres años siguientes podría satisfacer dichos gastos, de conformidad con la Ley sobre justicia gratuita.

Puede producirse un supuesto distinto: que ni el deudor ni la administración concursal emprendan el ejercicio de las acciones judiciales que pudieran reputarse necesarias o convenientes para defender o tutelar los legítimos intereses patrimoniales del deudor. La Ley Concursal, con acertado criterio, regula lo que denomina acción subsidiaria, que supone la posibilidad de que los acreedores ejerciten por su cuenta alguna acción judicial ante el desinterés de los referidos afectados. Señala la Ley varios requisitos para que ello pueda producirse. Primero, es preciso que los acreedores insten por escrito a la administración concursal el ejercicio de dicha acción, señalando las pretensiones concretas que pretenden alcanzar y su

fundamentación jurídica; segundo, debe transcurrir el plazo de un mes sin que el concursado, para el supuesto de que poder ejercitarla, ni la administración lo hayan hecho. En el ejercicio de esta acción subsidiaria los acreedores litigarán a su costa en interés de la masa. En el supuesto de que la demanda fuese total o parcialmente estimada, tendrán derecho a reembolsarse con cargo a la masa activa de los gastos y costas que se les hubiesen ocasionado, hasta el límite de lo obtenido como consecuencia de la sentencia, una vez que ésta sea firme. Impone la Ley la obligación a los acreedores de notificar el ejercicio de tales acciones a la administración concursal. Esta notificación puede servir para que mentada administración pueda comparecer en el procedimiento como coadyuvante de la parte actora.

En lo atinente a la regulación de la acción subsidiaria, se observa una palmaria contradicción, dado que no establece la Ley la obligación de notificar al deudor el requerimiento y fundamentación que la administración concursal pudiera recibir de los acreedores para ejercitar una precisa acción y, sin embargo, concluye que la falta de ejercicio de la acción por el concursado —además de la inacción de los administradores—, transcurrido el plazo de dos meses, conlleva la autorización legal para ejercitar tal acción por los acreedores. Es obvio que para que pudiera existir más rigor en dicho ejercicio también podría darse al deudor, desde el punto de vista procesal, la oportunidad de que conociera tales propósitos, imponiendo la Ley a la administración la obligación de comunicar meritado requerimiento al concursado. De esta forma, cuando el deudor pudiera actuar por sí, se facilitaría el ejercicio a una persona que, sin duda ninguna, tendría más información y más conocimientos sobre la realidad fáctica de la litis.

En lo que se refiere a los juicios pendientes o aquellos que ya se hubieran iniciado a la fecha de declaración el concurso y tengan naturaleza declarativa, no se produce ni la suspensión ni la paralización de los mismos, continuando hasta la firmeza de la sentencia. También podrán acumularse al concurso los que por su materia correspondan a la jurisdicción del juez del concurso (art. 8 LC), siempre que se estén tramitando en primera instancia y el juez del concurso estime que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores, es decir, para la determinación de las masas (art. 51.1 LC). Se acumule o no, la continuación de la participación procesal directa del deudor en el juicio dependerá de las reglas contenidas en la Ley sobre su capacidad procesal⁴⁸. En caso de intervención, el deudor conservará la capacidad para actuar en juicio, pero necesitará la autorización de los administradores para desistir,

allanarse, total o parcialmente, y transigir cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio. En este caso se regula legalmente las consecuencias respecto de las costas, habida cuenta que en los allanamientos y desistimientos autorizados las costas tendrán la consideración de crédito concursal, y para la transacción habrá que estar a lo pactado (art. 51.3 LC).

En la hipótesis de la suspensión de las facultades de administración y disposición del concursado, la administración concursal, en el ámbito de sus competencias, sustituirá a éste en los procedimientos judiciales en trámite. Una vez se persone en el procedimiento se le otorgará un plazo de cinco días para instruirse de las actuaciones. Para desistir, allanarse, total o parcialmente, y transigir en los litigios la administración necesitará autorización judicial. Además, previene la Ley que en tales supuestos el juez dará traslado de la solicitud presentada por la administración procesal al deudor, en todo caso, y a aquellas partes personas en el concurso que estime deban ser oídas respecto de su objeto. Hemos de convenir que las personas que deben ser oídas serán todas aquellas a las que la solicitud de desistimiento, allanamiento o transacción pueda afectar económicamente. La solución que la Ley prevé para las costas es la misma que la que acabamos de analizar a propósito de la actuación del deudor en caso de intervención (cfr. art. 51.2 LC).

La sustitución procesal que en el supuesto de suspensión de facultades realice la administración, no impedirá que el deudor mantenga su representación y defensa separada por medio de sus propios profesionales, abogado y procurador, siempre que garantice de forma suficiente ante el juez del concurso que los gastos de su actuación procesal y, en su caso, la efectividad de la condena en costas no recaerá sobre la masa del concurso, sin que en ningún caso pueda realizar actuaciones procesales que correspondan a la administración judicial con autorización del juez. Es decir, que el deudor no podrá, en ningún caso, llevar a cabo actuaciones de allanamiento, desistimiento o transacción. En materia de costas, nos enfrentamos con el mismo problema que hemos denunciado anteriormente a propósito del ejercicio de acciones una vez declarado el concurso. Será muy difícil o imposible que el deudor pueda continuar con su defensa en estos supuestos, ya que se le obliga a satisfacer extraconcursalmente los gastos y costas procesales. Por ello, también aquí podría arbitrarse la solución que hemos apuntado en la

⁴⁸ La acumulación podrá solicitarse por la administración concursal, antes de emitir su informe o por cualquier parte personada, antes de la finalización del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores (cfr. art. 51.1, párrafo segundo).

hipótesis anterior: en aras a la tutela del derecho de defensa también debería otorgarse al concursado los derechos de justicia gratuita.

2.1.6. *Otros efectos o prohibiciones*

La Disposición Adicional Tercera, apartado 3º, de la LC dispone que todas las declaraciones de incapacidad de los quebrados o concursados y las prohibiciones para el desempeño por éstos de cargos o funciones o para el desarrollo de cualquier clase de actividades establecidas en preceptos legales no modificados expresamente por esta Ley, se entenderán referidas a las personas sometidas a un procedimiento de concurso en el que se haya producido la apertura de la fase de liquidación.

Con este tenor debemos colegir que el concursado, una vez abierta la fase de liquidación, tendrá las prohibiciones propias que antes se referían para el concursado o quebrado, con lo que aquí la Ley sigue el mismo tenor. Quizá la Ley no debería haber seguido un criterio tan automático y debería haber procedido a regular de forma particular las diversas situaciones que se producen, por cuanto es más aconsejable restringir al máximo las limitaciones. Por mor de este automatismo, hemos de señalar, pues, que el concursado no podrá ser tutor al estar incurso en una causa de prohibición establecida en el artículo 244.5 del CC. Tampoco podrá ser curador, habida cuenta que a esta institución también le es aplicable las normas sobre inhabilidad, y por así determinarlo expresamente el párrafo segundo del artículo 291 CC, solución legal que también vincula a la figura del defensor judicial (art. 301 CC). La justificación en estos supuestos obedece a que el concursado deberá administrar bienes de terceras personas en situaciones especiales, por lo que si se ha evidenciado una falta de criterio para administrar su patrimonio es de razón que se les prohíba administrar otros patrimonios a fin de no comprometer su solvencia.

La declaración del concurso también producirá la disolución de la sociedad de gananciales, lo que dará lugar a la liquidación de la misma (art. 1393,1º CC). Esta solución, ya establecida con anterioridad en el Código Civil, tiene como finalidad salvaguardar los intereses del cónyuge del concursado, facilitando la formación de la masa activa del deudor. El ordinal 1 del artículo 77 de la Ley Concursal determina que, en el supuesto de concurso de persona casada, la masa activa comprenderá los bienes y derechos propios o privativos del concursado. La solución no plantea ningún problema en el régimen económico de separación. Por el contrario, en la situación de sociedad de gananciales podrían plantearse

problemas de cara a conocer los bienes comunes que deben responder. En el supuesto de sociedad de gananciales, se sigue el régimen general de responsabilidad consagrado en los artículos 9 y siguientes del Código de Comercio. También, con buen criterio, el número 2 del artículo 77 de la LC viene a establecer que en supuestos de régimen de gananciales o de cualquier otro de comunidad de bienes, se incluirán también en la masa los bienes gananciales o comunes cuando deban responder de obligaciones del concursado. Pero en tal hipótesis, al igual que acontece con cualquier otro régimen de análoga responsabilidad, el cónyuge del concursado podrá solicitar la disolución de la sociedad o comunidad conyugal y el juez deberá acordar la liquidación o división del patrimonio que se llevará a cabo de forma coordinada con lo que resulte del convenio o de la liquidación del concurso. Esta solución, por consiguiente, vale para el régimen de participación (art. 1415 CC).

Al exigir la Ley una liquidación de la sociedad de gananciales de forma coordinada con lo que resulte del convenio o de la liquidación está imponiendo una actuación condicionada al otro cónyuge para poder disponer de sus bienes. Consideramos que nada justifica dicha vinculación y que el tratamiento debería ser el específico sin condiciones o restricciones para el otro cónyuge, dado que es factible que, una vez concluida la liquidación de la sociedad de gananciales, acrecieran los bienes del concursado obtenidos en virtud de dicha liquidación a la masa del concurso. También hay que tener en cuenta que el procedimiento de liquidación puede complicarse, habida cuenta las distintas impugnaciones y recursos que podrían plantearse por el otro cónyuge, lo que daría lugar a incidencias y retrasos en el concurso o a la imposibilidad de que pudieran seguirse actuaciones coordinadas.

Además de las restricciones enumeradas no debemos olvidar que los que resulten inhabilitados por mor de la sentencia de calificación, tendrán otras muchas consecuencias, tanto se trate de personas físicas como de personas jurídicas, tal como establecen los artículos 172 y 173 de la Ley Concursal.

2.2. DEBER DE COLABORACIÓN

Con el objeto de mantener una cierta agilidad en la tramitación del procedimiento, establece la Ley Concursal una serie de deberes para el concursado. Así, el deudor tiene el deber de comparecer personalmente ante el juzgado de lo mercantil y ante la administración concursal cuantas veces sea requerido.

También debe colaborar e informar en todo lo necesario o conveniente para el interés del concurso. Cuando el deudor sea persona jurídica, los deberes anteriores incumbirán a sus administradores o liquidadores y a quienes hayan desempeñado estos cargos dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso (cfr. art. 42.1 LC). Es plausible y resulta de gran utilidad extender estas obligaciones a los anteriores administradores. Las motivos no son en modo alguno baladíes. En primer lugar, porque las operaciones o actos jurídicos económicos que han llevado a la declaración concursal se habrán producido durante ese período, y es lógico que sean los administradores de dichos momentos los que pueden arrojar más luz al proceso. Y, en segundo lugar, porque de no ser así, de cierto podrían producirse maniobras tendentes a nombrar otros administradores distintos a los existentes en referidas etapas con el único designio de obstaculizar la indagación de la verdad o de poder eludir más fácilmente el cumplimiento de la ley, en el supuesto de que así interesara a personas implicadas en el concurso, sobre todo en supuestos en los que la culpabilidad en la causación del concurso sea manifiesta.

Estos deberes alcanzarán también a los apoderados del deudor que lo sean en el momento de la declaración del concurso y a quienes lo hayan sido dentro de referido periodo (art. 42.1 LC). La Ley Concursal en este supuesto no distingue entre deudor persona física y deudor persona jurídica, por lo que debemos concluir que este precepto extiende su radio de acción a cualquier apoderado de cualquier deudor, independientemente de su personalidad. Es también digno de alabanza el hecho de que la Ley adopte la misma solución para todos los apoderados de los deudores, habida cuenta que de esta forma tampoco los deudores personas físicas podrán encubrir o intentar eludir responsabilidades amparándose en desconocimientos de actos u operaciones por el hipotético nombramiento de otras personas para gestionar su empresa o patrimonio personal.

El incumplimiento de esta obligación hace presumir el dolo o culpa grave en la generación o en la agravación de la insolvencia y, salvo prueba en contrario, es suficiente para fundar la calificación del concurso como culpable, con los efectos y consecuencias perversos que ello implica (cfr. art. 165.2 LC). Nótese que la Ley tampoco diferencia en el hecho de que el incumplimiento de estos deberes se realice por el deudor o sus representantes legales, sean administradores o liquidadores, y que, por consiguiente, las conductas de terceros puedan tener incidencia en la calificación del concurso y responsabilidad personal del deudor. Es palmario que esta, a nuestro juicio, correcta solución también está encaminada a impedir que puedan producirse pactos entre los involucrados y sus representantes para negar

información a los órganos del concurso. Y aunque, en principio parece más justo que las responsabilidades personales obedezcan a actuaciones subjetivas, no debemos olvidar que también existen basamentos jurídicos para explicar la responsabilidad por hechos ajenos.

2.3. EFECTOS SOBRE LA CONTABILIDAD

2.3.1. *Efectos generales*

La declaración del concurso no exime al concursado, legalmente obligado a llevar una contabilidad, de tal obligación. Al contrario, subsiste la obligación de formular las cuentas anuales e incluso la de someterlas a auditoría, para el caso de que esté obligado a ello desde el punto de vista legal.

A propósito de estos deberes contables, distingue también la Ley entre los supuestos de suspensión y de intervención. Cuando el deudor esté sometido a suspensión, la formulación de las cuentas anuales corresponde a los administradores concursales, y si estuviera sometido a intervención será el propio deudor el que deba formularlas, pero bajo la supervisión de los administradores concursales (art. 46.1, 1º y 2 de la LC).

En lo atinente a las auditorías, las sociedades declaradas en situación concursal estarán exentas de someter a verificación las primeras cuentas anuales que se redacten mientras esté en funciones la administración concursal, excepto en el caso de que la sociedad deudora tenga sus valores admitidos a negociación en mercados secundarios de valores o esté sometida a supervisión por el Banco de España, la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones o la CNMV, en cuyos supuestos tal exención no es aplicable, en garantía de los derechos de terceros (art. 46.2 LC).

2.3.2. *Deberes respecto de los libros de llevanza obligatoria*

Prescribe el artículo 45 de la Ley Concursal que el deudor deberá poner a disposición de la administración concursal los libros de llevanza obligatoria o cualesquiera otros libros, documentos y registros relativos a los aspectos patrimoniales de su actividad profesional o empresarial. A solicitud de la administración concursal, el juez acordará las medidas que estime necesarias para la efectividad o cumplimiento de dicho deber. La coactividad de la disposición es obvia, de ahí que el incumplimiento pueda tener los efectos determinados en la calificación del

concurso como culpable, tal como explicitamos más arriba respecto del cumplimiento de otros deberes. También las razones son fáciles de colegir, habida cuenta que de esta forma la comprensión del alcance y origen del concurso serán más fáciles de obtener.

2.4. EL DERECHO A PERCIBIR ALIMENTOS

La regulación de la Ley Concursal en materia de alimentos marca la evolución de nuestro ordenamiento jurídico en cuestiones humanitarias y coadyuva a poner de relieve de forma evidente el final de la concepción represiva de nuestro Derecho en lo atinente a insolvencias. La lectura e interpretación sistemática de las normas sobre alimentos, recogidas principalmente en los artículos 47, 84 y 145, nos permite distinguir entre dos diferentes situaciones respecto a los alimentos. De un lado, habrá que tener en cuenta el régimen jurídico previsto para los alimentos que deben prestarse por el deudor persona física en situación de concurso, y de otro, el relativo a los alimentos a percibir por dicho concursado⁴⁹.

Por razones humanitarias, el deudor persona física tiene derecho a alimentos, que se satisfarán con cargo a la masa activa. El concepto de alimentos se extiende, según lo establecido en el artículo 142 CC, a lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica.

La cuantía y su periodicidad serán fijados por la administración concursal en caso de intervención, y, en caso de suspensión, oídos el concursado y la administración concursal, por el juez, quien podrá modificar la cuantía y periodicidad con audiencia del concursado o de la administración concursal, y a petición de cualquiera de ellos (art. 47.1 LC). El hecho de que la Ley Concursal condicione la modificación a la petición de las partes de forma expresa, deja bien claro que esta modificación no podrá producirse de oficio por el juez, solución lógica si tenemos en cuenta que nos movemos en el ámbito del proceso civil donde rige el principio *nec procedat iudex ex officio*, pero que, sin embargo, podría suscitar alguna duda sobre todo en el supuesto de inactividad de la administración concursal.

La apertura de la fase de liquidación extingue el derecho a alimentos con cargo a la masa activa (arts. 47.1 y 145.2 LC).

También serán satisfechos con cargo a la masa activa los alimentos debidos por el deudor en virtud de resolución judicial en procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores. Mas para que estos alimentos se paguen con cargo a la

⁴⁹ Cfr. ILLESCAS, R., "La persona física concursada: sistemática y normas particulares comunes", en *Estudios sobre la Ley Concursal...*, cit., Tomo 2, pp.2000-2001.

masa activa es necesario que se cumplan dos requisitos. Uno, que los acreedores de alimentos no puedan obtenerlos de otras personas legalmente obligadas a prestárselos, y dos, que lo autorice previamente el juez del concurso, quien en todo caso determinará su cuantía (art. 47.2).

Los créditos por alimentos al deudor y los de las personas respecto de las cuales tuviera el deber legal de prestarlos, conforme a la establecido en la propia Ley Concursal sobre su procedencia y cuantía así como en toda la extensión que se fije en la correspondiente resolución judicial posterior a la declaración del concurso, los de alimentos a cargo del concursado acordados por el Juez de Primera Instancia en alguno proceso de familia o de menores, se consideran créditos de la masa, pagándose a su vencimiento en cualquier estado del procedimiento y con anterioridad a los créditos concursales (cfr. art. 84-4º y 154 LC).

La solución adoptada por la Ley respecto a alimentos es bastante satisfactoria. Únicamente puede resultar cuestionable el hecho de que se pongan bastantes trabas a los alimentos que deben prestarse en virtud de resolución judicial decretada por un juez de primera instancia en procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio o menores, que se abonarán con cargo a la masa, siempre que concurren dos condiciones. En primer lugar, que los que tengan derecho a los mismos no puedan recibirlos de otras personas legalmente obligados a prestárselos, con lo que los créditos alimenticios pasan a posponerse respecto de otros de contenido más económicos y menos humanitario, gravándose a terceras personas –familiares de los acreedores de alimentos– con las consecuencias de la declaración del concurso. Y en segundo lugar, deben contar con la autorización del juez del concurso, quien resolverá por auto sobre su procedencia y cuantía. Con esta solución se atribuye al juez del concurso la facultad de “validar” una resolución judicial firme de otro órgano judicial y, además, de poder modificarla –suponemos que siempre a la baja–, por lo que podrán limitarse derechos firmes del alimentado, extendiéndose los efectos de la declaración del concurso sobre personas ajenas al mismo.

3. EFECTOS SOBRE CIERTOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL CONCURSADO

La institución de la quiebra engendró siempre una presunción de mala fe en el quebrado, en contra del principio general que presume siempre la buena fe del deudor⁵⁰, de ahí que históricamente se hayan venido adoptando medidas

represoras -que llevaban a la privación de libertad como primera medida cautelar- y limitadoras de derechos fundamentales⁵¹. Los anteriores efectos contenidos en el Código de Comercio de 1829⁵² y en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, sobre arresto del quebrado y la intervención de la correspondencia, que estaban regulados en una ley ordinaria⁵³, plantearon ciertas dudas sobre su constitucionalidad, por lo que el Tribunal Constitucional tuvo necesidad de pronunciarse al respecto⁵⁴, atemperando el alcance de dichas medidas⁵⁵.

La Ley Concursal, en su artículo 41, se remite a la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal (LOC), para establecer los efectos sobre derechos fundamentales⁵⁶, en cumplimiento del artículo 81 de la Constitución Española, que exige su regulación por ley orgánica al afectarse derechos fundamentales⁵⁷. De esta manera, se termina con el automatismo que caracterizaba la aplicación de estas medidas en el sistema concursal precedente, que -como se ha dicho-, una vez aprobada la Constitución española, pugnaba seriamente con la ortodoxia normativa, máxime cuando se ha producido una unificación del sistema concursal y las medidas represoras no sólo afectarán a profesionales de la empresa o comercio sino a deudores comunes, lo que lleva también a considerar con menos fundamento reprimir con especial gravedad a simples ciudadanos no involucrados de una forma tan activa en el tráfico económico⁵⁸.

⁵⁰ GARRIGUES, J., "Derecho de las quiebras y de las suspensiones de pagos", en *Revista de Derecho Privado*, año 1940, p. 463.

⁵¹ Sobre cuestiones históricas de limitación de derechos puede verse OLEA BANET, F./ MARTÍNEZ FLOREZ, A., "La limitación de derechos fundamentales por causa del concurso", en *Estudios sobre la Ley Concursal*, cit., pp. 2207-2209.

⁵² El artículo 1044 del Código de Comercio de 1829 establecía el arresto del quebrado (en su casa, si prestaba fianza o directamente en la cárcel en caso contrario); la ocupación de todas las pertenencias y papeles del quebrado -cuyo procedimiento se regulaba en el artículo 1046-, así como la intervención de su correspondencia.

⁵³ La declaración del concurso llevaba aparejada la retención de la correspondencia (art. 1173,3º LEC de 1881); en tanto que la quiebra comportaba el arresto y la derogación del derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 1173,1ª LEC de 1881).

⁵⁴ Cuestiones que también habían sido advertidas por la doctrina, como TORRES DE CRUELLS / MAS Y CALVET, en *La suspensión de pagos*, 2ª ed., Barcelona, 1995, pp. 79 ss.; CERDÁ ALBERO, F./SANCHO GARGALLO, I., *Quiebras y Suspensiones de pagos: claves para la reforma concursal*, Ed. Colección de Estudios Económicos "La Caixa", Barcelona, 2001, pp. 78 ss.

Por su parte, el Tribunal Constitucional en Sentencia 178/1985, de 19 de diciembre, y a propósito de pronunciarse sobre los artículos 1044.2 del CCo de 1829 y de los artículos 1333, 1335 y 1340 de la LEC de 1881, no determinó la inconstitucionalidad de la medida, admitiendo

Con este nuevo criterio la LOC sienta la posibilidad de que, una vez se admita a trámite la solicitud de declaración del concurso necesario, a instancia⁵⁹ del legitimado para instarlo o desde la declaración del concurso, de oficio a instancia de cualquier interesado, y tanto en los casos de suspensión como de intervención, se puedan adoptar, en cualquier estado del procedimiento, las siguientes medidas restrictivas de derechos fundamentales tanto para personas físicas como para los administradores de personas jurídicas⁶⁰, según establece el artículo 1 de la LOC.

a) Posibilidad de intervenir las comunicaciones de cualquier índole del deudor (ordinarias y electrónicas), garantizando el secreto de los contenidos que no

la adecuación de dichos preceptos a lo dispuesto en los artículos 17.1 y 24.2 de la CE, siempre que se interpretase con el tenor de la sentencia. La Sentencia en cuestión limitaba la aplicación de la medida a los siguientes requisitos, expuesto de forma sucinta: a) Los preceptos no pueden interpretarse de forma literal, porque vulnerarían la presunción de inocencia, por lo que será el Juez quien, motivadamente, podrá adoptar dicha medida; b) No es inconstitucional la restricción de libertad que supone el arresto del quebrado en su propio domicilio por el tiempo indispensable para asegurar la finalidad del procedimiento concursal; c) La duración de la privación de libertad ha de ser tan solo la que se considere indispensable para conseguir la finalidad con se ha acordado.

⁵⁵ La propia Exposición de Motivos de la Ley Concursal se hace eco de esta cuestión al considerar que, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, la reforma ha de orientarse a “atemperar el rigor de estos efectos, suprimir aquellos de carácter represivo y limitarse a establecer los necesarios desde un punto de vista funcional, en beneficio de la normal tramitación del procedimiento y en la medida en que éste lo exija, confiando al Juez la potestad de graduarlos y de adecuarlos a las circunstancias concretas de cada caso”.

⁵⁶ La reforma concursal ha exigido modificaciones muy profundas en la legislación vigente, tanto en lo que se refiere a aspectos sustantivos como procesales, algunas de cuyas medidas han afectado a derechos fundamentales, por lo que su modificación ha debido producirse mediante Ley Orgánica, o porque han afectado a normas de ese carácter, por ejemplo, la Ley Orgánica del Poder Judicial, que la LOC reforma.

⁵⁷ En relación con los problemas constitucionales que ofrece la materia concursal, puede verse JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., “Pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre instituciones y cuestiones concursales”, en *Estudios sobre la Ley Concursal*, cit., 1, pp. 315 ss.

⁵⁸ Las dificultades y peculiaridades de reprimir la conducta del deudor común ha sido puesta de relieve por GARCÍA-CRUCES, J.A., en “El problema de la represión de la conducta del deudor común”, en ROJO, A. (dir.), *La reforma de la legislación concursal*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 247-321.

⁵⁹ Es cierto que en este caso podría exigírsele fianza para poder adoptar dichas medidas, conforme establece el artículo 17 de la LOC.

⁶⁰ El art. 1.2 de la LOC establece: Si se tratase del concurso de una persona jurídica las medidas previstas en el apartado anterior podrán acordarse también respecto de todos o alguno de sus administradores o liquidadores, tanto de quienes lo sean en el momento de la solicitud de declaración de concurso como de los que hubieran sido dentro de los dos años anteriores.

resulten de interés del concurso. Si fuesen telefónicas la intervención se acordará conforme al procedimiento establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En todas las intervenciones, y en especial en las comunicaciones electrónicas, es harto dudosa la posibilidad de respetar los contenidos de aquéllas que no sean de interés del concurso, salvo que puedan llevar alguna referencia en el “objeto” de la comunicación o en atención del remitente, habida cuenta que la lectura de cualquier correo electrónico es automática una vez se accede a las teclas correspondientes, por lo que mantener el secreto de dichos contenidos supondrá actuar con gran cautela. El precepto hace una referencia a la Ley de Enjuiciamiento Criminal en lo concerniente a las telefónicas. Es obvio que en todo caso deberá velarse por la salvaguarda del derecho constitucional, pero en el caso de las telefónicas se exige un *plus* de garantías, de ahí que sea aplicable lo dispuesto en el artículo 579 de la LECrim., en cuanto a la forma de producirse⁶¹. Respecto a los requisitos, hemos de tener en cuenta lo que se dice más abajo, habida cuenta que se trata de una norma más específica que la ley rituarial criminal, en cuanto ésta se refiere a hechos delictivos, en tanto que la ley orgánica concursal tiene otro cometido. Al igual que ocurre con las ordinarias, la intervención se producirán sobre todo tipo de comunicaciones, si bien el juez del concurso deberá velar porque se respete el secreto de aquellas que no tengan incidencia en el concurso, y que por tanto no podrán incorporarse al procedimiento.

b) El deber de residencia del deudor persona natural en la población de su domicilio. El artículo 1.2 de la LOC faculta al Juez del concurso para limitar el derecho a la libre residencia y circulación por el territorio nacional consagrado en el artículo 19.1 de la CE. La finalidad del precepto es, además de evitar que pueda desaparecer, garantizar que el deudor esté a disposición del Juzgado y demás órganos del concurso para cumplir los deberes que le vienen impuestos por la declaración del concurso. La vulneración de esta restricción por el afectado trae como consecuencia el arresto domiciliario.

c) Arresto domiciliario. La automaticidad del arresto consagrada anteriormen-

⁶¹ FONT GALÁN, J.I./MIRANDA SERRANO, L.M./PAGADOR LÓPEZ, J./VELA TORRES, P.J., en “Derecho concursal y constitución económica. Sobre la constitucionalidad y régimen del *cierre judicial de la empresa* y de otras cuestiones concursales”, cit., pp. 180-181, se remiten a los requisitos previstos en al L.E.Crim. aludiendo a la interpretación restrictiva que del precepto ha hecho el Tribunal Constitucional. Sin embargo, debemos entender que los requisitos aplicables para adoptarse tales medidas deben ser los consignados en la LOC, dejando las meras formalidades a lo establecido en la Ley adjetiva penal.

te ha sido modificada —en adaptación al espíritu constitucional—, reservando la posibilidad del arresto para el supuesto de que el deudor incumpliera este deber o existieran razones fundadas para temer que pudiera incumplirlo, por lo que solamente en este caso el juez podrá adoptar las medidas que considere necesarias u oportunas, incluida la restricción de la libertad de movimientos del concursado en que consiste el arresto domiciliario.

d) La entrada en el domicilio del deudor y su registro. Con anterioridad a la reciente reforma procesal, no se contemplaba en la legislación esta medida. El artículo 1.5 la LOC limita el derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio consagrado en el artículo 18.2. El presupuesto establecido en la Ley es que concurren indicios racionales de la existencia de documentos de interés para el procedimiento concursal, no aportados, o la necesidad de esta medida para la adopción de cualquier otra procedente. Esto es, el juez podrá justificar su decisión, amparado en indicios racionales —que aunque no son pruebas, deben tener una apariencia de tales— de que existe documentación hurtada al proceso concursal, o bien, en la consideración de que esta medida puede servir para adoptar cualquier otra procedente.

En cualquier caso, la intervención de las comunicaciones, la imposición del deber de residencia, el arresto domiciliario y la entrada en el domicilio son medidas que, tanto en los supuestos de suspensión como en los de intervención del ejercicio de las facultades patrimoniales del concursado, pueden resultar necesarias para la normal tramitación del procedimiento, pero que siempre han de adoptarse por el órgano jurisdiccional con las debidas garantías y motivando en todo caso la procedencia de la resolución. En consecuencia, su adopción está sometida a los siguientes requisitos:

1.- Deben decretarse previa audiencia del Ministerio Fiscal, que como promotor de la justicia debe considerársele a tales efectos como un órgano imparcial que podrá valorar y contradecir, en ciertos casos, los posibles excesos de celo que pudieran existir por parte del juez especial.

2.- Mediante resolución judicial motivada, que se atemperará a los siguientes criterios: a) Idoneidad de la medida en relación con el estado del procedimiento del concurso. b) Adecuación al resultado u objetivo perseguido, que se expondrá de manera concreta. c) Proporcionalidad entre la medida y el resultado concreto. d) Limitada al tiempo estrictamente necesario para asegurar el resultado o el objetivo, pudiendo acordar su prórroga con los mismos requisitos. Con estos requisitos lo que la Ley pretende es evitar cualquier exceso de arbitrio judicial,

imponiendo que la medida resulte sobre todo proporcionada a las circunstancias del lugar.

3.- Las medidas, como restricciones de derechos fundamentales, estarán limitadas al tiempo estrictamente necesario, de ahí que una vez acordadas, en cualquier momento durante la vigencia de estas medidas el juez puede acordar su atenuación o cese (art. 1.3.d) LOC).

La adopción de estas medidas son susceptible de recurso de apelación, a un solo efecto, ante la Audiencia Provincial, que deberá tramitarse de forma preferente (art. 1.6 LOC). Del tenor del precepto se desprende que las resoluciones que denieguen tales medidas no son susceptibles de recurso.

La Ley Concursal prevé, asimismo, la posibilidad de limitar los derechos fundamentales de los representantes legales y voluntarios del concursado persona jurídica. De esta forma, los administradores o representantes legales podrán ser sometidos a las mismas restricciones que los deudores principales. Estaríamos en un caso análogo a la exigencia de responsabilidad a los administradores o representantes de personas jurídicas que se produce en el orden punitivo (art. 31 CP)⁶². Sin embargo, no aborda la cuestión de los supuestos de la declaración de concurso de los menores o incapacitados. Es patente que no podrá restringirse derechos fundamentales de menores porque, en esencia, su libre ejercicio está tutelado en cuanto dependen de los que ejerzan la patria potestad sobre los mismos, bien sean sus padres o sus tutores. Se plantearía la cuestión de si es posible en este caso restringir los derechos de los representantes legales de los menores. En sentido afirmativo se ha pronunciado algún sector de la doctrina amparándose en la aplicación analógica de lo regulado para los representantes de las personas jurídicas⁶³. A nuestro modesto entender esta solución no es posible, ello por varias razones. En primer lugar, porque la Ley no regula esta situación, y consideramos que las restricciones de derechos deberían ser reguladas expresamente, por lo que no cabría una aplicación analógica a tenor del artículo 4.2 del CC. En segundo lugar, porque el legislador, de haberlo querido, habría regulado expresamente la

⁶² El actual artículo 31 del CP, de origen germánico, cuyo precedente está en el anterior artículo 15 bis) introducido por la L.O. 8/1983, indica una forma de completar elementos necesarios para la existencia del delito cuando el sujeto individual obra en nombre de otra entidad o persona, y sólo en ésta concurren determinadas circunstancias, pero en modo alguno se presenta con tal precepto una forma de responsabilidad objetiva, contrariamente a los principios de un derecho penal de culpabilidad como es el español (STS de 14 octubre 1991, Rep. Az. 8922).

⁶³ Así, puede verse OLEA BANET, F./MARTÍNEZ FLOREZ, A., "La limitación de derechos fundamentales por causa del concurso", en *Estudios sobre la Ley Concursal*, cit., pp. 2212-2214.

cuestión. En cualquier caso, la cuestión es dudosa y será una cuestión pretoriana, con la interpretación última del Tribunal Constitucional que será en última instancia quien resuelva el problema, salvo que el legislador quiera hacer una interpretación auténtica y modifique el tenor de la norma y se decida a dar una solución positiva.

4. PARTICULARIDADES EN CASO DE DEUDOR PERSONA JURÍDICA

4.1. CON CARÁCTER GENERAL

Durante la vigencia de la legislación anterior se regulaba de forma específica los efectos de la declaración del concurso sobre las sociedades mercantiles; hoy, con un criterio más amplio y lógico, la referencia es a la persona jurídica. La importancia creciente de la persona jurídica en el tráfico jurídico económico, hace que la propia Ley Concursal haya sentido la necesidad de normar de forma más pródiga las peculiaridades que este tipo de deudores presentan, tal como de forma específica subraya la Exposición de Motivos de la Ley⁶⁴, por lo que, a pesar de la pretendida unidad proclamada por la Ley Concursal, lo cierto es que, debido a las peculiaridades y singularidades que presentan las personas jurídicas, se hace necesario para la propia Ley prestar más atención a estas entidades, y dentro de éstas a las sociedades mercantiles, lo que pone de relieve la necesidad de coordinar adecuadamente el derecho concursal con la legislación mercantil de sociedades, habida cuenta la implicación de cuestiones que ofrecen.

Es meritorio que cuando se trata de un deudor persona jurídica, debido a su peculiar forma de desenvolverse en el tráfico económico, la declaración de concurso de la misma debe provocar, sin perjuicio de los generales referidos en los apartados anteriores, una serie de efectos especiales sobre su organización y sobre su desenvolvimiento social. De forma somera, podemos señalar que se producen las siguientes consecuencias:

⁶⁴ En el apartado III, párrafo 5º de la Exposición de Motivos de la LC puede leerse: "Especial atención dedica la ley a los supuestos de concurso de persona jurídica y a los efectos que en este caso produce la declaración, materia de gran importancia, como corresponde a la que estos entes y, fundamentalmente, las sociedades revisten en el moderno tráfico. Así como la ley orgánica permite extender las medidas relativas a las comunicaciones y a la residencia del deudor, en caso de persona jurídica, a sus administradores y liquidadores, la Ley Concursal impone a éstos y a los apoderados generales del deudor los deberes de colaboración e información.

a) La legitimación para solicitar la declaración del concurso corresponde al propio deudor. Las personas jurídicas son entidades que se desenvuelven en el ámbito jurídico mediante órganos sociales. Podría suscitarse la duda acerca del órgano que resulta competente para solicitar tal declaración, debido a que en las personas jurídicas, además del órgano de representación, suele existir un órgano de deliberación más asambleario y con mayores competencias. La Ley Concursal, con criterio de unidad y a fin de evitar dejar la normación de la competencia objetiva para adoptar el acuerdo a las leyes reguladoras de las distintas entidades sociales, en su artículo 3.1 establece que “si el deudor fuese persona jurídica, será competente para decidir sobre la solicitud el órgano de administración o liquidación”. Así, se veda el reenvío que podría producirse a otras leyes y resuelve el problema de las posibles responsabilidades y consecuencias que se derivarían en relación con los acuerdos de no solicitar el concurso cuando legalmente procediere⁶⁵. El artículo 3.1 de la LC también reconoce la legitimación para solicitar la declaración del concurso a los acreedores, no existiendo aquí ninguna singularidad en relación con el deudor persona física.

Especial singularidad representa el ordinal 3 del artículo 3 que introduce con carácter novedoso en nuestra legislación la posibilidad de que la declaración del concurso pueda ser solicitado por los socios o miembros que puedan resultar personalmente responsables de las deudas de aquella, lo que nos lleva a comprender que el socio único o aquellos administradores o socios que, por su especial situación, deban responder, también podrán solicitar la declaración del concurso. Una hermenéutica del artículo nos ofrece varias cuestiones. En primer lugar, se suscita la duda de saber si en dicho precepto están incluidos los socios o miembros de la persona jurídica que deban responder en virtud de la aplicación del principio del levantamiento del velo. Entendemos que la respuesta debe ser negativa ya que la responsabilidad en este supuesto debe ser determinada por un juez o tribunal con fundamentos amparados en principios jurídicos y no por lo dispuesto en la Ley de forma expresa, además de que su responsabilidad se depura en el curso de un juicio en el que entran en consideración valoraciones sobre comportamientos del posible responsable, por lo que sería absurdo que alguien, sin habersele exigido responsabilidad, estuviera dispuesto a asumir la misma. En segundo lugar, la expresión que utiliza el precepto “responsables de

⁶⁵ En las sociedades anónimas y en las de responsabilidad limitada, los administradores serán responsables solidarios de las obligaciones sociales cuando no soliciten la declaración de concurso cuando proceda (cfr. art. 262.5 LSA y 105.5 LSRL).

las deudas sociales” podría también dar lugar a indagar si el empleo de artículo determinado “las” precediendo a deudas, engloba un concepto total o general de la responsabilidad, esto es, si para aplicar dicho precepto es preciso que el sujeto deba responder del conjunto o de la totalidad de todas las deudas de la sociedad, o si, por el contrario, bastaría con que alguien tuviera que responder de alguna o determinadas deudas de la sociedad para que se le legitimara para solicitar el concurso⁶⁶. La duda se suscita porque la norma habla de “las deudas”, ya que si hubiese utilizado la expresión “responsables de deudas sociales”, estaría claro que la interpretación debería ser en el segundo sentido indicado. A pesar de la falta de precisión, parece lógico que el precepto deba extenderse a cualquier miembro o socio que deba responder de alguna o algunas deudas sociales, y concurran los demás requisitos para solicitar el concurso. La razón es lógica, habida cuenta que, en caso contrario, el legislador habría subrayado la exigencia del requisito de extenderse al conjunto de todas las deudas con algún calificativo como “todas” o análogo⁶⁷.

b) La declaración de concurso no modifica la estructura orgánica de la persona jurídica, ni es causa de disolución. El ente social continuará con su personalidad y su actuación organicista, dado que únicamente la apertura de la fase de liquidación provoca la disolución de su personalidad jurídica y el cese de sus administradores o liquidadores (art. 145.3 LC). Sin embargo, no podemos obviar que el funcionamiento de la vida y órganos sociales queda necesariamente alterado con mayor o menor intensidad según la índole del concurso, aunque, como sabemos y en virtud del principio de *flexibilidad*, el juez especial está facultado para adaptar las situaciones concretas a las necesidades que se vayan produciendo en el curso del procedimiento, tal como puede acontecer con el cambio de la situación de suspensión de las facultades del deudor sobre su patrimonio por el de intervención en el concurso necesario, o viceversa (art. 40.4 LC).

⁶⁶ Como sería el caso de los administradores que deben responder necesariamente de las deudas de ámbito tributario (art. 40 Ley General Tributaria) o las contraídas con la Seguridad Social (arts. 104 y 127 del TR de la Ley General de Seguridad Social, de 20 de junio de 1994), pero que en modo alguno, con carácter general, se les hace responder de otras posibles deudas.

⁶⁷ El precepto podría comprender, a guisa de ejemplo, los socios separados o excluidos de las sociedades de responsabilidad limitada en los términos del artículo 103 de la LSRL; socios del mismo tipo de sociedades a los que se hubieran restituido la totalidad o parte del capital social como consecuencia de una reducción del capital social (art. 80 LSRL). Dentro de las sociedad personalistas también estarían incluidos los socios colectivos de las colectivas y comanditarias simples (arts. 127, 148 y 237 del CCom). También tendrían encaje los socios de las agrupaciones de interés económico (art. 5 de la Ley 12/1991, de 29 de abril), y los socios de las sociedades irregulares (art. 16 LSA y 11.3 LSRL).

c) Como es lógico, si la persona jurídica concursada tiene sus facultades patrimoniales suspendidas, la administración concursal sustituye a los órganos sociales en los actos de administración y disposición sobre bienes, derechos y obligaciones integrados en el concurso; en caso de intervención de aquellas facultades, es precisa la autorización de la administración concursal de estos actos que habrán sido decididos o acordados por los órganos de la persona jurídica. En esta hipótesis será la administración concursal la que tenga todas las facultades inherentes a dicho órgano, quien, sin embargo, tendrá potestades para impugnar decisiones en los mismos términos que se concede a cualquier deudor, tal como hemos tenido ocasión de exponer anteriormente.

d) Los administradores concursales, de modo consecuente con esas reglas y para su aplicación eficaz, tienen derecho de asistencia y de voz –pero no de voto– en las sesiones que celebren los órganos colegiados de la persona jurídica sometida a concurso (cfr. art. 48.1 LC). La intervención de los administradores en las juntas o asambleas, o bien en los órganos ejecutivos, tiene varios objetivos. De una parte, con su presencia los administradores podrán inducir a adoptar el acuerdo más consecuente con la situación económica del deudor persona física. De otra parte, también podrán tener funciones de asesoramiento sobre la conveniencia o legalidad de los actos que han de tomarse, y finalmente, en otros supuestos, su presencia también servirá para conocer de primera mano los acuerdos adoptados de cara a su posible impugnación o anulación.

e) La legitimación para el ejercicio de acciones de la persona jurídica de responsabilidad contra sus administradores, auditores o liquidadores –que suele corresponder a la sociedad previo acuerdo de la junta o asamblea de socios, en su defecto, a los socios y, en defecto de ambos, a los acreedores (cfr., por ejemplo, los arts. 134 y 211 LSA y 69 y 84 LSRL)–, se amplía reconociéndose también a los administradores concursales sin necesidad de previo acuerdo de la junta o asamblea de socios. Precisamente, la asistencia a las sesiones de los órganos sociales facultará a los administradores una mejor comprensión del acuerdo adoptado, el designio del mismo y los que han participado, así como las razones que se hayan aducido. Todo ello facilitará el ejercicio de las acciones de responsabilidad, que la Ley, para evitar intermediaciones o restricciones a dicho ejercicio, no condiciona a la aprobación del órgano social, para el supuesto de que así estuviese establecido legalmente. Como es lógico, el conocimiento de los procesos iniciados en base a tales acciones corresponde al juez del concurso, a cuyo efecto señala la Ley que la formación de la sección de calificación no afectará a las

acciones de responsabilidad que se hubieran ejercitado (art. 48.2 LC). Solución que se antoja lógica, dado que, entre otras razones, la sección de calificación tiene por objeto depurar responsabilidades como consecuencia de haber provocado una situación de insolvencia, en tanto que el ejercicio de acciones de responsabilidad se refiere a actos concretos que pueden haberse desarrollado con otros designios ajenos a la situación de insolvencia.

f) Durante la tramitación del concurso el ejercicio de ciertas acciones sociales corresponderá de forma exclusiva a la administración concursal. Así: 1) la reclamación del desembolso de las aportaciones sociales que hubiesen sido diferidas (dividendos pasivos), corresponde exclusivamente a la administración concursal, que la planteará en el momento y por la cuantía que estime conveniente cualquiera que sea el plazo fijado en la escritura o en los estatutos (art. 48.4 LC). Se produce, por mor de este precepto un vencimiento anticipado de dichos dividendos pasivos, habida cuenta que será la administración judicial la que determine el tiempo de reclamación, así como el momento. La medida tiende a favorecer los resultados de la masa activa del concurso, pero no cabe duda que podrá perjudicar a socios que, de buena fe, hubieren intervenido en la suscripción de acciones o participaciones, por lo que, en aras a criterios de justicia o equidad, dicha medida debería ser atemperada o condicionada por la Ley limitándola a determinadas situaciones, dado que en la forma en que está redactada permite la más pura arbitrariedad a los administradores. 2) Del mismo modo corresponde en exclusiva a la administración concursal la reclamación de las prestaciones accesorias pendientes de cumplimiento (art. 48.4 LC). Lo que hemos dicho en el apartado anterior vale para este caso, por cuanto también se vislumbra posibles situaciones de arbitrio. 3) Y también corresponde a la administración concursal el ejercicio de las acciones contra los sujetos subsidiariamente responsables de las deudas de la persona jurídica concursada anteriores a la declaración de concurso. Si la administración concursal no ejercitara esta acción en el plazo de dos meses desde que la hubieran instado a ello por escrito los acreedores, quedan éstos legitimados para ejercitar la acción, lo que no podrían hacer hasta la aprobación del convenio o la liquidación del patrimonio concursal (arts. 48.5, párrafo 1º y 54.4 LC).

g) Posibilidad de decretar embargos por el juez. El órgano titular del concurso, de oficio o a instancia de la administración concursal, podrá ordenar, por la cuantía que estime bastante, el embargo de bienes y derechos de los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica concursada y

de los de quienes hubieran tenido esta condición en los dos años anteriores a la declaración de concurso, siempre que exista la posibilidad fundada de que el concurso sea calificado como culpable y de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas. El embargo podrá ser sustituido, a solicitud del interesado, por aval de entidad de crédito (art. 48.3 LC). La decisión adoptada por el juez en ejercicio de esta facultad deberá ser razonada, y aunque la Ley presupone para que se adopte que el juez debe prejuzgar la calificación culpable del concurso, además de evidenciarse la insuficiencia de la masa activa para satisfacer todas las deudas, deberá darse otro motivo, cual es el hecho de que pueda también pensarse que los administradores o liquidadores puedan intentar eludir sus responsabilidades económicas. La cuantía del embargo será fijada discrecionalmente por el juez. Hay que significar, igualmente que, en los mismos términos podrá el juez ordenar el embargo de los bienes y derechos de los socios subsidiariamente responsables de las deudas sociales anteriores a la declaración de concurso, siempre que exista la posibilidad fundada de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas (art. 48.5, párr. 2º LC). En este supuesto, partiendo de la base de que la calificación del concurso no afecta a estos responsables, los requisitos para justificar la actuación judicial se reducen a uno solo: que el juez estime que la masa activa será insuficiente para cubrir las deudas. También, la cuantía del embargo será fijada de forma discrecional por el juez.

4.2. ESPECIALIDADES DEL CONCURSO DE LA SOCIEDAD UNIPERSONAL

En las sociedades unipersonales, por mor del artículo 3, apartados 1 y 3, de la LC, están legitimados para solicitar la declaración del concurso la propia sociedad (que a tales efectos es el deudor), los acreedores sociales⁶⁸ y el socio único, cuando sea responsable de forma personal de las deudas de la sociedad, conforme a la legislación vigente⁶⁹. Como competencia exclusiva y excluyente, el mismo

⁶⁸ Para un conocimiento más explícito de la cuestión puede verse GALÁN LÓPEZ, C., "Algunas cuestiones en torno al régimen concursal de protección de los acreedores de las sociedades unipersonales (art. 128.2 de la LSRL), en *Libro Homenaje a Sánchez Calero*, Ed. McGraw-Hill, 2002, pp. 3771 ss.; GARCÍA-CRUCES, J.A., "La reintegración de la masa activa en la Ley Concursal, I y II, en *Actualidad jurídica Aranzadi*, año XIII, núms. 590 y 591, pp. 1 y ss., respectivamente.

⁶⁹ Cfr. ESPINÓS BORRÁS DE QUADRAS, A., *Responsabilidad civil en las sociedades mercantiles*, Ed. Bosch, Barcelona, 2005; VEGA VEGA, J.A., "Tendencias actuales en la responsabilidad del empresario", en *Revista Internacional de Estudios Económicos y Empresariales*, núm. 15 (2003), pp. 126-130.

precepto legal establece que en el seno de la sociedad unipersonal –al igual que en cualquier otro tipo de sociedades o personas jurídicas- es competente para decidir sobre la solicitud del concurso el órgano de administración o los liquidadores.

En los supuestos de concurso voluntario aunque sea de sociedad unipersonal, también el deudor deberá justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, que asimismo podrá ser actual e inminente. En este caso, si el deudor prevé que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones se considerará una insolvencia inminente (art. 2.3 LC). Se colige de este precepto que bastará la mera declaración del deudor para considerar que estamos en un supuesto de insolvencia inminente cuando así lo manifieste al solicitar la declaración voluntaria del concurso, puesto que a tales efectos la LC no exige prueba ni justificación de ningún tipo. Durante la tramitación del concurso se mantiene el órgano de administración de la sociedad unipersonal deudora, sin perjuicio de los efectos que sobre su funcionamiento produzca la intervención o la suspensión, al igual que ocurre en otros casos y que hemos tenido ocasión de comentar más arriba (cfr. art. 48.1 LC).

De esta forma, en el supuesto de concurso voluntario, la sociedad unipersonal deudora podrá continuar administrando y disponiendo de su patrimonio con intervención, bien por vía de la autorización o de la conformidad, de los administradores concursales (art. 40.1 LC), pudiendo en todo caso decretarse la suspensión por el juez, quien deberá motivar el acuerdo señalando los riesgos que pretendan evitarse y las ventajas que se quieran obtener (art. 40.3 LC). En la hipótesis de concurso necesario al deudor persona jurídica unipersonal se le suspenden sus facultades de administración y disposición sobre el patrimonio (art. 40.2 LC), salvo que el juez por estimarlo innecesario decrete la mera intervención (art. 40.3 LC).

Para el socio único que sea persona física regirá lo dispuesto con carácter general en el artículo 40 sobre la suspensión de sus facultades de administración y disposición, de forma tal que el deudor conservará las facultades de administración y disposición de su patrimonio, quedando sometido su ejercicio a la susodicha intervención de los administradores concursales. También le es aplicable a este socio lo dispuesto en la Ley Concursal sobre el deber de colaboración, comparecencia e información ante el juez en todo lo necesario o conveniente para el interés del concurso (art. 42).

En el mismo orden de ideas, tras la declaración del concurso, el juez de lo mercantil puede decretar el embargo de bienes de administradores en los términos

del artículo 48.3, por lo que nada impide que entre los bienes existentes para embargar, el juez solicite la traba de las acciones o participaciones del socio único. En el supuesto de que coincida el socio único con la persona del administrador de la sociedad podría darse la circunstancia de que dicha persona pierda la condición de socio al ejecutarse el embargo y adjudicarse las acciones o participaciones a terceras personas, salvo que solicite la sustitución del embargo por aval de entidad de crédito.

Del mismo modo, durante la tramitación del concurso el socio único-persona física tendrá derecho a alimentos con cargo a la masa activa en los términos que, según su situación, le sea aplicable, al igual que establece el artículo 47 de la Ley Concursal para el concurso del deudor persona física. También en este caso la apertura de la fase de liquidación producirá la extinción del derecho de alimentos (art. 145.2 LC). En todo lo relativo a la cuestión de alimentos para el socio único-persona física es de aplicación lo que ya hemos comentado más arriba para el deudor persona física, por lo que para no incurrir en reiteraciones absurdas nos remitimos al epígrafe concreto⁷⁰.

Si la sociedad unipersonal celebró contratos con el socio único-persona física sin que se observaran las prescripciones del artículo 128.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada⁷¹, no podrá formar parte de la masa pasiva la deuda que tenga su origen en mencionado contrato (inoponibilidad de los contratos) y el importe de la misma no será oponible a la masa activa del concurso del socio único⁷².

El socio único que ostente la condición de administrador puede resultar inhabilitado para proseguir con la administración, habida cuenta que así se establece en el artículo 172.2 de la LC. Cuando el socio único-administrador sea inhabilitado deberá cesar en su cargo. Es previsible que en esta hipótesis el cese del administrador único impida el funcionamiento del órgano de administración, por lo que la administración concursal, a tenor de lo que establece el artículo 173.2 de la LC, deba convocar una junta para proceder a designar la persona que ha de cubrir la vacante dejada por el administrador inhabilitado.

⁷⁰ Véase más arriba epígrafe 2.4.

⁷¹ Sobre los problemas de contratación del socio único con la sociedad puede verse, el artículo de RUIZ-RICO, J.A., "Examen del artículo 128 de la LSRL: la contratación del socio único con la sociedad unipersonal", en *RJN*, núm. 21 (1997), pp. 227 ss.

⁷² Para un estudio más amplio al respecto puede verse BOQUERA MATARREDONA, J., "El concurso de la sociedad unipersonal y del socio único", en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, cit., Tomo 2, pp. 1810 ss.