

I

Concepto de concurso

El concurso es un procedimiento judicial que pretende dar solución a la insolvencia del deudor común con la finalidad esencial de satisfacer a los acreedores. Así el Auto Juzgado de lo Mercantil nº 1, Valencia, de 15 de febrero de 2010, afirma respecto al procedimiento concursal, que "El concurso conforma un instrumento económico de primer orden para el saneamiento de las empresas en crisis y la satisfacción ordenada de los créditos concurrentes. Se trata de un procedimiento de naturaleza concursal cuya fase previa de declaración está en todo caso regida por el principio dispositivo, lo que se traduce en la imposibilidad de que el Juzgador pueda declarar el concurso de oficio y en la necesidad, por el contrario, de llevarlo a efecto siempre a instancia de parte legítima"; insiste igualmente sobre la finalidad del procedimiento al afirmar que "bien entendido precisamente cual es el propósito y finalidad del proceso concursal, a saber, la satisfacción ordenada de los intereses de los acreedores, y no el campo abonado para que vengan dirimidas disputas entre socios, que por su carácter en el ente mercantil verán considerados en todo caso sus créditos como subordinados, no alcanzándoles el eventual privilegio general del art. 91.6 LC, y estándose abocado a la solución concursal liquidatoria (que no a la convenida, salvo reactivación de la sociedad, lo que se antoja en este caso radicalmente improbable) en cuyo marco se aperturará la sección de calificación y aquellos podrían verse afectados por la misma dado su carácter orgánico en unos casos y atendido el porcentaje de capital social que se titula en otros casos".

La reforma de la legislación concursal española fue efectuada por medio de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que entró en vigor el 1 de septiembre de 2004.

A pesar del escaso tiempo transcurrido desde su entrada en vigor, la Ley ha sufrido diversas modificaciones, destacando por su importancia las operadas por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo y la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal que, con carácter general, entró en vigor el día 1 de enero de 2012.

Como dice la Exposición de Motivos Ley 22/2003, de 9 de julio, el nombre elegido para denominar el procedimiento único es el de «concurso», expresión clásica que, desde los tratadistas españoles del siglo XVII, fundamentalmente de Amador Rodríguez (Tractatus de concursu, 1616) y de Francisco Salgado de Somoza (Labyrinthus creditorum concurrentium, 1646), pasó al vocabulario procesal europeo y que, por antonomasia, describe la concurrencia de los acreedores sobre el patrimonio del deudor común. No se persigue con ello solamente rescatar un vocablo tradicional en la terminología jurídica española, sino utilizarlo para significar el fenómeno unificador de

los diversos procedimientos de insolvencia e identificar así gráficamente el procedimiento único, como ha ocurrido en otras legislaciones (Sentencia AP de Vizcaya de 20 de enero de 2009).

Como también indica su Exposición de Motivos Ley 22/2003, de 9 de julio, la nueva Ley da satisfacción a una aspiración profunda y largamente sentida como es la reforma del arcaico derecho concursal. Se supera así, la pluralidad de instituciones concursales según se tratase, por un lado, de un deudor comerciante (suspensión de pagos y quiebra) o no comerciante (quita y espera, y el denominado concurso de acreedores) y, de otro, que nos encontrásemos antes una situación económica de mera iliquidez (quita y espera, y la suspensión de pagos -aunque ésta con la Ley de Suspensión de Pagos permitía situaciones de insolvencia definitiva) o de insolvencia (quiebra y concurso de acreedores).

La nueva Ley instauro los principios de unidad legal, de disciplina y de sistema. Así, la unidad legal se manifiesta en la regulación en un único texto legal, la Ley Concursal, de los aspectos materiales y procesales del concurso terminando con la dispersión legislativa vivida en el pasado en que los procedimientos concursales estaban regulados en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, en la Ley de Suspensión de Pagos de 1922, en el Código de Comercio de 1885 e incluso determinados aspectos en el Código de Comercio de 1829.

Tampoco se distingue entre comerciantes y no comerciantes, sin perjuicio de las especialidades propias del estatuto jurídico de los comerciantes, en esencia, la obligación de llevanza de contabilidad y de su inscripción en el Registro Mercantil, además, de la existencia en la masa activa de unidades productivas de bienes o servicios que son tenidas en cuenta a lo largo de toda la regulación

Asimismo, como hemos indicado, se instauro un único procedimiento, que sustituye a los viejos procesos concursales (quiebra, suspensión de pagos, concurso de acreedores y quita y espera), bajo el nombre común de concurso, expresión clásica que, como pone de manifiesto la Exposición de Motivos Ley 22/2003, de 9 de julio, que se toma de los tratadistas españoles del siglo XVII, fundamentalmente de Amador Rodríguez (Tractatus de concursu, 1.616) y de Francisco Salgado (Labyrinthus creditorum concurrentium, 1.646).

En esencia, declarado el concurso, el procedimiento se desarrolla en dos fases:

- a) la denominada fase común que tiene por objeto la formación de la masa activa y pasiva del concurso (Sentencia AP de Barcelona de 30 de diciembre de 2008). La masa activa está integrada por la totalidad de los bienes y derechos del deudor a la fecha de la declaración del concurso y los que se reintegren al mismo o adquiriera hasta la conclusión del procedimiento, con excepción de los inembargables (Sentencia TS de 13 diciembre 2010). La masa pasiva se compone por

la totalidad de los créditos contra el deudor que no sean créditos contra la masa;
y

b) la fase de convenio o liquidación. Concluida la fase común, el concurso puede desembocar en un convenio con los acreedores -que en caso de convenio anticipado se sustancia paralelamente a la fase común- cuyo contenido puede ser una rebaja de los créditos y/o un aplazamiento para su abono, o bien en la liquidación que consiste en la realización de los bienes del deudor común y pago a los acreedores hasta donde alcance el importe obtenido, todo ello conforme a las preferencias que correspondan a los créditos. Tras las modificaciones operadas por la Ley 38/2011, de 10 de octubre de 2011, la fase de liquidación también puede desarrollarse de forma paralela a la fase común. No se trata ya de una liquidación anticipada como la que introdujo el Real Decreto-Ley 3/2009 en el derogado artículo 142 bis de la Ley Concursal, sino de la anticipación de la apertura de la propia fase de liquidación desapareciendo así la distinción entre liquidación anticipada y ordinaria.

II

Presupuestos del concurso

1. Presupuesto subjetivo

Personas físicas

El concurso, tal y como se define en el art. 1.1 Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, podrá referirse respecto de cualquier deudor, de cualquier persona, ya sea una persona física o jurídica. El precepto introduce uno de los principios vertebradores de la Ley Concursal, que no es otro que aquel que la doctrina ha venido a considerar como el principio de unidad de disciplina, estableciendo un procedimiento único para personas naturales y personas jurídicas.

Hasta el momento de entrada en vigor de la LC, la regulación vigente distinguía en la teoría dos vías de aplicación diferentes del presupuesto concursal:

- Las personas jurídicas (los "empresarios" o "comerciantes") podían acogerse al régimen aplicable a la quiebra o a la suspensión de pagos. (art. 874 CCo y art. 1 Ley de 26 de julio de 1922, de Suspensión de Pagos).

- Las personas naturales (las "personas sin personalidad jurídica") debían utilizar el concurso de acreedores o la quita y la espera en virtud de lo aplicable conforme al los arts. 1912 y 1913 CC

Con la Ley Concursal se unifica dicha dicotomía histórica y el deudor sujeto del concurso podrá serlo si es persona natural (entendiéndose así incluidas las personas físicas y otras figuras cuya personalidad jurídica no es reconocida, pero sí su participación en el tráfico jurídico-mercantil como las comunidades de bienes, uniones temporales de empresas, etc), y también si el ordenamiento jurídico le reconoce expresamente la personalidad jurídica.

Cualquier persona, física o jurídica puede ser declarada en concurso con independencia de que tenga o no la consideración de comerciante.

Por lo que respecta a las personas naturales, basta que se tenga la consideración de persona a efectos civiles para gozar de capacidad concursal, esto es, para ser declarado

en concurso. Por ello, desde el nacimiento de una persona, en las condiciones del art. 30 CC, hasta su fallecimiento, que determina la extinción de la personalidad, puede ser declarado en concurso.

Por ello, los menores de edad y los declarados incapaces pueden ser declarados en concurso, sin perjuicio de que tengan que actuar por medio de sus representantes legales.

De igual forma, es irrelevante el estado civil del concursado y, en su caso, el régimen económico matrimonial, lo que no cabe es la declaración del concurso del matrimonio como una unidad, sin perjuicio de la declaración de concurso de ambos cónyuges y de su tramitación conjunta mediante la acumulación, bien de solicitudes sin necesidad de confusión patrimonial tras la reforma operada por la Ley 38/2011, que ha derogado el artículo 3.5 de la Ley Concursal, tanto en caso de concurso voluntario como necesario (art. 25.1 y 2 LC), bien de procedimientos una vez declarados los concursos de cada uno de los cónyuges (art. 25.3 LC), en este sentido, Juzgado de lo Mercantil nº 10 de Santander, de 18 de julio de 2008.

También se permite la declaración conjunta de concursos de los miembros de la pareja de hecho inscrita a petición de los miembros de la pareja e incluso de un acreedor cuando se aprecie la existencia de pactos expresos o tácitos o de hechos concluyentes de los que se derive la inequívoca voluntad de los convivientes de formar un patrimonio común (artículo 25.3 de la Ley Concursal). Declarados por separado los concursos de la pareja de hecho inscrita es posible su acumulación cuando concurren las circunstancias señaladas (artículo 25.bis.6º de la Ley Concursal).

La herencia

También puede ser declarada en concurso la herencia en tanto no haya sido aceptada pura y simplemente, tal y como establece el art. 1.2 Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, pues en este caso el heredero responde de todas las deudas de la herencia con su patrimonio y no sólo con los bienes hereditarios, por lo que ya no cabe concurso de la herencia sino de propio heredero si resultase insolvente. En consecuencia, puede declararse en concurso la herencia yacente (aún no aceptada ni repudiada) y de la aceptada a beneficio de inventario (el heredero sólo responde de las deudas del causante hasta donde alcancen los bienes y derechos de la herencia).

La herencia podrá ser considerada al modo de una persona natural y ser sujeto de los presupuestos objetivos del concurso siempre y cuando no haya sido aceptada por parte de una persona física, momento en el que la herencia deja de ser tal y forma ya

parte del patrimonio de una persona física, en este sentido, el Auto Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid, de 21 de julio de 2005.

El art. 3.4 LC señala que "los acreedores del deudor fallecido, los herederos de éste y el administrador de la herencia podrán solicitar la declaración de concurso de la herencia no aceptada pura y simplemente. La solicitud formulada por un heredero producirá los efectos de la aceptación de la herencia a beneficio de inventario."

La referencia a la aceptación pura y simple, de acuerdo con lo establecido en los arts. 998 y 1003 CC se entiende aquella en que el heredero queda responsable de todas las cargas de la herencia y responde no sólo con los bienes de esta sino también con los suyos propios.

Dicha forma de aceptación de una herencia debe oponerse a la aceptación a beneficio de inventario -art. 1023 CC- en la que el heredero no está obligado a pagar las cargas de la herencia sino hasta donde alcancen los bienes de la misma, y no se confunden los bienes del heredero con los de la herencia, siendo de aplicación el art. 3.3 LC.

Afirma el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Málaga, de 23 de junio de 2008, que la Ley concursal recoge la posibilidad de dicha solicitud siempre que partamos de una herencia no aceptada pura y simplemente a los efectos de la responsabilidad patrimonial universal que en tal caso se produce. Los supuestos, por tanto, que se pueden dar son o bien la no aceptación, incluso repudio, o la aceptación a beneficio de inventario o durante el tiempo en que ejerza su derecho a deliberar.

El administrador de la herencia debe analizarse a partir de lo previsto en el Código Civil si bien, procesalmente, es posible que dicho administrador se nombre como "administrador judicial" a los efectos de un procedimiento- como en el presente caso- pendiente de determinación de la validez de los actos de última voluntad del fallecido.

El administrador judicial (administrador de la herencia) estará sujeto a los límites previstos en el marco de la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 632 y 633 LEC) en cuanto a su nombramiento para un determinado pleito y a las normas aplicables particularmente a la administración del caudal hereditario, en cuanto le sean aplicables (arts. 797 y ss LEC).

Encuadrado en la normativa de derecho común sobre aceptación de la herencia, el art. 1026 CC recoge que "hasta que resulten pagados todos los acreedores conocidos y los legatarios, se entenderá que se halla la herencia en administración. El administrador, ya lo sea el mismo heredero, ya cualquiera otra persona, tendrá, en ese concepto, la representación de la herencia para ejercitar las acciones que a ésta competen y contestar a las demandas que se interpongan contra la misma." Asimismo el art. 798 LEC señala que mientras la herencia no haya sido aceptada por los herederos, el administrador de los bienes representará a la herencia en todos los pleitos que se promuevan o estuvieren principados al fallecer el causante y ejercerá en dicha representación las acciones que

pudieran corresponder al difunto, hasta que se haga la declaración de herederos. Precepto que concuerda con lo establecido en el art. 632 LEC.

De conformidad a lo anterior el "administrador judicial" es el administrador de la herencia y ha de promover todos los pleitos y realizar todas las actuaciones necesarias para la conservación de la herencia en los términos previstos en el Código Civil.

La Ley Concursal legitima tanto a este como al administrador nombrado en procedimientos de división de patrimonios hereditarios, albacea y otros, para solicitar la declaración de concurso.

Respecto a los efectos de la declaración de concurso sobre la herencia, el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Málaga, de 23 de junio de 2008 señala que la normativa concursal recoge una serie de supuestos que hemos de tener en cuenta:

1.- Conforme al art. 182.2 LC 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. De esta forma y existiendo una administración judicial esta tiene la representación de la herencia sin perjuicio de que la terminación del procedimiento del que dimana o de la terminación de las funciones encomendadas en función de la pieza de medidas cautelares obligaría a los herederos a nombrar o a los terceros a solicitar conforme a derecho, nuevo representante.

2.- Conforme al art. 182.3 LC la herencia se mantendrá indivisa durante la tramitación del concurso a cuyos efectos procede oficiar a los juzgados en donde se tramitan procedimientos a los efectos de hacerles constar lo referido y lo previsto en el art. 55 LC.

3.- De conformidad al art. 40.5 LC corresponde a los administradores concursales las facultades de administración y disposición.

Personas jurídicas. Exclusiones

Aplicación a personas jurídicas

El concurso, tal y como se define en el art. 1.1 Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, podrá referirse respecto de cualquier deudor, de cualquier persona, ya sea una persona física o jurídica. Esto constituye uno de los principios vertebradores de la Ley Concursal, que no es otro que aquel que la doctrina ha venido a considerar como el principio de unidad de disciplina, estableciendo un procedimiento único para personas naturales y personas jurídicas.

Hasta el momento de entrada en vigor de la LC, la regulación vigente distinguía en la teoría dos vías de aplicación diferentes del presupuesto concursal:

- Las personas jurídicas (los "empresarios" o "comerciantes") podían acogerse al régimen aplicable a la quiebra o a la suspensión de pagos. (art. 874 CCo y art. 1 Ley de Suspensión de Pagos, de 26 de julio de 1922);

- Las personas naturales (las "personas sin personalidad jurídica") debían utilizar el concurso de acreedores o quita y espera en virtud de lo aplicable conforme al los arts. 1912 y 1913 CC.

Con la Ley Concursal se unifica dicha dicotomía histórica y el deudor sujeto del concurso podrá serlo si es persona natural (entendiéndose así incluidas las personas físicas y otras figuras cuya personalidad jurídica no es reconocida, pero sí su participación en el tráfico jurídico-mercantil como las comunidades de bienes, uniones temporales de empresas, etc), y también si el ordenamiento jurídico le reconoce expresamente la personalidad jurídica.

Tratándose de personas jurídicas, pueden ser declaradas en concurso tanto las fundaciones, como las asociaciones, las cooperativas, o las sociedades ya sean civiles o mercantiles, personalistas o capitalistas. También las agrupaciones de interés económico (AIE) y, en general, cualquier persona jurídica.

La declaración de concurso de una sociedad no se extiende a los socios que respondan ilimitadamente de las deudas sociales (sociedad civil, socios de la sociedad colectiva o comanditaria simple o por acciones), sin perjuicio de la posibilidad de acumular los concursos si se da la situación de insolvencia tanto en la sociedad como en los socios (art. 25 bis 3º de la Ley Concursal), así como de la acumulación de la solicitud de concursos voluntarios (art. 25.1 de la Ley Concursal).

En los supuestos de sociedades irregulares, esto es, la no inscrita que actúa en el tráfico mediante sus órganos sociales, en principio, nada impide su declaración en concurso y así se admite en las conclusiones del Primer Encuentro de Magistrados Especialistas de lo Mercantil celebrado en Valencia en el año 2004.

Exclusiones

Establece el art. 1.3 LC que las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público no serán sujetos sobre los que sean de aplicación las disposiciones establecidas en la Ley Concursal. El motivo de dicha exclusión puede parecer evidente en una primera aproximación, aunque será sujeto a matizaciones.

Es interés del legislador el de proteger y consecuentemente excluir de los procedimientos propios de la Ley Concursal a aquellas figuras que se constituyen con el objeto

de llevar a cabo funciones de carácter público que no parecen tener como objeto la maximización del beneficio económico ni el lucro.

Es por ello que es preciso destacar que no se considerarán como incluidas en el grupo excluido de la aplicabilidad de la Ley Concursal a las sociedades mercantiles, aunque sean aquellas de titularidad pública, ni tampoco los entes públicos que cualquiera que sea la forma en que se definan (Entes públicos de derecho privado, etc.) se encuentren sometidos a los principios del derecho privado.

Entendemos en consecuencia que al adoptar la forma de sociedades mercantiles, que por definición tienen ánimo de lucro, y maximización del beneficio, podrán estar incluidas dentro del ámbito de aplicación de la ley, aunque sean de titularidad pública, en este sentido el Auto Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Málaga, de 13 de abril de 2009.

En definitiva, viene a entenderse que la Ley Concursal no resultará de aplicación a los entes territoriales ni a lo que el art. 2 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, entiende por "Administraciones Públicas":

- Administración General del Estado.
- Administraciones de las Comunidades Autónomas.
- Entidades que integran la Administración Local y
- Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las administraciones públicas.

En este sentido, el Auto Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Málaga, de 13 de abril de 2009

Esto constituye uno de los principios vertebradores de la Ley Concursal, que no es otro que aquel que la doctrina ha venido a considerar como el principio de unidad de disciplina, estableciendo un procedimiento único para personas naturales y personas jurídicas.

2. Presupuesto objetivo

La situación de insolvencia

A) Cuestiones generales

Como se desprende del art. 2 Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, sólo puede ser declarado en concurso el deudor que se encuentre en estado de insolvencia.

La Ley Concursal simplifica de manera significativa el régimen existente hasta la actualidad (lo cual no es difícil en la medida en que nos enfrentábamos a regulaciones datadas de hasta 1829).

Frente a la dicotomía resultante del régimen que instauraba la suspensión de pagos y la quiebra, en la actualidad únicamente nos encontramos con una figura, el concurso.

El concurso es una situación rogada, cuya existencia no se considera de forma automática. Es decir, una persona natural o jurídica no se encontrará de forma automática bajo un procedimiento concursal si antes el concurso no ha sido declarado de forma expresa, por todas, la Sentencia AP de Granada de 20 de septiembre de 2010.

Por otra parte, el art. 2.1 LC hace referencia a la existencia de un deudor "común" distinto a los que no son "comunes" (Auto Juzgado de lo Mercantil nº 4, Barcelona, de 17 de noviembre de 2006).

No existe a lo largo del texto legislativo referencia que pueda sacarnos de dudas, sin perjuicio de lo cual es nuestro entender que el legislador pretende diferenciar entre deudores comunes (y que se encuentran englobados dentro de la categoría de persona natural o jurídica, o herencia antes de ser aceptada pura y simplemente) y los deudores "públicos" (entendiendo por tales las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público) que se encuentran excluidas del ámbito subjetivo de aplicación de la ley y que por lo tanto en ningún caso podrán ser declaradas en situación concursal por la especial finalidad pública que deben atender.

B) ¿En qué consiste la situación de insolvencia?

Conforme al art. 2.2 Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. Sobre la situación de insolvencia se ha pronunciado la Sentencia AP Barcelona de 4 de