

# La declaración de concurso en la nueva Ley Concursal

**Autor:** Juan José Blanco Gómez

Profesor Propio Adjunto de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Comillas de Madrid y Abogado

## I. Introducción

Por lo que respecta al propio deudor concursado, y no a los acreedores del mismo, o a los contratos celebrados por él, o a los actos perjudiciales para la masa activa del concurso –aspectos que no son objeto del presente trabajo– la declaración de concurso puede afectar, si bien de forma distinta según que el concurso sea voluntario o necesario, tanto al patrimonio del deudor como a su propia persona (física o jurídica, según los casos). A su vez, unos y otros efectos, patrimoniales y personales, pueden venir fijados o determinados o bien en el mismo Auto de declaración de concurso (art. 21.1. de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal –en adelante, LCon– para los efectos patrimoniales; y art. primero de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal –en adelante, LORCon– a la que expresamente se remite el art. 41 LCon, para los efectos personales), o bien en la propia Ley (Capítulo Primero del Título III LCon), para que, en este último supuesto y según las previsiones legales, pueda el Juez del concurso ir pronunciándose, en su caso, de oficio o a instancia de parte, en el momento o estado oportunos del procedimiento concursal.

En el presente trabajo, solamente examinaremos los efectos patrimoniales del concurso fijados en el propio Auto de declaración del mismo, excluyendo, en consecuencia: a) los establecidos *ex lege* ( arts. 40.7;42 a 46 y 48 LCon) pero, a su vez, determinados judicialmente -en su caso- en el curso posterior del proceso; b) los efectos del concurso sobre la persona del deudor, establecidos también legalmente (el derecho a alimentos, *ex art. 47* LCon, y la posibilidad de restricción de derechos y libertades fundamentales del deudor, *ex arts. 41* LCon y primero LORCon) pero, a su vez, determinados, en su caso, por acuerdo judicial anterior o posterior al propio Auto de declaración de concurso.

## II. La declaración de concurso y su contenido

### II.1. El Auto judicial de declaración de concurso y su eficacia inmediata

En caso de concurso instado por el propio deudor(arts. 3.1 Y 6.LCon) antes de que, eventualmente, lo hicieran sus acreedores y/o terceros legitimados, el Juez, una vez examinada la solicitud del deudor, resolverá por medio de Auto, y de forma inmediata –sea el mismo día de la presentación de aquélla, sea en el inmediato hábil-, lo que proceda (arts. 13.1. y 14.1 LCon. Lo que proceda será, o bien la declaración de concurso *voluntario* (si estima formalmente adecuada la solicitud del deudor y acreditado el estado de insolvencia del mismo) o, por el contrario, la concesión al deudor de un plazo no superior a cinco días para subsanar los posibles defectos de los que, en su caso, adoleciere la solicitud de aquel (art. 14.2. LCon);transcurrido cuyo plazo, el Juez se pronunciará de nuevo sobre la estimación o no–según se haya o producido o no aquella subsanación– de la solicitud de concurso ( art. 14.3. LCon).

Si, por el contrario, el concurso fuese solicitado, antes de que eventualmente lo hiciese el deudor, por sus acreedores y/ o terceros legitimados (art. 3.1.a 4. LCon), el Auto resolviendo el procedimiento de solicitud se dictará dentro de los tres días siguientes a la conclusión de la práctica de las pruebas pertinentes o del plazo fijado para ello sin haberse practicado las mismas (art. 20.1. LCon); es decir, una vez concluida la controversia suscitada por la oposición del deudor, concretada en los tramites de alegaciones y vista ( con sus respectivas fases probatorias, en su caso) *ex arts. 18.2. y 19.3.4 y 5* LCon. El Auto declarará el concurso si estima la solicitud en tal sentido, -y se declarará como concurso *necesario*-<sup>1</sup>, o lo rechazará si desestima dicha

---

<sup>1</sup> Tratándose de deudor persona jurídica, habría que distinguir entre legitimados *naturalmente* para instar el concurso (los órganos de representación de aquélla, *ex art. 3.1.* LCon) y legitimados por *extensión*, que son las personas contempladas en el apdo. 3 del citado precepto legal. Así las cosas, y puesto que estos últimos legitimados lo están por ser personalmente responsables de las deudas de la sociedad, cabría plantearse la pregunta, ante la falta de claridad y explicitud legales en este punto, de si su solicitud de concurso la harán en concepto de deudores (en cuyo caso el concurso tendrá el carácter de voluntario) o de acreedores, y entonces el concurso sería necesario. Dejamos aquí planteada la cuestión, cuyo examen –por referirse a los presupuestos subjetivos del concurso- excede del objeto de este trabajo. *Vid.*, sobre ello, CANDELARIO MACIAS, I., “Impresiones sobre los efectos de la declaración del concurso a la vista de la futura Ley Concursal”, en RDP;julio–agosto de 2003, p. 531.

solicitud (art. 20.1 LCon); en el primer supuesto, requerirá al deudor para que presente la documentación exigida en el art. 6.2 a 4 LCon, que es justamente la que debiera haber presentado en caso de haber solicitado él mismo, voluntariamente, el concurso.

En cualquier caso –sea el concurso voluntario o lo sea necesario– el Auto de declaración de uno u otro configura el nuevo *status* del deudor sometido a concurso y determina los efectos derivados de aquél, abriendo, desde el punto de vista procesal, la Fase Común del procedimiento concursal, (art. 21.2. LCon). Esa Fase, por imperativo de dicho precepto legal, y a lo largo de un ciclo procesal completo que se inicia con la propia declaración de concurso y termina con la de su conclusión, comprende las actuaciones relativas: **a)** a la propia declaración del concurso (que inicia precisamente la Fase común y normalmente se corresponde con la apertura de la Sección primera, *ex art.* 16 LCon; **b)** a las medidas cautelares; **c)** a la Administración concursal (nombramiento, estatuto y facultades de los administradores); **d)** a los efectos de la declaración de concurso, y a la determinación de las masas activa y pasiva del mismo y resolución de la fase final (y conclusión) del concurso. Es decir, comprende todas las actuaciones procesales que, *ex art.* 183 LCon, se corresponden con el contenido genérico de las Secciones primera, segunda, tercera y cuarta del concurso. De hecho, el art. 21.3. de la Ley ordena que, una vez producida la declaración del concurso (que, como se ha dicho, abre normalmente también la Sección primera, integrada, *ex art.* 183. 1º LCon, por las actuaciones cautelares y de incidencia sobre la persona y patrimonio del deudor), se formen la Sección segunda (integrada, *ex art.* 183. 2º., por todo lo relativo al estatuto, facultades, ejercicio y responsabilidad de la Administración concursal); la Sección tercera (integrada, *ex art.* 183.3. LCon, por todo lo referente a la determinación de la masa activa, sustanciación de las diferentes acciones sobre su contenido, realización de bienes y derechos que la integran y pago de acreedores y deudas de la masa); y Sección cuarta (integrada, *ex art.* 183, 4º LCon, por todo lo relativo, fundamentalmente, a la determinación de la masa pasiva, ordenación, graduación y clasificación de créditos, aparte de la posible inclusión, en pieza separada, de los juicios declarativos incoados contra el deudor acumulados al concurso y las ejecuciones iniciadas o reanudadas contra el concursado).

Una vez dictado, el Auto de declaración de concurso tiene eficacia procesal y sustantiva inmediata (art. 21.2. LCon). En el aspecto sustantivo, porque las restricciones o limitaciones de las facultades patrimoniales del deudor se producen –y comienzan– desde el momento mismo de la declaración de concurso<sup>2</sup>. Y desde el

<sup>2</sup> Con independencia, por tanto, del momento de producción o manifestación del estado de insolvencia desencadenante del concurso, lo que excluye la posibilidad –zanjada de forma definitiva y clarificadora por la nueva Ley Concursal– de la retroacción de efectos del concurso a momentos anteriores a su declaración. Sobre estas cuestiones, *vid.* HERBOSA MARTINEZ, I., “Los efectos del concurso sobre la persona del deudor en el proyecto de Ley Concursal de julio de 2002”, en RDCI, nº 678, julio-agosto de 2003, p. 2007 ss.

punto de vista procesal, porque dicha declaración (ya lo hemos indicado) abre o inicia la Fase común del concurso que desembocará, según los casos, o bien en la Fase de Convenio o bien en la de Liquidación, integrantes ambas de la Sección procesal quinta del Concurso, *ex arts.* 111.1 y 183.5º LCon. Se entra en la Fase de Convenio cuando el concursado y sus acreedores alcancen un compromiso para la satisfacción de los créditos de estos últimos, abocando así el procedimiento concursal hacia una de sus dos soluciones *normales* (la más normal, de hecho, si se piensa que el proceso regulado en la nueva Ley fomenta y se decanta claramente por facilitar la continuación de la actividad profesional y empresarial del deudor). Por el contrario, se entrará en la Fase de Liquidación cuando, tanto el propio deudor, instándolo en distintos momentos procesales del concurso, (*ex arts.* 142.1. a 3. LCon) como los acreedores, en su caso (cuando, durante la vigencia del Convenio, el deudor no quiera o quede acreditado que no puede hacer frente a sus obligaciones) insten la apertura de la Liquidación *ex art.* 142.3. LCon; e incluso cuando dicha apertura se produzca de oficio, en los casos contemplados en el art. 143 LCon.

## II.2. Contenido o pronunciamientos del Auto de declaración de concurso

Se encuentran detallados en el art. 21.1. LCon, pudiendo advertirse que, de los ocho pronunciamientos impuestos en el citado precepto legal, cinco de ellos (los descritos en los números 1º, 2º, 4º, 5 y 7º) tienen un alcance o carácter netamente sustantivo, mientras que los tres restantes (detallados en los números 3º, 6º y 8º) revisten un aspecto formal o puramente procedimental. En efecto, uno de ellos (el del nº 3) se refiere al requerimiento, que anteriormente se ha indicado, (*vid. supra*, p.67) a efectuar por el Juez al deudor para que, si el concurso declarado lo es como **necesario**, presente en plazo de 10 días la documentación exigida en el art. 6.2.LCon, (la que debiera haber presentado en caso de haber solicitado voluntariamente el concurso). Otro pronunciamiento, (el detallado en el nº 6º), alude a las distintas formas de publicación –de pura comunicación oficial y notificación procesal– que haya de darse a la declaración de concurso. Y el último pronunciamiento (el designado con el nº 8º), contempla el acuerdo judicial, en su caso, sobre la procedencia de dar al concurso el procedimiento abreviado previsto en el Capítulo II del Título VIII de la Ley, concretado en el supuesto de hecho de que el deudor sea una persona natural o jurídica que, conforme a la legislación mercantil, esté autorizada a presentar balance abreviado y, en ambos casos, la estimación inicial de su pasivo no supere 1.000.000 de euros (**art.** 190.1 LCon). En este procedimiento abreviado, se contempla también la posibilidad (*ex art.* 190.2 LCon), de que el mismo sea objeto de acuerdo judicial, no ya *ab initio* y en el propio Auto de declaración de concurso, sino *a posteriori*, es decir, bien cuando, habiéndose acordado e iniciado el procedimiento ordinario, posteriormente se ordene judicialmente su conversión en el abreviado (por haber quedado patente o manifiesta la concurrencia de los requisitos

legales exigidos para tal procedimiento simplificado), o bien cuando el Juez ordene la conversión inversa, si, habiéndose acordado e iniciado el procedimiento abreviado, se pusiese después de manifiesto que no concurre alguno de los requisitos legales exigidos para el mismo.

De los citados tres pronunciamientos de carácter formal contenidos, en su caso, en el Auto de declaración de concurso, solamente comentaremos aquí, por tener relación directa con el objeto de este trabajo, el relativo a la publicidad del concurso. Y de los cinco -también en su caso- pronunciamientos de carácter sustantivo que ha de contener dicho Auto, excluirémos de nuestro comentario aquí, por exceder del ámbito de este trabajo, el consignado en el nº 5 del citado art. 21.1. LCon., relativo al llamamiento a efectuar a los acreedores para que pongan en conocimiento de la Administración concursal –nombrada en la correspondiente resolución ordenando la formación de la Sección segunda (arts. 21.3. y 26. LCon)- la existencia de sus créditos, trámite integrado en las actuaciones referentes a la determinación de la masa pasiva y, en concreto, a las designadas bajo el concepto legal **comunicación de los créditos**(arts. 85. 1. a 4. LCon).

#### *II.2.1. Pronunciamiento de carácter formal: publicidad de la declaración de concurso*

Es preciso advertir, con carácter previo, que esta publicidad no tiene nada que ver, por ser sencillamente distinta, con la publicidad registral de la declaración de concurso prevista en el art. 24 LCon., a la que nos referiremos más adelante, la cual tiene por objeto la práctica, en los correspondientes Registros públicos (Civil, Mercantil u otros distintos), de los diferentes asientos relativos tanto a la declaración de concurso como a las resoluciones y actos procesales derivados de la misma. La publicidad a la que ahora, y en este apartado, nos referimos es la que constituye uno de los preceptivos pronunciamientos del Auto declarativo de concurso(art. 21.1. 6º LCon), publicidad que ha de llevarse a cabo en las distintas formas previstas y ordenadas en el art. 23 de la Ley. En este sentido, se contemplan en el indicado precepto legal actos puramente formales de *comunicación y notificación* de resoluciones y actos procesales del concurso, es decir, tanto del propio Auto declarando el mismo como de cualesquiera otras resoluciones y diligencias dictadas o acordadas dentro del proceso. Así creemos que hay que entender la expresión legal, *ex art. 23.1.LCon*, de "restantes notificaciones, comunicaciones y trámites del procedimiento".

A tal efecto, en cuanto a las distintas formas de comunicación pública legalmente previstas, el mencionado art. 13 LCon contempla la publicación –y además, a la mayor urgencia- del correspondiente edicto conteniendo el Auto de declaración de concurso, con cuantos datos sean suficientes para identificar el proceso y las formas de personarse en él, (como puede ser lo relativo a las partes, Juzgado, número del procedimiento, etc)en el Boletín Oficial del Estado y en un diario de los de mayor difusión en la provincia donde el deudor tenga el centro de sus principales intereses, así como en uno de los de mayor difusión en la provincia donde radique su domici-

lio. Ello con independencia de que el Juez pueda acordar, bien en el mismo Auto de declaración de concurso o bien en resolución posterior, y sea de oficio o a instancia de parte, cualquiera otra forma de publicidad complementaria de dicho Auto que estime oportuna, sea en medios públicos o privados.

Lo anterior pone de manifiesto que la Ley establece un régimen de publicidad obligatoria de *mínimos*, sujeta a ampliaciones por la discrecionalidad del Juez, como expresamente indica la Exposición de Motivos de la Ley Concursal cuando, en su apartado IV, dice que *"las facultades discrecionales del Juez se manifiestan en cuestiones tan importantes como...la ampliación de la publicidad que haya de darse a la declaración de concurso y a otras resoluciones en interés de terceros."* Discrecionalidad que no sólo se refiere a la elección de los medios de publicidad (Boletines Oficiales o diarios) adecuados, lo cual igualmente contempla y ratifica el art. 2.10. LORCon, (por remisión expresa que a tal precepto hace el art. 23.4. LCon), sino también a las formas instrumentales o tipos de soportes de la comunicación, que no tienen por qué circunscribirse a los que pudiéramos llamar, en cierto modo, *convencionales*, sino que pueden materializarse también en otros sustitutivos. En este sentido, el propio art. 23.1. LCon contempla la posibilidad de que tanto el Auto de declaración de concurso como las demás notificaciones, comunicaciones y trámites del procedimiento (en definitiva, los distintos actos procesales) sean objeto de publicidad -en sustitución de la común u ordinaria efectuada mediante la inserción, según proceda, en los Boletines Oficiales- por medios telemáticos, informáticos y electrónicos, en la forma que reglamentariamente se determine, y siempre que se garantice la seguridad y la integridad de las comunicaciones. Previsión ratificada en el art. 2.10. LORCon, que modifica el art. 236.1. LOPJ en el sentido indicado, si bien añadiendo la previsión de que esas formas de publicidad o comunicación sustitutivas deben estar *expresamente previstas* en la norma que permita su desarrollo reglamentario, previsión que entendemos ya hace el propio art. 23.1. LCon.

### **II.2.2. Pronunciamientos de carácter sustantivo del Auto de declaración de concurso**

Veamos ahora los pronunciamientos de carácter netamente sustantivo del Auto de declaración de concurso, exigidos en los números 1º, 2º, 4º y 7º del art. 21.1. LCon.<sup>3</sup> De ellos, son de mención obligatoria, es decir, deben constar en el Auto siempre y en todo caso, los consignados en el número 1º (declaración del carácter **necesario o voluntario** del concurso, con indicación, en su caso, de que el deudor ha solicitado la Liquidación) y en el número 2º (fijación de los efectos de la declaración de concurso sobre el patrimonio del deudor<sup>4</sup>, así como nombramiento y faculta-

---

<sup>3</sup> Sobre el exigido en el nº 5º del apdo. 1. del indicado precepto legal, ya dijimos (*vid. supra*, p.69), que quedaba excluido de nuestro estudio, y exponiendo igualmente las razones de tal exclusión

<sup>4</sup> Las limitaciones que impone la Ley lo son sobre la totalidad del patrimonio del deudor, en cuanto conjunto de bienes y derechos que integran la masa activa del concurso. Por tanto, quedan incluidos los bienes que le correspondan al deudor en la sociedad conyugal, y cuando deban responder de las obligaciones del con-

des de los administradores concursales). En cambio, son de mención facultativa en el Auto de declaración de concurso los pronunciamientos consignados en los números 4º y 7º del citado art. 21.1. LCon. En el caso del número 4º, porque el pronunciamiento se anuda a la discrecionalidad del Juez en orden a la adopción o no de medidas cautelares para asegurar la integridad y conservación del patrimonio del deudor hasta que los administradores concursales acepten el cargo; y en el caso del número 7º, porque el pronunciamiento queda vinculado a la existencia de un supuesto de hecho concreto (el contemplado en el art. 77.2. LCon) que comentaremos más adelante.

### **II.2.2.1. Pronunciamientos imperativos del Auto, relativos a la declaración del carácter necesario o voluntario del concurso –con indicación, en su caso, de que el deudor ha solicitado la Liquidación- y a la declaración de los efectos de una y otra clase de concurso sobre el patrimonio del deudor.**

Si, como se ha apuntado ya anteriormente (*vid. supra* p. 2) la primera de las solicitudes instando el concurso ha sido la del propio deudor, y el Juez estima que en la solicitud se dan todos los presupuestos legales (arts 1; 2. 1. a 3.; 8 y 9 LCon), así como que han sido cumplidos todos los requisitos procesales (arts. 3.1. y 3; 6; 8;9; 10.1 y 11 LCon), y que se han agotado todos los tramites y actuaciones procedimentales pertinentes (en su caso, los supuestos contemplados en los arts. 10.2. a 5. y 12 LCon), procederá de inmediato<sup>5</sup> en el sentido de dictar Auto declarando el concurso **voluntario** (arts. 13.1 y 14.1.LCon),cabiendo la posibilidad de que si el Juez estima que la documentación aportada por el deudor es insuficiente, en función de los términos exigidos en los arts. 2.3. y 6. 2 de la Ley, pueda concederle a aquél un plazo no superior a cinco días para la subsanación de dicha deficiencia. Procesalmente, pues, el concurso voluntario está contemplado en la Ley en términos expeditivos y rápidos<sup>6</sup> y, desde el punto de vista sustantivo, coloca al deudor en situación más ventajosa que en el caso del concurso necesario, como seguidamente veremos.

---

cursado (art. 40.6.LCon).Por lo demás, parece evidente que las citadas limitaciones sólo afectan a los actos del deudor sobre su propio patrimonio, no sobre patrimonio ajeno (como sucedería en el caso de la representación),según había declarado la Jurisprudencia (STS 30 de junio de 1978,RJ 2629) en interpretación de la normativa legal que se deroga, como recuerdan VILLORIA RIVERA, I., et al., *Reforma concursal*, Ed. Francis Lefebvre, Santiago de Compostela 2003, op. cit. p.259.

<sup>5</sup> Esto no excluye que la nueva Ley, como se desprende de los preceptos legales citados en texto, haya establecido un sistema de *comprobación* de la insolvencia actual e inminente del deudor, a efectuar en tal trámite de solicitud y apertura del concurso (comprobación, pues, a *priori*), en contra de lo que proponía sobre el particular el Proyecto de Ley Concursal de 5 de julio de 2002, que partía del carácter *confesorio* de la solicitud del deudor y correlativa declaración *automática* del concurso, sin comprobación judicial ninguna de la insolvencia de aquél. Propuesta del Proyecto que fue rechazada y modificada, en el sentido antes expuesto, en las correspondientes enmiendas parlamentarias. Cfr., sobre el particular, PULGAR EZQUERRA, J., “La aprobación de la reforma concursal en el Pleno del Congreso: ¿cambio del sentido de la reforma?”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 578, 22 de mayo de 2003, p. 5.

<sup>6</sup> No se establece en la Ley trámite para formular oposición a la solicitud de concurso, a diferencia de lo que sucede tanto en el concurso necesario como en la normativa, que ahora se deroga, de la quiebra volunta-

En efecto, desde este punto de vista sustantivo, debemos indicar, si bien en síntesis (puesto que su examen pormenorizado exigiría un espacio que desbordaría el de este trabajo, cuyo objeto, como más arriba se indicó, es el examen de la declaración misma del concurso como segundo momento o *tempus* procesal de la Fase común del juicio concursal), debemos indicar, repetimos, que en el concurso **voluntario** el deudor no verá interrumpida la continuación de su actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo (art. 44.1. LCon), y conserva las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, pudiendo quedar sometido, en el ejercicio de dichas facultades, a un régimen de **intervención** (concretado en facultades de autorización o conformidad) por parte de los administradores concursales (art. 40.1. LCon). Régimen intervencionista o de control sobre el que precisamente debe pronunciarse el Auto de declaración de concurso, y sobre el que incidirán las facultades atribuidas, también en dicho Auto, a los administradores concursales.

Dado, pues, que en el concurso voluntario el deudor conserva las facultades de administración y disposición de su patrimonio, quedando tan sólo sujeto a la intervención de la administración concursal, ello significa que el deudor "*intervenido*" conserva la capacidad de iniciativa y decisión en todo lo relativo a la gestión de su patrimonio, negocio o empresa, de suerte que la *intervención* de la administración concursal se limita a autorizar o desautorizar, según los casos, las correspondientes propuestas del deudor acerca de la administración y disposición de su patrimonio<sup>7</sup>, sin que esa *intervención* pueda en modo alguno *sustituir* al deudor en sus iniciativas<sup>8</sup>, con la única excepción relativa al ejercicio de acciones judiciales de carácter patrimonial del concursado, es decir, a los procesos en que sea parte el deudor y afecten a su patrimonio. En este caso, si el deudor se negase a interponer las correspondientes demandas o recursos en defensa de sus intereses y derechos, y la Administración concursal estimase conveniente su interposición, el Juez del concurso podrá autorizar la misma (art. 54.2. LCon). Téngase en cuenta que la declaración de concurso lleva aparejada la limitación de la capacidad de obrar del deudor en el orden patrimonial, por lo que, con respecto a la *posición procesal* del concursado, la Ley deja fuera de esa limitación de su capacidad de obrar aquellos procesos que no tengan tras-

---

ria, en la que ha sido opinión común considerar como facultados para oponerse a la misma, en su condición de interesados, a los acreedores, los socios o los terceros afectados por la declaración. Tampoco La nueva Ley Concursal contempla la posibilidad de recurrir el Auto de declaración de concurso voluntario, por lo que, ante la falta de previsión legal en este punto concreto, si por un lado podría deducirse que no cabe recurso alguno, por otro lado también podría estimarse, *ex art. 197.2 LCon*, (sistema de recursos de la Ley) la posibilidad del recurso de reposición, claro está que sin efectos suspensivos.

<sup>7</sup> Parece, pues, que hay que pensar en la necesidad de un pronunciamiento individualizado y *ad hoc* de la administración concursal al deudor acerca de la conveniencia o no –y, por ello, de la autorización o no– del acto o negocio *intervenido* al deudor. Cfr. HERBOSA MARTINEZ, I., *op. cit.* p. 208.

<sup>8</sup> Según explica el apartado III de la Exposición de Motivos de la Ley Concursal, "*el sistema legal combina...las garantías del deudor con la conveniencia de adelantar en el tiempo la declaración de concurso, a fin de evitar que el deterioro del estado patrimonial impida o dificulte las soluciones más adecuadas para satisfacer a los acreedores. Los estímulos a la solicitud de concurso voluntario...son medidas con las que se pretende alcanzar ese objetivo*".

cendencia patrimonial (Cfr. art. 8, 1º a 4º LCon y art. Segundo, 7.1.1º, 3º y 4º LOR-Con).<sup>9</sup>

Si, por el contrario, y como se apuntó anteriormente (*vid. supra*, p.66), el concurso no ha sido instado por el propio deudor, sino que se han adelantado en tal iniciativa sus acreedores o quienes, no siéndolo, sin embargo son considerados legalmente como personas interesadas (legitimadas) para ello, el procedimiento hasta la declaración de concurso es más complejo, pues el Juez, una vez que haya estimado que en la solicitud se dan todos los presupuestos legales (arts. 1; 2.4; 8 y 9 LCon), que se han cumplido todos los requisitos procesales (arts. 3.1. a 5.; 7;8;9;10.1. y 11 de la Ley) y se han producido todas las actuaciones procedimentales pertinentes (en su caso, los supuestos contemplados en los arts. 10. 2. a 5. y 12 LCon), proveerá en el sentido indicado en los arts. 15.1., en relación con el 27.1, ambos LCon, admitiendo a trámite la solicitud de concurso y abriendo el procedimiento a los trámites de emplazamiento del deudor, allanamiento u oposición del mismo, práctica de pruebas por las partes y vista, regulados en los arts. 15.2; 18 y 19 LCon. Sustanciados los citados trámites, el Juez dirimirá la controversia suscitada y, si estima la solicitud de concurso en su momento formulada por acreedores y/o terceros legitimados, dictará Auto declarando el concurso como **necesario** (art. 21.1. LCon).

Si procesalmente, pues, dicho concurso está investido de un procedimiento de cuya entidad carece por completo el concurso voluntario<sup>10</sup>, también en el aspecto sustantivo (limitación de las facultades patrimoniales de administración y disposición del deudor) se aprecian las notorias diferencias existentes entre uno y otro concurso. En efecto, desde ese punto de vista sustantivo hay que señalar, también en síntesis, por las mismas razones expuestas anteriormente a propósito del concurso voluntario, que en el necesario el deudor, si bien no verá interrumpida tampoco la continuación de su actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo (art. 44.1.LCon), sin embargo sí verá *suspendido* el ejercicio de sus facultades (no las facultades mismas, obviamente) de administración y disposición sobre su patrimonio<sup>11</sup>, siendo *sustituido* en el ejercicio de dichas facultades por los administradores concursales (art. 40.2.

<sup>9</sup> Como señala HERRERA CUEVAS, E., *Manual de la Reforma Concursal*, Ed. Europea de Derecho, Madrid 2003, p. 295, en realidad no se trata de imperfecta capacidad procesal, sino de casos de falta de legitimación para el ejercicio de *determinadas pretensiones de índole patrimonial o de ciertos actos* de disposición del proceso, en los que la Administración concursal acciona por el concursado.

<sup>10</sup> Contra el Auto que declare el concurso cabe recurso de apelación, que pueden interponer tanto el deudor que no hubiese solicitado el concurso como cualquier tercero que acredite interés legítimo, aunque no hubiera comparecido con anterioridad. El recurso no tiene efectos suspensivos, salvo que el Juez acuerde lo contrario, en cuyo caso habrá de pronunciarse sobre las medidas cautelares que se hubiesen adoptado; pronunciamiento que, si revistiese la forma de Auto, podría ser objeto de recurso de apelación, siéndolo de recurso de reposición si fuese otro tipo de resolución (cfr., arts. 20.2 y 3. Y 197. 1. y 2. LCon). Por otra parte, es susceptible de recurso de reposición cualquier otro pronunciamiento del Auto de declaración del concurso distinto del relativo a la propia declaración (art. 20.2. LCon).

<sup>11</sup> Concepto, empleado ya en el derecho que ahora se deroga (cfr. art. 878 C de C de 1829), que comprende la actividad patrimonial del deudor tanto en su esfera activa (ejercicio de derechos) como pasiva (asunción de obligaciones). Y en todo caso, conviene advertir que la restricción de la facultades dispositivas sólo alcanza

LCon). Régimen sobre el que, al igual que en el concurso voluntario, debe pronunciarse el Auto de declaración de concurso, (art. 21.1.2º LCon) y sobre cuyo régimen incidirán, también como en el caso del concurso voluntario, las facultades atribuidas a dichos administradores concursales en el Auto en cuestión.

Puesto que en el concurso necesario el deudor se ve normalmente privado (*suspendido*, en la terminología legal) de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, que pasarán a ser ejercidas por la Administración concursal, ello significa que el deudor no perderá, obviamente, la titularidad de su patrimonio, sino solamente que los administradores concursales sustituirán *ex lege* al deudor en el ejercicio de las citadas facultades<sup>12</sup>. Lo que, en el supuesto de que el deudor fuese persona jurídica, significaría que los administradores de la misma no perderían esa condición, sino que dejarían, simplemente, de ejercer las facultades que tuviesen atribuidas. Y en cuanto al caso de concurso de herencia yacente, corresponderá a la Administración concursal el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre el caudal relicto, sin que pueda cambiarse esta situación (art. 40.5. LCon). Previsión legal ésta perfectamente lógica, como acertadamente indican VILLORIA RIVERA I., et alt. (op. cit. p.261) si se tiene en cuenta que, a menos que en la herencia yacente exista un albaceazgo, lógicamente no habrá quien que pueda ejercitar esas facultades de administración y disposición patrimonial, ya que la herencia aún no ha sido aceptada.

Por supuesto, las facultades de las que se ve privado el deudor en el concurso necesario solamente son las de carácter patrimonial, como se desprende claramente de los arts. 8.1º a 4º; 21.1.2º y 40.2.LCon, en relación con el art. Segundo 7.1º, 3º y 4ºLORCon. Por tanto, la suspensión del ejercicio de la capacidad de obrar no afecta a la esfera personal, cuyos derechos de tal naturaleza deben ser y son ajenos al concurso. De donde se deriva que quedan fuera de su órbita los derechos relativos al estado civil y, por ende, aquellos actos y negocios jurídicos constitutivos, modificativos o extintivos de relaciones jurídicas de Derecho de familia de naturaleza estrictamente personal (matrimonio, patria potestad, emancipación, adopción, mecanismos tutelares, etc). Del mismo modo, escapan a la esfera de actuación del concurso las acciones ejercitadas en procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, a los que se refiere el Título I del Libro IV de la LEC (Cfr. art. 8.1º. LCon).

---

a los actos *inter vivos*, no a los *mortis causa* (art. 40.6. LCon), ello con independencia de que, fallecido el deudor, normalmente será objeto de concurso la herencia. En este sentido, señalan VILLORIA RIVERA, I., et alt. (op. cit. p. 260) que la jurisprudencia concursal había referido desde antiguo la administración de los bienes del deudor al ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones que por su finalidad u origen tienen su objeto en el acervo patrimonial que ha de constituir la masa de bienes sobre la que opera la quiebra ( STS de 20 octubre de 1952).

<sup>12</sup> Como señala HERBOSA MARTINEZ, I., (op. cit. p. 2020), no debe existir inconveniente para que el concursado pueda retener la posesión material de los bienes (integrantes de su patrimonio) si así lo requiriese la propia continuidad de su actividad empresarial, ya que no constituye una exigencia legal que el ejercicio de las facultades de *sustitución* de los administradores concursales necesite de dicha posesión.

De todo lo dicho hasta ahora se desprende que los efectos sobre el patrimonio del deudor (posibilidad de continuar con su actividad profesional o empresarial y limitación de sus facultades de administración y disposición), efectos fijados o determinados en el Auto de declaración del concurso<sup>13</sup>, son muy distintos, según que aquél sea **voluntario** o **necesario**.<sup>14</sup> Debe puntualizarse, no obstante, que dicho régimen general puede verse alterado posteriormente, durante el curso del procedimiento, por voluntad judicial en decisión motivada, de tal forma que el Juez pueda acordar, *ex art. 40.3. LCon*, la *suspensión* de las facultades de administración y disposición patrimoniales del deudor aunque el concurso sea declarado *voluntario* y, a la inversa, acordar la mera *intervención* de esas facultades aún cuando el concurso se declare *necesario*. La motivación impuesta al Juez en justificación de unos acuerdos tales, que rompen el régimen general establecido en el art. 40.1. y 2. LCon, se concreta en el señalamiento de los riesgos y ventajas que se pretendan evitar u obtener, respectivamente, con la adopción de un acuerdo alterador de dicho régimen general. El cual, por cierto, también puede verse modificado por el Juez no solo por acuerdo adoptado a iniciativa propia, sino también a instancia de la Administración concursal, en cualquier momento, aunque motivando igualmente tal acuerdo y oído, en todo caso, el propio deudor concursado (art.40.4. LCon)<sup>15</sup>. Y, desde luego, hay que recordar que en los dos casos citados de alteración del régimen general legal de declaración de los efectos del concurso sobre el patrimonio del deudor, al correspondiente acuerdo (Auto) estableciendo tal cambio deberá dársele la misma publicidad exigida para el primitivo Auto de declaración de concurso (art 40.4. LCon), publicidad ya examinada *ut supra* (p.69), a cuyo lugar nos remitimos en evitación de repeticiones innecesarias.

Por último, para terminar con el comentario, que estamos realizando en este apartado, del pronunciamiento del Auto de declaración de concurso impuesto en el art. 21.1.1ºLCon, nos queda por examinar brevemente el extremo –también recogido en dicho precepto legal- que puede integrar el citado pronunciamiento, relativo a la indicación, en su caso, de que el deudor ha solicitado la liquidación (de su patrimonio).Este extremo del pronunciamiento del Auto de declaración de concurso es importante porque, como ya dijimos anteriormente, el deudor tiene la facultad de

<sup>13</sup> No los determinados, además, *ex lege* en el Capítulo Primero del Título III LCon, cuyo estudio ya hemos dicho (*vid. supra*, p.66) que no es objeto de este trabajo.

<sup>14</sup> En todo caso, hay que poner de manifiesto que las facultades limitativas de la capacidad patrimonial del deudor, atribuidas a los administradores concursales en el Auto de declaración de concurso –al igual que las ejercidas con posterioridad a dicha declaración, atribuida a dichos administradores *ex lege*– deben estar presididas por el principio de *conservación* del patrimonio del deudor que impone, entre otros, el art. 44 LCon. Cfr., sobre este particular, MAIRATA LAVIÑA, J., "Efectos patrimoniales del concurso en el Proyecto de Ley Concursal", en *La Ley*, nº 5742, 19 de marzo de 2003, p.3.

<sup>15</sup> Señalan acertadamente VILLORIA RIVERA, I., et al. (*op. cit.*, p. 260), que del tenor de la Ley se puede concluir que el Juez no puede diseñar un sistema intermedio dependiente de las circunstancias que concurren, sino que necesariamente ha de ceñirse a uno de los dos existentes (*suspensión o intervención* de las facultades de administración y disposición).

dar al proceso concursal una solución normal como es la liquidación de su patrimonio; solución tan normal, jurídicamente hablando, como la obtenida a través de Convenio, aunque ésta sea más deseable en todos los órdenes<sup>16</sup>. Para ello, el deudor podrá acudir, *motu proprio*, a dicha fórmula liquidatoria en el momento de solicitar el concurso voluntario (art. 142.1.1<sup>o</sup>LCon), queriendo, con ello, impedir que el concurso, una vez terminada la fase común del mismo, pueda desembocar en Convenio, al prever el deudor, dada su insolvencia, la inviabilidad del mismo y su eventual incumplimiento. Lo que asemeja esta intención del deudor de acudir a la Liquidación al solicitar voluntariamente el concurso, a la quiebra voluntaria de la normativa legal a extinguir. Ocioso es advertir que, como ya señala la Exposición de Motivos LCon, en su apartado VII, los efectos de la Liquidación son más severos, pues el concursado quedará sometido a la situación de *suspensión* en el ejercicio de sus facultades patrimoniales de administración y disposición, y *sustituido* en ellos por la Administración concursal; es decir, la situación de restricción propia de un concurso **necesario**<sup>17</sup>.

#### II.2.2.2. Pronunciamientos imperativos del Auto, relativos al nombramiento y facultades de los administradores concursales

El Auto de declaración de concurso contendrá también, imperativamente, el pronunciamiento relativo al nombramiento de los administradores concursales y a la determinación de sus facultades (art. 21.1.2<sup>o</sup> LCon), para la actuación de cuya administración concursal –a partir de entonces y hasta que concluya su función- el Juez ordenará formar precisamente la Sección segunda (art. 26 LCon). En ella, como ya se apuntó *ut supra* (p.67), quedará procesalmente integrado todo lo relativo a las facultades asignadas judicialmente a los administradores, al ejercicio de las mismas, a su rendición de cuentas y, eventualmente, a la responsabilidad en la que pudieran incurrir ( art. 183.2., en relación con el art. 183.2<sup>o</sup>, ambos LCon).

De todas estas cuestiones, y en razón a lo que afecta e interesa al objeto de este trabajo, sólo haremos unas breves consideraciones –puesto que la extensión asignada a aquél no permite otra cosa- sobre algunos aspectos puntuales relacionados con estos dos extremos concretos (nombramiento de los administradores y fijación de sus facultades) del pronunciamiento, objeto de examen en este apartado, del Auto de declaración de concurso.

<sup>16</sup> Cfr. La Exposición de Motivos, apartado VI de la Ley Concursal, donde ésta dice expresamente que trata de *fomentar* el Convenio como solución normal del concurso, en una serie de medidas orientadas a alcanzar la ratificación del interés de los acreedores a través del Convenio.

<sup>17</sup> Observan, acertadamente, VILLORIA RIVERA I., et alt. (op. cit. p. 241), que, teniendo en cuenta los problemas que se pueden plantear para una *marcha atrás* en esta decisión del deudor, ya que la Ley no contempla tal posibilidad, la manifestación de aquél de su intención de acudir a la liquidación de su patrimonio, hecha en el momento de solicitar la declaración de concurso, le reportará escaso beneficio, puesto que, como la Ley no obliga al deudor a decantarse, en ese momento inicial, entre el Convenio o la Liquidación, lo más prudente para él será que se limite a valorar sus expectativas de futuro en la Memoria que ha de presentar como exigencia legal *ex art. 6.2.2<sup>o</sup>LCon*.

En cuanto al nombramiento en sí mismo<sup>18</sup>, como acto procesal integrado en el propio Auto y con vocación de efectos constitutivos de una situación y *status* jurídicos determinados, cabe decir que, una vez aceptado el cargo –y tomado posesión de él- objeto de dicho nombramiento<sup>19</sup>, a éste (no al cargo) se le dará, lógicamente, la misma publicidad –ya comentada *ut supra* (p. 69)- que al Auto de declaración de concurso (art. 23 LCon), puesto que se trata de uno de los pronunciamientos en él contenidos. Y en cuanto a la fijación o determinación de las facultades de los administradores concursales, que deberá efectuar asimismo el Auto de declaración de concurso (facultades que ostentarán y ejercerán con incidencia sobre el patrimonio del deudor, limitando sus capacidad de administración y disposición sobre el mismo), revestirán distinta naturaleza y alcance en función de que el concurso sea **voluntario** o **necesario** (*intervención* o control en el primer caso, y *suspensión* o sustitución en el segundo), como ya comentamos en el apartado 1.2.2.1. anterior, a cuya exposición más detallada nos remitimos.

Ello no obstante, consideramos oportuno añadir aquí, pues es el lugar adecuado para ello, algunas puntualizaciones importantes sobre dichas facultades de los administradores concursales sobre el patrimonio del deudor. En efecto, como –según ya tuvimos ocasión de exponer en su momento- el Auto de declaración de concurso tiene eficacia procesal y sustantiva inmediata (art. 21.2. LCon)y, por tanto, tienen esa misma eficacia las limitaciones de la capacidad patrimonial del deudor atribuidas en dicho Auto –vía *intervención* o *suspensión* , según los casos- a los administradores concursales, es lógico contemplar el problema que puede presentarse en el intervalo de tiempo existente entre el nombramiento de los administradores y su aceptación del cargo y entrada en ejercicio del mismo. Durante ese tiempo –que normalmente será muy corto, dada la perentoriedad de los trámites de notificación judicial del nombramiento a los designados como administradores y de aceptación de los mismos<sup>20</sup>, la realidad es que el deudor concursado está ya afectado por las correspondientes limitaciones de sus facultades de administración y disposición patrimoniales y, sin embargo, no cabe decir, en rigor, que esas limitaciones puedan hacerse efectivas, pues todavía no existen legalmente administradores concursales que puedan materializar aquellas; o, para ser más exactos, existen esos administradores, pero no han entrado aún en el ejercicio de su cargo y, por tanto, en el ejercicio efectivo de la

<sup>18</sup> No es objeto de nuestro examen, obviamente, todo lo relativo a las condiciones subjetivas para ser nombrado administrador (arts. 27 y 32 LCon), a la imparcialidad, incompatibilidades y prohibiciones para tal nombramiento (arts. 28 y 30.2 a 4. LCon)y, menos aún, al estatuto jurídico de los administradores concursales (arts. 34 a 38 LCon).

<sup>19</sup> El nombramiento no puede ser objeto de recurso alguno, *ex art.* 39 LCon, sin perjuicio de la posibilidad de recusación ofrecida a quienes están legitimados para solicitar el concurso (art. 33 LCon).

<sup>20</sup> El art. 29 LCon regula esos trámites y, de los plazos concedidos a los administradores para aceptar o no el cargo y alegar –o ser propuesta por los legitimados para ello, en su caso- motivo de recusación y para sustanciar estas posibles incidencias, no parece que pueda desprenderse la idea de que esos trámites tengan normalmente una duración prolongada.

intervención o suspensión de las facultades patrimoniales del deudor. Así pues, para evitar que durante el citado intervalo de tiempo<sup>21</sup> pudiera verse comprometida o perjudicada –y quién sabe de qué manera- la actividad profesional y empresarial del deudor por una eventual e indeseable paralización de la misma, aquél podrá realizar los actos que sean propios de esa actividad, siempre que sean imprescindibles para las condiciones normales del mercado.(art. 44.2. LCon).

### II.2.2.3. Pronunciamiento facultativo del Auto, relativo a la adopción de medidas cautelares

En el Auto de declaración de concurso el Juez puede acordar, *ex art. 21.1.4º* LCon, aquéllas medidas cautelares que considere necesarias para la integridad, conservación o administración del patrimonio del deudor hasta que los administradores concursales acepten el cargo. Previsión judicial que, sin duda, tendrá como finalidad dar precisamente solución al problema, ya comentado en el apartado 2.2.2. anterior, de los perjuicios que pudieren seguirse de una indeseable paralización de la actividad profesional o empresarial del deudor durante el citado intervalo de tiempo. Conviene advertir, por ello, que estas medidas cautelares son distintas, tanto de las que el Juez pudiera haber adoptado, en su caso, durante el periodo de tramitación de solicitud del concurso (y antes, por ende, de la declaración del mismo), como de las que el Organo judicial pudiera acordar después de dicha declaración, en cualquier momento –o incluso Fase- del procedimiento concursal.

Como manifestación de las primeras, la Ley prevé (art.17.1.y 2 LCon) que en caso de solicitud de concurso **necesario**, el legitimado para instarlo pueda pedir al Juez –y éste acordarlo así- que adopte las medidas que estime necesarias para asegurar la integridad del patrimonio del deudor, de conformidad con lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>22</sup>. Y como exponente de medidas cautelares que el Juez pudiera adoptar, en su caso, con posterioridad a la declaración de concurso, se pueden citar, a título ejemplificativo y entre otras, las acordadas a solicitud de la Administración concursal para hacer efectiva la obligación del deudor de poner a disposición del aquélla los libros, documentos y registros relativos a los aspectos patrimoniales de su actividad (art. 45.2.LCon); o las adoptadas, mediante embargo de bienes y derechos del concursado persona jurídica, para asegurar que la masa activa sea suficiente para satisfacer todas las deudas, cuando resulte fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas (art. 48.3. LCon); o cuando, por último, y para terminar con esta relación de ejemplos, una vez entrado el concurso en Fase de Convenio, y formulada oposición al mismo, el Juez acuerde tomar cuantas medidas procedan para evitar que la demora en la tramitación de dicha oposición impida, por sí sola, el

---

<sup>21</sup> Sin perjuicio y con independencia de las medidas cautelares que, para obviar el problema expuesto, hubiera podido adoptar el Juez en el Auto de declaración de concurso(cfr. art. 44.2. LCon).

cumplimiento futuro del Convenio aceptado y, si es desestimada, el cumplimiento futuro del Convenio (art. 129.4 LCon).

Las medidas cautelares adoptadas, en su caso, en el Auto de declaración de concurso podrán ser, o bien las mismas que el Juez hubiera podido adoptar en el trámite de solicitud de aquél, si el órgano judicial estima oportuno mantenerlas, en todo o en parte, o bien otras distintas (art. 20.2. LCon). Lo primero sucederá, preceptivamente, cuando el Juez, con carácter excepcional, acuerde dar efectos suspensivos al recurso de apelación interpuesto contra el Auto de declaración de concurso (art. 20.2. LCon). Lo segundo ocurrirá, simplemente, cuando el Juez estimase oportuno modificar, en el Auto de declaración de concurso, las medidas cautelares que hubiese adoptado en el trámite de solicitud de aquél; decisión discrecional del Juez para la que, siendo naturalmente motivada y fundada, no parece encontrarse, al menos de forma clara y explícita, ningún impedimento legal, no sólo desde la perspectiva de una interpretación sistemática de los arts. 20.2 y 21.1.4º LCon, que sólo ofrecen silencio sobre este punto concreto, sino, sobre todo, teniendo en cuenta que el art. Segundo 7. LORCon ordena la reforma de la LOPJ en el sentido de añadir a la misma un artículo 86 ter, en cuyo apdo. 1. punto 4º se dispone que la jurisdicción del Juez del concurso será exclusiva y excluyente para la adopción de *toda medida cautelar que afecte al patrimonio del concursado*, excepto los supuestos que seguidamente contempla. Ofreciéndose, así, una visión amplificadora de la potestad judicial en materia de medidas cautelares que, si son fundadas y respetuosas con los derechos del deudor y garantizadoras de la indemnización o resarcimiento de los eventuales perjuicios que su adopción pudiese reportar al patrimonio del aquél, no tienen por qué verse constreñidas si se adoptan en beneficio de los intereses colectivos del concurso y conservación de la masa.

#### **II.2.2.4. Pronunciamiento facultativo del Auto, relativo a la formación de pieza separada si el deudor es persona casada y el régimen económico de su matrimonio es el de sociedad de gananciales**

Por último, entre los pronunciamientos de índole sustantiva del Auto de declaración de concurso que, a su vez, tienen carácter facultativo, y no imperativo, está el previsto en el art. 21.1. 7º LCon, que trata de dar soluciones legales a un supuesto de hecho concreto<sup>23</sup>. En efecto, se trata de que el Juez acordará la formación de pieza separada para el caso de que el deudor concursado sea persona casada, a efectos de que, *ex art. 77.2. LCon*, puedan ser integrados en su día como bienes de la masa activa, -y además, obviamente, de los bienes privativos del concursado- los bienes gananciales, si éste fuese el régimen económico del matrimonio del deudor, cuando

<sup>23</sup>Petición que, de ser atendida por el Juez, le permitirá a éste poder exigir al solicitante prestación de fianza suficiente para responder de los eventuales daños y perjuicios que las medidas cautelares adoptadas pudieran producir al deudor si la solicitud de declaración de concurso fuera desestimada (Cfr. art. 17.2. LCon).

aquéllos deban responder de obligaciones a cargo del mismo. Téngase en cuenta que, por imperativo de lo dispuesto en el art. 40.6 LCon, los bienes, derechos y obligaciones que, en su caso, correspondan al deudor de la sociedad conyugal, se verán también afectados por las facultades de *intervención* o *suspensión* de los administradores concursales, que restringirán y limitarán la capacidad del deudor de administración y disposición sobre aquellos bienes, cuando deban responder, *ex art.* 1373 CC, de deudas contraídas por el deudor concursado. Precisamente en este caso, y por la expresada causa, el cónyuge de aquél podrá pedir, como indica el citado art. 77.2. de la Ley, -que viene, en definitiva, y en relación con el art. 40.6.LCon, a consagrar en sede concursal la *presunción muciana* del art. 1442 CC- la disolución de la sociedad conyugal (cfr. art. 1393.1. CC)<sup>24</sup>, para que la masa activa del concurso pueda incorporar -*ex art.* 77.1.LCon- bienes que, siendo en principio gananciales, se han convertido en privativos previa la disolución de la sociedad conyugal, y adjudicados al deudor concursado.

La disolución solicitada deberá ser acordada y practicada por el Juez del concurso, así como la consiguiente liquidación o división del patrimonio común, la cual se llevará a cabo de forma coordinada con lo que resulte del Convenio o de la Liquidación, según los casos, del concurso, y por ello se establece en el art. 21.1. 7º LCon que en el Auto de declaración de concurso se incluya el ya mencionado pronunciamiento de formación de la pieza separada en la que se sustanciará la eventual disolución y liquidación de la sociedad conyugal motivada por las razones expuestas. Por éso, en el concurso **voluntario** se deberá incluir, entre la documentación acompañada al escrito de solicitud, y si el deudor fuera persona casada, la identidad del cónyuge, con expresión del régimen económico del matrimonio (art. 6.2.2º LCon); y si el concurso es **necesario**, por la misma razón se exige al deudor que aporte, una vez notificado del Auto de declaración de concurso, la citada documentación del art. 6.2.2º de la Ley (cfr. art. 21.1.3º LCon). Por cierto, las citadas disolución y liquidación no se producen *ipso iure* como efecto natural del concurso, sino que deben ser instadas por el cónyuge no concursado, de suerte que, si no lo hiciere así, los bienes comunes integrarán la masa activa del concurso hasta su conclusión.

### II.3. Publicidad registral de la declaración de concurso

Al hablar del Auto de declaración de concurso y sus pronunciamientos, comentábamos (*vid. supra* p. 69), entre los de índole puramente formal y procedimental previstos en el art. 21.1. 3º, 6º y 8º, LCon, el único a examinar como objeto de este trabajo y, en concreto, el consignado en el número 6º, relativo a la publicidad a dar a la declaración de concurso. Ya indicábamos en dicho lugar que esta publicidad regu-

---

<sup>24</sup> Cfr., acerca del mismo, y para mayor detalle, VAZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Comentarios a la Ley Concursal*, Dijusa, Madrid 2003, p. 416 ss.

lada en el art. 23 LCon, es distinta a la registral de la declaración de concurso prevista en el art. 24 LCon, que es precisamente la que examinaremos ahora, la cual tiene por objeto inscribir en los correspondientes Registros públicos (Civil, Mercantil u otros, según los casos), tanto la declaración de concurso como las resoluciones y actos procesales derivados de la misma, referentes a las nuevas situaciones jurídicas y estados civiles que, en su caso, constituyen los efectos propios de dicha declaración concursal.

Debe tenerse en cuenta que la distinta naturaleza del deudor concursado (persona física o jurídica) determina, tanto la clase de Registro donde habrá de materializarse la publicidad del concurso, como la forma y contenido de los distintos tipos de asiento a practicar en el Registro de que se trate. Y así, cuando el deudor es persona física, se ha de inscribir en el Registro Civil (art. 24.1. LCon) -mediante el correspondiente mandamiento judicial al efecto- el Auto de declaración de concurso, literalmente transcrito, con los pronunciamientos del mismo relativos: **a)** al carácter **voluntario** o **necesario** del concurso; **b)** al tipo de limitación de la capacidad patrimonial del deudor mediante las facultades de **intervención** o **suspensión**, respectivamente, según cada uno de dichos concursos, atribuidas a los administradores concursales; y **c)** por último, al propio nombramiento de éstos<sup>25</sup>. Si, por el contrario, el deudor fuese sujeto inscribible en el Registro Mercantil<sup>26</sup>, el art. 24.2 LCon ordena inscribir en este Registro -previa la inscripción del propio sujeto o persona jurídica, si no estuviere inscrita- el Auto de declaración de concurso, en la misma forma (mandamiento judicial al efecto conteniendo el Auto para su inscripción literal) y con las mismas circunstancias o pronunciamientos de aquél, exigidos para el caso de la inscripción en el Registro Civil del concursado persona física<sup>27</sup>. Si el deudor concursado fuese persona jurídica no inscribible en el registro Mercantil, pero conste inscrito en otro Registro público, la inscripción del Auto de declaración de concurso se practicará en las mismas circunstancias que para el caso de inscripción en el Registro Mercantil (art. 24.3. LCon).

Ahora bien, como la declaración de concurso determina no solo un *status* civil (de incapacidad) sino que también fija limitaciones de la capacidad patrimonial del deudor con incidencia en la administración y disposición de sus bienes, y éstos -así como los derechos de igual clase- pueden ser de naturaleza inmueble y constar inscritos en el Registro de la Propiedad, cabe cuestionarse si también se podrá inscribir en este Registro el Auto de declaración de concurso, igualmente en virtud del correspondiente mandamiento judicial conteniendo la transcripción literal del Auto,

<sup>24</sup> Cfr., para un examen más detallado de estas cuestiones, ASUA GONZALEZ, C.I., *La presunción muciana concursal: el artículo 1442 CC*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p.29, 59, 60 *et passim*.

<sup>25</sup> El asiento se practicará en la Sección de nacimientos del Registro Civil, por anotación marginal a la inscripción de nacimiento del deudor concursado (arts. 1.5º y 46 LRC y art. 177 RRC)

<sup>26</sup> Sea persona física o empresario individual, sea persona jurídica o sociedad mercantil, pues ambos son sujetos inscribibles (art. 8.2.2. RRM)

para su inscripción completa, con las mismas circunstancias y pronunciamientos a que antes hacíamos referencia para los casos de inscripción en los Registros Civil y Mercantil.

La cuestión es discutible, pues hay autores (tan significados como JERÓNIMO GONZALEZ) que sostienen que el reflejo o constancia registral de las situaciones concursales no alcanza al Registro de la Propiedad, que no es órgano de publicidad del estado civil de las personas. Y aunque el art. 24.1. a 3. LCon parece optar también por esta postura, al no mencionar al Registro de la Propiedad y reservar los Registros Civil, Mercantil y otros públicos para la inscripción -como ya hemos visto- de la declaración de concurso, de la limitación de la capacidad patrimonial del concursado, del nombramiento de los administradores y de sus facultades de intervención o suspensión de aquella capacidad del deudor, sin embargo, también es cierto que el art. 2. 4º LH, en relación con el art. 10 RH, permiten inscribir, en la inscripción del dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, las resoluciones judiciales en que se declare la incapacidad legal del titular registral para administrar y disponer de aquellos bienes; corroborando estas previsiones legales el art. 386 RH, que permite inscribir las limitaciones de capacidad patrimonial en el Libro de incapacitados<sup>28</sup>. Incluso la propia nueva Ley Concursal, en su art. 24.4., parece permitir también tal inscripción, al ordenar que si el deudor tuviera bienes o derechos inscritos en *registros públicos* (luego, también el de la Propiedad) se anoten preventivamente en el folio correspondiente a cada uno de ellos la *intervención* o *suspensión*, en su caso, de las facultades de administración y disposición del deudor concursado, con expresión de su fecha, y el nombramiento de los administradores concursales.

Esta previsión legal está en la misma línea que la seguida en la Ley y Reglamento Hipotecarios, y tal vez solo difiera en la clase de asiento a practicar que prevén una y otra normativa legales. En la Ley y Reglamento Hipotecarios parece que, como hemos indicado, se contempla la publicidad del asiento de inscripción, mientras que en el art. 24.4 LCon se habla del de anotación preventiva<sup>29</sup>, a pesar de que incluso esta interpretación se presta también a la duda, si se tiene en cuenta que el mismo art. 24. LCon, en su apdo. 5., dispone que en tanto el Auto de declaración de concurso no sea firme, el asiento a practicar en los *correspondientes registros* (luego en **todos**, y también, por tanto, en el de la Propiedad) será el de anotación preventiva, mientras que será el de inscripción cuando aquel Auto gane firmeza.

<sup>27</sup> El asiento se practicará por inscripción en las respectivas hojas abiertas a cada empresario individual (art. 87. 4º y 6º RRM) o sociedad mercantil (art. 94.1.9º y 11º RRM)

<sup>28</sup> De ahí la importancia del asiento y su contenido, que condicionará posteriormente la libre disposición de los bienes por el deudor. Cfr., en tal sentido, FLORAN FAZIO, FJ., "Aproximación a la nueva Ley Concursal, en su relación con el Registro de la Propiedad", en el *Boletín del Colegio de Registradores de España*, nº 95, septiembre de 2003, p. 2080.

<sup>29</sup> Practicada la cual -dice el precepto legal- no podrán anotarse respecto de aquellos bienes y derechos anotados, mas embargos o secuestros posteriores a la declaración de concurso que los que el Juez concursal acuerde.

En definitiva, parece evidente que, en el peor de los casos, la cuestión planteada como dudosa debería resolverse en el sentido de que el Auto de declaración de concurso y sus pronunciamientos sobre las limitaciones de capacidad patrimonial del concursado, sobre las facultades de *intervención* o *suspensión* -según los casos- de los administradores judiciales y sobre el nombramiento e identidad de estos mismos, podrá ser objeto de anotación preventiva en el Registro de la Propiedad<sup>30</sup>.

La problemática planteada por el art. 24.1.a 4. LCon pudiera aplicarse, por extensión, a la publicidad registral de las medidas cautelares adoptadas, en su caso, por el Juez del concurso, antes de la declaración de aquél (art. 17.1. y 2. LCon) y mantenidas, total o parcialmente, en dicha declaración (art. 20.2. LCon); igualmente pudiera aplicarse a las medidas que pudiera adoptar después de la declaración del concurso, mencionadas en otro apartado anterior (*vid. supra* p. 25). Y por último, igualmente podría aplicarse, por extensión, a la eventual decisión judicial de cambio de las situaciones de *intervención* o *suspensión* de la capacidad patrimonial del deudor, con las consiguientes modificaciones de las facultades atribuidas en tal sentido, en la declaración de concurso, a los administradores concursales (art. 40.3 y 4 LCon).

### Resumen

En el presente trabajo, se aborda el estudio de la declaración de concurso en la nueva Ley Concursal, a través del examen del contenido del Auto judicial de declaración de concurso, analizando de forma pormenorizada los distintos pronunciamientos de dicho Auto que fijan y determinan los efectos del concurso sobre el patrimonio del deudor.

*Palabras clave:* concurso voluntario y concurso necesario, limitación de la capacidad de administración y disposición patrimoniales del deudor, facultades de intervención y suspensión/sustitución de los administradores concursales, publicidad formal y registral de la declaración de concurso.

### Summary

This study focuses on the declaration of bankruptcy in the new Bankruptcy Law, by examining the contents of the bankruptcy order, providing in-depth analysis of the different pronouncements of said order, which establish and determine the effects of bankruptcy on the debtor's estate.

---

<sup>30</sup> Para un examen más amplio y profundo sobre esta cuestión, que desbordaría los límites de este trabajo, *vid. GONZALEZ-MENESES, M.*, "La Ley Concursal de 9 de julio de 2003 y el Registro de la Propiedad", en el Boletín del Colegio de Registradores de España, nº 94, julio-agosto de 2003, p. 1875 ss.