

**DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL**



VNIVERSITAT E VALÈNCIA

**EL CONCURSO DE ACREEDORES EN PERSONA FÍSICA**

TESIS DOCTORAL

Presentada por:

Noelia García Marz

Dirigida por:

Prof. Dr. Francisco de P. Blasco Gascó

Valencia, 2015



# INDICE

## PRIMERA PARTE EVOLUCIÓN HISTÓRICA

### **CAP. I. BREVES ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LAS FIGURAS CONCURSO DE ACREEDORES Y QUIEBRA. .... 7**

- I.1. El concurso en Roma..... 7
- I.2. El concurso en la Edad Media..... 16
- I.3. Las Ordenanzas de Bilbao. .... 31

### **CAP. II. CONCURSO, QUIEBRA Y SUSPENSIÓN DE PAGOS. .... 37**

- II.1. Código de Comercio 1829. .... 39
- II.2. Ley de Enjuiciamiento Civil 1855 y 1881 (arts. 1.130 a 1.396). ... 44
- II.3. Código de Comercio 1885. .... 56
- II.4. Código Civil de 1889 (arts. 1.911 a 1.930)..... 59
- II.5. Ley Suspensión de Pagos de 26 de julio 1922. .... 138

### **CAP. III. EVOLUCIÓN HACIA LA LEY CONCURSAL..... 145**

- III.1. Anteproyectos Ley Concurso Acreedores. .... 145
- III.2. Situación concurso de acreedores en el resto de Europa. .... 155
- III.3. La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. .... 176
- III.4. Necesaria unidad del Derecho Concursal. .... 186

**SEGUNDA PARTE**  
**LA INSOLVENCIA DE LA PERSONA FÍSICA CASADA**

**CAP. IV. LA DECLARACIÓN EN CONCURSO DE LAS PERSONAS FÍSICAS CASADAS. .... 199**

|  |     |
|--|-----|
| IV.1. La sociedad de gananciales y la comunidad de bienes.....                                       | 201 |
| IV.1.1. Origen y naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales.                                  | 201 |
| IV.1.2. Antecedentes del artículo 77.2 LC.....   | 209 |
| IV.1.3. Cuentas indistintas. ....  | 222 |
| IV.1.4. Problemática del deudor concursado casado en régimen de gananciales. ....                    | 226 |
| IV.1.5. Disolución de la sociedad de gananciales: facultad concedida al cónyuge del concursado. .... | 231 |
| IV.2. La separación de bienes.....   | 243 |
| IV.2.1. Presunción de donaciones entre los cónyuges. ....  | 243 |
| A) La Presunción Muciana. ....   | 244 |
| B) Constitucionalidad o Inconstitucionalidad de la presunción muciana. ....                          | 251 |
| C) Presunción de donaciones en el Código Civil.....  | 255 |
| D) Presunción de donaciones en el Derecho Civil Catalán. ....  | 259 |
| IV.2.2. Las adquisiciones tras la separación judicial o de hecho. ...                                | 264 |
| IV.2.3. Pacto de supervivencia.....  | 268 |
| IV.2.4. Régimen económico matrimonial valenciano. ....   | 275 |

|  |            |
|--|------------|
| IV.3. Efectos de la declaración del concurso en la vivienda habitual del matrimonio..... | 280        |
| IV.4. Régimen de alimentos tras la declaración de concurso.....                          | 314        |
| IV.5. La declaración de concurso de la persona física profesional o empresario. ....     | 344        |
| <b>CAP. V. EL SOBREENDEUDAMIENTO.....</b>  | <b>387</b> |
| V.1. El sobreendeudamiento en los derechos extranjeros. ....                             | 403        |
| V.2. Régimen del sobreendeudamiento en el sistema español. ....                          | 430        |
| <b>CONCLUSIONES.....</b>   | <b>461</b> |
| <b>RESOLUCIONES JUDICIALES CITADAS.....</b>  | <b>493</b> |
| <b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>   | <b>497</b> |



# PRIMERA PARTE

## EVOLUCIÓN HISTÓRICA

### CAP. I. BREVES ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LAS FIGURAS CONCURSO DE ACREEDORES Y QUIEBRA.

#### I.1. El concurso en Roma.

Para un estudio histórico de las situaciones de insolvencia y sus orígenes, nos tenemos que remontar a la época arcaica romana donde se castigaba con crueles penas a los deudores que no cumplían con sus obligaciones de pago, dejando a sus acreedores sin la posibilidad de cobrar sus créditos.

En las XII Tablas, que han dado lugar a varias interpretaciones<sup>1</sup> y de las que solo nos han llegado algunos fragmentos a nuestros tiempos, el obligado que incumplía una obligación quedaba sometido a la *manus iniectio*<sup>2</sup> de su acreedor o acreedores y para liberarse debía satisfacer

---

<sup>1</sup> SAGRERA TIZÓN, J.M<sup>a</sup>.; “Breve introducción histórica de la quiebra”, en *Comentarios a la LC* (coord. J.M. Sagrera Tizón, A. Sala Reixachs, A. Ferrer Barriendos), t. I, Bosch, Barcelona, 2004, pág. XC.

<sup>2</sup> Según BETANCOURT SERNA, F.; “El concurso de acreedores en el Derecho Romano clásico”, *Estudios sobre la LC : libro homenaje a Manuel Olivencia*, v. 1, (Escritos sobre don Manuel Olivencia Ruiz, derecho concursal, aspectos generales, antecedentes históricos, derecho comparado, derecho uniforme, derecho europeo, derecho internacional privado, la declaración de concurso), edit. Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 109-110: “La persecución de una deuda incidía más sobre la persona física del deudor que sobre su propio patrimonio.

En la época de las XII Tablas solo se admitía que diera lugar a esta acción de la ley:

- aquellas deudas que habían sido declaradas por sentencia (“declarativa”) mediante un juicio previo
- aquellas que habían sido impuestas (damnatio) por el testador a un heredero o a favor de un legatario (legado damnatorio) o,
- finalmente, cuando el mismo deudor sometía su propia persona física mediante un acto solemne como garantía del pago de una deuda (nexum).

El actor iniciaba el procedimiento invitando al demandado a comparecer ante el magistrado (in ius vocatio); si el demandado oponía resistencia, era cuando aquél podía conducirlo por la fuerza. El demandado solo podía retardar la comparecencia mediante la entrega de un rehén (vas) al demandante. Una vez ante el magistrado, el

una cantidad a quien o quienes con ella le tenían sujeto. El ejecutante debía llevarle ante el tribunal del pretor durante tres días consecutivos de mercado y allí proclamar públicamente la cuantía de la suma por la que respondía el ejecutado y en caso de no haber nadie dispuesto a pagar por el ejecutado la suma debida, liberándole de su situación, el ejecutante podía matar al ejecutado o venderlo como esclavo<sup>3</sup>.

La *manus inectio* fue la primera manifestación histórica de reparto proporcional de los bienes del deudor entre varios acreedores ya que la primitiva *mancipio* romana solo regulaba las relaciones individuales entre el deudor y un solo acreedor. Y posteriormente apareció el *nexum*, contrato por el que el deudor se convertía en esclavo cuando incumplía su obligación con el acreedor.

Pero en la primera mitad del siglo V la Lex Poetelia Papiria abolió el *nexum* declarando que todo deudor podía evitar la cautividad conservando la vida y la libertad, si bajo juramento, asegurase que sus bienes eran suficientes para cubrir sus deudas *bonam copiam iurare*. Esta obligación simplemente verbal motivó que los deudores de mala fe desaparecieran dificultando así la acción del acreedor. Para estos condenados que intentaban no cumplir sus sentencias existía en Roma la *rectio bonorum* que consistía en apoderarse de sus bienes y venderlos públicamente al mejor postor<sup>4</sup>.

---

actor sostenía la existencia de la *iudicatio*, *damnatio* o *nexum* al mismo tiempo que agarraba con la mano al demandado. Si el demandado no pagaba o, no presentaba un *vindex* (defensor), el magistrado pronunciaba la *addictio* o declaración solemne por la cual sacralizaba las palabras y actos del actor; con ello quedaba autorizado para conducir (*iussus duci*) con él al demandado trans Tiberim, venderle como esclavo y con el precio de la venta cobrarse la deuda. El rigor de la *manus inectio* se fue atenuando paulatinamente con el sentido de que el demandado no era reducido a la esclavitud sino que quedaba en una situación de semi-esclavitud (*in causa mancipi*) mientras redimía la deuda con su trabajo.”

<sup>3</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J.Bms.; “Las relaciones concursales en una visión anterior a la nueva LC”, *Estudios sobre la LC: libro homenaje a Manuel Olivencia*, v. 1, (Escritos sobre don Manuel Olivencia Ruiz, derecho concursal, aspectos generales, antecedentes históricos, derecho comparado, derecho uniforme, derecho europeo, derecho internacional privado, la declaración de concurso), edit. Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 540.

<sup>4</sup> SAGRERA TIZÓN, J.M<sup>a</sup>.; “Breve introducción histórica de la quiebra”..., cit., pág. XCI.



Con la promulgación de la Lex Poetilia, CORDONES RAMÍREZ<sup>5</sup> afirma que surgen diferentes procedimientos para resolver las situaciones creadas por los deudores morosos:

- *Missio in possessionem*: los acreedores tomaban posesión de los bienes del deudor a fin de asegurar, conservándolos en su poder, la realización del pago.

- *Bonorum venditio*: procedimiento complementario al anterior por el que si pasaban quince días sin que nadie pagase en lugar del deudor, los acreedores podían proceder a la venta del patrimonio ocupado, generalmente en bloque o como universalidad de bienes.

Y, además, explica que “estos procedimientos se iniciaban cuando los acreedores acudían al Pretor para ponerle en conocimiento de la situación generada por la falta de pago del deudor. A continuación, aquél ponía el patrimonio del deudor en manos de sus acreedores (*missio in possessionem*) y, una vez transcurrido el plazo de quince días desde la desposesión de los bienes sin que el propio deudor o un tercero por su cuenta efectuase el pago, los acreedores elegían a un representante (*Magister curator*) al que se le encargaba la venta del patrimonio, a ser posible en bloque, a la persona que ofreciera mejor precio. El adquirente del patrimonio (*bonorum emptor*) era considerado como una especie de heredero del deudor (*fictio iuris*) con la obligación de pagar los débitos pendientes, distribuyéndose el importe obtenido, si el activo era insuficiente para la completa satisfacción de todos los créditos, de manera proporcional entre los acreedores, sin preferencia entre ellos (*bonorum venditio*).”

---

<sup>5</sup> CORDONES RAMÍREZ, M.; “Apuntes históricos sobre la evolución del sistema de quiebra en los comerciantes: especial referencia a las ordenanzas consulares de Málaga: un precedente olvidado en la historia del Derecho Concursal español”, *Estudios sobre la LC : libro homenaje a Manuel Olivencia*, v. 1, (Escritos sobre don Manuel Olivencia Ruiz, derecho concursal, aspectos generales, antecedentes históricos, derecho comparado, derecho uniforme, derecho europeo, derecho internacional privado, la declaración de concurso), edit. Marcial Pons, Madrid, 2005, pag.149.

Podemos observar como de la coacción personal (*manus iniectio*) se pasó a la coacción patrimonial (*venditio bonorum sub hasta*) introducida, ésta última, por el Pretor Publio Rutilio (finales del siglo II a.C.) para que con el precio de la misma los acreedores del demandado se cobrasen las deudas no satisfechas<sup>6</sup>.

Tal y como distingue BENTACOURT<sup>7</sup> podemos hablar de dos tipos de embargo:

*Missio in bona*<sup>8</sup>: embargo del patrimonio personal o hereditario que prevé la liquidación inmediata o diferida del patrimonio mediante la *venditio bonorum sub hasta*.

---

<sup>6</sup> BETANCOURT SERNA, F.; “El concurso de acreedores en el Derecho Romano clásico”..., cit., pág. 111.

<sup>7</sup> BETANCOURT SERNA, F.; “El concurso de acreedores en el Derecho Romano clásico”..., cit., pág. 101.

<sup>8</sup> Las características generales de las *missiones in bona* según BETANCOURT SERNA, F.; “El concurso de acreedores en el Derecho Romano clásico”..., cit., pág. 102, son las siguientes:

- “Todas las *missiones in bona* recaen sobre un patrimonio personal o hereditario.
- En todas las *missiones in bona* es acreedor personal del embargado o acreedor hereditario, es decir, acreedor del causante, incluso en el caso de la *missio in bona mariti propter dotem* (embargo del patrimonio personal del marido por causa de la dote de la mujer), en que la jurisprudencia asimila a la mujer *missa in bona mariti* a un acreedor.
- Por tanto, todas las *missiones in bona* están siempre en función de un derecho de acreedor.
- Todas las *missiones in bona* conducen a una licitación (*licitatio*) a través de una venta pública *sub hasta*, ya sea inmediata o diferida, y por eso se habla también de *missiones in bona cum venditione*.
- Por tanto, todas las *missiones in bona* tienen carácter ejecutivo, aunque algunas de ellas tienen también carácter coactivo, como la *missio in bona mariti propter dotem*, y algunas de ellas tienen también carácter provisional, aunque dicha provisionalidad solo radica en que la tenencia del patrimonio personal o hereditario por el *missus in bona* no es definitiva.
- Normalmente en las *missiones in bona*, como ocurre en la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores (*o missio in bona eius qui iudicatus prove iudicatus erit, quive ita ut propter defensum non erit*), se separaba al deudor embargado de la tenencia y administración de su patrimonio y se procedía al nombramiento de un *curator bonorum*...”.

*Missio in possessionem*<sup>9</sup>: embargo del patrimonio hereditario o del bien inmueble concreto que no conduce a la liquidación del patrimonio hereditario o del bien inmueble concreto mediante la *venditio bonorum sub hasta*.

Volviendo a la venta efectuada por el *magister*, y siguiendo a SAGRERA TIZÓN<sup>10</sup>, cabe distinguir la *bonorum venditio de la bonorum distractio*.

Según dicho autor en la *bonorum venditio* se vendía en masa los bienes a favor de los acreedores y en la *bonorum distractio* la venta se efectuaba al detalle, aquí el deudor solo quedaba liberado hasta donde alcanzaba el precio de lo embargado, convirtiéndose éste en el procedimiento común de ejecución a toda clase de deudores, sustituyendo a la *bonorum venditio*, liberando al deudor de la *capitis deminutio* y de la infamia que llevaba consigo.

Destacamos también a la profesora PÉREZ ÁLVAREZ<sup>11</sup> que dedica todo un artículo para hablar de la *bonorum venditio* por ser el primer

---

<sup>9</sup> Las características generales de las *missiones in possessionem* según BETANCOURT SERNA, F.; “El concurso de acreedores en el Derecho Romano clásico”..., cit., págs. 103 y 104, son las siguientes:

- “Normalmente las *missiones in possessionem* solo recaen sobre un patrimonio hereditario, excepto en el caso de la *missio in possessionem Antoniniana*, que comprende no solo el patrimonio hereditario, sino también el patrimonio personal del heredero, si bien esta *missio in possessionem* no es más que una extensión al patrimonio personal del heredero de la *missio in possessionem legatorum servandorum causa*; y la *missio in possessionem damni infecti nomine*, que recae sobre el bien inmueble concreto que amenaza daño.
- Por tanto, podemos decir que de todas las *missiones in possessionem* única y exclusivamente la *missio in possessionem damni infecti nomine* recae sobre un bien inmueble concreto.
- A diferencia de las *missiones in bona*, que tienen carácter ejecutivo de un derecho, las *missiones in possessionem* solo tienen carácter cautelar, provisional y coactivo para preservar determinados derechos.
- En efecto, la *missio in possessionem ventris nomine* es un embargo que solo tiene carácter cautelar o provisional en función de la protección pretoria a una esperanza de vida (*spem animantis*) y a las expectativas hereditarias del *nasciturus*;...
- Mediante las *missiones in possessionem* el Pretor solo concede al *missus in possessionem* la custodia y vigilancia del patrimonio hereditario y de bien inmueble que amenaza daño (*custodiam rerum et observationem*)...”

<sup>10</sup> SAGRERA TIZÓN, J.M<sup>a</sup>.; “Breve introducción histórica de la quiebra”..., cit., pág. XCII.

procedimiento de ejecución patrimonial que se mantuvo vigente durante toda la época clásica (desde s.II a.C que el pretor lo introduce en su Edicto hasta el s.III d.C), ya que hasta ese momento el único que existía era personal (*manus iniectio*), como ya hemos comentado anteriormente

Dicha autora define la *bonorum venditio* como: “Una institución que, en una primera aproximación, podemos definir como un expediente de naturaleza pretoria, de carácter universal (porque afecta a todos los bienes del deudor) y, cuando hay pluralidad de acreedores, colectivo, que se dirige al apoderamiento de todo el patrimonio del deudor a petición de uno o varios acreedores que son puestos en posesión por decreto del magistrado. Transcurridos determinados plazos, el magistrado autoriza a la asamblea de acreedores a nombrar de entre ellos un magister bonorum encargado de preparar y realizar la venta en pública subasta del patrimonio en su conjunto y de adjudicarlo a aquel licitador que ofrezca pagar, no una cantidad de dinero, sino la más alta cuota de los créditos reconocidos en la condición de venta”.

Siguiendo con PÉREZ ÁLVAREZ<sup>12</sup> podemos observar la existencia de distintas corrientes sobre el origen de la *bonorum venditio*:

Por un lado, se encuentran los autores que consideran que dicho procedimiento surgió cuando un deudor fallecía sin herederos (*cui heres non extabit*) y facultaba para el ejercicio de la acción Serviana.

Por otro lado, y de acuerdo con dicha autora, preferimos los autores que consideran que dicho procedimiento se aplicó por primera vez cuando el deudor vivo se ocultaba para evitar la *in ius vocatio* (*qui fraudationis causa latitabit*) y faculta para ejercer la acción Rutiliana<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> PÉREZ ÁLVAREZ, M<sup>a</sup> P.; “Origen y presupuestos del concurso de acreedores en Roma”, *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n.º. 11, 2004, págs. 103-152.

<sup>12</sup> PÉREZ ÁLVAREZ, M<sup>a</sup> P.; “Origen y presupuestos del concurso de acreedores en Roma”..., cit., pág. 107.

<sup>13</sup> PÉREZ ÁLVAREZ, M<sup>a</sup> P.; “Origen y presupuestos del concurso de acreedores en Roma”..., cit., pág. 108, se denomina así porque el pretor Publio Rutilio fue quien la

Más tarde, en la época imperial romana, surge un nuevo procedimiento, la *bonorum distractio*<sup>14</sup>, que sustituye la venta en bloque por una venta aislada de los bienes del deudor, pudiendo el acreedor elegir entre una venta u otra<sup>15</sup>.

Y posteriormente, una Ley Julia, de César Augusto, establecía la *cessio bonorum*<sup>16</sup> que favorecía al deudor ya que si entregaba sus bienes voluntariamente, de buena fe y llegando a un acuerdo con los acreedores se liberaba de la prisión y conservaba intacto su honor. En caso de no alcanzar acuerdo, los acreedores no obtenían la propiedad de los bienes, solamente podían venderlos y pagar a prorrata sus respectivos créditos liberándose el deudor solamente hasta el valor o precio obtenido por la venta de los bienes abandonados.

Según ZAMBRANA MORAL<sup>17</sup>, en la *cessio bonorum* es donde encontramos el origen de la cesión de bienes que constituía un

---

creó y fue también el primero en introducir la venta de los bienes en concurso, aunque no pueda asegurarse el momento de aparición del siguiente expediente:

“GAYO 4.35: Similiter et bonorum emptor ficto se herede agit; sed interdum et alio modo agere solet. Nam ex persona eius cuius bona emerit sumpta intentione convertit condemnationem in suam personam, id est ut quod illius esset vel illi dari oporteret, eo nomine adversarius huic condemnetur. Quae species actionis appellatur Rutiliana, quia a praetore Publio Rutilio, qui et bonorum venditionem introduxisse dicitur, comparata est. Superior autem species actionis, qua ficto se herede bonorum emptor agit, Serviana vocatur”.

<sup>14</sup> PÉREZ ÁLVAREZ, M<sup>a</sup> P.; “Origen y presupuestos del concurso de acreedores en Roma”..., cit., pág. 104, define la *bonorum distractio* como :“Forma de ejecución patrimonial colectiva que consiste en la venta en pública subasta de bienes concretos del deudor hasta el pago de sus deudas, que comenzó siendo de aplicación excepcional para personas de rango senatorial y pupilos, para acabar generalizándose y sustituyendo a la *bonorum venditio* en cuanto procedimiento menos complejo y mucho menos gravoso para el deudor, pues evitaba la infamia y no conllevaba la venta del patrimonio en su conjunto”.

<sup>15</sup> CORDONES RAMÍREZ, M.; “Apuntes históricos sobre la evolución del sistema de quiebra en los comerciantes: especial referencia a las ordenanzas consulares de Málaga: un precedente olvidado en la historia del Derecho Concursal español”..., cit., pag.149.

<sup>16</sup> SAGRERA TIZÓN, J.M<sup>a</sup>.; “Breve introducción histórica de la quiebra”..., cit., pág. XCIII.

<sup>17</sup> ZAMBRANA MORAL, P.; “La cesión de bienes como posible solución al concurso de acreedores en la literatura jurídica europea (1550-1650)”, *Estudios sobre la LC: libro homenaje a Manuel Olivencia*, v. 1, (Escritos sobre don Manuel Olivencia Ruiz, derecho

precedente claro de la quiebra ya que aún no se distinguía entre deudor comerciante y no comerciante.

Y siguiendo a DÍAZ GONZÁLEZ<sup>18</sup> encontramos que la cesión de bienes se hacía cumpliendo una serie de requisitos:

“1. La cesión puede hacerse por aquel que fuere libre, o en poder de otro, no teniendo de qué pagar sus deudas.

2. Que el deudor estuviese preso hasta la culminación de un concurso de acreedores, logrando la libertad si da fianzas abonadas para pagar en los plazos convenidos, siempre y cuando no excedan de cinco años, sin que los acreedores puedan prender por sí mismos a los deudores.

3. El deudor o su apoderado pueden hacer la cesión ante el juez, reconociendo sus deudas, y después de haberse dado sentencia contra él.

4. El deudor deberá acompañar a su escrito dos memoriales, uno que contenga una relación de sus bienes y el otro de sus acreedores, “pidiendo se le admita la cesión, se nombre administrador, y se le ponga en libertad, mediante caución de pagar, si llegare a mejor fortuna, la qual se admite, no justificándose fraude”; en el caso de tratarse de mercaderes, si tomaron mercaderías o dinero fiado seis meses antes de quebrar, se tienen por alzados de forma fraudulenta.

5. Aunque la legislación así lo establezca, no estaba en uso en ese momento poner una argolla al deudor.

6. Por último, también se puede hacer cesión por lo que ha sido hurtado, siempre que se ejecute la pena corporal correspondiente.”

---

concurzal, aspectos generales, antecedentes históricos, derecho comparado, derecho uniforme, derecho europeo, derecho internacional privado, la declaración de concurso), edit. Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 547-549.

<sup>18</sup> DÍAZ GONZÁLEZ, F.J.; “La exposición del concurso de acreedores en las “Instituciones de Derecho real de Castilla””, *Anuario de la Facultad de derecho de Alcalá de Henares (ejemplar dedicado a: Monográfico sobre Derecho concursal)*, n.º. 3, 2010, págs. 168-174.

La cesión de bienes estará presente desde sus orígenes en la época romana hasta nuestros días en todos los momentos históricos, tal y como seguiremos analizando.

## I.2. El concurso en la Edad Media.

La dureza con la que se trataba al quebrado en la época romana<sup>19</sup>, ya descrita anteriormente, se siguió aplicando en la Edad Media al seguir

---

<sup>19</sup> Tal y como indica PULGAR EZQUERRA, J.; *La declaración del concurso de acreedores*, La Ley, Madrid, 2005, págs. 46-51: Tras la caída del Imperio romano la vida económica en Europa empezó a organizarse sobre la base de núcleos rurales dispersos y autosuficientes, sin comunicación entre sí, y limitándose la vida económica a la propiedad feudal, no siendo hasta el siglo XI, con el comienzo de la núcleos económicos cerrados, a través del correlativo resurgimiento del comercio, situándose en este marco el origen del sistema económico capitalista que más tarde se ha denominado sistema de Economía de Mercado.

Dentro del contexto de la Edad Media, con relación al tema que nos ocupa es preciso distinguir dos periodos perfectamente diferenciados: de un lado, la Alta Edad Media (siglos XI-XIII) y, de otro, la Baja Edad Media (siglos XIII-XV).

La ineficacia de la economía señorial y la baja productividad del trabajo servil, unidas a la creciente necesidad de renta por la clase dominante, fueron causas de la crisis del sistema feudal y durante el primer periodo de la Alta Edad Media, el comercio europeo reapareció dando lugar a una nueva clase de mercaderes, surgiendo de este modo el comercio vinculado a la reapertura de rutas exteriores y a la aparición de la figura del mercader nómada, coexistiendo todo ello con la ejecución forzosa de las obligaciones de impronta romana de carácter personal (prisión por deudas) y de carácter patrimonial (Cessio Bonorum).

Dicha situación cambió en el último tercio del siglo XII y siglo XIII, constituyéndose una sociedad urbana donde la clase mercantil coexistía, especialmente en las ciudades italianas, con la nobleza de origen feudal que aún subsistía, aunque en escasa medida. En esta sociedad medieval urbana durante este periodo se distinguían dos tipos de instituciones que dieron lugar, a su vez, a la creación de dos tipos de normas jurídicas; de un lado, los poderes públicos representados en las instituciones de la ciudad, en la mayor parte de los casos producto directo de las corporaciones pero cuyas fuentes se caracterizaban por ser escasas, confusas y fragmentarias concretándose en normas cuya finalidad estaba en el mantenimiento de las condiciones objetivas dentro del tráfico tales como normas sobre ferias y mercados, sobre precios y monedas, que podían considerarse un antecedente lejano del actual Derecho de la economía. Y de otro lado, los poderes privados, representados en las denominadas instituciones de clase, integradas por órdenes nobiliarias allí donde existía una nobleza urbana y las corporaciones profesionales, entre las que desempeñan un papel dominante las de grandes comerciantes y banqueros. Este Derecho creado por la clase mercantil para regular las relaciones comerciales, es al que se denomina *Ius Mercatorum* y de él constituían fuentes los estatutos de las corporaciones mercantiles, la costumbre mercantil y la jurisprudencia de los tribunales mercantiles creados en el seno de dichas corporaciones, así como el *Ius Civile* o Derecho privado romano derivado del *Corpus Iuris*, al que los estatutos hacían expreso reenvío como fuente subsidiaria del *Ius Mercatorum*.

La vinculación del *Ius Mercatorum* a la aparición de un comercio que es precio regular, explica que el Derecho destinado a extenderse sea el formado en las ciudades, donde el desarrollo comercial es más intenso como el Derecho mercantil italiano formado en las ciudades de Florencia, Génova, Milán y Venecia, llegándose a afirmar que en Europa el Derecho mercantil de la Edad Media fue el Derecho mercantil italiano, presentando así un carácter uniforme, no obstante algunas matizaciones que más adelante se realizarán respecto de cierta autonomía de la que disfrutaba el



considerándolo un delincuente. Como dice STRACCHA<sup>20</sup>, el castigar a los quebrados era saludable para el comercio, siendo esta opinión unánime no solo en Italia sino que también se extendió al resto de Europa.

Sin embargo vemos como en la doctrina clásica española se empiezan a aplicar normas menos severas, siguiendo palabras de AÑOVEROS TRÍAS DE BES<sup>21</sup>: “El sistema concursal español, por influencia de nuestros tratadistas, podemos decir sin temor a error o exageración que era el único humanizado y moderno de Occidente”.

Aunque, en un principio, se le otorgue a la quiebra origen italiano, cabe decir que con anterioridad ya se encontraba regulada en nuestras Leyes de Partidas<sup>22</sup>.

---

Derecho español en materia de quiebra, sobre todo en área jurídico-catalana. Es en este contexto del *Ius Mercatorum* o Derecho creado por la clase mercantil para regular el comercio, en el que surge y se configura el instituto de la quiebra, a partir del siglo XIII en los Estatutos italianos, como primer instituto jurídico de cumplimiento forzoso de las obligaciones de carácter concursal.

<sup>20</sup> STRACCHA, B.; *Tractatus de mercatura seu mercatore*, 1556, pág. 341.

<sup>21</sup> AÑOVEROS TRÍAS DE BES, X.; “El Derecho Concursal en las Ordenanzas de Bilbao”, *Estudios sobre la LC : libro homenaje a Manuel Olivencia*, v. 1, (Escritos sobre don Manuel Olivencia Ruiz, derecho concursal, aspectos generales, antecedentes históricos, derecho comparado, derecho uniforme, derecho europeo, derecho internacional privado, la declaración de concurso), edit. Marcial Pons, Madrid, 2005, pág.56.

<sup>22</sup> Según PULGAR EZQUERRA, J.; *La declaración del concurso de acreedores...*, cit.; págs. 62-65, por un lado, encontramos los que sostienen la autonomía del Derecho español en materia de quiebras, es decir, los que entienden que el instituto de la quiebra en el siglo XIII es cuando empieza a configurarse en los Estatutos italianos con carácter asistemático y primario, aunque ya se regulaba la materia concursal con carácter sistemático y completo en Las Partidas de Alfonso X el Sabio (1256-1265) donde, sobre la base de tres influencias fundamentales –sustrato de Derecho romano, canónico y visigodo-, se regulaban institutos de carácter concursal tales como la cesión de bienes, el abandono liberatorio, el convenio preventivo extrajudicial y el alzamiento.

Y por otro lado, estaban los que sostenían la necesidad de distinguir durante los siglos XI al XV en materia de quiebra la legislación catalana y la castellana. En la legislación catalana, debido a las relaciones comerciales entre Italia y Cataluña durante los siglos XII al XIII, se produjo una recepción del Derecho Estatutario medieval italiano en materia de quiebra. Este conocimiento de la quiebra italiana por los juristas catalanes provendría de los comentaristas que habrían asimilado los Estatutos italianos, en concreto, a través de los estudiantes españoles –la mayor parte de ellos catalanes y aragoneses- que marchaban a estudiar a universidades italianas. Sin embargo, Castilla no conocerá la quiebra hasta el siglo XV, siglo en el que los Reyes Católicos impulsan el comercio y descubren América, desarrollándose las ferias y mercados. En la legislación castellana la quiebra no surgiría como resultado de la recepción del

DE BENITO,<sup>23</sup> señala que: “No negamos que antes del siglo XIII haya podido haber en Italia algo más conseguido de regulación del régimen de quiebra, que nuestras Partidas...pero hasta el actual momento, debe de dormir en algún archivo ignorado, lo que no deja de ser raro después de las concienzudas búsquedas de los historiadores del derecho italiano y alemán”.

Apunta SAGRERA TIZÓN<sup>24</sup> que una vez caído el imperio romano, la antigua Hispania, fue ocupada por los godos aunque éstos no impusieron sus usos y costumbres a los antiguos pobladores que siguieron rigiéndose por sus leyes de inspiración romana, hasta que Alarico II ordenó su recopilación – la primera de que se tiene conocimiento - y conocida vulgarmente como *Breviario de Aniano*. Finalmente, la cultura romana se impone a la goda que sobre los años 681, en el XVI Concilio de Toledo, se recopila las desperdigadas disposiciones germánicas y romanas, refundiéndolas en el conocido *Codex Visigothorum: Liber Judicum*, más conocido como Fuero Juzgo o Libro de los Jueces no abordando el tema de la insolvencia sino muy brevemente en su libro V, Título VI, Ley V, se refiere a “si alguno es tenuto muchas debtas e de muchas culpas”.

A pesar de la invasión sarracena tras la batalla de Guadalete siguió rigiendo dicho *Fuero Juzgo* entre la población primitiva, sin embargo, al iniciarse la Reconquista se otorgaron tanto a la nobleza como a las Villas conquistadas fueros y beneficios que formaban un auténtico mosaico legislativo para estimularlos y mantener su fidelidad, por lo que el rey Alfonso VIII mandó su recopilación en el *Fuero Viejo de Castilla* que se finalizó en el año 1250. Pero no fue hasta el año 1255 con el primer texto legislativo de Alfonso X el Sabio, el *Fuero Real*,

---

Derecho italiano, sino como una evolución de la cesión de bienes conectado, por tanto, con el Derecho romano y no con los Estatutos medievales italianos.

<sup>23</sup> DE BENITO, J.L.; “Conferencia dictada en la Real Academia de Jurisprudencia, con motivo del primer centenario del primer CCo español de 1829”, *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, t. 156, Madrid, 1930.

<sup>24</sup> SAGRERA TIZÓN, J.M<sup>a</sup> .; “Breve introducción histórica de la quiebra”..., cit., págs. XCVII - XCVIII.

donde encontramos mencionado al deudor con multiplicidad de acreedores, Libro III, Título XX, Ley XVII : “como ha de ser pagado el primer deudor”.

Ahora, el documento jurídico más importante de la Edad Media siguiendo a SAGRERA TIZÓN<sup>25</sup> es el *Código de las Siete Partidas*. Dicha importancia se debe a que se comienza a distinguir entre el deudor no comerciante y el comerciante, hecho que hasta entonces no sucedía ya que solo se reconocía una clase de deudor considerándose, así pues, fuente directa de los nuevos ordenamientos de la insolvencia del deudor. Dicho reflejo de la distinción entre clase de deudores comerciantes y no comerciantes no la comparte OLIVENCIA RUIZ<sup>26</sup> ni VALLET DE GOYTISOLO<sup>27</sup>.

En la Quinta Partida, Título XV: “Como han los deudores a desamparar sus bienes, quando no se atreuen a pagar lo que deuen; e como deven se revocado el enagenamiento que los deudores fazen maliciosamente de sus bienes<sup>28</sup>”, según OLIVENCIA RUIZ<sup>29</sup> no se habla de insolvencia del deudor ni cesión de bienes, sino que se describe un supuesto y un medio de solución con sus trámites y efectos y en cuanto a los convenios de espera y quita (Leyes V y VI de la Partida y Tít.cit.), se convocan a los acreedores para reunirse en un lugar y allí tratar del

---

<sup>25</sup> SAGRERA TIZÓN, J.M<sup>a</sup>.; “Breve introducción histórica de la quiebra”..., cit., págs. XCVIII - XCIX.

<sup>26</sup> OLIVENCIA RUIZ, M.; *La terminología jurídica de la reforma concursal*, edit. Iustel, Madrid, 2006, pág.44.

<sup>27</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J.Bms.; “Las relaciones concursales en una visión anterior a la nueva LC”..., cit. pág. 541.

<sup>28</sup> SAGRERA TIZÓN, J.M<sup>a</sup>.; “Breve introducción histórica de la quiebra”..., cit., págs. XCVIII – XCIX-C: “En sus doce leyes se desarrolla los principios generales de la quiebra, con la cesión de bienes; establece el abandono liberatorio; el concordato preventivo extrajudicial; la graduación de créditos; el régimen de mayorías; la retroacción y formación de la masa; la quita y espera; y el alzamiento; con una técnica afinada para el cómputo de votos, en el régimen de votos, en el régimen de acuerdos, todo lo cual no ha sido apenas superado en sistemas posteriores...”

<sup>29</sup> OLIVENCIA RUIZ, M.; *La terminología jurídica de la reforma concursal...*, cit., págs. 41-43.

asunto y decidir y si no se llegase a un acuerdo se aplica la regla mayoritaria por el importe de las deudas<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> En este ámbito medieval nació la subasta judicial, proceso ejecutivo que según OBARRIO MORENO, J.A.; “La quiebra y el concurso de acreedores en derecho medieval español”, *Revista jurídica del notariado*, n.º. 82, 2012, págs. 325-348, era un intento por alcanzar mayor celeridad en la resolución de las controversias, ya fuera simplificando sus formalismos, ya reduciendo los plazos procesales o bien disminuyendo los medios de prueba y las posibilidades de apelación. El ordenamiento canónico impulsó un nuevo procedimiento, el plenario, que se circunscribía más a la esfera arbitral que a la judicial, permitiendo que la verdad de los hechos se impusiera a las propias estructuras formales del proceso, por cuanto éstas contribuían a la mala fe procesal. Posteriormente, la legislación estatutaria y el propio Derecho canónico encauzaron la necesidad de eliminar el número de formalidades inherentes al proceso ordinario dentro de la propia estructura judicial, naciendo así el procedimiento sumario, juicio que aunque breve, debía contener la esencia del procedimiento ordinario. Y este deseo por simplificar el proceso se consolidó plenamente en el año 1036, con la disposición *Saepe Contingit*, del Papa Clemente V, donde para alcanzar una mayor brevedad en el procedimiento, los jueces podían actuar en los días feriados, sin necesidad de exigir demanda ni *litis contestatio*, eliminando las excepciones y las alegaciones dilatorias, el número masivo de testigos, así como las superfluas disputas entre las partes y sus representantes. A pesar de su brevedad, no se podían relegar algunos requisitos como la necesidad de aportar pruebas, la defensa jurídica de las partes o la correlación entre lo pedido y lo sentenciado. La influencia de esta disposición de Clemente V fue decisiva para el desarrollo del proceso sumario en el ámbito secular, tanto en el Derecho castellano como en el resto de los Ordenamientos peninsulares.

Añade dicho autor que la literatura jurídica planteó la existencia de una doble ejecución, por un lado la *ejecución jurídica - executio iuris*, juicio sumario de apenas diez días de duración, encaminado fundamentalmente a determinar si la demanda de ejecución se ajustaba a Derecho. Una vez que la sentencia alcanzaba el valor de cosa juzgada, su beneficiario o un tercero en su nombre, pasados los diez días de la condena, debía solicitar la petición de su ejecución, ya que en algunos Ordenamientos –en Valencia, a diferencia de Cataluña- no se requería que esta fuera acompañada de ningún otro documento probatorio o de pronta ejecución. Y por otro lado, existía la *ejecución efectiva - de executione facti*, que nacía una vez se decretaba que la sentencia poseía fuerza ejecutiva. Se distinguía entre la ejecución de los bienes muebles, ejecución del deudor y ejecución del patrimonio inmobiliario.

Siguiendo con la ejecución de los bienes, OBARRIO MORENO, J.A.; “La quiebra y el concurso de acreedores en derecho medieval español”...cit.; págs. 362-382, advierte de un posible alzamiento de bienes y consiguiente investigación por parte de los acreedores. La doctrina tardo-medieval sostuvo que la *excussio* no era otra cosa que la diligencia para la averiguación de los bienes o de las cosas de los principales deudores. Para que esta *excussio* alcanzase plena validez y legitimidad, debía recaer no solo sobre los bienes muebles o inmuebles, sino también en los derechos, acciones y censos, al entender que su omisión la anulaba. No obstante, si con posterioridad a la *excussio* deviniesen o se hallasen nuevos bienes o créditos, la legitimidad de la *inquisitio* no se cuestionaba –*remanet excussio semper legitime facta*. Así pues, se convirtió en el procedimiento necesario para poder proceder contra el tercer poseedor, procedimiento que se iniciaba cuando se hubiera realizado la investigación en los bienes del deudor principal.

Cuando el deudor principal se hallaba en una ausencia prolongada, fugado o en paradero desconocido, y así se hubiera probado, se decretaba, previo conocimiento de los familiares, la asignación de un curador del ausente, al que los acreedores podían solicitar respuestas en torno a la existencia de los bienes del deudor. Si estas confirmaban su insolvencia, el magistrado accedía a que se demandara al tercer poseedor de los bienes. Y el mismo criterio se establecía cuando el deudor fallecía sin

En los reinos de Valencia y Cataluña se regían por leyes distintas a las Partidas debido al auge comercial que alcanzaron con su expansión por el Mediterráneo<sup>31</sup>.

---

heredero, designándose un curador para la herencia yacente. Además, señala que únicamente era factible demandar al tercer poseedor cuando previamente se hubiera llevado a cabo la *excussio* en los bienes del deudor principal, o, en su defecto, de los fiadores. Ahora, no tenía lugar la *excussio*:

- En los bienes que no eran claros y líquidos, o, en su defecto, cuando eran litigiosos.
- Por analogía, *excussio* no era necesaria en los bienes de difícil cobro o venta, ni de los frutos o de los predios.
- Cuando se estaba ante un concurso de acreedores.
- Cuando el deudor principal cedía los bienes.
- Cuando se constata de forma fehaciente la pobreza o insolvencia del deudor.
- Se excluía de la *excussione bonorum* al deudor de alto linaje o a quien gozaba del privilegio militar...
- Idéntico criterio se aplicaba cuando el deudor se hallaba ausente o vivía alejado de su reino, no dejando procurador idóneo...
- Podía, a su vez, el acreedor ejecutar directamente al tercer poseedor del censo, sobre el que recaía una hipoteca especial, sin necesidad de escrutar los bienes del deudor.
- De igual modo, podía el acreedor ejecutar directamente los créditos del deudor sin necesidad de realizar la *inquisitio* sobre éste...

Para realizar la *excussio* se debía citar a las partes interesadas en la causa mediante pregón público, una vez citadas, el juez solicitaba del deudor, o procurador, en su caso, que confirmase si poseía bienes muebles e inmuebles, derechos y acciones claras, líquidas y no sujetas a litigio. La omisión de esta declaración anulaba la petición. Si, por el contrario, el deudor reconocía en el interrogatorio, la existencia de bienes, acciones y derechos claros y líquidos en el plazo de dos días los tenía que exhibir y presentar los títulos acreditativos de su dominio pero si no los presentara en plazo o los títulos fueran insuficientes, se procedía a la *excussio bonorum*.

Por el contrario, si declaraba ausencia de bienes, acciones o derechos, el actor solicitaba a la Curia que procediera a dar pregón público informando que, al carecer el deudor de bienes propios, se procedía a realizar la *excussio*, y a actuar contra los terceros poseedores. Y cuando el deudor no comparecía ante la Curia para responder de su insolvencia, si el deudor era plebeyo, se procedía a su busca y captura para interrogarlo. Y si era noble, militar o doncella, el escribano de la Curia acudía a su casa, donde se le intimaba para que diera respuestas acerca de la existencia o inexistencia de sus bienes. Y si seguía negándose a responder, se le llevaba al tribunal de justicia para interrogarle hasta conseguir su confesión y juramento de lo declarado, pudiéndosele, con posterioridad, sancionar según el arbitrio del juez.

<sup>31</sup> SAGRERA TIZÓN, J.M<sup>a</sup>.; “Breve introducción histórica de la quiebra”..., cit., págs. CIII-CIV; También afirma PULGAR EZQUERRA, J.; *La declaración del concurso de acreedores...*, cit.; págs. 63-67, que se podría decir que la quiebra se configura por primera vez en España a lo largo del siglo XIII en la legislación catalana, conectado con el auge comercial y económico por el que atravesaba Cataluña en ese periodo y que coincidirá con el hecho de que las Cortes desde mediados de ese siglo comenzaron a legislar frecuentemente. La quiebra surge por una necesidad de protección del comercio, de ahí que se configure antes en Cataluña que en Castilla, pues mientras la primera durante el siglo XIII atraviesa una etapa de apogeo comercial, la segunda tendrá que esperar hasta el siglo XV para que dicho florecimiento se produzca, creando, incluso, un Consulado castellano en Brujas. Esta influencia a través de Flandes pudo ser recíproca tanto del Derecho italiano al castellano como a la inversa y, no obstante, existe más constancia documental de la influencia de España sobre los Ordenamientos extranjeros allí representados que a la inversa. Otra posible vía de

Jaime I sancionó los *Furs de Valencia* en 1261, en el Fur VII-X-4 se castigaba con la pena de muerte a los *comandataris abatuts* (comerciantes quebrados), dicha sanción se suaviza sustituyéndose en 1284 por el encarcelamiento en el Capítulo 110 del *Recognocerunt Proceres* de Barcelona y sigue en el Capítulo 221 del *Llibre del Consolat de Mar*.

En 1299 se celebraron las *Cortes de Barcelona* donde Jaime II prohibió que el cambiador quebrado volviese a tener jamás tabla de cambio, ordenándose su prisión pero en las *Cortes de Lérida de 1301* se dispensaba al quebrado de la nota de infamia cuando pagaba sus deudas o llegaba a un acuerdo con sus acreedores. Y en las *Cortes de Gerona* de 1321 también se ordena que todos los bienes del quebrado se vendan por el Tribunal del lugar donde se encuentren y que hasta que no pague todas sus deudas no se podrá rehabilitar, regula además la publicidad que haya de darse a la quiebra y las penas que se imponen al quebrado.

Todas estas sanciones impuestas a los cambiadores se empiezan a aplicar también a los mercaderes que quebraban a partir de las *Cortes de Montblanc* de 1333.

Posteriormente, siguiendo el análisis histórico que realiza SAGRERA TIZÓN sobre la quiebra<sup>32</sup>, los Reyes Católicos en una *Pragmática* dada en Toledo en 1480 dispusieron que “los cambiadores y mercaderes reciben mercancías fiadas para pagar a cierto término, y los cambiadores reciben moneda de otros para tener en su cambio, y después se ausentan como caudales ajenos...sea tenido donde en adelante por robador público, e incurra por ello en las penas en que se caen o incurran los robadores públicos, y se haga proceso criminal en

---

penetración del Derecho italiano de quiebras en Castilla pudo producirse con el asentamiento de comerciantes italianos a partir del siglo XIII en el sur de España que entonces formaba parte de la Corona de Castilla.

<sup>32</sup> SAGRERA TIZÓN, J.M<sup>a</sup>.; “Breve introducción histórica de la quiebra”..., cit., págs. CIV-CV.

su ausencia como contra público robador...”, que después pasó a ser la Ley 1ª del Título 22, Libro 11, de la Novísima Recopilación que más adelante comentaremos con más detalle. Dicha *Pragmática* fue ratificada por otra dada también en Toledo por los Reyes Católicos pero en 1502 y por la que si se encontraban bienes de la propiedad del quebrado ocultos en Iglesias o monasterios se entregaban a sus acreedores para pagar sus deudas dentro de los treinta días.

En las *Cortes de Barcelona* de 1493 se ordenó perseguir a los quebrados hasta que pagasen a sus acreedores. Y en las Cortes de Monzón en 1510 se prohibió la cesión de bienes a los cambiadores y mercaderes fallidos considerándolos como ladrones públicos. Más tarde, en 1532 el Emperador Carlos I en su *Pragmática* de Segovia denegó el privilegio de hidalguía a los mercaderes que se alzaren con sus bienes y en otra *Pragmática* pero ésta de Valladolid y dada en 1548 reguló el procedimiento a seguir contra los deudores que quebraban, pero sin alzar sus personas ni bienes.

Posteriormente a las Partidas, en el 1567 se publica la *Nueva Recopilación*<sup>33</sup> que recopilaba las disposiciones por aquel entonces vigentes, 13 leyes que forman el Título XVI del Libro V, bajo el título “De los contratos, obligaciones i fianzas, i deudas i cesión de bienes que hacen los deudores”. Pero esta Nueva Recopilación no tuvo mucho éxito por su técnica defectuosa y Felipe II en 1570 en las *Cortes de Córdoba* y en 1573 en las de *Madrid* regularizó el procedimiento contra los mercaderes cambiadores y factores que quebrasen, o rompieran o faltaren de sus créditos. En 1585 en las *Cortes de Monzón* también ordenó que cuando pasaran seis meses sin pagar a sus acreedores fuesen considerados como fallidos, quebrados e infames no pudiendo ser nunca rehabilitados, negándoles el derecho a desempeñar cargos públicos, a menos que la quiebra fuese debida a caso fortuito u otro justo impedimento, apreciado como tal por el Real Consejo. Y en la

---

<sup>33</sup> SAGRERA TIZÓN, J.Mª.; “Breve introducción histórica de la quiebra”..., cit., pág. CVI.

*Pragmática* también de Felipe II dada en San Lorenzo del Escorial en 1590 reguló las penas para los quebrados con distinción para los que ocultasen bienes, deudas...

Todas estas disposiciones pasaron a la *Novísima Recopilación*, Libro XI, Título XXXII: “De los juicios de acreedores; alzamientos, quiebras y cesión de bienes de los deudores”. Aquí se distingue entre la insolvencia de los comerciantes, a los que se les consideraba “alzados<sup>34</sup>”, “quebrados fraudulentos<sup>35</sup>” y “fortuitos”, y la de los no comerciantes.

Una vez ya analizados los problemas jurídicos y procesales del concurso de acreedores durante la Baja Edad Media, desde la venta en subasta pública, la búsqueda y localización de los bienes, quedan por estudiar los remedios concedidos a los deudores como la cesión de bienes, la moratoria y la remisión o quita de acreedores. Tal y como indica OBARRIO<sup>36</sup>, frente al estancamiento económico del periodo altomedieval, en los primeros siglos de la Baja Edad Media se produce un desarrollo gradual de las ciudades y del comercio, así como, en el ámbito jurídico, se desarrolla el *ius commune*. Exactamente, en el Reino de Valencia hallamos la *cessio bonorum*, a nivel normativo, en la Rubrica *qui bonis cedere possunt* de los Furs de Valencia, a nivel

---

<sup>34</sup> Según recoge OLIVENCIA RUIZ, M.; *La terminología jurídica de la reforma concursal...*, cit., pág.49: “ALZADO es, en principio, el comerciante que se ausenta con caudales; más tarde, el que, aun no ausentándose, oculta sus bienes a la acción de sus acreedores; finalmente, el que se ausenta, “aunque no se pruebe ni conste haber alzado sus bienes ni sus libros”...la persecución era penal, como “*robador público*”, con inhabilitación” De ahí que muchos comerciantes desaparecieran ocultándose en iglesias u otros recintos sagrados, o en “*lugares de señorío y fortalezas*”, o “*fuera de nuestros reynos*”.

<sup>35</sup> En palabras de OLIVENCIA RUIZ, M.; *La terminología jurídica de la reforma concursal...*, cit., pág.50: “EL QUEBRADO no se alza, pero “no cumple por falta de bienes”, y “siendo por su culpa, y dolo o malicia” es fraudulento. El rigor va endureciéndose hasta el punto de encarcelar al “mercader de cualquier género” que “trate de convenir con sus acreedores remisión o espera”, o haga “pleyto de acreedores” dejando sus bienes “para que sean pagados de ellos”, “hasta tanto que los dichos pleytos de acreedores y compromisos é conciertos, y lo que sobre se hobiere de juzgar y determinase, se acaben y fenezcan de todo punto ó por todas las instancias”.

<sup>36</sup> OBARRIO MORENO, J.A.; “La rúbrica *cessio bonorum* en la doctrina valenciana de los siglos XVI y XVII: *quaestiones et controversiae* en torno al derecho concursal del antiguo Reino de Valencia”, *El Derecho comercial, de Roma al Derecho moderno*; IX Congreso internacional, XII Iberoamericano de Derecho Romano; Las Palmas de Gran Canaria, 1, 2 y 3 de febrero de 2006, v. 1, 2007, págs. 487-548.



doctrinal, en los comentarios que de la misma realiza la *communis opinio*, y a nivel de la praxis jurídica, en las sentencias dictadas por la Real Audiencia, lo que permite delimitar con cierta claridad el régimen jurídico de esta institución en el ámbito foral.

Como ya pudimos analizar, la figura de la *cessio bonorum* tiene su origen en la época romana, donde se entendía como un beneficio miserable concedido a los perjudicados deudores para evitar las molestias de la cárcel. Pero la jurisprudencia es explícita al entender que con la *cessio bonorum* no se extinguía la deuda hasta que el acreedor hubiera recibido la totalidad del crédito, por lo que se exigía que si el cedente deviniera a mejor fortuna prestase una garantía de pago. Dentro del ámbito foral valenciano, esta garantía no fue requerida, sino que era suficiente con una promesa jurada de llevar a cabo el pago íntegro de la deuda si se alcanzase mejor fortuna. Siguiendo con el mismo derecho foral valenciano, cabe detallar que se exigía la cesión íntegra de los bienes del deudor, ya fueran bienes muebles o inmuebles, derechos o acciones, pudiéndose únicamente reservar los instrumentos propios de su arte u oficio, así como los bienes para su sustento, los vestidos de uso cotidiano y demás necesidades que el juez pudiera estimar oportunas *-beneficium competentiae-*. Ahora bien, a diferencia del *ius commune* donde la cesión de bienes se tenía que hacer sin que afrentara al cedente, se encuentran reinos y provincias donde el cedente hacía ostentación pública de su insolvencia. Frente a este carácter vejatorio, la doctrina de los reinos hispanos y, en particular, la doctrina valenciana, sostenían que la cesión realizada con infamia liberaba al cedente de toda obligación ya que el ultraje al que era sometido constituía, en sí mismo, una pena superior a cualquier deuda pecuniaria, lo que le permitía eximirle de su cumplimiento en el fuero externo pero no en el interno. Aunque, frente a esta opinión común encontramos al jurista valenciano IRANZO<sup>37</sup> según el cual la infamia que conlleva la cesión

---

<sup>37</sup> IRANZO, J.J.; Praxis protestationum, Cap. 60, num. 37, 1667.

deshonrosa no determina la validez jurídica de la misma, por entender que ésta, aún siendo reprobable, no puede compensar el perjuicio que ocasiona la deuda a sus acreedores.

Según del Derecho común, se excluía de toda protección:

- Deudores perversos y dolosos, que, en fraude a sus acreedores, destruyen los bienes con engaño, lujuria o maldad.
- A los que alcanzan la pobreza, ya sea por su culpa o por la mala fortuna.
- A los mercaderes, comerciantes, cambistas, pañeros, ya fueran cristianos, judíos o sarracenos, cuando, por razón de préstamo, depósito, compra o de cualquier otro contrato, se hicieran deudores o quedaren obligados; llegándoles, incluso, a condenar a la pena capital cuando se apoderaran de cosas ajenas o reconocieran que no tienen con qué pagar, a excepción de que la pérdida fuera por causa fortuita. Pero los comerciantes que empobrecen y se arruinan como consecuencia de una actuación dolosa o culposa, según la doctrina foral, se les condena a la pena de muerte, denegándoseles de todo remedio y del auxilio de la cesión de bienes.
- También se niega la cesión de bienes a las deudas que provengan de un delito o de un cuasidelito, ya sea éste de naturaleza fiscal o personal, a excepción de las deudas fiscales *ex contractu*.
- Para los que no reconocen la deuda.
- Para quien litiga sobre la cuantía de la misma.
- Para quien contrae una obligación con la única esperanza de obtener el beneficio de la cesión.
- O para el *debitor obligatus ad factum, nunquit uti beneficio cessionis bonorum*.

Junto con la cesión de bienes, el Derecho foral concede al deudor la posibilidad de acogerse a una moratoria o tregua en el plazo para el pago de las deudas. La literatura jurídica valenciana, conocedora de la

tradición textual del Corpus Iuris, advierte cómo el deudor insolvente, ya fuera un particular, una villa o una ciudad, solía solicitar al monarca la concesión de un plazo dilatorio, de una moratoria, para el pago de sus deudas, para que los acreedores no le reclamaran los créditos durante el periodo concedido en el rescripto del príncipe<sup>38</sup>.

Y junto con la cesión de bienes y la moratoria ya descritas, el Ordenamiento foral valenciano concede otro remedio al que podían acogerse los deudores insolventes como las *inducias* o las treguas quinquenales, otorgadas por un periodo de cinco años; tiempo en el que el deudor no podía ser molestado, ya sea en su persona o en sus bienes, por sus acreedores<sup>39</sup>.

Cabe resaltar la importancia que la doctrina y la profusión de obras concursalistas tendrá durante los siglos XVI-XVIII en la formación y depuración de la normativa informadora del procedimiento de quiebra y en particular de la denominada “Doctrina española de la quiebra” en el marco de lo que acertadamente se ha denominado “siglo de oro del Derecho Concursal español” que ejercerá una notable influencia en el marco europeo<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> OBARRIO MORENO, J.A.; “La rúbrica *cessio bonorum* en la doctrina valenciana de los siglos XVI y XVII...cit.; págs. 515-531; y OBARRIO MORENO, J.A.; “La quiebra y el concurso de acreedores en derecho medieval español”...cit.; págs. 416-427.

<sup>39</sup> Para un estudio más detallado de esta figura, OBARRIO MORENO, J.A.; “La rúbrica *cessio bonorum* en la doctrina valenciana de los siglos XVI y XVII...cit.; págs. 531-548; y OBARRIO MORENO, J.A.; “La quiebra y el concurso de acreedores en derecho medieval español”...cit.; págs. 427-438.

<sup>40</sup> PULGAR EZQUERRA, J.; *La declaración del concurso de acreedores...*, cit.; pág. 74. En este sentido, de entre los principales autores de la literatura jurídico-concursal española subrayamos la importancia que tuvieron:

- Juan de Hevia Bolaños:

Nació en Oviedo pero residió en Lima donde fue empleado de la Real Cancillería y publicó en 1613 su obra *Curia Filípica*, donde sus capítulos XI, XII y XIII se ocupan de los fallidos o quebrados, de la prelación de créditos y de la acción revocatoria (AÑOVEROS TRÍAS DE BES, X.; “El Derecho Concursal en las Ordenanzas de Bilbao”...cit., pág.58). Como bien comenta OLIVENCIA RUIZ, M.; *La terminología jurídica de la reforma concursal...*, cit., pág.51, HEVIA clasifica a los *fallidos* en tres géneros:

- Quebrados que quiebran sin culpa.
- Alzados que alzan u ocultan los bienes o libros.

---

- Fraudulentos o culpados que faltan por fraude, dolo o culpa suya.

En esta obra se reserva la quiebra exclusivamente a los comerciantes (según VALLET DE GOYTISOLO, J.Bms.; “Las relaciones concursales en una visión anterior a la nueva LC”..., cit. pág. 541, HEVIA BOLAÑOS, “en su Curia Philípica, el beneficio de la cesión de bienes no compete a negociantes, mercaderes ni a sus factores, ni tampoco a cambiarios públicos, que han de estar presos hasta que fenezcan todas las instancias del procedimiento liquidatorio”), se establece las distintas clases de quiebras, se señala la nulidad de los convenios concertados por el quebrado después de la declaración de la quiebra, la publicidad de la situación de insolvencia, la desaparición de las facultades del quebrado, se regula también las clases y causas de la prelación de créditos y se analiza los supuestos de la revocatoria (SAGRERA TIZÓN, J.M<sup>a</sup>.; “Breve introducción histórica de la quiebra”..., cit., pág. CIX).

También se estudia en esta obra las instituciones de la quita “como la posibilidad que tenía el deudor antes de hacer la cesión de bienes a sus acreedores, prevaleciendo la solución más beneficiosa para el que adeudaba en caso de desacuerdo; de modo que aquellos acreedores que no quisiesen conceder la reducción deberían pasar por la decisión de los que sí acordaron otorgarla, siempre que éstos representasen la mayoría de la deuda, no fueran familiares-consanguíneos- del obligado y la quita no supusiese la totalidad del débito” y la espera “que podía ser concedida por el Príncipe o por las Audiencias Reales, siempre que hubiese una causa legítima y el plazo de espera fuera de seis meses y con fianza. También la podía solicitar el deudor a sus acreedores, como paso previo a la cesión de bienes, y ser aceptada por todos ellos, una vez citados debidamente los que se encontrasen ausentes. Si no había acuerdo, decidía la mayoría de personas, de número de deudas o la cuantía de las mismas, sucesivamente. Y si eran iguales el número de personas y de deudas, se tomaba la decisión que resultara más beneficiosa al deudor, tal y como señalan las Partidas, V, 15, 5...” (ZAMBRANA MORAL, P.; “La cesión de bienes como posible solución al concurso de acreedores en la literatura jurídica europea (1550-1650)”..., cit., pág. 573).

- Amador Rodríguez:

No es hasta 1616 en la obra *Tractatus de Concursu et privilegiis creditorum in bonis debitoris, & de prelationibus eorum, atque de ordine & gradu, quo solutio fieri deber, cum debitor solvendo non est, & bona eius publicè venduntur*, Madrid, de Amador Rodríguez donde vemos el término *concurso* que hasta entonces no se había hecho referencia a él en ningún otro texto.

El concurso al que se hace referencia en dicha obra es de acreedores reclamando los bienes del deudor. Y dichos acreedores, según OLIVENCIA RUIZ, M.; *La terminología jurídica de la reforma concursal...*, cit., pág.54, concurren por tres modos:

- El de las tercerías de mejor derecho en ejecuciones singulares.
- El de los acuerdos de dilación o remisión (quita o espera) con el deudor.
- La cesión de bienes para evitar la cárcel cuando los bienes del deudor no bastan para satisfacer a los acreedores ni pagarles lo que les debe *cum debitor solvendo non est*.

Dicha obra no distingue entre deudores comerciantes y deudores no comerciantes y lo más característico en ella es su originalidad ya que se adelanta treinta y cinco años al *Labyrinthus* de SALGADO DE SOMOZA en relación con el concurso de los acreedores (OLIVENCIA RUIZ, M.; *La terminología jurídica de la reforma concursal...*, cit., pág.54).

- Francisco Salgado de Somoza:

“Francisco Salgado de Somoza nació en la Coruña en 1590; estudió Humanidades en la Coruña y se doctoró en ambos Derechos en la Universidad de Santiago de

---

Compostela. Posteriormente se ordenó sacerdote. Fue abogado de la Real Audiencia de Galicia. Trasladado a Madrid, fue Vicario general del Arzobispado de Toledo. Fue después Auditor en Valladolid, donde llegó a Presidente de Sala. Pasó luego al Consejo de Hacienda y fue después Consejero del Consejo de Castilla, del que llegó también a Presidente. Murió retirado en el monasterio de Alcalá la Real en Jaén el año 1664, del que era Abad...” (AÑOVEROS TRÍAS DE BES, X.; “El Derecho Concursal en las Ordenanzas de Bilbao”...cit., pág.58).

En el siglo XVII es cuando aparece por primera vez un libro que sistematiza científicamente la doctrina de la quiebra, ALCALÁ ZAMORA, citado por SAGRERA TIZÓN, J.M.; “Reivindicación de la doctrina española de la quiebra: su influencia universal” *Revista General de Derecho*, abril de 1989, pág. 2.193, sintetiza dicha obra con las siguientes palabras: “1) Antes de la obra de Salgado, no hay en el mundo ninguna obra sistemática sobre el concurso, siendo el primer libro que expuso esta materia sistemáticamente ordenada en todos sus detalles. 2) La literatura alemana sobre el concurso arranca de Salgado, siguiendo con fidelidad sus enseñanzas. 3) El sistema español de quiebras expuesto por Salgado ejerció una influencia decisiva en toda Europa durante más de dos siglos, y vuelve a ejercerla en los sistemas más modernos de quiebras. 4) Con Salgado se concibe el concurso como juicio universal y atractivo. 5) Salgado es el inventor y difusor de las palabras “concurso” y “deudor común”. 6) la característica del procedimiento que expuso y divulgó Salgado, consiste en su oficiosidad”.

Dicho libro es el *Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorem communem inter illos causatam* cuya primera edición es de 1651 en París. Dicha obra pasó a ejercer una gran influencia en Europa, especialmente en Alemania (OLIVENCIA RUIZ, M.; *La terminología jurídica de la reforma concursal...*, cit., pág.58), cuya Real Academia de Jurisprudencia y Legislación le hizo un homenaje en 1857 a SALGADO DE SOMOZA, inscribiendo su nombre en la tercera lápida de esta Academia “entre el de los cuarenta jurisconsultos más eminentes de nuestra patria”. Y le ha considerado “concursalista primero de Alemania y quinto de España”, por el mayor reconocimiento que su *Labyrinthus* ha alcanzado en la doctrina germánica). Sin embargo, en nuestro país no fue apreciada ni ensalzada. Al respecto el Profesor José Luís DE BENITO, *Al servicio de nuestra tradición jurídica. La doctrina española de la quiebra*, editor Javier Morata, Madrid, 1930, págs. 41-42, manifestaba: “Es doloroso para un cultivador del Derecho Mercantil reconocer que, a pesar de ser injusto el profesor KHOLER en sus conclusiones y comentarios, sobre la doctrina española de la quiebra, fuera él quien desenterrase del incalificable olvido en que le tenían sus compatriotas a Francisco Salgado de Somoza, cuya autoridad fue tan extraordinaria en toda Europa durante el siglo XVIII”.

Salgado no distingue entre deudor comerciante y no comerciante y todo el proceso tenía un marcado carácter judicial, ya que era el propio juez el que se encargaba de nombrar al administrador de los bienes, de venderlos y de repartir entre los acreedores el importe de la venta (ZAMBRANA MORAL, P.; “La cesión de bienes como posible solución al concurso de acreedores en la literatura jurídica europea (1550-1650)”..., cit., págs. 579 y 580).

En esta obra de SALGADO se mencionan los cuatro procedimientos de concurso existentes en nuestro Derecho:

- Cuando los acreedores concurren para conocer una moratoria al deudor común (espera).
- Cuando los acreedores convienen entre ellos reducir alguna parte de sus créditos (quita).
- Cuando el deudor llega a un acuerdo con unos acreedores determinados, oponiéndose otros y contienden entre ellos cuáles han de ser los privilegiados.

- 
- Cuando el deudor convoca a sus acreedores y les cede los bienes, estableciéndose la oportuna prelación. Según OLIVENCIA RUIZ, M.; *La terminología jurídica de la reforma concursal...*, cit., págs. 60 y 61, es acerca de este *concurso* y de este *cuarto género de juicio* de lo que trata SALGADO en esta obra, con la previa y expresa advertencia de que las dificultades que entraña no se podrán vencer si no conocemos “la naturaleza de este juicio por sus principios” e ignoramos sus condiciones.

Y según AÑOVEROS TRÍAS DE BES, X.; “El Derecho Concursal en las Ordenanzas de Bilbao”...cit., pág.59, el *Labyrinthus* está dividido en cuatro partes:

- Dedicada a la declaración de concurso, su concepto, clases y requisitos, incapacitación del quebrado y penalidades en que incurre por incumplimiento del precepto, convocatorias públicas para el caso en que haya acreedores desconocidos, desposesión y acumulaciones al procedimiento concursal.
- Trata de la revocación del concurso, las mayorías de las Juntas de acreedores y la graduación y prelación de los créditos.
- Se ocupa del síndico, de la subasta y de la adjudicación de los bienes del deudor.
- Y se refiere a diversas cuestiones sobre la cesión de bienes y su relación con la cesión de derechos, la posición de los créditos de la Hacienda Pública, los créditos hipotecarios, etc.

Pero siguiendo a OLIVENCIA RUIZ, M.; *La terminología jurídica de la reforma concursal...*, cit., págs.66 y 67, que dice que “los Avisos de BARRIONUEVO (OLIVENCIA RUIZ, M.; *La terminología jurídica de la reforma concursal...*, cit., pág.63: “Jerónimo de Barrionuevo (Granada, 1587-1671), hijo de un Oidor de Valladolid, hombre de ajetreada juventud y Tesorero de la iglesia de Sigüenza en sus últimos años de vida, dirigió desde Madrid al Deán de Zaragoza, entre 1654 y 1658, auténticas “gacetillas” de la Corte, con abundancia de noticias sobre la situación económica”) prueban documentalmente que, en esa época de crisis económica, el concurso de SALGADO, institución dulcificadora de los rigores de la insolvencia, tuvo más éxito en la doctrina científica que en la práctica de los tribunales españoles” se reafirma la idea de que ni el nombre *concurso* prospera en la terminología española, mientras que el latín favorece su exportación a Europa y su traducción a otras lenguas.

Así pues, la palabra *quiebra* sigue en esa época siendo la denominación española del procedimiento de insolvencia de los comerciantes, mientras que la expresión concurso de acreedores coexiste con aquella y adopta diversas acepciones (OLIVENCIA RUIZ, M.; *La terminología jurídica de la reforma concursal...*, cit., págs.67 y 68):

- Como equivalente a la genérica “pleitos de acreedores”, que comprende la petición de espera que formula el deudor.
- Como una consecuencia de la quiebra, como si ésta fuese el estado patrimonial del deudor y aquél el procedimiento al que da origen o un efecto de su apertura.

### I.3. Las Ordenanzas de Bilbao.

Las “Ordenanzas de la Ilustre Universidad y Casa de Contratación de la muy Noble y muy Leal Villa de Bilbao”, conocidas comúnmente por las “Ordenanzas de Bilbao” fueron aprobadas por Felipe V el 2 de diciembre 1737, previo informe del Consejo Supremo de Castilla.

En palabras de AÑOVEROS TRÍAS DE BES<sup>41</sup>: “es uno de los textos legales más logrados y que mayor influencia y difusión han alcanzado en nuestro país dentro del Derecho mercantil, y aún podría decirse, sin temor a exagerar, dentro del Derecho en general” y también señala: “Constituyen un cuerpo legal completo del comercio, un trabajo de gran mérito, ordenado de forma sistemática en la distribución de las materias, que llenó lagunas, cubrió necesidades e introdujo modificaciones y novedades. Tiene capítulos enormemente inspirados, por lo pulido y completo de su regulación, y trató materias nuevas e importantes, destacando la parte dedicada al Derecho de la navegación, muy adelantada y moderna”<sup>42</sup>.

Por otro lado, como dice AÑOVEROS TRÍAS DE BES que cita a Lorenzo BENITO Y ENDARA<sup>43</sup>: “Puede asegurarse que son el primer Código de Derecho Mercantil del mundo, ya que en ellas, se reunieron, por primera vez, las materias todas el Derecho Mercantil, terrestre y marítimo, formando un solo cuerpo legal”.

Por la ubicación de Bilbao en el Cantábrico, que obligaba a una navegación mucho más peligrosa que por el Mediterráneo, no alcanzó gran importancia marítimo-comercial hasta el siglo XIV. En el siglo XV

---

<sup>41</sup> AÑOVEROS TRÍAS DE BES, X.; “El Derecho Concursal en las Ordenanzas de Bilbao”...cit., pág.60.

<sup>42</sup> AÑOVEROS TRÍAS DE BES, X.; “El Derecho Concursal en las Ordenanzas de Bilbao”...cit., pág.63.

<sup>43</sup> AÑOVEROS TRÍAS DE BES, X.; “El Derecho Concursal en las Ordenanzas de Bilbao”...cit., pág.63 con cita de BENITO Y ENDARA, L.; *El Derecho de Comercio, de cambio, de quiebras y marítimo de España*, Madrid, 1909, pág. 18.

se concedió a las plazas mercantiles más importantes una extensa jurisdicción en asuntos de comercio, ejercidas por tribunales especiales denominados Casas de Contratación y ya en 1511 el rey Carlos I concedió al gremio de comerciantes bilbaínos un Consulado para su Casa de Contratación que suponía el privilegio de tener jurisdicción y facultad de redactar las normas reguladoras de las contiendas judiciales en materia mercantil.

Este auge en la actividad del comercio hizo necesario un sistema de contabilidad más depurado y estricto al igual que dictar normas para regular las quiebras, distinguiendo las distintas responsabilidades según se tratase de un simple atraso o suspensión de pagos, de una insolvencia gratuita, de una quiebra culpable o de una quiebra fraudulenta.

Por lo que en 1725 en Bilbao se acordó reformar las Ordenanzas antiguas y más tarde en 1735 se acordó confeccionar unas nuevas Ordenanzas que la Junta General de Comercio de Bilbao encargó redactar a seis vecinos y comerciantes al considerarlos las personas más “hábiles e inteligentes” y comerciantes de “los de primer celo e inteligencia”. No fueron copistas ni traductores sino que crearon una obra genuinamente española del siglo XVIII<sup>44</sup>.

Dichas Ordenanzas se componen de 29 Capítulos, que regulan toda la vida comercial de la época, regulándose en el Capítulo XVII la quiebra: “De los atrasos, fallidos, quebrados o alzados; sus clases y modo de procederse en sus quiebras”. Dicho Capítulo está dividido en 56 Leyes de las que las cinco primeras son consideradas por SAGRERA TIZÓN<sup>45</sup> como normas generales:

---

<sup>44</sup> AÑOVEROS TRÍAS DE BES, X.; “El Derecho Concursal en las Ordenanzas de Bilbao”...cit., págs.60-62.

<sup>45</sup> SAGRERA TIZÓN, J.M<sup>a</sup>.; “Breve introducción histórica de la quiebra”..., cit., pág. CVII.



- Ley 1ª: divide a los quebrados<sup>46</sup> en tres clases: inocentes, culpados con culpa leve y culpables con culpa grave, prevaleciendo la calificación subjetiva del deudor sobre la denominación del procedimiento.
- Ley 2ª: a los quebrados inocentes, cuyo pasivo está cubierto con el activo “se les ha de guardar el honor de su crédito, buena opinión y fama”.
- Ley 3ª: los quebrados de segunda clase serán estimados como tales quebrados inculpables; pero hasta que satisfagan el total de sus deudas no tendrán voz activa ni pasiva en el Consulado.
- Ley 4ª: a los quebrados fraudulentos se les ha de tener como infames ladrones públicos, robadores de hacienda ajena y se les perseguirá hasta que el Prior y Cónsules les entreguen a la justicia ordinaria para que sean castigados con todo el rigor que permita el derecho, a proporción de sus delitos.
- Ley 5ª: los comerciantes en estado de quiebra deberán entregar al Prior y Cónsules un estado explicativo de la situación que guarda su negocio, para iniciar el juicio de quiebra.

El resto de las Leyes, no menos importantes y siguiendo con SAGRERA TIZÓN<sup>47</sup>, regulan el procedimiento con el nombramiento de Síndicos, presentación y reconocimiento de créditos, ocupación de la correspondencia del quebrado, información a los acreedores, nulidad de determinados pagos, prelación de créditos, destino de las mercancías

---

<sup>46</sup> OLIVENCIA RUIZ, M.; *La terminología jurídica de la reforma concursal...*, cit., pág.71: “El término quebrado es el genérico que comprende varias situaciones subjetivas. Las “clases” no son de quiebras, sino de quebrados. El término quiebra, como el de falencia, que se emplea como sinónimo, expresa el estado patrimonial del deudor; pero se emplea también como denominación del “juicio universal”, al que indistintamente se le llama “concurso””.

<sup>47</sup> SAGRERA TIZÓN, J.Mª.; “Breve introducción histórica de la quiebra”..., cit., pág. CVIII.

del fallido, la eficacia de los contratos perfeccionados, pero no cumplidos o en curso de incumplimiento, etc.

Como vemos, queda notoria la coherencia y modernidad de las Ordenanzas por lo que se entiende que fueran aceptadas generalmente, por la costumbre, en toda España excepto en la zona de Levante donde, como ya hemos tratado anteriormente para los temas relacionados con el Derecho marítimo, se regían por el Libro del Consulado de Mar<sup>48</sup>. Por otra parte, cabe decir que las Ordenanzas sirvieron de inspiración para el *Code français* de 1804 en relación con el tema de las quiebras aunque durante décadas muchos tratadistas, sobre todo franceses e italianos, no quisieron admitirlo<sup>49</sup>.

Al igual que en las Ordenanzas de Bilbao donde la quiebra está exclusivamente reservada para los comerciantes, encontramos las Ordenanzas Consulares de Málaga de 1825 donde para poder ser declarado en estado de quiebra, era necesario que el deudor fuera comerciante, con habitualidad en el ejercicio de sus negocios mercantiles con la idea de lucro y con independencia de que estuviera o no inscrita en algún registro o matrícula<sup>50</sup>.

---

<sup>48</sup> AÑOVEROS TRÍAS DE BES, X.; “El Derecho Concursal en las Ordenanzas de Bilbao”...cit., pág.64.

<sup>49</sup> AÑOVEROS TRÍAS DE BES, X.; “El Derecho Concursal en las Ordenanzas de Bilbao”...cit., pág.77.

<sup>50</sup> CORDONES RAMÍREZ, M.; “Apuntes históricos sobre la evolución del sistema de quiebra en los comerciantes: especial referencia a las ordenanzas consulares de Málaga: un precedente olvidado en la historia del Derecho Concursal español”..., cit., pag.152; Según PULGAR EZQUERRA, J.; *La declaración del concurso de acreedores...*, cit.; págs. 78-80: “Las Ordenanzas de Málaga de 30 de junio de 1825 nunca llegaron a estar vigentes pero contenían un completo e importante tratamiento de la quiebra que bien podía constituir antecedente directo del CCo de 1829. En dichas Ordenanzas constituye presupuesto objetivo de apertura de la quiebra una situación económica de fondo a la que, impropia, se denomina cesación de pagos, probablemente por influencia del recientemente promulgado Código francés de 1804, definida como desbalance (activo menor que pasivo), que puede manifestarse al exterior mediante incumplimientos u otros hechos externos que la Ordenanza no delimita, optándose por tanto por un sistema de *numerus apertus*...Existen, por tanto, contradicciones en las Ordenanzas de Málaga en materia de delimitación del presupuesto objetivo de apertura de la quiebra que merecen especial atención: por un lado, el legislador emplea para delimitar el presupuesto de la quiebra, el término francés de “cesación de

---

pagos” no para aludir al hecho externo de la falta de pago con independencia de la situación económica de fondo –como sucede en Derecho francés-, sino para referirse a una situación de fondo identificada con la insolvencia definida como desbalance. Por otro lado, la inclusión de la suspensión de pagos definida en base a la suficiencia de bienes como una clase de quiebra hace cuestionable que en las Ordenanzas malagueñas el presupuesto objetivo de apertura de la quiebra sea el desbalance (activo menor que pasivo). Ambas contradicciones, probablemente, se deban fundamentalmente a un deseo del legislador malagueño de armonizar la tradición jurídica concursal española con las tendencias manifestadas en el primer CCo francés de 1807, siendo probablemente este mismo deseo la base de muchas de las contradicciones que se repetirán en el C de C de 1829 que darán lugar al tradicional debate planteado en nuestro Derecho en torno al presupuesto objetivo de la quiebra.”



## **CAP. II. CONCURSO, QUIEBRA Y SUSPENSIÓN DE PAGOS.**

Durante el siglo XVIII tuvo lugar la revolución francesa que supuso la abolición de la sociedad estamental característica del antiguo régimen, a la vez que determinó la configuración de una sociedad civil separada del poder político. En el orden económico se pasa de una economía agraria y artesanal a una economía industrial, financiera y de servicios, en el marco de la consolidación de un sistema de Economía de Mercado cuyos orígenes, tal y como ya hemos estudiado, se sitúan en la Edad Media. Y en el orden estrictamente jurídico se produce el fenómeno de la Codificación, que supone la conclusión del proceso de estatalización de las fuentes de producción normativas que se llevó a cabo entre los siglos XVI-XVIII a través de la tarea precodificadora. Los poderes públicos asumieron la tarea de codificar el Derecho, produciéndose la separación entre la codificación civil y mercantil, siendo el Código francés de 1804 el primer código que se promulga y que contendrá una regulación de las relaciones comerciales. Los juristas franceses de principios de siglo, acudieron a las antiguas Ordenanzas del siglo XVII y a las colecciones de sentencias jurisdiccionales elaboradas por las corporaciones medievales, para la regulación y codificación de la quiebra, de forma que será de nuevo el derecho de quiebra italiano medieval el que pasará a constituir el contenido del primer CCo francés de 1807 que, posteriormente, ejercerá una notable influencia sobre el bloque de Ordenamientos jurídicos latinos (Italia, Portugal...)<sup>51</sup>.

Siguiendo con PULGAR, cabe mencionar que junto a la quiebra y como medio alternativo a ésta surge un sistema de convenios que constituyen una solución negociada a la crisis del deudor. En la época medieval ya existían los convenios solutorios y amigables pero en el siglo XIX surge una nueva figura, los denominados “convenios preventivos judiciales” que atenuaban los inconvenientes de los existentes hasta entonces

---

<sup>51</sup> PULGAR EZQUERRA, J.; *La declaración del concurso de acreedores...*, cit.; págs. 81-85.

propiciando con ello una solución conservativa a la crisis que favorecía a deudor y acreedores previniendo o evitando la declaración de la quiebra. Será la condición del deudor, en este periodo histórico del siglo XIX, el criterio determinante del ámbito de aplicación de quiebra y convenios dentro del sistema. El convenio no tiene como finalidad última la conservación de la empresa, sino la satisfacción de todos los acreedores mediante vías conservativas, no siendo la viabilidad económica de la empresa lo que determina la apertura de los convenios frente a la quiebra, sino la condición del deudor comerciante, configurándose el sistema de convenios desde una perspectiva privatista del siglo XIX como institutos de *favor debitoris* que permiten al comerciante “bueno pero desafortunado” eludir los rigurosos efectos que para el deudor tiene la quiebra y, a la vez, propician la proposición por éste a sus acreedores de una solución negociada a la crisis, al margen de la liquidación. Tal condición subjetiva del comerciante será lo que determinará en la mayoría de Ordenamientos, la apertura del convenio y, por ende, la conservación de la empresa.

## II.1. Código de Comercio 1829.

El Código de 1829 no logró de inmediato aceptación uniforme en el complejo político de España de ese momento pero la seguridad derivada del Código y el mantenimiento de una justicia mercantil especial a cargo de los comerciantes en las plazas principales favorecieron la liquidación de los viejos consulados aunque las corporaciones territoriales como las Vascongadas se resistieron a la sustitución del orden corporativo consular por este nuevo derecho mercantil<sup>52</sup>.

El Código establecía una matrícula<sup>53</sup> de comerciantes desconocida en los ambientes mercantiles de San Sebastián y Bilbao, atribuyendo a

---

<sup>52</sup> PETIT CALVO, C.; “Oposición foral al CCo (1829)”, (Informe del Síndico Martín de Echaburu, de acuerdo con el primer consultor del Señorío, Ldo. Loyzaga, sobre el CCo de 1829. Septiembre, 3, 1829, en Archivo General del Señorío de Vizcaya (Guernica). Comercio, Registro 4, legajo 1), *Revista Anuario de historia del derecho español*, n.º. 59, 1989, pág. 706: “...por el cual ha venido el Rey Nuestro Señor en resolver que desde primero de Enero de mil ochocientos y treinta comience a regir el expresado Código en todos sus reinos y señoríos, quedando para desde aquella fecha en adelante revocadas, derogadas y de ningún valor todas las leyes, reglamentos y ordenanzas, tanto generales como particulares que anteriormente se observaban sobre materias y asuntos de comercio, para que no produzcan efecto alguno en juicio ni fuera de él, y que solo se observe y guarde y cumpla cuanto en el mismo Código está prevenido y decretado, y que al intento se publique y circule éste a todos los Consejos, tribunales, jueces y autoridades a quienes corresponda en la forma acostumbrada...”.

<sup>53</sup> En cuanto a la matrícula de comerciantes exigida en el CCo de 1829 encontramos que no todos los territorios estaban de acuerdo, en diversos documentos recopilados por PETIT CALVO, C.; “Oposición foral al CCo (1829)”...cit., págs. 706-736. Así pues, destacamos del “Informe del Síndico Martín de Echaburu, de acuerdo con el primer consultor del Señorío, Ldo. Loyzaga, sobre el CCo de 1829. Septiembre, 3, 1829”, en Archivo General del Señorío de Vizcaya (Guernica). Comercio, Registro 4, legajo 1, págs. 706-707 que dice: “...que cuantos vizcaínos tengan capacidad legal para celebrar contratos, pueden dedicarse al giro mercantil y ser reputados comerciantes, no debiéndoseles exigir el que se suscriban en una matrícula, ni se revistan de habilitación, título o diploma alguno, en atención a que se reputa en Vizcaya por absolutamente libre el ejercicio de toda industria. Al establecerse la matrícula para toda la marinería de la Monarquía, la reclamó este Señorío como opuesta a sus fueros y franquizas, habiendo obtenido de la justificación del Soberano el que por el artículo primero, título once de la Ordenanza vigente de mil ochocientos y dos se designase declarar que en el Señorío de Vizcaya y Provincia de Guipúzcoa no se estableciese el alistamiento de matriculados. No debe de consiguiente ser extensiva (sic) a Vizcaya el establecimiento de la matrícula personal de comerciantes y las disposiciones referentes a ella, suspendiéndose su cumplimiento después de obedecerlo con el más profundo acatamiento según se prescribe por la ley once, título primero de los Fueros, representándose lo conducente al Rey N. S. a fin de que se digne mandar que no se haga innovación alguna en las franquizas y prerrogativas vizcaínas...”.

En la Exposición del Consulado a la vista del informe del síndico, elevada a la Diputación General de 21 de Noviembre de 1829 encontramos: “...Apoyado el síndico

delegados regios (intendentes), ausentes del territorio vasco, amplias

---

en sólidas reflexiones manifiesta que la inscripción o matrícula no puede ni debe exigirse para que los vizcaínos trafiquen y se entreguen a toda clase de industria. Los fueros y franquezas de la tierra los habilitan y no es practicable con ellos la inscripción según se manda en los artículos once, doce y siguientes, y por lo tanto es el informe exactísimamente aplicado.”

En la Exposición del Consulado de Bilbao al Rey, sobre el CCo de 28 noviembre de 1829 se dice: “...Estos puntos son los cuatro siguientes, que el Consulado tiene el honor de presentar a la soberana consideración de V.M. con las breves reflexiones que exige cada uno de ellos:

1. La matrícula dispuesta por el art. 22 del Código no puede ser extensiva a Vizcaya, cuyos fueros habilitan por sí mismos para el comercio a cuantos vizcaínos tienen capacidad legal para celebrar contratos, sin que sean precisados a suscribirse en matrícula alguna ni se revistan de título, patente, diploma ni otra especie de habilitación comercial. Por este concepto el Señorío no da el pase a este art.de la matrícula, ni a las disposiciones referentes a ella. En efecto, toda matrícula ha sido constantemente repudiada en Vizcaya, y tal ha sido el uso, costumbre e inteligencia que en todas materias, especialmente mercantiles, se ha sostenido la libertad que en esta parte concede a los vizcaínos su fuero y que ha obtenido aún en asuntos de mayor transcendencia la aprobación y confirmación de V.M.

...el Gobierno ha exencionado a Vizcaya del orden de las matrículas, y con este espíritu se redactó el art. 11 de la Real ordenanza de Marina de 1802, que está vigente, sin que ciertamente haya sido perjudicado en ella el Real Servicio.

...la miseria del país y la insuficiencia de sus producciones para el mantenimiento de sus naturales, así como también la proporción que la multitud de sus poblaciones marítimas ofrece a las ocupaciones mercantiles, motivan la generalidad con que las familias vizcaínas se ven precisadas a buscar en el tráfico su propia subsistencia, y por consiguiente la matrícula adquirida un carácter de universalidad más propio para confundir que para aclarar el conocimiento y nociones que el Gobierno solicita en la institución de las matrículas.

Todas estas razones han servido en las edades pasadas de apoyo para la excepción de matrículas, que los vizcaínos han mirado siempre como un grave inconveniente para variar de ocupaciones honestas, y ni el Señorío ni el Consulado han creído jamás conveniente turbarles en esta persuasión.”

Finalmente, en el Informe relativo al CCo presentado y aprobado en Junta General extraordinaria del Señorío de Vizcaya el 6 febrero de 1830 se afirma: “...Al mismo tiempo manifiesta S.M. que los artículos 11 y 12 del Código citado tengan su entero efecto en este territorio como en todo lo demás del Reino, por no oponerse a los Fueros la forma de la matrícula que en dichos artículos se previene ni ser posible sin ella saber quiénes son los verdaderos comerciantes que legítimamente pueden aspirar al goce de los privilegios y Fuero particular que concede el Código a los que siguen esta profesión. Este punto se ha discutido minuciosamente teniendo a la vista las razones que da S.M. <y> después de una detenida conferencia ha resuelto proponer a V.I. la medida siguiente:

Atendiendo la Comisión a que por la primera declaración que contiene la Real Orden de 29 de Enero último se presupone que la formación de la matrícula de comercio se contrae únicamente a saber quiénes son los verdaderos comerciantes que legítimamente pueden aspirar al goce del Fuero particular que el CCo concede a los de su profesión y persuadiéndose que por el establecimiento de esta matrícula no se exigirán derechos de Patentes ni otro impuesto alguno y quedarán los demás Vizcaínos en el libre ejercicio de comprar y vender que les compete por sus Fueros, es de dictamen que la Junta General acuerde que se obedezca, guarde y cumpla en todas sus partes el CCo con la expresada real Orden de 29 de Enero último. V.I. resolverá sin embargo con su acostumbrada prudencia lo que crea más arreglado.”



competencias en el control y vigilancia de las actividades mercantiles y en el proceso de selección de las magistraturas de la jurisdicción especial<sup>54</sup>.

Siguiendo a AÑOVEROS TRÍAS DE BES<sup>55</sup> añadimos que a pesar de la gran influencia que Francia ejercía en toda Europa en esa época, en España aparece, bajo el reinado de Fernando VII, este primer CCo de 1829<sup>56</sup>, obra de D. Pedro SAINZ DE ANDINO que no siguió el método redaccional de la normativa vigente en Francia sino que recogió el esquema del Derecho concursal del Capítulo XVII de las Ordenanzas, citadas anteriormente, recogiendo su esencia en los 175 artículos del Libro IV (*“De las quiebras”*) donde se mantienen las denominaciones de *quiebra* y *quebrado*.

Según OLIVENCIA RUIZ<sup>57</sup> la codificación mercantil prescindió del término *concurso* y acogió un *“estado de quiebra”* de los comerciantes,

---

<sup>54</sup> PETIT CALVO, C.; “Oposición foral al CCo (1829)”...cit., págs. 701 y 702.

<sup>55</sup> AÑOVEROS TRÍAS DE BES, X.; “El Derecho Concursal en las Ordenanzas de Bilbao”...cit., pág.77.

<sup>56</sup> MONTERO AROCA, J.; *Bosquejo histórico de la conciliación hasta la LEC de 1855*, separata de la Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, n.º. IV, Octubre-Diciembre 1971, págs.879-880: “El 29 de noviembre de 1827 Don Pedro Sainz de Andino eleva a Fernando VII una exposición ofreciéndole a realizar un “Código Mercantil” u “Ordenanzas Generales de Comercio terrestre y marítimo”, que en su día sería sometido a la junta correspondiente. El Rey acepta el ofrecimiento, y por Orden de 9 de enero de 1828 le encarga la realización de dicho proyecto, señalándole el auxilio económico oportuno, que es completado por la Orden de 9 de marzo de 1829, nombrándole intendente de provincia para que “con ánimo tranquilo, sin distraerse al ejercicio de su profesión, pueda dedicarse exclusivamente a la formación de dicho Código”. Al mismo tiempo y de acuerdo con la exposición, por Orden de 11 de enero de 1828, se nombró una junta para la comprobación y examen del proyecto, integrada por cinco miembros, de la que el propio Sainz de Andino fue secretario con voto....El 27 de mayo de 1829, Sainz de Andino remitió al Rey el proyecto de Código que había realizado con independencia del trabajo de la comisión, y tres días después, el 30 de mayo, fue promulgado como CCo. El R.D. de 5 de octubre de 1829 dispuso que empezaría a regir desde el 1 de enero de 1830, quedando desde esta fecha derogadas todas las ordenanzas mercantiles”.

<sup>57</sup> OLIVENCIA RUIZ, M.; *La terminología jurídica de la reforma concursal...*, cit., págs.79 y 80.

con cinco clases (arts. 1.001 y 1.002 C de C de 1829) que completa y perfecciona la de las Ordenanzas de Bilbao, en la que se inspira:

- Suspensión de pagos
- Insolvencia fortuita
- Insolvencia culpable
- Insolvencia fraudulenta
- Alzamiento

Al igual que en las Ordenanzas de Bilbao en el CCo de 1829 se distingue entre el comerciante que cesa definitivamente en sus pagos (insolvente) y el que solo cesa temporalmente por consecuencia de un entorpecimiento pasajero (atrasado), aquí se separan como instituciones distantes la quiebra y la suspensión de pagos<sup>58</sup>.

El criterio necesario de ser comerciante para poder ser declarado en estado de quiebra, independientemente de estar inscrito en algún registro o matrícula, visto en las Ordenanzas Consulares de Málaga no se mantiene en el CCo de 1829 donde el comerciante para ser declarado en quiebra tenía que estar inscrito formalmente. Este requisito impedía que pudieran considerarse quebradas aquellas personas ocupadas habitualmente en el tráfico mercantil sin estar matriculadas por lo que en la práctica las quiebras se transformaron en simples concursos de acreedores que eran procedimientos más beneficiosos para el deudor.

Pero la Ley de 30 de julio de 1878 modificó esta situación estableciendo que la falta de cumplimiento de la inscripción en la matrícula no eximía al comerciante de ser tratado en juicio por las prescripciones del CCo<sup>59</sup>.

Tal y como indica MONTERO AROCA<sup>60</sup>, en el artículo 1.219, último de este Código, se preveía la promulgación de una ley provisional de

---

<sup>58</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J.Bms.; “Las relaciones concursales en una visión anterior a la nueva LC”..., cit. pág. 541.

<sup>59</sup> CORDONES RAMÍREZ, M.; “Apuntes históricos sobre la evolución del sistema de quiebra en los comerciantes: especial referencia a las ordenanzas consulares de Málaga: un precedente olvidado en la historia del Derecho Concursal español”..., cit., pags.152 y 153.

enjuiciamiento, que había de regir mientras no se promulgara el Código procesal correspondiente.

Y el 24 de julio de 1830, el mismo SAINZ DE ANDINO, llenó la laguna procesal que dejaba este Código con la publicación de la Ley de Enjuiciamiento para los negocios de comercio<sup>61</sup>, donde su Título V se ocupaba “Del orden de proceder en las quiebras”. Dicha Ley mantiene la terminología de “*quiebra*” y “*quebrado*”.

Éste fue el régimen vigente en España<sup>62</sup>, hasta que por Ley de 6 de Diciembre de 1868 de unificación de fueros, se rompió la coordinación existente, necesitándose una reforma que vino parcialmente el año 1878, en que se modificaron algunos artículos de aquel CCo pero fue insuficiente y la Ley de Bases de 21 de junio de 1880 aprobó la reforma de la LEC que a continuación pasaremos a comentar.

---

<sup>60</sup> MONTERO AROCA, J.; *Bosquejo histórico de la conciliación hasta la LEC de 1855...cit.*, págs. 879 y 880.

<sup>61</sup> SAGRERA TIZÓN, J.M<sup>a</sup>.; “Breve introducción histórica de la quiebra”..., cit., pág. CXI.

<sup>62</sup> PETIT CALVO, C.; “Oposición foral al CCo (1829)”, (Informe del Síndico del Señorío sobre la Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio y pase foral a la misma. Septiembre, 30, 1830, en Archivo General del Señorío de Vizcaya (Guernica). Comercio, Registro 4, legajo 1), *Revista Anuario de historia del derecho español*, n.º. 59, 1989, págs. 730: “El Síndico ha visto el oficio que antecede del tribunal de comercio de esta Villa dirigiendo para el uso foral la Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio y el Real Decreto expedido en treinta de Agosto último por el cual ha venido el Rey N.S. en resolver que la expresada Ley comience a regir en todos sus Reinos y Señoríos de Europa e islas adyacentes desde primero de Octubre próximo, y en los dominios de América desde primero de Enero del año inmediato de mil ochocientos treinta y uno; y que desde cada una de estas épocas según el territorio a que respectivamente se refieren se tengan por revocadas, derogadas y anuladas todas las leyes, decretos, fueros y ordenanzas tanto generales como particulares, así en los usos y prácticas que hasta el día regían sobre los procedimientos en las causas de comercio, pues que solo se ha de observar, guardar y cumplir cuanto en la expresada Ley de Enjuiciamiento está prevenido y decretado, tanto en las demandas y acciones que puedan instruirse en adelante, como en los pleitos que se hallen pendientes actualmente, los cuales se arreglarán también a la misma Ley en el estado que se hallen...”

## II.2. Ley de Enjuiciamiento Civil 1855 y 1881 (arts. 1.130 a 1.396).

Con la LEC de 1855 el procedimiento ordinario de insolvencia de los deudores no comerciantes pasó a denominarse *Concurso*<sup>63</sup>. La LEC fue promulgada por RD de 5 de octubre de 1855, bajo el reinado de Isabel II, norma que entraría en vigor el 1 de enero de 1856.

Al no existir en esta época una regulación concreta sobre el concurso de acreedores ni disposiciones relativas al procedimiento que debía seguirse en esta materia, esta nueva regulación del proceso de concurso de acreedores civil fue muy bien acogida<sup>64</sup>.

---

<sup>63</sup> MANRESA Y NAVARRO, J.M.; *Comentarios a la LEC reformada conforme a las bases aprobadas por la ley de 21 de junio de 1880*, t. V, 7ª ed., edit. Reus, Madrid, 1956, págs. 290-293: dicho autor resume el origen de la regulación del concurso de acreedores por países. Comenta que Holanda fue el primer país que en su CCo de 1838 estableció las moratorias, precursoras de lo que serían más tarde las suspensiones de pagos cuyo procedimiento se reguló en 1902 con la Ley de Quiebras y concediéndose la suspensión de pagos, previa audiencia de los acreedores que comparezcan, ante el Tribunal Supremo. Bélgica en su Código de 1887 protegía al comerciante de buena fe, en evitación de la quiebra, con la obligación, por parte del deudor, de pagar las deudas que quedaron impagadas, si hubiera mejora de fortuna. Francia que publicó el Decreto de 20 de mayo de 1955 relativo a las quiebras, arreglos judiciales y rehabilitación, estimaba la quiebra como exclusiva del comerciante pero, sin embargo, el Código alemán no hacía distinción entre el comerciante y el particular. En Inglaterra se consideraba la quiebra como negocio de carácter público, en el que ha de intervenir un funcionario que representa, no solo los intereses del comerciante sino también los del ciudadano, la sociedad, en general. El Código procesal portugués fijaba normas especiales para los comerciantes que podían llegar a la quiebra y otras diferentes para los no comerciantes que podían ser declarados en estado de insolvencia si sus deudas excedían del valor de sus bienes, declaración a la que arrastra también a su cónyuge si ésta se hizo responsable de las deudas. Y en relación con nuestros antiguos Códigos comenta MANRESA que apenas se ocuparon en trazar la marcha del concurso de acreedores. Como leyes que marcan la prelación de los acreedores encontramos una ley del Fuero Juzgo (la 5ª, tít. 6º., libro 5º.); otra del Fuero Real (la 17, tít. 20, libro 3º.); el tít. 15 de la Partida 5ª; dos leyes de las Ordenanzas Reales (4ª y 5ª, tít. 13, libro 5º.) y los títulos 32 y 33, libro 11, de la Novísima Recopilación. Y deben descartarse las leyes que hacen relación con los efectos de la cesión de bienes, a los alzamientos y a las moratorias que concedía el Rey o su Consejo; por lo que son muy pocas las disposiciones que se encuentran relativas al procedimiento que debe observarse en los concursos de acreedores.

Este silencio de nuestras leyes dio campo inmenso, como era natural, a la divagación de los expositores y a la arbitrariedad de la jurisprudencia; así es que en cada Juzgado, o cuando menos en cada territorio de Audiencia, se tenía un sistema especial de proceder, que solo se parecía al de otro territorio en su indeterminada duración.

<sup>64</sup> DÍAZ GONZÁLEZ, F.J y CALDERÓN ORTEGA J.M.; “El concurso de acreedores en la LEC de 1855”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº. 29, mayo-agosto 2013, pág. 285.

Encontramos una diferenciación en el tratamiento de la insolvencia según si el deudor era comerciante (*quiebra*) regulado en el CCo de 1829 y en la Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de Comercio de 1830, o si el deudor era no comerciante (*concurso de acreedores*) regulado en la LEC de 1855<sup>65</sup>, donde en su artículo 1.014 se establecía que los que no tuviesen calidad de comerciante no podían constituirse ni ser declarados en quiebra<sup>66</sup> ya que se consideraban comerciantes “los

---

<sup>65</sup> OLIVENCIA RUIZ, M.; *La terminología jurídica de la reforma concursal...*, cit., págs.81 y 82.

<sup>66</sup> DÍAZ GONZÁLEZ, F.J y CALDERÓN ORTEGA J.M.; “El concurso de acreedores en la LEC de 1855”..., cit., págs. 289-292: “Quedaban fuera del concepto de comerciante aquellas personas que se dedicaban de forma accidental a actividades mercantiles (art. 2º del C de C de 1829). Según MIQUEL Y RUBERT, I., y REUS GARCIA, J.: *CCo español, concordado y anotado*, 2ª ed., Revista de Legislación, Madrid, 1855, pág. 27, n. 2.: “ la razón de esta disposición es bien obvia: si es condición necesaria para ser reputado comerciante (art. 1º), la ocupación habitual y ordinaria del tráfico mercantil, es decir, el ejercicio continuado y frecuente de las operaciones mercantiles, de modo que constituye la profesión o existencia social de la persona, es claro que los que accidentalmente hacen algún acto de comercio no pueden gozar de las prerrogativas y beneficios otorgados a los verdaderos comerciantes”. MARTÍ DE EIXALÁ, R.: *Instituciones del Derecho mercantil de España*, con anotaciones de Manuel Duran y Bas, 9ª ed., Madrid, 1911, pág. 126, escribió que: “el ejercicio habitual resultaba de una serie ininterrumpida de actos de comercio”, podían ser varios actos de igual naturaleza pero también era válido el ejercicio de un solo acto, ya de un modo expreso por medio de anuncios o circulares, ya tácito abriendo al público un almacén o tienda. DÍAZ GONZÁLEZ, F.J y CALDERÓN ORTEGA J.M.; “El concurso de acreedores en la LEC de 1855”..., cit., pág. 290, citan a VICENTE Y CARAVANTES, J. de: *CCo extractado*, Madrid, 1850, pág. 18, que entiende por “ocupación habitual y ordinaria del tráfico mercantil” el ejercicio de las operaciones mercantiles, frecuente y continuado, de forma que llegue a constituir la profesión o existencia social de la persona. Y GONZÁLEZ HUEBRA, P.: *Tratado de quiebras* , Madrid, 1856, págs. 7-8.: señalaba que los comerciantes habituales debían reunir como regla general al menos uno de estos requisitos:

- Tener abierta una tienda u otro establecimiento donde vendan los géneros en la misma forma que los adquirieron o después de haberlos laboreado.
- Hallarse inscritos en los registros de las oficinas de Hacienda donde conste el pago de la contribución del subsidio comercial.

Si no cumplían estos dos requisitos, según dicho autor era imposible establecer reglas fijas para calificar la condición de comerciante debiendo acudir a los tribunales. Pero tampoco existe una doctrina general en el Tribunal Supremo para diferenciar quién es o no comerciante y aplicarle el régimen jurídico de la quiebra o del concurso de acreedores por lo que el Tribunal Supremo lo analiza caso por caso” Y así podemos encontrar en RIVES Y MARTI, F. de P.; *LEC de 3 de febrero de 1881 (acomodada a los últimos textos y disposiciones legales que la modifican y derogan en algunos de sus preceptos, ilustrada además con notas y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, v. X, edit. Reus, Madrid, 1912, págs. 37-39, varias sentencias que lo constatan:

-STS 7 Julio 1871: Es comerciante el que practica en una plaza ajena operaciones mercantiles por encargo de una casa de comercio y recibe de la misma la comisión de verificar una cobranza.

que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se hayan inscrito en la matrícula de comerciantes, y tengan por ocupación habitual y ordinaria el tráfico mercantil, fundando en él su estado político” (art. 1º de C de C de 1829).

El concurso de acreedores<sup>67</sup> se trata de un procedimiento universal sobre los bienes del deudor para saldar las deudas de éste con sus acreedores cuando no puede satisfacer las obligaciones contraídas.

---

-STS 3 Mayo 1881: Probado que uno tiene un establecimiento de sastrería, anunciado al público con rótulo permanente, y en el que, no solo ejerce la industria del sastre, sino que se ocupa también de la compra en géneros para adquirir lucro revendiéndolos en la misma forma o en otra diferente, fuerza es considerarle comerciante y someterle, en su caso, al procedimiento de quiebra, aunque no esté inscrito en la matrícula de comerciante.

-STS 5 Mayo 1883: Asimismo debe reputarse comerciante al que tiene un establecimiento en el que se ocupa habitualmente en vender géneros de bisutería.

-Sentencia 18 Noviembre 1884: También debe reputarse comerciante el que habiendo estado al frente de un almacén de víveres, de que era dueño, declara tener dicha profesión al comunicar a sus acreedores que se hallaba en la imposibilidad absoluta de continuar llenando sus obligaciones comerciales.

-STS 19 Junio 1896: También se halla comprendido en el concepto de comerciante la persona que se dedicaba constantemente a la adquisición de grandes partidas de uva y otros frutos del país y a su embarque y reventa en los mercados extranjeros, y que además hacía con gran frecuencia giros, cuyo papel era aceptado en la plaza de Almería, a cargo de comerciantes de Londres; actos que merecen la calificación de mercantiles, a tenor de lo dispuesto en el par. 2º del art. 2º del CCo.

<sup>67</sup> DÍAZ GONZÁLEZ, F.J y CALDERÓN ORTEGA J.M.; “El concurso de acreedores en la LEC de 1855”..., cit., pág. 286: “Encontramos diferentes definiciones de concurso de acreedores dadas por nuestros juristas del siglo XIX; ESCRICHE, J.: *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, t. II, Madrid, 1874, pág. 454: “Juicio promovido o bien por el deudor o bien por los acreedores sobre pago de las deudas. Hay concurso voluntario y preventivo y concursal necesario...”, MARTÍNEZ ALCUBILLA, M.: *Diccionario de la Administración Española, peninsular y ultramarina*, t.III, 2ª ed., Madrid, 1868, pág. 306: “Juicio que promueve un deudor para que se haga pago a los acreedores o con alguno de estos con el propio fin de realizar sus créditos”; ORTIZ DE ZUÑIGA, M.: *Práctica general forense*, t. II, 4ª ed., Madrid, 1861, pág. 51.: “Juicio universal, a que concurren dos o más de estos (acreedores), para obtener de un deudor común el pago de sus créditos, o por lo menos la parte adonde alcance su caudal. Puede ser el concurso voluntario o necesario”, VICENTE Y CARAVANTES, J. de.: *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva Ley de Enjuiciamiento*, t. III, Madrid, 1858, pág. 139.: “Juicio universal que se promueve, bien por el deudor, o a su instancia, o bien por los acreedores, para adoptar reunidos los medios convenientes a fin de cobrar cada uno sus respectivos créditos de los bienes del deudor, o la parte a que estos alcanzaren”. Y según MANRESA Y NAVARRO, J.M.; *Comentarios a la LEC*...,cit., pág. 293, que cita a PLAZA, conocido comentarista español en Derecho procesal civil al tratar el tema de “El proceso de ejecución liquidatorio de una universalidad de bienes”, que con su sagacidad habitual y su moderna visión del procedimiento dice que “El concurso y la quiebra, con las características comunes a ambos, son tipos procesales obedientes al principio de la comunidad de pérdidas, que impone un tratamiento igual para todos los acreedores: Que ambas son figuras procesales autónomas, que necesariamente se aplican a los que no son comerciantes y a los que tienen esa condición,

Según RIVES Y MARTÍ<sup>68</sup>: “El concurso de acreedores y la quiebra son los dos juicios universales derivados de actos inter vivos establecidos, el primero, para el deudor particular o que no es comerciante; y el segundo para el deudor en quien concurre la expresada condición de comerciante. Salvo esta diferencia y la mayor severidad que se advierte en los preceptos relativos al juicio de quiebra, tienen de común ambos juicios universales al ser un procedimiento al que acuden todos los acreedores de un mismo deudor, cuando éste no puede satisfacer cómodamente sus deudas, para que, previo el reconocimiento de éstas, puedan hacerse efectivas por el orden de preferencia que se establezca en la graduación de las mismas, con los bienes que tenga el deudor”.

El Título XI de la parte primera (“Jurisdicción contenciosa”) de la LEC de 1855 lleva por título “De los concursos de acreedores<sup>69</sup>”, dividiéndose

---

caracterizándose la segunda –quiebra– por el mayor rigor con que, en interés del comercio, se trata al quebrado, en patente contraste con el trato que se da al concursado: Que mientras en ésta basta para su declaración con la cesación de pagos en el concurso, en cambio, se requiere muestra fehaciente de la insuficiencia patrimonial, hecha patente por no haberse encontrado bienes libres al actuar en los procedimientos de ejecución que se sigan contra el deudor. Mas queda huella de la unidad conceptual de ambas instituciones, que tal vez debieran fundirse, como lo prueba el hecho, bien elocuente, de que el art. 1.319 de esta ley adjetiva se remite, en lo no previsto especialmente para las quiebras, en el CCo y en dicha ley, a las disposiciones privativas del concurso, que para este efecto se reputan supletorias”.

<sup>68</sup> RIVES Y MARTI, F. de P.; *LEC de 3 de febrero de 1881...cit.*; pág. 37.

<sup>69</sup> DÍAZ GONZÁLEZ, F.J y CALDERÓN ORTEGA J.M.; “El concurso de acreedores en la LEC de 1855”..., cit., págs. 288 y 289; Según ARRAZOLA, L. *Enciclopedia Española de Derecho y Administración*, t. XII, Madrid, 1870, pág. 416, una vez admitida la petición de concurso de acreedores tanto voluntario como necesario por el Juez, se producían una serie de efectos legales:

- “Desde que el deudor es declarado en concurso queda privado de la libre administración de sus bienes y no puede celebrar acto ni contrato relativo a los mismos, siendo estos nulos. Por lo que dicho autor recomienda que declarado el concurso se tome razón de esta declaración en los registros de la propiedad donde radiquen los bienes del deudor para evitar la inscripción de todo acto o contrato no registrado hasta entonces.
- Todas las reclamaciones que se entablen y que afecten a los bienes del concursado han de deducirse contra la masa concursada y en juicio universal del concurso, al que se acumularan los demás juicios, pendientes contra dicho caudal, de acuerdo a lo establecido en el art. 157, caso 3º de la LEC/1855 y en el art. 309, regla 20 de la Ley provisional de organización del Poder Judicial de 1870.
- Se extinguen los créditos de los acreedores hasta la cantidad a que alcancen los bienes que forman el patrimonio del concursado, sin perjuicio de la responsabilidad de los fiadores. El deudor no puede ser reconvenido hasta que

en cuatro secciones: 1ª “Del concurso voluntario de acreedores<sup>70</sup>” (arts. 505 a 520); 2ª “Del concurso necesario” (arts. 521-610); 3ª “Del convenio” (arts. 611-631); y 4ª “Alimentos” (arts. 632-635).

Por lo que vemos que en el tema del concurso de los acreedores se siguió estableciendo los cuatro tipos de concurso referidos ya en uno de los más importantes y utilizados libros de práctica jurídica de finales del siglo XVIII y de la primera mitad del siglo XIX, “Febrero”, que a su vez éste seguía el esquema establecido doctrinalmente por Salgado de Somoza en su *Labyrinthus creditorum ad litem per debitorem communem inter illos causatamen* del siglo XVII. Ambas obras hablaban de la existencia de cuatro tipos de concurso de acreedores<sup>71</sup>:

- Cesión de bienes, llamada también *concurso voluntario y preventivo*, es un remedio o beneficio legal introducido a favor de los deudores que por alguna desgracia inculpable carecen de medios para satisfacer a sus acreedores, a fin de que no experimenten las vejaciones con que éstos los suelen oprimir (Leyes 1 y 4 tít. 15, Part.5)

---

no mejore su situación, debiéndole dejarse con lo necesario para vivir “con decencia”, según su clase y circunstancias, por considerarse subsistente el “beneficio de competencia”, establecido terminantemente por la Ley 3ª, tit. 15, Partida 5ª.

- Los acreedores adquieren el derecho de hacer vender los bienes del concursado y de que su producto y el de las rentas se invierta en el pago de sus créditos”.

<sup>70</sup> DÍAZ GONZÁLEZ, F.J y CALDERÓN ORTEGA J.M.; “El concurso de acreedores en la LEC de 1855”..., cit., págs. 299 y 300: “La LEC de 1855 distingue aquellos supuestos en los que el deudor solicita en su escrito quita, espera o ambas cosas, o simplemente la declaración de concurso voluntario, donde puede enmarcarse la cesión de bienes, aunque la norma no dice nada al respecto sobre este tema”. Pero algunos tratadistas de la época, como MANRESA Y NAVARRO, J. M., MIQUEL, I., y REUS J.: *LEC*, t. III, Madrid, 1857, pág. 316: “Nada habla la nueva Ley sobre la cesión de bienes, especie de concurso voluntario que reconocía nuestra jurisprudencia: este silencio ha dado ocasión a que se dude por algunos si continuará hoy vigente, o habrá quedado derogado todo lo que sobre esta materia tenían establecido nuestras leyes. Nosotros creemos que la cesión de bienes como concurso, como una de las formas de proceder, ha venido a refundirse en el concurso voluntario, que en su esencia y en sus consecuencias no es más que una cesión...”.

<sup>71</sup> DÍAZ GONZÁLEZ, F.J y CALDERÓN ORTEGA J.M.; “El concurso de acreedores en la LEC de 1855”..., cit., págs. 286 y 287.



Pleito u ocurrencia o también se llama *concurso necesario o pleito u ocurrencia de acreedores* el que éstos promueven sin que concurra a él el deudor. Aquí son los acreedores los que inician el concurso con independencia del deudor.

- *Espera o moratoria*, el deudor la pedía antiguamente al rey o su consejo, o a sus acreedores.
- *Remisión o quita de acreedores*, aquí se perdona parte de la deuda. Cuando los acreedores ven imposible que el deudor satisfaga enteramente sus créditos, se juntan y convienen en remitirle o perdonarle cada uno parte de su deuda.

En lo que se refiere a la quita y la espera DÍAZ GONZÁLEZ y CALDERÓN ORTEGA<sup>72</sup> comentan que el deudor podía proponer a sus acreedores que le perdonen una parte de sus créditos sin necesidad de que se le reclamaran judicialmente (quita), o que le concedieran una moratoria para pagarles en uno o varios plazos (espera), o ambas cosas a la vez. Dichos convenios eran autorizados y permitidos por la legislación del Antiguo Régimen, vigente en el Estado constitucional hasta 1889.

También destacamos al abogado y práctico sevillano JUAN MARÍA RODRÍGUEZ<sup>73</sup> que afirmaba que la espera era un privilegio que concedían los acreedores al deudor común. Cuando éste la solicitaba extrajudicialmente podía utilizar dos vías, o bien exigía a cada acreedor en particular, que estaba conforme, que firmasen un papel simple o en escritura pública donde constase la concesión, o bien los citaba extrajudicial y amistosamente en un lugar determinado en un mismo día y hora, para que haciéndoles presente su situación, acordasen los

---

<sup>72</sup> DÍAZ GONZÁLEZ, F.J y CALDERÓN ORTEGA J.M.; “El concurso de acreedores en la LEC de 1855”..., cit., pág. 300.

<sup>73</sup> RODRÍGUEZ, J.M.; *Instituciones prácticas ó curso elemental completo de práctica forense*, t. II, 4ª ed., Sevilla, 1856, págs. 471-473.

acreedores concederles la espera. Si de una u otra forma obtenía el deudor de todos sus acreedores su petición, todo quedaba ya resuelto, pudiendo acudir a la vía judicial pero si no se hubiera conseguido que la mayoría de los acreedores accediese a la espera, debía acudirse a la vía judicial, y lo mismo sucedía con la quita.

Y según el momento procesal en que el deudor solicita la quita y espera, se seguirá un determinado procedimiento. Según el Tribunal Supremo si se solicitaba antes de la declaración del concurso, se tramitaba según los arts. 507 a 519 LEC/1885, pero si se solicitaba después de dicha declaración, se seguirían los arts. 611 a 631 LEC/1885 que tratan del convenio, resolviendo además el alto Tribunal que no debe subordinarse en este caso la oposición al acuerdo de la junta de acreedores en cuanto al término para interponerla.

Con el Decreto de 6 de diciembre de 1868<sup>74</sup> ya nombrado en el punto anterior, se suprime la jurisdicción especial de comercio, pasan las quiebras a conocimiento de los jueces y tribunales ordinario, pero, sin embargo, para su tratamiento, siguen en vigor las normas de procedimiento contenidas en la Ley de Enjuiciamiento para los negocios y causas de Comercio que en su Título V se exceptúa de la derogación, aunque algunos de sus artículos se reforman. Como resumen podemos decir que desaparece la jurisdicción especial pero que subsiste el juicio especial de quiebra para los deudores comerciantes, diferente del común concurso de acreedores para los deudores no comerciantes<sup>75</sup>.

---

<sup>74</sup> OLIVENCIA RUIZ, M.; *La terminología jurídica de la reforma concursal...*, cit., págs.82 y 83: “Cuando el Decreto de 6 de diciembre de 1868 del Gobierno provisional surgido de “la Gloriosa”, unificó los fueros, refundió los especiales en el ordinario, suprimió los Tribunales especiales de Comercio, y pasó su competencia a la jurisdicción civil ordinaria (art. 10), derogando el Libro Quinto del C de C (“De la administración de justicia en los negocios de comercio”) y la Ley de Enjuiciamiento de los negocios y causas de Comercio (art.12), exceptuó expresamente de la derogación “los procedimientos en los juicios de quiebra, los cuales continuarán arreglándose a las prescripciones del libro 4º del CCo, y al título 5º de la Ley de Enjuiciamiento en los negocios y causas de comercio...”

<sup>75</sup> OLIVENCIA RUIZ, M.; *La terminología jurídica de la reforma concursal...*, cit., págs.83 y 84.

La Ley de Bases de 21 de junio de 1880 aprobó la reforma de la LEC, que en su Base 8ª se ordenaba introducir en la nueva ley, las reformas precisas en lo referente a los concursos de acreedores “conducentes a reconocer y graduar los créditos, realizar el activo y verificar el pago en el plazo más breve, y con los menores gastos posibles, dando facilidad para los acuerdos de las juntas, y facultad al Juez para pronunciar en su defecto las resoluciones procedentes, y armonizar con este procedimiento el de las quiebras mercantiles, en cuanto no se oponga al CCo”<sup>76</sup>.

Así pues, el 3 de febrero de 1881 se promulgó por el Rey Alfonso XII la LEC de 1881, incorporando al Libro II (“De la jurisdicción contenciosa”), Título XII, las normas procesales “Del concurso de acreedores”, y al Título XIII, las “Del orden de proceder en las quiebras”.

En relación con el deudor no comerciante (concurso de acreedores), materia que nos interesa en dicho trabajo, destacamos los siguientes artículos de la LEC/1881:

El artículo 1.130 establece: “Todo deudor que no sea comerciante, antes de presentarse en concurso, podrá solicitar judicialmente de sus acreedores quita y espera o cualquiera de las dos cosas. Acompañará necesariamente a esta solicitud:

1º. Una relación nominal de todos sus acreedores con expresión del domicilio de los mismos, de la procedencia y antigüedad o fecha de los créditos y del importe de cada uno de ellos.

2º. Otra relación circunstanciada y exacta<sup>77</sup> de sus bienes con el valor en venta en que los estime. Solo podrá excluir de ella los bienes que con arreglo al artículo 1.449 no pueden ser objeto de embargo.

---

<sup>76</sup> SAGRERA TIZÓN, J.Mª.; “Breve introducción histórica de la quiebra”..., cit., pág. CXI.

<sup>77</sup> Según HERRERO MARTÍNEZ, M.; *LEC de 3 de febrero de 1881*, con la reforma de 11 de mayo de 1888, referencias del CC y del de Comercio de 1885, t. II, Miñón, Valladolid, 1889, pág. 16; debe entenderse por relación circunstanciada y exacta: que se expresen los bienes uno por uno, designando su valor, renta que producen y su calidad, y si son inmuebles su situación, linderos, cabida, etc., aún cuando dichos

Estas relaciones serán firmadas por el deudor o por quien lo presente con poder especial<sup>78</sup>.

Según MANRESA Y NAVARRO<sup>79</sup>: “Se entiende por quita, la gracia o beneficio que conceden los acreedores a su deudor común, perdonándole una parte del total de sus créditos respectivos, a condición de que les pague el resto sin necesidad de reclamaciones judiciales, y por espera, el plazo o respiro que los acreedores conceden a su deudor común para el pago de sus deudas...

Dependiendo las circunstancias en que se halle el deudor, que no puede cumplir sus compromisos al vencimiento de cada deuda, así solicitará de sus acreedores la quita o la espera, o las dos cosas a la vez, que es lo más común. Cuando hay conformidad entre todos ellos no es necesario acudir a la autoridad judicial, pues privada o particularmente pueden realizar ese convenio y ejecutarlo; pero si no media esa conformidad, y son los menos los que se oponen al proyecto de convenio, que la mayoría de los acreedores y el deudor común consideran conveniente para que éste salve su situación y cobrar aquéllos el todo o parte de sus créditos, o cuando por circunstancias especiales no pueda el deudor entenderse privadamente con todos sus acreedores, ya porque alguno de éstos carece de capacidad legal, o bien por estar ausente o ignorarse su paradero, es indispensable, para que todos queden obligados, buscar la intervención de la autoridad judicial. Cuando el deudor procede de buena fe, el recurso es útil y equitativo, puesto que evita el mal mayor; pero, desgraciadamente, no siempre sucede así: se amaña la quita y espera con lamentable frecuencia para salvarse el deudor, perjudicando, si no arruinando, a los acreedores legítimos, que tienen que someterse a la ley de la mayoría, compuesta en tales casos de

---

bienes obren en poder de un tercero para la venta en comisión. (STS de 13 de Noviembre de 1862).

<sup>78</sup> MILLÁN HERNÁNDEZ, C.; *Comentarios a la LEC*, t. II, edit. Montecorvo, Madrid, 1987, pág. 897.

<sup>79</sup> MANRESA Y NAVARRO, J.M.; *Comentarios a la LEC...*, *cit.*, págs. 294 y 295.

acreedores simulados y siempre de amigos del deudor. Por lo que no hay otra solución que suprimir la quita y espera judicial, rompiendo con nuestras tradiciones, o reglamentarla, como lo hace la ley, con las precauciones convenientes para evitar en lo posible esos abusos...”.

Según el artículo 1.161: “El auto en que se acceda a la declaración de concurso se notificará inmediatamente al concursado, el cual quedará, en su virtud, incapacitado para la administración de sus bienes”.

En relación con este artículo encontramos el ya derogado artículo 1.914 del CC, según RIVES Y MARTI<sup>80</sup>, según el cual la declaración de concurso incapacita al concursado para la administración de sus bienes y para cualquiera otra que por la ley le corresponda, siendo rehabilitado en sus derechos una vez terminado el concurso, si de la calificación de éste no resultase causa que lo impide<sup>81</sup>.

En cuanto al artículo 1.173, la STS 20 de Junio de 1908 ha declarado “que al disponer la regla 3.<sup>a</sup> del art. 1.173 de la LEC, aplicable tanto al concurso de acreedores, como a la quiebra, que en el mismo auto en que se haga la declaración oportuna se acordará la acumulación al juicio universal de las ejecuciones que haya pendientes contra el deudor en el mismo Juzgado o en otros, ha de entenderse que este acuerdo provisional no ha de llevarse a efecto hasta que sea firme el auto de

---

<sup>80</sup> RIVES Y MARTI, F. de P.; *LEC de 3 de febrero de 1881...*, cit., págs. 57 y 58.

<sup>81</sup> RIVES Y MARTI, F. de P.; *LEC de 3 de febrero de 1881...*, cit., págs. 59 y 60; En relación con el artículo 1.914 CC destacamos la STS 11 Diciembre 1871: “Desde que un marido fue declarado en concurso voluntario, pierde toda su eficacia el poder irrevocable que había conferido a su mujer, para que en nombre de ambos administrase, vendiese, permutase e hipotecase cuantos bienes tenían y tuviesen siendo por consecuencia forzosa nulos los actos ejecutados posteriormente de la mujer en uso de dicho poder...El marido, por el poder irrevocable que confirió a su mujer, no queda privado del de presentarse en concurso, pues cualesquiera que fuesen los efectos de dicho poder entre el marido y su mujer, nunca pueden ser trascendentales, ni afectar a los acreedores del primero, que tienen sus derechos independientemente de aquel contrato.... La doctrina establecida por el Tribunal Supremo, referente a la validez de una obligación contraída por el marido antes del poder irrevocable que confirió a su mujer para administrar los bienes de ambos, no es aplicable al caso en que se trata de la caducidad de dicho poder, por haberse declarado el marido en concurso”.

declaración de quiebra, pues esa medida no se refiere a las de aseguramiento y de notoria urgencia de la persona y bienes del quebrado, únicas que menciona el art. 1.128 del CCo de 1829”. Por tanto, la primera disposición citada no ha modificado la doctrina de este Tribunal Supremo establecida en SSTs 13 de Diciembre de 1853, 27 de Mayo de 1854 y 10 Junio de 1882, según la cual estos juicios no tienen eficacia para atraer así las reclamaciones pendientes, mientras que por conformidad de todos los acreedores o por decisión ejecutoria de la oposición que pueda formularse o quede firme el auto de declaración de quiebra.

Con esta doctrina se vuelve al antiguo sistema que tanto favorecía a los deudores y comerciantes de mala fe, porque puestos estos de acuerdo con un acreedor simulado que les ejecute, pueden venderse los bienes que se embarguen mucho antes de que se resuelva la oposición al auto declarativo del concurso o quiebra, que, como es sabido, puede llegar en casación hasta el Supremo, burlándose con este amaño a los legítimos acreedores quienes cuando se desestime tal oposición se encontrarán con que no hay ya ejecución que acumular, por hallarse en absoluto terminada, y que no se pueden afectar al concurso o quiebra los bienes allí embargados ni siquiera su equivalencia o producto en venta porque aquellos se enajenaron y el precio se dedicó al pago del acreedor, si es que por la simulación de éste no fue íntegro el bolsillo particular del propio deudor concursado. En evitación de estos abusos, que no podían tolerarse por más tiempo, el legislador del año 1881 dictó el art. 1.193 que no lo contenía la ley anterior de 1855<sup>82</sup>.

Según el art. 1.174: “...Solo se dejarán a disposición del concursado los bienes exceptuados de embargo por el art. 1.449”<sup>83</sup>.

---

<sup>82</sup> RIVES Y MARTI, F. de P.; *LEC de 3 de febrero de 1881...*, cit., págs. 75 y 76.

<sup>83</sup> En relación con este artículo encontramos las siguientes Sentencias en RIVES Y MARTI, F. de P.; *LEC de 3 de febrero de 1881...*, cit., págs. 66 y 67: -STS 21 Febrero 1861: “Según el art. 1.386 del CC las obligaciones personales del marido no podrán hacerse efectivas sobre los frutos de los bienes parafernales, a menos que se pruebe que redundaran en provecho de la familia. El concursado tiene

Y en el art. 1.319 se establece que para las quiebras, todo lo que no esté previsto en el Título XIII ni en el C de C nos remitiremos a las disposiciones establecidas en el Título XII para los concursos. Las normas procesales sobre quiebras se integran así en la única LEC; pero, dentro de ésta, mantienen una especialidad respecto de las establecidas para el concurso de acreedores, aplicables supletoriamente a la materia mercantil<sup>84</sup>.

---

el deber de poner a disposición del concurso todos los bienes de su propiedad, incluyendo las cosas compradas al fiado”.

-STS 26 Marzo 1873: “Al disponer la LEC que el Juez dictará las providencias necesarias para el embargo y depósito de todos los bienes del deudor, comprende implícitamente el de todos los derechos del concursado, entre los que se encuentran los frutos de los bienes de la sociedad conyugal. Por consiguiente, al sujetar el concurso de una persona, no los bienes propios de su mujer, sino los frutos de ellos que corresponden al marido, como administrador de la sociedad conyugal, no infringe el principio de derecho aragonés *Standum est chartae*, ni la observancia *De fide instrumentorum*, porque los convenios que celebraron los expresados cónyuges no pueden alterar en perjuicio de tercero las condiciones legales ni los derechos y deberes que corresponden a cada uno de ellos.

Si las deudas del concursado se han contraído durante el matrimonio y se han convertido, según el mismo marido, en provecho de la sociedad conyugal, sin que la mujer haya dado ni intentado dar prueba en contrario, los frutos de los bienes de la mujer deben entrar en el concurso, sin que por ello se contrarie la doctrina de que los bienes de la mujer y sus frutos no son responsables a las obligaciones personales del marido”.

Y en HERRERO MARTÍNEZ, M.; *LEC de 3 de febrero de 1881...*, cit., págs. 37 y 38:

-SSTS 26 Marzo de 1873; 7 de Febrero de 1863 y 13 de Octubre de 1866, que reforman la doctrina de la de 27 de Septiembre de 1859: “... Si la Sala sentenciadora declara que las deudas del concursado se han contraído durante el matrimonio, y se han convertido, según el mismo marido en provecho de la sociedad conyugal, sin que la mujer haya dado ni intentado dar prueba en contrario, al declarar que los frutos de los bienes de la mujer deben entrar en el concurso, no se contraria la doctrina del Tribunal Supremo sobre que los bienes de la mujer y sus frutos no son responsables a las obligaciones personales del marido”.

<sup>84</sup> OLIVENCIA RUIZ, M.; *La terminología jurídica de la reforma concursal...*, cit., pág.84.

### II.3. Código de Comercio 1885.

El CCo de 1885, promulgado por RD de 22 de agosto de 1885, momento en que triunfa en España la ideología liberal, sustituyó al de 1829.

Dedica a la quiebra<sup>85</sup> la mayor parte de su Libro IV, “De las suspensiones de pagos, de las quiebras y de las prescripciones”. Su Título Primero “De las suspensiones de pagos y de la quiebra en general”, está dividido en las ocho secciones siguientes: De la suspensión de pagos y sus efectos; Disposiciones generales sobre las quiebras; De las clases de quiebra y de los cómplices de las mismas; Del convenio de los quebrados con sus acreedores; De los derechos de los acreedores en caso de quiebra, y de su respectiva graduación; De la rehabilitación del quebrado; Disposiciones relativas a la quiebra de las Sociedades en general; Y de las suspensiones de pagos y de las quiebras de las Compañías de ferrocarriles y demás obras públicas<sup>86</sup>.

Pese a la promulgación del CCo de 1885, se seguían realizando abundantes remisiones a la LEC de 1881 y al CCo de 1829 ya derogado. Este dualismo de la regulación se acentúa cuando, en el plano sustantivo, el CC de 1889, en su Título XVII de su Libro IV: “De la

---

<sup>85</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J.Bms.; “*Las relaciones concursales en una visión anterior a la nueva LC*”..., cit. pág. 542: Según dicho autor, en el Derecho moderno se diferencian tres tipos de sistemas de quiebra:

- De tipo francés: sistema que reserva la quiebra solamente para comerciantes.
- De tipo germánico: que se regula tanto para comerciantes como para no comerciantes.
- De tipo inglés: que tiene la particularidad de que la colectividad de bienes del deudor pasa a un trustee, que los administra y los liquida en interés de los acreedores; y en el que, con el término de la quiebra, el deudor queda completamente liberado: discharge. En un principio se aplicó solo para los comerciantes, extendiéndose más tarde para los no comerciantes, un procedimiento de ejecución colectiva denominado insolvency, modelado exactamente sobre el de la quiebra (bankruptcy), pero dirigido a favorecer al deudor, mientras que el de la quiebra se orienta a favor de los acreedores, únicos que pueden solicitarlo. Finalmente, la quiebra se ha extendido a los no comerciantes, con ligeras modificaciones.

<sup>86</sup> SAGRERA TIZÓN, J.Mª.; “Breve introducción histórica de la quiebra”..., cit., pág. CXII.



conurrencia y prelación de créditos”, obliga al “deudor cuyo pasivo fuese mayor que el activo y hubiese dejado de pagar sus obligaciones corrientes” a presentarse “en concurso ante el Tribunal competente luego que aquella situación le fuere conocida” (art. 1.913), y regula los aspectos materiales del concurso (arts. 1.914-1.920)<sup>87</sup>.

Según RIVES Y MARTI<sup>88</sup>, el CCo del año 1829, en lo que se refiere a las quiebras, contenía preceptos de carácter sustantivo y adjetivo<sup>89</sup>, hallándose por consiguiente contenida entonces la legislación de quiebras en tres textos o fuentes legales, que eran: 1º, el Código antiguo; 2º, la LEC en su tit. XIII, lib.II, y 3º, la misma ley en su título anterior, o sea el XII del mismo libro. Pero al publicarse el nuevo Código en 1885 y descartarse de él toda la parte adjetiva para llevarla a una ley especial, se dejó subsistente, hasta la venida de tal ley, todo lo que referente al procedimiento en esta materia contenía el anterior Código, fraccionándose en su virtud la primera de aquellas tres fuentes o textos en dos, a saber: el nuevo Código (como derecho sustantivo) y el anterior (como derecho procesal o adjetivo). Lo que antes era, pues, triple legislación se elevó a cuádruple por el siguiente orden de prelación: 1º, CCo nuevo (lib. IV); 2º, LEC (tit. XIII, lib. II); 3º, CCo antiguo reformado por la ley de 30 de Julio de 1878 (en la parte que hace referencia el expresado ti. XIII, lib. II de la ley Procesal) y 4º, La misma LEC (tit. XII, lib. II).

---

<sup>87</sup> OLIVENCIA RUIZ, M.; *La terminología jurídica de la reforma concursal...*, cit., págs.86 y 87.

<sup>88</sup> RIVES Y MARTI, F. de P.; *LEC de 3 de febrero de 1881...*, cit., págs. 125 y 126.

<sup>89</sup> Según PULGAR EZQUERRA, J.; *La declaración del concurso de acreedores...*, cit.; pág.90, el CCo de 1885 sustituye en el orden material al CCo de 1829 no conteniendo, sin embargo, una regulación adjetiva de los institutos concursales, por lo que en sus preceptos de carácter adjetivo sigue vigente el Código de 1829, así como la LEC de 1881.

Tal y como indica PULGAR<sup>90</sup>: “También se suprimió el art. 11 del CCo de 1829, según el cual no podía ser declarado en quiebra un sujeto no matriculado, lo que conectaba con el art. 1 del Código, que exigía como elemento integrante del concepto legal de comerciante la inscripción en la matrícula de los comerciantes, lo que se justificaba por continuar España en ese momento bajo el antiguo régimen. No obstante, en 1874, superada la Monarquía Absoluta de Fernando VII y bajo un régimen liberal, se suprime la matrícula de los comerciantes y de ahí la necesidad de modificar los preceptos del Código relativos a la quiebra que aludían a la necesidad de dicha inscripción”.

Añade que la Ley de 10 de junio de 1897 reformó gran parte del CCo ya que se originó un desajuste normativo por la paradójica circunstancia de que se promulgó y entró en vigor antes la normativa adjetiva de la LEC/1881 que la originaria redacción de la normativa sustantiva del C de C de 1885, en particular en relación con la delimitación del presupuesto de apertura de la suspensión de pagos, que se introduce por primera vez en este Código como procedimiento autónomo, y el marco de relaciones con la quiebra, por lo que las reformas introducidas en gran medida se centran en este ámbito, en concreto en los arts. 870, 871, 872 y 873.

Tras dicha reforma llevada a cabo en el CCo de 1885, para la regulación de los aspectos procesales de la suspensión de pagos dicho Código se remite a una ley especial, que no se promulgará hasta 1922 y será la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922, que desarrollaremos en un punto posterior, aplicándose en el periodo intermedio comprendido entre 1897 y 1922 los preceptos procesales contenidos en la LEC de 1881 relativos a la quita y espera.

---

<sup>90</sup> PULGAR EZQUERRA, J.; *La declaración del concurso de acreedores...*, cit.; págs. 90-94.

## II.4. Código Civil de 1889 (arts. 1.911 a 1.930).

La unificación jurídica que pronto se logró en el ámbito comercial se contrapuso a la dispersión territorial de la legislación civil, que no eliminó ni un solo Código tras el reconocimiento de unos llamados derechos (civiles) forales<sup>91</sup>.

El penúltimo título, Libro IV del CC trataba en los artículos 1.911 al 1.929, ambos inclusive, de la concurrencia y prelación de créditos<sup>92</sup> y estaba dividido en tres capítulos: “Disposiciones generales” (arts. 1.911-1.920), que comprendía todas las prescripciones generales que por su común aplicación merecían constituir materia independiente con propia y especial reglamentación; “De la clasificación de créditos” (arts. 1.921-1.925), dedicado a la clasificación o graduación de los diversos créditos concurrentes; y “De la prelación de créditos” (arts. 1.926-1.929), que se ocupa del orden de prelación o de la respectiva preferencia que para su pago debe establecerse. Dichos artículos donde se regulaba la responsabilidad del deudor completaban el artículo 1.088 y siguientes del Código donde se regulaba el débito. Según DE LA CÁMARA<sup>93</sup>, “responsabilidad y débito son conceptos que están indisolublemente unidos y, por tanto, es absurdo hablar de responsabilidad sin débito o de débito sin responsabilidad”.

---

<sup>91</sup> PETIT CALVO, C.; “Oposición foral al CCo (1829)”..., cit., pág. 699.

<sup>92</sup> Según MANRESA Y NAVARRO, J.M.; *Comentarios al CC Español*, t. XII, 6ª ed. revisada por Justo J. Gomez Ysabel, edit. Reus, Madrid, 1973, pág. 920: “Es un principio fundamental, esencialísimo en materia de obligaciones, que el deudor u obligado debe responder exactamente del cumplimiento de las mismas, y si así no lo hiciera, su falta de cumplimiento se traduce en una indemnización o reparación al acreedor, que es consecuencia del sentido patrimonial de las obligaciones contractuales. Si el deudor hubiera contraído más obligaciones que las que pueden realizarse con el producto de la masa total de sus bienes, tendrían que quedar algunas incumplidas en todo o en parte, o podrían suscitarse cheques y conflictos entre los derechos o los créditos de unos y otros por la oposición de sus respectivos intereses, si la ley no estableciera previsoramente las reglas que han de regir la concurrencia y prelación de créditos, y a las cuales deben someterse todos los acreedores para evitar las contiendas y litigios que en otro caso pudieran suscitarse en perjuicio de todos”.

<sup>93</sup> DE LA CÁMARA, M.; “Nota crítica sobre la naturaleza de la hipoteca como derecho real”, *Revista de Derecho Privado*, 1949, págs. 377 y ss.

Sin embargo, como bien dice SCAEVOLA<sup>94</sup>, no todos los créditos son iguales, el ordenamiento jurídico teniendo en cuenta criterios dignos de consideración, jerarquiza las posibilidades de los acreedores para obtener satisfacción de sus créditos y tales jerarquías dan lugar a preferencias entre los titulares activos de las distintas relaciones obligatorias en que es titular pasivo el deudor, cuyas preferencias se hacen valer en el momento oportuno, bien sea por vía de la tercería de mejor derecho en caso de ejecución singular, bien por la graduación de créditos en caso de ejecución universal.

Los artículos contenidos en este título XVII tienen, aparte de un indudable aspecto material, un destacado valor procesal. Dichos artículos sustituyeron a los de la LEC de 1881 donde se regulaba el concurso de acreedores, ya tratados en el punto anterior, ya que el CC era norma posterior en el tiempo a dicha Ley de Enjuiciamiento y que el carácter procesal de una norma no viene determinado por su inclusión en uno u otro cuerpo legal, sino por su trascendencia; y como dice JUSTE IRIBARREN<sup>95</sup>: “El derecho es un todo y más aún en materia de quiebras y concursos, donde lo sustantivo y lo adjetivo marchan casi fundidos y aunque en cuerpos legales diversos forman un complejo unitario y autónomo”.

La STS 27 de abril de 1918 declaraba que “toda cuestión jurídica dimanante de la concurrencia de créditos...ha de regularse por el título XVII, libro IV del CC, única ley en esta materia, puesto que ha venido a derogar el régimen que sobre la misma establecía la de Enjuiciamiento civil, de aplicación y observancia general en todo el Reino”<sup>96</sup>.

En nuestro Derecho, como en la mayoría de Códigos latinos, se seguía la tendencia de separar las ejecuciones universales en concurso y

---

<sup>94</sup> SCAEVOLA, Q.M.; CC (comentado y concordado extensamente e ilustrado con la exposición de los principios científicos de cada institución y un estudio comparativo de los principales códigos europeos y americanos), t. XXXI, 2ª ed. (revisada y puesta al día por el profesor Pascual Marín Pérez), Reus, Madrid, 1974, pág. 624.

<sup>95</sup> JUSTE IRIBARREN, M.; “En torno a la retroacción de la quiebra”, *Revista de Derecho Procesal*, 2ª época, n.º. 1, Madrid, 1958, pág. 70.

<sup>96</sup> MANRESA Y NAVARRO, J.M.; *Comentarios al CC Español...*, cit., pág. 921-922.

quiebra, quizá pensando, como dice MORTARA, citado también por SCAEVOLA<sup>97</sup>, que el concurso representa el fracaso de un patrimonio y la quiebra entraña el fracaso de una persona, de un comerciante, y que, por ende, los comerciantes deben de tener un estatuto jurídico sui generis cuando ante su insolvencia se proceda judicialmente contra ellos; sin embargo, en las legislaciones germánicas e inglesa, así como en nuestra mejor doctrina civil mercantil y procesal, se estimó oportuno unificar concurso y quiebra dictando normas unitarias con independencia de la profesión del deudor, como veremos en puntos posteriores.

Pasamos a comentar con detalle los artículos 1.911 – 1.920 del capítulo primero del título XVII, derogados, excepto el artículo 1.911, por la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que entró en vigor el 1 de septiembre de 2004, y que constituyen la base de la teoría relativa al concurso de acreedores, objeto de dicha investigación. Dichos artículos establecen los principios esenciales que sirven de fundamento y base tanto a la clasificación como a la prelación facilitando el estudio y la solución de las difíciles cuestiones que entraña el concepto jurídico de la concurrencia de créditos y dejando a la LEC la reglamentación o la forma de su práctica realización, hallándose hasta entonces muchas de esas reglas esparcidas en disposiciones distintas de nuestro antiguo Derecho<sup>98</sup>.

Dice el artículo 1.911: “Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros”.

Siguiendo a SCAEVOLA<sup>99</sup>, afirmamos que dicho artículo es uno de los más importantes del CC, en cuanto en él se configura el aspecto de

---

<sup>97</sup> SCAEVOLA, Q.M.; CC..., cit., pág. 626.

<sup>98</sup> MANRESA Y NAVARRO, J.M.; *Comentarios al CC Español...*, cit., pág. 922.

<sup>99</sup> SCAEVOLA, Q.M.; CC..., cit., pág. 627.

“responsabilidad<sup>100</sup>” de la relación obligatoria cuyo concepto suscita dudas y vacilaciones doctrinales y da pie a construcciones que, aparte su valor teórico, tienen una indudable trascendencia en el campo de la realización del Derecho.

El principio recogido en este artículo ya estaba sancionado en nuestra antigua legislación por la ley 1.<sup>a</sup> del título XV de la Partida 5<sup>a</sup>, pues el deudor obligado a cumplir la obligación<sup>101</sup> contraída tiene que responder de ella en los términos que quedan indicados, porque las obligaciones se realizan, en caso de incumplimiento de las mismas, con los bienes de los deudores, aún cuando no hayan sido asociados expresamente a ellas. Mientras no se extinga totalmente el débito o no se cumpla íntegramente la obligación pesa sobre el deudor de ella el deber, no solo moral, sino también jurídico, de cumplirla o satisfacerla, por lo que es evidente que ha de responder de ella con todos sus bienes,

---

<sup>100</sup> SCAEVOLA, Q.M.; CC..., cit., págs. 640 y 641: En cuanto a la responsabilidad a que se refiere el artículo 1.911 es la puramente patrimonial, pero recordamos con un breve resumen que en los inicios del Derecho la responsabilidad del deudor se asimilaba a la del delincuente y podía el acreedor actuar contra su persona, reduciéndolo a esclavitud, matándolo y repartiéndose su cuerpo en concurrencia con los demás acreedores. Ya desde la Lex Poetelia y la *cessio bonorum* romanas desaparece la persona como objeto de la ejecución de las obligaciones. Pero recoge CASTÁN que “el sistema de la responsabilidad personal siguió coexistiendo con el de la responsabilidad patrimonial, aunque ya en un segundo plano, durante el curso del Derecho romano y buena parte de la Edad Media”. Como indican COLIN y CAPITANT citados también por SCAEVOLA, tras la caída del Imperio romano subsistió la prisión por deudas, regulada por el CC francés, con el nombre de apremio personal (*contreinte par corps*). En la segunda mitad del siglo pasado desapareció en la generalidad de los países de civilización occidental este último vestigio de la responsabilidad personal. En el antiguo derecho español fue admitida la prisión de deudas, pero fue cayendo en desuso, y en la actualidad ha desaparecido definitivamente de nuestras leyes. Pero, de lege ferenda, un sector doctrinal, representado por DEL VECCHIO, propugna la admisión de una responsabilidad personal limitada respecto al cumplimiento de las obligaciones, bien que matizando mucho los supuestos en que debe admitirse y su alcance.

<sup>101</sup> Según SCAEVOLA, Q.M.; CC..., cit., pág. 639: en cuanto a las obligaciones que ha de cumplir el deudor no son solo en sentido técnico preciso de vínculo jurídico entre acreedor y deudor, sino de todos aquellos deberes susceptibles de adquirir secuencias patrimoniales de que tenga que responder una persona...Sin embargo, hay obligaciones de cuyo cumplimiento no responde el deudor con su patrimonio: son las llamadas obligaciones naturales, se trataría de obligaciones meramente morales o de conciencia, que solo indirectamente penetran en el campo del Derecho, siendo su cumplimiento relevante jurídicamente, y no pudiéndose repetir el pago, que no fue indebido.

lo mismo con los presentes que con los futuros que adquiriera hasta la extinción de la deuda<sup>102</sup>.

Como bien indica DE ÁNGEL YÁGÜEZ<sup>103</sup>, este precepto constituye la expresión legal de lo que se ha dado en llamar la “responsabilidad patrimonial universal del deudor”. Aquí, el deudor tiene un deber jurídico específico consistente en dar, hacer o no hacer alguna cosa, es decir, llevar a cabo una prestación (art. 1.088 CC). Pero el dar, hacer o no hacer algo no es una particularidad de lo que técnicamente conocemos por “obligación” sino que lo característico y particular es que el incumplimiento del deber de prestación que recae sobre el deudor lleva consigo una consecuencia muy determinada y precisa: la de que el acreedor disponga de un poder de agresión contra el patrimonio del deudor, para obtener en él y con él la satisfacción de su interés. Así, el art. 1.911 expresa el significado y el alcance de cualquiera de las conductas contempladas por el art. 1.088: si el deudor no cumple la prestación debida, responde con todos sus bienes presentes y futuros.

Y según GULLÓN BALLESTEROS<sup>104</sup>, en este precepto se consagra el principio de la responsabilidad del deudor por el incumplimiento de sus obligaciones de forma universal (bienes presentes y futuros), y el principio de la garantía patrimonial de los acreedores. Garantía patrimonial del acreedor que ha dado lugar a una gran literatura jurídica acerca de cómo ha de configurarse jurídicamente y en qué medida influye sobre el concepto de la obligación, pero que se aleja evidentemente de la finalidad de unos comentarios a textos legales.

---

<sup>102</sup> MANRESA Y NAVARRO, J.M.; *Comentarios al CC Español...*, cit., pág. 923.

<sup>103</sup> DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R.; *Comentarios del CC*, coordinador Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, t. IX, 2ª ed., edit. Bosch, 2000, págs. 189 y 190.

<sup>104</sup> GULLÓN BALLESTEROS, A.; *Comentarios al CC y Compilaciones Forales*, t. XXIV, dirigidos por Albaladejo, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984, págs. 662 y 663.

También cita las excepciones que reconoce la ley al principio de responsabilidad universal:

- Casos de la herencia aceptada a beneficio de inventario (arts. 1.023 CC y ss.).
- La declaración de inembargabilidad de determinados bienes (arts. 1.448 y ss. LEC/1881).
- La hipoteca en garantía de deuda ajena (arts. 1.857 CC), que si supone una ampliación de los poderes del acreedor en tanto que puede dirigirse contra el patrimonio del deudor y del fiador, desde el punto de vista de la obligación que pesa sobre este último implica una limitación al artículo 1.911, en tanto que el acreedor solo podrá dirigirse, cuando tenga que satisfacer la deuda del obligado principal y no lo haga, sobre el bien hipotecado exclusivamente, dejando libre el resto de su patrimonio;
- Y la prenda por deuda ajena (artículo 1.857 CC).

Ahora, puede suceder que el obligado no se halle en condiciones de poder cumplir todas las obligaciones contraídas, bien por haber disminuido sus medios de fortuna, bien por otra causa cualquiera, y para dicho caso establece la ley los recursos legales a que se refieren los dos artículos siguientes, en los que se sientan las normas jurídicas que han de seguirse en la concurrencia de créditos, cuando no hay facilidad o posibilidad de satisfacerlos todos puntual e íntegramente; la quita y espera en el primer caso, el concurso en el segundo<sup>105</sup>, que seguidamente procedemos a comentar.

El CC también regulaba la quita y espera con las precauciones convenientes para evitar en lo posible abusos y así, en su art. 1.912 disponía: “El deudor puede solicitar judicialmente de sus acreedores

---

<sup>105</sup> MANRESA Y NAVARRO, J.M.; *Comentarios al CC Español...*, cit., págs. 925-927.



quita y espera de sus deudas, o cualquiera de las dos cosas; pero no producirá efectos jurídicos el ejercicio de este derecho, sino en los casos y en la forma previstos en la LEC”.

La quita y espera, como procedimiento judicial paraprocesal para obtener el deudor no comerciante un convenio con los acreedores – con la mayoría de éstos – que evite el concurso *strictu sensu*, nace en la LEC de 1855 y más tarde se vuelve a incorporar en la de 1881<sup>106</sup>, ya comentadas ambas en puntos anteriores, intentando evitar las deficiencias que la práctica había señalado; sin perjuicio de que puedan encontrarse en nuestro Derecho histórico y en Salgado de Somoza antecedentes de situaciones de quita y espera, que se integran dentro del concurso de acreedores concebido en sentido amplio, y que son de aplicación a comerciantes y no comerciantes, hasta que en las Ordenanzas de Bilbao se regula específicamente la quiebra de comerciantes<sup>107</sup>.

---

<sup>106</sup> Según DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R.; Comentario del CC...cit.; págs. 199 y 200: a primera vista, y dado que el CC fue posterior a la LEC, podría parecer que este artículo constituye una simple remisión al procedimiento que, dentro del concurso de acreedores, establece la LEC/1881 en sus arts. 1.130 a 1.155. El procedimiento de la LEC se contempla como una forma de posible o eventual evitación del concurso, consiguiendo el deudor una remisión parcial de sus deudas (quita) o un aplazamiento de las mismas (espera), o ambas cosas a la vez. Y la LEC/2000 mantiene en vigor la reglamentación del concurso de acreedores de la LEC/1881.

<sup>107</sup> SCAEVOLA, Q.M.; CC..., cit., págs. 656-658: Históricamente encontramos antecedentes a los beneficios de quita y espera en los sesenta días que, según la antigua *manus injectio* romana debe esperar el acreedor para proceder a la venta *trans Tiberim* del deudor juzgado y condenado, que no tuvo ningún *vindex* que por él intercediera (antecedente a la espera).

El verdadero beneficio que a favor del deudor existe en Roma es el de cesión de bienes que procede de la *lex Julia de bonis cedendis*, que permitió al deudor eludir la ejecución personal mediante la cesión espontánea de la integridad de su patrimonio a sus acreedores, con lo que quedaba, además, exento de la nota de infamia y obtenía, por otra parte, el *beneficium competentiae*, que le permitía conservar los bienes indispensables para su sustento.

Tanto el beneficio de la cesión de bienes como el de la quita y espera se recogen todos ellos en las Partidas (Leyes 5.<sup>a</sup> y 6.<sup>a</sup> del Título XV de la Partida 5.<sup>a</sup>). La quita y espera a que se refieren las Partidas y nuestro Derecho histórico se desarrollaron siempre fundidas en el concepto general del concurso, como una de las cuatro clases posibles de éste, según las antiguas prácticas judiciales.

Salgado de Somoza, en su obra *Laberintus creditorum concurrentium ad litem per debitorem comunem* permite hablar de una verdadera doctrina española del concurso y de la quiebra, distinguiendo cuatro géneros de concursos, no existiendo aún en esta

Señaló SCAEVOLA<sup>108</sup> que “el Derecho, antes de desahuciar económicamente al deudor y reglar el más equitativo reparto de sus despojos, pretende conceder facilidades de pago buscando una fórmula aceptable, un mal menor, que permita encauzar las cosas en beneficio de todos; de ahí surgen los beneficios concedidos al deudor, la quita y la espera, que en definitiva serán medidas que evitan llegar al concurso, particularmente riguroso para el deudor (aunque no tanto como la quiebra para los comerciantes). La existencia de dicho convenio no lleva consigo la necesidad de aceptación del mismo por todos los acreedores<sup>109</sup>, algunos pueden quedarse al margen de lo acordado, ni la derogación de las normas de preferencia o prelación de créditos”.

Como bien afirma GULLÓN<sup>110</sup>, el deudor que podía acudir al procedimiento judicial de quita y espera es el deudor no comerciante, requisito necesario que fue mantenido por la jurisprudencia en sentencias posteriores al CC como, como las de 12 de abril de 1907, 4 julio 1913 y 14 noviembre 1930.

---

época separación entre concurso y quiebra: situación de espera, situación de quita, la de conflicto sobre privilegios de los acreedores y la de cesión de bienes.

<sup>108</sup> SCAEVOLA, Q.M.; CC..., cit., págs. 652 y 653.

<sup>109</sup> En MANRESA Y NAVARRO, J.M.; *Comentarios al CC Español...*, cit., pág. 933, de la STS 18 de mayo de 1910 se deduce que: los artículos 1.912 y 1.917 del CC establecen que el deudor podrá solicitar judicialmente quita y espera de sus deudas, siendo los convenios que en tal concepto se celebren obligatorios para todos los concurrentes y para los que, citados en la forma prevenida en la ley, no hubieran protestado a tiempo, no es menos exacto que el artículo 1.912 preceptúa como norma que el ejercicio de este derecho por el deudor no producirá efectos jurídicos sino en los casos y la forma previstos en la LEC, y como ésta, en su artículo 1.152, exime del cumplimiento de los convenios celebrados a los acreedores que no hubieran sido citados personalmente ni comparecido a la Junta, y, además a todos aquellos a quienes hubiera dejado de hacerse la notificación prevenida en el artículo 1.145, dentro del término que el mismo establece, es manifiesto que, al estimar el Tribunal sentenciador la demanda, por la concluyente razón de no haberse citado a un litigante, para notificarle el acuerdo de la Junta en los términos y con los requisitos señalados en estos casos, se ha ajustado en su decisión a los preceptos procesales anteriormente expuestos.

<sup>110</sup> GULLÓN BALLESTEROS, A.; *Comentarios al CC y Compilaciones Forales...*, cit., pág. 665.

De acuerdo con SCAEVOLA<sup>111</sup>, cabe que el deudor obtuviera:

Una rebaja de sus créditos o un aplazamiento de los mismos, o bien que cediera los bienes a sus acreedores para pago de sus deudas fuera de todo control judicial: deberá ser aceptada su propuesta por todos y cada uno de los acreedores y la mayoría de éstos no podrá vincular a la minoría (STS 2 de mayo de 1912).

El convenio de quita y espera, propiamente dicho (art. 1.912 CC y 1.130 y ss. LEC/1881), se entiende como medio de terminar el concurso, acto procesal de terminación anormal del proceso concursal, que normalmente acabará con la liquidación de los bienes del deudor y pago, hasta donde se pueda, de los créditos (arts. 1.917 y ss. CC).

En cuanto a las condiciones o requisitos necesarios para que surgiera el convenio de quita o espera y sus efectos señala PUIG PEÑA<sup>112</sup> que se requieren:

- Que el activo del deudor sea superior al pasivo porque si se da el caso contrario el deudor debe declararse en concurso, según se deduce del art. 1.913 CC, (STS 11 de febrero de 1905).
- Que la quita o espera sea solicitada por el deudor judicialmente, acompañando a tal solicitud relación nominal de todos sus acreedores, con el domicilio de los mismos, procedencia o antigüedad de sus créditos e importe de ellos y otra relación de sus bienes, según el art. 1.130 de la LEC/1881, con el valor en venta en que los estime, pudiendo excluir de ella solo los bienes que no sean objeto de embargo.
- Que sea aprobada la proposición del deudor por la Junta de acreedores con mayoría de votos, entendiéndose que la hay

---

<sup>111</sup> SCAEVOLA, Q.M.; CC..., cit., págs. 653-655.

<sup>112</sup> PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho Civil Español*, t. III (Obligaciones y Contratos), 2ª ed., edit. Aranzadi, Pamplona, 1972, pág. 269.

cuando votan a favor los dos tercios de los acreedores concurrentes a la reunión (mayoría de número), y siempre que los créditos de ellos importen cuando menos las tres quintas partes del pasivo (mayoría de cantidad) (Art. 1.142, en relación con el artículo 1.139, regla 6.<sup>a</sup> LEC/1881).

Y el convenio, una vez obtenido, producía los siguientes efectos:

- 1) Respecto a las deudas que son objeto de convenios, según nos dice PUIG PEÑA<sup>113</sup>, cuando el deudor no cumple puede ser declarado por cualquier acreedor en concurso necesario (art. 1.115 LEC/1881), si solo lo cumple en parte, renacerá el derecho de los acreedores por las cantidades que no hubiesen percibido de su crédito primitivo y si el deudor cumple, quedan extinguidas sus obligaciones en los términos estipulados en el convenio (art. 1.919). Pero, según SCAEVOLA, el convenio tiene unos efectos muy limitados, consistentes en una modificación en la forma de cumplimiento de las obligaciones, que no entrañará novación de las mismas, pues en ella no varía “su objeto ni condiciones principales”.
- 2) Respecto a los créditos, señalan dos efectos los artículos 1.917 y 1.918, según los cuales será obligatorio el convenio para los acreedores concurrentes y para los que, citados y notificados en forma, no hubieran protestado a tiempo.
- 3) Respecto a la capacidad del deudor, no influye la quita y espera en la capacidad del deudor, ni le inhabilita, ni se intervienen sus operaciones, a diferencia de lo que ocurre en la Ley de suspensión de pagos de 22 de julio de 1922.

---

<sup>113</sup> PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho Civil Español...cit.*; págs. 283-284.

Siguiendo a MANRESA Y NAVARRO<sup>114</sup>, observamos que si este artículo facultaba al deudor para solicitar judicialmente de sus acreedores quita y espera de sus deudas, o cualquiera de las dos cosas, el siguiente artículo 1.913, limitaba esa facultad en términos claros y precisos, previniendo que cuando su pasivo fuese mayor que el activo y hubiese dejado de pagar sus obligaciones corrientes, deberá presentarse en concurso, por lo que desde la publicación de dicho Cuerpo legal el deudor que se colocaba en dicha situación no podía utilizar el mencionado procedimiento.

Así, el art. 1.913 disponía: “El deudor cuyo pasivo fuese mayor que el activo, deberá presentarse en concurso ante el Tribunal competente, luego que aquella situación le fuere conocida”.

La STS 11 de febrero de 1905<sup>115</sup> estableció de una manera clara y precisa que “el derecho concedido al deudor por el artículo 1.912 del CC para solicitar de sus acreedores quita y espera de sus deudas, se halla subordinado al precepto del 1.913 del propio Cuerpo legal, al establecer que cuando su pasivo fuese mayor que el activo y haya sobreseído en el pago de sus deudas corrientes, deberá presentarse en concurso, precepto que implica la imposibilidad en que se halla el deudor de utilizar aquel derecho desde la publicación del Código, una vez colocado en dicha situación”.

Siguiendo a SCAEVOLA<sup>116</sup>, para la declaración de concurso, a diferencia de la quiebra de los comerciantes donde bastaba con la simple cesación de pagos aún sin insolvencia efectiva, era requisito necesario la insuficiencia patrimonial del deudor, el que el pasivo fuera mayor que su activo; insolvencia que una vez concedida le obligaba al deudor a

---

<sup>114</sup> MANRESA Y NAVARRO, J.M.; *Comentarios a la LEC...*, cit., págs. 296 y 297.

<sup>115</sup> MANRESA Y NAVARRO, J.M.; *Comentarios al CC Español...*, cit., pág. 935.

<sup>116</sup> SCAEVOLA, Q.M.; *CC...*, cit., pág. 675.

solicitar la declaración de concurso voluntario. De ahí que, tal y como observa GUASP<sup>117</sup>, fuera absurdo llamar voluntario<sup>118</sup> al concurso que el deudor tenía, no solo el derecho sino también el deber de solicitar cuando su pasivo fuera mayor que su activo y hubiera dejado de pagar sus obligaciones corrientes, sin que se pudiera solicitar en tal situación de insolvencia ni quita ni espera de sus créditos (STS 14 de diciembre de 1897), dando lugar al retardo en presentarse en concurso<sup>119</sup>, cuando

---

<sup>117</sup> GUASP, J.; *Derecho Procesal Civil*, edit. Instituto de estudios políticos, Madrid, 1956, pág. 891.

<sup>118</sup> Sentencia 4 de noviembre de 1994 en DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R.; Comentario del CC...cit.; pág. 211: dicha sentencia se manifiesta tanto sobre los efectos del convenio de quita y espera extraconcursal como sobre las circunstancias que deben concurrir para que sea el propio deudor el que se presente en concurso, esto es, para que entre en juego el llamado concurso voluntario. Dice al respecto: "...pero nunca el poder acudir el deudor al concurso sin encontrarse en la situación o en los términos claros y precisos que previene el art. 1.913 CC: pasivo mayor que el activo y dejado de pagar sus obligaciones corrientes, pues el paso de la quita y espera al concurso solo se produce si en aquella se hubiera llegado a un convenio y el deudor lo incumpliere, supuesto en el que , según el art. 1.155 de la LEC/1881, recobrarán los acreedores todos los derechos que contra aquél (el deudor) tenían antes del convenio, pudiendo el deudor ser declarado en concurso necesario a instancia de los acreedores o de cualquiera de ellos, aunque no haya pendiente ninguna ejecución contra el mismo. Ocurre, pues, que los recurrentes no admiten que el art. 1.913 del CC modifica la regulación de la LEC sobre el concurso de acreedores, que solo dice que el concurso es voluntario si lo promueve el deudor y necesario si lo promueven los acreedores (art. 1.156), pero para que aquél pueda presentarse en concurso han de cumplirse obligatoriamente los dos requisitos que exige el CC, según ha quedado expuesto”.

<sup>119</sup> Comenta DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.; “Algunas acotaciones civilistas al Proyecto de LC”, *Estudios sobre la LC: libro homenaje a Manuel Olivencia*, v. 1, (Escritos sobre don Manuel Olivencia Ruiz, derecho concursal, aspectos generales, antecedentes históricos, derecho comparado, derecho uniforme, derecho europeo, derecho internacional privado, la declaración de concurso), edit. Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 157; que así como para instar el concurso voluntario parece que es suficiente la petición del deudor, para el caso del concurso necesario se han planteado más problemas:

-En la LEC de 1881 existía un notorio contraste entre el artículo 1.158 para el concurso de deudores civiles donde se exigía que los acreedores solicitantes acreditaran que existían dos o más ejecuciones pendientes contra el mismo deudor y que en alguna de ellas no se habían encontrado bienes libres de cualquier otra responsabilidad conocidamente bastantes para cubrir las cantidades reclamadas, en cambio el artículo 1.325 para las quiebras comerciales exigía prueba de los “extremos comprendidos en el artículo 1.025 C de C”, que se refería, obviamente, al CCo de 1829, y que se correspondió después con los artículos 876 y 877.

-En el artículo 876 el CCo de 1885 exigía que la solicitud la funde el acreedor en un título “por el cual se haya despachado mandamiento de ejecución o apremio y que del embargo no resulten bienes libres bastantes para el pago”. Sin embargo, el párrafo 2º del artículo 876 permite la solicitud de quiebra a instancia de acreedores que, aunque no hubieren obtenido mandamiento de embargo, justifiquen sus títulos de crédito y que el comerciante ha sobreseído de una manera general en el pago corriente de sus

su pasivo fuere tres veces mayor que su activo, a la pena de arresto mayor, según el número quinto del artículo 523 del Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el CP, Texto Refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre (Vigente hasta el 05 de Julio de 2010).

Del texto de dicho artículo, las expresiones “Presentarse en concurso” y “ante el Tribunal competente”, son expresiones que revelaban la remisión a un procedimiento judicial que es el de “ejecución colectiva”, es decir, el encaminado a que los acreedores obtengan la satisfacción de su interés de forma ordenada y, como bien indica DE ÁNGEL YÁGÜEZ<sup>120</sup>, dicho procedimiento es del propio deudor no comerciante ya que el deudor comerciante se hallaba sometido al procedimiento de la quiebra, pero ambos procedimientos, tanto el concurso de acreedores como la quiebra estaban guiados por el mismo principio, el de realizar ordenadamente los bienes del deudor para satisfacer los derechos de los acreedores, dando a todos ellos el mismo trato (*par condicio creditorum*), salvo que la aplicación del “privilegio” pudiera determinar una preferencia o prelación en el cobro (arts. 1.921, 1.922, 1.923 y 1.924 CC). Además, la circunstancia de “presentarse en concurso”, exigía la concurrencia de dos requisitos, que el pasivo del deudor fuese mayor que el activo y que hubiese dejado de pagar sus obligaciones corrientes, aquí estaríamos ante el concurso voluntario y respecto al concurso necesario, el art. 1.158 LEC/1881 se basa en la concurrencia de dos circunstancias: que existan dos o más ejecuciones pendientes contra un mismo deudor y que no se hayan encontrado en alguna de ellas bienes libres de otra responsabilidad, conocidamente bastantes a cubrir la cantidad que se reclame.

---

obligaciones, o que no ha presentado la proposición de convenio, en el caso de suspensión de pagos dentro del plazo del artículo 872.

-Y por su parte, el CC en el artículo 1.913 establece el deber de presentarse en concurso que pesa sobre el deudor cuyo pasivo fuese mayor que el activo y hubiese dejado de pagar sus obligaciones corrientes.

<sup>120</sup> DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R.; Comentario del CC...cit.; págs. 205 y 206.

Según GULLÓN<sup>121</sup>, estos dos requisitos del art. 1.158 LEC/1881 no se necesitaban cuando cualquier acreedor pedía la declaración de concurso como consecuencia de haber incumplido el deudor el convenio de quita y espera. El concurso, en cualquiera de las hipótesis que se han expuesto, requería la existencia de una pluralidad de acreedores, ya que es un supuesto de ejecución colectiva de su patrimonio en beneficio de todos; además de la cualidad de no comerciante del deudor, pues caso de que lo fuese se arbitrarían los procedimientos de la suspensión de pagos y de la quiebra.

La declaración de concurso produce efectos de orden procesal que vienen regulados en la LEC y efectos de orden sustantivo, puramente civil, producidos como consecuencia de dicha declaración y que constituían el objeto de los tres artículos siguientes a tratar:

Artículo 1.914 CC: Incapacidad del concursado.

Artículo 1.915 CC: Vencimiento de todas las obligaciones pendientes.

Artículo 1.916 CC: Cesación del devengo de intereses, excepto en los créditos hipotecarios y pignoratícios.

El artículo 1.914 recoge los efectos de la declaración del concurso sobre la persona del deudor, consistentes sobre todo en la privación al deudor del control de sus bienes embargables, dado que con ellos ha de formarse una masa destinada a ser liquidada, es decir, convertida en dinero, para pagar a los acreedores.

La declaración de concurso “incapacita” al concursado, si bien no se trata de una “incapacitación” en el sentido estricto de la figura que con ese nombre se regulaba en los arts. 199 a 214 CC<sup>122</sup>.

---

<sup>121</sup> GULLÓN BALLESTEROS, A.; *Comentarios al CC y Compilaciones Forales...*, cit., págs. 667 y 668.

<sup>122</sup> Los artículos 202 a 214 CC han sido derogados por la Disposición Derogatoria Única, 2-1º LEC.



Como bien recoge SCAEVOLA<sup>123</sup>, es muy discutido en la doctrina si el concursado y quebrado vienen o no afectados por una incapacidad propiamente dicha tal y como sostienen Roca Sastre, Garrigues, Castán, etc. o bien se trata de una cuasi incapacitación, de una prohibición general patrimonial que afecta al concursado según sostienen Ruggiero, Plaza y Federico de Castro. Capacidad y prohibición se distinguen en que la primera se encuentra en la persona, en su status jurídico, y afecta a la misma, siendo atacable el acto realizado por un incapaz en tanto en cuanto carece de lo que Betti, citado por SCAEVOLA, llama “presupuesto” de la capacidad. También cita a Roca Sastre, que señala que la prohibición es un modo de “ser o estar de los derechos” y tiene un sentido protector de intereses ajenos más que de la persona sometida a restricción.

FEDERICO DE CASTRO<sup>124</sup> dice que “con la situación de insolvencia declarada hay una repercusión muy importante de la situación del patrimonio sobre la condición de la persona pero que no supone un cambio de su estado civil y ni siquiera una verdadera o completa incapacitación patrimonial, lo que se justifica porque:

- El concursado o quebrado no pierde su independencia personal y ni siquiera en la esfera patrimonial.
- No se crea una situación firme, con la firmeza propia del cambio de estado civil, ya que su alcance y subsistencia dependen de la voluntad de los interesados.
- Carece de la nota de orden público y está entregada a la discreción de los acreedores reconocidos en cuyo beneficio se crea.”

---

<sup>123</sup> SCAEVOLA, Q.M.; CC..., cit., págs. 676-678.

<sup>124</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F.; *Derecho Civil de España*, v. II, t. II (Derecho de la persona), edit. Thomson Civitas, Madrid, 1952, págs. 363-364.

Dice GULLÓN<sup>125</sup> que el concursado es un incapacitado al carecer de facultades sobre su patrimonio, pero esa limitación a su capacidad de obrar se impone en beneficio del concurso, de la masa de acreedores y no en el suyo propio, como en el caso del menor o del loco.

LACRUZ BERDEJO<sup>126</sup> advierte que al deudor simplemente se le inhabilita para funciones concretas: la administración de sus bienes embargables y las que le corresponden por ley. El deudor puede disponer de los bienes cuya administración le queda, los inembargables personalísimos o los alimentos en el caso de habersele concedido. Y también advierte que ningún precepto prohíbe al deudor obligarse por contrato si, en su situación, halla quien quiera contratar con él, lo que no puede hacer es comprometer sus bienes afectos a la satisfacción de los acreedores, es decir, el concurso produce una limitación de la capacidad de obrar del deudor.

La sentencia de 19 de junio de 1912<sup>127</sup> decía que “desde el momento que se accede a la declaración del concurso de acreedores el deudor queda incapacitado en absoluto y sin limitación alguna para la administración de sus bienes, careciendo, por tanto, de facultad para ejercitar toda gestión correspondiente a la misma..., y por ello, una vez nombrados los síndicos en el juicio universal expresado, debe hacerseles entrega de cuantos bienes presentes y futuros constituyan la masa para su administración y demás fines legales”.

Como al deudor declarado en concurso se le priva de los poderes de administración y de disposición de sus bienes, el ordenamiento jurídico arbitra un sistema al respecto, consistente en definir esos poderes, en un primer momento a un depositario, administrador, que según el art. 1.181 LEC de 1881 se cuidará de la representación del concurso hasta

---

<sup>125</sup> GULLÓN BALLESTEROS, A.; *Comentarios al CC y Compilaciones Forales...*, cit., pág. 671.

<sup>126</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L.; *Elementos de Derecho civil II (Derecho de obligaciones)*, v. Primero.2ª ed., Madrid, 2000, págs. 291-292.

<sup>127</sup> MANRESA Y NAVARRO, J.M.; *Comentarios al CC Español...*, cit., pág. 940.

que los síndicos tomen posesión de su cargo. Pero el órgano de gestión del concurso son los síndicos<sup>128</sup>, que en número de tres se designan por el procedimiento regulado en los arts. 1.193 ss. LEC/1881. Así, una vez transferida la administración del concurso a los síndicos (arts. 1.228-1.248 LEC/1881), el paso siguiente es el reconocimiento, graduación y pago de los créditos<sup>129</sup>.

Según advierte GULLÓN<sup>130</sup>, el concursado tiene la administración y dominio de los bienes que por ley son inembargables, los cuales no entran en la masa del concurso (Sentencia 4 de mayo de 1897), y sobre los alimentos<sup>131</sup> que el Juez pueda señalarle dentro del concurso (arts. 1.314-1.317 LEC/1881).

Y el párrafo segundo de este art. 1.914<sup>132</sup> se refería a la rehabilitación del concursado en sus derechos terminando el concurso, si de la calificación de éste no existiese causa que lo impidiera más que una reintegración de la capacidad supondría una desaparición de las prohibiciones que sobre él pesaban.

El problema a que se refería el artículo 1.915 CC es el relativo a los efectos del concurso sobre las deudas aplazadas, aún no cobradas por los acreedores.

---

<sup>128</sup> SCAEVOLA, Q.M.; CC..., cit., pág. 679: la STS 19 de junio de 1949 nos indica que desde el momento mismo de la declaración del concurso pierde el concursado la administración de sus bienes, que pasará a la sindicatura, la cual representará tanto al concursado como a los acreedores (STS 17 de junio de 1887), constituyendo una mera entidad "sucesora de todos los derechos del concursado en lo concerniente a la administración y disposición de sus bienes" (SSTS 26 de noviembre de 1892, 28 de junio de 1898, 17 de marzo de 1910, 12 de diciembre de 1922, 13 de mayo de 1927, 26 de diciembre de 1928), cuya entidad, sin embargo, no tiene personalidad jurídica.

<sup>129</sup> DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R.; Comentario del CC...cit.; pág. 213.

<sup>130</sup> GULLÓN BALLESTEROS, A.; *Comentarios al CC y Compilaciones Forales...*, cit., págs. 669-671.

<sup>131</sup> Según DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R.; Comentario del CC...cit.; pág. 215: el art. 1.314 LEC/1881 dispone que si el concursado reclamare alimentos, el Juez le señalará los que, atendidas las circunstancias, considere necesarios, pero solo en el caso de que, a su juicio, asciendan a más los bienes que las deudas.

<sup>132</sup> SCAEVOLA, Q.M.; CC..., cit., pág. 681.

Como consecuencia de la declaración de concurso se reputan vencidas todas las deudas a plazo que estuvieren pendientes a la sazón, y si alguna de las contraídas en dicha forma hubiere sido pagada antes del tiempo prefijado para ello en la obligación correspondiente, ha de sufrir el descuento respectivo del interés legal del dinero.

Por STS 21 de octubre de 1927 se declaró que, aún cuando los artículos 1.915 del CC y 1.172 de la ley procesal establecieran que en los concursos todas las obligaciones a plazos se consideraban vencidas, tal disposición no tenía más efecto que el de sufrir el descuento correspondiente al interés legal del dinero si se cobrara antes del vencimiento, sin que se desvirtúe la preferencia que se deriva de las fechas de las escrituras que, por referirse a créditos sin privilegio especial, se hallan comprendidos en la letra a) del número 3º del artículo 1.924 del CC<sup>133</sup>.

El artículo 1.916 establecía como uno de los efectos del concurso la interrupción del curso de los intereses, pues como bien juzga MANRESA<sup>134</sup>, si los bienes que constituyen el activo no alcanzan a cubrir el importe del pasivo, menos bastarán para el pago de los intereses que las deudas devenguen, y para que los acreedores no pretendan que se computen los réditos en el total de sus créditos, hace el art. 1.916 la declaración indicada.

Sin embargo, esa cesación en el devengo de intereses no era absoluta, pues no comprendía a todos los créditos en general, sino que de ella se exceptúa a los créditos hipotecarios y pignoratícios, si bien esa excepción es puramente relativa porque tan solo llega hasta donde alcance su respectiva garantía.

En el párrafo segundo de este artículo se establecía que serán satisfechos los intereses dejados de devengar, o no hechos efectivos por

---

<sup>133</sup> MANRESA Y NAVARRO, J.M.; *Comentarios al CC Español...*, cit., pág. 942.

<sup>134</sup> MANRESA Y NAVARRO, J.M.; *Comentarios al CC Español...*, cit., pág. 943.

tal motivo, reduciéndolos al tipo legal, salvo que el pacto fuere menor, en cuyo caso se abonará éste. En relación con ello MANRESA<sup>135</sup> formula la pregunta de si tiene aplicación este segundo párrafo en el caso de que sin haberse declarado el concurso el deudor haya celebrado con sus acreedores convenio de cesión de bienes mediante el procedimiento de la quita y espera. Dicha cuestión la resolvió afirmativamente la STS 11 de mayo de 1912 declarando que:

- Se califica de judicial el convenio de cesión de bienes acordado mediante el procedimiento de quita y espera.
- Que ya tenga lugar la cesión en juicio de concurso propiamente dicho, ya en actuaciones sobre quita, no confiere a los acreedores la propiedad de los bienes del deudor, sino que les faculta solamente para realizarlos y aplicar su importe al pago de los créditos respectivos, perteneciendo al remanente, si le hubiere, al obligado.
- Que la disposición del párrafo segundo de art. 1.916 no puede menos de referirse a todo convenio de cesión entre deudor y acreedores, ya se celebre mediante el procedimiento de quita y espera, ya por el de concurso.
- Que los acreedores tienen derecho a percibir intereses desde que el convenio de cesión se celebró, y no solo desde que fue aprobado judicialmente, pues la aprobación judicial no significa otra cosa que el desestimar la oposición de ciertos acreedores, obligándolos a estar y pasar por el convenio, conforme al artículo 1.151 LEC/1881.
- Que los intereses han de regularse ajustándose al tipo que fijara la ley vigente cuando se devengaron, o sea el 6 por 100, con arreglo al art. 8º de la Ley de 14 de marzo de 1856 y el 1.108 del CC, hasta su reforma por la ley de 2 de agosto de

---

<sup>135</sup> MANRESA Y NAVARRO, J.M.; *Comentarios al CC Español...*, cit., pág. 945.

1899, que lo redujo al 5 por 100 y que no tiene efecto retroactivo.

En cuanto al remanente, después de pagado el capital de deudas se abonarán los intereses reducidos al tipo legal, salvo que el pacto fuere menor. El supuesto contemplado en el segundo párrafo del art. 1.916 tenía aplicación en los casos en que el concurso terminaba por convenio, quita o espera, y así lo reconoce la sentencia arriba comentada.

En los arts. 1.917, 1.918 y 1.919 se regulaban los efectos especiales del convenio celebrado por el deudor con sus acreedores, ya sea celebrado antes de la declaración del concurso ya después de estar concursado dicho deudor. Estos efectos especiales del convenio celebrado dentro del juicio de concurso o antes de él eran tres:

- Sumisión al mismo de los acreedores no exceptuados expresamente por la ley (art. 1.917).
- Reserva de la respectiva prelación cuando es llevado a efecto entre los acreedores de una misma clase (1.918).
- Extinción de las deudas u obligaciones por consecuencia de su cumplimiento (art. 1.919).

El artículo 1.917 se refería fundamentalmente al problema de la sumisión de los acreedores al convenio. Siguiendo a MANRESA<sup>136</sup>, tanto los convenios aprobados en los autos de quita y espera, como los que lo fueren dentro del concurso, eran del mismo modo obligatorios para todos los acreedores concurrentes, que habiendo sido citados y notificados en forma, no hubieren protestado en tiempo, con tal que se hubieren celebrado con las formalidades requeridas por la ley, cuyas formalidades son las prevenidas por la LEC. Convocada la junta para la

---

<sup>136</sup> MANRESA Y NAVARRO, J.M.; *Comentarios al CC Español...*, cit., págs. 946-950.

discusión y aprobación de la proposición de convenio y celebrada según los arts. 1.137, 1.139 y 1.312 de la ley Procesal, si el acuerdo fuere favorable se notificaría el mismo a los acreedores que no hubieren sido citados personalmente para la junta. Si lo solicitare el deudor en tiempo, y transcurridos los plazos concedidos según los casos para su impugnación sin realizarlo el Juez que conozca de las diligencias de quita y espera o del juicio del concurso, llamará las actuaciones a la vista y dictará auto mandando llevar a efecto el convenio, y declarando que los interesados deben estar y pasar por él, en conformidad con cuya resolución acordará, también a instancia de parte legítima, las providencias que correspondan para su ejecución.

Dicha sumisión no es absoluta y la ley exceptúa de ella a determinados acreedores, así en el segundo párrafo de dicho artículo se expresaba que no era obligatorio el convenio para aquellos acreedores que teniendo derecho de abstenerse de concurrir a la junta, hubiesen usado de él debidamente.

Respecto a los acreedores con derechos a abstención lo son los privilegiados que enumeran los artículos 1.922, 1.923 y 1.924 del Código, es decir, a los singularmente privilegiados, a los meramente privilegiados y a los hipotecarios, que han sustituido al 1.140 de la LEC/1881 donde tenían derecho para abstenerse los acreedores por trabajo personal y alimentos, por gastos de funeral, ordenación de última voluntad y prevención de *ab intestato* o testamentaria, así como los hipotecarios con hipoteca legal o voluntaria.

Tales acreedores privilegiados deben usar debidamente de su derecho de abstención, para lo cual, según interpreta MANRESA<sup>137</sup> de la STS 27 de junio de 1900, no es preciso que los acreedores con derecho a abstención hagan expresa protesta de su postura en la Junta, sino que basta con que no asistan a la Junta o, en su caso, no voten en ella.

Según SCAEVOLA<sup>138</sup>, cabe distinguir:

---

<sup>137</sup> MANRESA Y NAVARRO, J.M.; *Comentarios al CC Español...*, cit., pág. 950.

<sup>138</sup> SCAEVOLA, Q.M.; *CC...*, cit., págs. 692 y 693.

- Acreedores privilegiados que ni siquiera son afectados por el concurso y que, por tanto, quedan al margen del convenio (acreedores hipotecarios, mobiliarios o inmobiliarios que ejecutaren su acción, con anterioridad al concurso).
- Acreedores privilegiados que, citados en forma, se abstienen de concurrir a la Junta o de votar en ella y que, por ende, se presume utilizan el derecho de quedar al margen del convenio (acreedores singular y simplemente privilegiados de los artículos 1.922, 1.923 y 1.924).
- Los acreedores comunes, no privilegiados, quedan obligados por el convenio aprobado por la mayoría específica precisa (dos tercios de votos que representan tres quintos del pasivo), siempre que fueren citados regularmente a la Junta, o aún no siéndolo, se les notificará el convenio aprobado, sin protesta por su parte.

Y, por otro lado, MANRESA<sup>139</sup> clasifica la sumisión al convenio de los acreedores siguientes:

- Los no exceptuados por la ley que hubieren concurrido a la junta en que fue aprobado.
- Los no exceptuados que, habiendo sido citados personalmente para ella, no hubieren concurrido, o que, habiendo concurrido, disintieron del voto de la mayoría y protestaron contra él, si unos y otros no impugnaron el acuerdo favorable al deudor dentro de los diez días siguientes a la junta.
- Los no exceptuados que no hubieren sido citados personalmente para la junta, si habiéndoseles notificado el acuerdo favorable al convenio, no protestaren contra él o no formularen la oportuna oposición dentro de los términos establecidos en los artículos 1.146, 1.147 y 1.148 de la LEC/1881.

---

<sup>139</sup> MANRESA Y NAVARRO, J.M.; *Comentarios al CC Español...*, cit., pág. 953.



- Y los que, teniendo el derecho de abstenerse de concurrir a la junta o de tomar parte en la votación, dejaren de hacer uso de él debidamente.

Resumiendo, podemos decir que el convenio solo obliga a los acreedores comunes cuya posibilidad de concurrir a la Junta y votar en ella es media, y a los privilegiados que no utilizaren su derecho de abstención, estos últimos acreedores, los singular y simplemente privilegiados de los arts. 1.922, 1.923 y 1.924, quedan al margen del convenio, presumiéndose, salvo que conste expresamente lo contrario, que utilizan el derecho de abstención a que se refería el artículo 1.917 del Código en concordancia con los preceptos de la LEC.

El artículo 1.918 conviene ponerlo en lo que se refiere al artículo 1.917 ya que representa una excepción a la no obligatoriedad del convenio para los acreedores que, con derecho de abstenerse, hubieran usado debidamente de él. Aquí, la preferencia de los créditos que permite a los acreedores privilegiados quedar al margen del convenio, no se pierde en el convenio celebrado con acreedores de una misma clase, sino que se conserva.

Según JIMÉNEZ ASENJO en *Cuestiones prejudiciales en materia Civil*, citado por SCAEVOLA<sup>140</sup>, podemos encontrar dos tipos de convenio, uno heterogéneo con acreedores de diversas castas y otro homogéneo con acreedores de una misma clase donde no hay un especial derecho de abstención sino que la quita o espera acordada por la mayoría obliga a los acreedores, pese a su situación de privilegiados, que en el supuesto de convenio heterogéneo les hubiera permitido utilizar el derecho de abstención a que hace referencia el artículo 1.917.

Por lo que para que se aplicara el artículo 1.918 era necesario que el convenio fuera con acreedores de una misma clase, es decir, homogéneos, entendiendo por “clase” preferencia o privilegio, la clasificación y distribución de los créditos en grupos atendiendo la

---

<sup>140</sup> SCAEVOLA, Q.M.; CC..., cit., págs. 693 y 694.

clasificación y distribución de los créditos en grupos atendiendo a la naturaleza especial de cada uno de ellos. Y se entiende por prelación el orden en que deban hacer efectivos sus créditos los acreedores de cada uno de dichos grupos.

En este artículo, pese al convenio no se alteraba la respectiva prelación de los créditos.

El artículo 1.919 era el efecto más importante del convenio ya que el cumplimiento por el deudor de los pactos en él establecidos con los acreedores extinguía por completo todas las responsabilidades derivadas de los créditos objetos del convenio. Pero no desaparecen las primitivas obligaciones ya que pueden surgir nuevamente con toda virtualidad y eficacia en el caso de incumplimiento por lo que queda en suspenso la vida jurídica de los créditos a él sujetos, extinguiéndose o restableciéndose en toda su fuerza obligatoria la efectividad de los mismos, según que el deudor cumpla o no puntual y exactamente las obligaciones que él contrajo<sup>141</sup>.

Siguiendo con MANRESA, podemos decir que en el caso de incumplimiento del convenio, la ley facultaba a todos los acreedores a pedir la declaración del concurso cuando el convenio se hubiese adoptado en autos de quita y espera, o para solicitar la continuación del juicio si se celebró después de la declaración del concurso.

Por lo que dicho artículo era importante por garantizar el cumplimiento de lo convenido, dando a los acreedores un medio fácil y sencillo, no solo para hacer efectivos los créditos no satisfechos, sino también para conseguir la efectividad del convenio. Era una sanción conveniente y provechosa para los acreedores y también para el deudor, ya que el temor a la misma evitará el abandono por su parte y le estimulará a llevar a efecto con toda diligencia aquello a que se obligó por el convenio.

---

<sup>141</sup> MANRESA Y NAVARRO, J.M.; *Comentarios al CC Español...*, cit., págs. 955-957.

Como dice CASTÁN, citado por SCAEVOLA<sup>142</sup>, el convenio, fundamentalmente pone fin al concurso, aunque también el preconcursal de quita y espera, constituye una especie de sustitución o novación de las obligaciones del deudor. Pero la eficacia novatoria de tales convenios no es absoluta, pues existen casos que resurgen las obligaciones primitivas siguientes:

-El de incumplimiento total o parcial del convenio, según el artículo 1.919 que estamos comentando.

-El de adquisición ulterior de menos bienes del deudor, según el artículo 1.920 que pasamos a comentar a continuación.

La redacción del artículo 1.920 podía dar lugar a dudas y divergencias en cuanto a la extensión del mismo pero el CC las hizo imposibles ampliándolo a todos los acreedores, en general, autorizando a éstos para cobrar la parte de crédito no realizada de los bienes que el deudor pueda ulteriormente adquirir, conservando a este efecto íntegramente su derecho; a no ser que hubiere mediado pacto expreso en contrario entre ambos. De acuerdo con MANRESA<sup>143</sup>, afirmamos que esta disposición es justa si se tienen en cuenta las razones y los motivos en virtud de los que se autoriza al deudor para celebrar convenio con los acreedores dentro o fuera del juicio de concurso. Y además de justo dice que es de suma conveniencia ya que con su inclusión en el Código se ha conseguido disipar las dudas que a los intérpretes de nuestro antiguo Derecho sugería la inteligencia de la ley 3.<sup>a</sup> del título XV de la Partida 5.<sup>a</sup>, que se refería a la fuerza que debía tener la cesión de todos los bienes hecha por el deudor a favor de los acreedores por razón de sus deudas.

---

<sup>142</sup> SCAEVOLA, Q.M.; CC..., cit., pág. 695.

<sup>143</sup> MANRESA Y NAVARRO, J.M.; *Comentarios al CC Español...*, cit., págs. 958 y 959.

El problema que planteaba dicho artículo era el de determinar si el “pacto expreso en contrario entre deudor y acreedores” a que se refería el artículo 1.920 en el sentido de fundar en él una extinción paccionada de las obligaciones con carácter definitivo, debía de celebrarse entre el deudor y todos los acreedores, o bastaba con que se estableciera en el convenio aprobado con las mayorías calificadas de dos terceras partes de acreedores que representen tres quintas partes del pasivo, que eran las precisas según el artículo 1.312 en relación con el 1.139 de la LEC/1881. A juicio de SCAEVOLA<sup>144</sup> la segunda solución es la apropiada al referirse el artículo 1.920 fundamentalmente al convenio, y en tal sentido la STS 11 de mayo de 1912 equiparaba en naturaleza y efectos el acuerdo preconcursal de quita y espera del artículo 1.912 y el convenio que pone fin al concurso, y es claro que la cláusula de extinción definitiva de las obligaciones, posible según el artículo 1.920, será una modalización del convenio de quita, y por tanto, obligará a la minoría disconforme, con tal que exista mayoría que pueda hacer viable el acuerdo.

Una vez comentado el capítulo I, “Disposiciones generales”, donde se regula el ámbito de responsabilidad del deudor, los efectos de la declaración y los convenios, tanto quita y espera como concursal, pasaremos a comentar el segundo capítulo del Título XVII, “De la clasificación de créditos” que regula la clasificación de créditos, agrupándolos según naturaleza de los bienes del deudor en singularmente privilegiados con respecto a determinados bienes muebles, singularmente privilegiados con relación a determinados bienes inmuebles, simplemente privilegiados con relación a los restantes bienes muebles e inmuebles y créditos comunes sin privilegio alguno.

---

<sup>144</sup> SCAEVOLA, Q.M.; CC..., cit., pág. 696.

Comenzamos este capítulo con los comentarios de SCAEVOLA<sup>145</sup> observando que no todos los créditos son iguales y que la ley condensa especialmente la responsabilidad del deudor en determinados bienes del mismo, según el origen del crédito, las garantías añadidas al mismo, su destino, prioridad en el tiempo, condición del acreedor, etc. surgiendo así clases de créditos que tienen el privilegio de satisfacerse con preferencia a otros que se pretendan hacer efectivos sobre bienes del deudor trabados a tal efecto, estando regulado en los arts. 1.532 y ss. de la LEC/1881 de un procedimiento para hacer efectiva la preferencia de créditos en los bienes del deudor (tercería de mejor derecho). Dicha preferencia también la encontramos regulada en normas de Derecho sustantivo, principalmente en los artículos del CC del Capítulo II y III del Título XVII del Libro IV, y el artículo 59 de la Ley de Contrato de Trabajo, 13, II, de la de Arrendamientos urbanos, 101 y 129 del Reglamento de Accidentes de Trabajo, 194 de la LH y 271 de su Reglamento, etc., que contienen normas concretas que a veces modifican las del Código y otras las completan.

La cuestión de graduación de créditos resultaba sumamente compleja con anterioridad al Código y venía reglada en las leyes del título 20 del libro 3.º del Fuero Real, en los títulos 13 y 14 de la Partida 5.<sup>a</sup>, en los títulos 11 y 14 del libro 10 de la Novísima Recopilación, en el CCo y en la LEC. De ahí la importancia de estos artículos del CC que partiendo de la afección de determinados bienes a la responsabilidad derivada de los créditos, dictan normas sobre clasificación y graduación de créditos que ponen orden y concierto en materia confusa y desordenada.

En cuanto a las preferencias de los créditos cuando el deudor es comerciante acudiremos al CCo que respeta el sistema de los privilegios de los artículos del CC, pero establece por su parte otros en los artículos 913 y siguientes, que significan variación en la prelación de créditos reglada en este cuerpo legal y que, según la STS 28 de abril de 1930, son aplicables en la quiebra antes que los del CC.

---

<sup>145</sup> SCAEVOLA, Q.M.; CC..., cit., pág. 700.

Por otro lado, habrá que saber cómo se aplica el principio de la paridad de condición de los acreedores y para ello será preciso graduar los créditos entre sí, es decir, colocarlos en el lugar y orden que les corresponda, reconociendo la posición separada de los acreedores con garantía real y la posición privilegiada de otros. Dentro de los acreedores comunes no todos tienen el mismo rango, pues los escriturarios y asimilados cobran por el orden de fechas de sus títulos. La ley Procesal clasificaba los créditos atendiendo principalmente a la naturaleza más o menos privilegiada de los créditos:

- 1.º Los acreedores por trabajo personal y alimentos.
- 2.º Los acreedores hipotecarios comprendiendo también en ellos a los que estuvieren garantizados con prenda con preferencia sobre la misma.
- 3.º Los escriturarios.
- 4.º Los simplemente quirografarios.

Por el contrario el Código siguió un procedimiento totalmente distinto para dicha clasificación, vino a aclarar dudas que existían respecto de las diversas disposiciones que constituían el Derecho anterior a su publicación, algunas de las cuales se hallaban en contradicción con las demás, y a la vez se simplificó grandemente la definitiva liquidación del concurso y especialmente la clasificación de los créditos por virtud del sistema adoptado, según el que todos los créditos se comprenden en cuatro clases distintas, por los conceptos de preferencia siguientes:

- 1.º Con relación a determinados bienes muebles del deudor.
- 2.º Con relación a determinados bienes inmuebles o derechos reales del mismo.
- 3.º Con relación a los demás bienes muebles o inmuebles del deudor
- 4.º Por la carencia de toda razón de prelación, en cuyo caso se encuentran los llamados comunes u ordinarios.

Clasifica así los créditos de una forma más clara y racional que la existente en el Derecho anterior, pero no basta solo la clasificación o la

graduación establecida, sino que, además, es indispensable la determinación en el Código del de prelación con que han de ser satisfechos los créditos en el caso de que concurran acreedores de distintas clases de las señaladas.

Según el art. 1.921 del CC: “Los créditos se clasificarán, para su graduación y pago, por el orden y en los términos que en este capítulo se establecen”. La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal que entró en vigor el 1 de septiembre de 2004, introdujo un segundo párrafo a dicho artículo: “En caso de concurso, la clasificación y graduación de los créditos se regirá por lo establecido en la LC”.

Ese orden no es el mismo que estableció el art. 1.268 de la LEC/1881, y dada esta modificación deberán ajustarse los síndicos, para formar los estados, a lo dispuesto en los artículos 1.922,1.923, 1.924 del expresado Código, que se han transcrito en la nota al art. 1.140 de esta ley, y que deben combinarse con los arts. 1.925,1.926, 1.927, 1.928, 1.929 del mencionado Código<sup>146</sup>.

El carácter patrimonial de las obligaciones civiles que según el artículo 1.911 el deudor responde con todos sus bienes presentes y futuros, es causa de que cuando éstos no basten para satisfacerlas todas, determine la ley la manera de cómo han de hacerse efectivas, estableciendo un orden de preferencia para el pago o un reparto entre los acreedores, según las diversas circunstancias que concurran y que la ley determina (Sentencia 16 de octubre de 1956)<sup>147</sup>.

En principio los derechos de crédito son compatibles entre sí y carecen de la nota de preferencia que caracteriza a los derechos reales. Pero este principio de igualdad de créditos tiene excepciones derivadas de la

---

<sup>146</sup> RIVES Y MARTI, F. de P.; *LEC de 3 de febrero de 1881...*, cit., pág. 102.

<sup>147</sup> MANRESA Y NAVARRO, J.M.; *Comentarios al CC Español...*, cit., pág. 964.

voluntad del legislador, o bien de que las partes han establecido un derecho real en garantía de un crédito, y según SCAEVOLA<sup>148</sup>:

- El legislador puede conceder una especial preferencia a determinados créditos teniendo en cuenta su naturaleza y fundamento; cita a BIONCHI que señala dos modos de otorgar esta preferencia:
  - Declarándolo directamente el legislador que crea un crédito privilegiado.
  - Concediendo a favor de los acreedores una hipoteca legal.
  
- El garantizarse un crédito mediante un derecho real le dota de preferencia. Y en esta preferencia es donde encuentra la doctrina la nota más destacada de la realidad de la hipoteca que recientemente ha sido combatida por los partidarios de la acción ejecutiva procesal.

Los artículos de este capítulo II del CC en un principio parece que afecten solamente al caso de ejecución universal o colectiva del deudor (concurso de acreedores) pero también sientan la base del concepto de “privilegio<sup>149</sup>” que es de aplicación también en ejecuciones singulares.

---

<sup>148</sup> SCAEVOLA, Q.M.; CC..., cit., págs. 703-705.

<sup>149</sup> Según DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R.; Comentario del CC...cit.; págs. 234 y 235: la noción de “privilegio” se remonta al Derecho Romano que distinguía entre los *privilegia personae*, no admisibles hoy en día en virtud del principio de igualdad ante la ley de todos los ciudadanos, y los *privilegia causae* que eran otorgados en consideración a la naturaleza, a la cualidad o a la causa del crédito. Define el privilegio como la posibilidad o facultad que la ley concede a un acreedor para cobrar con preferencia a los demás. En relación con los privilegios, LACRUZ BERDEJO, J.L.; *Elementos de Derecho civil*, II (Derecho de obligaciones), v. Primero, 5ª ed., Dykinson, Madrid, 2011, pág. 275, señala que “cuando un mismo sujeto tiene varias deudas la regla general es la par condicio, la igualdad de todos sus acreedores, es decir, el deudor responde frente a cada uno con todos sus bienes presentes y futuros (art. 1.911 CC), y cada uno tiene, en principio, el mismo derecho a cobrar su crédito que los restantes. Pero esta regla solo alcanza efectividad mediante ciertas formalidades. Así, en la práctica cada acreedor ejercita su derecho a cobrar mediante el pago voluntario de la prestación debida por parte del deudor, o instando judicialmente el cobro y, en su momento, trabando embargo sobre bienes del deudor suficientes para responder del equivalente pecuniario de la deuda, embargados tales bienes, el ejecutante cobrará con exclusión de los restantes acreedores (a menos que el producto de la venta de aquellos bienes



La expresión “privilegio” es infrecuente en nuestro CC, que por otra parte se resiste a utilizar la de “créditos privilegiados”, a diferencia de lo que ocurre con el CCo, cuyo artículo 913 se refiere a los (créditos) “privilegiados” que tuvieren consignado un derecho preferente en ese Código y a los (créditos) “privilegiados por derecho común”. El CC, en sus capítulos II y III, prefiere hablar de “preferencia”, palabra que como

---

baste también para satisfacer a éstos), de igual modo que si, voluntariamente, el deudor le hubiera pagado la deuda solo a él”.

También señala MONTÉS PENADÉS, V.; *Derecho de obligaciones y contratos*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 187, que: “*privilegio* que es una cualidad de un crédito que permite a su titular realizar el cobro antes que los demás acreedores, a los que en mayor o menor medida excluye cuando se realiza (esto es, se obtiene el valor) de un determinado bien del deudor o de los bienes, en general, del deudor. Y de *prelación* que, en cambio, es el criterio con que el Código (o, en su caso, la ley aplicable) ordena la concurrencia o colisión de privilegios (o créditos privilegiados) sobre bienes determinados. En suma, como se dice en esta obra: el efecto del privilegio y de la prelación es la preferencia en el cobro, el crédito privilegiado se aparta del conjunto y no va a entrar en el reparto a prorrata; la prelación determina, dentro de los créditos privilegiados, una mayor preferencia”.

Por otro lado, en SCAEVOLA, Q.M.; *CC...*, cit., pág. 704, encontramos que ROCA SASTRE, inspirándose en BONNECASE, define “privilegio no como un derecho, sino como una cualidad o especial modo de ser que la ley atribuye a un crédito, sea éste simple, sea garantía con prenda o con hipoteca. Cuando el privilegio sea cualidad inherente a un crédito simple o no garantizado, tendremos un crédito simplemente privilegiado; se tratará de alguno de los créditos referidos en el artículo 1.924 del CC, los cuales se hacen efectivos naturalmente sobre cualesquiera bienes muebles o inmuebles del deudor, es decir, indiferenciadamente sobre los bienes integrantes de su patrimonio. Cuando el privilegio sea cualidad inherente a un crédito garantizado con un derecho real de prenda o hipoteca, tendremos un crédito singularmente privilegiado; se tratará de los créditos especificados en el artículo 1.922 del CC y de algunos de los contenidos en el artículo 1.923 del mismo, los cuales se hacen efectivos, naturalmente, sobre determinados bienes muebles o inmuebles”.

Y, GULLÓN BALLESTEROS, A.; *Comentarios al CC y Compilaciones Forales...*, cit., pág. 681, detalla que el privilegio significa una excepción a un principio de carácter general en el sentido que los vamos a estudiar. “Es la facultad que tienen determinados acreedores para cobrar con preferencia a otros sobre un bien o bienes de su deudor, y, en consecuencia, una derogación, en favor de determinados créditos, del principio que impone la igualdad de todos los acreedores para el cobro. Esta noción supone necesariamente un conflicto de acreedores. Para determinar la preferencia en cuanto al cobro se acude a la investigación o de la naturaleza o causa del crédito, o del título formal en que consta, o de la persona que es titular del mismo. Surge así la distinción romana entre privilegios por razón de su causa o por razón de la persona”...y TREILHARD, al exponer los motivos del Título XVIII del Libro III, afirmaba que “el privilegio era un derecho que deriva de la cualidad y naturaleza del crédito, no significando en modo alguno un favor personal, sino un derecho adquirido sobre una justicia rigurosa”...el Proyecto de 1851 definía el privilegio en el artículo 1.925 como “el derecho que concede la ley a un acreedor para ser pagado con preferencia a otros acreedores. Los privilegios son generales sobre todos los bienes del deudor, o especiales sobre los bienes expresamente determinados por la ley”. En artículos posteriores la palabra “privilegio” se repite constantemente. Posteriormente el Anteproyecto 1882-1888, de donde se calcan muchas normas por el CC, y que seguía al Proyecto de 1851 en esta materia, suprime la definición del privilegio y sus clases, y así para el CC.

la de prioridad o la de prelación, dejan sin efecto el principio de *par condicio creditorum* inherente al privilegio, entendido como condición o cualidad, por el que todos los acreedores deben ser tratados por igual respecto a sus derechos sobre los bienes del deudor para que todos sufran en proporción la eventual insuficiencia del patrimonio del deudor para afrontar la totalidad de las deudas que pesan sobre él.

Para GULLÓN<sup>150</sup>, POPLAWSKI es el autor que con más rigor y perfección ha estudiado el desenvolvimiento histórico del privilegio destacando la tendencia a la supresión de privilegios personales. Tendencia que tiene su culminación en el Código Napoleón con la definición del artículo 2.095: “El privilegio es un derecho que la cualidad del crédito otorga a un acreedor de ser preferido a otros acreedores, aún los hipotecarios”.

Pero nuestro CC en contraste con el modelo francés y con el Proyecto de 1851, no define el privilegio. Dicha omisión carece de trascendencia ya que el CC sigue reconociendo o regulando preferencias para el cobro sobre determinados y específicos bienes muebles o inmuebles, y sobre bienes muebles e inmuebles indiscriminante, en suma, lo que histórica, tradicional y legislativamente se ha conocido como privilegios especiales y generales, respectivamente. Pero tal y como indica GULLÓN, hubiera sido útil la definición del privilegio para comprender a qué se refiere el artículo 1.924.3, cuando habla de “privilegio especial”, o el artículo 1.520 del “privilegio” como derecho accesorio de un crédito, o el artículo 1.852, “de privilegios”. Ante esta falta de definición, el intérprete ha de obtener necesariamente de la regulación positiva de las preferencias para el cobro y de los antecedentes históricos y legislativos lo que el legislador omite. Y para terminar con este autor añadimos que los privilegios presentan las siguientes características:

---

<sup>150</sup> GULLÓN BALLESTEROS, A.; *Comentarios al CC y Compilaciones Forales...*, cit., págs. 681 y 682. En el Derecho francés destaca la monografía de POPLAWSKI, *La notion de privilège en droit romain et en droit civil français*, Burdeos, 1913.

- Son exclusivamente legales en su creación: ya que la sola voluntad de las partes no puede crear un privilegio ni modificar su rango; sin perjuicio de que puedan hacerlo todos los acreedores en virtud de acuerdo común.
- Están taxativamente determinados por la ley y destinados a garantizar ciertos créditos por razón de su causa exclusivamente, o excepcionalmente, por el título en que constan.
- Son de estricta interpretación, como derogatorios de la regla *par condicio creditorum*.
- Son accesorios del crédito, de tal manera que si no se transmite no puede cambiar el titular del privilegio (art. 1.528), es decir, carece de autonomía, de existencia independiente. No se puede negociar ni disponer de los privilegios con separación del crédito del que son accesorios.
- Y además DE ÁNGEL YÁGÜEZ<sup>151</sup> añade que el privilegio es indivisible, en dos sentidos: primero porque la división del crédito privilegiado no impide a cada uno de los acreedores poder cobrarse sobre la totalidad del precio o cosa afectada, ya que la causa del privilegio sigue existiendo, pertenezca el crédito a uno o a varios. Y segundo, la preferencia existe hasta que el crédito ha sido pagado íntegramente. El pago parcial del crédito no “divide” el privilegio.

En cuanto al ámbito de eficacia del privilegio, podemos decir siguiendo a DE ÁNGEL YÁGÜEZ<sup>152</sup> que son posibles dos formas de ejercicio del privilegio:

- La concursal que se produce dentro de un concurso de acreedores o de una ejecución colectiva, y se lleva a cabo de acuerdo con las normas relativas a la graduación de los créditos concurrentes.

---

<sup>151</sup> DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R.; Comentario del CC...cit.; pág. 240.

<sup>152</sup> DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R.; Comentario del CC...cit.; pág. 235.

- La extraconcurzal que supone un conflicto estrictamente individual entre dos acreedores y se encauza judicialmente a través de la tercería de mejor derecho (dos ejecuciones simultáneas contra un mismo deudor y un mismo bien).

En lo que se refiere a la extinción del privilegio nuestro CC guarda silencio, pero a pesar de no existir normas especiales, por aplicación de los principios generales y siguiendo con el mismo autor, encontramos los siguientes supuestos:

- Por pérdida de la cosa, si se trata de un privilegio especial porque con los privilegios generales, la desaparición de algún bien concreto del patrimonio del deudor no perjudica al titular del crédito privilegiado.
- Pérdida consistente en la salida de la cosa del patrimonio del deudor, siendo un privilegio especial, porque éste la ha enajenado.
- El artículo 1.929 parece dar pie a la posibilidad de que el privilegio se extinga por prescripción, ya que habla del caso en que “hubiese prescrito el derecho a la preferencia”, es decir, por falta de ejercicio del privilegio en el plazo marcado por la ley.
- Además GULLÓN<sup>153</sup> añade que el privilegio puede ser renunciado por el acreedor;
- Y por transformación de la cosa, aquí distingue que:
  - Si el privilegio especial recae sobre cosa mueble la transformación afecta solo a la calificación jurídica de la misma, si se integra después del nacimiento del crédito en una relación pertenencial. Y cree que el privilegio se pierde en el momento en que su objeto específico desaparece.
  - Si el privilegio especial recae sobre bienes inmuebles, no hay más que aplicar la teoría de la extinción de la hipoteca

---

<sup>153</sup> GULLÓN BALLESTEROS, A.; *Comentarios al CC y Compilaciones Forales...*, cit., págs. 686 y 687.

por transformación del objeto, dado que esos privilegios que recoge el artículo 1.923, no son más que hipotecas o garantías muy afines a la misma (anotaciones de embargo). Solo para el privilegio del artículo 1.923-5º, cabe plantear el problema, que tendría la misma solución que la transformación material de cosa mueble, es decir, si la cosa inmueble viene convertida en mueble, o la cosa inmueble se transforma en los términos del artículo 869.1, el privilegio desaparecería. No obstante, en estos casos no hay más que una extinción parcial de la cosa afecta al privilegio, pues queda siempre el suelo.

Como ya hemos comentado, desde la puesta en vigor el 1 de septiembre de 2004 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, el art. 1.921 CC indica: "...en caso de concurso, la clasificación y graduación de los créditos se regirá por lo establecido en la LC". Así pues acudimos al art. 90 LC para conocer qué se entiende actualmente por créditos con privilegio especial: "1. Son créditos con privilegio especial:

1.º Los créditos garantizados con hipoteca voluntaria o legal, inmobiliaria o mobiliaria, o con prenda sin desplazamiento, sobre los bienes o derechos hipotecados o pignorados.

2.º Los créditos garantizados con anticresis, sobre los frutos del inmueble gravado.

3.º Los créditos refaccionarios, sobre los bienes refaccionarios, incluidos los de los trabajadores sobre los objetos por ellos elaborados mientras sean en propiedad o estén en posesión del concursado.

4.º Los créditos por cuotas de arrendamiento financiero o plazos de compraventa con precio aplazado de bienes muebles o inmuebles, a favor de los arrendadores o vendedores y, en su caso, de los financiadores, sobre los bienes arrendados o vendidos con reserva de dominio, con prohibición de disponer o con condición resolutoria en caso de falta de pago.

5.º Los créditos con garantía de valores representados mediante anotaciones en cuenta, sobre los valores gravados.

6.º Los créditos garantizados con prenda constituida en documento público, sobre los bienes o derechos pignorados que estén en posesión del acreedor o de un tercero. Si se tratare de prenda de créditos, bastará con que conste en documento con fecha fehaciente para gozar de privilegio sobre los créditos pignorados. La prenda en garantía de créditos futuros solo atribuirá privilegio especial a los créditos nacidos antes de la declaración de concurso, así como a los créditos nacidos después de la misma, cuando en virtud del artículo 68 se proceda a su rehabilitación o cuando la prenda estuviera inscrita en un registro público con anterioridad a la declaración del concurso.

2. Para que los créditos mencionados en los números 1º a 5º del apartado anterior puedan ser clasificados con privilegio especial, la respectiva garantía deberá estar constituida con los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros, salvo que se trate de hipoteca legal tácita o de los refaccionarios de los trabajadores”.

Y recientemente, el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal ha añadido un apartado 3 a este artículo 90 LC:

“3. El privilegio especial solo alcanzará la parte del crédito que no exceda del valor de la respectiva garantía que conste en la lista de acreedores, calculada de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 94. El importe del crédito que exceda del reconocido como privilegiado especial será calificado según su naturaleza”.

Artículo 94.5 LC que también ha sido añadido por dicho Real Decreto-ley, y dice:

“5. A los efectos del artículo 90.3, se expresará el valor de las garantías constituidas en aseguramiento de los créditos que gocen de privilegio

especial. Para su determinación se deducirán, de los nueve décimos del valor razonable del bien o derecho sobre el que esté constituida la garantía, las deudas pendientes que gocen de garantía preferente sobre el mismo bien, sin que en ningún caso el valor de la garantía pueda ser inferior a cero, ni superior al valor del crédito privilegiado ni al valor de la responsabilidad máxima hipotecaria o pignoraticia que se hubiese pactado.

A estos exclusivos efectos se entiende por valor razonable:

- a) En caso de valores mobiliarios que coticen en un mercado secundario oficial o en otro mercado regulado o de instrumentos del mercado monetario, el precio medio ponderado al que hubieran sido negociados en uno o varios mercados regulados en el último trimestre anterior a la fecha de declaración de concurso, de conformidad con la certificación emitida por la sociedad rectora del mercado secundario oficial o del mercado regulado de que se trate.
- b) En caso de bienes inmuebles, el resultante de informe emitido por una sociedad de tasación homologada e inscrita en el Registro Especial del Banco de España.
- c) En caso de bienes distintos de los señalados en las letras anteriores, el resultante de informe emitido por experto independiente de conformidad con los principios y las normas de valoración generalmente reconocidos para esos bienes.

Los informes previstos en las letras b) y c) no serán necesarios cuando dicho valor hubiera sido determinado por experto independiente, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de declaración de concurso, ni cuando se trate de efectivo, cuentas corrientes, dinero electrónico o imposiciones a plazo fijo.

Si concurrieran nuevas circunstancias que pudieran modificar significativamente el valor razonable de los bienes, deberá aportarse nuevo informe de experto independiente.

En el caso de que la garantía a favor de un mismo acreedor recaiga sobre varios bienes, se sumará la resultante de aplicar sobre cada uno de los bienes la regla prevista en el primer párrafo de este apartado, sin

que el valor conjunto de las garantías pueda tampoco exceder del valor del crédito del acreedor correspondiente.

En caso de garantía constituida en proindiviso a favor de dos o más acreedores, el valor de la garantía correspondiente a cada acreedor será el resultante de aplicar al valor total del privilegio especial la proporción que en el mismo corresponda a cada uno de ellos, según las normas y acuerdos que rijan el proindiviso”.

En relación con los acreedores con privilegio general o especial respectivamente, el art. 94.2 ha sido modificado por el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre y añade que “...Los acreedores con privilegio general o especial respectivamente, deberán estar incluidos en las siguientes clases:

1.º Laborales, entendiéndose por tales los acreedores de derecho laboral. Quedan excluidos los vinculados por la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección en lo que exceda de la cuantía prevista en el artículo 91.1.º

2.º Públicos, entendiéndose por tales los acreedores de derecho público.

3.º Financieros, entendiéndose por tales los titulares de cualquier endeudamiento financiero con independencia de que estén o no sometidos a supervisión financiera.

4.º Resto de acreedores, entre los cuales se incluirán los acreedores por operaciones comerciales y el resto de acreedores no incluidos en las categorías anteriores...”

Y es que tal y como se dispone en la Introducción (III) de dicho Real Decreto-ley:

“Respecto al convenio concursal, se introducen, en primer lugar, previsiones análogas a las de la disposición adicional cuarta de la LC (en redacción dada por el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo) relativas a la valoración de las garantías sobre las que recae el privilegio especial. Para ello se modifican los artículos 90 y 94 de la LC. De este modo se sigue manteniendo una regla que parece no solo la más



razonable desde el punto de vista económico sino que también es una síntesis de las reglas vigentes en nuestro derecho acerca de la purga de las garantías posteriores, del mantenimiento de las preferentes y de la atribución del eventual sobrante en caso de ejecución por parte de alguno de los titulares de garantías reales. Parece, en efecto, difícil cuestionar que para obtener el verdadero valor de una garantía es necesario deducir del valor razonable del bien sobre el que ésta recae el importe de los créditos pendientes que gocen de garantía preferente sobre el mismo bien. También parece una regla de prudencia reducir dicho valor razonable en un diez por ciento por cuanto la garantía, de hacerse efectiva, requerirá la ejecución del bien o derecho sobre el que esté constituida, lo cual entraña unos costes y dilaciones que reducen el valor de la garantía en, al menos, dicho porcentaje.

Piénsese que de no adoptarse una medida como la presente resulta que los créditos privilegiados pueden multiplicarse ad infinitum cuando su garantía recae sobre un mismo bien, sin que el valor de dicho bien se vea en absoluto incrementado. Por poner un ejemplo práctico, hoy por hoy es posible tener cinco hipotecas de 100 sobre un bien que vale 100, llegándose así al absurdo de tener un pasivo privilegiado a efectos concursales por 500 garantizados por un bien que vale 100. No debe olvidarse, por otro lado, que uno de los principios que debe necesariamente regir el concurso es el de *pars conditio creditorum* y que la extensión indefinida de los privilegios es una contradicción palmaria de dicho principio. Además, el resultado práctico es que los acreedores que se benefician de dichas garantías únicamente tendrán un derecho de abstención que en nada beneficiará al convenio y a la continuidad de la empresa, y que en ningún caso garantizará el cobro efectivo de su deuda, menos aún si el concursado debe ir a liquidación. Téngase en cuenta que, en caso de liquidación o incluso de ejecución singular del bien hipotecado, el acreedor recibirá como mucho el valor de la garantía. Del resto de crédito no cubierto por la garantía, no cobrará más que aquella parte que hubiera quedado indemne en el

convenio, aunque muy probablemente menos en un contexto de liquidación y no de empresa en funcionamiento.

Tampoco puede considerarse que la determinación del valor de la garantía sea un recorte del crédito garantizado. Es simplemente una valoración diferenciada del derecho principal y del derecho accesorio. No se pone en cuestión el derecho principal, sino que se permite aclarar qué parte del mismo se beneficiará del derecho accesorio y cuál no, debiendo en la segunda recibir el mismo trato que corresponda al crédito según su naturaleza”.

Las normas sobre clasificación de créditos de los artículos 1.922, 1.923 y 1.924 del Código tienen una aplicación integral en los supuestos de procedimientos concursales de ejecución colectiva donde la clasificación de los créditos es condición *sine que non* para el pago, por lo que el artículo 1.268 de la LEC/1881 fue derogado por el artículo 1.921 del CC. Pero no solo tienen aplicación las normas sobre preferencia y graduación de créditos<sup>154</sup> en los supuestos concursales, sino que dotan de un especial vigor al crédito a que se refieren y existe la vía procesal a la tercería para hacer efectivo el privilegio, aunque no exista ejecución universal<sup>155</sup>.

Las normas de estos tres artículos han sustituido a las del Derecho anterior al Código, en el que, según CASTÁN citado por SCAEVOLA<sup>156</sup>, se solían clasificar los créditos atendiendo a cinco motivos diferentes: la razón de dominio, el privilegio, la naturaleza de la garantía real que les

---

<sup>154</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.; “Algunas acotaciones civilistas al Proyecto de LC”...cit., pág. 169. El capítulo que en el CC se llama graduación, preferencia o prelación, el Proyecto de LC de 2003, que más adelante estudiaremos, lo denominó clasificación de créditos. Dicho autor reconoce que los autores del Proyecto realizaron un esfuerzo por simplificar la materia, la regla continuaría siendo la *par condicio creditorum* y por ello una clara excepcionalidad de los privilegios que siempre encontraban su fundamento en razones de política jurídica, que muchas veces es también política económica.

<sup>155</sup> SCAEVOLA, Q.M.; CC..., cit., pág. 702.

<sup>156</sup> SCAEVOLA, Q.M.; CC..., cit., pág. 705.

acompañara, la forma en que se hallaren constituidos y el tiempo y fecha de su constitución.

Artículo 1.922: “Con relación a determinados bienes muebles del deudor, gozan de preferencia:

1.º Los créditos por construcción, reparación, conservación o precio de venta de bienes muebles que estén en poder del deudor, hasta donde alcance el valor de los mismos.

2.º Los garantizados con prenda que se halle en poder del acreedor, sobre la cosa empeñada y hasta donde alcance su valor.

3.º Los garantizados con fianza de efectos o valores, constituidos en establecimiento público o mercantil, sobre la fianza y por el valor de los efectos de la misma.

4.º Los créditos por transporte, sobre los efectos transportados, por el precio del mismo, gastos y derechos de conducción y conservación, hasta la entrega y durante treinta días después de ésta.

5.º Los de hospedaje, sobre los muebles del deudor existentes en la posada.

6.º Los créditos por semillas y gastos de cultivo y recolección anticipados al deudor, sobre los frutos de la cosecha para que sirvieron.

7.º Los créditos por alquileres y rentas de un año, sobre los bienes muebles del arrendatario existentes en la finca arrendada y sobre los frutos de la misma.

Si los bienes muebles sobre que recae la preferencia hubieren sido sustraídos, el acreedor podrá reclamarlos de quien los tuviese, dentro del término de treinta días, contados desde que ocurrió la sustracción”.

El artículo 1.922 nos dice qué créditos gozan de preferencia sobre determinados bienes muebles del deudor, es decir, qué créditos privilegiados, singularmente privilegiados, en relación con determinados bienes muebles del deudor y el acreedor, en caso de ejecución o embargo de dichos bienes podrá hacer valer su derecho a ser pagado, con preferencia a otros acreedores no privilegiados, con el precio de

dichos bienes. Por lo que exige una colisión de acreedores que pretendan hacer efectivo sobre un mismo bien sus créditos.

Pasamos a comentar los apartados que componen dicho artículo:

1. ° Créditos por construcción, reparación, conservación, o precio de bienes muebles enajenados:

La razón de la preferencia otorgada a estos créditos consiste en que sin esos gastos no existirían dichos bienes. El legislador otorga un derecho de preferencia para el cobro a los créditos por construcción, conservación o reparación de bienes muebles que estén en poder del deudor, no simplemente a los gastos que se han efectuado para ello.

Al ser estos créditos de naturaleza diferente los estudiaremos por separado tal y como hace YAGÜEZ<sup>157</sup>.

A) Créditos por construcción o reparación de los bienes:

El fundamento de este privilegio en el caso de la construcción está en la cosa y en el caso de la reparación en su mayor valor, ambos son consecuencia de la actividad del acreedor que ha hecho posible que el valor del bien en cuestión, o su incremento se integren en el patrimonio del deudor.

B) Créditos por conservación de un bien mueble:

Por conservación entendemos la actividad necesaria para evitar el deterioro total o parcial, no para mantener la cosa en su estado ordinario de uso.

C) Créditos por el precio de venta de un bien mueble:

Se supone que la justificación de este privilegio está en el interés de proteger las transacciones y la seguridad del tráfico jurídico. DÍEZ-PICAZO<sup>158</sup>, quien estima, además, que su razón de ser reposa sobre la

---

<sup>157</sup> DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.; Comentario del CC...cit.; págs. 247-251.

<sup>158</sup> DÍEZ-PICAZO, L.; Fundamentos del Derecho civil patrimonial, t. II, 5ª ed., Madrid, 1996, pág. 761.

idea de que el vendedor no debe quedar desplazado del bien vendido cuando él todavía no ha cobrado el precio, y que si los demás acreedores entraran en pie de igualdad con él en la distribución del precio obtenido, se originaría para éstos últimos un enriquecimiento injusto.

LACRUZ BERDEJO<sup>159</sup> considera que quien ha introducido un acrecimiento de valor en el patrimonio del deudor debe ser pagado con él antes que los otros acreedores.

Según GULLÓN<sup>160</sup>, el privilegio del vendedor de bienes muebles por el precio no pagado, igualmente tiene lugar si la venta ha sido al contado o a crédito, no solo porque la ley no distingue en modo alguno, sino también porque su evolución histórica confirma que ambos vendedores son tratados por igual. Y la doctrina francesa, que ha dedicado siempre particular atención a este privilegio, seguramente por haber nacido en realidad en el antiguo Derecho francés, sostiene casi unánimemente que descansa en la idea de evitar un enriquecimiento a los demás acreedores, dado que gozarían de una mayor garantía para el pago de sus créditos como consecuencia de la entrada en el patrimonio del deudor de un objeto sin que, en contrapartida, haya sufrido una disminución.

2. ° Los garantizados con prenda que se halle en poder del acreedor, sobre la cosa empeñada y hasta donde alcance su valor.

3. ° Los garantizados con fianza de efectos o valores, constituidos en establecimiento público o mercantil, sobre la fianza y por el valor de los efectos de la misma.

---

<sup>159</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L.; *Elementos de Derecho civil*, II (Derecho de obligaciones), v. Primero, 5ª ed.,...cit.; pág. 277.

<sup>160</sup> GULLÓN BALLESTEROS, A.; *Comentarios al CC y Compilaciones Forales...*, cit., pág. 700.

Ambos apartados se refieren al singular privilegio que el crédito pignoraticio tiene sobre la cosa entregada en prenda, constituida ésta en la normal forma de prenda en poder del acreedor, sea constituida sobre efectos o valores en establecimiento público o mercantil.

Así, tal y como indica SCAEVOLA<sup>161</sup>, el artículo 1.922 del Código viene a completar la Sección primera del Capítulo II del Título XV del Libro IV, en el sentido de otorgar al acreedor pignoraticio, al lado del derecho de retención del artículo 1.866, y el de vender la cosa empeñada para hacerse pago del crédito, bien sea judicialmente, bien por el procedimiento extrajudicial del artículo 1.872 – que, junto a los derechos de reembolso de gastos, abono de intereses y ejercicio de acciones (arts. 1.867, 1.868 y 1.869) delimitan las posibilidades y facultades del acreedor – la preferencia en caso de concurrencia con créditos de los no enumerados en el artículo 1.922.

En cuanto a los créditos pignoraticios, cabe decir que a pesar de que conceptualmente derecho real y privilegio sean cosas distintas, esto no impide que el presente número del artículo 1.922 incluya entre los privilegios un derecho real de garantía como es la prenda<sup>162</sup>.

Siguiendo palabras de MANRESA<sup>163</sup>, la preferencia se funda en la naturaleza y efectos de la prenda, porque al constituirla en poder del acreedor prendario, si bien no se despoja por completo de su dominio el deudor, sale de poder del mismo hasta la extinción del débito, y por eso no puede quedar afectada a las obligaciones de aquél mientras esté vivo o subsista el crédito prendario o pignoraticio, y excluye, en su virtud, a

---

<sup>161</sup> SCAEVOLA, Q.M.; CC..., cit., pág. 714.

<sup>162</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L.; *Elementos de Derecho civil, II* (Derecho de obligaciones), v. primero, 2º ed.,...cit., pág. 278, indica que en este caso el privilegio está sustituido por el derecho real a cobrar sobre la cosa, derecho que, como todos los reales, se ordena jerárquicamente y subsiste cuando el objeto dado en prenda se encuentre en poder de un tercero. Y GULLÓN BALLESTEROS, A.; *La prelación de créditos en el CC*, Barcelona, 1962, pág. 18, que pone de que el privilegio es constituido directamente por la ley, a diferencia del “privilegio” propio del acreedor pignoraticio donde la causa de su preferencia originada por la constitución de los derechos de garantía, ha sido creada por la voluntad de las partes.

<sup>163</sup> MANRESA Y NAVARRO, J.M.; *Comentarios al CC Español...*, cit., págs. 967 y 968.

los demás hasta donde alcance el valor de la prenda. Por esta razón concede la ley a dichos acreedores, como a los hipotecarios, el derecho de abstenerse de concurrir a la junta de convenio y de tomar parte en la votación del mismo en el caso de concurrir. Y continua diciendo que el derecho de prenda no se adquiere sino con la cosa pignorada, ni se conserva más que con la posesión, porque si la cosa dada en prenda pudiera ser aplicada a otras obligaciones preferentes al crédito a que sirve de garantía, desde ese momento, y por el solo hecho de esa aplicación, perdería el contrato de prenda la garantía que constituye su especial naturaleza, y dejaría de subsistir con dicho carácter el crédito derivado del mismo.

Y en lo que se refiere a los créditos asegurados con fianza de efectos o valores del apartado tercero, según MANRESA, se constituyen para garantizar obligaciones determinadas, y al celebrarse el contrato se establece por mutuo acuerdo de las partes el alcance de la responsabilidad de dicha fianza, la cual, dentro de estos términos, queda afecta principal y exclusivamente al cumplimiento de toda otra obligación. Por eso el acreedor en este caso puede hacer efectivo su crédito con preferencia a todo otro acreedor, no solo con el importe de la fianza, sino hasta donde alcance el valor de los efectos en que consista, cuando la fianza citada se hallare constituida en algún establecimiento público mercantil, pues al salir de poder del fiador dichos efectos con tal destino se hallan en el mismo caso que los bienes pignorados en garantía de un crédito determinado.

Para GULLÓN<sup>164</sup>, la garantía a la que impropriadamente se le denomina fianza se trata de una prenda. La fianza es una garantía personal; una persona es la que debe pagar o cumplir con el deudor (art. 1.822). En cambio aquí, lo que procede es la satisfacción del acreedor sobre los efectos o valores y no exigir a otra persona la obligación del deudor. Entiende que los efectos o valores lo mismo pueden ser propiedad del

---

<sup>164</sup> GULLÓN BALLESTEROS, A.; *Comentarios al CC y Compilaciones Forales...*, cit., pág. 711.

deudor que de un tercero que los constituye en seguridad del crédito. Y en cuanto a la venta a plazos de bienes muebles con reserva de dominio reguladas por la Ley de 1965, dice que al acreedor se le otorga la misma consideración que al acreedor prendario en el artículo 1.922,2, del CC en cuanto a la preferencia para el cobro, pero no se determina ninguna otra condición que debe reunir. Cree dicho autor que la preferencia la ostenta mientras la cosa esté en poder del deudor.

4. ° Los créditos por transporte, sobre los efectos transportados, por el precio del mismo, gastos y derechos de conducción y conservación, hasta la entrega y durante treinta días después de ésta.

En el Proyecto de 1851 se privilegiaba solo “el precio del transporte, sobre los efectos transportados”, sin embargo, el CC mantiene el privilegio pese a la entrega, y amplía los créditos privilegiados.

Este precepto se refiere a que el crédito por transporte vive, como singularmente privilegiado, sobre los bienes muebles en poder del deudor, hasta la entrega y treinta días después de ésta. Aquí, el crédito privilegiado es el consistente en el precio del transporte mismo así como en los gastos derivados de la conducción y conservación de la cosa y recae sobre los efectos transportados, propiedad del deudor. Y, en todo caso, las cosas afectas al privilegio han de estar en poder el transportista o de aquel a quien se hubiese hecho la entrega subsistiendo solo durante los treinta días después de tal entrega. Este plazo no significa reipersecutoriedad alguna, sino únicamente que dentro de él ha de haberse ejercitado por el acreedor la acción para el cobro de crédito<sup>165</sup>.

5° Los de hospedaje, sobre los muebles del deudor existentes en la posada.

---

<sup>165</sup> DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R.; Comentario del CC...cit.; pág. 259 y 260.



El privilegio del posadero tiene un origen histórico claramente francés ya que deriva del artículo 175 de la Costumbre de París, que lo concedía sobre los bienes y caballos hospedados, junto con un derecho de retención de tales bienes hasta que el posadero estuviera pagado.

Como bien dice GULLÓN<sup>166</sup>, el CC habla de “muebles del deudor existentes en la posada”, así que la persona que alegue este privilegio requiere una dedicación al hospedaje. Este privilegio recae sobre los bienes del deudor existentes en la posada, por lo que no solo comprende los efectos de viaje, sino también los que introduce el huésped durante su estancia y el vehículo o vehículos también estarán afectos a dicho privilegio si se dejan en el recinto del hotel, albergue, etc., pero no cuando se abone un precio distinto y separado al del hospedaje por el estacionamiento del vehículo.

6. ° Los créditos por semillas y gastos de cultivo y recolección anticipados al deudor, sobre los frutos de la cosecha para que sirvieron.

Podemos recoger de MANRESA<sup>167</sup>, que ya en la ley 6ª, título XI, libro X, de la Novísima Recopilación, se recogía esta preferencia, pues si bien en ella se estableció que “en los frutos de las tierras debían ser preferidos los señores de ellas por su renta a todos los otros acreedores de cualquier calidad”, quedó a salvo el privilegio indicado por la razón expuesta de no poder estimarse como frutos más que el resto que sobrase después de cubrir los gastos hechos para producirlos.

Cuando se hubieren facilitado semillas o anticipado los gastos de cultivo y recolección, tendrá el acreedor derecho de hacer efectivo con los frutos de la cosecha para que sirvieron, y con preferencia a todo crédito, el producido por dichos conceptos. Dicho privilegio alcanza no solo a los frutos pendientes, sino también a las cosechas levantadas, recogidas y engraneras, siempre que no hubieren sido enajenadas, ya

---

<sup>166</sup> GULLÓN BALLESTEROS, A.; *Comentarios al CC y Compilaciones Forales...*, cit., págs. 713-715.

<sup>167</sup> MANRESA Y NAVARRO, J.M.; *Comentarios al CC Español...*, cit., págs. 971 y 972.

que si hubiesen sido vendidas con anterioridad, aunque continuasen en poder del deudor, no podría hacerse extensivo a ellos el privilegio, porque habiendo salido ya del dominio del deudor, solo puede tenerlos éste en el concepto de depósito.

7º. Los créditos por alquileres y rentas de un año, sobre los bienes muebles del arrendatario existentes en la finca arrendada y sobre los frutos de la misma.

Para el estudio de este punto nos centramos en MANRESA<sup>168</sup>, quien resume que en el Derecho romano era conocido este privilegio con el nombre de prenda o hipoteca tácita o legal, pero sus efectos o extensión eran distintos según se trataba de un predio urbano donde el propietario tenía la preferencia derivada del mismo sobre todos los efectos introducidos por el inquilino en el predio para su uso perpetuo o permanente, o predio rústico donde solo le correspondía sobre los frutos (Ley 7ª, título I, libro XX del Digesto, y ley 7ª, título XV, libro VIII, del Código), si no producía fruto alguno la finca se equiparaba a la urbana. Más tarde, las Partidas extendieron el privilegio a los bienes muebles introducidos en el predio rústico, siempre que la introducción se hiciese sabiéndolo el dueño (Ley 5ª, título VIII, de la Partida 5ª), pero esa distinción ha sido censurada por algunos tratadistas que no encuentran en ella motivo suficiente que la justifique.

Este artículo no admite ni la distinción romana ni la de la legislación de Partidas, siguiendo el ejemplo de los demás Códigos modernos. Hace extensivo el privilegio en igualdad de circunstancias y con identidad de extensión a los predios urbanos y rústicos porque las razones en que se funda son las mismas en uno y otro caso, e idéntico debe ser el derecho concedido en ambos al propietario.

---

<sup>168</sup> MANRESA Y NAVARRO, J.M.; *Comentarios al CC Español...*, cit., págs. 972 y 973.

Resumiendo este punto, tal y como hace SCAEVOLA<sup>169</sup>, podemos decir que el CC no distingue entre predios rústicos o urbanos ni si el arrendador conocía o no la introducción de los muebles de la finca. Aquí el privilegio existe tanto sobre los bienes del arrendatario existente en la finca – sin distinguir si se trata o no de aperos de labranza – cuanto sobre los frutos de ésta, sin distinguir tampoco su situación de pendientes o separados, por lo que cabe hacer la misma consideración que respecto del apartado anterior.

“...Si los bienes muebles sobre que recae la preferencia hubieren sido sustraídos, el acreedor podrá reclamarlos de quien los tuviese, dentro del término de treinta días, contados desde que ocurrió la sustracción”.

A continuación del precepto del número 7. ° del artículo que estamos comentando se encuentra este párrafo el cual dispone que si hubieren sido sustraídos los bienes muebles sobre los que recae la preferencia, el acreedor podrá reclamarlos de quien los tuviese, dentro del término de treinta días, contados desde que ocurrió la sustracción.

La duda viene si este derecho concedido al acreedor se refiere a todos los casos comprendidos en los siete números de que consta el artículo 1.922, o solo a los créditos por alquileres y rentas de un año. Respecto a ello MANRESA<sup>170</sup> comenta que al hallarse dicho párrafo al final del artículo y aparte, igual puede entenderse como prescripción relativa al último de los números expuestos en aquél, que como disposición independiente extensiva a todos los casos de preferencia, con relación a los bienes muebles del deudor en ellos determinados. Pero, finalmente, indica que la razón de derecho es la misma en todos los casos del artículo 1.922.

---

<sup>169</sup> SCAEVOLA, Q.M.; *CC...*, cit., pág. 714.

<sup>170</sup> MANRESA Y NAVARRO, J.M.; *Comentarios al CC Español...*, cit., págs. 974 y 975.

Sin embargo, SCAEVOLA<sup>171</sup> opina que este párrafo es aplicable solamente al supuesto contemplado en el número séptimo del artículo, que regula la preferencia del acreedor.

Artículo 1.923: “Con relación a determinados bienes inmuebles y derechos reales del deudor, gozan de preferencia:

1.º Los créditos a favor del Estado, sobre los bienes de los contribuyentes, por el importe de la última anualidad, vencida y no pagada, de los impuestos que graviten sobre ellos.

2.º Los créditos de los aseguradores sobre los bienes asegurados por los premios del seguro de dos años; y, si fuere del seguro mutuo, por los dos últimos dividendos que se hubiesen repartido.

3.º Los créditos hipotecarios y los refaccionarios, anotados e inscritos en el Registro de la Propiedad, sobre los bienes hipotecados o que hubiesen sido objeto de la refacción.

4.º Los créditos preventivamente anotados en el Registro de la Propiedad, en virtud de mandamiento judicial, por embargos, secuestros, o ejecución de sentencias, sobre los bienes anotados, y solo en cuanto a créditos posteriores.

5.º Los refaccionarios no anotados ni inscritos, sobre los inmuebles a que la refacción se refiera, y solo respecto a otros créditos distintos de los expresados en los cuatro números anteriores”.

En esta materia el CC no ha hecho más que recoger lo que disponía la LH de 1869, casi reproducción en este punto de la de 1861, y cuyos preceptos se mantienen vigentes en la actual. La LH de 1861 acabó con el gran número de hipotecas tácitas y privilegiadas que existían en nuestro antiguo Derecho, clandestinas en tanto eran desconocidas para los adquirentes o acreedores hipotecarios del inmueble, con grave perjuicio para el crédito territorial por la inseguridad de la garantía que

---

<sup>171</sup> SCAEVOLA, Q.M.; CC..., cit., pág. 721

podía favorecer su concesión y circulación. De ahí que se implantasen los principios de especialidad y publicidad en las hipotecas<sup>172</sup>.

Dicho de otro modo por SCAEVOLA<sup>173</sup>, el artículo 1.923 señala la preferencia de créditos en relación con determinados bienes inmuebles y derechos reales del deudor. No señala definitivamente preferencia de créditos, sino tan solo en el caso de que concurran los enumerados en él con otros distintos y que se pretenda hacerlos efectivos contra determinados bienes inmuebles del deudor. Ahora, dicho artículo que comentamos no nos señala todos los créditos que gozan de preferencia sobre determinados bienes inmuebles, pues las leyes fiscales, la ley de contrato de trabajo y, sobre todo, la LH han venido a añadir a los créditos enumerados en este artículo otros asimismo singularmente privilegiados sobre determinados bienes inmuebles del deudor, y a modificar en parte dicho artículo. La preferencia de créditos señalada en este artículo, en ocasiones, tiene su fundamento en las propias calidades del crédito, y en otras, en la hipoteca o anotación registral con que se protege, así que cabe distinguir entre:

- Crédito singularmente privilegiado respecto a determinados inmuebles del deudor.
- Hipoteca legal que, en garantía de determinados créditos, obliga la ley a constituir.
- Hipoteca voluntariamente constituida en garantía de una obligación, o bien constituida en cumplimiento de una obligación de hipotecar de origen convencional, por ejemplo, pero no de origen legal.

Cinco son los conceptos o motivos por los que es concedida esta preferencia especial, y siguiendo el orden ya establecido, pasamos a comentar cada uno de ellos:

---

<sup>172</sup> GULLÓN BALLESTEROS, A.; *Comentarios al CC y Compilaciones Forales...*, cit., pág. 694.

<sup>173</sup> SCAEVOLA, Q.M.; *CC...*, cit., pág. 729.

1.º Los créditos a favor del Estado, sobre los bienes de los contribuyentes, por el importe de la última anualidad, vencida y no pagada, de los impuestos que graviten sobre ellos.

Este apartado ha sufrido sucesivos desenvolvimientos legislativos. La Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1 julio 1911, que fue sustituida por la Ley General Presupuestaria de 1977, le daba en su artículo 12 prelación<sup>174</sup> “sobre cualquier otro acreedor y sobre el tercer adquirente, aunque hayan inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad”, no solo por la anualidad vencida última, sino también por la “anualidad corriente”<sup>175</sup>. Así, la ley de 1911 concordando

---

<sup>174</sup> Pero, siguiendo a MANRESA Y NAVARRO, J.M.; *Comentarios al CC Español...*, cit., pág. 978. esta prelación no era absoluta y admitía las siguientes excepciones:

- Los que lo sean por título de dominio o de hipoteca especial, con relación a las fincas comprendidas en la fianza que prestó el deudor a favor de la Hacienda, siempre que aquel título no haya caducado legítimamente y sea de fecha anterior a la del otorgamiento de dicha fianza.
- Los que tengan la misma acción de dominio o de hipoteca especial sobre los bienes del deudor no comprendidos en la fianza, siempre que el título de aquella acción esté vigente...
- Las mujeres por su dote entregada y revestida de todas las solemnidades prescritas por el Derecho común, excluyéndose la dote simplemente confesada, cualquiera que sea la fecha de su otorgamiento.

<sup>175</sup> Tal y como indica GULLÓN BALLESTEROS, A.; *Comentarios al CC y Compilaciones Forales...*, cit., págs. 731-734, la “anualidad corriente” es un problema importante porque la hipoteca legal tácita opera frente a todo acreedor y frente a todo adquirente. Y dice que es obvio que debe fijarse la carga que uno y otro han de soportar por deudas al Estado, provincias y municipios del deudor o transmitente (el artículo 194 del Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la LH (Vigente hasta el 09 de Diciembre de 2007)). únicamente señala lo que es anualidad vencida). Esta cuestión se resolvía en el número 1 del apartado 2 del artículo 130 del Estatuto de la Recaudación aprobado por Decreto de 29 diciembre 1948, según el cual: “la Hacienda tiene derecho de absoluta preferencia para el cobro de la anualidad corriente al ser inscrito el derecho hipotecario o efectuarse la transmisión del dominio de la finca y para el de la última anualidad vencida...”. La anualidad corriente, en el caso del acreedor con garantía registral, habría que ponerla en función de la inscripción de su derecho en el Registro de la propiedad, según se deduce del art. 130. La anualidad que transcurre cuando inscribe es la que gravita sobre la finca y la anterior. Pero la solución no es la misma respecto del adquirente de la finca. Este artículo hablaba del momento de efectuarse la transmisión y no del momento de la inscripción. La sentencia de 21 diciembre 1979 sostiene que es el momento de la inscripción el decisivo ya “que es cuando entra en colisión el derecho que ha tenido acceso al Registro de la propiedad con el privilegio establecido a favor del Estado”, ahora, su aplicación a la hipótesis del adquirente es más que dudosa ya que choca con el artículo 130 del Estatuto, invocado precisamente por la propia sentencia. La sentencia de 23 diciembre 1983 confirma la citada de 1979, y se inclina por la tesis de la fecha, cierta desde luego, de la transmisión. Dice que si se acredita que la adquisición tuvo lugar antes del procedimiento de apremio,

con la LH, con el artículo 271 del Reglamento Hipotecario, aprobado por el Decreto de 14 de febrero de 1947 y cuya última revisión vigente es del 28 de diciembre de 2012, y con el 130 del Estatuto de Recaudación de 29 de diciembre de 1948 (modificado por Decreto de 13 de diciembre de 1962), amplía el privilegio concedido a la Hacienda Pública en el artículo 1.923 del Código en un doble sentido recogido por SCAEVOLA<sup>176</sup>:

- Extendiendo el privilegio a las provincias y los pueblos a quienes se refiere, junto con el Estado, el artículo 194 de la LH. Es decir, el privilegio se hace extensivo a la Hacienda Pública, entendiendo como tal la estatal, provincial y municipal.
- Extendiendo el singular privilegio “para el cobro de la anualidad corriente y de la última vencida y no satisfecha de las contribuciones o impuestos que graven a los bienes inmuebles”.

Según ROCA SASTRE, citado por SCAEVOLA<sup>177</sup>, “Existe, pues, una evidente desarmonía entre las leyes fiscales y la LH y el CC en este punto; divergencia tanto más sensible cuanto que se trata de materia tan fundamental. Ante ella, si bien parecerá preferible inclinarse a favor del sistema del CC, no obstante, por tratarse de un privilegio nacido de una ley especial y posterior, deberá dársele preferencia” y señala que

---

cuando el apremiado ya no era dueño de los bienes embargados, “ha de cesar el procedimiento contra ellos, estén o no inscritos a favor de tercero”.

Por otra parte, GULLÓN añade que se observa que la vieja terminología de anualidad corriente y la última se sustituye por “año natural en que se ejercita la acción administrativa de cobro y el inmediato anterior”, planteándose la cuestión de cuál será ese año natural que se resuelve en el apartado 1 de la regla 19 de la Instrucción general de recaudación de 14 noviembre 1969 : “Se entiende que se ejercita la acción administrativa de cobro, cuando se inicia el procedimiento de recaudación en período voluntario de los débitos correspondientes al ejercicio económico en que se haya inscrito en el Registro el derecho o efectuado la transmisión de los bienes o derecho de que se trata.”. Aquí se vuelve a separar el momento de la inscripción (que juega para los créditos garantizados registralmente) del de la transmisión (que juega para el adquirente), es decir, no se cuenta en este último supuesto el momento en que accede al Registro la adquisición de la finca afectada o gravada con el privilegio.

<sup>176</sup> SCAEVOLA, Q.M.; CC..., cit., pág. 731.

<sup>177</sup> SCAEVOLA, Q.M.; CC..., cit., págs. 731 y 732.

“La LH, su Reglamento y el CC se producen con cierta vaguedad al determinar cuáles son los impuestos que gozan de esta prelación o hipoteca tácita. Al referirse a anualidades y a impuestos que recaen sobre inmuebles, es fundamentalmente la contribución territorial del impuesto que goza de este privilegio, lo que no quiere decir que otros impuestos no otorguen preferencia para ser hechos efectivos sobre bienes inmuebles del deudor, más no puede éste basarse en el precepto que nos ocupa, sino en las normas específicas que reglan el tributo”.

2.º Los créditos de los aseguradores sobre los bienes asegurados por los premios del seguro de dos años; y, si fuere del seguro mutuo, por los dos últimos dividendos que se hubiesen repartido.

El privilegio de los aseguradores, que en su día tuvo su justificación en la conveniencia de fomentar la actividad aseguradora, es unánimemente criticado por la doctrina por entenderse que hoy ya no resulta necesario. Como dice GULLÓN<sup>178</sup>: “La concesión de estas garantías a las aseguradoras carece por completo de sentido en la actualidad, si bien pudo estar justificada en tiempos en que el seguro estaba poco desarrollado y convenía su fomento”. Añade que las compañías aseguradoras ya suelen pactar en las pólizas las cláusulas que amparan sus derechos, aunque no favorezcan al asegurado por lo que no necesitan más garantías. Por lo que entiende el artículo 1.923-2º del CC y sus correspondientes concordantes de la legislación hipotecaria es de nula eficacia práctica este apartado.

3.º Los créditos hipotecarios y los refaccionarios, anotados e inscritos en el Registro de la Propiedad, sobre los bienes hipotecados o que hubiesen sido objeto de la refacción.

---

<sup>178</sup> GULLÓN BALLESTEROS, A.; *Comentarios al CC y Compilaciones Forales...*, cit., pág. 735.



En este párrafo se menciona conjuntamente los créditos hipotecarios y los refaccionarios anotados e inscritos en el Registro de la Propiedad, pero dada su diferente naturaleza encontramos adecuado, tal y como hace DE ÁNGEL YÁGÜEZ<sup>179</sup>, comentarlos por separado:

- En cuanto a las *hipotecas*, pese a que conceptualmente derecho real y privilegio son cosas diferentes, no impide que el presente número 3.º de este artículo 1.923 incluya entre los privilegios un derecho real de garantía como es la hipoteca. Aquí, la razón de ser de la “preferencia” del crédito no radica tanto en la ostentación de un verdadero privilegio, sino en la propia naturaleza del derecho real, en cuanto lleva consigo las facultades de reipersecutoriedad y de realización de valor. Con arreglo a la LH, tal preferencia exige que el crédito hipotecario se inscriba en el Registro de la propiedad por el carácter constitutivo que posee la inscripción en la hipoteca.
- En cuanto al *crédito refaccionario* y tal y como indica GULLÓN<sup>180</sup>, carece de toda definición legal. Etimológicamente, la refacción indica una tarea de reconstrucción o reparación de alguna cosa, que aquí sería un bien inmueble, pero no nos resuelve gran cosa ya que el concepto jurídico puede ser más amplio. Los antecedentes históricos muestran que el acreedor privilegiado por refacción no es en realidad quien realiza la tarea o actividad refaccionaria, sino el que presta las sumas para ello (Digesto 20, 3, 1 y 42, 5, 24,1; Partida V, Título XIII, Ley 26). Además, la refacción comprendía también la construcción de alguna casa o de algún edificio (Partida V, Título XIII, ley 26).

---

<sup>179</sup> DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R.; Comentario del CC...cit.; págs. 277-286.

<sup>180</sup> GULLÓN BALLESTEROS, A.; *Comentarios al CC y Compilaciones Forales...*, cit., págs. 736-741.

La LH de 1869<sup>181</sup> reguló la anotación preventiva del acreedor refaccionario, estableciendo preferencias para el cobro de su crédito sobre el inmueble objeto de la refacción, y de esa legislación es la que se toma este punto 3.º del artículo 1.923, a través del Anteproyecto 1882-1888. Aquella LH privilegiaba al acreedor que de una vez o sucesivamente anticipare sumas para la refacción (artículo 59), pero no circunscribía ésta a la reconstrucción o reparación de un inmueble sino que, por el contrario, dejaba abierto el campo de la refacción a la voluntad de las partes, así en el Reglamento de la LH de 1869, al especificarse las circunstancias que habían de contener las anotaciones preventivas por créditos refaccionarios, decía su artículo 64.1, que “se indicará brevemente la clase de obra que se pretenda ejecutar”. Dicho autor también considera que si tenemos en cuenta que las Partidas privilegiaban las sumas prestadas para la refacción, cree que la conclusión más lógica es la de que mediante la anotación preventiva se protege al que presta al deudor cantidades para que haga la refacción. Pero añade que restringir el crédito refaccionario sobre inmuebles de este punto 3.º a los puros préstamos de dinero supone una incoherencia extrema dentro del propio CC, que privilegia en el más amplio sentido al que construye, repara o conserva un bien mueble, existiendo un aumento de valor en el patrimonio del deudor como consecuencia de la refacción.

Resume diciendo que el privilegio del acreedor refaccionario nace de la equiparación a la hipoteca de su anotación preventiva o de su conversión en auténtica hipoteca.

4. º Los créditos preventivamente anotados en el Registro de la Propiedad, en virtud de mandamiento judicial, por embargos,

---

<sup>181</sup> Al Decreto de 8 de febrero de 1946 que fue el que aprobó la nueva redacción oficial de la LH, le han seguido continuas reformas, siendo la última revisión el 15 de Mayo de 2013.

secuestros, o ejecución de sentencias, sobre los bienes anotados, y solo en cuanto a créditos posteriores.

Como bien expone MANRESA<sup>182</sup>, “la anotación preventiva<sup>183</sup>, hecha en el Registro, no varía la naturaleza jurídica de la obligación para cuya seguridad se lleva a efecto, ni puede, por tanto, convertir en real e hipotecaria la acción derivada de dicha obligación...De la *anotación preventiva de embargo* dice que para asegurar un crédito puramente personal no puede obstar en lo más mínimo a la declaración del dominio a favor de un tercero de los bienes anotados, cuando dicha declaración se funde en un título anterior, *aunque éste no se halle inscrito*, si el que transmitió la finca tenía inscrito su derecho sobre ella porque, aparte de que la anotación no puede sobreponerse al dominio adquirido con anterioridad, no tiene aplicación en dicho caso la doctrina referente a terceros que establece la LH”.

Por lo que la anotación de embargo, siguiendo a GULLÓN<sup>184</sup>, sería la constancia pública de la afección de un determinado bien inmueble a un proceso de ejecución para realizar su valor y satisfacer al ejecutante, afección que habrá de sufrir el adquirente del bien o titular del derecho posterior a la anotación. En cuanto a la preferencia para el cobro sobre el inmueble objeto de la anotación de embargo, el artículo 1.923-4º, la da frente a créditos posteriores. La jurisprudencia ha precisado de

---

<sup>182</sup> MANRESA Y NAVARRO, J.M.; *Comentarios al CC Español...*, cit., págs. 982 y 983.

<sup>183</sup> SCAEVOLA, Q.M.; *CC...*, cit., págs. 738 y 739, que cita a LACRUZ BERDEJO, según el cual la característica de la anotación preventiva “es su transitoriedad, correspondiente a cierto estado de pendencia, sea del derecho que forma su contenido, sea de la fase de desarrollo en que se encuentra, sea de su situación en relación con el Registro”. Resalta que podrá pedir anotación preventiva según el artículo 52 de la LH...

2. ° El que obtuviere a su favor mandamiento de embargo que se haya hecho efectivo en bienes inmuebles del deudor.

3.° El que en cualquier juicio obtuviese sentencia ejecutiva condenando al demandado, la cual deba llevarse a efecto por los trámites establecidos en la LEC.

4. ° El que, demandando en juicio el cumplimiento de cualquier obligación, obtuviera, con arreglo a las leyes, providencia ordenando el secuestro o prohibiendo la enajenación de bienes inmuebles.

<sup>184</sup> GULLÓN BALLESTEROS, A.; *Comentarios al CC y Compilaciones Forales...*, cit., pág. 742.

forma continua que es efectiva contra los acreedores que tengan contraído un crédito con posterioridad a la anotación, pero no respecto de créditos anteriores a la misma, hayan sido éstos inscritos o no. Por tanto, la fecha de la anotación es decisiva para:

- Juzgar cuándo o desde qué momento se entiende contraído el “crédito posterior”.
- Determinar cuándo se despliega el privilegio. Por el hecho de la anotación preventiva, la preferencia no despliega efectos desde la fecha del crédito, sino desde la anotación.

En cuanto a la *anotación preventiva de secuestro* que ha de tener por objeto un bien inmueble, cabe decir, que se le otorga el mismo efecto que a la anotación preventiva de embargo con respecto a la determinación de preferencias de créditos.

El concepto de secuestro está poco claro en nuestro Derecho por cuanto viene a ser el depósito judicial que se constituye en la totalidad de los casos con bienes inmuebles, aunque, según el artículo 1.786 del Código, puede comprender también los muebles. Por lo que podemos decir que el secuestro es un depósito judicial que tiene lugar cuando se decreta el embargo o aseguramiento de bienes litigiosos, y puede recaer tanto sobre muebles como sobre inmuebles (arts. 1.785 y 1.786 CC).

Y finalmente, en relación con el *privilegio de la ejecución de sentencia*, señalamos que el artículo 42.3 de la LH concede derecho a pedir anotación preventiva al que en cualquier juicio obtuviese sentencia condenando al demandado, la cual deberá llevarse a efecto por los trámites establecidos en la LEC y lo que es objeto de anotación no es tanto la sentencia condenatoria como el embargo trabado.

5. ° Los refaccionarios no anotados ni inscritos, sobre los inmuebles a que la refacción se refiera, y solo respecto a otros créditos distintos de los expresados en los cuatro números anteriores”.

El número quinto y último del artículo 1.923 que estamos comentando se refiere al singular privilegio que con relación a determinados bienes inmuebles objeto de la refacción ostentan los créditos refaccionarios no anotados ni inscritos en el Registro, y por cierto, tal y como señala SCAEVOLA<sup>185</sup>, da una norma que, con arreglo a su sistemática, hubiera debido contenerse en el 1.927 mejor que en el artículo que comentamos, pues señala que su preferencia será “solo respecto a otros créditos distintos de los expresados en los cuatro números anteriores”, entrando así en el problema de prelación o rango de créditos con referencia a determinados bienes inmuebles sobre los que concurren varios, que es el supuesto del artículo 1.927, aunque los artículos 1.923 y 1.927 se completan y complementan en tal forma que forman un todo unitario.

GULLÓN afirma que el legislador atiende en este caso a un crédito refaccionario que no ha sido objeto de anotación preventiva ni convertido en hipoteca. Estos créditos están singularmente privilegiados, pero no representan ninguna carga o hipoteca tácita sobre el inmueble, figura abolida en la legislación hipotecaria desde 1861, con excepción de la hipoteca del Estado, provincia o municipio o los aseguradores. Y añade que el privilegio, en su opinión, se extinguirá en cuanto la cosa salga del patrimonio del deudor.

Artículo 1.924: “Con relación a los demás bienes muebles e inmuebles del deudor, gozan de preferencia:

1. ° Los créditos a favor de la Provincia o del Municipio, por los impuestos de la última anualidad vencida y no pagada, no comprendidos en el artículo 1.923, número 1. °.

---

<sup>185</sup> SCAEVOLA, Q.M.; CC..., cit., pág. 741.

2. ° Los devengados:

- A) Por gastos de justicia y de administración del concurso e interés común de los acreedores, hechos con la debida autorización o aprobación.
- B) Por los funerales del deudor, según el uso del lugar, y también los de su mujer y los de sus hijos constituidos bajo su patria potestad, si no tuviesen bienes propios.
- C) Por gastos de la última enfermedad de las mismas personas, causados en el último año, contando hasta el día del fallecimiento.
- D) Por los salarios y sueldos de los trabajadores por cuenta ajena y del servicio doméstico correspondiente al último año.
- E) Por las cuotas correspondientes a los regímenes obligatorios de subsidios, seguros sociales y mutualismo laboral por el mismo período de tiempo que señala el apartado anterior, siempre que no tengan reconocida mayor preferencia con arreglo al artículo precedente.
- F) Por anticipaciones hechas al deudor, para sí y su familia constituida bajo su autoridad, en comestibles, vestido o calzado, en el mismo período de tiempo.
- G) Por pensiones alimenticias durante el juicio de concurso, a no ser que se funden en un título de mera liberalidad.

3. ° Los créditos que sin privilegio especial consten:

- A) En escritura pública.
  - B) Por sentencia firme, si hubiesen sido objeto de litigio.
- Estos créditos tendrán preferencia entre sí por el orden de antigüedad de las fechas de las escrituras y de las sentencias.”

En este artículo 1.924 se contiene la relación de los llamados “privilegios generales”, es decir, los que recaen sobre la totalidad de los bienes muebles e inmuebles del deudor, exceptuando los afectos a un privilegio especial, es decir, estos privilegios generales son los que no recaen sobre determinados bienes muebles o inmuebles del deudor,

como contraste – en lo terminológico – con el encabezamiento de los arts. 1.922 y 1.923.

El recaer sobre la generalidad de los bienes del deudor no implica que el acreedor privilegiado tenga ningún derecho real sobre ellos, como no lo tiene el acreedor del artículo 1.911, ni mucho menos puede ni siquiera pensarse en la reipersecutoriedad de los privilegios generales. Los terceros adquirentes de bienes del deudor están por principio inmunes a toda afección.

1.º Los créditos a favor de la Provincia o del Municipio, por los impuestos de la última anualidad vencida y no pagada, no comprendidos en el artículo 1.923, número 1. º.

Tal y como observa DE ÁNGEL YÁGÜEZ<sup>186</sup>, no procede dedicar especial atención al privilegio que este número atribuye a los créditos a favor de la provincia o del municipio, pues hoy es obligado el tratamiento conjunto de los llamados “créditos tributarios”, a efectos de su privilegio ya comentado el artículo 1.923-1º.

Este número primero que se refiere a la preferencia por los créditos fiscales, SCAEVOLA<sup>187</sup> lo resume diciendo que “el privilegio que a favor de la Hacienda provincial y municipal señala este artículo, no tendrá ocasión de surtir efectos, por estar amparados los créditos a que se refiere por privilegios de mayor trascendencia, y por gozar la Hacienda de facilidades ejecutivas exorbitantes.

La Hacienda Pública goza de preferencia para el cobro de los tributos – provinciales y municipales inclusive – sobre cualesquiera bienes determinados del deudor, y solo cede su privilegio en parte – pues la hipoteca legal tácita de la Hacienda no cede ante nada - ante el Registro de la Propiedad y ante las hipotecas legales tácitas del

---

<sup>186</sup> DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R.; Comentario del CC...cit.; págs. 298 y 299.

<sup>187</sup> SCAEVOLA, Q.M.; CC..., cit., pág. 763.

asegurador y del obrero, respecto al periodo garantizado por éstas, según vimos al comentar el artículo 1.923 y volveremos a destacar al tratar del 1.927”.

## 2.º Los devengados:

El número segundo señala créditos preferentes con fundamento no ya en la naturaleza de los créditos, como ocurre en los créditos fiscales, sino en la causa o motivo que ocasiona el gasto.

- A) Por gastos de justicia y de administración del concurso e interés común de los acreedores, hechos con la debida autorización o aprobación<sup>188</sup>.

Este privilegio no tenía gran aplicación ya que los gastos de justicia<sup>189</sup> y de administración son deudas de la masa concursal, que deben satisfacerse con los fondos de la misma (artículo 1.230 LEC/1881), porque los gastos a los que se aludían eran los ocasionados en una situación de concurso de acreedores, es decir, dentro de ese procedimiento de ejecución colectiva del patrimonio del deudor.

Añadía GULLÓN<sup>190</sup> que era necesario que los gastos se hubieran hecho en interés común de los acreedores, como los del abogado y procurador del deudor que se presenta voluntariamente en concurso a lo que se

---

<sup>188</sup> Dicha letra A) fue derogada por la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que entró en vigor el 1 de septiembre de 2004.

<sup>189</sup> Para DALMACIO VÉLEZ SARSFIELD en la nota que hace del artículo 3.879 del CC argentino (*Exposición y comentario del CC Argentino*, t. X, edit. Científica y literaria, Buenos Aires, Argentina, 1922, pág. 497), dice: “Por gastos de justicia se entienden los ocasionados por los actos que tengan por objeto poner los bienes del deudor y sus derechos bajo la mano de la justicia...Así, son gastos de justicia los de inventario conservación, liquidación y realización de bienes del deudor, los de los pleitos seguidos por los administradores para repeler las pretensiones de los terceros o para demandar la condenación de los deudores, y los que cause la administración durante el concurso”.

<sup>190</sup> GULLÓN BALLESTEROS, A.; *Comentarios al CC y Compilaciones Forales...*, cit., pág. 752.



accede judicialmente, pues se beneficiaban todos los acreedores, evitándose que cobrasen los más diligentes o menos escrupulosos en detrimento de los demás. Y por el contrario no entraban en este privilegio al no tener condición de interés común, los gastos judiciales y honorarios de procuradores y abogados de los acreedores al objeto de que se declarara en el concurso la existencia de sus créditos o las preferencias que poseen.

B) Por los funerales del deudor, según el uso del lugar, y también los de su mujer y los de sus hijos constituidos bajo su patria potestad, si no tuviesen bienes propios.

Este privilegio tiene una evidente justificación humanitaria y de piedad. Según GULLÓN<sup>191</sup> los funerales del deudor han de ser según el uso del lugar, pero en el artículo 1.894 del CC podría fundamentarse que hay que tener en cuenta también la calidad del difunto: aunque carezca de bienes, los gastos funerarios han de ser proporcionados a la calidad de la persona. Señala que en ocasiones este privilegio afecta a un patrimonio distinto del propio deudor, pero por el principio de la sucesión mortis causa, los herederos que hayan aceptado la herencia pura y simplemente han de pagar las cargas y deudas de la misma no solo con los bienes propios, sino también con los heredados, por lo que el privilegio recaerá también sobre el patrimonio del heredero.

Ahora, si el difunto carece de bienes, el artículo 1.894 del CC obligaba a soportar los gastos funerarios a quien en vida tenía la obligación de alimentarle. Afectaba también al patrimonio del marido o padre por los gastos funerarios<sup>192</sup> de la mujer e hijos constituidos bajo su patria potestad, si éstos carecían de bienes propios.

---

<sup>191</sup> GULLÓN BALLESTEROS, A.; *Comentarios al CC y Compilaciones Forales...*, cit., págs. 753 y 754.

<sup>192</sup> Se entienden por gastos funerarios según GULLÓN BALLESTEROS, A.; *Comentarios al CC y Compilaciones Forales...*, cit., pág. 754: “la cera, la misa y los gastos de enterramiento” a tenor de la Ley XXX del Toro. Afirma que, dentro de una concepción religiosa pluralista, tanto los gastos de entierro como las prácticas religiosas usuales son las fuentes de los créditos funerarios privilegiados. En cuanto a

- C) Por gastos de la última enfermedad de las mismas personas, causados en el último año, contando hasta el día del fallecimiento.

El CC privilegia los gastos de la *última enfermedad* pero se plantea la duda de si cualquier enfermedad del deudor en el último año de su vida es la que se cuenta, aunque de ella haya sanado, o bien dicho privilegio debe limitarse a los gastos de la enfermedad que concluye con su muerte. Y GULLÓN<sup>193</sup> se decanta por esta última porque tradicionalmente se han vinculado los gastos de última enfermedad con los funerarios. Ahora, como bien dice, es más racional privilegiar los gastos de cualquier enfermedad aunque el deudor haya salido con vida de la misma en el periodo de tiempo marcado por el precepto.

Al igual que el privilegio por gastos funerarios, estudiados en la letra anterior, el patrimonio afectado por el privilegio será casi siempre el de los herederos, o el de las personas que estaban prestando alimentos al difunto por obligación legal, ya que dentro de los mismos se comprenden los gastos médicos (art. 142 CC).

También añade que la enfermedad no hace falta que sea larga o crónica y que cualquier accidente que necesite cuidados y que acaba con la vida también es susceptible de generar tal privilegio.

Se incluirán como gastos de última enfermedad los que tienen como objeto inmediato la asistencia al enfermo (honorarios de facultativos, precio de las medicinas, etc.)

- D) Por los salarios y sueldos de los trabajadores por cuenta ajena y del servicio doméstico correspondiente al último año.
- E) Por las cuotas correspondientes a los regímenes obligatorios de subsidios, seguros sociales y mutualismo laboral por el mismo

---

los vestidos de luto de la viuda e hijos no entraban entre los gastos privilegiados, no podían considerarse entre los gastos “por funerales”, ni son necesarios hoy.

<sup>193</sup> GULLÓN BALLESTEROS, A.; *Comentarios al CC y Compilaciones Forales...*, cit., pág. 755.

período de tiempo que señala el apartado anterior, siempre que no tengan reconocida mayor preferencia con arreglo al artículo precedente.

Los apartados D y E, tal y como indica SCAEVOLA<sup>194</sup> se refieren a créditos laborales, por sueldos del servicio doméstico y por cuotas de seguros sociales y mutualismo laboral. El CC, en su redacción primera hablaba de créditos “por jornales y salarios de dependientes y criados domésticos, correspondientes al último año” pero la Ley de 17 de julio de 1958 redactó de manera más clara el apartado D, hablándonos de los salarios y sueldos de los trabajadores por cuenta ajena y del servicio doméstico correspondiente al último año, intercalando el apartado E, en que claramente estima privilegiados los créditos por cuotas de la Seguridad Social, evitando así las dudas y vacilaciones que puedan producirse por estimar o no que las cuotas de los Seguros Sociales tengan densidad salarial.

Por lo que el crédito laboral y el crédito por cuotas de la seguridad social de estos dos apartados D y E del artículo 1.924 tienen atribuido privilegio por el mero hecho de ostentar tal cualidad y, por ello, será fácil hacerlo valer en el procedimiento de ejecución de los bienes del deudor, sea éste singular o universal.

F) Por anticipaciones hechas al deudor, para sí y su familia constituida bajo su autoridad, en comestibles, vestido o calzado, en el mismo período de tiempo.

Dicho apartado se refiere a anticipos de suministros hechos al deudor y su familia constituida bajo su autoridad, en comestibles, vestido o calzado durante un año.

---

<sup>194</sup> SCAEVOLA, Q.M.; CC..., cit., págs. 765-767.

Según SCAEVOLA<sup>195</sup>, tales gastos obligarán a la sociedad conyugal, aunque los realice la mujer, mas los problemas que surgen en torno a la responsabilidad por deudas matrimoniales son extraños a los de preferencia de créditos, que son los que en este apartado interesan.

Y GULLÓN<sup>196</sup> apunta que la frase de que los suministros han de ser hechos al deudor y “su familia constituida bajo su autoridad” da lugar a diversas discusiones. Si la interpretamos literalmente no se trata de un grupo de personas que conviven con el deudor y que estén unidas a él por razones de parentesco. Sin embargo se requiere la concurrencia de una característica destacada: que estén bajo la autoridad de aquél, lo que solo ocurría, en el ambiente social de la época del CC, respecto de la mujer y a los hijos sometidos a la patria potestad. Seguramente también, por las ideas de entonces, hay una inclusión del servicio doméstico. Hoy en día sería un suministro hecho a la casa del deudor y se trataría de suministros por el último año, en virtud de la remisión a la letra E, y la de ésta a su vez a la D.

G) Por pensiones alimenticias durante el juicio de concurso, a no ser que se funden en un título de mera liberalidad<sup>197</sup>.

Este apartado se refería a la preferencia que gozaban los créditos por pensiones alimenticias durante el juicio de concurso, a no ser que se fundaran en un título de mera liberalidad.

Tales pensiones alimenticias debían ser aquellas que recaigan como deudas sobre el concursado. Tal y como comenta SCAEVOLA<sup>198</sup>, los alimentos entre parientes, según el artículo 152 CC, en su apartado segundo, cesan “cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere

---

<sup>195</sup> SCAEVOLA, Q.M.; CC..., cit., pág. 768.

<sup>196</sup> GULLÓN BALLESTEROS, A.; *Comentarios al CC y Compilaciones Forales...*, cit., pág. 768.

<sup>197</sup> Dicha letra G) fue derogada por la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que entró en vigor el 1 de septiembre de 2004.

<sup>198</sup> SCAEVOLA, Q.M.; CC..., cit., págs. 768 y 769.

reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia”, y que es presupuesto del concurso la insolvencia del deudor según el artículo 1.913 CC. Por ello entiende la obligación de satisfacer pensiones entre parientes, por ende, el crédito del alimentista cesa al declararse el concurso.

El artículo 153 CC, por su parte, señala que las normas de alimentos entre parientes son aplicables, como derecho supletorio, a los casos en que por pacto, testamento o ley se tenga derecho a alimentos. Y dice dicho autor que en base a este artículo 1.924 CC que estamos comentando, cabe sostener que los alimentos voluntarios y judiciales no cesan aunque el deudor caiga en insolvencia, y no solo no cesan sino que constituyen un crédito privilegiado para hacerse efectivo sobre el patrimonio del deudor.

3.º Los créditos que sin privilegio especial consten:

A) En escritura pública.

B) Por sentencia firme, si hubiesen sido objeto de litigio.

Estos créditos tendrán preferencia entre sí por el orden de antigüedad de las fechas de las escrituras y de las sentencias.”

Este número tercero del artículo 1.924 CC nos señala otra especie de créditos privilegiados cuyo fundamento radica en la forma: son los créditos escriturarios y los que constan en sentencia firme si hubiesen sido objeto de litigio y su preferencia entre sí anticipando lo que reiterará más adelante el artículo 1.929-2º CC, se determina por el orden de antigüedad de las fechas de las escrituras y de las sentencias. Siguiendo a SCAEVOLA<sup>199</sup>, cabe señalar que la intervención notarial es garantía suficiente para que sobre ella el CC otorgue, por lo que ha llamado “efectos reflejos”, mejor condición al crédito que conste en escritura pública – no tan solo citado en simple acta notarial de

---

<sup>199</sup> SCAEVOLA, Q.M.; CC..., cit., págs. 769-771.

constatación fáctica – que a los que no ofrecen tal garantía. Aquí, la intervención notarial dota al crédito de preferencia “desde la fecha de la escritura, cualquiera que sea la del vencimiento de la obligación contenida en ella” (SSTS 28 de octubre 1909, 23 de enero de 1942). Por ello, dicho autor entiende que el crédito para ser preferente debe ser escriturario, no bastando que tenga fecha auténtica según el artículo 1.227 CC, ni que se relacione en acta notarial.

Señala que juega la escritura pública, como la sentencia firme, sobre los créditos en forma en cierto modo análoga a cómo lo hace la anotación preventiva sobre inmuebles, o sea, otorgando rango respecto de los créditos escriturarios o judiciales posteriores, y sobre los anteriores que no tengan razón de preferencia, pero mientras la anotación de embargo otorga preferencia para el cobro en relación sobre los inmuebles sobre los que se anotan los créditos, la escritura y la sentencia otorgan una preferencia sobre cualesquiera bienes, es decir, más extensa aunque menos intensa. Así pues, la escritura pública y la sentencia firme dotan a los créditos en ellas contenidas de efectos preferentes que trascienden a la relación inter partes, por cuanto pueden hacerse valer frente a otros acreedores que no intervinieron ni en el negocio documentado ni en el proceso, y tales “efectos reflejos” los otorga el derecho, por la garantía que supone el procedimiento notarial y la intervención del fedatario y el proceso y la resolución judicial de que da fe el Secretario judicial.

Artículo 1.925: “No gozarán de preferencia los créditos de cualquiera otra clase, o por cualquiera otro título, no comprendidos en los artículos anteriores.”

Los créditos objeto de este artículo, como bien indica MANRESA<sup>200</sup>, son conocidos con el nombre de comunes, que son aquellos que no están

---

<sup>200</sup> MANRESA Y NAVARRO, J.M.; *Comentarios al CC Español...*, cit., págs. 996 y 997.

comprendidos en ninguno de los casos a que se refieren los tres artículos anteriores (1.922, 1.923 y 1.924) y constituyen el último de los grupos en que se clasifican los créditos según su naturaleza jurídica y según la condición más o menos privilegiada de los mismos. No pueden gozar de privilegio o de preferencia alguna, y así lo declara implícitamente este artículo al decir que no gozarán de preferencia los que por su clase o por su título no estén comprendidos en los anteriores, por lo que tendrán que ajustarse para su pago a las reglas del artículo 1.929 CC, y se harán efectivos, sin consideración a sus fechas, prorrateando entre ellos lo que reste de los bienes del deudor después de satisfechas las deudas preferentes.

Una vez comentados los artículos sobre clasificación y preferencia de créditos (artículos 1.922 a 1.925) pasamos a estudiar el capítulo III del Título XVIII que señala la prelación dentro de cada grupo, es decir, establece el orden en que deben pagarse los créditos cuando concurren varios sobre los mismos bienes<sup>201</sup>.

---

<sup>201</sup> No hay que olvidar, como indica OBARRIO MORENO, J.A.; “La quiebra y el concurso de acreedores en derecho medieval español”...cit.; págs. 358-361, que “en el ámbito medieval, cuando los bienes del deudor habían sido escrutados previamente, ya concurrían conforme al criterio de la anterioridad y prelación de su crédito. Así, una vez deducidos los gastos judiciales de la ejecución, en primer lugar, acudían al cobro aquéllos que tuvieran una garantía pignoratícia; en segundo lugar, los que disponían de créditos privilegiados, finalmente accedían los acreedores ordinarios o quirografarios. Criterio que llevó a la doctrina castellana a sostener que este orden de prelación de créditos no podía verse alterado ni siquiera por un privilegio del Príncipe, porque, de lo contrario, se le podría tener por subrepticio.

Si, por el contrario, los acreedores concurrían con idéntico derecho, debían cobrar todos los bienes a prorrata cuando éstos eran insuficientes, sin que pudiera el deudor abonar la cuantía a un único acreedor.

Y si, por el contrario, no se había realizado la pesquisa de los bienes del deudor, se accedía conforme al crédito que tuviera cada uno –por aes et libram.

No obstante, este criterio general dio lugar a numerosas excepciones, a saber:

- Cuando había recaído hipoteca sobre un censo.
- Cuando el acreedor del difunto concurría, en la venta de los bienes de la herencia, con el acreedor del heredero, por afirmarse que al primero, aunque fuera quirografario, se le concedía la prelación en la adquisición de los bienes.
- Cuando el legatario accedía a la ejecución de los bienes de la herencia con los acreedores del heredero, era el que accedía, como afirmaba Merlino, en primer término, por entenderse que tenía hipoteca tácita sobre los bienes del testador.
- El Ordenamiento medieval reconocía que se exceptuaba la regla general con relación a quienes hubieran prestado su dinero para hacer, reparar, conservar o guardar el bien o la cosa que estuviera hecha para su conservación.

Según SCAEVOLA<sup>202</sup> preferencia y prelación son, en fin de cuentas, una misma cosa, el rango que dos o más créditos ostentan para su cobro sobre los bienes del deudor. Por lo que el artículo 1.926 viene a completar el 1.922, el 1.927 complementa el 1.923 y el 1.928 y el 1.929 los 1.924 y 1.925.

Artículo 1.926: “Los créditos que gozan de preferencia con relación a determinados bienes muebles, excluyen a todos los demás hasta donde alcance el valor del mueble a que la preferencia se refiere.

Si concurren dos o más respecto a determinados muebles, se observarán, en cuanto a la prelación para su pago, las reglas siguientes:

1°. El crédito pignoraticio excluye a todos los demás hasta donde alcance el valor de la cosa dada en prenda.

2°. En el caso de fianza, si estuviere ésta legítimamente constituida a favor de más de un acreedor, la prelación entre ellos se determinará por el orden de fechas de la prestación de la garantía.

- 
- El acreedor del precio de los bienes vendidos o arrendados prevalecía ante los acreedores del comprador al no haber adquirido éste el dominio del bien entregado.
  - Idéntico criterio se establecía con relación al dueño de la cosa vendida, aunque la misma fuera la dote de la mujer.
  - La séptima limitación, hacía referencia a la prioridad del acreedor que, con su peculio, compró el predio que le fue entregado en prenda.
  - Cuando el acreedor hipotecario concurría con el acreedor quirografario, al ser preferido aquél, aunque fuera su crédito posterior en el tiempo.
  - Cuando el acreedor hipotecario del heredero concurría con el acreedor del difunto en los bienes propios del heredero, se prefería al primero, al entenderse que este último no se debía incluir entre los acreedores quirografarios del haeres.
  - Se otorgaba carácter preferente al acreedor que prestaba dinero al deudor para la reedificación o reparación de una nave, de una casa o de cualquier otro edificio, si podía probar los gastos efectuados.
  - Finalmente, se reconocía este privilegio al acreedor hipotecario anterior en el tiempo, al poseer los bienes del común deudor, se le permitía la venta y subasta, por entenderse que no perdía ni la hipoteca ni la prelación en el precio (GIURBA, M.; Decisiones novissimae cum summariis et iudicibus argumentorum ac rerum verborumque locuplentissimus, Decisio 61, n°. 20, Genevae, 1675, págs. 170-171).

No respetándose esta prelación de crédito, VERRICELLI, A.M.; Quaestiones, Tractatus 3, Quaestio 20, n°. 8, 1653, pág. 165, señala que el deudor “pecará”, al pervertir el orden de los pagos: “Clarum est peccare debitorem in verso ordine solventem, non enim debet cum damno aliorum integre huic solvere.”

<sup>202</sup> SCAEVOLA, Q.M.; CC..., cit., págs. 784 y 785.



3º. Los créditos por anticipos de semillas, gastos de cultivo y recolección serán preferidos a los de alquileres y rentas sobre los frutos de la cosecha para que aquéllos sirvieron.

4º. En los demás casos, el precio de los muebles se distribuirá a prorrata entre los créditos que gocen de especial preferencia con relación a los mismos.”

Respecto de dichos bienes determinados, los acreedores de ese grupo excluyen a todos los demás hasta donde alcance el valor de aquellos de los citados bienes a que la preferencia se refiera. Y para el caso de que concurren en cuanto a unos mismos bienes diversos acreedores, cuyos créditos pertenezcan al grupo citado, entonces habrán de observarse las cuatro reglas comprendidas en este artículo, para determinar los efectos de la prelación entre ellos, guardándose en su virtud ésta, con relación al pago de tales créditos, en la forma siguiente<sup>203</sup>:

“1º. Se satisfará, en primer término, el crédito pignoraticio, si alguno de ellos tuviere este carácter, con el valor o producto de la misma cosa pignorada y hasta donde alcance dicho valor o producto.

2º. Los créditos garantidos con fianza legítimamente constituida a favor de varios acreedores, se satisfarán por el orden de sus respectivas fechas, y, por consiguiente, los más antiguos gozarán de prelación respecto de los de fecha más reciente.

3º. Los motivados por anticipo de semillas o gastos de cultivo y recolección gozarán de preferencia respecto de los que lo fueren por alquileres o rentas de los bienes en que se hubieren hecho los gastos de cultivo y recolección, pero dicha prelación se limita tan solo a los frutos de la cosecha para que aquéllas o éstos sirvieron; y en su virtud, serán satisfechos los créditos por dichas anticipaciones y gastos antes que los de alquileres y rentas hasta donde alcance el valor o el producto de la cosecha indicada; y

---

<sup>203</sup> MANRESA Y NAVARRO, J.M.; *Comentarios al CC Español...*, cit., págs. 1.000-1.002.

4°. En los demás casos, el precio de los bienes sobre que recaiga la preferencia especial de que gocen los créditos de dicho primer grupo se distribuirá a prorrata entre los créditos que gocen de dicha preferencia con relación a ellos. Se refiere a los créditos por construcción, reparación, conservación o precio de venta de bienes muebles que estén en poder del deudor, por transporte, ya con relación al precio del porte, ya por los gastos y derechos de conducción y conservación hasta su entrega, y por hospedaje, en los casos en que pueda darse esta razón de concurrencia”.

Artículo 1.927: “Los créditos que gozan de preferencia con relación a determinados bienes inmuebles o derechos reales, excluyen a todos los demás por su importe hasta donde alcance el valor del inmueble o derecho real a que la preferencia se refiera.

Si concurrieren dos o más créditos respecto a determinados inmuebles o derechos reales, se observarán, en cuanto a su respectiva prelación, las reglas siguientes:

1.º Serán preferidos, por su orden, los expresados en los números 1.º y 2.º del artículo 1.923 a los comprendidos en los demás números del mismo.

2.º Los hipotecarios y refaccionarios, anotados o inscritos, que se expresan en el número 3.º del citado artículo 1.923 y los comprendidos en el número 4.º del mismo, gozarán de prelación entre sí por el orden de antigüedad de las respectivas inscripciones o anotaciones en el Registro de la Propiedad.

3.º Los refaccionarios no anotados ni inscritos en el registro a que se refiere el número 5.º del artículo 1.923 gozarán de prelación entre sí por el orden inverso de su antigüedad.”

El artículo 1.927 viene a completar el 1.923 del CC, indicándonos el rango o prelación de créditos, cuando varios de éstos, preferentes sobre determinados inmuebles, pretenden hacerse efectivos sobre el valor del

bien en que se centra dicha preferencia y sienta la regla genérica de que los créditos que gozan de preferencia en relación con determinados inmuebles, gozan, asimismo, de mejor rango o prelación que los no preferentes.

Pero, tal y como indica SCAEVOLA<sup>204</sup>, no son solamente las reglas del artículo 1.927 las a tener en cuenta para estudiar la prelación de créditos singularmente privilegiados sobre bienes inmuebles, pues la LH, las leyes fiscales y la Ley de Contrato de Trabajo modifican y alteran en parte la prelación o rango señalados en el artículo 1.927. Y del conjunto de estos preceptos indica que se desprende la existencia de tres estados, en el rango, o prelación, de créditos preferentes sobre determinados bienes inmuebles del deudor:

- El primero está formado por las llamadas hipotecas legales tácitas, en favor de la Hacienda, de los aseguradores y de los trabajadores, los cuales, más que hipotecas, son, en realidad, cargas públicas y créditos singularísimamente privilegiados, cuyo rango no cede ante la protección que el Registro de la Propiedad otorga a lo inscrito.
- El segundo lo forman aquellos créditos (hipotecarios, refaccionarios, anotados preventivamente) que mejoran de condición en virtud de su toma de razón en el Registro inmobiliario. Aplica el principio *prior tempore, potior iure*, básico en la legislación hipotecaria, sin olvidar, como bien indica GULLÓN<sup>205</sup>:
  - a) A qué se extiende o cuál es la preferencia del crédito refaccionario inscrito, estudiada ya al comentar el artículo 1.923.

---

<sup>204</sup> SCAEVOLA, Q.M.; CC..., cit., págs. 793 y 794.

<sup>205</sup> GULLÓN BALLESTEROS, A.; *Comentarios al CC y Compilaciones Forales...*, cit., pág. 783.

- b) La preferencia del acreedor embargante, con anotación preventiva, de embargo tomada registralmente, igualmente examinada en el artículo 1.923.
- El tercero, aquellos créditos singularmente privilegiados ( a favor de la Hacienda no cubiertos por la hipoteca legal tácita, a favor de los trabajadores, créditos refaccionarios no inscritos no anotados en el Registro de la Propiedad), cuyo rango es inferior a lo registrado.

Los dos artículos siguientes a comentar, el 1.928 y 1.929, forman un todo con los 1.924 y 1.925, y con ellos terminaremos el título del Código relativo a la concurrencia y prelación de créditos.

Artículo 1.928: “El remanente del caudal del deudor, después de pagados los créditos que gocen de preferencia con relación a determinados bienes, muebles o inmuebles, se acumulará a los bienes libres que aquél tuviere para el pago de los demás créditos.

Los que, gozando de preferencia con relación a determinados bienes, muebles o inmuebles, no hubiesen sido totalmente satisfechos con el importe de éstos, lo serán, en cuanto al déficit, por el orden y en el lugar que les corresponda, según su respectiva naturaleza.”

Dicho artículo recoge los supuestos de que una vez pagado el crédito, quede un remanente del valor del bien, o que, pese a haberse imputado el valor del bien afecto al pago del crédito preferente, no alcance a satisfacerlo, en definitiva, este artículo diseña el activo y pasivo concursales, una vez abonados los créditos singularmente privilegiados o agotado el valor de los bienes singularmente afectos.

Siguiendo a SCAEVOLA<sup>206</sup> podemos decir que el párrafo primero del artículo 1.928 señala que, una vez pagados los créditos preferentes con

---

<sup>206</sup> SCAEVOLA, Q.M.; CC..., cit., págs. 812 y 813.

relación a determinados bienes – bienes muebles e inmuebles - , el remanente se acumulará al valor de los bienes del deudor que estuvieran libres de preferencias y cargas. Se formará así la masa activa del deudor, sobre la que caerán los acreedores simplemente privilegiados y los comunes.

Y el segundo párrafo se refiere al supuesto de que el crédito singularmente privilegiado no haya sido totalmente satisfecho sobre el bien especialmente afecto perdiendo su condición de singularmente privilegiado con respecto a bienes concretos, que no bastaron para cobrarlo, pero conserva su propia calidad.

Artículo 1.929: “Los créditos que no gocen de preferencia con relación a determinados bienes, y los que la gozaren, por la cantidad no realizada, o cuando hubiese prescrito el derecho a la preferencia, se satisfarán conforme a las reglas siguientes:

1.<sup>a</sup> Por el orden establecido en el artículo 1.924.

2.<sup>a</sup> Por los preferentes por fechas, por el orden de éstas y los que la tuviesen común, a prorrata.

3.<sup>a</sup> Los créditos comunes a que se refiere el artículo 1.925, sin consideración a sus fechas.”

En este precepto se trata de determinar la prelación con la que deben pagarse los créditos sin privilegio especial. Junto a los créditos no privilegiados especialmente coloca estos mismos en cuanto a la cantidad insatisfecha, y añade los créditos, también con privilegio especial, cuando hubiese prescrito el derecho a la preferencia.

Según el párrafo primero del artículo 1.929 los créditos singularmente privilegiados con respecto a determinados bienes, por la cantidad no realizada, “o cuando hubiese prescrito el derecho a la preferencia”, se equiparan a aquellos que no gozan de preferencia con relación a determinados bienes.

En opinión de GULLÓN<sup>207</sup> , el privilegio especial no tiene una prescripción propia y específica por lo que de no ejercitarlo en el tiempo marcado por la ley desaparece. Lo que ejercitará siempre es el crédito, y solo puede decirse que el privilegio especial se pierde si el crédito no se reclama en determinado plazo.

Estos créditos, tal y como indica el artículo, se satisfarán de la siguiente manera:

1º Se satisfarán los acreedores con privilegio general. El orden del artículo 1.924 llevaría a que se pagasen primero los créditos que constan en escritura pública y después los que constan en sentencia firme.

2º Esta regla viene a ser una repetición sustancial del último párrafo del artículo 1.924.3. El legislador no dice nada sobre cómo habrá de procederse si concurren dos créditos dotados del mismo privilegio general, pero según GULLÓN, su satisfacción se hará a prorrata.

3º En cuanto a los créditos comunes se aplica en todo su vigor el principio par condicio creditorum, sin consideración alguna a sus fechas, imponiéndose la satisfacción a prorrata

Actualmente, de las disposiciones contenidas en el título XVII del libro IV del CC (“De la concurrencia y prelación de créditos”), tal y como ya hemos comentado, se han derogado las relativas a los procedimientos colectivos de quita y espera y de concurso por la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que entró en vigor el 1 de septiembre de 2004 y se han mantenido las de preferencia de créditos para los supuestos de ejecución singular, aunque con alguna pequeña modificación.

---

<sup>207</sup> GULLÓN BALLESTEROS, A.; *Comentarios al CC y Compilaciones Forales...*, cit., págs. 792-794.

Del mismo modo, y siguiendo la Exposición de Motivos de dicha Ley, “subsisten para esos supuestos los llamados “privilegios” mercantiles, aunque en el concurso no se admitan más que los expresamente reconocidos en esta Ley. Objeto de regulación específica son los privilegios sobre buques y aeronaves, a cuyos titulares se reconoce en el concurso derecho de separación para su ejecución extraconcursal.

La delimitación de los ámbitos concursal y extraconcursal de la concurrencia y prelación de créditos, si bien responde a una correcta definición de la materia propia de esta Ley, puede ocasionar en la práctica problemas de desajuste, por la muy diversa regulación que mantiene el viejo derecho respecto de la que establece la reforma concursal, pero el alcance de ésta no puede extenderse a una revisión completa de toda la materia de preferencias de créditos que rigen fuera del concurso.

Continuando con la Exposición de Motivos, señalamos que la materia de clasificación de los créditos constituye una de las innovaciones más importantes que introduce la Ley, porque reduce drásticamente los privilegios y preferencias a efectos del concurso, sin perjuicio de que puedan subsistir en ejecuciones singulares, por virtud de las tercerías de mejor derecho. Se considera que el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso, y que sus excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas.

Las excepciones que la Ley admite son positivas o negativas, en lo que se refiere a los créditos ordinarios. Las primeras se concretan en los privilegios, especiales o generales, por razón de las garantías de que gocen los créditos o de la causa o naturaleza de éstos. A los acreedores privilegiados, en principio, solo afectará el convenio con su conformidad y, en caso de liquidación, se les pagará con prioridad respecto de los ordinarios. Pero esos privilegios se reducen en número e incluso se limitan en su cuantía a algunos de los tradicionalmente reconocidos, como los tributarios y los de cuotas de la Seguridad Social (hasta el 50 por 100 de su importe en cada caso). Por su parte, los salarios de los

últimos 30 días de trabajo anteriores a la declaración del concurso y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional, y los devengados con posterioridad a la declaración de concurso, así como los de indemnización por extinción del contrato de trabajo, acordada por el juez del concurso, tendrán la consideración de créditos contra la masa y serán satisfechos con preferencia respecto de los créditos concursales; los salarios del artículo 32.1 del Estatuto de los Trabajadores serán satisfechos con anterioridad al resto de créditos concursales; y los salariales del artículo 32.3 del mismo texto gozarán de privilegio general, al igual que las indemnizaciones derivadas de accidentes de trabajo y los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral devengadas con anterioridad a la declaración del concurso. Se pretende así evitar que el concurso se consuma con el pago de algunos créditos y, sin desconocer el interés general de la satisfacción de éstos, conjugarlo con el de la masa pasiva en su conjunto, a la vez que se fomentan soluciones de convenio que estén apoyadas por los trabajadores y la Administración pública en la parte en que sus créditos no gozan de privilegio.

Las excepciones negativas son las de los créditos subordinados, una nueva categoría que introduce la Ley para clasificar aquellos que merecen quedar postergados tras los ordinarios, por razón de su tardía comunicación, por pacto contractual, por su carácter accesorio (intereses), por su naturaleza sancionadora (multas) o por la condición personal de sus titulares (personas especialmente relacionadas con el concursado o partes de mala fe en actos perjudiciales para el concurso). A estos efectos, conviene precisar que la categoría de créditos subordinados incluye los intereses devengados y sanciones impuestas con ocasión de la exacción de los créditos públicos, tanto tributarios como de la Seguridad Social. Los titulares de estos créditos subordinados carecen de derecho de voto en la junta de acreedores y, en caso de liquidación, no podrán ser pagados hasta que hayan quedado íntegramente satisfechos los ordinarios.



La subordinación por motivo de especiales relaciones personales con el concursado no solo se basa en el de parentesco o de convivencia de hecho, sino que, en caso de persona jurídica, se extiende a los socios con responsabilidad por las deudas sociales o con una participación significativa en el capital social, así como a los administradores de derecho o de hecho, a los liquidadores y a las sociedades del mismo grupo. En todo caso, la clasificación afecta también a los cesionarios o adjudicatarios de créditos pertenecientes a personas especialmente relacionadas con el concursado si la adquisición se produce dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso.”

## II.5. Ley Suspensión de Pagos de 26 de julio 1922.

La Ley de 26 de julio de 1922 fue creada para salvar la grave situación producida por la insolvencia del denominado Banco de Barcelona (de ámbito nacional), ya que los tres artículos del CCo de 1855 (arts. 870 al 873), comentados anteriormente, fueron insuficientes para salvar aquella situación. Por ello, en un principio, se pensó darle a esta Ley una vigencia de cuatro años como así lo recoge implícitamente el artículo adicional segundo, pensando que era el tiempo que podría durar la liquidación de aquel Banco y que transcurridos los cuatro años de vigencia el Gobierno podría suspender sus efectos.

La magnitud de dicho problema, exigió que el entonces Ministro de Gracia y Justicia, D. José Bertrán y Musitu elaborara con toda urgencia un Proyecto de Ley que constaba de 20 artículos al que más tarde le siguió el Dictamen de la Comisión Permanente de Gracia y Justicia, emitido el 7 de abril de 1922, sugiriendo diversas modificaciones y tras los correspondientes trámites legislativos, finalmente, tras su examen parlamentario en las Cortes y el Senado, la Comisión Mixta nombrada por ambos Cuerpos Colegisladores, emitió el correspondiente Dictamen, el día 9 de Junio que fue sancionado como Ley el 26 de Julio de 1922<sup>208</sup>.

A partir de las Ordenanzas de Bilbao confirmadas por Felipe V en 1737, que se refieren exclusivamente a los comerciantes, la dualidad de regulación de ejecuciones colectivas según el deudor sea o no comerciante, tal dualidad trasciende en la materia que estamos tratando, y junto al convenio de quita y espera propiamente dicho, existe la suspensión de pagos de los comerciantes, que si bien guarda analogías con la quita y espera, difiere profundamente de ellas en

---

<sup>208</sup> SAGRERA TIZÓN, J.M<sup>a</sup>.; “Breve introducción histórica de la quiebra”..., cit., págs. CXIII y CXIV.

cuanto – sobre todo a partir de la Ley de 1922 – la suspensión de pagos puede resultar, según señala la doctrina, en muchas ocasiones una verdadera quiebra abreviada<sup>209</sup>.

Según los preceptos concordados del tít. I, lib. IV del CCo, las suspensiones de pagos solo exigen la manifestación del comerciante interesado para su declaración; sin embargo, tienen el alcance de dejar en suspenso la plenitud de los derechos de sus acreedores hasta que se terminen los expedientes a que den lugar.

Siguiendo a RIVES Y MARTI<sup>210</sup>, el legislador ha marcado límites a esta clase de expedientes para evitar abusos y así lo podemos observar en los plazos que establece el art. 871 del CCo para que el deudor opte entre la suspensión y la quiebra; el art. 872 para que presente la proposición de convenio, y por último, la declaración de terminado que hace el 873, dejando en libertad a todos los interesados para usar de sus respectivos derechos, no solo en el caso de que la proposición de convenio fuese desechada, sino también en el de que no se reúna número bastante de votantes para su aprobación.

Recordamos que la suspensión de pagos en el CCo de 1829 es una clase de quiebra (art.1.002) que se distingue de las demás en que se presupone la solvencia del deudor (art.1.003). Más tarde, en el CCo de 1885 se contempla como una figura autónoma que presupone también la solvencia del deudor (a partir de la reforma del art.870 por la Ley de 10 de junio de 1897) y para cuya regulación se remite a la Ley especial (art.873). Finalmente, con la LSP de 26 de julio de 1922 se modifica el criterio y la suspensión de pagos puede seguirse no obstante la declaración de la insolvencia definitiva del deudor.

---

<sup>209</sup> SCAEVOLA, Q.M.; *CC...*, cit., pág. 655-656.

<sup>210</sup> RIVES Y MARTI, F. de P.; *LEC de 3 de febrero de 1881...*, cit., pág. 41.

Siguiendo a CORDÓN MORENO<sup>211</sup>, destacamos una serie de diferencias entre la suspensión de pagos y la quiebra:

- Según la jurisprudencia la quiebra persigue la ejecución general sobre el patrimonio del deudor, pareciendo suficiente que el comerciante haya cesado de forma general el pago de sus obligaciones, mientras que la suspensión de pagos se encamina a obtener un convenio entre el empresario y sus acreedores, incluyéndose incluso situaciones en las que el pasivo es superior al activo, calificadas por su normativa como de insolvencia definitiva<sup>212</sup>.

La situación de insolvencia puede revestir dos modalidades:

- a) Cuando el patrimonio (activo) sea insuficiente para hacer frente a la totalidad del pasivo estaremos ante una situación de *insolvencia definitiva*, propia del estado de quiebra<sup>213</sup>.
- b) Y cuando el activo sea superior al pasivo, los bienes que integran aquél no pueden ser realizados para atender al cumplimiento de las obligaciones vencidas y exigibles nos encontraremos ante la situación de *insolvencia patrimonial*, propia de la suspensión de pagos y que, en realidad, equivale a una situación de iliquidez.

---

<sup>211</sup> CORDÓN MORENO, F.; *Suspensión de pagos y quiebra, una visión jurisprudencial*, 3ª ed., edit. Aranzadi, Pamplona, 1999, págs. 21-24.

<sup>212</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1985 (RJ 1985\3641).

<sup>213</sup> CORDÓN MORENO, F.; *Suspensión de pagos y quiebra...*, cit., pág. 23, matiza que “la declaración de quiebra de un deudor solvente no está excluida en nuestro ordenamiento. Para la declaración de quiebra solo se exige el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones, que no significa necesariamente que el comerciante deudor se encuentre en situación de insolvencia definitiva o de desbalance; aunque la prueba de que no se encuentra en esta situación es causa suficiente para reponer el auto de declaración de quiebra, por lo menos en el caso de la voluntaria”.

Esta distinción entre insolvencia provisional e insolvencia definitiva solo es relevante al comienzo del procedimiento que es cuando el deudor comerciante acredita un activo superior al pasivo y los interventores lo comprueban.

- Podemos decir que la suspensión de pagos se caracteriza por:
  - a) Un patrimonio del deudor suficiente para satisfacer las deudas reconocidas como exigibles.
  - b) Una situación de insolvencia transitoria: por razones normalmente de iliquidez, el deudor se ve imposibilitado transitoriamente para realizar su patrimonio y atender al pago de sus deudas.
  - c) Y por eso, el fin normal de la suspensión es alcanzar un convenio entre acreedores y deudor que garantice la continuidad del negocio o de la empresa.
  
- Tanto en la suspensión de pagos como en la quiebra rige el principio de la par condicio creditorum o tratamiento igual de los créditos, quedando los acreedores sometidos a la proporcionalidad en las pérdidas, lo cual no sería factible sin privarles de la posibilidad de ejercicio de sus acciones individuales. Pero no todos los acreedores quedan sometidos a este principio de proporcionalidad de las pérdidas sino que quedan excluidos los acreedores privilegiados con derecho de abstención o de ejecución separada.

Dicho autor también afirma que la suspensión de pagos y la quiebra son dos procedimientos incompatibles, es decir, se excluyen entre sí. Así, una vez declarada judicialmente la quiebra, el deudor no puede solicitar la declaración en suspensión de pagos y al contrario. Ahora, si se solicitasen ambos procedimientos a la vez, la suspensión de pagos sería prioritaria ya que para el comerciante deudor presenta indudables

ventajas sobre la quiebra. Este tema es discutible y tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial se plantea la necesidad de fijar con la mayor exactitud posible los límites de la prioridad para evitar el fraude que con frecuencia se esconde detrás de muchas suspensiones que, en realidad, encubren verdaderas quiebras y se plantean con el fin exclusivo de frustrar éstas, siempre más gravosas para el deudor<sup>214</sup>.

Tal y como señala SAGRERA<sup>215</sup>, la Ley de 26 de Julio de 1922 ha recibido muchas críticas olvidando el fin concreto por el que se dictó pero no debió de ser una ley tan deficiente cuando a pesar de los cambios socioeconómicos habidos en sus ochenta años de vigencia, venció toda clase de obstáculos y fue instrumento útil para resolver bastantes situaciones realmente comprometidas económicamente, bien que con el apoyo inestimable de la pequeña jurisprudencia, que ha venido supliendo sus lógicas lagunas (que aumentaban en el transcurso de los años y con el desarrollo del comercio y de las nuevas comunicaciones), con lo que ha venido llamándose “acto judicial”.

Además, como indica PULGAR<sup>216</sup>, surgió un gran debate doctrinal y jurisprudencial en torno a la derogación de algunos preceptos del CCo reguladores de la suspensión de pagos por la nueva ley de 1922, sobre todo en lo relativo al presupuesto objetivo de apertura del instituto, ya

---

<sup>214</sup> GARRIGUES, J.; *Curso de Derecho Mercantil*, t. II, 8ª ed., Madrid, 1983, pág. 521, reconoce que “la finalidad de esta Ley de Suspensión de Pagos era evitar los daños económicos de la quiebra con la equidad que exige sancionar las responsabilidades del insolvente cuando la insolvencia no es fortuita. Mas por aquí descubre la Ley su falta de un concepto claro sobre la naturaleza de la suspensión de pagos, porque si el suspenso ha llegado por culpa suya a la situación de insolvencia, no merece ser salvado de las consecuencias de la quiebra. La suspensión de pagos debe reservarse a los comerciantes honestos y desgraciados. En cambio, la aplicación de los preceptos de la quiebra sobre acciones de impugnación es digna de elogio, pues con ella se evita una gran incongruencia: la de que en caso de quiebra sea posible a los acreedores la revocación de los actos que les perjudican realizados por el deudor en periodo sospechoso, mientras que en caso de suspensión de pagos no tenga remedio esa misma conducta del deudor dañosa para sus acreedores”.

<sup>215</sup> SAGRERA TIZÓN, J.Mª.; “Breve introducción histórica de la quiebra”..., cit., pág. CXIV.

<sup>216</sup> PULGAR EZQUERRA, J.; *La declaración del concurso de acreedores...*, cit.; pág.95.

que en la ley de suspensión de pagos de 1922 se omitió la cláusula derogatoria de todas las disposiciones que se opusieran a esta ley.





## **CAP. III. EVOLUCIÓN HACIA LA LEY CONCURSAL.**

### **III.1. Anteproyectos Ley Concurso Acreedores.**

Ante una evolución social constante se han producido necesarias reformas en diversas leyes pero, pese a los cambios socioeconómicos y regímenes políticos surgidos en España, se siguieron aplicando en Derecho Concursal las mismas leyes estudiadas hasta ahora, como si las normas de comercio, de mercado, las comunicaciones, el moderno capitalismo, etc. con todas las sustanciales reformas que todo ello implica, no hubiesen cambiado y las estructuras fuesen las mismas de ya hace 200 años. Además, se creó una ambigüedad por el CCo al no definir de una manera concreta la persona del comerciante (salvo en los supuestos de las Sociedades Mercantiles), mientras que en los Estados de alrededor se preocuparon por modernizar su legislación armonizándola con las modernas exigencias derivadas de la mayor facilidad de comunicaciones en el Comercio Internacional<sup>217</sup>.

- El Anteproyecto de Ley de Concurso de Acreedores, del Instituto de Estudios Políticos de 1959.

En 1959 encontramos un propósito fallido del Instituto de Estudios Políticos como primer intento de promover una nueva Ley reguladora del proceso concursal, llegándose a confeccionar un proyecto de Ley que apenas fue divulgado y fue prontamente olvidado<sup>218</sup>.

---

<sup>217</sup> SAGRERA TIZÓN, J.M<sup>a</sup>.; “Breve introducción histórica de la quiebra”..., cit., pág. CXV.

<sup>218</sup> MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.; “Hacia un nuevo derecho concursal: su necesaria unidad”, *Estudios sobre la LC: libro homenaje a Manuel Olivencia*, v. 1, (Escritos sobre don Manuel Olivencia Ruiz, derecho concursal, aspectos generales, antecedentes históricos, derecho comparado, derecho uniforme, derecho europeo, derecho internacional privado, la declaración de concurso), edit. Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 358. Este Anteproyecto de Ley de Concurso de Acreedores, fue fruto del trabajo realizado durante varios años por una Ponencia especial, que bajo la presidencia de Joaquín GARRIGUES, se integró por los autorizados juristas CABANILLAS GALLAS,

La finalidad de este texto no fue otra que la de superar el arcaísmo y la dispersión de los textos reguladores de los procedimientos concursales, y así lo podemos observar en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de 1959 que pone de manifiesto<sup>219</sup>:

“La antigüedad de la legislación concursal española es bien notoria. Sin entrar en otras consideraciones habrá de destacarse la aplicación actual del venerable CCo de 1829 que, por ejemplo, previene el arresto del quebrado y obliga a llevar en los casos de quiebra un arca con dos llaves para guardar el dinero y los documentos del deudor”. Y, “La dispersión de las normas legales en este punto, también evidente, produce una falta de sistema y una impresión que hace, en ocasiones extraordinariamente complicada y dudosa la aplicación de la norma jurídica al caso concreto. De ello se deriva la tradicional y temida complejidad de los procedimientos concursales españoles, de que, como es sabido, han venido aprovechándose en la práctica los interesados de mala fe para sus fraudulentas maquinaciones”.

Tras denunciar en su Exposición de Motivos los defectos de la legislación vigente, su antigüedad y su dispersión tal y como hemos

---

DÍEZ-PICAZO, OLIVENCIA Y VACAS MEDINA. Como dice la Exposición de Motivos de ese texto, “en el curso de 1953 la Sección de Justicia del Instituto de Estudios Políticos comenzó la preparación de un Anteproyecto de Ley sobre quiebra, concurso de acreedores y suspensión de pagos, llegando a aprobar las bases. Pero hasta que en el curso 1956-1957 la Sección no fue reorganizada, constituyéndose dentro de ella una Sub-sección, no se abordó con intensidad y continuidad el estudio de este Anteproyecto. La Sección así organizada, revisando aquellas bases, ha trabajado en el Anteproyecto durante tres años”...Este Anteproyecto no vio la luz, entre otras razones, por el relieve y las discrepancias que generó el caso de la “Barcelona Traction”, litigio internacional de grandes dimensiones, que dividió a la doctrina española en relación con la concepción misma de la quiebra y sus aspectos sustanciales en nuestro ordenamiento concursal, y paralizó, en cierto modo, el progreso de una disciplina positiva que estaba notoriamente anquilosada.

<sup>219</sup> FERNÁNDEZ-NÓVOA RODRÍGUEZ, C.; “El anteproyecto de Ley de concurso de acreedores de 1959”, *Estudios sobre la LC: libro homenaje a Manuel Olivencia*, v. 1, (Escritos sobre don Manuel Olivencia Ruiz, derecho concursal, aspectos generales, antecedentes históricos, derecho comparado, derecho uniforme, derecho europeo, derecho internacional privado, la declaración de concurso), edit. Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 174.

destacado, OLIVENCIA<sup>220</sup> señala que dicho Anteproyecto afirma la unanimidad en la doctrina patria para propugnar una reforma radical, proclama la unidad legal consistente en recoger en un solo cuerpo legal toda la materia relacionada al tratamiento o a la prevención de la insolvencia del deudor común<sup>221</sup>, la unidad de disciplina<sup>222</sup> para la insolvencia de comerciantes y no comerciantes<sup>223</sup>, bajo la denominación

---

<sup>220</sup> OLIVENCIA RUIZ, M.; *La terminología jurídica de la reforma concursal...*, cit., págs.92 y 93.

<sup>221</sup> FERNÁNDEZ-NÓVOA RODRÍGUEZ, C.; “El anteproyecto de Ley de concurso de acreedores de 1959”..., cit., pág. 175: El principio de la unidad del Derecho Concursal que impregna profundamente este Anteproyecto, lleva a sus redactores a incluir en el nuevo sistema tanto el aspecto material como el aspecto formal del régimen jurídico del concurso de acreedores: “Este sistema, realmente caótico, ha sido superado en el Anteproyecto, el cual aspira a ofrecer un cuerpo orgánico de normas donde se unifiquen el Derecho material y el Derecho procesal dentro de una misma Ley que regula las insolvencias de comerciantes y no comerciantes (Exposición de Motivos)”.

<sup>222</sup> MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.; “Hacia un nuevo derecho concursal: su necesaria unidad”..., cit., págs. 368: La Exposición de Motivos del Anteproyecto de LC de 1959 postulaba la unificación de la legislación concursal para comerciantes y no comerciantes: “El Derecho vigente, siguiendo la tradición de las Ordenanzas de Bilbao y el modelo del CCo francés a través del CCo español de 1829, regula la quiebra como institución propia y exclusiva de los comerciantes, y para los no comerciantes reserva el antiguo concurso de acreedores en el que aparece la cesión de bienes a éstos bajo la forma de juicio voluntario. En realidad no hay ninguna razón de peso que justifique el diverso tratamiento de la insolvencia según que el deudor sea o no comerciante. Las razones que aconsejan establecer un sistema de ejecución colectiva cuando el patrimonio no es bastante para satisfacer todos los créditos pendientes son las mismas, sea cual fuere la naturaleza del deudor. En definitiva, lo que se perseguía con el procedimiento de quiebra destinado exclusivamente a los comerciantes era hacer más riguroso el procedimiento y las medidas personales contra el deudor. Los comerciantes son tratados con mayor severidad quizá por la mayor trascendencia económica de las insolvencias mercantiles. Así vemos que se establece en nuestro Código de 1829 la prisión del quebrado y se formula el principio de la retroacción judicial con la consiguiente nulidad de los actos jurídicos posteriores a la fecha de esa retroacción. Pero una vez que en nuestro sistema se admitía el procedimiento de la suspensión de pagos por la Ley de 26 de julio de 1922, en la que se dulcificaban las consecuencias de la quiebra descartando las sanciones personales contra el comerciante, realmente no parece que exista ninguna razón atendible para mantener la separación entre concurso de acreedores y quiebra. Por otra parte, el procedimiento en uno u otro caso guarda absoluto paralelismo, hasta el punto de que la propia Ley Procesal, en su artículo 1.319, declara aplicables a la quiebra las mismas normas dictadas para el concurso de acreedores.”

<sup>223</sup> Señala DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.; “Algunas acotaciones civilistas al Proyecto de LC”...cit., pág. 156; que dicho Anteproyecto preconizó la regulación de una única institución concursal para comerciantes y no comerciantes, tanto en los aspectos sustantivos como en los aspectos procesales. La fuente de inspiración fue la *Konkursordnung* alemana, que se encontraba en sintonía con una vieja tradición española que venía desde Salgado de Somoza, aunque en las viejas Ordenanzas de Bilbao y en el viejo CCo de 1829 la quiebra de los comerciantes hubiera aparecido con sustantividad propia. También indica que no puede negarse que el concurso de

de “concurso de acreedores<sup>224</sup>”, pero no acoge la unidad de procedimiento o de sistema<sup>225</sup>, sino que mantiene la dualidad para el tratamiento (concurso) o la prevención (concordato) de la insolvencia.

Este Anteproyecto de 1959 tiene 277 artículos que se estructuran en cuatro partes, las cuales a su vez se dividen en títulos y capítulos:

- Parte Primera: El Concurso de Acreedores.
- Parte Segunda: El Concordato Judicial.
- Parte Tercera: El Procedimiento de Concurso.
- Parte Cuarta: Procedimiento de Concordato.

Más tarde, se redactó otro proyecto de LC por la Comisión de Cultura del Iltre. Colegio de Abogados de Barcelona y publicado en la Revista Jurídica de Cataluña, conociéndose ya el Proyecto de Bases para una

---

acreedores de los comerciantes necesita algunas normas específicas, relacionadas con su actividad profesional o con la existencia de una persona jurídica social, pero el esquema de fondo debe ser el mismo. Y no hay razón alguna para romper la igualdad.

<sup>224</sup> OLIVENCIA RUIZ, M.; *La terminología jurídica de la reforma concursal...*, cit., pág.94: La Exposición de Motivos reconocía: “lo que se perseguía con el procedimiento de quiebra era hacer más riguroso el procedimiento y las medidas personales contra el deudor...Pero una vez que en nuestro sistema se admitía el procedimiento de suspensión de pagos por ley de 26 de julio de 1922, en la que se dulcifican las consecuencias de la quiebra descartando las sanciones penales contra el comerciante, realmente no parece que exista ninguna razón atendible para mantener la separación entre concurso de acreedores y quiebra”, por lo que como dice dicho autor, encontramos aquí un reconocimiento explícito de que, desaparecida la finalidad punitiva de la quiebra, ya no tiene razón de existir un procedimiento especial diferenciado del común tratamiento de la insolvencia, por lo que debe de existir solo el *concurso de acreedores*, aunque en la nueva regulación penetren normas mercantiles.

<sup>225</sup> Sin embargo, según FERNÁNDEZ-NÓVOA RODRÍGUEZ, C.; “El anteproyecto de Ley de concurso de acreedores de 1959”..., cit., pág. 175: El Anteproyecto de 1959 se desvía del Derecho anterior en que abandona el sistema de la dualidad de procedimientos (quiebra y concurso), que se remontaba a las Ordenanzas de Bilbao de 1737 y pasó –a través del CCo francés– al Código de Sainz de Andino de 1823; e instaura un procedimiento único para comerciantes y no comerciantes. La unificación de los procedimientos se justifica en el Anteproyecto de 1959 de este modo: “no parece que exista ninguna razón atendible para mantener la separación entre concurso de acreedores y quiebra. Por otra parte, el procedimiento en uno y otro caso guarda absolutamente paralelismo hasta el punto de que la propia Ley procesal, en su artículo 1.319, declara aplicables a la quiebra las mismas normas dictadas para el concurso de acreedores”

LC preparado por la Comisión General de Codificación, pero el Ministerio de Justicia no le prestó atención.

- El Anteproyecto de LC, de la Comisión General de Codificación, de 1983.

El 17 de mayo de 1978 se constituyó una Ponencia especial en el seno de la Comisión General de Codificación donde, en palabras de MENÉNDEZ<sup>226</sup>, los trabajos de reforma de la legislación concursal sufrieron un giro significativo conectado en el tiempo con el proceso de desarrollo constitucional.

Dicha ponencia estaba presidida por el profesor OLIVENCIA e integrada por los Profesores CARRERAS, JIMÉNEZ SANCHEZ Y ROJO, y por el Magistrado VACAS MEDINA y fue la que redactó el Anteproyecto de LC del 27 de junio de 1983.

Siguiendo con MENÉNDEZ, éste describe dicho Anteproyecto<sup>227</sup> como un trabajo prelegislativo especialmente apreciable, tanto por su calidad técnica como por el tratamiento sistemático y completo de toda la materia, como por la ambiciosa puesta al día de nuestro ordenamiento concursal, por lo que este Anteproyecto merecerá siempre una particular estimación ya que terminaría convirtiéndose en nuestra primera LC.

Pero añade que “bien por la falta de una decidida voluntad política en el sentido de llevar adelante el Anteproyecto, bien por la presión de sectores económicos o profesionales interesados en que la legislación concursal se mantuviera inalterada, bien por la situación económica de

---

<sup>226</sup> MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.; “Hacia un nuevo derecho concursal: su necesaria unidad”..., cit., págs. 358 y 359.

<sup>227</sup> OLIVENCIA RUIZ, M.; *La terminología jurídica de la reforma concursal...*, cit., pág.96: Se puede observar como la Exposición de Motivos de este Anteproyecto de la LC de 1983 proclama como base de la reforma la unidad legal –material y formal-, de disciplina –para deudores comerciantes y no comerciantes- y de sistema –un único procedimiento, flexible, con diversas soluciones posibles: el convenio, la liquidación y la gestión controlada- y opta por la expresión “concurso de acreedores” aunque normalmente se refiere solo al “concurso”.

crisis que se estaba atravesando y que siempre resulta poco adecuada para el alumbramiento de una LC, bien por la resistencia que producían algunas de las orientaciones del texto (excesiva amplitud del presupuesto objetivo, previsión de la gestión controlada, “judicialización” del procedimiento, imprecisa configuración de la sindicatura, etc.), bien, en fin, por la suma de todos o algunos de estos factores una vez más se malogró la posibilidad de la reforma. Y este fracaso propició, en efecto, que durante algunos años quedara de nuevo abandonada la esperada reforma de legislación concursal.”

Teniendo que esperar hasta la primavera de 1994 para que se inicie un nuevo intento de reforma de la legislación concursal y que pasamos a describir a continuación.

- La Propuesta de Anteproyecto de LC, de la Comisión General de Codificación, de 1995<sup>228</sup>.

El 23 de junio de 1994 se encomendó al Profesor ROJO la tarea de redactar la Propuesta de Anteproyecto de LC y en un año y medio, el 12 de diciembre de 1995, entregó un texto articulado con el nombre de “Propuesta de Anteproyecto de LC”. Pero no fue hasta el 15 de febrero de 1996 que se publicaron los criterios básicos y el texto de la Propuesta en el Boletín Oficial del Ministerio de Justicia, bajo el título “Materiales para la reforma de la legislación concursal”.

Como el Profesor ROJO ya había formado parte de la Comisión redactora del Anteproyecto de LC de 1983 tomó este texto como punto de partida aunque en algunos puntos se alejara para terminar recogiendo las últimas orientaciones en esta materia<sup>229</sup>.

---

<sup>228</sup> Para un estudio más detallado sobre la materia, GIL RODRÍGUEZ, J.; *El derecho de crédito ante la iliquidez o insolvencia del deudor* (Primera lectura, en clave civilista, de la Propuesta de Anteproyecto de LC, de 12 de diciembre de 1995) en *Estudios sobre ejecución universal*, Asociación Nacional de Profesores de Derecho Civil, Universidad de Oviedo, Servicio de publicaciones, Oviedo, 1997, págs. 198-295.

<sup>229</sup> MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.; “Hacia un nuevo derecho concursal: su necesaria unidad”..., cit., pág. 360.

El 14 de enero de 1997 se constituye Sección Especial<sup>230</sup> para revisar la Propuesta de Anteproyecto de LC, o mejor aún, “la elaboración de una Propuesta de Anteproyecto de LC y de modificación, en su caso, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, del CP y de cuantas otras normas resulte necesario”. Al estar dicha Sección integrada por miembros de las Secciones de Derecho Mercantil, Derecho Civil y algunos relevantes procesalistas y la complejidad que llevaba la tarea a realizar, explica el tiempo que llevó la elaboración del texto, culminada en mayo del 2000 y presentado por el Ministro de Justicia, Ángel ACEBES, como Anteproyecto de LC en el mes de septiembre de 2001.

De esta Propuesta de Anteproyecto de LC de 1995 destacamos que acoge la unidad legal y la unidad de disciplina pero se atuvo a la dualidad de procedimientos, la suspensión de pagos y el concurso de acreedores, sobre la base de la diferencia entre insolvencia e iliquidez, reservando este último procedimiento, con alto grado de desjudicialización, como beneficio de deudores solventes y de buena fe, tal y como se puede observar en su Exposición de Motivos<sup>231</sup>:

“Por lo que se refiere a la simplificación de los procedimientos, la Ley, atendiendo al presupuesto objetivo, distingue entre el procedimiento de concurso de acreedores y el expediente de suspensión de pagos. En el

---

<sup>230</sup> MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.; “Hacia un nuevo derecho concursal: su necesaria unidad”..., cit., pág. 360: La Propuesta de Anteproyecto debía someterse al informe de una Ponencia especial y, más tarde, a la revisión de la propia Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación. De acuerdo con esas previsiones, aunque con un significativo retraso y algún cambio de orientación, la entonces Ministra de Justicia, Margarita MARISCAL DE GANTE, a propuesta de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, y al amparo del Estatuto de la Comisión, procedió, por Orden Ministerial de 23 de diciembre de 1996, a la designación, en el seno de la Comisión General de Codificación, de una Sección Especial de Derecho Concursal, presidida por el Profesor Manuel OLIVENCIA e integrada inicialmente, además, por Roberto BLANQUER, Jorge CARRERAS, Javier CONS, José María CHICO, Miguel Ángel FERNÁNDEZ LÓPEZ, Juan Luis IGLESIAS, Guillermo IGLESIAS, Juan Eugenio PALAO, José María POVEDA, Ángel ROJO y Juan SARMIENTO, actuando como Secretario Jesús SEBASTIÁN.

<sup>231</sup> OLIVENCIA RUIZ, M.; *La terminología jurídica de la reforma concursal...*, cit., págs.98-99.

“concurso de acreedores” – cuya denominación se decide mantener como homenaje a la decisiva contribución de los concursalistas españoles de la Edad Moderna a la construcción del Derecho concursal europeo- confluyen tanto el concurso y la quiebra como, en rigor, el beneficio de quita y espera y, en cierta medida, la suspensión de pagos tras la desnaturalización del instituto por la Ley de 26 de julio de 1922. La denominación de suspensión de pagos se conserva, no obstante, para la segunda institución concursal, abierta a aquellos deudores que estén en condiciones de conseguir un convenio o concordato de moderada espera”.

Ahora, tal y como indica OLIVENCIA<sup>232</sup>, dicha Propuesta tampoco prosperó. El cambio político que determinó el resultado de las elecciones generales de marzo de 1996 dio un nuevo rumbo al movimiento de la reforma concursal y paso a otro Anteproyecto que había de tener mejor suerte que sus valiosos precedentes aunque esta última fase de la reforma debe ser considerada como el antecedente inmediato del nuevo Derecho.

Dos son los textos que han trascendido de manera oficiosa en los últimos años, según MORILLAS<sup>233</sup>, el Anteproyecto de LC de 30 de marzo de 2000, elaborado por la Sección Especial para la Reforma Concursal, creada en el seno de la Comisión General de Codificación por Orden del Ministerio de Justicia de 23 de diciembre de 1996 y el Anteproyecto de LC de 7 de septiembre de 2001, cuyo antecedente es el texto anterior, integrado por 231 artículos, 3 Disposiciones adicionales, 2 Disposiciones transitorias, una Disposición derogatoria y 32 Disposiciones finales, texto acompañado de un Anteproyecto de Ley Orgánica para la reforma concursal, por la que se modifican la Ley

---

<sup>232</sup> OLIVENCIA RUIZ, M.; *La terminología jurídica de la reforma concursal...*, cit., pág.102.

<sup>233</sup> MORILLAS JARILLO, M<sup>a</sup>J.; “La reforma del Derecho Concursal español: el Proyecto de LC de julio de 2002”, *Derecho de los negocios*, año n.º. 14, n.º. 149, 2003, pág. 3.



Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y la Ley Orgánica 10/1995, del CP.

Una vez que emitieron el preceptivo Dictamen o Informe el Consejo General del Poder Judicial, el Consejo Económico y Social y el Consejo de Estado, el Gobierno decidió el 5 de julio de 2002 la adopción del texto del Proyecto de LC y del Proyecto de Ley Orgánica para la reforma concursal, su remisión al Congreso y la publicación en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, con lo que se inicia por fin el iter parlamentario.

- El Proyecto de LC de 5 de julio de 2002.

Nos remitimos a MORILLAS<sup>234</sup> quien destaca que: “La reforma del Derecho concursal español, largamente gestada a lo largo de varios años y Anteproyectos, comienza por fin la andadura parlamentaria con la publicación, en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 23 de julio de 2002, del Proyecto de LC. Este trabajo ofrece una visión general de un texto que está llamado a ser pieza fundamental del nuestro ordenamiento, sustituyendo al viejo Derecho de quiebras, suspensiones de pagos, quitas y esperas y concursos de acreedores. En él se destacan las claves de la reforma del Derecho vigente, así como los cambios de criterio del Proyecto de Ley respecto de sus antecedentes inmediatos (los Anteproyectos de 2000 y 2001) y remotos (los Anteproyectos de 1983 y 1995), propiciados en gran medida respecto a los primeros por la acogida de ciertas críticas y sugerencias de los Informes y Dictámenes de los organismos consultados (Consejo Económico y Social, Consejo General del Poder Judicial, Consejo de Estado)”.

También encontramos cómo la senadora CAMILLERI<sup>235</sup> defiende el Proyecto de LC en el Pleno del Senado de 11 de junio de 2003, diciendo

---

<sup>234</sup> MORILLAS JARILLO, M<sup>a</sup>J.; “La reforma del Derecho Concursal español: el Proyecto de LC de julio de 2002”...cit., pág. 1.

<sup>235</sup> CAMILLERI HERNÁNDEZ, M<sup>a</sup> J.; “Intervención en la defensa del Proyecto de LC: pleno del Senado, de fecha 11/6/2003”, *Estudios sobre la LC: libro homenaje a Manuel Olivencia*, V. 1, (Escritos sobre don Manuel Olivencia Ruiz, derecho concursal,

que “las anteriores normas concursales se califican de arcaicas, dispersas y carentes de la debida coherencia. La multiplicidad de procedimientos, dependiendo de la cualidad de empresario del deudor y de la situación de su patrimonio; su regulación en cuerpos legales distintos, dictada, además, en épocas diferentes; más la separación de normas procesales y normas sustantivas, contribuyen a la dispersión, al desequilibrio y, en definitiva al caos de un sistema que mal puede aportar soluciones apropiadas a las difíciles situaciones de crisis económicas de las empresas. El obsoleto, además de viejo, régimen vigente no responde a los principios que deben presidir el moderno Derecho Concursal”.

Y añade: “Merece una valoración muy positiva el desarrollo de la tramitación que hasta ahora han seguido estos Proyectos. Ha habido una clara conciencia de su importancia, también voluntad de superación de obstáculos y divergencias y, nuevamente, generosidad de todos. Hay motivos para sentirnos muy satisfechos. En el fondo, hay algo más importante. Hemos logrado un alto grado de libertad, de democracia, de convivencia”.

Junto a estos nuevos intentos legislativos, no tenemos que olvidar los trabajos que se llevaron a cabo por la Unión Europea, para una mayor colaboración entre los Estados miembros y en vistas incluso a una futura hipotética uniformidad, en los casos de insolvencia de Empresas, con efectos económicos en los distintos Estados de la Unión, de los que son claro exponente el Reglamento N° 1346/2000 de fecha 29 de mayo de 2000 del Consejo, publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas del día 30 de junio, sobre procedimientos de insolvencia con entrada en vigor el 31 de mayo de 2002 que pasamos a desarrollar en el siguiente punto.

---

aspectos generales, antecedentes históricos, derecho comparado, derecho uniforme, derecho europeo, derecho internacional privado, la declaración de concurso), edit. Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 125-127.

### III.2. Situación concurso de acreedores en el resto de Europa.

La expansión del comercio internacional y el consiguiente incremento de las empresas que extienden sus establecimientos e inversiones más allá de las fronteras del Estado refuerzan la necesidad de contar con un adecuado sistema normativo de Derecho internacional privado en materia concursal que permita resolver eficazmente, y atendiendo a los diferentes intereses, las situaciones de crisis que se puedan plantear<sup>236</sup>.

Esta diversidad de ordenamientos jurídicos nacionales sobre la insolvencia en el seno de la Unión Europea es fuente de inseguridad jurídica, de diferencias que desembocan en discriminaciones y desigualdades de trato, y de dificultades en el tratamiento jurídico de la tramitación y de la solución de los procedimientos, inconvenientes todos ellos para los objetivos y fines comunitarios<sup>237</sup>.

El Derecho Comunitario intentó solucionar este problema respetando los Derechos de los Estados miembros y procurando una coordinación en su funcionamiento. Así, tal y como resume AGUILAR<sup>238</sup>, se aprobó un primer proyecto en 1970, pero por las críticas a las que fue sometido y al ampliarse la Comunidad se renegó un segundo proyecto en 1980. Pero los trabajos no culminaron hasta mucho más tarde con la aprobación del *Convenio de Bruselas de 23 de noviembre de 1995*, relativo a los procedimientos de insolvencia pero que tampoco llegó a entrar en vigor.

---

<sup>236</sup> AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M. y CAMPUZANO DÍAZ, B.; “La competencia judicial internacional en materia concursal”, *Estudios sobre la LC: libro homenaje a Manuel Olivencia*, v. 1, (Escritos sobre don Manuel Olivencia Ruiz, derecho concursal, aspectos generales, antecedentes históricos, derecho comparado, derecho uniforme, derecho europeo, derecho internacional privado, la declaración de concurso), edit. Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 599.

<sup>237</sup> OLIVENCIA RUIZ, M.; *La terminología jurídica de la reforma concursal...*, cit., págs. 108-109.

<sup>238</sup> AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M. y CAMPUZANO DÍAZ, B.; “La competencia judicial internacional en materia concursal”..., cit.; págs. 600-601.

Debido a las dificultades que presentaba la negociación del Convenio comunitario, el Consejo de Europa elaboró un Convenio sobre determinados aspectos de la quiebra internacional que quedó abierto a la firma en Estambul el 5 de junio de 1990, pero tampoco entró en vigor al no reunirse el número de ratificaciones necesarias y nuestro país ni siquiera lo firmó.

Y por otro lado, se aprobó una *Ley Modelo sobre insolvencia transfronteriza* el 30 de mayo de 1997 en el seno de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL). Esta Ley Modelo, siguiendo a OLIVENCIA<sup>239</sup>, se limita a ofrecer a los legisladores nacionales un modelo de regulación legal, que cada destinatario es libre de adoptar o no, y, en su caso, de adaptar o no a su propio Derecho. Tal y como indica FERNÁNDEZ<sup>240</sup>: “se trata de una reglamentación facultativa y no imperativa, cuyo fin es alcanzar un grado suficiente de armonización, ofreciendo a tal fin un conjunto de recomendaciones legislativas en orden de propiciar la promulgación de un marco legal favorable para la solución de las posibles situaciones de insolvencia que puedan afectar a un deudor”.

Los propósitos de esta Ley Modelo son enunciados en su Preámbulo:

“La finalidad de la presente Ley es la de establecer mecanismos eficaces para la resolución de los casos de insolvencia transfronteriza con miras a promover el logro de los objetivos siguientes:

- a) La cooperación entre los tribunales y demás autoridades competentes de este Estado y de los Estados extranjeros que hayan de intervenir en casos de insolvencia transfronteriza.

---

<sup>239</sup> OLIVENCIA RUIZ, M.; *La terminología jurídica de la reforma concursal...*, cit., págs. 129-134.

<sup>240</sup> FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.; “La Ley Modelo de Uncitral: una guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia” en *Comentarios a la LC*, edit. Marcial Pons: Ediciones Jurídicas y Sociales, Barcelona, 2004, pág. 824.

- b) Una mayor seguridad jurídica para el comercio y las inversiones.
- c) Una administración equitativa y eficiente de las insolvencias transfronterizas, que proteja los intereses de todos los acreedores y de las demás partes interesadas, incluido el deudor.
- d) La protección de los bienes del deudor, y la optimización de su valor, así como
- e) Facilitar la reorganización de empresas en dificultades financieras, a fin de proteger el capital invertido y de preservar el empleo”.

Podemos observar, siguiendo con OLIVENCIA, que la Ley Modelo no regula ni define un procedimiento de insolvencia<sup>241</sup>, sino que se limita a

---

<sup>241</sup> Se observa una variedad de denominaciones nacionales de procedimientos de insolvencia en OLIVENCIA RUIZ, M.; *La terminología jurídica de la reforma concursal...*, cit., págs. 113-127:

1.º Familia formada por términos que se refieren a la situación patrimonial del deudor, presupuesto u origen del instituto jurídico que pasan a denominar. A esta primera familia pertenecían:

- Las que utilizaban las denominaciones relativas a la insolvencia o imposibilidad del deudor para cumplir sus obligaciones, como presupuesto objetivo de la apertura del procedimiento. Pertenecían a esta familia Alemania (*Insolvenzverfahren*) y Portugal (*Código de insolvencia*).

- Las que utilizaban otras expresiones relativas al desarreglo patrimonial del deudor, fundamentalmente *la quiebra* o sus equivalentes *faillite*, en francés, *fallimento* en italiano, *faillissement*, en holandés, u otras de la misma raíz. Pertenecen a esta familia los países del Benelux e Italia.

- Las que tenían su origen en el signo que servía de manifestación externa de la situación de insolvencia, como era históricamente la *bancarrotta* (*bankruptcy*, en inglés) la ruptura de la banca en la que el cambista ejercía su profesión ante el público. Pertenecían a esta familia Irlanda y Reino Unido.

2.º Una segunda familia es la de aquellos términos que se referían al *remedio* que el procedimiento persigue como *solución* de la situación de insolvencia o desarreglo patrimonial del deudor. Pertenecían a ésta:

- Las que denominaban el procedimiento por la finalidad de conseguir un convenio o concordato del deudor con sus acreedores. Así, el procedimiento belga de “*concordat judiciaire*”, el “*concordato preventivo*” italiano, el “*concordat preventif de faillite*” luxemburgués, el “*Vergleichsverfahren*” alemán, el “*Ausgleichsverfahren*” austriaco, el de “*concordata*” portugués y los “*voluntary arrangements*” del Reino Unido.

- Las que denominaban al procedimiento por la finalidad específica del *saneamiento*, salvamento o reconstrucción de empresas. En este grupo se incluían el “*redressement judiciaire*”, en Francia, los procedimientos de “*reconstituição empresarial*” y “*reestruturação financeira*”, en Portugal.

- Las que denominaban al procedimiento por finalidad específica de *liquidación* del patrimonio del deudor. Así, la *liquidation judiciaire*, en Francia; el “*Gesamtvollstreckung*”, en Alemania; los de “*winding up*”, en Irlanda y Reino Unido; la “*liquidazione coatta amministrativa*” en Italia.

3.º La tercera familia es la de aquellos que denominaban al procedimiento por los medios específicos que instrumentan para alcanzar sus fines:

recomendar al legislador nacional destinatario que indique el correspondiente a su Derecho interno, para determinar el ámbito de aplicación de la que adopte la Ley Modelo y a definir lo que se entiende por “procedimiento extranjero”:

Artículo 2.a): “Por procedimiento extranjero se entenderá el procedimiento colectivo, ya sea judicial o administrativo incluido el de índole provisional, que se siga en un Estado extranjero con arreglo a una ley relativa a la insolvencia y en virtud del cual los bienes y negocios quedan sujetos al control o a la supervisión del tribunal extranjero, a los efectos de su reorganización o liquidación”.

Dicha definición está inspirada en el proyecto de Convenio europeo, de 1995, y coincide esencialmente con los elementos integradores que recoge el actual art. 1 del Reglamento (CE) n.º 1346/2000: el carácter colectivo, la relación con la insolvencia y el desapoderamiento se recogen, aunque con matices, por UNCITRAL. Pone de manifiesto la multiplicidad de los procedimientos de insolvencia existentes en los diversos ordenamientos nacionales relativos tanto a personas jurídicas como a personas naturales, pero también la tendencia a la homogeneidad en el plano internacional, mediante un sistema básico de inducción que permita establecer un concepto general con identificación de rasgos definatorios, prescindiendo de las denominaciones que cada Derecho interno utilice.

Según FERNÁNDEZ<sup>242</sup>, como elementos caracterizadores de esta Ley-Modelo tendríamos que es un texto legislativo que se recomienda a los Estados para su incorporación al Derecho interno, que a diferencia de

---

- La antigua suspensión de pagos de nuestro derogado Derecho, la *amministrazione straordinaria* y la *controllata*, en Italia; la *gestao controlada*, portuguesa, y la *gestion controlée* luxemburguesa son miembros de esta familia.

4.º Finalmente, la familia semántica que tenía como tronco el término *concurso* destaca la naturaleza del procedimiento por el efecto primordial que produce respecto de los acreedores. El viejo *Konkurs* del Derecho alemán, el vigente en Austria, en Suecia y Finlandia, y el nuevo español pertenecen a este grupo.

<sup>242</sup> FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.; “La Ley Modelo de Uncitral...”, cit.; págs. 824-825.

lo que sucede con un convenio internacional, el Estado que adopte su régimen no está obligado a dar aviso de ello a las Naciones Unidas o a otros Estados con un régimen semejante. Aconseja cautela en la adaptación del Derecho interno a fin de no arriesgar la necesaria uniformidad de su interpretación y el interés del Estado promulgante en introducir prácticas internacionales modernas y aceptables en materia de insolvencia. Y por último destaca la expresa admisibilidad de principio de unidad y universalidad atemperado con el reconocimiento de concursos de carácter local o puramente territorial en aquellos países en que el deudor posea bienes discurriendo en paralelo y de forma coordinada (art. 28).

El siguiente texto de UNCITRAL en esta materia ha sido denominado “Guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia”, instrumento de referencia al que pueden acudir los legisladores nacionales a la hora de preparar nuevas normas sobre el régimen jurídico de la insolvencia. Es un texto de consulta a efectos de asesoramiento y de análisis de las cuestiones que plantea la regulación legal del tratamiento de la insolvencia, exposición de cuestiones y de soluciones que concluye en cada tema con una serie de recomendaciones de principios legislativos, orientados hacia un sistema eficaz y eficiente, actual, acorde con la evolución de este Derecho y con la aspiración a su mayor homogeneidad ante los distintos ordenamientos nacionales.

Aquí se define el procedimiento de insolvencia como “procedimiento colectivo de carácter judicial o administrativo, que se sustancia con miras a la reorganización o a la liquidación de la empresa del deudor conforme al régimen de la insolvencia”. Observamos cómo se repiten el carácter colectivo y la referencia a la insolvencia ya observados en la definición de “procedimiento de insolvencia” dada por la Ley Modelo, pero en la descripción de los fines se incluye una alusión a la “empresa”, novedad que se debe a que la Guía solo contempla al deudor empresario que ejerce una actividad mercantil porque es la insolvencia mercantil la que más interesa en el mercado internacional, mientras

que la de los no empresarios presenta unas características culturales que afectan a la política jurídica de su tratamiento.

Y los objetivos fundamentales que propone la *Guía* son:

1. Dar seguridad en el mercado para promover la estabilidad y el crecimiento económicos.
2. Maximizar el valor de los bienes.
3. Hallar un punto de equilibrio entre la liquidación y la reorganización.
4. Tratar paritariamente a acreedores en circunstancias similares.
5. Establecer la solución de los casos de insolvencia de forma absoluta, eficiente e imparcial.
6. Preservar la masa de la insolvencia para que pueda efectuarse una distribución equitativa entre los acreedores.
7. Propugnar un régimen de la insolvencia que sea transparente y previsible y que contenga incentivos para reunir y suministrar información.
8. Reconocer los derechos de crédito existentes y establecer reglas claras para la clasificación de los créditos según su prelación.
9. Establecer un marco para la insolvencia transfronteriza.

OLIVENCIA finaliza este análisis diciendo que la Guía constituye un documento valiosísimo para la elaboración del moderno Derecho de la insolvencia, comprende los convenios extrajudiciales y la completa tramitación de los procedimientos de insolvencia, desde su solicitud y apertura hasta la conclusión, tanto de los de reestructuración como de liquidación. Sin duda, añade que, es el más importante y moderno texto de nivel internacional sobre el Derecho de la insolvencia.

También destaca un importante documento titulado *Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems* elaborado en abril de 2001 por el Banco Mundial y en cuyo Preámbulo



se destaca la importancia del tema para la estabilidad del sistema financiero y la conveniencia de formular unos principios y directrices para los sistemas de protección del crédito y el tratamiento eficiente de la insolvencia pero centrándola en las sociedades. Existe una permanente colaboración con UNCITRAL en esta materia, considerablemente desarrollada desde la crisis de los mercados emergentes en 1997-1998.

En España la Sección Especial de la Comisión General de Codificación, creada en diciembre de 1996, comienza sus sesiones, en enero de 1997, el grupo de trabajo UNCITRAL ya había celebrado dos períodos (Viena, 1995; Nueva York, 1996), habiéndose producido ya la crisis de las “economías emergentes”, que reclamó la atención de los organismos internacionales, convirtiéndose el tema de la insolvencia<sup>243</sup> en tema urgente. Así, los trabajos de la Ley Modelo de UNCITRAL se solapan con los de la primera fase de la Sección Especial para la Reforma Concursal en España, y, antes de concluir ésta la redacción de los Anteproyectos, comenzó UNCITRAL la elaboración de su Guía<sup>244</sup>.

Pero la situación actual es completamente distinta ya que el Convenio de Bruselas de 23 de noviembre de 1995 se transformó en un Reglamento Comunitario –Reglamento (CE) núm. 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia-, que está en vigor desde el 1 de mayo de 2002 y a nivel interno se aprobó la LC –Ley 22/2003, de 9 de julio-, que se ocupa de las cuestiones de Derecho internacional privado en sus artículos 10 y 11, así como en su Título IX (arts. 199-230), por lo que se disponía de normas de origen

---

<sup>243</sup> Según OLIVENCIA RUIZ, M.; *La terminología jurídica de la reforma concursal...*, cit., pág.105: “La insolvencia es un fenómeno universal, conocido en todas las economías y en todos los sistemas jurídicos, y que, además, multiplica sus efectos perturbadores cuando se proyecta en el plano internacional”. En este tema de la internacionalización del derecho concursal también encontramos a PULGAR EZQUERRA, J.; *La declaración del concurso de acreedores...*, cit.; págs. 115-125.

<sup>244</sup> OLIVENCIA RUIZ, M.; *La terminología jurídica de la reforma concursal...*, cit., pág.141.

internacional y de origen interno que habrá que saber articular en el ámbito de la competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de decisiones<sup>245</sup>.

El 31 de mayo de 2002 es cuando entró en vigor para todos los Estados comunitarios el Reglamento (CE) núm.1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia. Su texto normativo se divide en tres grandes bloques<sup>246</sup>:

- PREAMBULO: que consta de 33 proposiciones que justifican la adopción del Reglamento.
- ARTICULADO: formado por 47 preceptos, repartidos en cinco capítulos:
  - Capítulo I: Disposiciones Generales (arts. 1 a 15).
  - Capítulo II: Reconocimiento del procedimiento de insolvencia (arts. 16 a 26).
  - Capítulo III: Procedimientos secundarios e insolvencia (arts. 27 a 38).
  - Capítulo IV: Información a los acreedores y presentación de sus créditos (arts. 39 a 42).
  - Capítulo V: Disposiciones Transitorias y Finales (arts. 43 a 47).

---

<sup>245</sup> AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M. y CAMPUZANO DÍAZ, B.; “La competencia judicial internacional en materia concursal”..., cit.; pág. 601.

<sup>246</sup> CANDELARIO MACÍAS, M<sup>a</sup> I.; “Los vínculos entre el reglamento 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia comunitaria, y la Ley 22/2003, de lo concursal española”, *Estudios sobre la LC: libro homenaje a Manuel Olivencia*, v. 1, (Escritos sobre don Manuel Olivencia Ruiz, derecho concursal, aspectos generales, antecedentes históricos, derecho comparado, derecho uniforme, derecho europeo, derecho internacional privado, la declaración de concurso), Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 682-683. Dice PULGAR EZQUERRA, J.; *La declaración del concurso de acreedores...*, cit.; pág. 118: “se establece un régimen uniforme de derecho internacional privado, se introduce seguridad jurídica en los supuestos de insolvencia comunitaria, con respecto a su vez a la diversidad normativa concursal vigente en cada país y se propicia la disminución de eventuales comportamientos oportunistas de acreedores o deudores, transfiriendo bienes o litigios de un estado miembro a otro en beneficio propio y a costa de un perjuicio ajeno, sobre la base de las ventajas derivadas en los mercados integrados de las libertades de establecimiento y libre circulación de bienes y capitales”.

- ANEXOS: se recogen tres anexos, A, B y C, que establecen cuáles son las instituciones concursales nacionales que se ven afectadas por el Reglamento:

Anexo A: recoge qué procedimientos de cada Estado son “procedimientos de insolvencia” a efectos del Reglamento.

Anexo B: establece los procedimientos que a nivel interno se corresponden con el “procedimiento de liquidación” al que hace referencia el Reglamento.

Anexo C: indica cuáles son los órganos concursales que en cada Estado se corresponden con el “síndico” que recoge el Reglamento.

Dicho Reglamento<sup>247</sup> se aplicará prácticamente en toda la Comunidad Europea, pues vincula a todos los Estados miembros excepto a Dinamarca, en virtud del Protocolo anejo al Tratado de Amsterdam que recoge su posición particular, como señala el considerando 33, a no ser que ejerza su derecho reconocido en dicho Protocolo de sumarse al Reglamento comunitario.

Según AGUILAR<sup>248</sup>, para que se aplique el Reglamento 1346/2000 es necesario que el supuesto en cuestión quede comprendido en su ámbito

---

<sup>247</sup> Señala CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.; “Reglamento (CE) Nº. 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia y cuestiones de ley aplicable”, *Estudios sobre la LC: libro homenaje a Manuel Olivencia*, v. 1, (Escritos sobre don Manuel Olivencia Ruiz, derecho concursal, aspectos generales, antecedentes históricos, derecho comparado, derecho uniforme, derecho europeo, derecho internacional privado, la declaración de concurso), edit. Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 651-652; que “el Reglamento 1346/2000 se distingue de otros Reglamentos dictados al amparo del artículo 65 TCE, por el hecho de que no contiene solamente reglas sobre “competencia internacional” y sobre “validez internacional de decisiones”, sino que también contiene “normas de conflicto de Leyes” que determinan, de manera uniforme, la Ley aplicable a los procedimientos de insolvencia. La cuidadísima regulación a nivel de *Conflict-Of-Laws* (= Derecho aplicable) relativa a los procedimientos de insolvencia incorporada por este Reglamento debe ser destacada como una obra legislativa de primer orden: completa, precisa, detallada, perfectamente sustentada tanto en su regla general como en sus excepciones. Y ello diferencia al Reglamento 1346/2000 de otras leyes nacionales que se han ocupado de la insolvencia internacional”.

<sup>248</sup> AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M. y CAMPUZANO DÍAZ, B.; “La competencia judicial internacional en materia concursal”..., cit.; págs. 605-609.

de aplicación el cual viene delimitado por cuatro factores: material, territorial, personal y temporal que pasamos a comentar:

- Ámbito de aplicación material

El artículo 1 del Reglamento 1346/2000 delimita su ámbito de aplicación material de forma positiva y negativa.

En su apartado 1 dice que: “el presente reglamento se aplicará a los procedimientos colectivos fundados en la insolvencia del deudor que impliquen el desapoderamiento parcial o total de éste último y el nombramiento de un síndico”.

Aquí, según dicho autor, se establecen cuatro condiciones de carácter cumulativo que atañen al carácter del procedimiento y que tienen que cumplir los procedimientos nacionales para quedar comprendidos en su ámbito material. Estas cuatro condiciones son:

- El carácter *colectivo* del procedimiento, lo que supone la exclusión de la ejecución individual de los créditos y exigencia de un concurso de acreedores aunque no se denomine así.
- La *insolvencia del deudor*: el Reglamento prescinde de si el deudor es persona física o jurídica, comerciante o particular y deja que sea la ley del Estado de apertura del procedimiento la que determine qué tipo de deudores pueden ser sometidos a un procedimiento de insolvencia en calidad de tales. Tampoco concreta cuando se encuentra en situación de insolvencia, por lo que se tendrá que acudir igualmente a la ley del Estado de apertura del procedimiento para resolver esta cuestión.
- El *desapoderamiento parcial o total del deudor* que según OLIVENCIA<sup>249</sup> es término clásico en el Derecho de la insolvencia y hace referencia a la pérdida por el deudor de facultades patrimoniales de administración y disposición, con su

---

<sup>249</sup> OLIVENCIA RUIZ, M.; *La terminología jurídica de la reforma concursal...*, cit., pág.110.

consiguiente transferencia a un órgano del procedimiento, que el Reglamento llama *síndico*, definido en el art. 2.b):

“cualquier persona u órgano cuya función consista en administrar o liquidar la masa o supervisar la gestión de los negocios del deudor”.

Pero no basta con que se cumplan estas cuatro condiciones<sup>250</sup> sino que además es necesario que el procedimiento en cuestión haya sido expresamente incluido por los Estados miembros en las listas que figuran en los Anexos A y B. Nuestro país se refirió en el Anexo A al concurso de acreedores, quiebra y suspensión de pagos, y en el Anexo B al concurso de acreedores, quiebra y suspensión de pagos basada en la insolvencia definitiva, pero tras la aprobación de la LC donde se suprimen la diversidad de instituciones concursales a favor de un único procedimiento de concurso, se modificaron estos Anexos.

Y en el apartado 2 señala que “no se aplicará a los procedimientos de insolvencia relativos a empresas de seguros y a las entidades de crédito, ni a las empresas de inversión que presten servicios que impliquen la posesión de fondos o de valores negociables de terceros, ni a los organismos de inversión colectiva”.

En cuanto a esta delimitación negativa CANDELARIO<sup>251</sup> argumenta que se debe a que estamos ante entidades que tienen una gran importancia en la economía nacional de un Estado por el elevado volumen de capital

---

<sup>250</sup> Según OLIVENCIA RUIZ, M.; *La terminología jurídica de la reforma concursal...*, cit., pág.111, sobre la base de estas cuatro condiciones, el Reglamento comunitario ha introducido el concepto de “procedimiento de insolvencia” sometido a su aplicación, pero para mayor seguridad dentro de la diversidad de regímenes de insolvencia, de la que parte y a la que respeta, la técnica del Reglamento ha optado por confeccionar unos Anexos en los que se incluyen los procedimientos de insolvencia existentes en los Estados miembros (Anexo A), respetándose así las denominaciones nacionales, los de “liquidación” (Anexo B), y los de “síndicos” (Anexo C), a efectos de integrar con mayor claridad el ámbito de aplicación del propio Reglamento y es aquí donde se refleja la diversidad de procedimientos y la variedad de sus denominaciones.

<sup>251</sup> CANDELARIO MACÍAS, M<sup>a</sup> I.; “Los vínculos entre el reglamento 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia comunitaria, y la Ley 22/2003, de lo concursal española”...cit., pág. 689.

que manejan, por los diversos intereses en juego, etc., y que por ello son objeto de un tratamiento particular por parte de la Comunidad, es decir, existen Directivas o proyectos de Directivas específicas relativas a su sobreseimiento y liquidación.

- Ámbito de aplicación territorial<sup>252</sup>.

El Reglamento sobre insolvencia se aplica en todos los Estados miembros de la Comunidad, con la excepción de Dinamarca, en virtud del Protocolo anejo al Tratado de Amsterdam que recoge su posición particular, como señala el considerando 33, a no ser que ejerza su derecho reconocido en dicho Protocolo de sumarse al Reglamento comunitario.

Y el art. 69 TCE prevé que la aplicación que la aplicación del Título VI, estará subordinada a los Protocolos en cuanto a estos tres países: Dinamarca, Irlanda y Gran Bretaña, estos dos últimos a pesar de que en un principio rechazaran su vinculación a la Propuesta de Reglamento, finalmente se han obligado con el mismo<sup>253</sup>.

---

<sup>252</sup> CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.; “Reglamento (CE) N.º. 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia y cuestiones de ley aplicable”...cit., págs. 652-653. Añade dicho autor que según el artículo 4 del Reglamento 1346/2000: “Salvo disposición en contrario del presente Reglamento, la Ley aplicable al procedimiento de insolvencia y a sus efectos será la del estado miembro en cuyo territorio se abra dicho procedimiento, denominado en lo sucesivo “el Estado de apertura”. Ésta es la “regla general” de “conflicto de Leyes”, es decir, la “regla de base” para determinar la Ley estatal aplicable que rige todo “procedimiento de insolvencia comunitario” es la conocidísima regla *Lex Fori Concursus*, una regla ya utilizada por numerosos convenios internacionales y sistemas nacionales de Derecho internacional privado en materia de insolvencia internacional.

Entre otros temas la *Lex Fori Concursus* se ocupa de la *determinación de los sujetos susceptibles de ser declarados en concurso u otro procedimiento de insolvencia*. Así, por ejemplo, la *Lex Fori Concursus* fijará si los procedimientos de insolvencia solo pueden alcanzar a los “comerciantes” o si, por el contrario, pueden extenderse a los no comerciantes o particulares (=individuals), a las empresas públicas o sujetas al Derecho público, pequeños comerciantes, empresarios agrícolas, etc. Fijará igualmente si existen o no procedimientos distintos según se trate de personas físicas o jurídicas...

<sup>253</sup> CANDELARIO MACÍAS, M<sup>a</sup> I.; “Los vínculos entre el reglamento 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia comunitaria, y la Ley 22/2003, de lo concursal española”...cit., págs. 685-686.

- **Ámbito de aplicación personal.**

Tal y como indica AGUILAR, hay que destacar dos aspectos en la delimitación del ámbito de aplicación personal del Reglamento:

-El Reglamento prescinde de si el deudor es una persona física o jurídica, comerciante o particular, y deja que sea la Ley del Estado de apertura del procedimiento la que determine qué tipo de deudores pueden ser sometidos a un procedimiento de insolvencia en calidad de tales (art. 4.2.a)<sup>254</sup>.

-El Reglamento sí requiere para su aplicación que el centro principal de intereses del deudor esté situado en la Comunidad (Considerando 14), o más precisamente, en el ámbito territorial que precisábamos anteriormente. Se entiende que el centro principal de intereses es el lugar donde el deudor lleva a cabo de manera habitual la administración de sus intereses y, por consiguiente, puede ser averiguado por terceros (Considerando 13) estos terceros no son sino los acreedores por lo que esta norma protege los intereses de los acreedores. Añade el artículo 3.1 que respecto de las sociedades y personas jurídicas se presumirá que dicho centro se corresponde, salvo prueba en contrario, con el lugar de su domicilio social. Sin embargo, para las personas físicas no se establece presunción alguna, pero dada la definición que se hace del “centro de intereses principales del deudor”, cabe concluir que se corresponderá con el domicilio profesional en el caso de que ejerzan una actividad empresarial o profesional, y en general, con el lugar de su residencia habitual<sup>255</sup>.

---

<sup>254</sup> Este Reglamento al igual que el Proyecto de 1982 tampoco recogía la no discriminación atendiendo a la nacionalidad de las personas interesadas como bien indica CANDELARIO MACÍAS, M<sup>a</sup> I.; “Los vínculos entre el reglamento 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia comunitaria, y la Ley 22/2003, de lo concursal española”...cit., pág. 688, y es que hoy en día estamos en un periodo más avanzado de integración comunitaria, en que se sobreentiende dicha mención y no es necesario recogerla expresamente como antes para disipar cualquier género de dudas por lo que este Reglamento se aplica con independencia de la nacionalidad.

<sup>255</sup> AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M. y CAMPUZANO DÍAZ, B.; “La competencia judicial internacional en materia concursal”..., cit.; pág. 614.

Si por el contrario, el centro de intereses está situado en un tercer Estado no podrá aplicarse, y habrá que acudir en su lugar al Derecho Internacional Privado autónomo de los Estados miembros, en el caso de nuestro país, a las normas recogidas en la LC.

Podemos resumir este presupuesto subjetivo tal y como lo hace CANDELARIO<sup>256</sup>:

“Este Reglamento se aplicará a cualquier persona física o jurídica, con naturaleza mercantil o no. No existe, por tanto, distinción alguna, salvo las excepciones expresamente reconocidas por la norma. En este contexto, el presupuesto reglamentado en nuestra Ley 22/2003, de lo concursal, se encuentra acorde con lo dispuesto en el Reglamento. Cabe decir que en nuestra Ley estamos ante un único procedimiento denominado concurso, donde el presupuesto subjetivo disciplinado en su artículo 1 procederá por la aplicación del concurso respecto de cualquier deudor, persona natural o jurídica (no se realiza distinción entre comerciante o no), como tampoco se realiza diferenciación si estamos ante un procedimiento para una pequeña y mediana empresa o una gran empresa”.

- Ámbito de aplicación temporal.

Las disposiciones del Reglamento solo se aplicarán a los procedimientos de insolvencia que se abran después de la fecha de su entrada en vigor que fue el 31 de mayo de 2002 y que los actos jurídicos que el deudor haya llevado a cabo antes de la entrada en vigor del presente Reglamento continuarán sujetos a la ley que les fuese aplicable en el momento de su celebración (art. 43).

---

<sup>256</sup> CANDELARIO MACÍAS, M<sup>a</sup> I.; “Los vínculos entre el reglamento 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia comunitaria, y la Ley 22/2003, de lo concursal española”...cit., pág. 689.



En cuanto a la competencia judicial internacional<sup>257</sup>, nos centramos en AGUILAR<sup>258</sup>, quien dice que para abordar las situaciones concursales internacionales se han barajado tradicionalmente dos modelos totalmente diferenciados:

- El modelo que responde a los principios de unidad y universalidad defiende la existencia de un procedimiento concursal único que abarque la totalidad de los bienes del deudor con independencia del país donde se encuentren.

Este modelo universal favorece al tratamiento igualitario de todos los acreedores, permite una mejor recuperación del deudor en aquellos supuestos en los que no se encuentra inmerso en una situación de insolvencia en sentido estricto, sino que pasa por una fase de falta de liquidez; el régimen normativo resulta más previsible con este modelo, los movimientos de bienes transfronterizos resultan irrelevantes y se evita el *forum shopping* patrimonial, al centralizarse el procedimiento se reducen los costes administrativos y puede instruirse de forma más eficiente...

- El modelo que responde a los principios de pluralidad y territorialidad aboga por una pluralidad de procedimientos concursales, con efectos limitados a los bienes que tenga el deudor en el país de apertura de los mismos.

Los defensores de dicho modelo territorial mantienen, por su parte, que es muy difícil que exista en la práctica un

---

<sup>257</sup> CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.; “Reglamento (CE) N°. 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia y cuestiones de ley aplicable”...cit., pág. 654: La competencia judicial internacional en materia concursal no solo procede, sino que también condiciona la determinación del “Derecho aplicable” a los procedimientos internacionales de insolvencia: siendo competentes los tribunales de un país, éstos aplicarán el *Derecho material* de dicho país en materia de procedimientos de insolvencia.

<sup>258</sup> AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M. y CAMPUZANO DÍAZ, B.; “La competencia judicial internacional en materia concursal”..., cit.; págs. 609-612.

procedimiento concursal único y universal; que el concurso posee un marcado carácter procedimental, y que en base a ello, y debido a las normas que lo regulan, debe tener carácter territorial; que con este sistema se favorece a los acreedores locales, pues se aplicará un derecho que les resultará más conocido y previsible y no tendrán el problema de tener que desplazarse a jurisdicciones desconocidas.

Dicho autor continua diciendo que esta pluralidad de argumentos impide decantarse por uno de los dos modelos señalados por lo que en la práctica se acaban adoptando fórmulas mixtas<sup>259</sup>. Ahora, no hay que olvidar que el Reglamento solo regula la competencia internacional, es decir, solo designa al Estado miembro cuyos tribunales pueden abrir un

---

<sup>259</sup> Según CANDELARIO MACÍAS, M<sup>a</sup> I.; “Los vínculos entre el reglamento 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia comunitaria, y la Ley 22/2003, de lo concursal española”...cit., pág. 698, se trata de una solución, de conjugar dos tipos de procedimientos, universal y local, que sin duda, viene a flexibilizar el principio de universalidad para que no haya una centralización excesiva de un único Estado y no “dañar” la soberanía de otros Estados miembros implicados en la situación de insolvencia, y con ello, el permitir que se abran procedimientos de efecto nacional. En este sentido se pronuncian también ALONSO PUIG, J.M. Y MARTÍNEZ DE SALAS RUBIO, I.; “Normas de Derecho Internacional Privado” en *Comentarios a la LC*, edit. Marcial Pons: Ediciones Jurídicas y Sociales, Barcelona, 2004, págs. 832-834, que definen el principio de unidad y universalidad de la quiebra como el que defiende la existencia de un procedimiento único que afecta a la totalidad del patrimonio del concursado, con los consiguientes efectos extraterritoriales, postulándose generalmente la competencia de los Tribunales del domicilio o sede del deudor) y el principio de pluralidad y territorialidad como partidario de diversos procedimientos en los distintos países en los que se hallen bienes del deudor, con efectos limitados al respectivo territorio, determinándose la competencia para conocer del asunto con base a una serie de criterios plurales –residencia, domicilio, establecimiento o presencia de bienes, actividades del deudor, etc.-). Ambos autores indican que estos principios han sido objeto de críticas por la doctrina, especialmente el de territorialidad. En muy pocas ocasiones los diversos ordenamientos han incorporado de forma íntegra alguno de ellos, sino más bien se han inclinado por posiciones eclécticas o mixtas que combinan las dos opciones. Tal y como señalan ESPLUGUES MOTA, C. y HERNÁNDEZ MARTÍ, J.; *Suspensión de Pagos, Quiebras e Insolvencias Punibles*, v. III, Doctrina y Jurisprudencia y Formularios, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, págs. 2405-2407, hasta la reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, el ordenamiento jurídico español no se decantó por ninguno de dichos modelos o principios al ignorar la cuestión de forma absoluta. Esta situación pudo mantenerse gracias al aislamiento económico de nuestro país, pero a medida que nuestra economía se fue abriendo al exterior se hizo patente la necesidad de articular un modelo concursal internacional. Y así, en 1983 y 1995 se elaboraron sendos Anteproyectos de LC en los que, en el marco de una ley integral que regulaba todos los aspectos de los procedimientos de insolvencia, se incluían apartados específicos sobre normas de Derecho internacional privado aunque éstos no llegaron a ver la luz.

procedimiento de insolvencia, y posteriormente, para determinar el concreto tribunal que será competente en el interior de cada uno de estos Estados, habrá que consultar sus normas de competencia territorial interna (Considerando 15).

Y es que como bien apunta CANDELARIO<sup>260</sup>, el distinto régimen de Derecho concursal en los Estados miembros es un obstáculo prácticamente insalvable para aplicar el principio de universalidad en sentido estricto. Esta idea la recoge el Consejo de Europa en el considerando 11:

“El presente Reglamento acepta el hecho de que, para una amplia serie muy diferenciada de casos de Derecho material, no resulta práctico un procedimiento único de insolvencia con validez universal para toda la Comunidad. La aplicación sin excepciones del Derecho del Estado en que se incoa el procedimiento llevaría con frecuencia, dada esta circunstancia, a situaciones difíciles; esto puede aplicarse, por ejemplo, a las muy diferentes normativas en materia de intereses de seguridad...y también de privilegios...”.

Añade dicha autora que puede que la principal causa del fracaso del Proyecto de Convenio de 1982 fuera el establecimiento de un principio de universalidad en sentido estricto, de ahí que las siguientes iniciativas como el Anteproyecto de 1991, el Proyecto de 1994, el Convenio de Bruselas de 1995 y la propuesta de Reglamento de 1999 flexibilizaron el principio de universalidad a través de dos mecanismos que también recoge este Reglamento 1346/2000 para asegurar su viabilidad, como así se reconoce expresamente en el considerando 11:

1. “Deberían aplicarse normas especiales de Derecho aplicable para derechos de especial importancia y vínculos jurídicos (por ejemplo, derechos reales y contratos de trabajo)”.

---

<sup>260</sup> CANDELARIO MACÍAS, M<sup>a</sup> I.; “Los vínculos entre el reglamento 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia comunitaria, y la Ley 22/2003, de lo concursal española”...cit., pág. 695.

2. “Deberían autorizarse, junto a un procedimiento principal de insolvencia con validez universal, procedimientos nacionales que abarcan exclusivamente los bienes situados en el país en que se incoa el procedimiento”.

Volviendo a AGUILAR<sup>261</sup> cabe decir que la competencia judicial internacional que otorga el artículo 3.1 comentado anteriormente, permite abrir un procedimiento de liquidación o de saneamiento con carácter universal. Sus efectos se extienden al resto de Estados miembros, de modo muy ágil además, gracias al régimen de reconocimiento automático que establece el propio Reglamento. Pero esa universalidad puede verse limitada, como ya sabemos, en el caso de que se abra un procedimiento con carácter territorial en otro Estado miembro, que quedará sujeto a normas de coordinación con el procedimiento principal.

El artículo 3.2 del Reglamento dispone que cuando el centro de los intereses principales del deudor se encuentre en el territorio de un Estado miembro, los tribunales de otro Estado miembro solo serán competentes para abrir un procedimiento de insolvencia respecto al mismo deudor si éste posee un establecimiento en el territorio de este otro Estado. Añade, de acuerdo con el carácter territorial de estos procedimientos, que sus efectos se limitarán a los bienes del deudor situados en el territorio de este Estado miembro.

Nuestra LC de 9 de julio de 2003, regula separadamente las distintas cuestiones de Derecho internacional privado. Por un lado, en el Título I, Capítulo II, Sección 1ª, relativa a la “Jurisdicción y competencia”, se ocupa de la competencia judicial internacional (arts. 10 y 11). Y por otro lado, en el Título IX, que lleva por rúbrica “De las normas de Derecho internacional privado”, nos recuerda en primer término la primacía de las normas internacionales, y regula a continuación la ley aplicable, el

---

<sup>261</sup> AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M. y CAMPUZANO DÍAZ, B.; “La competencia judicial internacional en materia concursal”..., cit.; pág. 617.

reconocimiento de los procedimientos extranjeros y la coordinación entre procedimientos paralelos de insolvencia (arts. 199-230). Pero, como indica AGUILAR<sup>262</sup>, habría sido más conveniente, separar ambos planos y ubicar todas las normas de Derecho internacional privado en el Título IX para que quedara dicho tema unificado y más claro para el lector.

Pasamos a comentar el artículo 10.1 LC que señala que la competencia para declarar y tramitar el concurso corresponde al juez de lo mercantil en cuyo territorio tenga el deudor el centro de sus intereses principales. Añade a continuación que si el deudor tuviese además en España su domicilio y el lugar de éste no coincidiese con el centro de sus intereses principales, será también competente, a elección del acreedor solicitante, el juez de lo mercantil en cuyo territorio radique aquél.

En un segundo párrafo recoge la definición del centro de intereses principales del deudor persona física: “Por centro de intereses principales se entenderá el lugar donde el deudor ejerce de modo habitual y reconocible por terceros la administración de tales intereses. En caso de deudor persona jurídica, se presume que el centro de sus intereses principales se halla en el lugar del domicilio social. Será ineficaz a estos efectos el cambio de domicilio efectuado en los seis meses anteriores a la solicitud del concurso”. Dicha definición se ha tomado del Reglamento 1346/2000 (Considerando 13 y art. 3.1 ya comentados anteriormente) y la única novedad que se añade es que será ineficaz, a efectos de la presunción establecida a favor del domicilio, el cambio que se haya producido en los seis meses anteriores a la solicitud del concurso. Novedad que siguiendo con AGUILAR, éste cree que aporta poco, ya que al fin y al cabo el domicilio es una simple presunción y lo importante es el lugar donde se ubique el centro de los intereses principales del deudor. Ahora, si el centro de los intereses principales del deudor se encuentra en España, la competencia judicial

---

<sup>262</sup> AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M. y CAMPUZANO DÍAZ, B.; “La competencia judicial internacional en materia concursal”..., cit.; pág. 624-628.

internacional para la apertura del procedimiento de insolvencia se basará en el artículo 3.1 del Reglamento.

En un tercer párrafo del artículo 10.1 LC, se dispone que los efectos de este concurso, que en el ámbito internacional, se considerará concurso principal, tendrán alcance universal, comprendiendo todos los bienes del deudor, estén situados dentro o fuera de España. Añade que en el caso de que sobre los bienes situados en un Estado extranjero se abra un procedimiento de insolvencia, se tendrán en cuenta las reglas de coordinación previstas en el Capítulo IV del Título IX de esta ley.

El art. 10.2 dice que cuando “se hubieran presentado solicitudes de declaración del concurso ante dos o más juzgados competentes, será preferente aquel ante el que se hubiera presentado la primera solicitud”.

El art. 10.3 establece otro criterio de competencia judicial internacional. Dice que “si el centro de los intereses principales no se hallase en territorio español, pero el deudor tuviese en éste un establecimiento, será competente el juez de lo mercantil en cuyo territorio radique y, de existir varios, donde se encuentre cualquiera de ellos, a elección del solicitante...”.

La Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la ley 22/2003, de 9 de julio, concursal suprime el apartado 4 del artículo 10, reenumerando el apartado 5 como 4. El apartado derogado establecía que “en los casos de solicitud de declaración conjunta de concursos de varios deudores, será juez competente para declararlo el del lugar donde tenga el centro de sus intereses principales el deudor con mayor pasivo, y si se trata de un grupo de sociedades, el de la sociedad dominante. Se añade que la misma regla se aplicará para determinar el juez competente para la tramitación de concursos acumulados”.

Y por último, el artículo 10.4, antiguo apartado 5, establece que “el juez examinará de oficio su competencia y determinará si ésta se basa en el

apartado 1 o en el apartado 3 de este artículo”. Es decir, que el propio juez examinará si el centro de intereses principales o el establecimiento, se encuentra en nuestro país, y, por tanto, si estamos ante un procedimiento de insolvencia principal y con efectos universales o ante un procedimiento territorial con efectos limitados a los bienes del deudor situados en España.

Según CANDELARIO<sup>263</sup> con el Reglamento nos encontramos, por un lado, con la satisfacción de ver un texto comunitario sobre los procedimientos de insolvencia, teniendo un punto de referencia con el que actuar una materia tan delicada como es la insolvencia transfronteriza. Pero por otro lado, nos encontramos con la gran decepción de haber desaprovechado una oportunidad única para ir aún más allá, el texto no esclarece grandes cosas de las que ya sabíamos o se aplicaban dentro de la esfera del Derecho Internacional Privado, excepto en matices de gran relevancia como son, por ejemplo, las facultades del síndico. Así que nuestra Ley 22/2003, Concursal española, ha acogido de manera cautelosa y medida las disposiciones que impone el Reglamento, tal y como hemos puesto de manifiesto, sin que esto signifique que en su aplicación práctica no vaya a existir más de un problema de interpretación aplicativa y de coordinación normativa entre la Ley española y el Reglamento comunitario.

---

<sup>263</sup> CANDELARIO MACÍAS, M<sup>a</sup> I.; “Los vínculos entre el reglamento 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia comunitaria, y la Ley 22/2003, de lo concursal española”...cit., págs. 717-718.

### III.3. La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

Tal y como hemos venido observando, la dispersión normativa característica del Derecho Concursal español, se manifestaba en la separación entre normas adjetivas y sustantivas, resultando difícil determinar con claridad los preceptos vigentes, lo que condujo a una falta de sistema no solo procesal sino también sustantiva determinante de una absoluta falta de seguridad jurídica, además del carácter arcaico de dicha normativa al datar de la época de Fernando VII<sup>264</sup>. Así pues, como consecuencia de dichos defectos, el Derecho Concursal español se caracterizaba por una gran lentitud y un elevado costo de los procedimientos concursales, que generaba corrupciones en el sistema en el que se propiciaban soluciones a las crisis económicas al margen del marco normativo vigente.

Todo ello determinaba la necesidad de llevar a cabo la reforma del Derecho Concursal español adaptándolo a los principios inspiradores de un moderno Derecho Concursal. Dicha reforma, según la Exposición de Motivos Ley 22/2003, “no suponía una ruptura con la larga tradición concursal española, pero sí una profunda modificación del derecho entonces vigente, en la que se tuvieron en cuenta las aportaciones

---

<sup>264</sup> PULGAR EZQUERRA, J.; *La declaración del concurso de acreedores...*, cit.; pág. 128; Según FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.; “Marco y fin de la reforma de la legislación concursal” en *Comentarios a la LC*, edit. Marcial Pons: Ediciones Jurídicas y Sociales, Barcelona, 2004, pág. 16: el inicio de esta legislación fragmentaria y confusa se sitúa en el CCo de 1829, promulgado por Fernando VII y del que un buen número de artículos siguen vigentes. El Código de SAINZ DE ANDINO, que aparece cuando aún no contábamos con un CC en España, tipifica y dota de tratamiento específico a institutos concursales como la suspensión de pagos, la insolvencia fortuita, la insolvencia culpable, la insolvencia fraudulenta y el alzamiento de bienes (art. 1.002). Y el Código de 1829 aborda esta materia sin el anhelo de distinguir entre Derecho material y Derecho procesal creándose entre el Libro IV de las Quiebras y el Título V de la Ley de Enjuiciamiento Mercantil de 24 de julio de 1830 un lazo de estrecha y permanente comunicación...Así, en materia de fuentes del Derecho concursal mercantil encontramos, por un lado, preceptos del Derecho material del Código de 1885, por otro, preceptos de Derecho procesal de la LEC 1881 referidos al CCo de 1829 y normas procesales contenidas en el Código de 1829 no derogadas en virtud de la invocación que de ellas hace la LEC de 1881 y vigentes en víspera de promulgarse la nueva LC conforme al apartado 1 de la Disposición Derogatoria Única de la LEC 1/2000, de 7 de enero.



doctrinales y prelegislativas realizadas en el ámbito nacional y las más recientes concreciones producidas en la legislación comparada, así como los instrumentos supranacionales elaborados para la unificación y la armonización del derecho en esta materia. El resultado de tan delicada tarea fue un Texto Legal que se propuso corregir las deficiencias del anterior derecho con soluciones en las que puede apreciarse el propósito de coordinar la originalidad del nuevo sistema concursal con su armónica inserción en el conjunto de nuestro ordenamiento, preocupación a la que responde el cuidado puesto en las disposiciones adicionales, transitorias, derogatoria y finales que cierran esta Ley”.

Finalmente se promulgaron la Ley 22/2003, de 9 de julio. Concursal, y la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la reforma concursal<sup>265</sup>, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, con lo que se logra al fin culminar la largamente esperada reforma concursal, entrando en vigor la LC el 1 de septiembre de 2004, instaurándose así en nuestro país un sistema concursal moderno y unitario, de aplicación tanto a personas jurídicas como naturales, con independencia de que fueran empresarios y profesionales.

La LC constaba de 230 artículos estructurados en 9 títulos, tres disposiciones adicionales, dos disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y 35 disposiciones finales, en la que se pretende, tal y como señala la Exposición de Motivos, XII, “armonizar el Derecho vigente con la reforma introducida por la presente Ley y, al mismo tiempo, limitar el ámbito de ésta a la materia concursal”.

---

<sup>265</sup> Tal y como indica FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.; “Marco y fin de la reforma de la legislación concursal”...cit.; pág. 14: “la Ley Orgánica para la Reforma Concursal (LORC), además de regular los efectos del concurso sobre los derechos fundamentales del concursado, modifica diversos aspectos de la Ley Orgánica del Poder Judicial, entre los que destacan fundamentalmente la creación de los Juzgados de lo Mercantil, que según las previsiones normativas serán servidos preferentemente por Magistrados especializados en Derecho Mercantil, con una competencia que excede de la materia estrictamente concursal, ya que abarca lo referente al arbitraje, transporte, competencia desleal, propiedad intelectual e industrial, condiciones generales de contratación y derecho de la navegación marítima”.

Ciertos rasgos de la LC de 9 de julio de 2003 proceden del Anteproyecto de Ley de Concurso de Acreedores de 1959, y es que, tal y como señala FERNÁNDEZ-NOVOA<sup>266</sup>, las conexiones existentes entre el Anteproyecto de 1959 y la LC de 2003 se deben en buena medida a la significativa circunstancia de que Manuel OLIVENCIA, destacado colaborador en la redacción del citado Anteproyecto, fuera el artífice de la reforma del Derecho concursal español que se ha plasmado en la Ley 22/2003, de 9 de julio. Una de estas conexiones la encontramos en el paralelismo entre la Exposición de Motivos del Anteproyecto de 1959 y la Exposición de Motivos de la Ley de 9 de julio de 2003, al decir ésta última:

“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”.

Esta nueva LC adopta una regulación totalmente diferente a la que nos tenía acostumbrados en el CCo y las leyes rituarias. La nueva LEC ya lo advirtió al excluir de manera expresa y no casual, la regulación del concurso, cuyos trámites procesales se establecían igualmente en esta nueva LC, que aunque se pueda mejorar aporta un aire nuevo a nuestra disciplina que tanto lo necesitaba<sup>267</sup>.

---

<sup>266</sup> FERNÁNDEZ-NÓVOA RODRÍGUEZ, C.; “El anteproyecto de Ley de concurso de acreedores de 1959”..., cit., págs. 173 y 174.

<sup>267</sup> SAGRERA TIZÓN, J.M<sup>a</sup>.; “Breve introducción histórica de la quiebra”..., cit., págs. CXV – CXVII. También cabe hacer referencia, según PULGAR EZQUERRA, J.; “Los hechos externos del concurso de acreedores necesario”, *Estudios sobre la LC: libro homenaje a Manuel Olivencia*, v. 1, (Escritos sobre don Manuel Olivencia Ruiz, derecho concursal, aspectos generales, antecedentes históricos, derecho comparado, derecho uniforme, derecho europeo, derecho internacional privado, la declaración de concurso), edit. Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 1.151, que “con la reforma del Derecho concursal español de julio de 2003, y no obstante la opción de situar en la insolvencia el presupuesto del concurso, se mantiene la enumeración legal de hechos externos con carácter taxativo (sistema de numerus clausus) en supuestos de concurso necesario, planteándose la necesidad de delimitar qué acreedores estarán legitimados para solicitar el concurso, así como la fundamentación de su solicitud y el momento en que se verificará la concurrencia de la situación económica de fondo de

Como bien indica ALCOVER<sup>268</sup>, la LC regula, por un lado, los aspectos sustantivos y procedimentales del concurso, abandonando así la tradicional opción de regular los aspectos sustantivos en el CCo y los aspectos procesales en la LEC, lo que, indudablemente, dota de mayor coherencia sistemática a la normativa. Y por otro lado, una única institución como el concurso puede servir de cauce para la resolución de las insolvencias de comerciantes y no comerciantes. Añade que el texto de la LC por fin contiene calidad técnica dotando así de seguridad jurídica a un sector del ordenamiento que hasta ese momento carecía por completo de ella.

Pero el deterioro de la situación económica ha acentuado determinados aspectos de la legislación que han resultado disfuncionales y ha puesto de manifiesto el incumplimiento de uno de los propósitos principales de la ley, como es la conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado. Hoy en día, la mayor parte de los concursos que se tramitan finalizan con la liquidación de la empresa, el cese de actividades, y el despido de los trabajadores, acudiendo cada vez menos al sistema legal o más tarde que en otros países disminuyendo el grado de satisfacción de los acreedores ordinarios.

Dicha reforma supone una actualización integral de nuestro Derecho concursal a la vista de la corta pero intensa experiencia y aplicación de la Ley del 2003, del Derecho comparado y de su evolución. Como bien indica HURTADO<sup>269</sup>, dicha Ley ya había recibido varias modificaciones en solo sus escasos seis años de vida y las soluciones e interpretaciones

---

insolvencia, pues de nuevo el sistema de comprobación del presupuesto objetivo por el que se opte puede determinar un funcionamiento del concurso de acreedores en la práctica paralelo al de la quiebra con anterioridad a la reforma, no obstante partirse de presupuestos teóricos distintos”.

<sup>268</sup> ALCOVER GARAU, G.; “La Ley 22/2003, de 8 de Julio, Concursal”, *Estudios sobre la LC: libro homenaje a Manuel Olivencia*, v. 1, (Escritos sobre don Manuel Olivencia Ruiz, derecho concursal, aspectos generales, antecedentes históricos, derecho comparado, derecho uniforme, derecho europeo, derecho internacional privado, la declaración de concurso), Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 51.

<sup>269</sup> HURTADO IGLESIAS, S.; “La reforma concursal. Anteproyecto de 17 de diciembre de 2010”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º. 14, 2011, págs. 1-2.

al texto normativo dadas por los juzgados de lo mercantil y las Audiencias Provinciales, en especial aquéllas con secciones especializadas han sido ejemplos de solución al caso concreto, dando a cada uno lo que le corresponde con la justicia concreta como guía ante la insuficiencia de respuesta concreta en la norma. Pero debido al deterioro de la situación económica de los últimos años, determinados aspectos de la legislación han resultado insuficientes por lo que tanto para corregir errores de enfoque detectados en la práctica como para colmar las lagunas de la Ley el Gobierno aprobó el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo (La Ley 414/2009), de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal, ante la evolución de la situación económica, que efectuó una importante modificación de la LC, tratando de dar solución a los problemas más urgentes que se planteaban dentro de la crisis económica global en la que nos encontrábamos inmersos.

Entre las diferentes modificaciones llevadas a cabo, destacamos la de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre (La LEY 1286/2009), de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial que modificó 49 preceptos de la LC. Y la modificación llevada a cabo por la Sección Especial que aprobó medidas concretas orientadas a potenciar la continuidad de la actividad empresarial, suprimiendo prohibiciones a la contratación pública y a la percepción de subvenciones en el Real Decreto-Ley 6/2010, de 9 de abril (La Ley 575/2010), de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo, o a reducir los costes del proceso, estableciendo topes y modificando la base de cálculo de los aranceles de derechos de los procuradores en el Real Decreto-Ley 5/2010, de 31 de marzo (La Ley 520/2010), por el que se amplía la vigencia de determinadas medidas económicas de carácter temporal.

Siguiendo con HURTADO<sup>270</sup>, éste añade que lo que pretende el anteproyecto es que la solución del concurso no se retrase en el tiempo y para ello se simplifica y agiliza el procedimiento concursal, a partir de favorecer la anticipación de la liquidación, impulsar y regular un verdadero procedimiento abreviado y ofrecer soluciones específicas en fase común y en convenio. Cuando la tramitación de un procedimiento concursal se demora en el tiempo perjudica al concursado y a sus acreedores porque disminuye el valor de los bienes de cuya realización depende su cobro eliminando posibilidades de garantizar su viabilidad y aumentando los costes. Por lo que cada día de tramitación concursal es una posibilidad más de que acabe en liquidación<sup>271</sup>. Así pues, el proyecto contiene la regulación de un verdadero concurso abreviado<sup>272</sup>

---

<sup>270</sup> HURTADO IGLESIAS, S.; “La reforma concursal. Anteproyecto de 17 de diciembre de 2010”..., cit.; pág. 4.

<sup>271</sup> En cuanto a las novedades que en materia de conclusión de concurso se han establecido en la reforma concursal llevada a cabo por la Ley 38/2011 (La Ley 1477/2011), regulada en el Título VII de la LC, bajo la rúbrica “De la conclusión y reapertura del concurso”, en los artículos 176 a 182 (La Ley 1181/2003) de la Ley, SANZ ACOSTA, L.; “Principales modificaciones en materia de conclusión del concurso tras la reforma concursal de la Ley 38/2011”, *Actualidad Civil*, edit. La Ley, t. II, Sección Práctica Profesional, n.º. 13-14, Julio 2012, pág. 1, analiza los siguientes aspectos sobre los que la reforma concursal de 2011 ha incidido:

1. La distinción entre la conclusión de la fase de liquidación y la conclusión por insuficiencia de la masa activa, antes contenidas en la misma causa, bajo la perspectiva del archivo por carencia de activo realizable, cuando, en verdad, las dos situaciones responden a presupuestos fácticos y finalidades bien diferenciadas, regulando también un procedimiento de conclusión para cada una de esas causas. (RUBIO VICENTE, P.J.; “Luces y sombras de la fase de liquidación en el proyecto de ley de reforma de 2011”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, edit. La Ley, n.º. 15, Sección ponencias, segundo semestre de 2011, págs. 1-23).
2. La regulación de los llamados “concursos sin masa”.
3. La incorporación de la “superación de la insolvencia” como nueva causa de conclusión del concurso.

<sup>272</sup> Una de las más importantes novedades de la nueva LC es el sometimiento de las insolvencias de menor entidad, como el caso de deudores no empresarios o pequeños empresarios, a un tratamiento diferenciado. Tal y como indica FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.; “Los presupuestos de la declaración de concurso” en *Comentarios a la LC*, edit. Marcial Pons: Ediciones Jurídicas y Sociales, Barcelona, 2004, págs. 79-80, los Anteproyectos de 1959, 1983 y 1995 no se pronunciaron sobre esta cuestión pero con anterioridad al Anteproyecto de 2000, las medidas de agilización para reducir la duración del concurso de acreedores se concretaron en la figura del “convenio anticipado” que ya se había previsto en el Anteproyecto de 1983. Sin embargo, el procedimiento abreviado ya existía en el ordenamiento italiano y en la reciente reforma del Derecho concursal alemán de 1994. Añade que en otros países se estaba llevando

ofreciendo soluciones más rápidas y económicas cuando concurren determinadas circunstancias que la experiencia nos ha permitido constatar, tales como la empresa en crisis, el número de trabajadores, las negociaciones que pudiera haber iniciado para su venta o la modificación estructural de la sociedad deudora.

---

un intenso debate sobre la liquidación de las deudas que obedece al endeudamiento de los consumidores y al juego de la liquidación como vehículo de política social en relación, éste último con la controvertida cuestión de si introducir la condonación de las deudas pendientes en relación con las personas físicas en el marco de un procedimiento sencillo y racional, tema que será tratado más detalladamente en puntos posteriores.

Pero adelantamos que en relación con los ordenamientos alemán e italiano, ALONSO UREBA, A.; “La unificación subjetiva y la tramitación abreviada del concurso de acreedores”, *Estudios sobre la LC: libro homenaje a Manuel Olivencia*, V. 3, (Efectos del concurso sobre acreedores, créditos y contratos, la tramitación del concurso: aspectos procesales), edit. Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 3433: “en la reforma alemana introducida con la Insolvenz-Ordnung de 1994, en su párrafo 304 establece el denominado Verbraucherinsolvenzverfahren, o “procedimiento de insolvencia de consumidores y otros procedimientos abreviados”, con arreglo al cual “si el deudor es persona física que no desarrolle ninguna actividad económica autónoma o ésta es de escasa importancia, se aplicarán al procedimiento las disposiciones generales en tanto no se disponga otra cosa. Se entiende por actividad económica de escasa importancia, en el sentido del párrafo primero, aquella que por su naturaleza o volumen no requiere una organización propia de los comerciantes”. Y, sin embargo, dicho tema en derecho italiano se planteaba con carácter patrimonial o cuantitativo sin suscitar cuestión alguna que afectase al presupuesto subjetivo tal y como ocurría en el ordenamiento alemán. En este sentido, el artículo 155 de la Legge Fallimentare de 1942, establecía como punto de referencia para la entrada en juego del procedimiento sumario la cuantía del pasivo en el acto de declaración de la quiebra o de verificación del pasivo, que no debía ser superior al millón y medio de liras, contemplándose, además, la posibilidad de que si resultase con posterioridad que el importe del pasivo superaba dicha cantidad, el Juez debería informar al Tribunal, que dispondría que la quiebra se desarrollara o prosiguiera con arreglo a las normas ordinarias, quedando, no obstante, firmes los actos realizados.

Dicho autor continúa diciendo en pág. 3435, que el procedimiento abreviado se trata del mismo concurso de acreedores pero con una tramitación abreviada que se contrapone a la tramitación ordinaria, por lo que, no obstante la terminología empleada en la Ley, sería más preciso hablar no tanto de procedimiento abreviado cuanto de tramitación abreviada del concurso de acreedores y en este mismo sentido también se pronuncian GADEA SOLER, E. y SACRISTÁN BERGIA, F.; “El procedimiento abreviado: Las modificaciones introducidas por el RDL 3/2009 y sus consecuencias”, *Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, Jado, Bilbao, año IX, n.º.20, diciembre 2010, págs.. 65-86, según los cuales “la regulación concursal vigente parte del principio de unidad de disciplina, con lo que unifica el tratamiento de los deudores comerciantes y no comerciantes, y de unidad de procedimiento, con lo que se regula un solo procedimiento –el concurso- que es aplicable a cualquier deudor. Ello aconseja la incorporación de un procedimiento abreviado, aunque el legislador español, a pesar de lo propugnado por nuestra doctrina, ha optado, no, como dice la ley por la incorporación de un procedimiento abreviado, sino más bien por regular una tramitación abreviada del concurso de acreedores que la ley regula” finalizando resaltando la idea de que nada pasaría si se eliminaran de la LC los artículos relativos al concurso abreviado (arts. 190 y 191LC), y se pensara en un proceso concursal distinto para los concursos de consumidores y pequeños empresarios, argumento con el que estoy totalmente de acuerdo.

Dicho anteproyecto aporta una mayor seguridad jurídica al concurso con la apertura de nuevas vías alternativas que buscan el equilibrio entre la viabilidad de la empresa y la necesaria garantía judicial, el impulso de los medios telemáticos, así como la simplificación y la agilización procesal, sin olvidarse de efectuar una notable mejora de la posición de los trabajadores, en definitiva, se trata de una reforma necesaria<sup>273</sup>, que finalmente se transforma en la Ley 38/2011 que entró en vigor en enero de 2012 y que todavía está vigente pero que aún sigue sin solucionar la necesidad de dotar al concurso de persona física de una regulación propia aunque consciente de ello por lo menos ha introducido algunos cambios que como indican MAGDALENO y BENEYTO<sup>274</sup>, son:

- Se amplía la regulación del derecho de alimentos.
- Posibilidad de acumular el concurso de cónyuges o parejas de hecho inscritas.
- Tramitación como procedimiento abreviado.

Pero seguían habiendo aspectos objeto de crítica como:

- La necesidad de corregir y ampliar el procedimiento concursal de persona física, disponiendo éste de su propio cuerpo legal de normas independientes.
- En cuanto a la paralización de ejecuciones hipotecarias, se sigue sin entender cómo no se hace referencia a la persona física impidiendo en la práctica paralizar dichas ejecuciones porque la LC sigue contemplando la paralización solo si se trata de bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor.

---

<sup>273</sup> HURTADO IGLESIAS, S.; “La reforma concursal. Anteproyecto de 17 de diciembre de 2010”..., cit.; pág. 7.

<sup>274</sup> MAGDALENO, A. y BENEYTO, K.; “El concurso de acreedores de persona física: problemas pendientes y soluciones legislativas propuestas”, *Anuario de Derecho Concursal*, n.º. 30, septiembre – diciembre 2013, págs. 273-276.

- La falta de alternativas propias y singulares de un Convenio para una persona física.
- Necesidad de armonizar legislativamente las medidas formadas hasta la fecha con los distintos cuerpos legales preexistentes, para su correcta introducción jurídica.
- Los altos costes del procedimiento concursal que son imposibles de sostener con el patrimonio medio de este tipo de deudor, por lo que cuando el Juez examina la masa activa que el deudor ha documentado en su demanda, decide tomar esta llamativa pero comprensible decisión. No se trata solo de los gastos del administrador concursal, sino también los propios del Juzgado, la publicidad registral, o los que se devengan por parte del abogado y procurador instantes por la propia solicitud de concurso. Aunque rija el principio de proporcionalidad entre los honorarios y aranceles con la masa pasiva y activa del concurso, muchas veces la masa activa del deudor persona física no dá más de sí y de ahí que el legislador hiciera un llamamiento en la Disposición Adicional Única de la Ley 38/2011 a las “*opciones de solución extrajudicial*”, aunque en la LC ya existía la figura del “preconcurso”, que se limita a prever un periodo de negociaciones pero sin evitar, al menos de modo directo, la solicitud del concurso. Finalmente se ha añadido en la LC un nuevo Título X denominado *El acuerdo extrajudicial de pagos* con los artículos 231 a 242 en los que trata dicha figura y que estudiaremos con más detalle en punto posteriores.

En fin, podemos decir que se hace difícil encajar la regulación de la persona física en una regulación legal que esencialmente ha sido destinada a ser aplicada a empresas insolventes, por lo que no se obtendrá un total éxito en dicha materia hasta que no se cree un cuerpo legal independiente de normas del deudor persona física.

Como bien indican dichos autores, cuando se lleve a cabo una futura reforma de la LC, no deberá limitarse a reproducir lo dispuesto en el CC



o la LEC, ya que en este caso el deudor seguirá sin tener alicientes para acogerse al concurso de acreedores.

Desde esta última reforma, el legislador no se ha quedado de brazos cruzados y ha seguido intentando dar soluciones a esta problemática aprobando varias Leyes como la “Ley 14/2013 de 27 de septiembre, de apoyo a emprendedores y su internacionalización” que en su capítulo V del Título I introduce la posibilidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos ante la situación de insolvencia del empresario y para ello modifica varios artículos de la LC sobre los acuerdos de refinanciación ( art. 71 bis y modifica la DA 4ª LC) e incluye en la misma un nuevo Título X denominado *El acuerdo extrajudicial de pagos* con los artículos 231 a 242 y unas nuevas Disposiciones adicionales séptima y octava, donde se pretende regular esta figura de la segunda oportunidad o second chance solo para empresarios o profesionales, personas físicas y jurídicas, pero con importantes limitaciones.

Y la “Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reformar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social” que reforma de modo importante, sobre todo en caso de la vivienda habitual, nuestros procesos judicial y extrajudicial de ejecución. Temas que pasaremos a comentar en puntos siguientes.

### III.4. Necesaria unidad del Derecho Concursal.

Una vez iniciado en España el movimiento de reforma de la legislación concursal, se pudo comprobar una constante mantenida en los diversos textos: la unidad legal, la unidad de disciplina en el tratamiento de la insolvencia de comerciantes y no comerciantes, y la denominación de concurso para el procedimiento aplicable a unos y otros<sup>275</sup>.

Por lo que no es de extrañar, tal y como indica MENÉNDEZ<sup>276</sup>, que la idea de la unidad con más o menos amplitud haya constituido el punto de partida de todos los intentos de reforma y haya sido también el primer punto que entró a discutir la Sección Especial Concursal encargada de redactar el Anteproyecto, ahora convertido en Ley.

Se distinguen tres tipos de unidades:

- La unidad legislativa

La LC sabe que tiene que unificar en un solo texto la dispersa normativa vigente, poniendo fin al laberinto normativo existente que no da seguridad alguna<sup>277</sup>. La nueva disciplina concursal dada por el

---

<sup>275</sup> OLIVENCIA RUIZ, M.; *La terminología jurídica de la reforma concursal...*, cit., pág.92. En este sentido, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.; “El presupuesto subjetivo en la LC”, *Estudios sobre la LC: libro homenaje a Manuel Olivencia*, v. 1, (Escritos sobre don Manuel Olivencia Ruiz, derecho concursal, aspectos generales, antecedentes históricos, derecho comparado, derecho uniforme, derecho europeo, derecho internacional privado, la declaración de concurso), edit. Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 1.196: “La extensión del concurso a cualquier deudor enlaza con una de las características inspiradoras de la Ley, como es la de la unidad legal y, en especial, la de la disciplina concursal, en la que queda superada la diversidad que hasta ahora consagraban nuestros Códigos y leyes especiales, que contemplaban soluciones concursales para el deudor en función de su estatuto personal...Conforme a esta nueva orientación, la distinción entre quienes son comerciantes o empresarios y aquellos deudores que no lo son ha quedado superada por la opción a favor de un procedimiento común...”

<sup>276</sup> MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.; “Hacia un nuevo derecho concursal: su necesaria unidad”..., cit., págs. 364-373.

<sup>277</sup> MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.; “Hacia un nuevo derecho concursal: su necesaria unidad”..., cit., págs. 364-365: “El viejo CCo de SAINZ DE ANDINO contenía una regulación completa de los procedimientos concursales en el que se fundían, con indudable acierto, los aspectos sustantivos y procesales de la quiebra. No es menos

Proyecto de Ley, implicaba la reforma de 29 leyes (dos orgánicas y 27 ordinarias), entre las que destacaban el CC, los Códigos de Comercio de 1829 y 1885 y la Ley de Suspensión de Pagos de 1922, resolviendo de este modo la determinación del carácter mercantil o procesal de un precepto y, probablemente, se avanzaría hacia la autonomía del Derecho concursal, tema que seguirá estando en discusión.

Desde el Anteproyecto del Instituto de Estudios Políticos de 1959 hasta la LC de 2003, tal y como dice OLIVENCIA<sup>278</sup>, es una decisión de política legislativa indiscutida la opción por una ley especial, que desgaja la regulación de la materia de los Códigos sustantivos y de las leyes de procedimiento, para agrupar en un solo texto las materias sustantivas y las procesales. Pero, en términos relativos, se promulgan dos leyes en la materia: La Ley Orgánica 8/2003, para la Reforma Concursal (LORC) y la Ley 22/2003, Concursal (LC), ambas de fecha 9 de julio y publicadas en el BOE el 10 del mismo mes<sup>279</sup>. En ambas leyes se contemplan aspectos materiales y procesales del concurso<sup>280</sup>:

---

cierto que esa situación empieza a deteriorarse con la Ley de Enjuiciamiento de las Causas de Comercio de 1830, obra del propio SAINZ DE ANDINO, en la que comenzarán a separarse la regulación sustantiva y la regulación procesal, Esa separación se acentúa progresivamente como consecuencia de la promulgación de la primera LEC de 1855, y del Derecho sobre unificación de Fueros de 1868, que atribuyó la competencia sobre las quiebras a la jurisdicción ordinaria. Mas la regulación separada de los aspectos sustantivos y procesales de la quiebra sería consagrada en la LEC de 1881 (que dedicaba el Título XIII al “orden de proceder las quiebras”) y en el CCo vigente de 1885, que mantiene la separación entre los preferidos aspectos procesales y mercantiles limitándose a regular estos últimos...

En materia de quiebra, en efecto, los aspectos sustantivos se regulan en el CCo de 1885 y los aspectos adjetivos en la LEC de 1881. Esta última es, por su propia naturaleza, una Ley incompleta, que, para llenar sus lagunas, se remitió tanto al CCo que entonces estaba vigente –el de 1829- como a la propia LEC en materia de concurso (art, 1.319 LEC/1881). Esta compleja regulación origina dos graves problemas interpretativos estrechamente unidos entre sí, la determinación de cuáles son los preceptos del CCo de SAINZ DE ANDINO que se encuentran en vigor y la aclaración acerca de si, en defecto de norma del CCo de 1829 –como parece más acertado- o la disciplina sobre concursos de acreedores recogida en la LEC. Ha de advertirse, ahora que, si bien la LEC de 2000 mantuvo la vigencia de la Ley anterior, no deja de contener, sin embargo, alguna norma concursal.

El Derecho Concursal vuelve a experimentar una modificación con la Ley de Suspensión de Pagos de 1922...”.

<sup>278</sup> OLIVENCIA RUIZ, M.; *La terminología jurídica de la reforma concursal...*, cit., pág.148.

<sup>279</sup> OLIVENCIA RUIZ, M.; *La terminología jurídica de la reforma concursal...*, cit., págs.150-151: “La unidad legal en la que se integran normas sustantivas y procesales,

En la LORC, se trata de medidas relativas a derechos fundamentales y libertades públicas (como el secreto de las comunicaciones, la libre circulación, la libertad, la inviolabilidad del domicilio) y del procedimiento para su adopción. Por lo que como bien señaló OTERO<sup>281</sup>, aunque la LC había avanzado en el ámbito de la “unidad legal”, no había llevado el principio de unidad en este ámbito hasta sus últimas consecuencias, dejando algunos aspectos de la materia concursal fuera de la misma.

- La unidad de disciplina

Como venimos estudiando hasta ahora, según si el deudor era comerciante o no comerciante se utilizaba un tipo de procedimiento u otro, la quiebra y suspensión de pagos o el concurso de acreedores correlativamente, pero el moderno Derecho tiende a la unidad de disciplina, a regular con iguales principios y bajo un solo régimen las situaciones de insolvencia, sea o no comerciante y así lo podemos

---

materiales y formales, es característica dominante en el moderno Derecho, no solo en los sistemas germánicos (la *KO* y la *InsO*, en Alemania) y en los de *common law* (la *Insolvency Act* inglesa de 1986 o el *Bankruptcy Code* de Estados Unidos de América de 1978, tantas veces enmendado), sino también en los latinos (*Legge fallimentare*, de 1942, en Italia; *Código de Falencia*, de 1993, así como el que lo ha derogado, *Código de Insolvencia*, de 2004, en Portugal).

Es una opción de política legislativa que acogió la nueva LEC 1/2000, en su disposición derogatoria única.<sup>3</sup>, por cuya virtud los Títulos XII y XIII del Libro II de la derogada LEC/1881 se exceptuaban de esa derogación hasta que entrase en vigor la LC. Se preveía que ésta iba a agrupar la regulación procesal con la sustantiva.”

<sup>280</sup> OTERO LASTRES, J.M.; “Reflexiones sobre el principio de "unidad" en la nueva LC”, *Estudios sobre la LC: libro homenaje a Manuel Olivencia*, v. 1, (Escritos sobre don Manuel Olivencia Ruiz, derecho concursal, aspectos generales, antecedentes históricos, derecho comparado, derecho uniforme, derecho europeo, derecho internacional privado, la declaración de concurso), edit. Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 418. En cuanto al derecho sustantivo como al adjetivo aplicable al concurso, la Exposición de Motivos de la LC señala: “La regulación en un solo texto legal de los aspectos materiales y procesales del concurso, sin más excepción que la de aquellas normas que por su naturaleza han exigido el rango de ley orgánica, es una opción de política legislativa que venía ya determinada por la nueva Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, al excluir esta materia de su ámbito y remitirla expresamente a la LC”.

<sup>281</sup> OTERO LASTRES, J.M.; “Reflexiones sobre el principio de "unidad" en la nueva LC”..., cit., pág. 419.

observar en todos los intentos de reforma llevados a cabo con los Anteproyectos de 1983 y 1995 y el Proyecto de LC de 5 de julio de 2002, ya estudiados en el punto anterior hasta llegar a la LC actual la cual en su artículo 1.1 prevé que: “la declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica”.

Por lo que para abrir el concurso lo único que se requiere es ser deudor, no importando que sea un deudor civil o un deudor comerciante, ni tampoco si el deudor es persona jurídica o física. A ambos se les somete a una única y misma institución, pero el concurso no borra las diferencias que existen entre ambos<sup>282</sup>.

La Exposición de Motivos de la Ley resume dicho tema declarando que<sup>283</sup>: “La superación de la diversidad de instituciones concursales para comerciantes y no comerciantes es una fórmula que, además de estar justificada por la desaparición del carácter represivo de la insolvencia mercantil, viene determinado por la tendencia a simplificar el procedimiento, sin que ello suponga ignorar determinadas especialidades del concurso de los empresarios sometidos a un estatuto propio (llevar a cabo la obligación de contabilidad e inscripción en el Registro Mercantil) y de la existencia en la masa activa de unidades productivas de bienes o servicios, especialidades que son tenidas en cuenta a lo

---

<sup>282</sup> OTERO LASTRES, J.M.; “Reflexiones sobre el principio de "unidad" en la nueva LC”..., cit., págs. 420-421: “Que el concursado deudor civil sigue siendo un deudor civil y el concursado deudor mercantil sigue siendo un deudor mercantil, y que la “unidad de deudor” no afecta en modo alguno a su respectivo “status”, lo demuestra el propio artículo 6 de la LC, que regula la solicitud de concurso voluntario por el deudor. Así, después de indicar este precepto, en el apartado 2, los documentos que se acompañarán al escrito de solicitud de declaración de concurso, el apartado 3 dispone que “si el deudor estuviera legalmente obligado a llevar contabilidad, acompañará además...”, reseñando seguidamente una serie de documentos relacionados con su contabilidad que debe acompañar el deudor mercantil. En el mismo sentido, cabe señalar que, al regular la publicidad registral, el artículo 24 de la Ley se refiere al deudor sujeto a inscripción en el Registro Mercantil, es decir, el deudor mercantil, y establece que se inscribirán en este Registro la declaración de concurso, la intervención o, en su caso, la suspensión de sus facultades de administración y disposición, así como el nombramiento de los administradores concursales.”

<sup>283</sup> MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.; “Hacia un nuevo derecho concursal: su necesaria unidad”..., cit., pág. 369.

largo de la regulación del concurso, desde su solicitud hasta su solución mediante convenio o liquidación”.

Así que, siguiendo a OTERO<sup>284</sup>, podemos decir que la “unidad institucional” implica la desaparición de las distintas instituciones que preveía la legislación anterior para resolver las situaciones de crisis económica, como el concurso y la quita y espera para los deudores civiles, y la quiebra y la suspensión de pagos para los deudores comerciantes, y su sustitución por una única institución, el concurso, que tiene por finalidad resolver la situación de insolvencia del deudor común en un único proceso al que concurren todos sus acreedores. Pero la práctica pone de relieve que las personas físicas apenas han recurrido al proceso concursal para resolver los problemas que plantea su insolvencia. De ahí, el retraso normativo que presenta España respecto los países de nuestro entorno, ya que la normativa concursal española sigue siendo insuficiente para regular la problemática de la insolvencia de persona física tal y como desarrollaremos más adelante.

- La unidad de sistema o procedimiento.

Tal y como indica MENÉNDEZ<sup>285</sup>, es necesario llegar al Anteproyecto de LC de 1983 para comprobar, frente a los textos prelegislativos

---

<sup>284</sup> OTERO LASTRES, J.M.; “Reflexiones sobre el principio de "unidad" en la nueva LC”..., cit., pág. 420. En el mismo sentido ILLESCAS, R.; “La persona física concursada: sistemática y normas particulares comunes”, *Estudios sobre la LC: libro homenaje a Manuel Olivencia*, v. 2, 2005 (Los órganos del concurso, efectos de la declaración del concurso sobre el deudor), págs. 1991-1992.

<sup>285</sup> MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.; “Hacia un nuevo derecho concursal: su necesaria unidad”..., cit., págs. 371-373. Añade que hay que tener en cuenta que durante un largo período, que va desde los orígenes medievales del procedimiento de quiebra hasta la codificación, no existía otra finalidad más que la liquidación de la empresa para satisfacer a los acreedores y sancionar al deudor. Pero en el siglo XIX se produce un cambio en la finalidad hacia la conservación de la empresa en crisis. Evolución que mostrará más tarde el interés de la conservación de la empresa a través del convenio de continuación entre acreedores y deudor con la correspondiente quita o espera, algo querido por el deudor y los mismos acreedores y que acabará también poniendo de relieve su necesidad para la defensa de los intereses de los trabajadores. Siguiendo con el tema de la continuidad del ejercicio de la actividad profesional o

anteriores, cómo esa denominada “unidad de sistema” se presenta como una muestra de la unidad del Derecho concursal, al lado de la “unidad legislativa” y la “unidad de disciplina” ya comentadas anteriormente.

La Sección especial de la Comisión General de Codificación redactora del Anteproyecto de LC optó por un procedimiento único desglosado en dos fases: la primera, la denominada fase común del concurso, que tiene como finalidad la determinación de las masas activa y pasiva del concurso. Esa fase común desembocará en una segunda fase alternativa: el convenio o la liquidación. La Ley omitió toda referencia a la disciplina del procedimiento propio del acuerdo extrajudicial con los acreedores, fórmula ésta de indudable utilidad para evitar los elevados costes de los procedimientos concursales, y que tal vez hubiera aconsejado la inclusión de una normativa específica en la Ley, tal y como finalmente ha abordado la “Ley 14/2013 de 27 de septiembre, de apoyo a emprendedores y su internacionalización”, incluyendo un nuevo Título X denominado *El acuerdo extrajudicial de pagos* con los artículos 231 a 242.

La Exposición de Motivos de la LC afirma que: “La unidad y la flexibilidad del procedimiento se reflejan en su propia estructura,

---

empresarial, cabe señalar a CONTRERAS DE LA ROSA, I.; “Efectos básicos de la declaración de concurso sobre el deudor en la nueva LC. Especial referencia a la intervención o suspensión y su incidencia en la continuación de la actividad profesional o empresarial del concursado”, *Estudios sobre la LC: libro homenaje a Manuel Olivencia*, V. 2, (Los órganos del concurso, efectos de la declaración del concurso sobre el deudor), edit. Marcial Pons, Madrid, 2005 págs.1.840-1.841, quien afirma que “la conservación de la empresa y su actividad ha estado siempre latente en Derecho concursal...La nueva normativa deja claro que, aunque el objeto del concurso no sea el saneamiento de empresas, un convenio de continuación puede ser instrumento para salvar las que parcial o totalmente sean viables en beneficio no solo de los acreedores, sino del propio concursado, de los trabajadores y de otros intereses. Incluso, si el convenio fracasa, la Ley insiste en procurar la conservación de las empresas o unidades productivas de bienes o servicios mediante la enajenación como todo, salvo que convenga más a los intereses del concurso su división. El principio de continuidad de la empresa ya está presente en el momento de declaración del concurso, al contemplarse –en las medidas relacionadas con la actividad empresarial habitual que desarrolla el deudor- que dicha declaración de concurso no interrumpirá la continuación de la actividad profesional o empresarial, sino que queda sometida a las limitaciones derivadas de la aplicación del régimen de intervención o suspensión decretado en cada caso por el Juez (art. 44.1.2)”.

articulada, en principio, en una fase común que puede desembocar en otra de convenio o de liquidación. La fase común se abre con la declaración de concurso y concluye una vez presentado el informe de la administración concursal y transcurrido el plazo de impugnaciones o resueltas las formuladas contra el inventario o contra la lista de acreedores, con lo que se alcanza el más exacto conocimiento del estado patrimonial del deudor a través de la determinación de las masas activa y pasiva del concurso. A todo lo cual se suma la posibilidad de utilizar, en determinados supuestos, un procedimiento abreviado”.

OTERO<sup>286</sup> pone de manifiesto al igual que en el principio de unidad de disciplina, que la LC tampoco ha llevado hasta el extremo el principio de la “unidad de procedimiento” porque el legislador es consciente de que no todos los deudores están en la misma situación, ya que hay concursos de escasa cantidad económica que carecería de sentido someter a las mismas normas procedimentales de los otros concursos y así distingue entre los concursos que afectan a personas o sociedades de gran volumen o importancia económica y aquellos otros de escasa envergadura, para los cuales, en atención a los elementos objetivos y subjetivos que la Ley tome en cuenta, establece un “procedimiento simplificado” (art. 190 LC, modificado por la Ley 38/2011, de 10 de octubre y al que resulta aplicable la Disposición Transitoria Duodécima:”Disposición transitoria duodécima. Procedimiento abreviado. Los apartados 5 y 6 del artículo 184 y los artículos 190, 191, 191 bis, 191 ter y 191 quáter de la LC, modificados por esta Ley, serán de aplicación en los procedimientos concursales, que se inicien a partir de la fecha de su entrada en vigor”).

Además de estos tres tipos de unidades, encontramos, por otro lado, autores como OTERO que proclaman otras manifestaciones indiscutibles del principio de “unidad” en la LC, tales como:

---

<sup>286</sup> OTERO LASTRES, J.M.; “Reflexiones sobre el principio de "unidad" en la nueva LC”..., cit., pág. 422.



- La unidad de denominación.

En la legislación anterior había distintos nombres para referirse a las distintas situaciones de crisis económicas de los deudores, tales como concurso, quiebra y suspensión de pagos pero el legislador de 2003 designa la institución que regula con un solo nombre, “concurso”, con la idea de obtener tan necesaria unidad de este sector del Ordenamiento jurídico. Esta elección de un solo nombre se justifica en la Exposición de Motivos del siguiente modo<sup>287</sup>:

“El nombre elegido para denominar el procedimiento único es el de “concurso”, expresión clásica que, desde los tratadistas españoles del siglo XVIII, 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”. Y se añade: “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”. Así, la expresión elegida designa no solo la institución, sino que da nombre también a la propia Ley que se denomina “LC”.

OLIVENCIA<sup>288</sup> hace un estudio exhaustivo acerca de este principio de la unidad de denominación y como motivos de elección se describe en el texto de la Exposición de Motivos de la LC, en primer lugar, el carácter clásico del vocablo; su origen en la terminología jurídica española; su expansión al vocabulario europeo; su significado propio y

---

<sup>287</sup> OTERO LASTRES, J.M.; “Reflexiones sobre el principio de "unidad" en la nueva LC”..., cit., págs. 414-415.

<sup>288</sup> OLIVENCIA RUIZ, M.; *La terminología jurídica de la reforma concursal...*, cit., pág.172.

autonomástico, y finalmente, su idoneidad para expresar el fenómeno de reconducción a unidad de los dispersos procedimientos anteriores. Añade que dicho texto inspiró la doctrina de BONELLI, clásico del Derecho de quiebra, quien señala que mientras el *fallimento* y la *faillite* francesa son nombres especiales del procedimiento colectivo contra el deudor comerciante, motivado por particulares exigencias de rigor hacia su persona, otras legislaciones, atendiendo preferentemente a la unión de acreedores en el procedimiento, contra cualquier deudor, sin distinción, hablan de *concurso*, como en el Derecho común, pero generalizando las normas especiales originadas por el comercio y convirtiéndolas en comunes para todos los deudores insolventes. Así ocurre en Alemania, aunque el carácter de generalidad se da también en los sistemas de Derecho anglosajón.

- La unidad de presupuesto objetivo.

La LC de 2003 preveía un único y mismo presupuesto objetivo para que tuviera lugar la declaración de concurso en su artículo 2.1 diciendo: “La declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor común” y añade en un segundo apartado: “Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles”. Y la Exposición de Motivos dice refiriéndose a este presupuesto que: “La unidad de procedimiento impone la de su presupuesto objetivo, identificando con la insolvencia, que se concibe como estado patrimonial del deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones. Pero ese concepto unitario es también flexible y opera de manera indistinta según se trate de concurso necesario o voluntario”.

Siguiendo a OTERO<sup>289</sup>, señalamos que la Ley distingue entre “insolvencia actual”, que puede darse en el concurso voluntario y ha de

---

<sup>289</sup> OTERO LASTRES, J.M.; “Reflexiones sobre el principio de "unidad" en la nueva LC”..., cit., págs. 415-416.

darse siempre en el concurso necesario, e “insolvencia inminente”, que solamente puede darse en el caso del concurso voluntario; pero esta diferencia entre insolvencias no rompe la “unidad” de presupuesto, toda vez que el presupuesto objetivo que abre el concurso es, en todo caso, único y el mismo: la insolvencia del deudor común. Aunque la Ley hable de dos tipos de insolvencia “actual” o “inminente”, no supone la existencia de dos presupuestos diferentes, sino que hace referencia al estado de la insolvencia en que se encuentra en un momento determinado el grado de cumplimiento de sus deudas por el deudor, o que ya ha dejado de cumplir (insolvencia actual), o que va a dejar de cumplir de manera inmediata (insolvencia inminente).

- La unidad jurisdiccional.

El tercer ámbito en el que rige el principio de unidad es el jurisdiccional que según OTERO<sup>290</sup> venía corroborado por los siguientes artículos:

-Artículo 8.1 LC: “Son competentes para conocer del concurso los Jueces de lo mercantil.

La jurisdicción del Juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias:...”. (Artículo modificado por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal; añade un párrafo final al número 2º del artículo 8, al que resulta aplicable el apartado primero de la Disposición Transitoria Séptima, modifica el número 6º del artículo 8 e, igualmente, modifica el número 7º del artículo 8).

-Artículo 10 LC: extendía la jurisdicción del Juez del concurso a todas las cuestiones prejudiciales administrativas o sociales directamente

---

<sup>290</sup> OTERO LASTRES, J.M.; “Reflexiones sobre el principio de "unidad" en la nueva LC”..., cit., pág. 417.

relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para el buen desarrollo del procedimiento concursal.

Estas normas de la LC se completaban con las modificaciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial introducidas por el artículo 2 de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y más concretamente por la nueva redacción del artículo 86 ter de dicha Ley Orgánica del Poder Judicial, en el que se especifican las cuestiones sobre las que conocerán los Jueces de lo mercantil.

La extensión del principio de “unidad” al ámbito jurisdiccional se justificaba en el apartado II de esta Ley Orgánica 8/2003 con las siguientes palabras:

“El carácter universal del concurso justifica la concentración en un solo órgano judicial de las materias que se consideran de especial trascendencia para el patrimonio del deudor, lo que lleva a atribuir al Juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente en materias como todas las ejecuciones y medidas cautelares que pueden adoptarse en relación con el patrimonio del concursado por cualesquiera órganos jurisdiccionales o administrativos, así como determinados asuntos que, en principio, son de competencia de los Juzgados y Tribunales del orden social, pero que por incidir en la situación patrimonial del concursado y en aras de la unidad del procedimiento no deben resolverse por separado”.

En definitiva, el legislador de 2003 quiso unificar en la mayor medida posible todo el régimen jurídico del concurso que se encontraba disperso hasta ese momento. Pero, como bien indica OTERO<sup>291</sup>, una cosa es que se pretenda acoger el principio de unidad y otra diferente

---

<sup>291</sup> OTERO LASTRES, J.M.; “Reflexiones sobre el principio de "unidad" en la nueva LC”..., cit., pág. 426.

que, tendiendo a su consecución, se declare en la Exposición de Motivos que se ha conseguido como ocurre en la LC. Ahora, pese a que esta Ley no ha llevado estos principios a sus últimas consecuencias, es digna de todo elogio por el alto grado al que ha llevado el tan deseable principio de “unidad”.



## **SEGUNDA PARTE**

### **LA INSOLVENCIA DE LA PERSONA FÍSICA CASADA**

#### **CAP. IV. LA DECLARACIÓN EN CONCURSO DE LAS PERSONAS FÍSICAS CASADAS.**

Como ya hemos observado, uno de los principios que configuran la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, es el de unidad de disciplina ya que se aplica a todo deudor, ya sea persona jurídica o persona física, y con independencia de su condición de empresario. Pero muy a nuestro pesar, observamos como en la práctica el procedimiento concursal está principalmente preparado para la insolvencia empresarial pese a ser cada vez más usual la insolvencia de la persona física.

La insolvencia del consumidor requiere de un procedimiento sencillo, rápido y barato, que ofrezca soluciones específicas que eviten la exclusión social de la persona física concursada y de su familia, pero tal y como se encuentra regulada en la LC se observa insuficiente el trato dado a la insolvencia de la persona física que acaba necesariamente en una insolvencia familiar. Esta falta de sensibilidad por parte del legislador a la hora de tratar la problemática de la familia insolvente se tendría que solucionar bien, mediante la promulgación de una Ley que trate específicamente de esta materia, bien mediante una reforma exhaustiva de la LC.

A continuación, vamos a estudiar con detalle la conexión entre la LC y el Derecho de Familia, analizando la posición jurídica del cónyuge del concursado en el proceso concursal, las importantes especialidades que genera el concursado casado en régimen de gananciales, los bienes conyugales (art. 77 LC), así como las presunciones de fraude que juegan para los cónyuges casados en un régimen económico matrimonial de separación de bienes (art. 78 LC). También abordaremos la

problemática que plantea la conexión de la LC con los regímenes económicos matrimoniales forales, las cuentas indistintas (art. 79 LC) y las personas especialmente relacionadas (art. 93 LC).

También abordaremos el tratamiento que se hace del derecho de alimentos del concursado (art. 47 LC) y de las personas respecto de las cuales tiene el deber de prestarlos al igual que el que debe darse a la vivienda familiar habitual del matrimonio (art. 78.4 LC) y los efectos en la actividad profesional o empresarial del sujeto insolvente (art. 44).



## IV.1. La sociedad de gananciales y la comunidad de bienes.

### IV.1.1. Origen y naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales.

La sociedad de gananciales se considera como una especial variedad del régimen de la comunidad de bienes por lo que cabe hacer breve referencia a los antecedentes históricos de ésta.

La comunidad de bienes fue pensada para conseguir la igualdad entre los cónyuges <sup>292</sup>, ya que al ser ambos consortes copropietarios durante la vida común, deberían tener los mismos derechos en las ganancias, y del mismo modo, soportar las pérdidas, aunque en la práctica no resultaba ser así pues en los ordenamientos históricos imperaba desde sus inicios la *potestad marital*, impidiendo una absoluta equiparación de derechos entre los cónyuges que no se alcanzó plenamente hasta la segunda mitad del siglo XX en los distintos ordenamientos europeos, y

---

<sup>292</sup> Dicha igualdad en un marco de libertad y de plena capacidad de obrar, según RAMS ALBESA, J.J; *La sociedad de gananciales*, edit. Tecnos, Madrid, 1992, pág.26, ha supuesto que cada cónyuge pueda gestionar directamente, sin intermediación del otro, todos sus bienes y derechos privativos y ejercer su profesión y oficio con entera libertad sin requerir licencia o consentimiento del otro cónyuge y sin poder oponer éste prohibición alguna; en consecuencia cada uno de ellos puede comprometer los gananciales directamente y responde subsidiariamente con sus propios bienes de las obligaciones contraídas. Por otro lado, se les reconoce a los cónyuges la condición de gestores o cogestores de los bienes y derechos consorciales. Y finalmente, la mujer pierde su tradicional preferencia por sus créditos contra el marido o frente a la masa consorcial en la liquidación de la sociedad. Históricamente la situación era totalmente diferente, y siguiendo a LACRUZ BERDEJO, J.L.; *Elementos de Derecho Civil IV – Familia*, 4ª ed. revisada y puesta al día por JOAQUÍN RAMS ALBESA, edit. Dykinson, Madrid, 2010, págs. 212-213, encontramos como en el CC de 1889 el marido tenía plena exclusividad para administrar, disponer y obligar los bienes comunes y la mujer quedaba reducida al ámbito doméstico y a la administración de sus bienes bajo licencia del marido. No fue hasta 1981 cuando se cambió radicalmente este planteamiento de la economía conyugal y a partir de entonces se empezó a encomendar la dirección de la economía familiar colegiadamente a ambos cónyuges, con iguales derechos y deberes uno y otro.

en concreto en el Derecho Español, con la reforma de 13 de mayo de 1981 del CC<sup>293</sup>.

Tal y como afirma BUSTOS<sup>294</sup>, el origen de la comunidad de bienes se debe a los pueblos germanos, en la forma de comunidad de ganancias, también denominada comunidad reducida a las adquisiciones. En España fue implantada por los visigodos y se amplió en ciertos lugares dando lugar a la comunidad de bienes muebles y gananciales, al igual que sucedió en determinadas regiones de Francia.

Este régimen era desconocido por el Derecho romano clásico, donde regía el sistema de estricta separación de patrimonios, pero puede observarse cómo se fue evolucionando hacia una comunidad de uso de los bienes de los cónyuges, cuando los principios puros de separación comienzan a debilitarse a favor de los comunitarios.

Así pues, se establecen en Europa dos grandes tendencias en cuanto a los sistemas matrimoniales se refiere. Por un lado encontramos, la *comunidad* de bienes entre los esposos, basada en los principios del Derecho germánico; mientras que, por otro lado, la noción de una *separación* absoluta entre los bienes del marido y de la mujer va a caracterizar el matrimonio de los territorios bajo influencia romana.

Francia y España son los más claros exponentes de estas dos líneas evolutivas. Francia porque distingue entre los *pays de coutumes*, donde triunfan las costumbres germanas implantándose el régimen de comunidad de *meubles et acquets* (a excepción de Normandía) y los *pays de droit écrit*, donde prevalece el régimen dotal de origen romano. En España, el régimen de separación de bienes, existente a través del sistema dotal, se acaba aplicando solo en determinados territorios del antiguo Reino de Aragón (Cataluña, Valencia y Baleares), mientras que en el resto del país surge la comunidad de gananciales.

---

<sup>293</sup> BUSTOS MORENO, Y.B.; *Las deudas gananciales y sus reintegros*, Dykinson, Madrid, 2001, pág. 29-30.

<sup>294</sup> BUSTOS MORENO, Y.B.; *Las deudas gananciales y sus reintegros...cit.*, pág. 31-33.

Todos los regímenes económicos matrimoniales plantean dificultades en el ámbito concursal, pero sobre todo los comunitarios y, en particular, el de sociedad de gananciales son los que producen más problemas dada su complejidad innata, derivada de su especial naturaleza jurídica<sup>295</sup>. Y es que el patrimonio común que surge con la sociedad de gananciales, coexistirá con los patrimonios privativos de cada uno de los cónyuges pudiéndose realizar transmisiones patrimoniales o generándose relaciones de crédito-deuda entre las tres masas patrimoniales<sup>296</sup>.

Siguiendo a CUENA CASAS<sup>297</sup> y según la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, podemos decir que las características de la sociedad de gananciales quedan resumidas de la siguiente manera:

- La sociedad de gananciales constituye una comunidad y no una persona jurídica. Aquí, el objeto del derecho de propiedad de los cónyuges son los bienes comunes. No es la sociedad sino los cónyuges los que ostentan la titularidad de los bienes gananciales<sup>298</sup>.

---

<sup>295</sup> Según RAMS ALBESA, J.J; *La sociedad de gananciales*, ...cit., pág.33, el problema de la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales se encuentra directamente relacionado, entre otras cuestiones, con la evolución histórica del papel de la mujer en los negocios patrimoniales familiares y las compensaciones jurídicas que se le otorgaban en función de su inactividad gestora. Añade que no hay que olvidar la influencia directa e indirecta que la doctrina y la legislación francesas sobre su tradicional comunidad legal han ejercido sobre esta concreta materia y, en general, sobre la configuración, regulación y análisis de la sociedad de gananciales.

<sup>296</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.; *Manual de Derecho Civil – Derecho de Familia*, 3ª ed., edit. Bercal, Madrid, 2013, pág. 145.

<sup>297</sup> CUENA CASAS, M.; *El concurso de acreedores de persona casada en régimen económico matrimonial de comunidad*, edit. Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008, págs.95-97.

<sup>298</sup> Para RAMS ALBESA, J.J; *La sociedad de gananciales...cit.*, págs. 40-41, si es ganancial lo que se adquiere con recursos ahorrados después de atender a las cargas consorciales, deberá ser privativo lo que se adquirió antes de tener que atender tales cargas o sin estar los recursos empleados adscritos a tal fin o tener por destinatario el bien uno de los cónyuges con abstracción total del otro en un desplazamiento sin correspectivo. Además diferencia el conjunto de bienes y derechos privativos por su origen entre:

- Como la sociedad de gananciales no tiene personalidad jurídica, serán los cónyuges los sujetos de derecho que actúen en su propio nombre aumentando el activo y pasivo de la comunidad. No tiene porqué coincidir el carácter ganancial<sup>299</sup> de un bien con la titularidad (conjunta) de los cónyuges.

- 
- Aquellos sobre los que uno de los cónyuges ostentaba titularidad plena antes del inicio de la sociedad de gananciales, bien sea antes a la celebración del matrimonio, bien proceda de la adjudicación de bienes por disolución de otro régimen anterior vigente entre ellos, aunque sobre él haya una comunidad romana que afecta a ambos.
  - Los bienes y derechos sobre los cuales uno de los cónyuges era poseedor a título de dueño (*possessio ad usucapionem*) con título anterior al inicio del régimen, aunque la usucapión se consume con posterioridad a la vigencia de la sociedad de gananciales.
  - Los que siendo adquiridos constante la sociedad lo son por uno solo de los cónyuges y a título gratuito.
  - Los que siendo adquiridos por cualquier título, lo son, por lo que la doctrina francesa con justa precisión ha venido denominando, *un arreglo de familia*.

Es decir, se reputan como propios o privativos por su origen todos aquellos bienes o derechos, cualesquiera que sean su clase y naturaleza, cuya titularidad de uno solo de los cónyuges sea anterior o exterior a la economía matrimonial propiamente dicha y que se crea con la adopción de la sociedad de gananciales. Respecto a los bienes privativos, añade RAGEL SÁNCHEZ, L.F.; *Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge*, edit. Tecnos, Madrid, 1987, pág. 31, que nuestro CC emplea el vocablo *propia* al referirse a la deuda contraída por un cónyuge, únicamente en los artículos 1.373 y 1.393 *in fine*. Expresión que ha sido criticada al considerarse que toda la deuda contraída por un cónyuge es propia, puesto que siempre vincula a su patrimonio privativo y además tales débitos pueden afectar, aunque parcialmente o subsidiariamente, al patrimonio consorcial. Ahora, dicho autor seguirá utilizando tales expresiones y así indica que una deuda propia o privativa se diferencia de una deuda consorcial o ganancial, en cuanto a los efectos, en que la primera debe satisfacerse en primer lugar sobre el patrimonio privativo del deudor, mientras que si se trata de una deuda consorcial, el acreedor podrá dirigirse directamente contra los bienes gananciales.

<sup>299</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L.; *Elementos de Derecho Civil IV – Familia...*cit.; pág. 154, diferencia entre el concepto de ganancia y bienes gananciales. Dice que bien ganancial “es el que, hallándose en el patrimonio de los cónyuges, cumple algunas de las especificaciones del art. 1.347: es fruto, sueldo adquisición cuya condición privativa no puede probarse, etc.”, es decir, y según palabras de RAMS ALBESA, J.J; *La sociedad de gananciales...*cit., pág. 31, “aquel que ingresa en el acervo consorcial por una de las vías específicas de adquisición de tales bienes (incluido el sistema voluntario del art. 1.355 CC), se somete por ley a responsabilidad directa por las cargas familiares y demás gastos declarados por la norma como comunes y se administra como tal”. Añade que para que sea ganancia, partible por la mitad, se requiere de ese algo más que supone el pago de las deudas que pesan sobre la masa ganancial y el reintegro de las masas privativas cuando éstas hayan disminuido por causa de la cobertura a sus expensas de gastos comunes o por adquirirse a su cargo bienes que tienen el carácter de gananciales. Y, volviendo a LACRUZ BERDEJO, la ganancia se produce cuando se liquida la masa de gananciales con la disolución de la comunidad. Puede que parte de los bienes que la integran tengan su origen en desplazamientos de fondos privados perdiendo su individualidad y condición privativa inicial por lo que no representarán una verdadera ganancia.

- La participación de los cónyuges sobre el patrimonio común no es enajenable y ninguno de los cónyuges puede pedir la división del patrimonio común sin antes proceder a la disolución del régimen por concurrir alguna de las causas establecidas en la Ley (arts. 1.373, 1.392, 1.393 CC), aunque hoy en día, no es necesaria la disolución del vínculo conyugal para que desaparezca el régimen económico de gananciales y con él la comunidad.
- Para determinar en bienes concretos la participación de los cónyuges en el patrimonio común será necesario llevar a cabo previamente una liquidación del haber conyugal.
- Ambos cónyuges son cotitulares de los bienes gananciales desde el inicio de la vigencia del régimen, por lo que cuando un acreedor embarga un bien ganancial por deuda privativa de uno de los

---

Respecto a los bienes gananciales, RAGEL SÁNCHEZ, L.F.; *Ejecución sobre bienes gananciales...*cit.; págs. 24-26, distingue varios caminos para reflejar la igualdad entre cónyuges:

- Durante la vigencia del régimen, se responderá de las deudas contraídas por cualquiera de los cónyuges, incluso aunque éstos actuaran separadamente, con los bienes gananciales. Es el modelo francés *communauté réduite aux acquets*, donde solo quedan afectados los bienes que administra el deudor, no todos los bienes comunes.
- En caso de que el débito sea contraído por ambos cónyuges, responderían únicamente los bienes de la comunidad, pero dicha opción entorpecería gravemente el tráfico jurídico, al imponer al acreedor la necesidad de contar con el consentimiento de la mujer y del marido, si quiere tener la garantía del patrimonio ganancial.
- Los bienes comunes podrían ser agredidos por los acreedores del cónyuge que administra los bienes gananciales pero tiene el inconveniente de que precisa siempre un pacto capitular que atribuye la administración a un solo cónyuge. Modelo seguido en la comunidad convencional de Alemania Federal.
- Los bienes gananciales quedarían vinculados, en todo caso, por los débitos contraídos con el consentimiento del marido y de la mujer, y, además, en algunos supuestos específicos de actuación individual, tasados por la ley. Es el sistema más adecuado para proteger los intereses de la familia al no verse perjudicada por la actuación indiscriminada y quizá egoísta de uno de los consortes. Esta solución ha sido la elegida por el legislador español, tratando de equilibrar en lo posible los intereses contrapuestos de los acreedores y de la familia, imponiendo una responsabilidad directa con los bienes gananciales en los casos en que el débito se contrae conjuntamente o por uno de los cónyuges con el consentimiento expreso del otro (art. 1.367 del CC), complementando tal medida con la regulación tasada de unos supuestos donde la actuación individual de un cónyuge compromete directamente a los bienes comunes (1.365, 1.366, y 1.368 del CC).

cónyuges, estará vulnerando así el principio de responsabilidad patrimonial<sup>300</sup>.

Esta especial naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales se considera, tal y como indica CUENA<sup>301</sup> como un modelo de comunidad germánica<sup>302</sup>, carente de personalidad jurídica propia, por virtud de la

---

<sup>300</sup> Siguiendo con RAGEL SÁNCHEZ, L.F.; *Ejecución sobre bienes gananciales...cit.*; págs. 27-30, la situación jurídica producida cuando un cónyuge está sometido al régimen de gananciales y contrae un débito, tiene las siguientes características:

- “El deudor es únicamente el cónyuge que contrae el débito. El débito contraído por un cónyuge es siempre un débito de carácter personal, sea cual fuere el régimen económico a que estuviera sometido; en consecuencia, el acreedor dispone únicamente de una facultad para reclamar el importe frente al cónyuge deudor ya que la sociedad de gananciales al carecer de personalidad jurídica no tiene deudas frente a terceros.
- El responsable siempre es el cónyuge deudor, aunque, a veces, también puede responder el otro cónyuge como cuando está casado en régimen de gananciales ya que el acreedor personal podrá agredir los bienes gananciales, que no pertenecen por entero al cónyuge deudor.
- Los bienes privativos del cónyuge deudor garantizan siempre el cumplimiento de sus obligaciones.
- A la garantía del patrimonio privativo del deudor se añade, en todo caso, la garantía del patrimonio ganancial perteneciente al deudor y a su consorte. Además, nuestro legislador de 1981 optó, a diferencia de algunos países, por la ampliación del patrimonio garante, a favor del acreedor de uno de los cónyuges que podrá agredir, directa o subsidiariamente el patrimonio ganancial:
  - Artículo 1.369 del CC: en algunos casos, esa garantía del patrimonio consorcial se añade a la del patrimonio privativo del deudor, pudiendo el acreedor agredir directamente uno o ambos patrimonios.
  - Artículo 1.373 del CC: en otros supuestos, la garantía del patrimonio ganancial se añade a la del patrimonio privativo del deudor, pero el acreedor debe realizar previa división sobre ese patrimonio privativo.
- Se añade la garantía del patrimonio privativo del cónyuge que no contrajo la deuda doméstica. Modificación grave del art. 1.911 CC, por responder con bienes que no pertenecen ni van a pertenecer al deudor, llevada a cabo en el párrafo segundo del artículo 1.319, que permite al acreedor agredir, en vía subsidiaria, los bienes privativos del cónyuge no deudor a consecuencia de deudas domésticas contraídas por su consorte”.

<sup>301</sup> CUENA CASAS, M.; “La sociedad de gananciales ante la LC”, *Actualidad Civil* n.º 20, edit. La Ley, 2008, pág. 4.

<sup>302</sup> Sobre la naturaleza de la sociedad de gananciales existen varias tesis, de las que CUENA CASAS, M.; *El concurso de acreedores de persona casada...cit.*, págs.75-94, resalta las más relevantes:

- Tesis de la *naturaleza societaria*: doctrina que procede de los tratadistas franceses de principios del siglo pasado. No se puede negar que existen similitudes en la sociedad civil que se acercan al régimen de gananciales pero en la sociedad de gananciales faltaría un ánimo de lucro, ya que la intención por parte de los cónyuges no es la obtención de un lucro partible sino el sostenimiento de las cargas familiares. Así que tal y como lo critica CUENA, “constituye un error grave trasladar el esquema societario al concurso de persona casada bajo este régimen en el sentido de que el cónyuge deudor

cual los cónyuges carecen durante la vigencia del régimen de cuotas enajenables y embargables, sobre los bienes gananciales, impide que en caso de concurso de uno de los cónyuges pueda incluirse en la masa activa la cuota correspondiente a cada cónyuge sobre los bienes comunes, tal y como aconsejaría un escrupuloso respeto al principio de responsabilidad patrimonial universal. Esta especial naturaleza de la sociedad de gananciales como comunidad germánica en la que no existen cuotas enajenables ni embargables sobre los bienes comunes, tiene consecuencias importantes en materia de responsabilidad que se reflejan también en la necesidad de liquidar previamente la sociedad de gananciales para calcular el patrimonio que efectivamente corresponde a cada cónyuge a los efectos de su responsabilidad por deudas privativas como estudiaremos más adelante.

---

concurrido nada tiene que reclamar sobre el haber común hasta que no se liquide el concurso”.

- Tesis que considera la sociedad de gananciales como un régimen de *comunidad germánica*: dicha tesis es la actualmente mayoritaria, según la cual, marido y mujer son titulares indistintamente del patrimonio ganancial y cuando éste se disuelva es cuando se adjudicará y repartirá el haber partible en la liquidación de dicho patrimonio. Es importante liquidar previamente la sociedad de gananciales ante la declaración de concurso de persona casada, para calcular el patrimonio que efectivamente corresponde a cada cónyuge a los efectos de su responsabilidad por deudas privativas. Consecuencia mayoritaria en la doctrina y jurisprudencia y que según CUENA, “no deriva tanto de la existencia o no de cuotas sobre el patrimonio común, sino de la falta de cuotas sobre bienes comunes individuales, y sobre todo, de la inalienabilidad de la cuota sobre el patrimonio común, lo que impide a su vez que tales bienes puedan ser embargados por los acreedores sin proceder previamente a la liquidación del régimen a los efectos de concretar los bienes que corresponden a cada cónyuge”.
- Tesis que defiende la sociedad de gananciales como *comunidad romana*: aquí, los cónyuges no pueden aisladamente enajenar la cuota sobre los bienes gananciales, pero por el contrario, los acreedores sí pueden embargar cuotas individuales de cada bien. En el caso de declaración de concurso de persona casada en régimen de gananciales, se integran en la masa activa del concurso los bienes gananciales los cuales responderán en primer lugar de las deudas gananciales y, respecto de las privativas, los acreedores podrán agredir la cuota corresponde al deudor sobre bienes comunes. Ahora, como bien indica CUENA, “el CC puede dar cierta base legal a la existencia de cuotas sobre el patrimonio común pero no parece que pueda encontrar amparo legal la existencia de cuotas sobre bienes comunes indivisibles para los cónyuges y embargables para los acreedores. Aspecto en el que ha insistido especialmente el Tribunal Supremo, que ha negado en numerosas ocasiones la existencia de cuotas indivisas sobre los bienes comunes, decantándose por la tesis de la comunidad germánica”.





#### IV.1.2. Antecedentes del artículo 77.2 LC.

Podemos decir que en el Anteproyecto de LC de 1983, su artículo 263 ya se refería a dicho tema estableciendo que “se excluirá de la masa activa del concurso los bienes privativos del cónyuge del deudor. Los gananciales y los demás comunes afectos a la responsabilidad derivada de obligaciones contraídas por el deudor que sean de cargo de la sociedad conyugal se integrarán en la masa a los efectos de hacer efectiva aquella responsabilidad, según el régimen económico del matrimonio”.

Siguiendo a ARNAU<sup>303</sup>, podemos decir que dicho precepto establecía fundamentalmente dos normas especiales para el caso de concurso de persona casada en régimen económico matrimonial de gananciales u otro de comunidad. Por un lado, se ordenaba excluir de la masa activa los bienes privativos del cónyuge del deudor y por otro se ordenaba la integración de los bienes gananciales y demás comunes en la masa activa cuando estuvieren “afectos a la responsabilidad derivada de obligaciones contraídas por el deudor que sean a cargo de la sociedad conyugal”. Para dicho autor ambas normas resultan redundantes en un régimen matrimonial de gananciales donde los bienes gananciales responden siempre de las deudas contraídas por uno, cualquiera de los cónyuges, tanto de las deudas contraídas en ejercicio de la potestad doméstica (artículos 1.319, 1.362 y 1.365 CC), como de las privativas o asumidas al margen de dicha potestad (art. 1.373 CC). Dicho precepto no añadía ni precisaba si dicha responsabilidad debía ser necesariamente directa (artículos 1.319, 1.362 y 1.365 CC) o si se incluían también los supuestos de responsabilidad subsidiaria (artículo 1.373 CC), por lo que en su ámbito de aplicación tenían cabida todos ellos.

---

<sup>303</sup> ARNAU RAVENTÓS, L.; *La declaración de concurso de persona casada y la composición de la masa activa. Estudio de los artículos 77, 78 y 79 Ley 22/03, de 9 de julio, Concursal*, edit. Atelier Libros jurídicos, Barcelona, 2006, págs.30-33.

Según CUENA<sup>304</sup>, este artículo no establecía ningún régimen especial respecto a esta cuestión ya que no aclaraba si la inclusión de los bienes gananciales se llevaba a cabo solo cuando se trataba de deudas gananciales asumidas por el concursado o, también, cuando se trataba de deudas privativas de este respecto de las cuales los bienes gananciales respondían de manera subsidiaria (art. 1.373 CC).

Más tarde, en la Propuesta de Anteproyecto de LC de 1995 (“Propuesta Rojo”) y respecto de los bienes conyugales, su artículo 78 “Bienes conyugales comunes” señalaba que “se integrarán en la masa activa los bienes gananciales y demás bienes conyugales que, según la legislación civil aplicable, deban responder de las deudas contraídas por el cónyuge declarado en concurso. En ningún caso se integrarán en la masa activa los bienes propios del cónyuge del deudor”.

En dicho precepto no hay referencia alguna a una eventual disolución y liquidación de la sociedad al considerar que no es necesaria para que los acreedores del cónyuge concursado puedan agredir bienes comunes. Así, los bienes gananciales pueden formar parte de la masa activa del concurso pero no hace referencia al cómo y cuándo, remitiéndonos para ello a la legislación civil correspondiente.

La Sección Especial para la Reforma Concursal constituida en el seno de la Comisión General de Codificación se encargó de la elaboración de una Propuesta de Anteproyecto de LC. En su texto inicial nada decía sobre la eventual disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, sino que se limitaba a establecer la inclusión de los bienes comunes en la masa activa del concurso, justificándose tal solución en la titularidad que de parte de ellos le corresponde al concursado y al grado de responsabilidad de dichos bienes por las deudas del mismo. Resaltaba la idea de que en esta fase de composición de la masa activa, la

---

<sup>304</sup> CUENA CASAS, M.; *El concurso de acreedores de persona casada...*, cit., págs.37-53.

inclusión de bienes comunes no presuponía ni prejuzgaba la disolución y liquidación de la sociedad conyugal.

Dicho texto inicial fue objeto de enmiendas por parte de algunos miembros de la Comisión, y así pues nos encontramos con una primera enmienda de Don Juan Sarmiento Ramos quien consideró que dicho precepto no aportaba ninguna solución al problema pero donde, sin embargo, se plantea por primera vez la necesidad de disolver y liquidar la sociedad de gananciales, diseñándose dos posibilidades, la de que la disolución fuera automática con la declaración del concurso (opción tomada en el Proyecto de Ley como ya trataremos más adelante) o la de que tal disolución fuera instada por el cónyuge del concursado, opción que legalmente se escogió en el texto definitivamente aprobado<sup>305</sup>.

La segunda enmienda al texto que supuso el punto de partida de los trabajos de la Comisión, fue la de Don Enrique Piñel López quien consideró que el tratamiento de la responsabilidad de los bienes gananciales o comunes tampoco resultaba demasiado claro. Aquí se propone como alternativa la misma opción que la escogida en el art. 78 del Anteproyecto de 1995 (“Propuesta Rojo”), comentada anteriormente, y que según CUENA destaca la alusión a la naturaleza de la sociedad de gananciales como comunidad germánica pero, sin embargo, no se alude a la necesidad de que se proceda a una liquidación previa de la sociedad dada la inexistencia de cuotas sobre los bienes comunes. Aunque no se aluda expresamente a esa eventual disolución y liquidación de la sociedad conyugal, ésta parece presuponerse al

---

<sup>305</sup> A efectos de la disolución del régimen de gananciales, piensan ORDUÑA, F.J. y PLAZA, J.; “Art. 77: Bienes conyugales” en *Comentario de la LC* (dir. Angel Rojo y Emilio Beltrán), t. I, edit. Thomson Civitas, Madrid, 2004, pág. 1.407, que “no deben recibir el mismo tratamiento el procedimiento concursal que se resuelva por convenio que aquel que termine en liquidación, ya que en este último caso sí que resulta útil para los acreedores delimitar qué bienes de la sociedad de gananciales debe de adjudicarse al concursado, con independencia de que los gananciales deban responder o no de las deudas del concursado. Para estos autores hubiera sido más conveniente haber introducido un precepto que hubiera previsto la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales en el caso de apertura de liquidación en el proceso concursal, adjudicando así al concursado la mitad concreta de los gananciales que le corresponden”.

proponerse la inclusión de bienes comunes cuando éstos deban responder de las obligaciones del concursado.

Tras estas dos enmiendas los miembros de la Comisión se reunieron para su debate el 17 de noviembre de 1998 y en el acta se recogieron las siguientes consideraciones respecto del que hoy es nuestro art. 77 LC:

“Se trata de un tema muy delicado, sobre todo en caso de bienes gananciales, que la Subsección ha discutido tratando de establecer una norma general, decidiendo aplazar su estudio hasta que se debata el art. 9. El Sr. Presidente indica que en la Subsección se ha debatido una solución: establecer núcleos o masas de bienes y núcleos o masas de créditos de acreedores sobre los bienes de la sociedad conyugal. El Sr. Rojo y el Sr. Blanquer coinciden en señalar que los acreedores mercantiles tienen menos patrimonio responsable que los derivados de la regulación civil...”<sup>306</sup>.

El artículo 76.2 del Proyecto de LC de 23 de julio de 2002 que coincidía con el mismo precepto del anterior Anteproyecto de 7 de septiembre de 2001, subsanaron la carencias que presentaba el art. 79 del Borrador de Anteproyecto sobre la falta de mención expresa a la disolución y liquidación de la sociedad conyugal, señalando: “si el régimen económico del matrimonio fuese el de sociedad de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se incluirá, además, en la masa el derecho correspondiente al cónyuge concursado sobre el patrimonio común. La declaración del concurso determinará su disolución tramitándose pieza separada de conformidad con lo previsto en el artículo 541.3 de la LEC”<sup>307</sup>.

---

<sup>306</sup> Acta número 38 de la Sección celebrada el 17 de noviembre de 1998 por la Sección Especial para la Reforma Concursal. Legajo 2. Comisión General de Codificación. Ministerio de Justicia.

<sup>307</sup> En relación con este precepto indica ARNAU RAVENTÓS, L.; *La declaración de concurso de persona casada...*, cit., págs.34-36, que la inclusión en la masa activa del concurso ya no se predica de los bienes comunes sino del “derecho” correspondiente al concursado sobre el patrimonio ganancial y la determinación de ese “derecho” exigía

Este precepto introduce la disolución automática de la sociedad de gananciales, posibilidad que choca con lo dispuesto en los arts. 1.393.1 y 1.373 CC. Dada la disolución automática y liquidación de la sociedad en el momento de la declaración del concurso, en la fase de composición de la masa activa no habrá bienes gananciales sino una cuota sobre el patrimonio común. Con la remisión al art. 541.3 LEC ponía de relieve que se quería asegurar que la liquidación de la sociedad legal de gananciales se realizara fuera del concurso, en pieza separada, al no tener que coincidir necesariamente los acreedores de la sociedad conyugal con los acreedores concursales. Esta opción elegida por el Proyecto de LC era respetuosa con el principio de responsabilidad patrimonial universal ya que era necesario la liquidación previa de la sociedad conyugal para determinar el patrimonio real del concursado, respetaba los derechos de su cónyuge que así podía salvaguardar su derecho dominial sobre los bienes comunes, y sobre todo, tenía en cuenta que no todos los acreedores gananciales tienen la consideración de acreedores del concursado.

Finalmente, esa redacción originaria del art. 77.2 LC fue modificada por una enmienda presentada por el Grupo Parlamentario de Coalición Canaria en el Congreso (enmienda núm. 621) que es la que propone el texto que definitivamente se aprobará como art. 77.2 LC, actualmente vigente: “si el régimen económico del matrimonio fuese el de sociedad de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se incluirán en la

---

de la previa liquidación del régimen y de ahí que el precepto dispusiera que la declaración del concurso determinaba la disolución automática del régimen. Para su tramitación remitía al artículo 541.3 de la LEC relativo a la ejecución de bienes gananciales, pero el supuesto de hecho que recogía (responsabilidad de bienes comunes por causa de la insuficiencia de bienes privativos del cónyuge deudor para hacer frente a deudas propias) no coincidía con el descrito en el artículo 76.2 del Proyecto el cual hacía referencia exclusivamente a la sujeción del concursado al régimen económico matrimonial de gananciales, ya sean deudas privativas. Sobre los bienes privativos del cónyuge del concursado dicho precepto no hacía ninguna alusión al igual que seguía sin dar explicación del porqué de la disolución automática en caso de declaración de concurso que entraba en plena contradicción con el artículo 1.393.1 del CC al contemplar la extinción del régimen solo como una posibilidad en manos del cónyuge no concursado por lo que si hubiera entrado en vigor dicho precepto se hubiera determinado la derogación tácita del artículo 1.393 del CC.

masa, además, los bienes gananciales o comunes cuando deban responder de las obligaciones del concursado. En este caso, el cónyuge del concursado podrá pedir la disolución de la sociedad o comunidad conyugal y el Juez acordará 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”<sup>308</sup>.

Sin embargo, el apartado primero del art. 77 LC no ha sufrido modificación alguna desde su redacción originaria del Proyecto de LC: “En caso de concurso de persona casada, la masa activa comprenderá los bienes y derechos propios o privativos del concursado”<sup>309</sup>.

Con respecto al hecho de contraer matrimonio bajo el régimen legal de gananciales repercute en gran medida sobre el sujeto que contrae una deuda. Desde el punto de vista subjetivo, si la persona es soltera y mayor de edad siempre asumirá unas obligaciones, todas ellas de carácter personal, por las que deberá responder en caso de incumplimiento en los términos establecidos por el art. 1.911 CC. Sin embargo, si la persona está casada<sup>310</sup>, vigente la sociedad de

---

<sup>308</sup> Según ORDUÑA, F.J. y PLAZA, J.; “Art. 77: Bienes conyugales”...cit.; pág. 1.408, esta redacción definitiva del art. 77.2 LC, “ha optado por establecer una causa voluntaria (y no automática) de disolución del régimen económico matrimonial, junto con un criterio de determinación de los bienes que deben de integrar la masa”.

<sup>309</sup> Cabe destacar que el art. 77 LC se centra en el régimen económico matrimonial de gananciales mientras que el art. 78 LC hace referencia al régimen de separación de bienes, como desarrollaremos posteriormente. Es decir, ambos se limitan a los concursos de personas físicas, sean empresarios o no, pero que estén unidos por vínculo matrimonial. MERCADAL VIDAL, F.; “Art. 77: Bienes conyugales” en *Nueva LC, Ley 22/2003, de 9 de julio. Comentarios, jurisprudencia aplicable y formularios* (Coordinadores A. Sala, F. Mercadal, J. Alonso-Cuevillas), edit. Bosch, Barcelona, 2004, pág. 399, especifica que “deberá reputarse matrimonio solo la relación jurídica entre hombre y mujer ajustada a los arts. 42 a 107 CC, desechando como irrelevantes en esta sede vínculos personales o afectivos de otra especie que, en los últimos tiempos, tienden a asimilarse progresivamente al matrimonio”, tema en el que no vamos a profundizar ya que se aleja de nuestro tema principal de investigación.

<sup>310</sup> Para el concurso de persona casada, dos son los datos con que la ley aborda el tema según PARRA LUCÁN, M.A.; *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores, prólogo, Ángel Rojo*, edit. Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2009, págs. 264-265. Por un lado, indica que la LC no incluye en la masa activa del cónyuge concursado todos los bienes que pueden llegar a responder de las deudas, quedando fuera los bienes privativos del concursado aunque a veces, los bienes privativos del cónyuge no deudor pueden estar afectos al pago de las deudas contraídas por el otro, aunque sea subsidiariamente. En la masa pasiva del concurso tampoco se integran deudas

gananciales, el débito contraído –aunque continúe considerándose personal del cónyuge deudor- podrá ser calificado dentro de la citada sociedad como *privativo o ganancial*, lo cual repercutirá a su vez en los bienes con los que se va a responder por dicha deuda (privativos o gananciales, y de forma principal o subsidiaria)<sup>311</sup>.

En este sentido, indica CUENA CASAS<sup>312</sup>, que en la fase de la formación de la masa activa será necesario determinar qué bienes son gananciales y qué bienes son privativos, teniendo que acudir para ello a los arts. 1.346 y ss. CC y teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 1.361 CC, que establece la presunción de ganancialidad de los bienes cuya

---

contraídas por el otro cónyuge, pese a que puedan responder bienes comunes e incluso, subsidiariamente, los bienes privativos del concursado. Y, por otro lado, dicha autora añade que la LC incluye en la masa activa todos los bienes comunes pero no permite incluir en la masa pasiva todas las deudas que gravan esos bienes. El art. 84.1 LC en su redacción anterior establecía: “Constituyen la masa pasiva los créditos contra el deudor común que conforme a esta Ley no tengan la consideración de créditos contra la masa. En caso de concurso de persona casada en régimen de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, no se integrarán en la masa pasiva los créditos contra el cónyuge del concursado, aunque sean, además, créditos a cargo de la sociedad o comunidad conyugal”, regla que fue objeto de crítica por GUILARTE GUTIÉRREZ, V.; “La liquidación de la sociedad de gananciales del concursado”, *Anuario de Derecho Concursal*, n.º. 5, edit. Civitas, 2005, pág.24, para quien dicha regla es contraria al principio de responsabilidad patrimonial universal consagrado en el art. 1.911 CC, pues pretende privar a los acreedores del cónyuge del concursado del sustrato patrimonial que debe afrontar las responsabilidades contraídas por su deudor. Y en este sentido también CORDERO LOBATO, E.; “Art. 84: Créditos concursales y créditos contra la masa” en *Comentarios a la LC* (dir. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano) v. 1, edit. Tecnos, Madrid 2004, pág. 977, quien denuncia que la regla tiene difícil encaje con el CC, ya que si la masa activa del cónyuge concursado va a incluir el patrimonio común no debe excluirse el derecho reconocido a los acreedores del cónyuge por el art. 1.369 CC, pero, pese a todo, el tenor de la norma es claro, ya que además, se desestimó una enmienda que pretendía añadir “salvo que los bienes del cónyuge del concursado resultaran insuficientes para satisfacer los citados créditos”. Finalmente, dicho artículo 84 LC sobre créditos concursales y créditos contra la masa (composición de la masa pasiva) fue modificado por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, quedando su primer párrafo redactado de la siguiente manera: “Constituyen la masa pasiva los créditos contra el deudor común que conforme a esta ley no tengan la consideración de créditos contra la masa”, es decir, se omite referencia alguna al caso de concurso de persona casada en régimen de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes.

<sup>311</sup> BUSTOS MORENO, Y.B.; *Las deudas gananciales y sus reintegros*,... cit., pág. 21.

<sup>312</sup> CUENA CASAS, M.; *El concurso de acreedores de persona casada*..., cit., págs.57-59.

privatividad no pueda acreditarse. VÁZQUEZ ALBERT<sup>313</sup> especifica que se incluirán en la masa activa los bienes gananciales que deban responder de las obligaciones del concursado en aplicación de la normativa mercantil o civil, según si el deudor es o no empresario. Y en caso de que el deudor sea civil, se añadirán a la masa los bienes propios (arts. 1.362-4<sup>a</sup>, 1.365.1, arts. 1.369 y 1.373 CC).

Volviendo a CUENA CASAS, señalamos varios supuestos en los que los bienes privativos del cónyuge del concursado responden de deudas contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica regulada en el art. 1.319 CC que establece la responsabilidad directa de los bienes comunes y los privativos del cónyuge deudor y subsidiariamente los bienes privativos del cónyuge no deudor:

- “Cuando el deudor sea el cónyuge del concursado, los acreedores solo podrán dirigirse contra él, no pudiendo sus créditos formar parte de la masa pasiva del concurso (antiguo art. 84 LC), ni pudiendo agredir bienes gananciales ya que éstos quedan integrados en la masa activa del concurso del cónyuge no deudor.
- Cuando el patrimonio del cónyuge del concursado sea insuficiente, los acreedores por deuda doméstica podrán agredir los bienes del concursado y si es el deudor el concursado, los mismos acreedores podrán insinuar sus créditos en el procedimiento concursal y si no se hicieren efectivos, podrán dirigirse contra el patrimonio privativo del cónyuge del concursado, pero sin exigir que dichos bienes se integren en la masa activa del concurso.
- Tampoco se podrán integrar en la masa del concurso los bienes privativos del cónyuge del concursado cuando pueden quedar vinculados los bienes privativos del cónyuge no deudor a la resultas del comercio de su cónyuge (art. 9 C de C que prevé

---

<sup>313</sup> VÁZQUEZ ALBERT, D.; “Art. 77: Bienes conyugales”, en *Comentarios a la LC* (coord. J.M. Sagrera Tizón, A. Sala Reixachs, A. Ferrer Barriendos), t. II, edit. Bosch, Barcelona, 2004, pág. 982.



dicha vinculación si el cónyuge del comerciante consiente expresamente a la misma. Artículo redactado por la Ley 14/1975, 2 mayo, sobre reforma de determinados artículos del CC y del CCo sobre la situación jurídica de la mujer casada y de los derechos y deberes de los cónyuges)”.

En relación con los bienes privativos<sup>314</sup>, el CC no los define sino que se limita a dar una larga enumeración de ellos en el artículo 1.346 CC diciendo: “Son privativos de cada uno de los cónyuges:

- 1º Los bienes y derechos que le pertenecieran al comenzar la sociedad.
- 2º Los que adquiriera después por título gratuito.
- 3º Los adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos.

---

<sup>314</sup> Según VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.; “Art. 77: Bienes conyugales” en *Comentarios a la LC, Ley 22/2003, de 9 de julio*, edit. Dijusa, Madrid, 2003, págs. 675-692, bienes privativos son los que los cónyuges llevan al matrimonio y que de modo expreso hacen constar este carácter con la finalidad de que no se confundan con los bienes que habrán de integrar la masa común de gananciales. Y también los bienes que los cónyuges adquieren durante el matrimonio a título gratuito (donación o herencia). Pero este concepto tan general sufre alteraciones y sobre todo añadidos en vista de lo que cada legislador entiende que debe constituir esta especie de bienes. Dicho autor procede además a estudiar en párrafos separados el contenido de esa larga enumeración.

En relación con los bienes gananciales comenta que la sociedad conyugal de gananciales está constituida por todas las ganancias obtenidas por cada uno de los cónyuges o por los dos conjuntamente, que pasan a integrar una masa común que al tiempo de la liquidación de la sociedad deben ser compartidas por mitades, lo mismo que si a falta de gananciales solo hubieran pérdidas Y al igual que con los bienes privativos los examina detalladamente. Observamos que los bienes privativos y los gananciales que el CC enumera son exactamente los mismos en su mayor parte, con la única diferencia de las circunstancias que rodean su adquisición. Así pues, según el art. 1.347 CC:” Son bienes gananciales:

- 1º Los obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges.
- 2º Los frutos, rentas o intereses que produzcan tanto los bienes privativos como los gananciales.
- 3º Los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos.
- 4º Los adquiridos por derecho de retracto de carácter ganancial, aun cuando lo fueran con fondos privativos, en cuyo caso la sociedad será deudora del cónyuge por el valor satisfecho.
- 5º Las Empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad por uno cualquiera de los cónyuges a expensas de los bienes comunes. Si a la formación de la Empresa o establecimiento concurren capital privativo y capital común, se aplicará lo dispuesto en el artículo 1.354”.

Y por último, dice que los bienes comunes son los que los cónyuges adquieren con bienes propios pero en condominio, es decir, que siguen siendo propios o privativos pero no en exclusividad. También pueden ser comunes por donación hecha a ambos. Artículo 1.336 CC: “Son donaciones por razón de matrimonio las que cualquier persona hace, antes de celebrarse, en consideración al mismo y a favor de uno o de los dos esposos”.

4° Los adquiridos por derecho de retracto perteneciente a uno solo de los cónyuges.

5° Los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona y los no transmisibles inter vivos.

6° El resarcimiento por daños inferidos a la persona de uno de los cónyuges o a sus bienes privativos.

7° Las ropas y objetos de uso personal que no sean de extraordinario valor.

8° Los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio, salvo cuando éstos sean parte integrante o pertenencias de un establecimiento o explotación de carácter común.

Los bienes mencionados en los apartados 4° y 8° no perderán su carácter de privativos por el hecho de que su adquisición se haya realizado con fondos comunes; pero en este caso, la sociedad será acreedora del cónyuge propietario por el valor satisfecho”.

Ahora bien, cuando el concursado está casado en régimen de gananciales coexisten tres masas patrimoniales: las privativas de cada uno de los cónyuges, y una masa común integrada por bienes comunes sobre los que los cónyuges no tienen cuotas indivisibles, a diferencia del régimen anterior donde el marido generaba responsabilidad independiente del sistema matrimonial que rigiera. Ante esta situación y continuando con CUENA<sup>315</sup>, el legislador tenía varias posibilidades:

- Incluir los bienes comunes en la masa activa, pudiendo los acreedores del concursado agredir la totalidad del patrimonio ganancial. El cónyuge no podría reclamar la titularidad que pudiera corresponderle sobre el patrimonio común, sino que tan solo tendría una expectativa obligacional, conservando las acciones personales pertinentes frente al concursado cuando éste

---

<sup>315</sup> CUENA CASAS, M.; “La sociedad de gananciales ante la LC”...cit., págs. 4 y 5.

hubiera consumido más patrimonio ganancial que el que le correspondiera.

- Incluir en la masa activa, una vez disuelta y liquidada la sociedad conyugal, la parte de bienes gananciales que se le atribuya al concursado. Solución adoptada en el art.76.2 del Proyecto de LC que preveía la inclusión en la masa activa “el derecho correspondiente al cónyuge concursado sobre el patrimonio común”.

Pero ninguna de estas dos soluciones fue acogida sino una intermedia que provoca una extraordinaria confusión ya que incluía, además de los bienes privativos del deudor concursado, la totalidad de los bienes gananciales cuando éstos deban responder de las obligaciones del concursado. Y esta última opción es la que se recoge en el art. 77.2 LC que dispone “si el régimen económico del matrimonio fuese el de sociedad de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se incluirán en la masa, además, los bienes gananciales o comunes cuando deban responder de obligaciones del concursado. En este caso, el cónyuge del concursado podrá pedir la disolución de la sociedad o comunidad conyugal y el juez acordará 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”.

Dicho apartado, en opinión de CUENA al igual que otros autores como VÁZQUEZ IRUZUBIETA<sup>316</sup>, es una norma oscura que plantea muchos problemas e interrogantes por la complejidad que en sí misma presenta, como ya hemos tratado, la regulación de la sociedad de gananciales y particularmente, todas las cuestiones relacionadas con su pasivo. Y es que resulta difícil armonizar los derechos del cónyuge no deudor con los derechos de los acreedores sobre la base del principio general de responsabilidad patrimonial universal consagrado en el art. 1.911 CC.

---

<sup>316</sup> VAZQUEZ IRUZUBIETA, C.; “Art. 77: Bienes conyugales”..., cit.; pág. 670.

A diferencia del art. 76.2 del Proyecto de Ley en el que lo que se incluía en la masa activa era “el derecho correspondiente al cónyuge del concursado sobre el patrimonio común”, en el art. 77 LC se indica que se incluirán en la masa activa del concurso los bienes comunes o gananciales “cuando deban responder de las obligaciones del concursado” concediendo al cónyuge del concursado la opción de disolver el régimen económico de comunidad. Tal y como indica NANCLARES VALLE<sup>317</sup>, “los bienes gananciales o comunes responderán de las obligaciones asumidas por el concursado cuando se trate de deudas asumidas en ejercicio de la potestad doméstica o de la gestión o disposición de bienes gananciales, o en el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio o, por último, en la administración ordinaria de los propios bienes (art. 1.365 CC, con su remisión a los arts. 6 y 7 C de C (Artículo redactado por la Ley 14/1975, 2 mayo, sobre reforma de determinados artículos del CC y del CCo sobre la situación jurídica de la mujer casada y de los derechos y deberes de los cónyuges), lo que haría necesario distinguir, por tanto, según que el cónyuge concursado fuese o no comerciante). Además, en lo que se refiere al art. 6 C de C, el Emprendedor de Responsabilidad Limitada podrá obtener que su responsabilidad y la acción del acreedor, que tenga origen en las deudas empresariales o profesionales, no alcance al bien no sujeto, por excepción de lo que disponen el artículo 1.911 del CC y el artículo 6 del CCo, con arreglo al apartado 2 del artículo 8 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización y siempre que dicha no vinculación se publique en la forma establecida en la citada Ley («B.O.E.» 28 septiembre). También responderán los bienes consorciales cuando se trate de deudas propias del cónyuge concursado y sus bienes privativos no sean suficientes para hacer frente a las mismas (art. 1.373 CC)”.

---

<sup>317</sup> NANCLARES VALLE, J.; “Art. 77: Bienes conyugales” en *Comentarios a la LC*, edit. Aranzadi, Navarra, 2004, pág. 607.

En opinión de CUENA<sup>318</sup>, esta nueva expresión del art. 77 LC, “cuando deban responder de las obligaciones del concursado”, podría hacer pensar que es preciso que las deudas del concursado tengan consideración de deudas gananciales. Esto exigiría un juicio previo por parte de la administración concursal acerca de la calificación del pasivo del concursado y de ahí que el art. 86.4 LC (antiguo 86.3 LC) y el art. 94.2 LC (modificado recientemente por Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal) indique, aunque expresado con diferentes palabras, que “cuando el concursado fuere persona casada en régimen de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, la administración concursal expresará, respecto de cada uno de los créditos incluidos en la lista, si solo pueden hacerse efectivos sobre su patrimonio privativo o también sobre el patrimonio común”. Dicha redacción en ambos artículos es criticable al no existir créditos que solo puedan hacerse efectivos sobre el patrimonio privativo y créditos que solo puedan hacerse efectivos sobre el patrimonio común. Pero, al igual que dicha autora, considero que las deudas a las que se refiere el art. 77.2 LC son tanto las comunes como las privativas, aunque éstas últimas con carácter subsidiario y teniendo en cuenta la ordenación del art. 1.399 CC que ordena pagar con cargo a bienes comunes primero las deudas gananciales<sup>319</sup>.

---

<sup>318</sup> CUENA CASAS, M.; “La sociedad de gananciales ante la LC”...cit., págs. 5 y 6.

<sup>319</sup> En este sentido, VÁZQUEZ ALBERT, D.; “Art. 77: Bienes conyugales”..., cit.; pág. 982, aclara que se incluirán en la masa activa los bienes gananciales que deban responder de las obligaciones del concursado en aplicación de la normativa mercantil o civil, según si el deudor es o no empresario. En caso de deudor civil, que es el que nos interesa en este trabajo, se añadirán a la masa los bienes gananciales que deban responder de las deudas contraídas en el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio y en la administración ordinaria de los bienes propios (arts. 1.362.4º, 1.365.2º, arts. 1.369 y 1.373 CC). Y mientras no se demuestre su carácter privativo regirá la presunción de ganancialidad de los bienes existentes en el matrimonio (art. 1.361 CC).

### IV.1.3. Cuentas indistintas.

Siguiendo con esta materia del deudor casado en régimen de gananciales, cabe hacer referencia a una situación habitual regulada en el art. 79 LC sobre las cuentas de titularidad indistinta: “1. Los saldos acreedores de cuentas en las que el concursado figure como titular indistinto se integrarán en la masa activa, salvo prueba en contrario apreciada como suficiente por la administración concursal. 2. Contra la decisión que se adopte podrá plantearse incidente concursal<sup>320</sup>”.

Este artículo está ubicado en la Sección Primera del Capítulo II del Título IV de la Ley y su precedente inmediato lo encontramos en el Anteproyecto de LC de 1995 que incorporaba como novedad su art. 80: “En caso de declaración de concurso de acreedores del titular de una cuenta indistinta, se presume que la totalidad del saldo acreedor de dicha cuenta es propiedad del deudor, salvo prueba en contrario”. Finalmente, el Anteproyecto de LC de 2001 y el Proyecto de Ley de 2002 incorporaron la mención relativa al agente que debe apreciar la prueba en contrario, que es la administración concursal y un apartado

---

<sup>320</sup> Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, 15ª edición: la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del CC de Cataluña, relativo a la persona y la familia, establece diversas normas concursales en el Título III, la familia, al regular las “relaciones económicas entre los cónyuges”. Entre éstas: Artículo 231-13. Cuentas indistintas. “En caso de declaración de concurso de cualquiera de los cónyuges o de embargo de cuentas indistintas por deudas privativas de uno de los cónyuges, el cónyuge no deudor puede sustraer de la masa activa del concurso o del embargo los importes que acredite que le pertenecen”. Siguiendo a ARNAU RAVENTÓS, L.; La declaración de concurso de persona casada..., cit., págs. 190, cabe decir que este artículo ofrece como novedad la excepción de que aún tratándose de “deuda privativa”, el cónyuge no deudor no podrá sustraer su derecho de la acción ejecutiva de los acreedores “si hubiere consentido expresamente la obligación asumida por el cónyuge deudor”. Frente al ejecutante, este consentimiento convierte al cónyuge en responsable de la deuda excluyéndose la posibilidad de interponer una tercería, sin impedir posteriormente que procedan las oportunas acciones de reintegro contra el cónyuge deudor. Queda clara la aplicación de este artículo, exclusivamente, a las cuentas cuya titularidad ostentan los cónyuges, no resultando aplicable a cuentas cuyos titulares no estén casados entre sí. En relación con las cuentas indistintas, nuestra Jurisprudencia tiene declarado que no prejuzgan la titularidad de sus saldos, y ésta parece ser la razón que inspira su tratamiento en la LC, destacan las SSTS 19 de octubre de 1988, 8 de febrero de 1991, 19 de diciembre de 1995 (MANZANO CEJUDO, Mª.; “Determinación de la masa activa” en *Comentarios a la LC* / coord. por Luis Fernández de la Gándara, Manuel María Sánchez Álvarez, Marcial Pons: Ediciones Jurídicas y Sociales, Barcelona, 2004, pág. 493).

segundo, que permite plantear incidente concursal contra la decisión que se adopte<sup>321</sup>.

Deberíamos delimitar el supuesto de hecho contemplado por el legislador y según VÁZQUEZ ALBERT<sup>322</sup>, cabe plantearse varias cuestiones:

- Dicho artículo se ocupa exclusivamente de las cuentas bancarias, dejando la regulación de las mercantiles al régimen general de los contratos con obligaciones recíprocas (art. 61 LC, cuyo apartado segundo ha sido modificado por la Ley 38/2011, de 10 de octubre). Tal y como indica ICHASO<sup>323</sup>, en este artículo la LC previene que los saldos acreedores de cuentas bancarias, cuentas corrientes, de ahorro, de descuento y demás productos bancarios<sup>324</sup> que estén abiertas tanto en instituciones de crédito como de ahorro, y en las que el concursado figure como titular indistinto se integren en la masa activa, salvo prueba en contrario apreciada como suficiente por la administración concursal.

---

<sup>321</sup> ARNAU RAVENTÓS, L.; *La declaración de concurso de persona casada...*, cit., págs. 167-192.

<sup>322</sup> VÁZQUEZ ALBERT, D.; “Art. 79: Cuentas indistintas” en *Comentarios a la LC* (coord. J.M. Sagrera Tizón, A. Sala Reixachs, A. Ferrer Barriendos), t. II, edit. Bosch, Barcelona, 2004, págs. 996-1.001.

<sup>323</sup> ICHASO URREA, J.; “El concurso de acreedores de la persona física”, en *IURIS*, noviembre de 2010, pág. 57. En el mismo sentido, CUENA CASAS, M.; *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, edit. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, págs. 164-166.

<sup>324</sup> Tal y como indica VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.; “Art. 79: Cuentas indistintas” en *Comentarios a la LC, Ley 22/2003, de 9 de julio*, edit. Dijusa, Madrid, 2003, pág. 696, dicho artículo no dice nada acerca de los fondos de inversión y es que los saldos acreedores de cuentas es dinero efectivo a la vista mientras que los productos financieros no lo son precisando de un vencimiento para hacerlos efectivos y no siempre resulta conveniente realizarlos a la fecha de su vencimiento pues la mayoría de ellos cotizan en los mercados bursátiles; si se decide cancelarlos antes del vencimiento, siempre es menester realizar operaciones burocráticas que no son de realización inmediata, y en el mejor de los casos, con pérdidas de intereses ya devengados. También comenta que todas las operaciones de disposición de fondos que se realicen antes de que se notifique a las entidades de crédito y ahorro la declaración de concurso serán válidas para la entidad financiera siendo el deudor el que deba responder por su conducta si fuese dolosa pero será responsabilidad patrimonial del Banco o Caja de Ahorro si la disposición se efectuara después de la notificación.

- Los saldos acreedores mencionados en la Ley vendrían referidos únicamente a los derivados de los depósitos efectuados en cuenta, puesto que la apertura de créditos no concede al acreditado un derecho susceptible de integrarse en su activo hasta que se manifiesta su voluntad de disposición del importe acreditado, teniendo además los créditos una regulación concursal específica que se centra en su rehabilitación por parte de la administración concursal (art. 68 LC).
- Para entender mejor el significado de la titularidad indistinta de la cuenta, en el análisis del régimen de las cuenta corrientes bancarias suelen distinguirse dos ámbitos independientes:
  - Las relaciones entre los titulares y la entidad de crédito (ámbito externo): aunque la LC no establezca de forma expresa el bloqueo total de las cuentas indistintas del concursado, la entidad bancaria debe proceder a bloquearlas para que sus titulares no puedan efectuar actos de disposición sobre las mismas al entenderse que los saldos acreedores integran la masa activa de bienes y derechos afectos a la satisfacción de los acreedores (art. 40 LC).

-Las relaciones de los titulares entre sí (ámbito interno): la ley concede a los otros titulares de la cuenta indistinta un derecho de separación *ex iure domini*, deberán demostrar que los fondos depositados son, total o parcialmente, de su propiedad sobre la base de las relaciones internas entre todos los cotitulares y, entre ellos, el propio concursado. Para VÁZQUEZ ALBERT, resultaría más justificado haber presumido una igualdad de cuotas (art. 393 y 1.138 CC).

Y como dice ICHASO, podrá plantearse incidente concursal (juicio contradictorio dentro del procedimiento de concurso, regido por sus normas específicas) contra la decisión que se adopte. Así pues, la LC presume que la totalidad del saldo de una cuenta



indistinta es de propiedad del concursado<sup>325</sup> aunque la posibilidad de la prueba en contrario permitirá al cónyuge que aporta realmente su salario a la cuenta en común conseguir que éstos queden al margen de inclusión en la masa activa.

Volviendo a los problemas que plantea el artículo 77.2 LC, abordaremos más adelante la principal novedad introducida respecto del art. 76 del Proyecto de Ley que es la supresión del automatismo disolutorio; a partir de la nueva redacción del artículo 77 LC la declaración de un cónyuge en concurso de acreedores no supone automáticamente la disolución del régimen económico matrimonial existente. También trataremos la coordinación de la liquidación de la sociedad de gananciales con el convenio o la liquidación del concurso y sus consecuencias<sup>326</sup>.

---

<sup>325</sup> Que la Ley presuma que el saldo acreedor es propiedad del deudor a VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.; “Art. 79: Cuentas indistintas”..., cit., pág. 696, le parece una exageración que genera injusticia ya que no es justo privar al otro titular de lo que le corresponde aunque sea difícil determinar la procedencia del dinero. Sería más justo poder implicar la mitad del saldo acreedor y dejar abierta la posibilidad de probar que nada le pertenece al deudor o que le pertenece todo. Añade que se hubiera podido imponer una presunción *iuris tantum*, como en el caso de las donaciones entre esposos que trata el art. 78 LC, en fin cualquier solución antes que imponer algo tan drástico y objetivamente injusto.

<sup>326</sup> CUENA CASAS, M.; *El concurso de acreedores de persona casada...*, cit., págs.224-268; *Endeudamiento del consumidor...*, cit.; págs. 167-189; “La sociedad de gananciales ante la LC”...cit., págs. 6-16; y “La coordinación de la liquidación de la sociedad de gananciales con el convenio o la liquidación del concurso”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º. 12, edit. La Ley, 2010, págs. 4-18.

#### IV.1.4. Problemática del deudor concursado casado en régimen de gananciales.

Una de las cuestiones problemáticas con las que podemos encontrarnos sobre el deudor concursado casado en régimen de gananciales es determinar qué bienes del deudor constituyen la “masa activa” del concurso.

Según el art. 76 LC “Constituyen la masa activa del concurso los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración del concurso y los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento”; dicha expresión es más precisa que la de la responsabilidad patrimonial universal establecida en el art. 1.911 CC: “Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros”, ya que incluye de manera descriptiva, los bienes y derechos que van a responder de las deudas del concursado mientras que en la ejecución singular del art. 1.911 CC no todos los bienes quedan afectados a la ejecución, sino solamente los suficientes para satisfacer al acreedor a diferencia de lo que sucede con el concurso que es precisamente donde se hace efectiva la potencialidad de todo el patrimonio del deudor.

Tal y como indica MATEO SANZ<sup>327</sup>, es de gran importancia determinar correctamente la composición de la masa activa del concurso para que los créditos concursales de los acreedores tengan más garantías de cobro. Para la constitución de dicha masa activa se contará, tal y como indica CORDÓN MORENO<sup>328</sup>, exclusivamente con los bienes que

---

<sup>327</sup> MATEO SANZ, JACOBO B.; “Art. 76: Principio de universalidad” en *Comentarios a la legislación concursal* (directores Sánchez-Calero Juan, Guillarte Gutiérrez Vicente), t. II, edit. Lex Nova, Valladolid, 2004, pág. 1.517; PARRA LUCÁN, M.A.; *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores...*, cit., 222-259: Dicha autora hace un estudio detallado de los bienes del deudor que constituyen la masa activa del concurso, distingue entre bienes y derechos que se encuentren integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de declaración del concurso, bienes y derechos que adquiera el concursado hasta la conclusión del procedimiento y bienes y derechos que se reintegren al patrimonio del concursado.

<sup>328</sup> CORDÓN MORENO, F.; “Art. 76: Principio de universalidad” en *Comentarios a la LC*, edit. Aranzadi, Navarra, 2004, pág. 596.

pertenezcan al deudor (característica subjetiva) y tales bienes y derechos conllevarán un contenido patrimonial, de alienabilidad y de embargabilidad (características objetivas).

Y es que tras la lectura de los artículos 1.911 CC y 76 LC, podemos deducir que para que el concursado responda frente a la masa pasiva que componen sus acreedores, deberá constituir la masa activa, con todos sus bienes presentes y futuros: los que integran su patrimonio a fecha de la declaración del concurso<sup>329</sup>, los que se reintegren al mismo y los que adquiera hasta que concluya el procedimiento concursal<sup>330</sup>, quedándose fuera los bienes que ni en el presente formen parte del patrimonio del deudor, ni en el futuro puedan ser integrados en el mismo. MERCADAL<sup>331</sup> añade que “no se integrarán en la masa activa en sentido técnico-jurídico todos aquellos bienes y derechos que, estando en poder o en posesión del deudor al declararse el concurso o en un momento ulterior, sean propiedad de terceros y resalta el principio general de afectación de la masa al interés del concurso del art. 43.1 LC que establece que , en el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre la masa activa, se atenderá a su conservación del modo más conveniente para los intereses del concurso” (La Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley

---

<sup>329</sup> En este grupo de bienes se incluyen no solo los bienes corporales sino también los derechos, acciones, poderes, las facultades y las relaciones jurídicas mismas que constituyen el medio para la adquisición o la conservación de otros bienes materiales. (RAMÍREZ, J.A.; *La quiebra: Derecho concursal español*, t. II, 2ª ed., edit. Bosch, Barcelona, 1998, pág. 946). Un estudio aún más exhaustivo lo encontramos en TIRADO, I.; “Art. 76: Principio de universalidad” en *Comentario de la LC* (dir. Angel Rojo y Emilio Beltrán), t. I, Thomson Civitas, Madrid, 2004, pág. 1.357-1.401.

<sup>330</sup> Se refiere, por un lado, a los bienes que se incorporen como consecuencia del ejercicio de las acciones de reintegración o demás reivindicaciones realizadas en beneficio del deudor o que accedan a él por herencia o donación y, por otro lado, a los bienes o derechos que el deudor adquiera durante su tramitación como los que provengan de la continuidad en el ejercicio de la actividad profesional o empresarial (GALÁN LÓPEZ, C.; *Comentarios a la Legislación Concursal (Ley 22/2003 y 8/2003 para la Reforma Concursal)*, directores Juana Pulgar Ezquerro, Carmen Alonso Ledesma, Alberto Alonso Ureba, Guillermo Alcover Garau, t. I, Dykinson, S.L., Madrid, 2004, pág. 804).

<sup>331</sup> MERCADAL VIDAL, F.; “Art. 76: Principio de universalidad” en *Nueva LC, Ley 22/2003, de 9 de julio. Comentarios, jurisprudencia aplicable y formularios* (Coordinadores A. Sala, F. Mercadal, J. Alonso-Cuevillas), edit. Bosch, Barcelona, 2004, pág. 396.

22/2003, de 9 de julio, Concursal, modifica los apartados segundo y tercero del art. 43 LC...).

Según VÁZQUEZ IRUZUBIETA<sup>332</sup>, dentro de la masa activa podemos encontrar:

- Bienes y derechos de los que es titular el deudor en el momento de la declaración de concurso. Conformado esencialmente por el activo inmovilizado (inmuebles, vehículos, acciones, mobiliario y máquinas), que se contabilizan como pasivo por constituir los aportes de los socios, quienes son los verdaderos acreedores de ese capital.
- Todo bien o derecho que se reintegre a la masa concursal a causa de acciones de rescisión con resultado estimatorio de la pretensión, así como todo lo que se adquiriera durante la tramitación del concurso estando en el comercio y tenga un valor económico.

Y siguiendo a VÁZQUEZ ALBERT<sup>333</sup>, según el cual la determinación de las masas activa y pasiva del concurso desarrolla una función de gran trascendencia, ya que, tal y como reconoce la propia Exposición de Motivos de la LC 2003, permite alcanzar el más exacto conocimiento del estado patrimonial del deudor, el análisis de la regulación de la masa activa contenida en la LC se enmarca en la clásica distinción entre:

- La masa activa de hecho (masa real), que estaría formada por los bienes y derechos que son objeto de ocupación en el momento de

---

<sup>332</sup> VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.; “Art. 76: Principio de universalidad” en *Comentarios a la LC, Ley 22/2003, de 9 de julio*, edit. Dijusa, Madrid, 2003, págs. 668 y 669.

<sup>333</sup> VÁZQUEZ ALBERT, D.; “Art 76: Principio de universalidad”, en *Comentarios a la LC* (coord. J.M. Sagrera Tizón, A. Sala Reixachs, A. Ferrer Barriendos), t. II, edit. Bosch, Barcelona, 2004, pág. 971.

la declaración del concurso y que se incluyen en el inventario inicial.

- La masa activa de derecho (masa legal), a la que se llega delimitando la masa de hecho a través de la reducción de la masa, que detrae de esta última los bienes o derechos inembargables, los que no pertenecen al quebrado (*separatio ex iure domini*), y los que se hallan afectos a la satisfacción de determinados créditos (*separatio ex iure crediti*). Y de otra parte, la reintegración de la masa, que pretende devolver a la misma los bienes y derechos que salieron indebidamente del patrimonio del deudor.

Además, critica que en esta nueva LC, a diferencia del Anteproyecto de LC de 1983, no se aborda de forma unitaria las diversas cuestiones en las que tradicionalmente se ha estructurado el estudio de la masa activa sino que encontramos dispersión en el tratamiento de la masa activa que dificulta la interpretación de sus normas reguladoras.

Y es que hasta llegar a la actual redacción del artículo 77 LC, la composición de la masa activa en situaciones de declaración de concurso de persona casada en régimen de comunidad, se ha ido tratando de diferente manera a lo largo de los años tal y como analizaremos seguidamente.

Cabe añadir que algunos bienes y derechos del deudor, a pesar de encontrarse en el patrimonio del deudor en el momento de la declaración de concurso o con posterioridad no formarán parte de la masa activa, es el caso recogido por el art. 76.2 LC: “aquellos bienes que, aún teniendo carácter patrimonial, sean legalmente inembargables”. Dicha regla nos remite a lo recogido por los arts. 605 a 609 LEC y a cualquier otra disposición nacional o internacional que legítimamente determinen la inembargabilidad de ciertos bienes o derechos. La LEC distingue entre los bienes absolutamente inembargables (art. 605) y los bienes inembargables del ejecutado (art.

606) que, tal y como señala GALÁN LÓPEZ<sup>334</sup>, en anteriores anteproyectos se refería, correlativamente, a los bienes inembargables y a los bienes personalísimos del deudor (art. 262 del Anteproyecto de 1983 y art. 77.2 de la Propuesta de 1995).

También resaltamos la inembargabilidad de aquellos instrumentos necesarios para continuar desempeñando la actividad profesional (art. 44LC) que desarrollaremos más adelante.

---

<sup>334</sup> GALÁN LÓPEZ, C.; *Comentarios a la Legislación Concursal (Ley 22/2003 y 8/2003 para la Reforma Concursal)...cit.*; pág. 805.

#### IV.1.5. Disolución de la sociedad de gananciales: facultad concedida al cónyuge del concursado.

El nuevo artículo 77 LC suprime el automatismo disolutorio que recogía el antiguo art. 76 del Proyecto de Ley y el artículo 1393 CC, por lo que una simple declaración de concurso ya no autoriza sin más al esposo no concursado a solicitar la disolución del régimen económico matrimonial sino que solamente tendrá dicha posibilidad cuando se incluyan bienes comunes en la masa activa del concurso que deban responder de obligaciones del concursado, tanto para hacer efectiva una responsabilidad directa derivada por deudas comunes, como una responsabilidad subsidiaria ganancial respecto de deudas privativas. Este ámbito de aplicación era mucho más amplio que el que recogía el art. 1.373 CC<sup>335</sup> donde esa facultad disolutoria del cónyuge no deudor estaba supeditada a que se agredieran bienes comunes por deudas únicamente privativas.

Al cónyuge no deudor se le concede esta facultad disolutoria, por un lado, para que salvaguarde la parte que le corresponde de los bienes gananciales de la responsabilidad por deudas privativas del concursado, de ahí que se deba evitar que el cónyuge no deudor siga generando recursos gananciales derivados de su actividad profesional ya que los acreedores del concursado se beneficiarían de dichos rendimientos y el cónyuge no deudor estaría trabajando para los acreedores del concursado.

---

<sup>335</sup> Tal y como indica VAZQUEZ IRUZUBIETA, C.; “Art. 77: Bienes conyugales”..., cit.; pág. 670, dicho artículo que no está derogado por la LC establece que “cada cónyuge responde con su patrimonio personal de las deudas propias y, si sus bienes privativos no fueran suficientes para hacerlas efectivas, el acreedor podrá pedir el embargo de bienes gananciales”. El acreedor embarga porque no tiene el porqué saber si la deuda contraída por ese cónyuge lo es a cargo de sus bienes privativos o de los gananciales. El cónyuge demandado podrá pedir la sustitución del embargo sobre bienes gananciales que identificará, o bien, si el embargo se ha trabado sobre un bien ganancial tratándose de una deuda que debe atender el patrimonio privativo del cónyuge demandado, el otro, podrá pedir la disolución y liquidación del régimen de gananciales.

Por otro lado, dicha disolución y liquidación de la sociedad conyugal<sup>336</sup> permitirá que el esposo no concursado pueda concurrir con los restantes acreedores para cobrar sus créditos privativos pero estará en situación desventajosa propia de los créditos subordinados por su condición de “persona especialmente relacionada con el concursado”<sup>337</sup>

---

<sup>336</sup> Para VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.; “Art. 77: Bienes conyugales”..., cit.; pág. 674, la expresión “pedir la disolución de la sociedad conyugal” es errónea porque no es la sociedad conyugal la que se disuelve sino la sociedad de gananciales sin ruptura del vínculo matrimonial (art. 1.393.2 CC), a petición de uno de los cónyuges por mala gestión del otro, gestión que pone en peligro los bienes gananciales y comunes.

<sup>337</sup> En relación con las personas especialmente relacionadas con el concursado: SASTRE PAPIOL, S.; “Art.93: Personas especialmente relacionadas con el concursado” en *Comentarios a la LC* (coord. J.M. Sagrera Tizón, A. Sala Reixachs, A. Ferrer Barriendos), t. II, Bosch, Barcelona, 2004, págs. 1.139-1.142; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.; “Art.93: Personas especialmente relacionadas con el concursado” en *Comentarios a la LC, Ley 22/2003, de 9 de julio*, edit. Dijusa, Madrid, 2003, págs. 831-833; GARRIDO, J.M.<sup>a</sup>; “Art. 93: Personas especialmente relacionadas con el concursado” en *Comentario de la LC* (dir. Angel Rojo Y Emilio Beltrán), t. I, edit. Thomson Civitas, Madrid, 2004, págs. 1.669-1.677: El concepto de “personas especialmente relacionadas con el deudor”, a pesar de su gran importancia en la LC, no conoce precedentes en el Derecho derogado apareciendo por primera vez la idea de la subordinación o postergación legal de créditos en el Anteproyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1993. Más tarde, el Proyecto de LC que respetó el texto de la Propuesta de Anteproyecto de LC de 1995, añadió una referencia a las situaciones de control (art. 42 C de C) para delimitar el concepto de socio especialmente relacionado con la sociedad concursada (art. 92), Este artículo sufrió importantes modificaciones durante la tramitación parlamentaria: en el apartado primero se asimiló la pareja de hecho al cónyuge; y en el apartado segundo se eliminó la confusa referencia al art. 42 del CCo para delimitar los socios que se consideraban personas especialmente relacionadas con el deudor de la sociedad. Finalmente, la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, modifica el número primero del art. 93.1 y el número tercero del artículo 93.2.

El concepto de “persona especialmente relacionada con el concursado” es de gran amplitud y despliega importantes efectos dentro del concurso. Será toda aquella persona que se encuentra ligada al deudor por una relación jurídica que la Ley considera relevante por su situación en el concurso. Así, la LC en su art. 93.1.1º considera como personas especialmente relacionadas con el concursado persona natural “El cónyuge del concursado o quien lo hubiera sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, su pareja de hecho inscrita o las personas que convivan con análoga relación de afectividad o hubieran convivido habitualmente con él dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso”. Es decir, su cónyuge actual o que lo hubiera sido, cuando existe una separación o divorcio, dentro de los dos últimos años inmediatamente anteriores a la declaración de concurso. Tiene que haber convivencia de hecho constante con el concursado al menos dentro de los dos últimos años inmediatamente anteriores a la declaración del concurso. Según CORDERO LOBATO, E.; “Art. 93: Personas especialmente relacionadas con el concursado” en *Comentarios a la LC* (dir. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano) V. 1, Tecnos, Madrid 2004, pág. 1.104: “serán personas especialmente relacionadas con el deudor todas aquellas que convivan o hayan convivido habitualmente more uxorio dentro de los dos años referidos, sin que el requisito de habitualidad permita exigir duración mínima a esta convivencia, bastando que la misma haya existido. Añade que el sexo de los convivientes es irrelevante ya que siempre que haya existido la referida



---

convivencia habitual more uxorio el conviviente del concursado será calificado como persona especialmente relacionada con él aunque se trate de una pareja homosexual". El art. 93.1-2º dispone que también son personas especialmente relacionadas "los ascendientes, descendientes y hermanos del concursado", pero también los ascendientes, descendientes y hermanos de quien sea cónyuge o pareja de hecho del deudor en el momento de la declaración de concurso o lo hubiera sido dentro de los dos años anteriores. Esta calificación se extiende a los ascendientes y descendientes del deudor y del cónyuge o pareja de hecho, con independencia del grado de dichos parientes, es decir, todos los familiares en línea directa y los hermanos, se incluyen también los parentescos por adopción.

El art. 93.1-3º incluye como personas especialmente relacionadas con el concursado "los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del concursado", es decir, los cuñados, nueras y yernos del concursado, así como los padrastros o madrastras. No se incluyen aquellas personas que tengan una "relación análoga de afectividad", por lo que tendrán la condición de personas especialmente relacionadas los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del concursado, pero no sus parejas de hecho.

Recientemente el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, ha modificado dicho artículo 93 LC y añade como personas especialmente relacionadas con el concursado persona natural a:

4.º Las personas jurídicas controladas por el concursado o por las personas citadas en los números anteriores o sus administradores de hecho o de derecho. Se presumirá que existe control cuando concurra alguna de las situaciones previstas en el art. 42.1 del CCo.

5.º Las personas jurídicas que formen parte del mismo grupo de empresas que las previstas en el número anterior.

6.º Las personas jurídicas de las que las personas descritas en los números anteriores sean administradores de hecho o de derecho.

Según ICHASO URREA, J.; "El concurso de acreedores de la persona física"..., cit.; pág. 59, las personas especialmente relacionadas con el concursado merecen una conceptualización negativa por parte del legislador, al atribuir a su participación como adquirentes en el negocio traslativo un carácter sospechoso o de fraude porque como dicen ÁVILA DE LA TORRE, A. y CURTO POLO, M.; "La subordinación del crédito de las personas especialmente relacionadas con el concursado", *Estudios sobre la LC : libro homenaje a Manuel Olivencia*, V. 4, (La masa pasiva, la masa activa, los convenios o acuerdos concursales), edit. Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 3.551: "han debido tener información acerca de su situación económica".

Ahora, me parece injusto que el cónyuge no deudor solamente por el hecho de ser cónyuge pierda todos sus derechos patrimoniales porque su consorte haya sido declarado en concurso de acreedores. Que el cónyuge del concursado se haya beneficiado de la gestión del concursado no le obliga a que parte de su patrimonio sea incluido en la masa del concurso de su cónyuge. Y es que el cónyuge del concursado no siempre actúa de manera fraudulenta.

Junto a esta enumeración de personas especialmente relacionadas, la Ley incluye una presunción *iuris tantum*, de carácter general, (art. 93.3 LC) que afecta a todos aquellos sujetos que tengan la condición de acreedor en el momento de la declaración de concurso por haber adquirido el crédito de una persona especialmente relacionada con el concursado dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso (art. 93.3). La Ley presume esa misma condición subjetiva a los adquirentes de crédito del que hubiera sido titular una persona especialmente relacionada con el deudor.

Por otra parte, también encontramos una presunción *iuris tantum* de perjuicio patrimonial cuando se trata de "actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado" (art. 71.3.1º LC, resultado de la modificación llevada a cabo por la Ley 38/2011, de 10 de octubre). El fundamento de esta presunción, tal y como indica CUENA CASAS, M., "Rescisión y derecho de familia", en la reintegración de la masa: Congreso de Antequera. IV Congreso Español de derecho de la insolvencia. VII Congreso de derecho mercantil y concursal de Andalucía, 19 a 21 de abril de 2012 / Emilio M. Beltrán Sánchez (dir.),

---

Enrique Sanjuán y Muñoz (dir.), 2012, pág. 291-294, se encuentra no tanto en la naturaleza del acto sino en la cualidad de personas especialmente relacionadas de sus intervinientes que hace que un acto inocuo pueda ser considerado sospechoso como trato de favor. La sospecha de los contratos entre personas especialmente relacionadas con el deudor es la de la simulación objetiva o subjetiva, es decir, que bajo el disfraz de un acto oneroso se encubre un acto gratuito o que tal negocio es solo aparente y la persona especialmente relacionada no es más que un testaferro en perjuicio de los acreedores. En cuanto al momento en el que se debe tener la condición de persona especialmente relacionada con el concursado, es el de la realización del acto de disposición, por más que haya dejado de tener tal condición en el momento de la declaración del concurso. Cuando el concursado es persona física, tal condición no cesa, obviamente, cuando el vínculo es de consanguinidad, pero tratándose del cónyuge y pareja no casada, éstos tienen tal condición, como señala el modificado art. 93.1.1º, incluso si se ha producido un divorcio o ruptura de la convivencia cuando se trata de pareja no casada (cuando se rompe la convivencia matrimonial no se pierde la condición de persona especialmente relacionada con el deudor) en el momento de la declaración de concurso si lo eran en los dos años anteriores a la misma. También, en este tema, ILLESCAS, R.; “La persona física concursada: ...cit.; pág. 2003, destaca: “la existencia de una presunción legal de perjuicio patrimonial en punto a la rescindibilidad de los contratos pactados entre la hoy persona física concursada y sus personas especialmente relacionadas; la subordinación de los créditos ostentados por tales personas contra el concursado; y la prohibición de presentación por la persona física concursada de propuesta anticipada de convenio en caso de celebración de contratos en determinadas circunstancias con las dichas personas especialmente relacionadas”. El Real Decreto-ley, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, modifica el apartado 1 del art. 122: “1. No tendrán derecho de voto en la junta los titulares de créditos subordinados incluidas, en particular, las personas especialmente relacionadas que hubiesen adquirido su crédito por actos entre vivos después de la declaración de concurso”.

Tal y como se indica en la introducción (III) del Real Decreto-ley, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal: “...Hasta ahora solo se les reconocía a los acreedores derecho de voto cuando la adquisición hubiese sido a título universal, como consecuencia de una realización forzosa, o (a partir de 2012) cuando se tratase de entidades financieras sujetas a supervisión.

La prevención que existía anteriormente respecto a estos acreedores es que dicha adquisición podía esconder algún tipo de fraude que se quería desincentivar mediante la privación del derecho de voto. Pero el fraude no puede estar en adquirir algo (en este caso un derecho de crédito) a un precio menor que aquél por el que se pretenda vender o realizar, puesto que esto es al fin y al cabo lo propio de la actividad económica de mercado. El verdadero problema estriba en que el adquirente se haya concertado con el deudor para defraudar al resto de acreedores. Por ello se reforma no solamente el artículo 122 sino también el 93 para hacer un listado más amplio de personas especialmente vinculadas con el deudor que, por esta razón, tendrán la condición de acreedores subordinados y carecerán en consecuencia de voto en la junta de acreedores. El atribuir derecho de voto a los acreedores que adquieran sus créditos con posterioridad a la declaración de concurso tiene un efecto adicional que debe reputarse beneficioso para el resto de acreedores: fomentar la existencia de un mercado de dichos créditos que les permita obtener liquidez, en una situación de concurso de su deudor, sin tener que esperar a la liquidación final. Será el propio acreedor cedente el que valore si el sacrificio o descuento exigido para ello es aceptable y será el acreedor cedido, habitualmente especializado en este tipo de adquisiciones, el que sufra el riesgo que la adquisición y subsiguiente tramitación del concurso conllevan”.

(art. 93.1 CC). Tal y como indica VÁZQUEZ ALBERT<sup>338</sup>, en la nueva LC la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales se presenta como una posibilidad para el cónyuge del concursado<sup>339</sup>, supeditada al resultado del procedimiento concursal, garantizando de esta forma la tutela de los acreedores a diferencia del Proyecto de 2002 donde se le daba mayor prioridad al cónyuge in bonis que a los acreedores del deudor.

De lo hasta ahora descrito deducimos que es absolutamente recomendable que el cónyuge del concursado opte por disolver el régimen económico matrimonial ya que de lo contrario todos los bienes gananciales se integrarán en la masa activa del concurso respondiendo de las deudas gananciales y, subsidiariamente, de las deudas privativas. Solamente con la disolución del régimen de comunidad se podrá proteger los intereses del cónyuge del concursado y salvaguardar el valor que le corresponde sobre el patrimonio común<sup>340</sup>.

---

<sup>338</sup> VÁZQUEZ ALBERT, D.; “Art. 77: Bienes conyugales”..., cit.; pág. 984.

<sup>339</sup> Y es que tal y como señala LÓPEZ MOLINA, P.; *Comentarios a la Legislación Concursal* (coord. Alberto Palomar Olmeda), edit. Dykinson, Madrid, 2003, pág. 697, el cónyuge del concursado no tiene por qué estar necesariamente interesado en la disolución de la sociedad o comunidad de bienes. En caso de existir comunidad conyugal, su disolución no será siempre la mejor solución ya que dependerá también del grado de implicación de los bienes conyugales en la actividad empresarial, y de la situación efectiva, recuperable o no, de la empresa concursada, si la hubiere.

<sup>340</sup> Esta facultad de disolución de la sociedad de gananciales por el cónyuge no deudor es viable para la sociedad de gananciales regulada en el CC y para la sociedad conyugal de conquistas vigente en Navarra (Ley 85: Cargas privativas, redactada por la Ley Foral, Comunidad Foral de Navarra, 5/1987, 1 abril, por la que se modifica la Compilación de Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra, Ley 1/1973, de 1 de marzo), pero no parece clara en algunos regímenes forales como el aragonés y el de Vizcaya. En el Derecho aragonés el cónyuge no deudor no tienen necesidad de disolver el régimen conyugal para salvaguardar sus intereses. En el art. 224 del Título IV del Código del Derecho Foral de Aragón, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas (Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón), que trata de la responsabilidad subsidiaria de los bienes comunes por deudas privativas, se dispone que responden “(...) en primer lugar los bienes privativos del cónyuge deudor y, faltando o siendo éstos insuficientes, los bienes comunes, a salvo siempre el valor que en ellos corresponde al otro cónyuge, así como los preferentes derechos de los acreedores por deudas comunes”. Y el art. 225 del mismo Código también referido a la ejecución sobre bienes comunes por deudas privativas, señala que “cuando en una ejecución sobre bienes comunes, seguida a causa de deudas distintas de las enunciadas en el art. 37, el cónyuge del deudor quiera, en el procedimiento previsto por la LEC para la ejecución de bienes gananciales, hacer valer su derecho a que quede a salvo el valor que en el patrimonio común le corresponde, podrá pedir la liquidación del mismo al exclusivo fin de constatar el valor que ha de

Ahora, el problema que se plantea es cuándo y cómo se va a llevar a cabo la disolución del régimen de comunidad porque la LC nada dice sobre el momento en que el cónyuge del concursado debe decidirse por la disolución. Siguiendo a LÓPEZ MOLINA<sup>341</sup>, deducimos que lo mejor será decidirse en los primeros momentos del procedimiento concursal porque sino todos los bienes de la sociedad conyugal se incorporarán a la masa activa y podrán ser ejecutados para efectuar los pagos que sean precisos para el abono a los acreedores y para el funcionamiento del propio concurso.

Encontramos el artículo 21.1-7º LC, según el cual, cuando se dicta el auto de declaración de concurso el Juez decidirá, en su caso, acerca de “la formación de la pieza separada, conforme a lo dispuesto en el art. 77.2 en relación con la disolución de la sociedad de gananciales”. Deducimos, al igual que CUENA, que la solicitud de disolución se ha tenido que llevar a cabo antes de que el Juez dicte el auto de declaración de concurso y es que para que el cónyuge pueda pedir la disolución, es preciso que su consorte haya sido ya declarado en concurso y que, además, se hayan incluido bienes gananciales en la

---

quedarle a salvo, sin disolución del consorcio. En este caso, la ejecución proseguirá tan pronto se constate la existencia de bienes que sobrepasen el valor que ha de quedar a salvo y solo sobre aquellos bienes, alzándose en todo caso el embargo sobre los demás”.

Para el régimen vizcaíno el art. 102 Ley 3/1992, de 1 de julio, del Parlamento Vasco, del Derecho Civil Foral del País Vasco, prevé que el cónyuge del deudor salvaguarde sus derechos sobre el patrimonio privativo de su consorte y sobre su cuota sobre los bienes ganados sin necesidad de instar la disolución del régimen. Así pues, al igual que con el Derecho aragonés y de acuerdo con CUENA, la LC debe preservar los derechos del cónyuge del concursado respetando el sistema de responsabilidad por deudas privativas contemplado en el régimen foral. Si el cónyuge del concursado no opta por la disolución del régimen podrá oponerse a la ejecución de los bienes que excedan de la mitad comunicada, bien solicitando la formación de pieza separada (art. 21.1-7º LC) o bien planteando incidente concursal. Es decir, para que el cónyuge no deudor pueda salvaguardar su derecho, no es preciso que disuelva el régimen de comunidad. Si faltan bienes privativos del cónyuge deudor es cuando la responsabilidad se extenderá limitadamente a los bienes comunes, para dejar a salvo el valor que en el patrimonio común corresponde al otro cónyuge. Para ello será preciso realizar una liquidación provisional, sin disolución para comprobar que la ejecución deja a salvo el valor de la participación del cónyuge no deudor. El cónyuge no deudor podrá optar por la disolución, pero no necesariamente debe hacerlo para proteger sus derechos. Dicha posibilidad que tiene el cónyuge en los regímenes forales descritos, deberá ser respetada por la LC.

<sup>341</sup> LÓPEZ MOLINA, P.; *Comentarios a la Legislación Concursal...*cit.; pág. 697.

masa activa, lo que difícilmente se puede producir una vez se dicta el auto de declaración de concurso. Añade que la liquidación en pieza separada solo tendrá sentido si la sociedad de gananciales se liquida con carácter previo al convenio o liquidación concursal por lo que no se entiende muy bien la nueva redacción del art. 77 LC donde no se quiso que tal liquidación fuera previa.

Tampoco entendemos cómo no se le notifica al cónyuge del deudor la solicitud de declaración del concurso con la importancia que tiene en la formación de la masa activa por lo que consideramos que a pesar de no existir precepto alguno en la Ley que obligue a ello, el Juez deberá notificar al cónyuge del deudor la solicitud de declaración de concurso y esta notificación se podrá llevar a cabo de dos maneras:

- Si es el propio deudor el que solicita la declaración de concurso, deberá informar en dicha solicitud de la identidad de su cónyuge y de su régimen económico matrimonial (art. 6.2.2ºLC).
- Pero si son los acreedores los que llevan a cabo la solicitud, la cuestión se complica, ya que ésta deberá incluir según el art. 21.1.3ºLC “en caso de concurso necesario, el requerimiento al deudor para que presente, en el plazo de 10 días a contar desde la notificación del auto, los documentos enumerados en el art. 6”, artículo 6 que obliga a informar sobre el estado civil de deudor y, en su caso, de su régimen económico matrimonial.

Así pues, cuando el concurso sea voluntario el Juez deberá notificar al cónyuge la solicitud del concurso pero en caso de concurso necesario, el Juez carecerá de la información necesaria para llevar a cabo dicha notificación. Por lo que la pieza separada a la que hace referencia el art. 21.1.7º LC y que la decide el Juez, es difícil que se produzca en la práctica al ordenarse en un momento posterior al auto de declaración de concurso. Y es que la liquidación en pieza separada solo tiene sentido si la sociedad de gananciales se liquida con carácter previo al convenio o

liquidación concursal, a pesar de los cambios llevados a cabo en el art. 77 LC donde no se quiso que la liquidación fuera previa.

Ahora, el aspecto más problemático que plantea el art. 77 LC es la coordinación de la liquidación de la sociedad de gananciales con el convenio o la liquidación del concurso. Y es que, por un lado, se deben proteger especialmente los intereses del cónyuge del concursado cuando se ejecuten bienes gananciales por deudas privativas del concursado pero, por otro lado, los acreedores gananciales que contratan con el cónyuge del concursado no pueden ser olvidados y dejarlos sin protección cuando todo el pasivo sea ganancial y no puedan insinuar sus créditos en el proceso concursal (antiguo art. 84.1 LC)<sup>342</sup>. Así pues, encontraremos autores que quieren hacer prevalecer los intereses de los acreedores gananciales que contratan con el cónyuge del concursado dándoles a éstos la facultad de agredir indiscriminadamente los bienes comunes y dejando que los cónyuges solucionen entre sí mediante los oportunos reembolsos los excesos provocados. Esta opción que se adopta en algunos ordenamientos hace liquidar la sociedad de gananciales en la fase de convenio o liquidación de concurso no otorgando una tutela real al esposo no deudor ya que al tener la consideración de “persona especialmente relacionada con el deudor” su crédito es de carácter subordinado (art. 92.5º LC, modificado por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que además modificó los números primero y tercero de dicho

---

<sup>342</sup> GUILLARTE GUTIÉRREZ, “La liquidación...”, cit., pág. 95. El art. 84.1 LC, antes de la modificación llevada a cabo por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, Concursal, se excluía de la masa pasiva del concurso a los acreedores del cónyuge del concursado, aunque fueran acreedores consorciales. Sin embargo dicho autor considera que tal precepto se refería a las deudas privativas del cónyuge *in bonis*, incluyendo en la liquidación de gananciales a todos los acreedores comunes siendo indiferente que lo fueran del concursado o de su cónyuge. Solo deben liquidarse en pieza separada los bienes y deudas privativas y a su juicio, el cónyuge del concursado solo tendrá interés en disolver la sociedad de gananciales cuando quiera salvaguardar los bienes comunes de la agresión de los acreedores privativos de su cónyuge. Añade que debe darse preferencia a la liquidación concursal sobre la sociedad de gananciales para que los bienes comunes se incluyan en la masa concursal para en todo caso afrontar las deudas comunes, pago que debe realizarse con arreglo a los criterios de prelación concursal.

artículo 92) y complica la situación para que sus acreedores cobren una vez declarada la insolvencia de su cónyuge.

Pero también encontraremos autores que hacen prevalecer los intereses del cónyuge no deudor, éstos consideran que la sociedad de gananciales debe liquidarse con carácter previo al convenio o liquidación del concurso, liquidación previa donde deberá tenerse en cuenta todo el pasivo ganancial, tanto el generado por el concursado como por su cónyuge. Criterio que se recoge en el art. 76.2 del Proyecto de LC ya comentado anteriormente y del que la autora CUENA es gran defensora ya que tal y como indica, aunque el art. 77 LC presenta como novedad que la liquidación de la sociedad de gananciales ya no tiene que ser previa y se liquida en el seno de la liquidación concursal, ella entiende que debería realizarse un liquidación contable previa, en la que se adjudicara formalmente a cada cónyuge su derecho sobre el patrimonio común, protegiendo así el derecho del cónyuge sobre los bienes gananciales de la agresión por deudas privativas de su consorte. Sería una liquidación como la que se contempla en el Derecho Aragonés para el régimen del consorcio conyugal para salvaguardar el derecho del cónyuge no deudor frente a los acreedores privativos del deudor (art. 224 “Responsabilidad subsidiaria de los bienes comunes” y 225 “Ejecución sobre bienes comunes por deudas privativas” del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas. Antiguos arts. 42 y 43 de la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad, vigente hasta el 23 de Abril de 2011), posibilidad que tiene el cónyuge aragonés aunque no proceda a la disolución del consorcio conyugal. Así, el cónyuge del concursado no verá mermados sus derechos en una ejecución colectiva respecto de lo que ocurre en la ejecución individual de bienes gananciales por deudas privativas, según el régimen del art. 1.373 CC. Además, esta liquidación previa de la sociedad conyugal, según CUENA, no perjudica a los acreedores

concursoales<sup>343</sup> ni supone supeditar la solución del concurso (convenio o liquidación) a la misma.

Resumiendo podemos decir que la liquidación de la sociedad de gananciales se llevará a cabo ante el Juez del concurso y con la intervención de la administración concursal que deberá asistir o en su caso sustituir al cónyuge concursado. Se tendrá en cuenta a los acreedores del cónyuge del concursado ya que no es justo que pierdan su garantía sobre el patrimonio ganancial por el solo hecho de que el cónyuge de su deudor sea declarado en concurso.

Así pues, CUENA indica que el mandato de coordinación entre la liquidación concursal y la de la sociedad de gananciales que hemos estado comentando, implicaría que siendo previa la liquidación ganancial, no se incluiría en la masa activa el derecho correspondiente al concursado sobre el patrimonio común que era lo que recogía el texto del Proyecto, sino la totalidad de los bienes comunes reflejándose en el inventario, es decir, los bienes gananciales formalmente adjudicados a cada cónyuge para que los gananciales adjudicados al cónyuge del concursado no se vean afectados por las deudas privativas del concursado. Por lo tanto, añade, que la verdadera innovación que recoge el art. 77 LC es lo que debe integrarse en la masa del concurso. Incluyendo todos los bienes comunes en la masa activa se evita que la

---

<sup>343</sup> La LC recoge mecanismos que tratan de evitar actuaciones fraudulentas que pueden llevarse a cabo en el ámbito de la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial. Según, CUENA CASAS, M.; “La coordinación de la liquidación de la sociedad de gananciales...”, cit.; pág. 16, el art. 40 LC que se refiere a los efectos de la declaración de concurso en la esfera patrimonial del deudor, señala distintos efectos para el caso de que el concurso sea voluntario o necesario. En el concurso voluntario el deudor conserva sus facultades de disposición y administración sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad. Y en el concurso necesario, se produce una suspensión en el ejercicio de dichas facultades que serán ejercitadas por sustitución por los administradores concursales. Será el Juez el que decida u opte por la suspensión o intervención (art. 40.2 y 3 LC). Estos efectos se conectan con el régimen de gananciales en el art. 40.6 LC, que dispone: “la intervención y la suspensión se referirán a las facultades de administración y disposición sobre los bienes, derechos y obligaciones que hayan de integrarse en el concurso, y en su caso, a las que correspondan al deudor de la sociedad o comunidad conyugal”. Por lo tanto, la gestión y disposición de bienes comunes es controlada por la administración concursal, que intervendrá de manera directa en la liquidación de la sociedad conyugal.



administración concursal demande al cónyuge del concursado para hacer efectiva la afección de los bienes comunes que tiene adjudicados para el pago de deudas comunes, ahora, deberá realizarse previamente una división formal del patrimonio ganancial para evitar que los bienes comunes adjudicados al cónyuge no deudor acaben respondiendo indiscriminadamente de deudas privativas.

Para finalizar, podemos decir que dicho mandato de coordinación de la liquidación de la sociedad de gananciales con lo que resulte del convenio o la liquidación implica:

- Según el art. 21.1-7º LC la liquidación del régimen de gananciales debe ser previa a la formación de la masa activa, en pieza separada.
- Tal liquidación será judicial, siendo competente el juez del concurso y aplicándosele normas del CC en materia de liquidación (arts. 1.396 y ss. del CC) y de la LEC (arts. 806 y ss. LEC/2000)
- La liquidación se llevará a cabo con la necesaria intervención de la administración concursal.
- En el proceso de liquidación se tendrán en cuenta a los acreedores comunes del cónyuge concursado y se aplicarán las normas de prelación de créditos previstas en la LC.
- Como resultado de las operaciones liquidatorias, deberá procederse a la adjudicación formal a los cónyuges de los bienes gananciales que les correspondan, llevándose a cabo un inventario de los bienes comunes adjudicados, tal y como ordena el art. 1.401 CC.
- Esta división del patrimonio debe de ser formal, no material, al conformar todos los bienes la masa activa pero distinguiéndose entre los bienes comunes que se hacen cargo de las deudas comunes y los bienes comunes adjudicados al concursado sobre los cuales se podrán hacer efectivas las deudas privativas del concursado, todo ello en relación con el art. 1.373 CC.

- Tras lo acordado en el convenio o liquidación concursal, si procede, el cónyuge del concursado se adjudicará su parte en los bienes comunes. El cónyuge recupera bienes de su propiedad ya en la fase de convenio o liquidación de concurso.

Así pues, cabe recalcar que la LC debe respetar la normativa sobre régimen económico matrimonial y no puede alterar el régimen de responsabilidad de los bienes gananciales por deudas privativas. Si los acreedores privativos del concursado ejecutaran indiscriminadamente sus bienes comunes, convertirían el derecho dominical que le corresponde al cónyuge sobre el patrimonio común en un derecho de crédito, en un reembolso que por su carácter subordinado, el cónyuge del concursado nunca cobraría. Los acreedores concursales no sufren riesgos en la liquidación previa de la sociedad de gananciales donde se tienen también en cuenta a los acreedores comunes del cónyuge del concursado y salvaguarda adecuadamente los intereses de éste.

Y cabe mencionar el riesgo que conllevaría para los acreedores de los cónyuges que éstos modificaran su régimen económico matrimonial, pasando de un régimen de gananciales a uno de separación de bienes. Ya que con esta actuación los cónyuges intentarían adjudicar la mayor parte del haber ganancial a uno de ellos (generalmente la esposa) con la finalidad de eludir el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el otro de las que en principio respondían unos bienes que de ser comunes pasan a ser de dominación privativa, supuesto que pasamos a desarrollar con más detalle en el punto siguiente<sup>344</sup>.

---

<sup>344</sup> CUENA CASAS, M., “Rescisión y derecho de familia”..., cit.; pág. 301.

## IV.2. La separación de bienes.

### IV.2.1. Presunción de donaciones entre los cónyuges.

En el artículo 78 LC encontramos tres aspectos totalmente diferentes que no guardan ninguna relación entre sí, ya que algunos de ellos están previstos para ser aplicados dentro del régimen económico matrimonial de separación de bienes y otros solo resultan aplicables en regímenes matrimoniales de comunidad de bienes o de gananciales.

En el apartado primero del art. 78 encontramos la presunción de donaciones (presunción muciana) dentro del régimen económico matrimonial de separación de bienes en el ámbito concursal.

El segundo aspecto que encontramos en dicho artículo son las consecuencias que tiene el concurso respecto de los bienes adquiridos por ambos cónyuges a través de un pacto inusual en nuestro Derecho Civil común pero lícito como es el “pacto de sobrevivencia”, del que existe una regulación específica en el Derecho Civil catalán (art. 78.3 LC).

Y el tercero consiste en un nuevo criterio de atribución de la vivienda habitual cuando se liquide la sociedad de gananciales o el régimen matrimonial de comunidad de bienes durante la tramitación del concurso, conjugándose los intereses del cónyuge del concursado y de su familia con los intereses de los acreedores, que, en todo caso, recibirán el exceso en metálico si la vivienda adjudicada excede de la parte que le corresponde en la liquidación al cónyuge del deudor (aparte, de la mitad de los gananciales que se adjudiquen al concursado).

## A) La Presunción Muciana.

En lo que se refiere a la presunción muciana cabe destacar, siguiendo a DOMÍNGUEZ LUELMO<sup>345</sup>, que su origen lo encontramos en el Derecho romano<sup>346</sup> donde se aplicaba a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges para proteger a la mujer y operaba absolutamente al margen de cualquier consideración en torno a la insolvencia. Cuando en la época romana la mujer adquiría un bien de origen desconocido, se presumía que el mismo provenía del marido, bien porque la adquisición de la mujer era nula y las donaciones entre cónyuges estaban prohibidas o bien para salvaguardar el honor de la mujer si existiera sospecha de que esa adquisición se había realizado sin honor o inmoralmente. Posteriormente, en el Derecho Común se discutía si la presunción operaba sobre el bien adquirido por la mujer o sobre el precio invertido en la adquisición, cogiendo finalmente como criterio que cuando la mujer adquiría alguna cosa durante el matrimonio, se presumía que lo había hecho con recursos del marido, pero éste no podía por ello reclamar la propiedad de la cosa, sino solo el precio.

En nuestro Derecho histórico, la presunción muciana aparece recogida en Las Partidas en su versión genuinamente romana favoreciendo a la mujer, salvaguardando su honorabilidad al evitar que se pudiera pensar

---

<sup>345</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, A.; “Art. 78: Presunción de donaciones y pacto de sobrevivencia entre los cónyuges. Vivienda habitual del matrimonio” en Comentarios a la legislación concursal (directores Sánchez-Calero Juan, Guillarte Gutiérrez Vicente), t. II, edit. Lex Nova, Valladolid, 2004, págs. 1.585-1.589.

<sup>346</sup> Tal y como indica CUENA CASAS, M.; “La presunción muciana concursal”, *Anuario de Derecho Concursal*, edit. Civitas, n.º. 5, 2005, págs. 4-5: “El origen de la presunción muciana la encontramos en un texto de Pomponio sobre Quintus Mucius recogido en el Digesto. Se trata de una presunción de propiedad a favor del marido ya que cuando la mujer adquiría un bien de origen desconocido se presumía que dicho bien le había sido donado por su marido y, dada la prohibición de donaciones entre cónyuges que estaba vigente en el Derecho romano clásico, la adquisición de la mujer era nula y el bien se consideraba propiedad del marido. Se pasaba de presumir una donación a presumir la propiedad del marido de todos los bienes adquiridos por la mujer... no hay atisbo alguno de protección a los acreedores del marido, sino curiosamente parece esta presunción favorecer a la mujer. No obstante, ésta podía aportar prueba en contrario, probando el título de adquisición onerosa de tercero. Si aportando esto no conseguía demostrar la procedencia de los fondos, la presunción operaba sobre éstos. En ambos casos el patrimonio del marido se veía incrementado...”.

que ésta hubiera ganado tales bienes inmoralmemente. No obstante, en Las Partidas se observa un recorte en el ámbito de aplicación de la norma por cuanto se excepciona la presunción cuando la mujer trabaja<sup>347</sup>. Pero en la época de la codificación los modernos Códigos civiles recogieron una presunción muciana diferente a la que se planteaba en el Derecho romano ya que se empieza a plantear la posibilidad de que marido y mujer se pusieran de acuerdo para defraudar a sus acreedores. De ahí que la cuestión se empezara a recoger en los Códigos de comercio como en el *Code de Commerce* francés<sup>348</sup> a partir del artículo 547 para los supuestos de quiebra y a favor de los acreedores del comerciante quebrado ya que se presume que los bienes adquiridos por la mujer del quebrado, lo fueron con dinero de éste, pasando dichos bienes a integrar la masa de la quiebra. Este es el origen del artículo 70 de la *Legge Fallimentare* de la Ley italiana de quiebras que se publicó en su día por el Real Decreto de 16 de marzo de 1942 donde se presume que el cónyuge ha adquirido con fondos pertenecientes al quebrado, pero no se presumen donados tales

---

<sup>347</sup> CUENA CASAS, M.; “La presunción muciana concursal”...cit.; pág. 6.

<sup>348</sup> CUENA CASAS, M.; “La presunción muciana concursal”...cit.; págs. 7-10: “El tránsito de la muciana romana a la moderna muciana concursal se inicia con la aparición de leyes mercantiles, recogiendo por primera vez en el artículo 547 del CCo francés de 1807, precepto que pasó a integrarse en el artículo 559 tras la reforma de 1838. Posteriormente y por Decreto de 20 de mayo de 1955, el precepto sufre una reforma que hace aplicable la presunción a ambos cónyuges. Este precepto se incorporó al artículo 542 del CCo y fue derogado por Ley de 13 de julio de 1967, desapareciendo del Derecho francés la versión moderna de la muciana romana. Dicha Ley impone en su artículo 56 al síndico la carga de la prueba del origen del dinero con que el cónyuge del quebrado hubiera adquirido, criterio que se mantiene en el artículo 112 de la Ley de 25 enero de 1985...Lo cierto es que una vez reformado el artículo 559, y resultando ya aplicable la presunción a ambos cónyuges para el caso de quiebra o concurso de uno de ellos, con independencia del régimen económico matrimonial, se reafirma la idea de que se trata de una presunción de fraude. “El comerciante en dificultades puede estar tentado de adquirir bienes a nombre de su cónyuge para sustraerlos de la persecución de sus acreedores”. Lo cual puede llevar a pensar que se trata de una presunción de que el cónyuge del comerciante ha actuado como testafiero de éste; es decir, se presume la simulación subjetiva relativa, eximiéndose a los acreedores de la prueba de ésta y considerando a sus efectos que la adquisición se hizo con sus fondos y además realmente por él...Pero la severidad de la presunción para el cónyuge del quebrado motivó su supresión del ordenamiento francés, ya que, parecía excesivo que todas las adquisiciones hechas por el cónyuge de un comerciante se presumieran financiadas con fondos procedentes del ejercicio del comercio”.

fondos de manera que los acreedores puedan ejercitar la acción pauliana, sino que se considera que los bienes son propiedad del quebrado pasando a formar la masa de la quiebra el bien adquirido por el cónyuge del quebrado y no la cantidad del dinero<sup>349</sup>.

En el Derecho Español la versión originariamente romana fue recogida en el artículo 23 de la Ley de 21 de julio de 1960 que promulgaba la Compilación de Derecho civil especial de Cataluña<sup>350</sup>. Sin embargo, al igual que en Roma, la presunción solo perjudicaba a la mujer, es decir, el marido era el oficialmente beneficiado por la presunción, sin que estuviera pensada para los acreedores y pronto dicha presunción empezó a recibir críticas por considerarse que así concebida carecía de fundamento en la realidad social a la que resultaba aplicable, al igual que la presunción muciana recogida en el artículo 1.442 del CC que constituyó un auténtico rompecabezas jurídico:

“Declarado un cónyuge en quiebra o concurso, se presumirá, salvo prueba en contrario, en beneficio de los acreedores, que fueron en su mitad donados por él los bienes adquiridos a título oneroso por el otro durante el año anterior a la declaración o en el período a que alcance la

---

<sup>349</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, A.; “Art. 78: Presunción de donaciones y pacto de sobrevivencia entre los cónyuges. Vivienda habitual del matrimonio”...cit.; págs. 1586-1587. En relación con la regulación italiana, CUENA CASAS, M.; “La presunción muciana concursal”...cit.; págs. 8-9: “En este texto la presunción se bilateraliza operando respecto del cónyuge del quebrado, y reduce notablemente su ámbito de aplicación por cuanto afecta solo a las adquisiciones hechas por el cónyuge a título oneroso y durante un período de tiempo determinado: los cinco años anteriores a la declaración de quiebra. Lo que se presume es que la adquisición efectuada por el cónyuge adquirente se ha llevado a efecto con fondos pertenecientes al quebrado, pero con la importante consecuencia de que no se presumen donados los fondos por el quebrado a su cónyuge, de manera tal que los acreedores pudieran ejercitar la acción pauliana, sino que la posición de éstos resulta enormemente facilitada, ya que la propia norma deduce que la adquisición, con fondos del quebrado, es propiedad de éste, con lo cual los acreedores no tienen que ejercitar ninguna acción, sino simplemente afectar a la masa tales bienes, siempre que la adquisición tenga lugar dentro del quinquenio anterior a la declaración de quiebra. Esta presunción ha sido objeto de un profundo análisis por la doctrina italiana siendo discutido el proceso por el que se llega a este efecto, bien la subrogación real o bien el tratarse de una presunción de simulación. No obstante, lo que merece ser destacado de esta norma es que se ha llegado incluso a cuestionar su constitucionalidad”.

<sup>350</sup> CUENA CASAS, M.; “La presunción muciana concursal”...cit.; págs. 9-12.

retroacción de la quiebra. Esta presunción no regirá si los cónyuges están separados judicialmente o de hecho”.

Se trataba de un texto difícil que generó multitud de problemas de interpretación y que, en parte, la nueva LC ha tratado de resolver. Aunque la norma contenida en el artículo 1.442 del CC no fue derogada expresamente por la LC, si bien se entiende que sí lo había sido tácitamente ya que según el art. 2.2 CC: “La derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá siempre a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior”. Tal y como señala DOMÍNGUEZ LUELMO<sup>351</sup>, “es evidente que el contenido del artículo 1.442 CC y de los números 1 y 2 del artículo 78 de la LC se refieren a la misma materia, y que la solución prevista en uno y otro es diferente. La derogación tácita de aquél resulta palpable. Interpretación a la que también llegamos con la lectura de la disposición derogatoria única de la LC, según la cual “quedan derogadas todas las normas de igual o inferior rango, en lo que contradigan o se opongan a lo establecido en la presente Ley Orgánica”. Algunas de las disfunciones que ha generado el artículo 1.442 y que se reflejaron en el artículo 23 de la Compilación Catalana tras su reforma de 1984, provocaron que la presunción muciana fuera objeto de nuevas reformas en el Derecho catalán. Así, dicha presunción recibió una nueva redacción por la Ley 8/1993 de 30 de septiembre (LCAT 1993, 467), de modificación de la Compilación en materia de relaciones patrimoniales entre cónyuges, pasando a recogerse en el artículo 18.2. La aprobación del Código de Familia de Cataluña (Ley 9/1998 de 15 de julio) afectó de nuevo a la presunción muciana que se regulaba en el artículo 12, diseñada como una norma que resultaba aplicable a todo matrimonio cualquiera que fuera su régimen económico matrimonial. Pero finalmente fue la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del CC de Cataluña, relativo a la persona y la familia, la que recogió en su

---

<sup>351</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, A.; “Art. 78: Presunción de donaciones y pacto de sobrevivencia entre los cónyuges. Vivienda habitual del matrimonio”...cit.; pág. 1.594.

artículo 231 lo que se entiende por presunción muciana actual en Cataluña.

Por su parte la regulación actualmente vigente de la presunción muciana contemplada en el artículo 78.1 de la LC no sufrió modificaciones a lo largo de la tramitación parlamentaria coincidiendo con el artículo 77 del Proyecto de LC de 23 de julio de 2002.

Una vez repasado el origen de la presunción muciana, pasamos a desarrollar el apartado primero del artículo 78 LC el cual recoge dicha presunción muciana junto con otra presunción que se aplicará en defecto de la primera (en el artículo 1.442 CC solo se recogía la segunda presunción). Como características generales a ambas presunciones<sup>352</sup> podemos decir, que se establecen “en beneficio de la masa” y no “en beneficio de los acreedores” como ocurría en el art. 1.442 CC, pero se trata de una simple corrección técnica más ajustada a la realidad jurídica<sup>353</sup>, por lo que cualquier efecto favorable que se derive de ellas aprovechará a la masa activa beneficiando indirectamente a los acreedores; ambas presunciones son *iuris tantum*, por lo que admiten prueba en contrario y según el art. 78.2 LC, no regirán las presunciones “cuando los cónyuges estuvieran separados judicialmente o de hecho”. Estas dos presunciones tienen otro rasgo en común pero diferente del art. 1.442 CC y es que la LC comprende tanto las adquisiciones entre cónyuges como la contraprestación dada por el cónyuge *in bonis* a un tercero, es decir, presunción sobre los bienes adquiridos por el cónyuge del concursado y que ahora son utilizados como bienes dados en contraprestación en la adquisición con el tercero (en un intento de aligerar el patrimonio del concursado, a diferencia de la presunción

---

<sup>352</sup> MERCADAL VIDAL, F.; “Art. 78: Presunción de donaciones y pacto de sobrevivencia entre los cónyuges. Vivienda habitual del matrimonio” en *Nueva LC, Ley 22/2003, de 9 de julio. Comentarios, jurisprudencia aplicable y formularios* (Coordinadores A. Sala, F. Mercadal, J. Alonso-Cuevillas), edit. Bosch, Barcelona, 2004, pág. 405.

<sup>353</sup> ORDUÑA, F.J.; “Art. 78: Presunción de donaciones y pacto de sobrevivencia entre los cónyuges. Vivienda habitual del matrimonio” en *Comentario de la LC* (dir. Angel Rojo y Emilio Beltrán), t. I, edit. Thomson Civitas, Madrid, 2004, pág. 1.418.



muciana recogida por el CC (art. 1.442) que solo tomaba como base la adquisición a título oneroso de bienes entre cónyuges, presumiendo *iuris tantum* la donación (de la mitad) de los bienes adquiridos de forma aparentemente onerosa entre cónyuges (pero no de la contraprestación dada por el cónyuge *in bonis*).

En relación con la primera presunción: “Declarado el concurso de persona casada en régimen de separación de bienes, se presumirá en beneficio de la masa, salvo prueba en contrario, que donó a su cónyuge la contraprestación satisfecha por éste para la adquisición de bienes a título oneroso cuando esta contraprestación proceda del patrimonio del concursado”, podemos decir que se aplicará cuando<sup>354</sup>:

- El cónyuge del concursado haya adquirido bienes a título oneroso, es decir, en virtud de compraventa, permuta, aportación a sociedad, etc.
- La contraprestación satisfecha por el cónyuge del concursado proceda del patrimonio del concursado.

Y se presumirá, salvo prueba en contrario, que el concursado donó a su cónyuge la totalidad de la contraprestación satisfecha.

Dicho precepto, tal y como indican ORDUÑA Y PLAZA<sup>355</sup> y que ya hemos comentado, parece estar redactado para las adquisiciones del cónyuge *in bonis* con terceros, pero también se puede aplicar a los casos de adquisiciones entre cónyuges. La clave de esta presunción estará en probar que los bienes o derechos dados en contraprestación proceden del patrimonio del concursado. Así pues, los acreedores o la administración concursal, que son sobre los que recae el *onus probandi*, serán los que tendrán que acreditar que el patrimonio procede del concursado en la adquisición de bienes procedente del patrimonio del deudor cuando dichos bienes se utilicen por el cónyuge *in bonis* como

---

<sup>354</sup> MERCADAL VIDAL, F.; “Art. 78: Presunción de donaciones y pacto de sobrevivencia entre los cónyuges. Vivienda habitual del matrimonio”...cit.; pág. 405.

<sup>355</sup> ORDUÑA, F.J.; “Art. 78: Presunción de donaciones y pacto de sobrevivencia entre los cónyuges. Vivienda habitual del matrimonio”...cit.; pág. 1.418.

contraprestación en negocios jurídicos con terceros o bien que sean de titularidad exclusiva del concursado. Ahora, si el cónyuge *in bonis* demuestra que los bienes o el dinero que salieron del patrimonio del concursado y que se utilizaron como contraprestación de los bienes adquiridos no fueron donados, sino adquiridos por él a título oneroso (por compraventa, permuta, devolución del préstamo, etc.), o, en su caso, que esos bienes utilizados en los negocios jurídicos son de su exclusiva titularidad, entonces, la presunción queda desvirtuada por completo.

Esta primera presunción tiene unos efectos más gravosos para el cónyuge del concursado, pero dicha severidad se ve hasta cierto punto compensada con la mayor carga probatoria que corresponde a la administración concursal que debe demostrar que efectivamente los fondos empleados en tal adquisición procedían del concursado.

Al igual que con la prueba en contrario que tiene que aportar el cónyuge del concursado, no basta para probar este hecho base de la primera presunción con demostrar que el concursado tenía recursos disponibles y su cónyuge no, porque la ausencia de recursos por parte del cónyuge no es prueba suficiente de que ha usado los del concursado ya que, como hemos comentado, pueden proceder de un tercero.

En este sentido, CUENA entiende que se debe probar que fueron efectivamente fondos del concursado los que se invirtieron en dicha adquisición<sup>356</sup>. Además, cree que no se ha valorado suficientemente la dureza de la presunción muciana, al menos, tal y como se ha diseñado en la actualidad. Dicha norma afecta a la adquisición de todo tipo de bienes con independencia de su valor, la vida cotidiana nos obliga constantemente a esta adquisición onerosa por lo que habría sido oportuno acotar o, más bien, restringir el ámbito objetivo de aplicación de la norma a la adquisición de bienes, por ejemplo, no necesarios o de importante valor.

---

<sup>356</sup> CUENA CASAS, M.; “La presunción muciana concursal”..., cit., págs. 36 y 37.

Según DOMÍNGUEZ LUELMO<sup>357</sup>, “en el art. 78.1 LC no existe propiamente una presunción de cooperación al fraude, sino que se trata de proteger a los acreedores del concurso, haya existido o no intención fraudulenta, de ahí que el precepto diga que la presunción se establece “en beneficio de la masa”.

## B) Constitucionalidad o Inconstitucionalidad de la presunción muciana.

La presunción muciana ha sido siempre una institución que ha levantado polémica, sobre todo en relación con su constitucionalidad. Se ha cuestionado si vulneraba el derecho de la propiedad (art. 33 CE) y los principios de protección de la familia (art. 39 CE).

En cuanto al derecho de la propiedad del art. 33 CE, tal y como indica ASUA GONZÁLEZ<sup>358</sup>, la duda sobre su constitucionalidad está en que se detecta un cierto carácter expropiatorio ya que se incluyen en la masa bienes que no eran del deudor. Añade: “En virtud de ese mecanismo expropiatorio no se reintegran los medios presuntamente donados sino lo adquirido con tales medios, en esa subrogación no ha de verse sino un medio excepcional de asegurar la efectividad de la presunción, proyectando su efecto sobre el bien adquirido”.

De igual modo se planteó la constitucionalidad de la presunción muciana en otros ordenamientos de nuestro entorno como Francia y Alemania donde acabó suprimiéndose dicha institución y en Italia donde se cuestiona seriamente su existencia<sup>359</sup>.

---

<sup>357</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, A.; “Art. 78: Presunción de donaciones y pacto de sobrevivencia entre los cónyuges. Vivienda habitual del matrimonio”...cit.; pág. 1.596.

<sup>358</sup> ASUA GONZÁLEZ, C.I.; *La presunción muciana concursal: el artículo 1.442 CC*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 127-128.

<sup>359</sup> VÁZQUEZ ALBERT, D.; “Art. 78: Presunción de donaciones y pacto de sobrevivencia...”...cit.; págs. 987-988.

Y así lo expone CUENA CASAS diciendo que <sup>360</sup>: “la presunción muciana contenida en la LC es de dudosa constitucionalidad no solo en nuestro Derecho sino también en Alemania donde la presunción muciana se recogió en el parágrafo 45 de la Ley Especial de Quiebras ( Konkursordnung ) de 1877, aquí la mujer del quebrado no puede reivindicar las cosas que adquirió durante el matrimonio, a no ser que pruebe que no fueron adquiridas con medios del quebrado, ya fuere hombre o mujer. El precepto se refería inicialmente solo a la mujer lo que fue objeto de críticas que desembocaron en la reforma del mismo por Ley de 18 de junio de 1957, sustituyéndose la referencia a la mujer ( Ehefrau ) por la de cónyuge ( Ehegatte ) y por tanto, aplicable tanto al marido como a la mujer. Sin embargo, la reforma no estableció límite temporal alguno respecto al momento de la adquisición”.

Esta norma fue declarada inconstitucional por la sentencia del Bundesverfassungsgericht, de 24 de julio de 1968, por vulnerar el artículo 6.1 de la Grundgesetz que dispone que el matrimonio y la familia están bajo la particular protección del ordenamiento estatal y de ahí que no se incluyera en la Insolvenzordnung de 1994. En virtud de lo dispuesto en el precepto constitucional, el Bundesverfassungsgericht ha considerado que el Estado federal está obligado no solo a proteger a la familia a través de una actitud positiva, sino a suprimir los obstáculos que puedan perjudicar dichas instituciones.

Señala que la presunción muciana se aplica si existe vínculo matrimonial, incluso cuando los cónyuges no viven juntos en el momento de la adquisición.

Por otro lado, “la inexistencia de un límite temporal para las adquisiciones del cónyuge del quebrado y por tanto, la aplicabilidad de la muciana a todas las adquisiciones realizadas durante el matrimonio, choca con el precepto constitucional ya que en matrimonios de larga duración, es prácticamente imposible la prueba en contrario del origen de los medios de adquisición por parte del cónyuge adquirente, por lo

---

<sup>360</sup> CUENA CASAS, M.; “La presunción muciana concursal”..., cit., págs. 46-49.

que, en la práctica, se produce una responsabilidad del cónyuge no deudor”. Considera desproporcionada dicha autora la medida para el fin perseguido, siendo discriminado el matrimonio injustificadamente, lo que resulta contrario a la protección constitucional del matrimonio. En este mismo sentido se pronuncia ASUA GONZÁLEZ<sup>361</sup>.

También en el Derecho italiano se ha cuestionado la constitucionalidad del artículo 70 de la Legge Fallimentare por contravenir el artículo 29 de la Constitución italiana. Según CUENA<sup>362</sup> la sentencia de 10 de julio de 1975 del Tribunal Constitucional italiano señaló que el artículo 70 “no viola el artículo 29 de la Constitución porque no es contrario a la igualdad moral y jurídica de los cónyuges ni excede de los límites que establece la Ley en garantía de la unidad familiar”. Sin embargo, un importante sector de la doctrina sigue insistiendo acerca de la inconstitucionalidad de dicho precepto criticando la resolución de la Corte constitucional. En este sentido, se ha dicho que ciertamente al referirse el artículo 70 al cónyuge del quebrado, se cumple el principio de igualdad entre cónyuges pero se discrimina a los cónyuges casados respecto de los que no lo están. Si se debe favorecer, por imperativo constitucional, el matrimonio y la familia, no se pueden adoptar medidas legislativas que perjudiquen tales institutos.

Ello no quiere decir que el legislador no pueda tener en cuenta la situación familiar a la hora de establecer una disciplina que tienda a reequilibrar posiciones injustificadamente ventajosas que pueden darse en el matrimonio. Pero tal régimen discriminatorio debe estar justificado y si en la realidad actual lo normal es que ambos cónyuges trabajen fuera del hogar, tal presunción carece de fundamento pues no hay razones que justifiquen hoy que los bienes del cónyuge del quebrado hayan sido adquiridos con dinero de éste”.

---

<sup>361</sup> ASUA GONZÁLEZ, C.I.; *La presunción muciana concursal: el artículo 1.442 CC...cit.*; pág. 130.

<sup>362</sup> CUENA CASAS, M.; “La presunción muciana concursal”..., cit., pág. 47.

En el caso de España, no solo no se ha planteado la inconstitucionalidad de la presunción muciana, sino que se ha dado una nueva redacción a la misma en la nueva LC, regulación en la que se sigue sancionando al matrimonio y se olvidan de otras formas de convivencia marital, olvido que, si cabe, tal y como indica CUENA<sup>363</sup>, “es más grave porque en la actualidad es evidente que la realidad de las parejas no casadas tanto heterosexuales como homosexuales es mucho más evidente y está de más actualidad jurídica que en épocas pretéritas, existiendo incluso regulación ad hoc en algunas Comunidades Autónomas.

La protección constitucional del matrimonio consagrada en el artículo 32 de la CE y el principio de igualdad establecido en el artículo 14 de la CE, suponen una limitación explícita a la facultad del legislador de discriminar negativamente a la unión matrimonial respecto de la no matrimonial, sin que exista una justificación razonable. La ausencia de ésta supone una vulneración del artículo 14 de la CE. Ello no significa que sea inconstitucional perjudicar al matrimonio; lo que vulnera el artículo 14 de la CE es que tal discriminación no esté justificada. Por el contrario, el artículo 32 de la CE sí autoriza una discriminación favorable al matrimonio.

Precisamente el artículo 78.1 y 2 de la LC suponen un ejemplo de discriminación negativa no justificada. Como se ha señalado, la norma se aplica a los cónyuges y se excepciona en el artículo 78.2 en el caso de separación judicial o de hecho, una excepción que se justifica por la circunstancia de que faltando la convivencia marital, no parece lógico presumir que el concursado pretenda evadir recursos utilizando a su cónyuge en situación de crisis matrimonial”.

Al igual que CUENA, deducimos que no es el matrimonio en sí lo que debe justificar la norma, sino más bien una situación de convivencia íntima de la pareja que hace que el concursado se apoye en ella para defraudar a sus acreedores. Las mismas razones que justifican la

---

<sup>363</sup> CUENA CASAS, M.; “La presunción muciana concursal”..., cit., págs. 48-49.

inaplicación de esta presunción de fraude en el matrimonio separado de hecho son las que fundamentan la necesidad de que dicha presunción sea aplicable a las parejas estables, puesto que el hecho generador de la norma es una convivencia íntima y no una convivencia institucionalizada como matrimonio. Esta discriminación en contra del matrimonio carece de una justificación razonable y, por lo tanto, vulnera el artículo 14 de la CE. Y ello porque no está especialmente cualificado el riesgo de trasvases patrimoniales en el caso de los cónyuges.

Lo que no tiene justificación razonable es que los acreedores estén más protegidos cuando su deudor esté casado y se lleva bien con su pareja que cuando su deudor establemente y de manera notoria mantiene una convivencia íntima con una persona. No es admisible que se plantee una equiparación de estas uniones con el matrimonio solo respecto a los efectos favorables de éste.

### C) Presunción de donaciones en el Código Civil.

Y en relación con la segunda presunción: “De no poderse probar la procedencia de la contraprestación se presumirá, salvo prueba en contrario, que la mitad de ella fue donada por el concursado a su cónyuge, siempre que la adquisición de los bienes se haya realizado en el año anterior a la declaración del concurso”, podemos decir que ésta se aplicará cuando no haya podido tener aplicación la primera, es decir, cuando la administración no haya podido probar que la adquisición del cónyuge *in bonis* se realizó con fondos procedentes del patrimonio del concursado, o porque el cónyuge haya demostrado simplemente que en el momento de la adquisición tenía fondos propios<sup>364</sup>. Sus requisitos de aplicación serán<sup>365</sup>:

---

<sup>364</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, A.; “Art. 78: Presunción de donaciones y pacto de sobrevivencia entre los cónyuges. Vivienda habitual del matrimonio”...cit.; pág. 1.597.

<sup>365</sup> MERCADAL VIDAL, F.; “Art. 78: Presunción de donaciones y pacto de sobrevivencia entre los cónyuges. Vivienda habitual del matrimonio”...cit.; pág. 405.

- El cónyuge del concursado haya adquirido bienes a título oneroso, es decir, en virtud de compraventa, permuta, aportación a sociedad, etc.
- Dicha adquisición se hubiera realizado “en el año anterior a la declaración de concurso”.
- No se haya podido probar “la procedencia de la contraprestación”, es decir, que la primera presunción no haya entrado en juego porque no se haya podido acreditar la conexión entre el patrimonio del concursado y la contraprestación abonada por el cónyuge.

Aquí se presumirá, salvo que se acredite lo contrario, que la mitad de la contraprestación fue donada por el concursado a su cónyuge a diferencia de la presunción anterior donde se presumía la donación de toda la contraprestación.

Esta segunda presunción parte de la hipótesis de la imposibilidad de probar por la administración concursal la procedencia de la contraprestación, es decir, no se sabe si procede del concursado, de su cónyuge o de un tercero. Pero no siempre que no sea aplicable la primera presunción lo será la segunda, ya que si el cónyuge del concursado prueba que los recursos empleados en su adquisición proceden de su propio patrimonio, no se aplicará ni la primera ni la segunda presunción.

Tal y como indica CUENA<sup>366</sup>, dado que esta segunda presunción no exige la carga probatoria por parte de la administración concursal de la procedencia de la contraprestación, es probable que sea la que tenga más aplicación en la práctica.

Aun cuando la administración concursal no pueda probar la procedencia de los recursos, el artículo 78 establece que, no obstante, se presumen en su mitad donados por el concursado a su cónyuge, a

---

<sup>366</sup> CUENA CASAS, M.; “La presunción muciana concursal”..., cit., págs. 37 y 38.



diferencia de la primera presunción que afectaba a la totalidad de los bienes dados en contraprestación.

A diferencia de la primera presunción donde no se establece ningún límite temporal, en esta segunda presunción se aplica el plazo del año anterior a la declaración del concurso. Algunos autores<sup>367</sup> consideran que este límite temporal no rige solo para la segunda presunción sino para la primera también ya que de lo contrario se abriría un período de sospecha, enormemente amplio, con detrimento de la seguridad jurídica del tráfico. Pero por otro lado encontramos autores como CUENA<sup>368</sup> que

---

<sup>367</sup> En este sentido encontramos a DOMÍNGUEZ LUELMO, A.; “Art. 78: Presunción de donaciones y pacto de sobrevivencia entre los cónyuges. Vivienda habitual del matrimonio”...cit.; pág. 1.595; MERCADAL VIDAL, F.; “Art. 78: Presunción de donaciones y pacto de sobrevivencia entre los cónyuges. Vivienda habitual del matrimonio”...cit.; pág. 405; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.; “At. 78: Presunción de donaciones y pacto de sobrevivencia... cit., pág. 694.

<sup>368</sup> En relación con el alcance temporal de la presunción atendemos a lo dicho por CUENA CASAS, M.; “La presunción muciana concursal”..., cit., págs. 32 y 34, a quien no le parece descabellado que ambas presunciones tengan plazos distintos pues ambas son distintas en cuanto a su alcance, y cabría decir, incluso, que la primera presunción tiene muchas más posibilidades de acercarse a la realidad (es decir, que el fraude presunto sea real), objetivo este que persiguen las normas presuntivas y, por el contrario, la segunda presunción se acerca más a la ficción por cuanto la prueba en contrario aun siendo posible es compleja: se presume un fraude solo por falta de pruebas del cónyuge del concursado pero no porque la administración concursal haya conseguido aportar el menor indicio de fraude. Todo ello justificaría la diferencia de plazos.

Si el plazo del año solo se entiende aplicable a la segunda presunción, la primera no tendría plazo pudiendo atacarse toda donación presunta que el concursado hubiera realizado a su cónyuge durante toda la vigencia del régimen de separación de bienes. No obstante, esta conclusión dice que debe ser matizada pues aunque teóricamente pudiera ser verdad que la primera presunción de donación tuviera dicha extensión temporal, en realidad las consecuencias de la misma en la práctica serán distintas en función de los instrumentos procesales de reintegración que tenga la administración concursal, instrumentos que varían en función de los plazos. De entenderse que la referencia temporal solo es aplicable a esta segunda presunción, solo podrán ser agredidas a través de la acción revocatoria concursal, las donaciones reales o presuntas que se hayan realizado en el período sospechoso de dos años (art. 71 LC). Las donaciones anteriores a ese período de tiempo serán rescindibles por las normas generales (arts. 1.294 y ss.), posibilidad esta que admite la propia Ley (ex. art. 71.6 LC). De hecho, la acción de rescisión común tiene también un límite temporal que es de cuatro años (art. 1.299 CC). La Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal modifica la redacción del dicho artículo 71 LC, además modifica el apartado sexto y añade un apartado séptimo. A ambos apartados les resulta aplicable el párrafo primero del apartado segundo de la Disposición Transitoria Tercera: “2. Los apartados 6 y 7 del art. 71 y la nueva disposición adicional quinta de la LC, modificados por esta Ley, serán de aplicación para los acuerdos de refinanciación que se suscriban a partir de la fecha de su entrada en vigor”,

entiende que no se aplica a la primera presunción el plazo del año anterior a la declaración del concurso sino que por aplicación del artículo 71.2 de la LC, desde el punto de vista de la viabilidad de las acciones de reintegración, la primera presunción contemplada en el 78.1 de la LC extenderá principalmente su campo de aplicación a los dos años anteriores a la declaración del concurso. De igual modo VÁZQUEZ ALBERT<sup>369</sup> indica que esta presunción tiene un ámbito de aplicación más amplio que la contemplada en el art. 1.442 CC al no afectar a la mitad de la contraprestación sino a su totalidad, y también porque no está sujeta al límite temporal específico de un año desde la declaración del concurso sino a los plazos más largos previstos para el ejercicio de las acciones de reintegración de la masa. Y es que si la mencionada adquisición se produjo dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso, los administradores concursales podrán ejercitar o bien la acción rescisoria especial contra los actos gratuitos perjudiciales para la masa (arts. 71.1 y 2 LC), o bien la acción rescisoria general por fraude de acreedores (art. 1.297.1 CC ex art. 71.6 LC), siempre que no hubieran transcurrido cuatro años (art. 1.299 CC).

Resumiendo, en la primera presunción se exige la prueba por parte de la administración concursal de la procedencia de los recursos del patrimonio del concursado y, probado esto, se presume donación. Por el contrario, en la segunda presunción no se logra probar la procedencia de la contraprestación y, sin embargo, se presume que procede en su mitad del concursado y además se presume la donación de éste a su cónyuge. Por ello, es una presunción más cómoda para la administración concursal por más que sus efectos sean menos rentables desde el punto de vista de la reintegración de la masa activa del concurso.

Precisamente por esta severidad, la segunda presunción cuenta con un límite temporal más estricto, que es el de que la adquisición de los

---

<sup>369</sup> VÁZQUEZ ALBERT, D.; “Art. 78: Presunción de donaciones y pacto de sobrevivencia...”, cit.; págs. 990-991.

bienes se haya realizado en el año anterior a la declaración del concurso<sup>370</sup>, requisito que la diferencia de la primera presunción donde solo se tenía que acreditar que la adquisición onerosa ha sido llevada a cabo por el cónyuge del concursado. Lo que debe haberse realizado en este período temporal es la adquisición y no la donación de recursos, dado que, a diferencia de lo que acontece en la primera presunción, aquí no se ha podido probar que la contraprestación proceda del concursado.

Además del límite temporal ya comentado, esta segunda presunción solo se extiende a la mitad de los bienes, a diferencia de la primera de las presunciones que afecta a la totalidad de los bienes dados en contraprestación. Sin embargo, siguiendo a ORDUÑA Y PLAZA<sup>371</sup>, esta presunción tiene una aplicación distinta y singular en Derecho Catalán, al permitir el CC Catalán extender la presunción de donación a la totalidad de los bienes y no solo de la mitad, además de que la presunción muciana se desvirtúa en todo caso si el cónyuge *in bonis* demuestra que tenía ingresos o recursos suficientes para efectuarlas (art. 12).

#### D) Presunción de donaciones en el Derecho Civil Catalán<sup>372</sup>.

Y es que la presunción de donaciones entre cónyuges rige también en el ámbito del derecho civil catalán por lo que el art. 78.1 y 2 LC no puede desplazar en Cataluña la vigencia del art. 231-12 del CC de Cataluña que rige en supuestos de insolvencia declarada. Era el art. 23 de la

---

<sup>370</sup> ARNAU RAVENTÓS, L.; *La declaración de concurso de persona casada...*, cit., págs. 96-97.

<sup>371</sup> ORDUÑA, F.J.; “Art. 78: Presunción de donaciones y pacto de sobrevivencia...”, cit., pág. 1.419.

<sup>372</sup> Para un estudio detallado sobre la presunción de donaciones en el Derecho Catalán acudimos a ARNAU RAVENTÓS, L.; *La declaración de concurso de persona casada...*, cit., págs. 103-121.

Compilación de Derecho civil de Catalunya (Ley 40/1960, de 21 de julio) el que recogía la genuina presunción muciana y más tarde el art. 12 del Código de Familia (Ley 9/1998, de 15 de julio), hasta que se llegó al actual art. 231-12 del CC de Cataluña (Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del CC de Cataluña, relativo a la persona y la familia). La presunción que recogía el art. 23 de la Compilación pretendía favorecer al marido y a sus herederos en caso de conflicto con la esposa o viuda acerca de la procedencia de un bien, parte de la doctrina fue partidaria de suprimir dicha presunción pero el legislador la conservó aunque limitada en su aplicación al supuesto de insolvencia y convertida en mecanismo de protección de los acreedores que debían probar la onerosidad de la adquisición del cónyuge del deudor:

“En cas de fallida o concurs de creditors d’un dels cònjuges, si aquests no están separats judicialmente o de fet, el béns adquirits per l’altre a títol onerós durant l’any anterior a la declaració o des de la data de la retroacció, es presumirán donats pel primer, llevat que el segon, en adquirir-los, o bé abans, disposés d’ingressos o de qualsevol altra classe de recursos suficients per a adquirir”.

Fueron tantas las modificaciones realizadas que el texto del art. 23 de la Compilación terminó incorporando una presunción totalmente distinta a la que se recogía en el texto originario, en una de ellas desaparecía el último inciso del precepto relativo a la posible acreditación de la capacidad adquisitiva del adquirente a modo de circunstancia enervadora de la presunción. Pero esta mención al poder adquisitivo del adquirente se recuperaba en el artículo 12 de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia que disponía:

“En cas de fallida o concurs de creditors, els béns adquirits per l’altre a títol onerós durant l’any anterior a la declaració o des de la data de retroacció s’han de presumir donats pel primer llevat que s’acrediti que, en el moment de l’adquisició, el matrimoni estava separat judicialment

o de fet o que l'adquirent disposava d'ingressos o recursos suficients per a efectuar-la”.

Tal y como indican ORDUÑA Y PLAZA<sup>373</sup>, en caso de quiebra o concurso de acreedores de uno de los cónyuges, los bienes adquiridos por el otro a título oneroso durante el año anterior a la declaración o desde la fecha de retroacción deben presumirse donados por el primero, salvo que se acredite que, en el momento de la adquisición, el matrimonio estaba separado judicialmente o de hecho o de que el adquirente disponía de ingresos o recursos suficientes para efectuarla.

Sorprende la similitud de dicho precepto con el art. 1.442 CC que también presumía donados por el concursado o quebrado los bienes adquiridos por el cónyuge a título oneroso durante el año anterior a la declaración. Pero dos son las diferencias que existen entre el Derecho catalán y el Derecho civil común o estatal, la primera de ellas es que la presunción de donación no es solo de la mitad del bien sino de la totalidad de los bienes y la segunda es que la presunción se deshace si el cónyuge *in bonis* demuestra que tenía ingresos o recursos propios suficientes para efectuarlas.

En cuanto a la LC, añade que integró estas especialidades del derecho catalán al no ser competente el Estado para derogar aspectos sustantivos del Derecho civil o foral allí donde exista (art. 149.1-8<sup>a</sup>). En el ámbito de la legislación catalana, la segunda presunción del artículo 78 de la Ley Concursal subsiste, pero con sus especialidades, ya que como ya hemos comentado, si el cónyuge *in bonis* demuestra que tenía ingresos o recursos propios suficientes para efectuar las adquisiciones se desvirtúa la presunción.

Las dudas doctrinales que planteaba la redacción de dicha norma llevaron al CC catalán a realizar una nueva redacción en su artículo 231-12:

---

<sup>373</sup> ORDUÑA, F.J.; “Art. 78: Presunción de donaciones y pacto de sobrevivencia...”, cit., pág. 1.415.

“1. En cas de declaració de concurs d'un del cònjuges, els béns adquirits per l'altre a títol onerosos durant l'any anterior a la declaració se subjecten al règim següent:

- a) Si la contraprestació per a adquirir-los procedia del cònjuge concursat, se'n presumeix la donació.
- b) En aquella part en què no es pugui acreditar la procedència de la contraprestació, se'n presumeix la donació de la meitat.

2. La presumpció de l'apartat 1.b) es destrueix si s'acredita que, en el moment de l'adquisició, l'adquirent tenia ingressos o recursos suficients per a fer-la.

3. Les presumpcions que estableix aquest article no regeixen si els cònjuges estaven separats judicialment o de fet en el moment de l'adquisició”.

Tal y como indica GARRIDO MELERO<sup>374</sup>, la presunción en el artículo actual es doble, tal y como sucede con el art. 78 LC, por un lado, encontramos que ha habido una donación del cónyuge concursado al otro cuando la contraprestación para adquirir los bienes procede del patrimonio del cónyuge concursado. Y por otro lado, encontramos como novedad en dicho texto que cuando no se pueda acreditar la procedencia de dicha contraprestación o en la parte que no se pueda acreditar, se entenderá que ha habido una donación de la mitad del concursado al adquirente de los bienes y derechos. También encontramos como novedad que solo en la segunda presunción la presunción se destruye si se acredita que, en el momento de la adquisición, el adquirente disponía de ingresos o recursos suficientes para efectuarla, a diferencia del texto anterior donde dicha circunstancia también alcanzaba a la primera presunción (art. 231-12.2 CCC).

---

<sup>374</sup> GARRIDO MELERO, M.; *Derecho de Familia (Un análisis del CC catalán y su correlación con el CC español)*, t. I (Régimen de la pareja matrimonial y legal), 2ª ed., edit. Marcial Pons, Madrid, 2013, pág. 291.

Así pues, en el Derecho civil catalán el concurso de persona casada en régimen económico matrimonial de separación de bienes se regulará en arts. 232-1 al 12 del CC catalán y la presunción de donaciones entre cónyuges será la prevista en el art. 231-12 del CC catalán y no la que se establece en el art. 78.1 y 2 de la LC.

#### IV.2.2. Las adquisiciones tras la separación judicial o de hecho.

El apartado segundo del precepto 78 LC ha recogido al igual que el art. 1.442 del CC y del art. 231-12 del CC catalán, una mención de que las presunciones que recoge el art. 78.1 LC no regirán “cuando los cónyuges estuvieran separados judicialmente o de hecho” pero, ¿en qué momento deben los implicados estar casados, no separados y sujetos al régimen económico matrimonial de separación de bienes? Encontramos en la doctrina diversas opiniones:

Por un lado, ARNAU<sup>375</sup> toma tres parámetros temporales a poder tener en cuenta: el de la declaración del concurso, el de la adquisición del bien por el cónyuge y el de la presunta donación por el concursado a su cónyuge de la contraprestación satisfecha en la adquisición:

- Si se admite que es en el de la declaración de concurso, se estaría facilitando de forma flagrante el fraude ya que los cónyuges solo necesitarían separarse de hecho una vez realizada la adquisición del bien y antes de la declaración del concurso.
- En el momento de la adquisición los cónyuges también podrían fácilmente desviar la aplicación de la presunción, por ejemplo, separándose de hecho una vez transmitida la cantidad de que se trate, pero antes de adquirir el bien de tercero y a título oneroso.
- Por exclusión, estos presupuestos es preciso que concurran en el momento en que se entiende realizada la donación de los recursos que es cuando en realidad pelagra la garantía patrimonial de los acreedores porque es cuando se empobrece el deudor. Por lo que tendrán que concurrir todos los requisitos para aplicar el precepto, que la adquisición se haya producido en periodo sospechoso y que los cónyuges no se encuentren separados.

---

<sup>375</sup> ARNAU RAVENTÓS, L.; *La declaración de concurso de persona casada...*, cit., págs. 85-86.



Ahora, otra cuestión es cuándo se ha producido la disposición de fondos en beneficio del cónyuge y aquí el legislador parece que escoja el momento de la adquisición, del consumo del dinero o de los recursos transmitidos de un cónyuge al otro. Dicho autor indica que como consecuencia de esta propuesta podría enervarse la presunción acreditándose que la donación, realizada en periodo sospechoso, se hizo cuando los cónyuges estaban separados, y ello sin perjuicio de una eventual reconciliación en el momento de la adquisición.

Mencionamos también a ÁLVAREZ<sup>376</sup>, quien defiende la idea de que para evitar la aplicación de las presunciones, dicha separación o de hecho debe concurrir en el momento en que se produce la adquisición a título oneroso, ya que como bien explica, si en ese momento ya no existía la relación de confianza y disfrute de bienes en común, parece excesivo presumir la donación de los fondos utilizados en la adquisición.

Siguiendo a otros autores, comenta que si hay separación de hecho, ésta debe extenderse a todo el período comprendido entre la adquisición y la declaración del concurso ya que si no se podría burlar la aplicación de la presunción a diferencia de lo que opinan otros autores para los que era suficiente con que existiera la separación en el momento de la adquisición, siendo contrarios a la exigencia de separación durante todo el período sospechoso.

También destacamos la opinión de ORDUÑA Y PLAZA<sup>377</sup>, quienes detallan que la situación de separación de hecho debe darse tanto en el momento anterior a la adquisición de los bienes como en todo el período de tiempo posterior, al menos durante la vigencia del concurso, ya que la reconciliación posterior (art. 88 CC) extinguiría la situación de separación y provocaría, en caso de que se den los presupuestos, la

---

<sup>376</sup> ÁLVAREZ OLALLA, P.; “Art. 78: Presunción de donaciones y pacto de sobrevivencia entre los cónyuges. Vivienda habitual del matrimonio” en *Comentarios a la LC* (dir. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano) v. 1, edit. Tecnos, Madrid, 2004, pág. 939.

<sup>377</sup> ORDUÑA, F.J.; “Art. 78: Presunción de donaciones y pacto de sobrevivencia...”, cit., pág. 1.420.

aplicación de las presunciones. Dicha situación no comprenderá el mantenimiento o reanudación temporal de la vida en el domicilio, cuando ello obedezca en uno o en ambos cónyuges a la necesidad, al intento de reconciliación o al interés de los hijos (ex. art. 87.1 CC,). Ahora, la interrupción de la convivencia no implicará el cese efectivo de la misma si obedece a motivos laborales, profesionales o a cualesquiera otros de naturaleza análoga (ex. art. 87.2 CC). Dicho art. 87 CC ha sido suprimido y se ha quedado sin contenido por el apartado seis del artículo primero de la Ley 15/2005, de 8 de julio, que modifica el CC y la LEC en materia de separación y divorcio.

A VÁZQUEZ IRUZUBIETA<sup>378</sup> le parece extraño que el apartado segundo del art. 78 LC no contenga ninguna salvedad como que no regirán las presunciones siempre que la separación se haya consumado por lo menos un año antes de la declaración de concurso. Y es que se deja la puerta abierta a que los cónyuges lleven a cabo negocios jurídicos dolosos dentro del año en que rige la presunción y que una vez consumados, se separan de común acuerdo y generan esa cobertura legal para que sus actos no se vean afectados por la presunción y la dificultad de cargar con la inversión de la prueba.

Si se presume que ha existido donación se podrá ejercitar las acciones pertinentes para conseguir la debida integración del patrimonio del concursado, con los bienes que salieron del mismo. La administración concursal intentará descubrir si ha habido donación de la totalidad de los fondos o simulación relativa subjetiva en la adquisición de la totalidad o la mitad del bien. Y es que cuando los bienes figuran a nombre del cónyuge del concursado, a pesar de la presunción de donación de los fondos, será más frecuente que se trate de un supuesto de simulación relativa subjetiva, donde el concursado no ha querido donar nada sino que solo quería aparentar que no existía en su

---

<sup>378</sup> VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.; “At. 78: Presunción de donaciones y pacto de sobrevivencia entre los cónyuges. Vivienda habitual del matrimonio” en *Comentarios a la LC, Ley 22/2003, de 9 de julio*, edit. Dijusa, Madrid, 2003, págs. 694-695.

patrimonio bienes que en realidad sí existen. Por lo que solamente el parentesco o relación de amistad o análoga entre los participantes en el negocio simulado se considera también indicio de simulación<sup>379</sup>.

Una de las conclusiones a las que se llega en este punto es que estas presunciones de donación no son aplicables a las parejas no casadas, lo que nos hace dudar sobre su constitucionalidad por constituir una discriminación negativa del matrimonio<sup>380</sup>.

---

<sup>379</sup> ÁLVAREZ OLALLA, P.; “At. 78: Presunción de donaciones y pacto de sobrevivencia...”, cit., pág. 941.

<sup>380</sup> CUENA CASAS, M., “Rescisión y derecho de familia”..., cit., pág. 294. Según dicha autora en “Uniones de hecho y abuso del derecho. Acerca de la discriminación en contra del matrimonio”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n.º. 2, 2005, pág. 8: Esta discriminación en contra del matrimonio parece especialmente grave en Cataluña. Los arts. 11 y siguientes del Código de Familia establecían presunciones de fraude que solo eran aplicables a los cónyuges cualquiera que fuera su régimen económico matrimonial, presunciones que no se ampliaban a las parejas estables que se acogían a la Ley 10/1998, de 15 de julio, de Uniones Estables de Pareja, pero ambas leyes quedaron derogadas por la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro II del CC de Cataluña relativo a la persona y a la familia.

El art. 231-11 CCC establece una presunción de gratuidad en las transmisiones entre cónyuges: “Los cónyuges pueden transmitirse bienes y derechos por cualquier título y hacer entre ellos todo tipo de negocios jurídicos. En caso de impugnación judicial, corresponde a los cónyuges la prueba del carácter oneroso de la transmisión”. Según esto, si terceras personas impugnan dicho negocio entre cónyuges, serán éstos los que tengan la carga de probar que el acto fue oneroso. De lo contrario, se presume la gratuidad de cara a los terceros, con las consecuencias que esta circunstancia tiene de cara al ejercicio de determinadas acciones. Se trata de una presunción de simulación relativa, que no puede ser alegada entre cónyuges y cuya finalidad es, como ha señalado el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en STS de 28 de diciembre de 1993, “facilitar la reclamación de los acreedores cuando los esposos simulan enajenaciones onerosas para crear ficticias situaciones de insolvencia”. Por lo que como bien indica CUENA, si una pareja casada quiere defraudar a los acreedores, solo tiene que divorciarse y seguir conviviendo. Así, tendrán las ventajas del matrimonio y si contratan para defraudar a sus acreedores, serán éstos los que tengan que demostrar el fraude porque la ilicitud de la actuación de la pareja solo se presume si están casados. Añade que esta norma es contraria a la Constitución por vulnerar el art. 32 CE y 14 CE, al establecer una discriminación en contra del matrimonio que carece absolutamente de justificación razonable. Y el art. 231-12 CCC recoge la nueva versión de la antigua presunción muciana, constituyendo otra presunción de fraude de muy dudosa constitucionalidad.

### IV.2.3. Pacto de supervivencia.

Otra especialidad del concurso de persona casada en régimen de separación de bienes sería el denominado pacto de sobrevivencia (aunque su denominación correcta sería pacto de supervivencia)<sup>381</sup>, en virtud del cual los cónyuges sujetos a dicho régimen que compren conjuntamente y por mitad un determinado bien acuerdan que, al producirse el fallecimiento de cualquiera de ellos, dicho bien pasará a ser de titularidad exclusiva del que sobreviva<sup>382</sup>.

El artículo 78.3 de la LC establece que el bien adquirido con pacto de sobrevivencia se dividirá en caso de concurso de cualquiera de ellos, incluyendo también el concurso de ambos cónyuges<sup>383</sup>:

“Los bienes adquiridos por ambos cónyuges con pacto de sobrevivencia se considerarán divisibles en el concurso de cualquiera de ellos, integrándose en la masa activa la mitad correspondiente al concursado. El cónyuge del concursado tendrá derecho a adquirir la totalidad de cada uno de los bienes satisfaciendo a la masa la mitad de su valor. Si se tratare de la vivienda habitual del matrimonio, el valor será el del precio de adquisición actualizado conforme al índice de precios al

---

<sup>381</sup> El término “sobrevivència” no existe ni en catalán ni en castellano aunque se haya utilizado generalmente por la doctrina por lo que hablaremos de pacto de “supervivencia” o pacto de “supervivencia” tal y como utiliza el legislador actualmente (GARRIDO MELERO, M.; *Derecho de Familia...cit.*; pág. 309).

<sup>382</sup> “Para algunos autores este pacto de supervivencia constituye un supuesto de donación por causa de muerte entre los cónyuges, ya que el efecto principal del pacto no se produce hasta que fallece uno de ellos. Para otros autores, se trata de un contrato sucesorio entre los cónyuges. Otros entienden que existe dualidad de negocios jurídicos: el de la compraventa y el del pacto (oneroso y aleatorio) de supervivencia” (PUJOL CAPILLA, P.; *La compraventa con pacto de sobrevivencia*, edit. Bosch, Barcelona, 2004, pág. 93).

<sup>383</sup> En el caso de concurso acumulado de ambos cónyuges, los términos del debate no se plantearán entre cada cónyuge y los acreedores del otro, sino entre la administración concursal de uno y otro procedimiento de ejecución colectiva. Si se admiten las presunciones habría una reintegración de la masa del cónyuge concursado no adquirente y de aumento de la masa pasiva del cónyuge concursado adquirente. Igual solución podría darse para los concursos sucesivos no acumulados (ÁLVAREZ OLALLA, P.; “At. 78: Presunción de donaciones y pacto de sobrevivencia...”, cit., pág. 941).

consumo específico, sin que pueda superar el de su valor de mercado. En los demás casos, será el que de común acuerdo determinen el cónyuge del concursado y la administración concursal o, en su defecto, el que como valor de mercado determine el juez, oídas las partes y previo informe de experto cuando lo estime oportuno”.

Cuando solo uno de ellos haya sido declarado en concurso, se le reconocerá al cónyuge del concursado el derecho a adquirir la totalidad de cada uno de los bienes sometidos a dicho pacto siempre que satisfaga a la masa la mitad de su valor actual<sup>384</sup>, valor que se determinará de común acuerdo por el cónyuge del concursado y la administración concursal o, en su defecto, por el juez, una vez oídas las partes, atendiendo al valor de los bienes en el mercado, pudiendo el juez, cuando lo estime pertinente, encargar a un perito la elaboración de un informe sobre la valoración de los bienes. Y si se tratara de la vivienda habitual del matrimonio, el valor será el de adquisición actualizado de conformidad con el Índice de Precios al Consumo que sea específico de inmuebles, sin que pueda superar el que en ese momento tenga ese bien o similar, en el mercado de inmuebles<sup>385</sup>.

---

<sup>384</sup> Tal y como indica MERCADAL VIDAL, F.; “Art. 78: Presunción de donaciones y pacto de sobrevivencia entre los cónyuges. Vivienda habitual del matrimonio”...cit.; pág. 406, la LC concede al cónyuge del concursado un derecho de adquisición preferente de la cuota indivisa propiedad del concursado, sacándola así de la masa activa para mantener el bien en el ámbito familiar o personal.

<sup>385</sup> VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.; “At. 78: Presunción de donaciones y pacto de sobrevivencia...”, cit., pág. 695; JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M<sup>a</sup> V.; “El concurso de persona casada: una aproximación a su regulación por la LC”, (Ejemplar dedicado a: Monográfico sobre Derecho concursal), *Anuario Facultad de Derecho-Universidad de Alcalá*, n.º. III, 2010, págs. 428-429: “se protegen los legítimos intereses del cónyuge no concursado que podrá adquirir el bien con pacto de sobrevivencia y también se beneficia la masa activa en medida que pasará a estar integrada por dinero y no por la cuota de participación sobre un bien”.; En relación con la vivienda habitual, VÁZQUEZ ALBERT, D.; “Art. 78: Presunción de donaciones y pacto de sobrevivencia...”, cit.; págs. 992-993, no entiende por qué en el caso de la vivienda no puede regir también el criterio general de valoración basado en la preminencia del acuerdo de voluntades de las partes interesadas y, subsidiariamente, en la decisión judicial. Y es que “el constante aumento del precio de las viviendas, que probablemente haya influido en la decisión del legislador, no resulta un argumento que justifique la diferencia en el método de valoración. Añade que resulta difícil averiguar qué ha querido decir el legislador con la expresión IPC “específico”, pues no existe un índice concreto referido a la “vivienda”. En cualquier caso, nuestro legislador podría haber acudido a otros

Este pacto también era objeto de regulación en los arts. 44 y ss. de la antes mencionada Ley catalana 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia pero dicha norma tenía que completarse con otras disposiciones no estando exenta de crítica por lo que finalmente se aprobó la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del CC de Cataluña, relativo a la persona y la familia que recogía del art. 231-15 al 231-18 las adquisiciones onerosas con pacto de supervivencia.

El artículo 231-15 “Règim dels béns adquirits amb pacte de supervivència” señala:

“1. Els cònjuges o futurs contraents que adquireixin béns conjuntament a títol onerós poden pactar en el mateix títol d'adquisició que, quan qualsevol d'ells mori, el supervivent esdevingui titular únic de la totalitat.

2. Mentre visquin ambdós cònjuges, els béns adquirits amb pacte de supervivència s'han de regir per les regles següents:

a) No poden ésser alienats ni gravats, si no és per acord d'ambdós cònjuges.

b) Cap dels cònjuges no pot transmetre a terceres persones el seu dret sobre els béns.

c) S'ha de mantenir la indivisió del béns

3. En els béns adquirits amb pacte de supervivència, l'adquisició de la participació del premort s'ha de computar en l'herència d'aquest pel valor que tingui la participació en el moment de produir-se la mort, als efectes del càlcul de la llegítima i de la quarta vidual, i s'ha d'imputar a

---

critérios de valoración, tales como los datos publicados por las sociedades de tasación”; En el mismo sentido, dice ORDUÑA, F.J.; “Art. 78: Presunción de donaciones y pacto de sobrevivencia...”, cit., pág. 1.421, que aquí lo que el legislador ha pretendido es que no se pueda discutir sobre el valor de la vivienda habitual, a diferencia del resto de bienes donde, en última instancia, es el juez el que determinará el valor de mercado. Ahora, cuando existiera una diferencia sustancial entre el valor de mercado y el valor actualizado conforme al IPC específico de la vivienda la LC realizar una excepción. Según JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M<sup>a</sup> V.; “El concurso de persona casada:...”...cit.; pág.429: “algunos autores opinan que deberá atenderse al valor real de la vivienda al tiempo de la liquidación en aplicación de lo dispuesto en el art. 1.410 CC”.

aquesta pel mateix valor. En cas de renúncia, s'entén que el renunciant no ha adquirit mai la participació del premort.

4. El pacte de supervivència atorgat per futurs contraents caduca si el matrimoni no s'arriba a celebrar en el termini d'un any”.

En relación con dicho artículo GARRIDO MELERO<sup>386</sup> plantea una serie de preguntas como por ejemplo si el pacto de supervivencia es una institución de aplicación general a las parejas casadas y a los convivientes, si debe ser una adquisición conjunta o si los cónyuges deben de adquirir en la misma proporción y si el pacto debe realizarse en el mismo título de adquisición. En lo que se refiere al vínculo conyugal encontramos a la autora NAVAS NAVARRO<sup>387</sup> que diferencia tres situaciones jurídicas diversas como la situación jurídica conyugal, la situación jurídica de convivencia estable y la situación de los futuros cónyuges o convivientes.

En cuanto a la situación jurídica conyugal señala que tanto el art. 78.3 LC y el art. 231-17.2 CCC otorgan el derecho de adquisición al cónyuge por lo que debe haber vínculo matrimonial.

Sobre la equiparación de los convivientes estables a los cónyuges, el art. 78.3 LC alude exclusivamente a los cónyuges excluyendo indiscriminadamente a los convivientes estables aunque existe otro sector de la doctrina que mantiene que el legislador no está obligado a equipararlas siempre y en todo caso. En el derecho catalán, en un principio, el Código de Familia solo hacía referencia a los cónyuges pero el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña también extendió dicho otorgamiento de los cónyuges a los unidos establemente en pareja.

Y en relación con la situación de los futuros cónyuges o convivientes, el art. 231-15.4 CCC señala que los futuros cónyuges pueden adquirir un bien con un pacto de supervivencia, pero éste caduca si el matrimonio

---

<sup>386</sup> GARRIDO MELERO, M.; *Derecho de Familia...cit.*; págs. 310-313.

<sup>387</sup> NAVAS NAVARRO, S.; *Concurso de acreedores y pacto de supervivencia*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 67-77.

no se celebra en el plazo de un año desde que se otorgó el referido pacto.

Volviendo a las cuestiones planteadas por GARRIDO MELERO<sup>388</sup>, cabe señalar que cuando el art. 231-15.1, primer inciso CCC indica que los bienes han de adquirirse “conjuntament” se refiere a que esta adquisición conjunta es consecuencia del “pacto de supervivencia” y no requisito del mismo: “los cónyuges en régimen de separación (o de participación) compran bienes y al convenir en el mismo título de adquisición el “pacte de supervivencia”, su adquisición se entiende realizada conjuntamente y no en proindiviso ordinario. Es decir, compran con “pacte de supervivencia” y su adquisición es conjunta, pero no compran conjuntamente y por eso pueden convenir el pacto”. En el derecho derogado se exigía que los cónyuges adquirieran los bienes por mitad, es decir, por partes iguales o en la misma proporción pero ahora el legislador indica que la adquisición ha de ser “conjunta”, al igual que antes, pero sin exigir que sea por la mitad, por lo que también se podrá pactar cuando los cónyuges adquieran en proporción diferente.

El nuevo texto legal sigue exigiendo que el pacto se otorgue en el mismo título de adquisición, parece ser que el legislador lo que quiere evitar es una extensión del pacto, que los cónyuges puedan pactar con posterioridad a su adquisición.

Encontramos diferencias entre el art. 78.3 LC y el art. 231-17.2 CCC sobre “Embargament i concurs”:

- “1. El creditor d'un dels cònjuges pot demanar l'embargament sobre la part que el deutor té en els béns adquirits amb pacte de supervivència. L'embargament s'ha de notificar al cònjuge que no és part en el litigi.
2. En cas de declaració de concurs, la part corresponent al cònjuge concursat s'integra a la massa activa. L'altre cònjuge té dret a treure de

---

<sup>388</sup> GARRIDO MELERO, M.; *Derecho de Familia...cit.*; págs. 311-312.



la massa aquesta part satisfent-ne el valor. Si es tracta de l'habitatge familiar, el valor és el del preu d'adquisició actualitzat d'acord amb l'índex de preus de consum específic del sector de l'habitatge. En els altres béns, el valor és el que determinin de comú acord el cònjuge del concursat i l'administració concursal o, si no n'hi ha, el que fixi l'autoritat judicial després d'haver escoltat les parts i amb l'informe previ d'un expert si ho considera pertinent.”.

Siguiendo a NAVAS NAVARRO<sup>389</sup>, encontramos que el art. 78.3 LC se refiere al “derecho de adquirir”, mientras que el art. 231-17.2 CCC alude al “derecho a sacar o extraer de la masa” de forma coherente con la redacción de la frase anterior, ha advertido que la cuota correspondiente al concursado se integra en la masa activa, luego, una vez integrada, debe extraerse. Añade que “el precepto catalán pone el acento en la masa del concurso mientras que el art. 78.3 LC se centra en el sujeto titular del derecho. En ambos supuestos lo determinante es la adquisición de la cuota correspondiente al cónyuge (o conviviente, en el derecho catalán) concursado directamente mediante una declaración de voluntad unilateral recepticia, si bien, como requisito, debe satisfacerse el valor de la cuota, es decir, debe pagarse una contraprestación”.

Existen otras diferencias<sup>390</sup> entre ambos preceptos como el del carácter divisible de la comunidad que se constituye sobre los bienes adquiridos onerosamente con pacto de supervivencia cuando el cónyuge adquirente es declarado en concurso, recogido en el art. 78.3 LC y la indivisión sobre el bien adquirido que recoge el art. 231-17.2 CCC según el cual la declaración de concurso no extingue el pacto de supervivencia ni provoca que la comunidad creada por el pacto desaparezca.

---

<sup>389</sup> NAVAS NAVARRO, S.; *Concurso de acreedores y pacto de supervivencia...cit.*; pág. 45.

<sup>390</sup> NAVAS NAVARRO, S.; *Concurso de acreedores y pacto de supervivencia...cit.*; págs. 51-54.

Otra diferencia entre el art. 78.3 LC y el art. 231-17.2 CCC tiene que ver con la alusión a la mitad del valor total del bien que de forma incorrecta realiza el primer precepto ya que los cónyuges podrían tener proporciones diferentes sobre el bien tal y como se deduce del art. 231-17.2 CCC que se refiere a “la parte” correspondiente al cónyuge concursado en el sentido de “cuota” admitiendo que las cuotas sobre el bien puedan ser desiguales (231-15.1 CCC).

Una última diferencia la encontramos en la valoración de la vivienda familiar cuando se añade el pacto de supervivencia a la adquisición onerosa de este bien. Con el art. 78.3 LC el ejerciente solo deberá abonar el “valor de mercado” si el “precio de adquisición” es superior; sin embargo, en el derecho catalán, el ejerciente tendrá que abonar el “precio de adquisición” convenientemente actualizado, aunque el “valor de mercado” de la vivienda sea inferior a aquél.

#### IV.2.4. Régimen económico matrimonial valenciano.

En cuanto a la Comunidad Valenciana cabe señalar que después de que la sociedad de gananciales fuera el régimen que se aplicara como legal supletorio durante los últimos tres siglos, desde que se le derogaron y abolieron los Fueros al pueblo valenciano con el Decreto de Nueva Planta el 29 de junio de 1707, tras la batalla de Almansa el 25 de abril de 1707, finalmente se aprueba la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano (LREMV), cuyo artículo 6 sustituye dicho régimen de gananciales previsto en el artículo 1.316 CC, por el régimen legal supletorio de separación de bienes. Es decir, se aplicará a los cónyuges el régimen de separación de bienes siempre que no hayan pactado otro en carta de nupcias o capitulaciones matrimoniales. Ahora, la LREMV no aclara qué sucede cuando si lo que pactan en las capitulaciones matrimoniales es la exclusión del régimen de separación de bienes, pero tal y como indica MAS BADÍA<sup>391</sup>, deducimos que se regirán por el de sociedad de gananciales por aplicación del CC como Derecho supletorio.

Parece que hayamos vuelto a los Fueros pero realmente el régimen legal existente entonces no era la separación de bienes sino el régimen dotal, régimen donde además de los patrimonios privativos de los cónyuges existía la dote que la esposa u otras personas entregaban al marido para el sostenimiento de las cargas del matrimonio.

Se dice que si los Fueros hubieran continuado vigentes en Valencia, el régimen dotal habría evolucionado de modo natural hacia la separación absoluta de bienes tal y como sucedió en Cataluña y Baleares<sup>392</sup>. Señala MOLINER NAVARRO<sup>393</sup> que “aunque el fundamento y la inspiración de

---

<sup>391</sup> MAS BADÍA, M<sup>a</sup> D.; “La ley de régimen económico matrimonial valenciano y su incidencia en la sociedad valenciana”, *Revista Derecho Civil Valenciano*, n.º. 14, segundo número diciembre, 2013, pág. 4.

<sup>392</sup> MAS BADÍA, M<sup>a</sup> D.; “La ley de régimen económico matrimonial valenciano...”...cit.; pág. 4.

<sup>393</sup> MOLINER NAVARRO, R.; “La Ley 10/2007, de 20 de marzo, de la generalidad valenciana, de régimen económico matrimonial valenciano (modificada por la Ley

lo que se regula en la LREMV pueden remitirse al Derecho histórico valenciano (els Furs), la realidad de lo que se ha plasmado en el texto legal viene acomodado a las actuales circunstancias sociales y jurídicas...la vinculación entre las figuras presentes en la LREMV y el Derecho histórico valenciano es algo más que un simple desiderátum”.

Ahora, la novedad más relevante de la LREMV y de dicha pretendida conexión con el Derecho foral histórico valenciano es la institución de la Germanía.

“Etimológicamente “Germanía” procede del latín (germanus, hermano) y seguramente apunta al hermanamiento económico de los cónyuges que, en la época de los Fueros, si pactaban una germanía lo que acordaban era una comunidad universal de ganancias en la que se compartía todo: lo que tuvieran al casarse y lo que después adquirieran por cualquier título. Así, los bienes quedaban “hermanados”: unidos, juntados, uniformados bajo la titularidad de los cónyuges en mano común”<sup>394</sup>.

Actualmente encontramos la Germanía regulada en el Título II de la LREMV (arts. 38-43) de la LREMV pero con características diferentes a las que se encontraban en los Furs: “1. La germania és una comunitat conjunta o en mà comuna de béns, pactada entre els esposos en carta de núpcies o capitulacions matrimoniales abans de contraure matrimoni, en ocasió d'este, o bé en qualsevol moment amb posterioritat, modificant o complementant aquelles.

---

8/2009). Cuestiones abiertas en torno a su aplicación”, *Revista Derecho Civil Valenciano*, n.º. 14, segundo número diciembre 2013, págs. 2 y 3.

<sup>394</sup> MAS BADÍA, M<sup>a</sup> D.; “La ley de régimen económico matrimonial valenciano...”...cit.; pág. 8. Según MOLINER NAVARRO, R.; “La Ley 10/2007, de 20 de marzo, de la generalidad valenciana, de régimen económico matrimonial valenciano...”...cit.; pág. 20, Este régimen fue utilizado por los mozárabes que habitaban Valencia antes de la reconquista y luego continuó practicándose aunque durante los siglos XVI-XVII no se formalizaron muchos de estos contratos. Básicamente se llevaba a cabo entre campesinos y artesanos ya que la esposa también trabajaba en los campos y talleres, generando con ello una colaboración equivalente a la del marido a efectos patrimoniales.

El caràcter agermanat dels béns podrà igualment fer-se constar en el document públic de la seua adquisició sense necessitat d'atorgar o modificar la carta de núpcies o capitulacions matrimoniales.

2.Com la resta dels béns del matrimoni, els béns agermanats estan principalment afectes a l'alçament de les càrregues del matrimoni.”<sup>395</sup>.

Es decir, los esposos pueden decidir, en cualquier momento, constituir una comunidad pro indiviso con determinados bienes que al igual que el resto de los bienes del matrimonio, estará principalmente afecta al levantamiento de las cargas del matrimonio (art. 38 LREMV).

La resolución de la DGRN de 23 de mayo de 2013 se centra en la naturaleza jurídica de la germanía y la define como una comunidad conyugal de bienes con un régimen jurídico propio y diferenciado de tipo germánico, será voluntaria (artículo 38), puede abarcar la totalidad o parte de los bienes de los esposos (artículo 39) e implica un régimen de administración y disposición mancomunado (artículo 40) corregido por la posible intervención judicial cuando exista negativa sin justa causa a prestar el consentimiento en perjuicio de la familia (artículo 41). Los bienes agermanados y en comunidad están afectos al levantamiento de las cargas del matrimonio y quedan sujetos a un régimen especial de responsabilidad (artículos 8.3, 11.1, 38.2 y 42.2) y de liquidación (arts. 42 y 43) pudiendo incluso extender la comunidad en caso de fallecimiento de uno de los cónyuges a los herederos del premuerto (art. 42.1). Como implica un desplazamiento del patrimonio personal de los cónyuges será necesario expresar la causa onerosa o gratuita que causaliza el desplazamiento<sup>396</sup>.

---

<sup>395</sup> MOLINER NAVARRO, R.; “La Ley 10/2007, de 20 de marzo, de la generalidad valenciana, de régimen económico matrimonial valenciano...”...cit.; pág. 20.

<sup>396</sup> ADÁN GARCÍA, M<sup>a</sup> E.; “La ley de régimen económico matrimonial valenciano. Su incidencia registral cinco años después de su entrada en vigor”, *Revista Derecho Civil Valenciano*, n.º. 14, 2013, pág. 6.

De la doctrina fijada por la DGRN se deduce y siguiendo a MAS BADÍA<sup>397</sup> que desde la RDGRN de 10 de marzo de 1989 (RJ 1989/2468) se admite la validez del negocio jurídico de aportación. Aunque su doctrina se refiere a la sociedad de gananciales, ésta es perfectamente trasladable a la germanía<sup>398</sup>. Y es que no puede rechazarse su validez apelando al posible fraude de acreedores o legitimarios que en ocasiones se derivan de este tipo de negocios, pues dicho fraude tiene su natural remedio en las acciones de nulidad y rescisión o en la aplicación de las normas que se hubiera tratado de eludir (RDGRN de 25 de septiembre de 1990, RJ 1990/7153, entre otras). Al igual de lo que ocurre con los bienes gananciales, los bienes agermanados podrán ser agredidos directa o subsidiariamente por los acreedores de ambos o de uno de los cónyuges para la satisfacción de su crédito, es decir, quedan especialmente afectos a las cargas familiares.

Y desde la resolución de 25 de octubre de 1992 la DGRN exige que para que pueda practicarse la inscripción del bien como ganancial, se ha de expresar la causa, onerosa o gratuita, del trasvase entre patrimonios, en el documento público que accede al Registro de la Propiedad. Dicha doctrina para los bienes gananciales se traslada a los bienes agermanados con la resolución 23 de mayo de 2013 aunque el Notario recurrente señaló que la aportación a gananciales nada tenía que ver con la constitución de una germanía ya que como son instituciones distintas no cabe tal analogía, de igual modo discrepó ROCA SASTRE, citado por MÁS BADÍA, diciendo que “la atribución de ganancialidad ni es onerosa ni gratuita, sino un acto neutro que no es capaz de generar titularidades protegidas por el art. 34 LH. El hecho de que haya o no

---

<sup>397</sup> MAS BADÍA, M<sup>a</sup> D.; “La ley de régimen económico matrimonial valenciano...”...cit.; págs. 12-13.

<sup>398</sup> Aunque, siguiendo a ADÁN GARCÍA, M<sup>a</sup> E.; “La ley de régimen económico matrimonial valenciano...”...cit.; pág. 6, cabe señalar que no es una sociedad de gananciales tal y como la que se regula en el CC por lo que no se le aplicarán las normas previstas para ésta, solo en su caso, con carácter supletorio, para suplir las posibles lagunas de la Ley valenciana en materia de germanía.

reembolso no debe tener trascendencia registral, pues juega en un plano interno entre los cónyuges”.

### IV.3. Efectos de la declaración del concurso en la vivienda habitual del matrimonio.

Respecto del art. 78 LC, cabe señalar que así como el art. 78.3 LC establece una norma específica de valoración para los bienes adquiridos por ambos cónyuges con pacto de sobrevivencia consistente en el valor de adquisición actualizado conforme al índice de precios al consumo específico, sin que pueda superar el valor de mercado<sup>399</sup>, el art. 78.4 no especifica qué criterio de valoración debe seguirse respecto de la atribución de la vivienda habitual. Y tal silencio, según CUENA<sup>400</sup>, puede dar lugar a dos posibles interpretaciones:

- Que el legislador haya pretendido mantener el mismo criterio de valoración que en el art. 78.3 LC, de ahí que se haya incluido una norma de liquidación de gananciales en un precepto que regula el régimen económico matrimonial de separación de bienes.
- Que en ausencia de norma especial en materia de valoración, deberá seguirse el criterio general del art. 82.2 LC de atribuir el valor de mercado, criterio que se utiliza con carácter general, en ausencia de otro específico en el CC, para la liquidación de la sociedad de gananciales.

---

<sup>399</sup> Según HUALDE LÓPEZ, I.; “El problema de la vivienda habitual en el concurso del consumidor”, *Anuario de Derecho Concursal*, n.º. 25, edit. Civitas, S.A, 2012, pág. 17: “Con anterioridad al comienzo de la actual crisis económica, el precio de la vivienda creció a un ritmo muy rápido, por lo que cabe que exista una diferencia sustancial entre el precio de adquisición actualizado y el de mercado. En estas circunstancias, si el cónyuge del concursado decide ejercitar su derecho de adquisición preferente para adquirir el pleno dominio de la vivienda, la tutela de los intereses de la familia, traducida en la introducción de unos criterios valorativos más ventajosos, irá en detrimento de los propios de los acreedores, en la medida que la infravaloración de la vivienda traerá como consecuencia directa un grado menor de satisfacción de sus créditos”.

<sup>400</sup> CUENA CASAS, M.; *El concurso de acreedores de persona casada...*, cit., pág. 318.



En cuanto al artículo 78.4 LC, coincidimos con VÁZQUEZ ALBERT<sup>401</sup> cuando dice que hubiera sido más adecuado ubicar dicho apartado en el artículo 77 LC que se ocupa principalmente de la problemática del régimen de sociedad de gananciales y no situarlo en el art. 78 LC que contempla peculiaridades del régimen de separación de bienes, y es que, como bien indica VÁZQUEZ IRUZUBIETA<sup>402</sup> los bienes de que trata este apartado 4º han de ser de carácter ganancial o en condominio por haber sido adquiridos con bienes o dinero privativo de ambos cónyuges o mediante herencia o dación hecha a ambos. Por lo que quizá, el legislador ha incluido este apartado en el art. 78 al haberse tratado ya en el art. 78.3 LC el régimen de la vivienda habitual del matrimonio en el caso de supervivencia pero, como bien indica CUENA<sup>403</sup>, esto no lo justifica de ningún modo, resultando completamente inadecuada su ubicación sistemática. El art. 78.4 no había sido tratado en los distintos anteproyectos y proyectos de la LC sino que fue introducido ex novo en el Dictamen de la Comisión del Senado. Añade que el legislador no parece consciente de la distinta naturaleza que tiene una vivienda habitual ganancial (78.4 LC) con la que presenta un bien sometido a pacto de sobrevivencia en el marco de un régimen de separación de bienes (78.3.2º párrafo), por lo que juntar ambas regulaciones en el mismo precepto constituye un error que lleva al intérprete a tratar de manera análoga situaciones diferentes.

Así pues, según el art. 78.4 LC, el cónyuge del concursado que no está concursado, podrá ingresar en su haber la vivienda habitual del matrimonio, o bien por la totalidad de su valor a cambio de otros bienes con los que compensar tal valor, o bien pagando la diferencia si tal compensación no fuera posible por insuficiencia de bienes y derechos

---

<sup>401</sup> VÁZQUEZ ALBERT, D.; “Art. 78: Presunción de donaciones y pacto de sobrevivencia...”, cit.; págs. 993-994.

<sup>402</sup> VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.; “At. 78: Presunción de donaciones y pacto de sobrevivencia...”, cit., pág. 695.

<sup>403</sup> CUENA CASAS, M.; *El concurso de acreedores de persona casada...*, cit., págs. 283-284.

en el patrimonio ganancial. Novedad que a juicio de DOMÍNGUEZ LUELMO<sup>404</sup> carece de justificación. Este nuevo derecho especial de separación que introduce el legislador constituye una excepción al principio de división por mitad entre los esposos del remanente que forma el haber de la sociedad de gananciales (art. 1.404 CC). Excepción que se suma a la única que ya existía en los arts. 1.406-4º y 1.407 CC sobre el derecho que tiene el cónyuge viudo a que se le asigne la vivienda habitual en caso de disolución de la sociedad de gananciales por muerte del otro cónyuge. Por lo que, como bien indica VÁZQUEZ ALBERT<sup>405</sup>, en ambos casos la preferencia que se atribuye tanto al cónyuge viudo como al cónyuge del concursado sobre los herederos y acreedores, respectivamente, tendría como fundamento asegurar a la familia del concursado el alojamiento en su vivienda habitual, fundamento que se enmarca en la creciente protección jurídica que en los últimos años se está otorgando a la vivienda familiar (arts. 1.320 o 96.4 CC) y conciliaría perfectamente con los intereses de los acreedores. Estas atribuciones preferentes también las encontramos reguladas en los territorios forales que cuentan con régimen legal de comunidad, en la Ley 91 “Adjudicación preferente” de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra y en el art. 267 “División y adjudicación” del Título IV del Código del Derecho Foral de Aragón (antiguo art. 85 de la Ley 2/2003, de 12 de febrero de régimen Económico Matrimonial y Viudedad de Aragón).

Tal y como señala CUENA<sup>406</sup>, lo que ha pretendido el legislador es proteger a ambos cónyuges y no solo al que resulta adjudicatario de la

---

<sup>404</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, A.; “Art. 78: Presunción de donaciones y pacto de sobrevivencia entre los cónyuges. Vivienda habitual del matrimonio”...cit.; pág. 1.602.

<sup>405</sup> VÁZQUEZ ALBERT, D.; “Art. 78: Presunción de donaciones y pacto de sobrevivencia...”, cit.; pág. 994; y ORDUÑA Y PLAZA, F.J.; “Art. 78: Presunción de donaciones y pacto de sobrevivencia...”, cit., pág. 1.422.

<sup>406</sup> CUENA CASAS, M.; *El concurso de acreedores de persona casada...*, cit., págs. 287-288.

vivienda habitual en las operaciones liquidatorias cuando la insolvencia declarada de uno de los cónyuges haya provocado la atribución preferente a favor de su consorte. Así como en las legislaciones civiles y forales se parte de la disolución de la sociedad conyugal por disolución del matrimonio, cuando un cónyuge es declarado en concurso la hipótesis de partida es la disolución del régimen económico de comunidad sin disolución del matrimonio constituyendo una medida de protección para ambos cónyuges aunque solo se dará cuando el cónyuge del concursado goce de un importante patrimonio privativo con el que abonar el exceso de atribución, o cuando la mayoría de las deudas del concursado sean privativas y pueda existir un remanente a repartir.

Pero, tal y como señala ÁLVAREZ<sup>407</sup>, para que concurra este derecho de atribución preferente es necesario que concurra una serie de requisitos:

- Que sea vivienda habitual de la familia. Para ello debe reunir tres requisitos: a) *Habitabilidad*: es decir que sea una “edificación habitable”<sup>408</sup>; b) *Carácter familiar*: que la vivienda sea habitada por una familia que tiene su origen en el matrimonio y de la que forman parte los cónyuges, es decir, donde convivan marido y mujer aunque los demás miembros de la familia se hallen

---

<sup>407</sup> ÁLVAREZ OLALLA, P.; “At. 78: Presunción de donaciones y pacto de sobrevivencia..., cit., págs. 946-947.

<sup>408</sup> CUENA CASAS, M.; *El concurso de acreedores de persona casada...*, cit., págs. 296-301, dentro del requisito de la habitabilidad de la vivienda habitual se excluyen lugares como chozas, cabañas o construcciones en ruinas, solares. No todas las personas tienen una vivienda digna tal y como recoge el art. 47 CE: “Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos”, ahora, por indigna que sea no deja de ser una vivienda. También se excluyen los locales de negocio, fábricas, garajes, establos, almacenes, lugares destinados exclusivamente al ejercicio de una profesión (bufetes, consultas médicas) ni las segundas residencias de recreo, los lugares profesionales (hoteles) o el piso adquirido a tal fin pero realmente no ocupado. Aquí, lo que se deberá de demostrar es la permanencia y la estabilidad, lo cual puede acreditarse sin necesidad de recurrir a investigar la intencionalidad del sujeto.

dispersos en otros inmuebles pertenecientes a aquéllos<sup>409</sup>; c) *Habitualidad*: será necesaria la concurrencia por un lado, que la vivienda habitual constituya el lugar de ejercicio de los derechos y deberes familiares así como el desarrollo de las relaciones íntimas de sus miembros (requisito objetivo); y por otro lado, que exista la intención de permanencia, más o menos prolongada (requisito subjetivo).

- Que se trate de vivienda ganancial (o común, en caso de que rija entre los cónyuges un régimen de comunidad distinto al régimen legal de gananciales). Según el art. 1.347.3º CC, será ganancial la vivienda adquirida después de la entrada en vigor del régimen de gananciales, cuando tal adquisición se ha realizado a costa del caudal común. Son distintas las hipótesis que pueden plantearse, si la vivienda es en parte ganancial y en parte privativa de uno de los cónyuges o si es posible aplicar el precepto cuando la vivienda pertenece en copropiedad a los dos cónyuges en el régimen de separación de bienes pero no vamos a entrar al detalle en este trabajo sino solamente vamos a comentar, igual que hace CUENA<sup>410</sup> que en caso de que la vivienda habitual sea en parte ganancial y en parte privativa, el cónyuge del concursado debería poder optar por adquirir la totalidad de la vivienda, supuesto que debería de haber sido regulado de manera específica. Y es que, tal y como señala CUENA: “si lo que se pretende es que la vivienda habitual, por tratarse de un bien de primera necesidad, sea objeto de una especial protección en el régimen concursal, la misma no debe centrarse exclusivamente al supuesto de que se trate de vivienda ganancial”. En este sentido, JIMÉNEZ<sup>411</sup> señala que “la

---

<sup>409</sup> CUENA CASAS, M.; *El concurso de acreedores de persona casada...*, cit., pág. 304.

<sup>410</sup> CUENA CASAS, M.; *El concurso de acreedores de persona casada...*, cit., págs. 310-315.

<sup>411</sup> JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M<sup>a</sup> V.; “El concurso de persona casada:...”...cit.; pág. 430.

doctrina parece estar más a favor de aplicar analógicamente el régimen jurídico de los bienes sometidos a pacto de sobrevivencia por lo que el cónyuge no deudor podría adquirir la mitad de la vivienda del cónyuge concursado abonando el precio por dicha cuota”.

- Que el cónyuge del concursado haya solicitado la disolución de la sociedad de gananciales ya que de no hacerlo no procedería la posterior liquidación ni reparto de bienes gananciales alguno entre cónyuges (la declaración de concurso, por sí sola no determina tal disolución). Apunta CUENA<sup>412</sup> que el precepto 78.4 LC se expresa incorrectamente al señalar que si “procediere la liquidación de la sociedad de gananciales o la disolución de la comunidad” ya que puede haber disolución sin liquidación pero no liquidación sin disolución. Pero de lo que no cabe duda es que para que proceda la atribución preferente se requerirá disolver y liquidar la sociedad conyugal.

La adjudicación de la vivienda habitual a favor del cónyuge del concursado no imposibilita ni limita el ejercicio de los derechos reales de garantía que puedan existir sobre el inmueble a favor de los acreedores concursales<sup>413</sup>. Para ello será preciso que se incorpore a la masa activa el exceso de adjudicación que en su caso pueda producirse cuando el valor de la vivienda sea superior a la cuota que le corresponde al cónyuge del concursado sobre el haber partible y deberá haberse liquidado previamente la sociedad de gananciales para saber la cuota que corresponde a los cónyuges, de ello depende la formación de la masa activa.

---

<sup>412</sup> CUENA CASAS, M.; *El concurso de acreedores de persona casada...*, cit., pág. 315.

<sup>413</sup> ORDUÑA Y PLAZA, F.J.; “Art. 78: Presunción de donaciones y pacto de sobrevivencia...”, cit., pág. 1.423; CUENA CASAS, M.; *El concurso de acreedores de persona casada...*, cit., pág. 317.

En el artículo 78.4 LC se emplea la expresión “vivienda habitual del matrimonio” que se equipara a la de “vivienda donde tuviera la residencia habitual” recogida por el art. 1.406-4º CC y que excluye la posibilidad de ejercer el derecho de separación sobre diversas viviendas sino solamente sobre la principal. Como bien indica CUENA<sup>414</sup>, “la vivienda habitual además de ser un bien de primera necesidad, suele ser el bien de mayor valor patrimonial de las familias de ahí que se haya regulado dentro del régimen económico matrimonial primario cualquiera que sea el régimen económico matrimonial existente”.

Igualmente PEREÑA<sup>415</sup> indica que “con mucha frecuencia, la vivienda habitual es el bien de mayor importancia económica que una persona o una familia adquiere a lo largo de su vida. Es la forma de ahorro generalizada en nuestra sociedad y permite que sea lugar de residencia y también garantía de operaciones financieras o de crédito e incluso, en los últimos tiempos, fuente de ingresos ante las necesidades generadas por la dependencia, especialmente en la generada por la edad avanzada, en la que las pensiones, bastantes justas, no alcanzan para cubrir todos los gastos de atención”.

Por su lado, BLANQUER<sup>416</sup> define la vivienda familiar como “el local o edificación que es usado para su habitación por una familia, o un matrimonio, con fundamento bien en la propiedad perteneciente a uno de los cónyuges o a ambos o bien en un derecho real o personal que legitima su ocupación y uso”. En este sentido queda comprendida tanto la vivienda usada habitualmente como la que sirve de habitación durante una temporada o la que se usa en momentos aislados pero para el caso de la vivienda en situación de endeudamiento y de insolvencia, que es el que nos preocupa en este trabajo, rechazaremos

---

<sup>414</sup> CUENA CASAS, M.; *El concurso de acreedores de persona casada...*, cit., pág. 276.

<sup>415</sup> PEREÑA VICENTE, M.; “La protección de la vivienda habitual en los supuestos de sobreendeudamiento y dependencia”, *Actualidad Civil*, nº. 16, 2008, págs. 1-2.

<sup>416</sup> BLANQUER UBEROS, R.; “La vivienda familiar (endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar”, *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar* / coord. por Matilde Cuena Casas, José Luis Colino Mediavilla, edit. Aranzadi, Navarra, 2009, pág. 293.

la vivienda usada solo durante ciertas temporadas o la que se dé uso solo en momentos aislados y nos centraremos en la usada habitualmente como habitación.

Y según la jurisprudencia se entiende por concepto de vivienda “la utilización conjunta, permanente y habitual que los miembros de una familia hacen de aquella y donde priman los intereses de la familia, como entidad propia frente a los particulares”. AMAYA<sup>417</sup> indica que nuestro ordenamiento jurídico otorga su protección a la vivienda familiar mediante límites al poder de disposición por los cónyuges con el fin de proteger el interés superior de los hijos menores, el interés superior de la familia y al cónyuge menos beneficiado.

Pues bien, para evitar que la actuación negligente o maliciosa de uno de los cónyuges pueda privar a la familia del alojamiento de la vivienda habitual acudimos al artículo 1.320 CC<sup>418</sup>, el cual exige el consentimiento de ambos cónyuges para la realización de actos de disposición sobre la vivienda habitual con independencia de que su titularidad sea de uno o del otro cónyuge<sup>419</sup>. Sin embargo, esto no

---

<sup>417</sup> AMAYA RICO, V.; “Acuerdos matrimoniales preventivos sobre el efecto limitativo al poder de disposición de la vivienda familiar en el derecho español” en *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés* / coord. por Francisco de Paula Blasco Gascó, v. 1, (t. I), 2011, págs. 139-140.

<sup>418</sup> Dicho artículo incluye una norma protectora de la vivienda familiar, siguiéndose de esta forma las recomendaciones del Consejo de Europa, contenidas en su Resolución 81/1915. La protección de la vivienda familiar se ha desarrollado en prácticamente todos los ordenamientos europeos de una forma u otra (MURCIA QUINTANA, E.; *Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar (art. 1.320 del CC)*, edit. Civitas, Madrid, 2002, págs. 65-67).

<sup>419</sup> En las legislaciones forales podemos encontrar norma semejante a la contenida en el art. 1.320 CC. En el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de Código del Derecho Foral de Aragón, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas (el art. 190 del Libro Segundo “Derecho de Familia”); Ley 1/1973, de 1 de marzo que aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (Ley 55 redactada por la Ley Foral, Comunidad Foral de Navarra, 5/1987, 1 abril, por la que se modifica la Compilación de Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra, B.O.N. 5 junio); Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del CC de Cataluña, relativo a la persona y a la familia, que recoge en su artículo 231-9 restricciones a la libre disposición de la vivienda familiar y la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de la Generalitat, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano (art. 16). En todas estas leyes observamos la restricción a la libre disposición de la vivienda habitual con independencia de la misma, común o privativa, justificada por la necesidad vital de protección del hogar familiar y que conlleva la necesidad de consentimiento de los dos cónyuges, o en su caso autorización judicial

impide el embargo de la vivienda por deudas, de modo que en el caso de que se declare el concurso respecto de uno de los cónyuges, la vivienda

---

pero que no implican una reducción del principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1.911 CC). Cabe destacar también el artículo 231-20: Pactos en previsión de una ruptura matrimonial del CC de Cataluña que determina en su apartado 4: “El cónyuge que pretenda hacer valer un pacto en previsión de una ruptura matrimonial tiene la carga de acreditar que la otra parte disponía, en el momento de firmarlo, de información suficiente sobre su patrimonio, sus ingresos y sus expectativas económicas, siempre y cuando esta información fuese relevante con relación al contenido del pacto” y en su apartado 5 dispone: “Los pactos en previsión de ruptura que en el momento en que se pretende el cumplimiento sean gravemente perjudiciales para un cónyuge no son eficaces si este acredita que han sobrevenido circunstancias relevantes que no se previeron ni podían razonablemente preverse en el momento en que se otorgaron”, es decir, que los cónyuges podrán celebrar válidamente convenios en previsión de situaciones de crisis matrimoniales relativas a cuestiones disponibles tales como la disposición de la vivienda. Pero si estos acuerdos matrimoniales preventivos de una futura crisis matrimonial relativos a la disposición de la vivienda familiar se califican de abusivos, impuestos o injustos, no podrán ser amparados en la autonomía para su validez jurídica y tampoco podrán rebasar el esquema institucional típico de cada contrato (AMAYA RICO, V.; “Acuerdos matrimoniales preventivos sobre el efecto limitativo...”...cit.; págs. 141-142). De entre los acuerdos matrimoniales preventivos, AMAYA RICO, V.; “Acuerdos matrimoniales preventivos sobre el efecto limitativo...”...cit.; págs. 143-145, destaca dos: cuando los cónyuges pueden convenir de mutuo acuerdo la venta de la vivienda familiar a un tercero en previsión de una futura ruptura matrimonial, obteniendo así una cantidad de dinero que se dividiría en partes iguales y con el que cada cónyuge podría adquirir otra vivienda familiar en régimen de alquiler o comprar otra de menor espacio físico o de menor coste. Siempre presuponiendo la suficiente solvencia económica de ambos cónyuges para poder cubrir sus propias necesidades salvaguardando el beneficio y estabilidad de los hijos como imperativo del orden público familiar. Y cuando en previsión de una futura ruptura ambos cónyuges acuerdan transmitir la titularidad por venta a uno de ellos de una mitad ganancial de la vivienda familiar y en garantía del cónyuge adquirente, establecen un pacto de renuncia del otro, el vendedor, a su posible derecho de atribución del uso de la vivienda familiar y siempre que el acuerdo sea igualitario y no perjudique a ninguno de los cónyuges (antiguo art. 11: Libertad de contratación del Código de Familia de Cataluña que pasa a ser el art. 231-11 del actual CC de Cataluña ).

Volvemos al art. 16 de la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de la Generalitat, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano, para resaltar, siguiendo a ADÁN GARCÍA, M<sup>a</sup> E.; “La ley de régimen económico matrimonial valenciano...”...cit.; pág. 4, que dicho artículo va más allá del artículo 1.320CC en dos aspectos: por un lado, porque es más preciso al aclarar cómo debe de ser el consentimiento del cónyuge no titular al decir “el consentimiento del cónyuge no titular se ha de prestar con conocimiento de los elementos esenciales y de las circunstancias accidentales del concreto negocio dispositivo”. Y, además, en caso de no ser la vivienda habitual habrá de manifestar en el documento donde los formalice si tal circunstancia concurre o no en el inmueble dispuesto. Por otro lado, porque la ley valenciana precisa el art. 1.320.2 CC y define detalladamente qué se entiende por adquirente de buena fe y los efectos que produce la manifestación errónea o falsa del disponente de la vivienda. Aquí el art. 16.2 LREMV se remite al art. 18.1 LREMV que traspone al artículo 34 LH el cual resalta el fuerte efecto de la inscripción de la adquisición frente a terceros de buena fe que adquieren con carácter oneroso y que van a ser mantenidos en su adquisición, por lo que el cónyuge cuyo consentimiento se haya obviado solo puede reclamar una indemnización por daños y perjuicios al transmitente doloso, pero nunca la restitución del inmueble, ya que el adquirente hace suyo el inmueble.



habitual integrará la masa activa del concurso cualquiera que sea la naturaleza ganancial de la deuda (cuando deba responder de las obligaciones del concursado, art. 77 LC) o privativa de la deuda del cónyuge concursado, por lo que podemos señalar que la vivienda habitual no es un bien inembargable y que está sujeta a las normas generales sobre responsabilidad patrimonial. Aunque, debido a que la vivienda habitual responde a una necesidad básica de la familia, el artículo 78 permite al cónyuge no deudor, exigir que la vivienda se incluya en su lote en la disolución de la sociedad de gananciales<sup>420</sup>. Volviendo al art. 1.320 CC, cabe añadir que éste otorga una extraordinaria protección a la vivienda familiar que implica una limitación legal de disponer, una excepción a la facultad de libre disposición del artículo 348 CC en base a que prevalece el interés de la familia sobre el del titular del derecho, aunque esta limitación de disponer no afecta a los terceros acreedores que vayan contra el patrimonio de una persona casada<sup>421</sup> (art. 704 LEC, cuyos párrafos primero del número 1 y del número 2 del artículo 704 han sido modificados por el apartado trescientos quince del artículo decimoquinto de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial («B.O.E.» 4 noviembre). Vigencia: 4 mayo 2010).

Ahora, si se compra una vivienda con pacto de germanía (art. 40-1º LREMV) y se dedica a domicilio familiar sí se podrá atribuir al otro la facultad de disposición por pacto expreso, pero genérico. Y es que tal y como indica BELDA<sup>422</sup>, se puede dar un poder general para que mi cónyuge disponga de todo mi patrimonio pero no se le podrá dar un

---

<sup>420</sup> JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M<sup>a</sup> V.; “El concurso de persona casada:...”...cit.; pág. 429.

<sup>421</sup> AMAYA RICO, V.; “Acuerdos matrimoniales preventivos sobre el efecto limitativo...”...cit.; págs. 140-141.

<sup>422</sup> BELDA CASANOVA, C.; “Estado actual del régimen matrimonial valenciano, cinco años después de su instauración”, *Revista Derecho Civil Valenciano*, n.º. 14, segundo número diciembre 2013, pág. 10.

poder general para que pueda disponer de la parte de su patrimonio que constituya la vivienda familiar.

Mientras que el art. 78 LC recoge la atribución de la titularidad, los arts. 1.320 y 96.4 del CC contienen normas de disposición de atribución del uso de la vivienda y por analogía resultaría aplicable el art. 1.407 CC, donde se concede al cónyuge viudo el derecho a optar entre pedir que se le atribuya en propiedad la vivienda habitual, o, en el caso de que no disponga de suficientes recursos para hacerse con la propiedad, se constituya sobre dicha vivienda un derecho de uso o habitación a su favor<sup>423</sup>. Los problemas con respecto a la vivienda habitual se agravan en su tratamiento jurídico cuando existen incidencias propias de las crisis matrimoniales donde, especialmente, se debe solucionar el problema que se plantea sobre qué cónyuge seguirá ocupando la vivienda familiar y qué cónyuge la abandonará. En principio, tal y como indica MARTÍN MELÉNDEZ<sup>424</sup>, se supone que el cónyuge titular será el que continúe con el uso de la vivienda, pero el legislador ha entendido que el cónyuge no titular también podrá optar a seguir residiendo en la misma. Si los cónyuges no llegan a un acuerdo, será el Juez el que decidirá sobre ello en la sentencia que declare la nulidad, la separación o el divorcio, o incluso, en ejecución de la misma, conforme a ciertos criterios del art. 96 CC. En estos casos, se atribuye el uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges para protegerla evitando su desmembramiento y conservando su uso. Se trata de una medida temporal porque la sentencia establece un plazo de tiempo para

---

<sup>423</sup> VÁZQUEZ ALBERT, D.; “Art. 78: Presunción de donaciones y pacto de sobrevivencia...”, cit.; pág. 995. En relación con la creación de los derechos de uso y habitación, RAMS ALBESA, J.J; *Uso, habitación y vivienda familiar*, edit. Tecnos, Madrid, 1987, pág. 51, presupone que “estos derechos pueden constituirse por la ley, por la voluntad manifestada en actos entre vivos o en testamento, así como por prescripción, según los términos del CC y que pueden estar estos derechos sujetos a condición, término y modo, conforme a las previsiones del artículo 469 aplicable al uso y a la habitación”.

<sup>424</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, M<sup>a</sup> T.; *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (art. 96, P.I, 2 y 3 CC)*, edit. Civitas, Navarra, 2005, págs. 22-24.

ella o porque el cambio de circunstancias conlleva una revisión<sup>425</sup>. En caso de existir hijos menores o incapacitados, el juez no puede aprobar un acuerdo relativo a la atribución del uso de la vivienda familiar que estime dañoso para los hijos y en caso de no existir hijos y de no llegar a un acuerdo, tendrá que haber pretensión procesal expresa para que el juez pueda pronunciarse sobre la atribución del uso de la vivienda conyugal a uno de los cónyuges y, además, ese pronunciamiento tiene que ser congruente<sup>426</sup>.

Ahora, ¿qué ocurre cuando el cónyuge propietario de la vivienda familiar y gravado con el derecho de uso es declarado en concurso?<sup>427</sup> Ocurra lo que ocurra en el procedimiento de concurso el derecho de uso permanecerá durante el tiempo que haya sido establecido. Según el art. 96.4 CC para disponer de la vivienda cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se “requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial”. Si es el propietario el que está declarado en concurso la vivienda se relacionará en el inventario de la masa activa, con indicación y descripción de los gravámenes, trabas y cargas que les afecten (art. 82.2 LC). La vivienda habitual cuyo uso se ha concedido al cónyuge no titular sigue afecta al cumplimiento de las obligaciones del cónyuge deudor, siendo, por tanto, embargable. Pero las posibilidades de defensa del cónyuge no titular frente al embargo de la vivienda habitual son mayores por la concesión al no titular de este derecho de

---

<sup>425</sup> CERVILLA GARZÓN, M<sup>a</sup> D.; *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, edit. Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 37.

<sup>426</sup> MONTERO AROCA, J.; *El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales (la aplicación práctica del artículo 96 del CC)*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 51-56.

<sup>427</sup> BLANQUER UBEROS, R.; “La vivienda familiar...”...cit.; págs. 320-322. En relación con la atribución del uso de la vivienda familiar CUENA CASAS, M., “Rescisión y derecho de familia”..., cit.; pág. 309, señala que: “si la vivienda habitual es embargada por un acreedor del cónyuge titular, el otro cónyuge no podrá evitar tal embargo, al margen de que la deuda tenga o no carácter ganancial (art. 1.373 CC) y se haya contraído o no por ambos cónyuges. Es por ello que en caso de concurso de acreedores de uno de los cónyuges, no hay obstáculo legal a la inclusión de la vivienda familiar en la masa activa”.

ocupación que le concede el art. 96 CC, que tal como indica CUENA<sup>428</sup> es un derecho de naturaleza discutida (mayoritariamente no se considera de naturaleza real, sino que se trata de un derecho sui generis, si bien se reconoce su posibilidad de acceder al Registro de la Propiedad y es oponible a terceros). Así, si el derecho de uso se inscribe en el Registro de la Propiedad con anterioridad a la anotación de embargo, el adquirente del inmueble en pública subasta deberá respetar el derecho de uso sobre la vivienda familiar pero no es así en el supuesto de ejecución de hipoteca sobre la vivienda familiar cuando la constitución de la hipoteca ha tenido lugar con anterioridad al proceso de crisis matrimonial.

Sin embargo, puede atribuirse el uso al cónyuge no propietario o copropietario bien por no existir hijos o no los tiene consigo o bien por estar necesitado de protección, este derecho de uso no es embargable al ser accesorio de la función de compañía y custodia de los hijos menores mientras dure esta función (art. 605.2º LEC) y tampoco constituiría masa activa por ser un derecho inembargable (art. 76.2 LC) en el caso de declaración de concurso del cónyuge no propietario que tuviese el uso por tener en su compañía hijos<sup>429</sup>.

Podemos distinguir entre la vivienda familiar libre de gravamen hipotecario incluida en la masa activa del concurso de un consumidor y que en la fase de liquidación se procederá a su enajenación forzosa aunque la vivienda no esté sujeta a una garantía real, a una hipoteca inmobiliaria<sup>430</sup> y entre la vivienda familiar hipotecada que recoge tanto el supuesto de la vivienda que fue adquirida por los cónyuges conjuntamente o en comunidad según el negocio, o título, de su adquisición (cualquiera que sea el régimen matrimonial de bienes) como

---

<sup>428</sup> CUENA CASAS, M., “Rescisión y derecho de familia”..., cit.; págs. 309-310.

<sup>429</sup> CUENA CASAS, M., “Rescisión y derecho de familia”..., cit.; pág. 311 y BLANQUER UBEROS, R.; “La vivienda familiar...”...cit.; pág. 321.

<sup>430</sup> BLANQUER UBEROS, R.; “La vivienda familiar...”...cit.; págs. 297-301.

el supuesto de la adquirida por uno de los cónyuges cuando por causa del régimen conyugal (legal o capitulado) deba calificarse, realmente o por presunción legal, como ganancial o común<sup>431</sup>. En ambos supuestos se requerirá el consentimiento de los dos cónyuges, como ya hemos analizado (art. 1.320 CC).

Vamos a centrarnos en la vivienda familiar hipotecada sujeta a un procedimiento de concurso y que se incluye en la masa activa del concurso. Podrá tratarse tanto de concurso voluntario como de concurso necesario, solicitado por el acreedor asegurado con la hipoteca sobre la vivienda, o por otro legitimado y distinguiendo según si su ejecución haya sido ya iniciada o su iniciación pueda estar pendiente.

Siguiendo con BLANQUER<sup>432</sup>, acudimos a la LC para decidir sobre la suspensión o continuación del procedimiento ejecutivo para el concurso del propietario hipotecante o del tercer poseedor de la finca hipotecada y a los arts. 681 y ss. LEC. Según el art. 55.2 LC las actuaciones de ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, contra el patrimonio del deudor, que se hallaran en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de la declaración de concurso. También se establece la suspensión, desde la declaración de concurso, en el art. 56.2 LC de las actuaciones ya iniciadas en el ejercicio de las acciones de ejecución o de realización forzosa de la garantía real sobre bienes del concursado que estén “afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad”. Artículos que estudiaremos detenidamente en el punto de los efectos en la actividad profesional o empresarial del sujeto insolvente pero que como conclusión podemos adelantar que la declaración de concurso no suspende la tramitación ya iniciada de la ejecución o de la realización forzosa de la hipoteca que grave la vivienda familiar del concursado ya que ésta no es un bien afecto a su actividad profesional o empresarial o a una unidad

---

<sup>431</sup> BLANQUER UBEROS, R.; “La vivienda familiar...”...cit.; pág. 302.

<sup>432</sup> BLANQUER UBEROS, R.; “La vivienda familiar...”...cit.; págs. 310-312.

productiva. Sin embargo, cuando la hipoteca que se ejecute sí que grave un bien afecto, la declaración de concurso sí que suspenderá las actuaciones iniciadas.

En cuanto a la posibilidad de suspensión de las ejecuciones hipotecarias, una de las primeras resoluciones en las que se trata el tema de la suspensión de una ejecución hipotecaria cuando la misma recae sobre la vivienda habitual del concursado, es el Auto del Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona de 29 de diciembre de 2004 (AC 2005, 161)<sup>433</sup>.

La LEC contiene algunas normas que se refieren a la vivienda habitual del deudor ejecutado o de un tercero en relación con la ejecución singular, los tres artículos que vamos a señalar a continuación han sido todos ellos modificados por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, quedando de la siguiente manera<sup>434</sup>:

El artículo 593.3 LEC establece: “Tratándose de bienes cuyo dominio sea susceptible de inscripción registral, se ordenará, en todo caso, su embargo a no ser que el tercero acredite ser titular registral mediante la correspondiente certificación del Registrador, quedando a salvo el derecho de los eventuales titulares no inscritos, que podrá ejercitarse contra quien y como corresponda.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando el bien de cuyo embargo se trate sea la vivienda familiar del tercero y éste presentare al Tribunal el documento privado que justifique su adquisición, el Secretario judicial dará traslado a las partes y, si éstas, en el plazo de cinco días, manifestaren su conformidad en que no se realice el embargo, el Secretario se abstendrá de acordarlo”.

---

<sup>433</sup> HUALDE LÓPEZ, I.; “El problema de la vivienda habitual en el concurso del consumidor”...cit.; págs. 19-21.

<sup>434</sup> HUALDE LÓPEZ, I.; “El problema de la vivienda habitual en el concurso del consumidor”...cit.; pág. 8.

Aquí se ordenará el embargo de bienes cuyo dominio sea susceptible de inscripción registral, salvo que el tercero acredite la titularidad registral de los mismos mediante la correspondiente certificación del Registrador. Sin embargo, el párrafo segundo de dicho apartado, le exime de este requisito cuando el embargo tenga por objeto su vivienda familiar, siendo suficiente la presentación del documento privado justificativo de su adquisición.

Según el art. 693.3 LEC: “En el caso a que se refiere el apartado anterior, el acreedor podrá solicitar que, sin perjuicio de que la ejecución se despache por la totalidad de la deuda, se comunique al deudor que, hasta el día señalado para la celebración de la subasta, podrá liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviere vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados en todo o en parte. A estos efectos, el acreedor podrá solicitar que se proceda conforme a lo previsto en el apartado 2 del artículo 578.

Si el bien hipotecado fuese la vivienda familiar, el deudor podrá, aun sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de las cantidades expresadas en el párrafo anterior.

Liberado un bien por primera vez, podrá liberarse en segunda o ulteriores ocasiones siempre que, al menos, medien cinco años entre la fecha de la liberación y la del requerimiento de pago judicial o extrajudicial efectuada por el acreedor.

Si el deudor efectuase el pago en las condiciones previstas en los apartados anteriores, se tasarán las costas, que se calcularán sobre la cuantía de las cuotas atrasadas abonadas e intereses vencidos, y, una vez satisfechas éstas, el Secretario judicial dictará decreto liberando el bien y declarando terminado el procedimiento. Lo mismo se acordará cuando el pago lo realice un tercero con el consentimiento del ejecutante”.

Si el deudor efectuase el pago en las condiciones previstas en los apartados anteriores, se tasarán las costas, que se calcularán sobre la cuantía de las cuotas atrasadas abonadas, con el límite previsto en el artículo 575.1 bis LEC y, una vez satisfechas éstas, el Secretario judicial dictará decreto liberando el bien y declarando terminado el procedimiento. Lo mismo se acordará cuando el pago lo realice un tercero con el consentimiento del ejecutante.

En dicho artículo se le posibilita al deudor debilitar la ejecución mediante la consignación, antes del día de la celebración de la subasta, no del importe correspondiente a la totalidad del crédito hipotecario, vencido ya anticipadamente como consecuencia del impago de algún plazo, sino de la cantidad adeudada vencida a la fecha de la presentación de la demanda, junto a aquella cuyo vencimiento se ha producido a lo largo del proceso, los intereses de demora y las costas, calculadas sobre las cuotas atrasadas abonadas e intereses vencidos (art. 693.3- IV). Dicha posibilidad se reconduce en dos supuestos: cuando el acreedor lo solicite de manera expresa en el despacho de la ejecución (art.693.3-I), y siendo el bien ejecutado la vivienda familiar del deudor, cuando el deudor consigne las cantidades reseñadas, aún sin el consentimiento de aquél (art. 693.3-II). Una vez liberado el bien, no podrá volver a hacerse en sucesivas ocasiones hasta que transcurra un plazo de cinco años entre la fecha de liberación y el requerimiento de pago, judicial o extrajudicial, del acreedor (art. 693.3-III).

Otro artículo que da un tratamiento especializado a la vivienda habitual en el ámbito de la ejecución singular es el art. 704 LEC: “1. Cuando el inmueble cuya posesión se deba entregar fuera vivienda habitual del ejecutado o de quienes de él dependan, el Secretario judicial les dará un plazo de un mes para desalojarlo. De existir motivo fundado, podrá prorrogarse dicho plazo un mes más.

2. Si el inmueble a cuya entrega obliga el título ejecutivo estuviera ocupado por terceras personas distintas del ejecutado y de quienes con él compartan la utilización de aquél, el Secretario judicial responsable



de la ejecución, tan pronto como conozca su existencia, les notificará el despacho de la ejecución o la pendencia de ésta, para que, en el plazo de diez días, presenten los títulos que justifiquen su situación”.

En el apartado primero se recoge la hipótesis de que el inmueble que ha de ser entregado se encuentre ocupado, en concepto de vivienda habitual, por el ejecutado o las personas dependientes del mismo, lo que les hace acreedores del derecho a disfrutar del plazo de un mes para proceder a su desalojo, a los efectos de que puedan buscar un nuevo inmueble al que trasladar su residencia; plazo cuya concesión por el Secretario judicial es obligatoria.

Ahora, la última ley que ha reformado los artículos de la LEC relativos a los procesos judicial y extrajudicial de ejecución de la vivienda habitual, y que merece un estudio detallado es la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. Seguida de alguna modificación aclaratoria de preceptos de la LEC por la Disposición final 4ª de la Ley 8/2013 de 26 de junio de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas<sup>435</sup>.

Tal y como se expone en el Preámbulo de dicha Ley: “La atención a las circunstancias excepcionales que atraviesa nuestro país, motivadas por la crisis económica y financiera, en las que numerosas personas que contrataron un préstamo hipotecario para la adquisición de su vivienda habitual se encuentran en dificultades para hacer frente a sus

---

<sup>435</sup> Para un estudio más detallado de la Disposición final 4ª de la Ley 8/2013 de 26 de junio de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas: PACHECO JIMÉNEZ, Mª N.; “Resumen y comentario de la Ley 8/2013, de 26 junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas”, *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, n.º. 6, 2013, págs. 267-280; AGÜERO ORTIZ, A.; “Plan estatal de fomento del alquiler de viviendas, rehabilitación edificatoria, y regeneración y renovación urbanas 2013-2016”, *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, n.º. 6, 2013, págs.253-266; CORCHERO, M. y SÁNCHEZ PÉREZ, L.; “Las 14 claves de la Ley de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas (ley 8/2013, de 26 de junio)”, *Iuris, edit. La Ley*, n.º. 195/196, Julio 2013, págs. 1-8; BERROCAL LANZAROT, A. I.; “Primeras reflexiones sobre la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas”, *Actualidad Civil, edit. La Ley*, junio 2013.

obligaciones, exige la adopción de medidas que, en diferentes formas, contribuyan a aliviar la situación de los deudores hipotecarios.

Si bien la tasa de morosidad en nuestro país es baja, hay que tener muy presente el drama social que supone, para cada una de las personas o familias que se encuentran en dificultades para atender sus pagos, la posibilidad de que, debido a esta situación, puedan ver incrementarse sus deudas o llegar a perder su vivienda habitual<sup>436</sup>.

El esfuerzo colectivo que están llevando a cabo los ciudadanos de nuestro país con el fin de superar de manera conjunta la situación de dificultad que atravesamos, requiere que, del mismo modo y desde todos los sectores, se continúen adoptando medidas para garantizar que ningún ciudadano es conducido a una situación de exclusión social.

Con este fin, es necesario profundizar en las líneas que se han ido desarrollando en los últimos tiempos, para perfeccionar y reforzar el marco de protección a los deudores que, a causa de tales circunstancias

---

<sup>436</sup> En este sentido se expresa también, CASADO ROMÁN, J.; “Análisis procesal del Real Decreto Ley de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios”, *Diario La Ley*, n.º. 7991, sección tribuna, 27 Dic. 2012, pág. 11. Para un estudio detallado sobre el debate de totalidad del RDL 27/2012 de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, AGÜERO ORTIZ, A.; “Proyecto de Ley de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios”, *Revista Cesco de Derecho de consumo*, n.º. 5, 2013, págs. 262-272.

Tal y como dice JUAN GÓMEZ, M.; “Un “zombi” llamado disposición adicional sexta”, *Diario La Ley*, n.º. 8102, junio 2013, págs. 1-2: “Dicha norma tiene por finalidad esencial la de dotar de mayores defensas a los deudores afectados, en acto o en potencia, por una ejecución hipotecaria, en atención a su incapacidad de hacer frente al compromiso de pago concertado en tiempos mejores...la ley 1/2013 ha nacido en medio de una situación de gran demanda y drama social que ha impulsado la reforma del proceso de ejecución hipotecaria, así como de gran parte del marco legislativo que regula las situaciones que anteceden y que suceden al referido procedimiento especial”. Y DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y. y RUIZ-RICO RUIZ, J.M.; “Aspectos procesales y civiles de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de deudores hipotecarios”, *Revista General de Derecho Procesal*, n.º. 31, 2013, pág. 2: “La promulgación de la Ley 1/2013 de 14 de mayo, sobre Medidas para reforzar la protección de deudores hipotecarios ha venido a ser el resultado de todo un movimiento social de defensa de quienes se hallan en difícil situación para hacer frente a los pagos de sus préstamos hipotecarios, que ha acabado forzando al parlamento a dar respuesta a sus reivindicaciones. Sin embargo, como sabemos, el texto legal no ha satisfecho esas aspiraciones, al haber quedado a medio camino...las novedades introducidas en el ámbito procesal y civil han sido en general, fuera de algunas medidas merecedoras de una valoración positiva, insuficientes, y solo cabe esperar que los jueces y Tribunales busquen las soluciones más razonables de entre aquellas que ofrecen la nueva normativa”.

excepcionales, han visto alterada su situación económica o patrimonial y se han encontrado en una situación merecedora de protección”.

Cuando el contrato de préstamo hipotecario celebrado entre un particular y una entidad financiera para financiar la compra de la vivienda habitual del mismo, se entiende como contrato de consumo, se le aplicará la legislación protectora de los consumidores, tanto nacional como europea para defender los derechos de éstos<sup>437</sup>. Tal y como indica GOÑI<sup>438</sup>, los contratos bancarios se asemejan al contrato de adhesión en tanto que son contratos en masa, de ahí que dichos contratos contengan un formulario tipo donde poco se puede negociar por parte de las partes contratantes, rechazando o aceptando lo que allí se establezca. Esas cláusulas pre-redactadas, generalizadas, que se aplicarán en todos los contratos del mismo tipo, son condiciones generales de la contratación por lo que deberán rechazarse aquellas cláusulas que sean consideradas nulas según el art. 8 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC): “serán nulas las condiciones que contravengan lo dispuesto en esta Ley y las que se consideren abusivas”. Dicha Ley incorpora la Directiva 93/13 (CEE) del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Tal y como se indica en el Preámbulo de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa

---

<sup>437</sup> Según el autor BASTANTE GRANELL, V.; “Mediación hipotecaria: una solución al problema del sobreendeudamiento de los particulares”, *Anales de Derecho*, n.º 31, 2013, pág. 16: “Tras los intentos fallidos en el Parlamento de instaurar una norma sobre sobreendeudamiento de los consumidores, o de completa protección del deudor frente a las ejecuciones hipotecarias, y ante la necesidad de ofrecer una solución definitiva a este problema, distintas Comunidades Autónomas, Diputaciones Provinciales y Ayuntamientos, como ya se ha dicho, haciendo uso de la competencia en la defensa de consumidores y usuarios, o en materia de vivienda, han puesto a disposición de los ciudadanos el novedoso y solicitado procedimiento de mediación hipotecaria”.

<sup>438</sup> GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.; “El procedimiento de ejecución de bienes hipotecados cuando existen cláusulas abusivas en el préstamo hipotecario que lo originó: consecuencias de la STJUE, de 14 de marzo de 2013, y de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º. 738, 2013, págs. 2667-2669.

de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre: “Con fecha 22 de noviembre de 2011 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. La citada directiva procede a derogar la normativa europea vigente sobre la protección de los consumidores en los contratos celebrados a distancia y los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, estableciendo un nuevo marco legal en esta materia, al tiempo que modifica la normativa europea sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo”. Mediante esta Ley 3/2014, de 27 de marzo, y a fin de transponer al derecho interno la Directiva 2011/83/UE se procede a modificar el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias que derogaba la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (LDCU, Ley 26/1984, de 19 de julio). También tenemos que destacar la importancia de la reciente Directiva 2014/17/UE que otorga especial importancia a la información en la contratación y la concesión de crédito responsable<sup>439</sup>.

Dicha autora añade que aunque las cláusulas de un préstamo hipotecario no se consideren como condiciones generales de la contratación, como se trata de un contrato entre un empresario y un consumidor, los artículos 59, 80 y ss. de la LDCU también se aplicarán

---

<sup>439</sup> Más información sobre la Directiva 2014/17/UE la podemos encontrar en MARTÍNEZ ESCRIBANO, C.; “La depreciación del inmueble en la ejecución hipotecaria: tensiones entre acreedor y deudor y las últimas reformas legales”, Revista para el análisis del Derecho, abril 2014, págs. 22-25.

para el caso del deudor-persona física que contrata el préstamo hipotecario para financiar la adquisición de su vivienda. Dentro de este contexto destacamos la figura del juez de lo mercantil nº 3 de Barcelona que detectó los problemas que se plantean con la correcta interpretación y aplicación de la Directiva 93/13, sobre cláusulas abusivas, en lo que se refiere al procedimiento de ejecución hipotecaria español. Según GONZÁLEZ CLAVIJO<sup>440</sup>: “el procedimiento de ejecución hipotecaria español, no permitía la alegación de la nulidad de una cláusula del contrato supuestamente abusiva como causa de oposición, obligando por tanto al deudor a acudir a un procedimiento declarativo que, a su vez, prohíbe la paralización de la ejecución hipotecaria. La correcta vinculación de ambos litigios permitió al TJUE admitir la cuestión prejudicial planteada para dar una respuesta útil al juez nacional”.

Así pues, se procede a modificar el procedimiento ejecutivo<sup>441</sup> a efectos de que, de oficio o a instancia de parte, el órgano judicial competente

---

<sup>440</sup> GONZÁLEZ CLAVIJO, J.R.; “Comentarios sobre la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) de 14 de marzo de 2013 (asunto C-415/11, Mohamed Aziz-CatalunyaCaixa)”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº. 30, 2013, pág. 1.

<sup>441</sup> Como bien indica GONZÁLEZ CLAVIJO, J.R.; “Comentarios sobre la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea...”...cit.; págs. 10-11: “Esta nueva regulación pretende reforzar el carácter propiamente jurisdiccional de estas ejecuciones, que ha sido discutido en ocasiones, y al mismo tiempo regula de manera unitaria las ejecuciones de créditos con garantía real, eliminando la multiplicidad de regulaciones existentes, para, finalmente, ordenar de manera más adecuada a las actuales causas de suspensión de la ejecución, distinguiendo las que constituyen verdaderos supuestos de oposición a la ejecución (extinción de la garantía hipotecaria o del crédito y disconformidad con el saldo reclamado por el acreedor), de los supuestos de tercería de dominio y prejudicialidad penal, aunque manteniendo, en todos los casos, el carácter restrictivo de la suspensión del procedimiento”. Añade que: “se establece por lo tanto un proceso de ejecución procesal, en el que, en todo lo no previsto, se aplicarán las normas generales sobre ejecución forzosa, pero con especialidades de gran relevancia, y todo ello, sin perjuicio de la posibilidad que siempre tiene el acreedor de acudir al proceso declarativo ordinario, lo que será infrecuente; al procedimiento de ejecución ordinaria, a través del cual la ejecución no quedaría limitada al bien hipotecado, sino que podrá abarcar la totalidad del patrimonio del deudor, y ello sin perjuicio de acudir al procedimiento extrajudicial de realización de garantías...”

También cita a FERRER GUTIÉRREZ, A.; en XIOL RÍOS, J.A (coord.), LEC. Comentarios y jurisprudencia, edit. Sepin, Madrid, 2008, que señala: “Las circunstancias han cambiado por haberse producido un cambio en la concepción de la garantía real, ya que antes se presumía que la vivienda dada en garantía, por su

pueda apreciar la existencia de cláusulas abusivas en el título ejecutivo y, como consecuencia, decretar la improcedencia de la ejecución o, en su caso, su continuación sin aplicación de aquéllas consideradas abusivas. Dicha modificación se adopta como consecuencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, dictada en el asunto, por la que se resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona respecto a la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993. Como consecuencia de dicha Sentencia y ante la inseguridad y vaivenes jurídicos que se estaban produciendo en los distintos tribunales menores fue necesario y urgente que se adoptara un cambio legislativo que recogiera los pronunciamientos de la STJUE y cambios legislativos necesarios para acatar y obedecer esta sentencia, adaptando nuestra legislación a las exigencias de la normativa europea con el objetivo de defender al deudor hipotecario. Así es como surge la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (BOE de 15 de mayo de 2013) que establece medidas relativas a la suspensión de los lanzamientos sobre viviendas habituales de colectivos especialmente vulnerables (Capítulo I)<sup>442</sup>, medidas de mejora del

---

propio valor, era suficiente para responder del pago de la deuda, lo que ha dejado de ser así por la evolución del mercado, por depreciación del bien o, añadimos nosotros, por una sobretasación del mismo”.

<sup>442</sup> Preámbulo Ley 1/2013, 14 de mayo: “El Capítulo I prevé la suspensión inmediata y por un plazo de dos años de los desahucios de las familias que se encuentren en una situación de especial riesgo de exclusión. Esta medida, con carácter excepcional y temporal, afectará a cualquier proceso judicial de ejecución hipotecaria o venta extrajudicial por el cual se adjudique al acreedor la vivienda habitual de personas pertenecientes a determinados colectivos. En estos casos, la Ley, sin alterar el procedimiento de ejecución hipotecaria, impide que se proceda al lanzamiento que culminaría con el desalojo de las personas.

La suspensión de los lanzamientos afectará a las personas que se encuentren dentro de una situación de especial vulnerabilidad. En efecto, para que un deudor hipotecario se encuentre en este ámbito de aplicación será necesario el cumplimiento de dos tipos de requisitos. De un lado, los colectivos sociales que van a poder acogerse son las familias numerosas, las familias monoparentales con dos hijos a cargo, las que tienen un menor de tres años o algún miembro con discapacidad o dependiente, o en las que el deudor hipotecario se encuentre en situación de desempleo y haya agotado las prestaciones sociales o, finalmente, las víctimas de violencia de género.

Asimismo, en las familias que se acojan a esta suspensión, los ingresos no podrán superar el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples. Este

sistema hipotecario (Capítulo II)<sup>443</sup> y mejoras en el procedimiento de ejecución hipotecaria (Capítulo III)<sup>444</sup>, dicho capítulo III tal y como

---

límite se eleva respecto de unidades familiares en las que algún miembro sea persona con discapacidad o dependiente o que conviva con personas con discapacidad o dependientes. Además, es necesario que, en los cuatro años anteriores al momento de la solicitud, la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas, en términos de esfuerzo de acceso a la vivienda.

La alteración significativa de sus circunstancias económicas se mide en función de la variación de la carga hipotecaria sobre la renta sufrida en los últimos cuatro años. Finalmente, la inclusión en el ámbito de aplicación pasa por el cumplimiento de otros requisitos, entre los que se pueden destacar que la cuota hipotecaria resulte superior al 50 por ciento de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar, o que se trate de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor y concedido para la adquisición de la misma.

La trascendencia de esta previsión normativa es indudable, pues garantiza que durante este período de tiempo, los deudores hipotecarios especialmente vulnerables no puedan ser desalojados de sus viviendas, con la confianza de que, a la finalización de este período, habrán superado la situación de dificultad en que se puedan encontrar en el momento actual.

Para estos deudores especialmente vulnerables se prevé además que la deuda que no haya podido ser cubierta con la vivienda habitual no devengue más interés de demora que el resultante de sumar a los intereses remuneratorios un dos por cien sobre la deuda pendiente”.

<sup>443</sup> Preámbulo Ley 1/2013, 14 de mayo: “El Capítulo II introduce mejoras en el mercado hipotecario a través de la modificación de la LH, Texto Refundido según Decreto de 8 de febrero de 1946; la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario; y la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria. Especialmente relevante es el hecho de que, para las hipotecas constituidas sobre vivienda habitual, se limitarán los intereses de demora que pueden exigir las entidades de crédito a tres veces el interés legal del dinero. Además, se prohíbe expresamente la capitalización de estos intereses y se establece que, en caso de que el resultado de la ejecución fuera insuficiente para cubrir toda la deuda garantizada, dicho resultado se aplicará en último lugar a los intereses de demora, de tal forma que se permita en la mayor medida posible que el principal deje de devengar interés. Adicionalmente se fortalece en la LH el régimen de venta extrajudicial de bienes hipotecados. Por otro lado, se refuerza la independencia de las sociedades de tasación respecto de las entidades de crédito.

En la venta extrajudicial se introduce la posibilidad de que el Notario pueda suspender la misma cuando las partes acrediten que se ha solicitado al órgano judicial competente, en la forma prevista por el artículo 129 de la LH, que dicte resolución decretando la improcedencia de dicha venta, por existir cláusulas abusivas en el contrato de préstamo hipotecario, o su continuación sin la aplicación de las cláusulas abusivas. Además, se faculta expresamente al Notario para que advierta a las partes de que alguna cláusula del contrato puede ser abusiva. Dichas modificaciones se adoptan como consecuencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, dictada en el asunto por el que se resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil n.º. 3 de Barcelona respecto a la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993”.

indica la exposición de motivos es consecuencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, y procede a modificar algunos artículos de la LEC, y la modificación del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos (Capítulo IV)<sup>445</sup>, incluyendo como anexo el Código de Buenas Prácticas para la

---

<sup>444</sup> Preámbulo Ley 1/2013, 14 de mayo: “El Capítulo III recoge diferentes modificaciones a la LEC con el fin de garantizar que la ejecución hipotecaria se realiza de manera que los derechos e intereses del deudor hipotecario sean protegidos de manera adecuada y, en su conjunto, se agilice y flexibilice el procedimiento de ejecución. En particular, como medida de gran relevancia, se establece la posibilidad de que si tras la ejecución hipotecaria de una vivienda habitual aún quedara deuda por pagar, durante el procedimiento de ejecución dineraria posterior se podrá condonar parte del pago de la deuda remanente, siempre que se cumpla con ciertas obligaciones de pago. Además, se permite que el deudor participe de la eventual revalorización futura de la vivienda ejecutada. Por otro lado, se facilita el acceso de postores a las subastas y se rebajan los requisitos que se imponen a los licitadores, de modo que, por ejemplo, se disminuye el aval necesario para pujar del 20 al 5 por cien del valor de tasación de los bienes. Asimismo se duplica, en idéntico sentido, el plazo de tiempo para que el rematante de una subasta consigne el precio de la adjudicación. Se introducen determinadas mejoras en el procedimiento de subasta, estableciéndose que el valor de tasación a efectos de la misma no podrá ser inferior al 75 por cien del valor de tasación que sirvió para conceder el préstamo. Anteriormente no existía ningún límite para el tipo de subasta. Además, en caso de que la subasta concluyera sin postor alguno, se incrementan los porcentajes de adjudicación del bien. En concreto, se elevaría del 60 por cien hasta un máximo del 70 por cien, siempre para los supuestos de vivienda habitual.

Este Capítulo recoge también la modificación del procedimiento ejecutivo a efectos de que, de oficio o a instancia de parte, el órgano judicial competente pueda apreciar la existencia de cláusulas abusivas en el título ejecutivo y, como consecuencia, decretar la improcedencia de la ejecución o, en su caso, su continuación sin aplicación de aquéllas consideradas abusivas. Dicha modificación se adopta como consecuencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, dictada en el asunto, por la que se resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil nº. 3 de Barcelona respecto a la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993”.

<sup>445</sup> Preámbulo Ley 1/2013, 14 de mayo: “El Capítulo IV modifica el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, tanto en lo que afecta al ámbito de aplicación, como en lo relativo a las características de las medidas que pueden ser adoptadas.

Adicionalmente, esta Ley incluye un mandato al Gobierno para que emprenda inmediatamente las medidas necesarias para impulsar, con el sector financiero, la constitución de un fondo social de viviendas destinadas a ofrecer cobertura a aquellas personas que hayan sido desalojadas de su vivienda habitual por el impago de un préstamo hipotecario. Este fondo debiera movilizar un amplio parque de viviendas, propiedad de las entidades de crédito, en beneficio de aquellas familias que solo pueden acceder a una vivienda en caso de que las rentas se ajusten a la escasez de sus ingresos”.



reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual<sup>446</sup>.

De entre las reformas que se han llevado a cabo en el Capítulo III “Medidas de mejora en el procedimiento de ejecución hipotecaria”, destacamos las siguientes:

- Se suspende hasta el 15 de mayo de 2015 los lanzamientos sobre viviendas habituales de determinadas familias con escasos recursos económicos.

- La modificación de los arts. 552 y 561.1 LEC<sup>447</sup>: se concede un plazo de 15 días de audiencia a las partes para efectuar alegaciones respecto a la eventual apreciación de oficio de la abusividad de cláusulas del contrato. Efectuadas las alegaciones, el tribunal resolverá en 5 días la improcedencia de la ejecución o la continuación de la misma con inaplicación de las cláusulas declaradas abusivas. En opinión de MARTÍN PASTOR<sup>448</sup>, aplicando analógicamente lo dispuesto por el art. 560, II a IV LEC para la sustanciación de la oposición a la ejecución por motivos de fondo, la celebración de la vista únicamente resultará procedente cuando alguna de las partes la solicite y el Tribunal entienda que la decisión sobre el carácter abusivo de la cláusula no puede tomarse con los documentos aportados por aquellas. Por lo que considera que el juez deberá conceder a las partes de la ejecución un plazo no superior a cinco días para que se manifiesten por escrito sobre el carácter abusivo de dicha cláusula. Y del art. 552.1-II LEC dice que es criticable al permitir el control de oficio del carácter abusivo de una

---

<sup>446</sup> GONZÁLEZ CLAVIJO, J.R.; “Comentarios sobre la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea...”...cit.; pág. 30.

<sup>447</sup> AGÜERO ORTIZ, A.; “Medidas introducidas por la Ley 1/2013, comparativa con el RDL 6/2012, y el soterramiento de la ILP”, *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, n.º. 6, 2013, pág. 69.

<sup>448</sup> MARTÍN PASTOR, J.; “La Ley 1/2013 de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social”, *Actualidad Civil, Diario la Ley*, n.º. 8085, sección documento on-line, 17 mayo 2013, pág. 2.

cláusula y no contemplar que el Tribunal de la ejecución pueda examinar si alguna cláusula es nula por una causa diferente. Si una cláusula es nula por ser abusiva, se pregunta dicho autor por qué no se permite al Tribunal el control de las restantes nulidades de pleno derecho que puedan resultar del título ejecutivo<sup>449</sup>.

- Adición apartado 4º al art. 695 LEC<sup>450</sup>: se añade como causa de oposición a la ejecución el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible. En caso de oposición de una de las partes por este motivo, el Secretario Judicial ordenará la suspensión del proceso, citando a las partes para su comparecencia ante el Tribunal, mediando al menos 15 días entre la citación y la comparecencia. Si la cláusula abusiva hubiera determinado la ejecución, se acordará el sobreseimiento de la misma, en caso contrario se continuará la ejecución inaplicando dicha cláusula (art. 695.3 LEC). Al igual que en el procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria, se permitirá apreciar las cláusulas abusivas por el propio notario<sup>451</sup>. Dicha modificación surge a raíz de la STJUE de 14 de marzo de 2013 y es valorada positivamente por varios autores tales como GOÑI<sup>452</sup> quien

---

<sup>449</sup> En este sentido, ACHÓN BRUÑÉN, MªJ.; “Modificaciones del proceso de ejecución por la Ley de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social: deficiencias y problemas prácticos”, *Diario La Ley*, edit. La Ley, n.º. 8087, 2013, pág. 2.

<sup>450</sup> AGÜERO ORTIZ, A.; “Medidas introducidas por la Ley 1/2013, comparativa con el RDL 6/2012...”...cit.; pág. 69; GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.; “El procedimiento de ejecución de bienes hipotecados...”...cit.; págs. 2684-2685.

<sup>451</sup> SOTILLO MARTÍ, A.; [www.uv.es/seminaridret](http://www.uv.es/seminaridret), *Segunda oportunidad y derecho concursal*, Seminario interdisciplinar Facultad de Derecho, Valencia, 30 de Octubre de 2013, pág. 17; también en “Segunda oportunidad y Derecho concursal”, *El cronista del estado social y democrático de Derecho*, edit. Iustel, n.º. 44, 2014, pág. 72: indica que no queda tan claro que un notario pueda apreciar de oficio el posible carácter abusivo de alguna cláusula ya que el tenor del nuevo art. 129.2.f de la LH parece exigir que cualquiera de las partes plantee ante el juez de 1ª instancia competente el carácter abusivo de la cláusula y, una vez resuelto continuará o no el notario la venta extrajudicial.

<sup>452</sup> GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.; “El procedimiento de ejecución de bienes hipotecados...”...cit.; págs. 2685-2686.

señala que “es digno de elogio que el legislador haya admitido la apreciación de oficio de las cláusulas abusivas por parte del juez, así como la posibilidad de continuar la ejecución sin aplicar las cláusulas cuando ello fuera posible, en vez de abogar por una nulidad total del título ejecutivo y con ella del procedimiento de ejecución, como ha puesto de relieve alguna desafortunada resolución judicial ya comentada”, y en este sentido también se pronuncia GONZÁLEZ CLAVIJO<sup>453</sup>.

- Una vez que el juez aprecia la cláusula abusiva tendrá la facultad de decidir si sigue adelante con la ejecución ahora bien calculada y sin aplicar las cláusulas abusivas o bien, si declara la improcedencia de la ejecución total, al considerar que dicha cláusula abusiva nula afecta a la totalidad del título (art. 561 LEC)<sup>454</sup>.

- La Ley da criterios objetivos para saber cuándo estamos ante una cláusula abusiva en dos supuestos: las cláusulas de vencimiento anticipado, y las cláusulas de intereses de demora. En relación con las cláusulas de vencimiento anticipado, el art. 693 LEC indica que solo se puede iniciar la ejecución hipotecaria ante un impago de las cuotas de tres meses, y ya no de una sola cuota como sucedía anteriormente<sup>455</sup>. Y

---

<sup>453</sup> GONZÁLEZ CLAVIJO, J.R.; “Comentarios sobre la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea...”...cit.; pág. 31.

<sup>454</sup> GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.; “El procedimiento de ejecución de bienes hipotecados...”...cit.; pág. 2685.

<sup>455</sup> En relación con el nuevo art. 693 LEC, ACHÓN BRUÑÉN, M<sup>a</sup>J.; “Modificaciones del proceso de ejecución por la Ley...”... págs. 10-11, considera:

- “Que se debería haber previsto la posibilidad de aumentar el número de mensualidades impagadas que pueden dar lugar al vencimiento anticipado de todo el préstamo hipotecario cuando concurrieran ciertas circunstancias excepcionales como desempleo de larga duración, enfermedad grave o discapacidad en grado de dependencia de alguno de los miembros de la familia.
- Que hubiera sido oportuno que se concediera no solo al deudor sino a todo el que ostenta en el procedimiento hipotecario la condición de ejecutado (hipotecante no deudor y tercer poseedor) la facultad de liberar su vivienda hipotecada pagando lo debido hasta ese momento sin el consentimiento del ejecutante. Además dicha prerrogativa se debería haber hecho extensiva a todo tipo de inmuebles y no solo a la vivienda habitual del deudor.
- Que se debería haber permitido ejercitar dicho derecho cuantas veces se inicie un procedimiento hipotecario y no solo una vez cada tres años, ya que, en otro

en lo que se refiere a las cláusulas de intereses de demora, se prevé que los intereses moratorios no puedan superar tres veces el interés legal del dinero, y solo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago, poniendo cota a los abusivos intereses de demora, tal y como se establece en la nueva redacción del art. 114 LH, para los préstamos o créditos destinados a adquirir la vivienda habitual. Por lo que a partir de ahora, cualquier préstamo o crédito hipotecario de vivienda habitual que supere esos límites puede ser considerado abusivo. En palabras de GOÑI<sup>456</sup>, “estamos de acuerdo con estos cambios legislativos...son medidas, además de necesarias, adecuadas, dan soluciones y mejoran la posición del deudor. A lo mejor, habría sido bueno también fomentar el papel del control registral e incluso notarial de las cláusulas abusivas, pero, en términos generales, los cambios previstos son buenos y consiguen adecuar la legislación española a la europea y dan, por tanto, cumplimiento a la sentencia”.

- “No es preciso que el consumidor plantee una demanda juicio declarativo, sino que el carácter abusivo de las cláusulas se dirime en el propio proceso de ejecución. Por eso no habrá anotación preventiva de tal demanda, no siendo de aplicación el art. 131 LH que ordena la cancelación de tales anotaciones con la purga de la hipoteca”<sup>457</sup>.

- Con la modificación del art. 579 LEC se ha rozado el tratamiento de la discharge de la vivienda habitual o exoneración del pasivo pendiente tras la ejecución hipotecaria. “De este modo se limita la continuación de la ejecución contra el patrimonio del deudor por el resto de la cantidad adeudada tras su adjudicación y se hace partícipe al deudor en la

---

caso, puede llegar a sufrir el lanzamiento de su vivienda quien se ha puesto al corriente de pago por el mero hecho de no haber transcurrido un plazo mínimo desde que ejerció esa misma facultad”.

<sup>456</sup> GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.; “El procedimiento de ejecución de bienes hipotecados...”...cit.; págs. 2686-2687.

<sup>457</sup> SOTILLO MARTÍ, A.; [www.uv.es/seminaridret](http://www.uv.es/seminaridret), *Segunda oportunidad y derecho concursal*...cit.; pág. 17; también en “Segunda oportunidad y Derecho concursal”...cit.; pág. 72

plusvalía que se obtenga por el acreedor ejecutante en la posterior venta del inmueble que él se haya adjudicado (nuevo artículo 579.2 LEC<sup>458</sup>). Esto se aplica también a la venta extrajudicial notarial (nuevo artículo 129.2.h LH). Si el remate aprobado fuera insuficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante, la ejecución no se suspende por la cantidad que reste, pero el ejecutado quedará liberado si su responsabilidad queda cubierta en el plazo de cinco años desde la fecha del remate o adjudicación por el 65% de la cantidad total pendiente incrementada en el interés legal del dinero. Si esto no fuera

---

<sup>458</sup> Por un lado, ACHÓN BRUÑÉN, M<sup>a</sup>J.; “Modificaciones del proceso de ejecución por la Ley...”...cit.; págs. 11-13, dice que pese a la reforma del art. 579, éste sigue refiriéndose tan solo a “cuando subastados los bienes su producto hubiera sido insuficiente para cubrir lo reclamado, no contemplando el caso de que en el procedimiento hipotecario no se llegue tan siquiera a celebrar la subasta por falta de postores y que el ejecutante se adjudique el bien. Tampoco se ha tenido en cuenta que la enajenación se puede realizar por otros mecanismos alternativos a la subasta como el convenio de realización o la venta por persona o entidad especializada. Por otro lado, le parece más acertado el párrafo segundo del art. 579 en su apartado a) donde se prevé que el ejecutado llegue a quedar liberado si en el plazo de cinco años desde la fecha del decreto de aprobación del remate o adjudicación su responsabilidad quedara cubierta en el 65% de la cantidad total que le quedara pendiente, incrementada exclusivamente en el interés legal del dinero hasta el momento del pago. La posibilidad de que el ejecutado quede liberado también opera en los mismos términos si no pudiendo satisfacer el 65% dentro del plazo de 5 años, satisficiera el 80% dentro de 10 años. Según dicho autor hubiera sido conveniente que se hubiera previsto un plazo mínimo desde la finalización del procedimiento hipotecario sin que el acreedor pudiera presentar demanda de ejecución ordinaria para dirigirse contra el resto del patrimonio del deudor. Y es que el inmediato inicio de un proceso de ejecución ordinaria contra quien ha perdido su vivienda habitual hipotecada a fin de embargarle la parte legal de su sueldo o pensión y los pocos bienes que le hayan podido quedar puede abocarle a una situación de auténtica indigencia. Por lo menos, en el apartado b) del art. 579.2 se intenta evitar el enriquecimiento injusto del ejecutante, al prever que si se hubiere aprobado el remate o la adjudicación a favor del ejecutante o de aquel a quien éste le hubiera cedido su derecho (cesionario del remate) y estos o cualquier sociedad de su grupo, procedieren dentro del plazo de 10 años a la enajenación de la vivienda, la deuda remanente que corresponda pagar al ejecutado en el momento de la enajenación de la vivienda se verá reducida en un 50% de la plusvalía obtenida en tal venta para cuyo cálculo se deducirán todos los costes que debidamente acredite el ejecutante. No entiende que solo se le descuenta de lo debido el 50% de la ganancia obtenida en la ulterior enajenación de su vivienda, ya que lo justo sería que fuera la totalidad, deduciendo en su caso, los costes de las operaciones de venta. Tampoco comprende que esta previsión legal solo afecte a los inmuebles que ostentan la consideración de vivienda habitual; ya que el legislador parece no reparar en que muchos empresarios están perdiendo los locales en que tenían instalados sus negocios y si se quiere fomentar el empleo en este país, justo resulta concederles alguna prerrogativa legal. Añade que como el legislador no lo excluye puede ocurrir que se apliquen los dos beneficios incluidos en los apartados a) y b) del art. 579 conjuntamente quedando el deudor liberado por haber saldado el 65% de la cantidad que le quedare pendiente en cinco años o el 80% en diez años a consecuencia de restar de la deuda el 50% de la plusvalía obtenida por la venta de la vivienda”.

posible quedará liberado en los mismos términos si consigue abonar el 80% en un plazo de diez años”<sup>459</sup>.

- Pero tal y como indica GONZÁLEZ CLAVIJO<sup>460</sup>, las disposiciones transitorias segunda y cuarta son las que causan especial preocupación. La disposición transitoria segunda por referirse a la limitación de los intereses de demora de hipotecas constituidas sobre vivienda habitual constituidas antes de la entrada en vigor de la Ley, por el carácter restrictivo de la misma y la concesión de un plazo de 10 días a la ejecutante para que se proceda a recalcular la cantidad por la que se solicita se despache ejecución, lo que supone conceder la facultad de moderación de una cláusula que en sí misma era abusiva, en contra de lo previsto por la jurisprudencia del TJUE. Y la disposición transitoria cuarta, en cuanto regula el régimen transitorio en los procesos de ejecución, dice que en aquellos procesos que ya hubieren sido iniciados a la entrada en vigor de la Ley, se concederá un plazo preclusivo de un mes, que comenzará el día siguiente de la entrada en vigor de la Ley, para formular un incidente extraordinario de oposición basado en la existencia de cláusulas abusivas en el contrato (plazo que ya ha finalizado)<sup>461</sup>. Según GONZÁLEZ CLAVIJO, este mecanismo extraordinario de oposición a la ejecución puede ser insuficiente a los efectos de garantizar el alto nivel de protección del consumidor que exige la normativa comunitaria.

Asimismo, y siguiendo a AGÜERO<sup>462</sup> se insertan una serie de medidas paralelas e inherentes al proceso de ejecución hipotecaria, cuya

---

<sup>459</sup> SOTILLO MARTÍ, A.; [www.uv.es/seminaridret](http://www.uv.es/seminaridret), *Segunda oportunidad y derecho concursal*...cit.; págs. 17-18; también en también en “Segunda oportunidad y Derecho concursal”...cit.; pág. 72.

<sup>460</sup> GONZÁLEZ CLAVIJO, J.R.; “Comentarios sobre la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea...”...cit.; págs. 31-32.

<sup>461</sup> AGÜERO ORTIZ, A.; “Medidas introducidas por la Ley 1/2013, comparativa con el RDL 6/2012...”...cit.; págs. 69-70.

<sup>462</sup> AGÜERO ORTIZ, A.; “Medidas introducidas por la Ley 1/2013, comparativa con el RDL 6/2012...”...cit.; págs. 70-71.

pretensión es reforzar la protección del deudor hipotecario en los estadios previos y posteriores a la ejecución hipotecaria, tales como:

a) La aplicación de una quita sobre la deuda restante tras la ejecución hipotecaria si el deudor paga el 65 % de la deuda remanente pendiente en el quinto año desde la adjudicación del bien, o si paga el 80 % en el décimo año;

b) La participación del deudor en la plusvalía. Si el ejecutante fuera el adjudicatario y éste cediera su derecho en los diez años siguientes, el 50 % de la plusvalía obtenida reducirá la deuda remanente;

c) El establecimiento de un mínimo en el valor de tasación que sirva de tipo para la subasta, que no podrá ser inferior al 75 % del valor de la tasación original;

d) La elevación del 60 % al 70 % del valor de tasación por el que el banco puede adjudicarse la vivienda habitual del deudor en caso de que la subasta quede desierta;

e) La reducción de la deuda hasta en un 2 % del valor del bien, si el ejecutado colaboradora con los requerimientos del tribunal para facilitar la subasta y consiente la inspección del inmueble;

f) La prohibición de vencimiento anticipado de la deuda a plazos hasta que no se hubieren producido tres impagos;

g) La limitación de las costas del proceso que no podrán superar el 5 % del importe de la deuda;

h) La fijación de un orden de imputación de la cantidad obtenida por la ejecución, si fuera insuficiente para satisfacer la totalidad de la

deuda: intereses remuneratorios, principal (limitando así la generación de intereses), intereses moratorios y costas.

Dicha autora añade que la disposición adicional primera encomienda al Gobierno la constitución de un fondo social de viviendas de propiedad de las entidades de crédito destinadas a ofrecer cobertura a quienes hayan sido desalojados de su vivienda habitual por el impago del préstamo hipotecario. Y, por su parte, la disposición final tercera modifica la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones permitiendo, durante dos años, a los partícipes de los planes de pensiones o seguros colectivos que instrumenten compromisos de pensiones, hacer efectivos sus derechos consolidados en un pago único, para evitar la pérdida de la vivienda.

Para finalizar con este punto podemos comentar que como en esta nueva Ley 1/2013 de 14 de mayo se integran las regulaciones contenidas en el Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo y el Real Decreto-Ley 27/2012, de 15 de Noviembre, tal y como indican DE LUCCHI y RUIZ-RICO<sup>463</sup>, se mantiene la cobertura especial de los deudores hipotecarios en situación de exclusión social o con graves problemas de impago de su deuda por razón de insolvencia pero sin añadir mucho ni modificar lo antes regulado en dichos Decretos. Destaca que, respecto de la suspensión del lanzamiento por un plazo de dos años, como medida beneficiosa para los deudores especialmente vulnerables prevista en el Real Decreto-Ley 27/2012 que ahora en la nueva Ley se transcribe en su integridad como artículos 1 y 2, resulta que el plazo señalado de dos años se ha ampliado puesto que ahora el mismo se computa a partir de la entrada en vigor de la Ley (15 de mayo 2013), aplicándose retroactivamente a los procesos judiciales ya iniciados en los que aún no se hubiese procedido al lanzamiento o toma de posesión (D. Transitoria primera). Sin embargo, no se ha adoptado

---

<sup>463</sup> DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y. y RUIZ-RICO RUIZ, J.M.; “Aspectos procesales y civiles de la Ley 1/2013, de 14 de mayo...”...cit.; pág. 35.



ninguna medida relativa a la suspensión o limitación del devengo de intereses moratorios como hubiera sido deseable en estas situaciones.

#### IV.4. Régimen de alimentos tras la declaración de concurso.

El derecho de alimentos entre parientes es un tema que viene regulándose a lo largo de los años desde la época romana. En un primer momento del Derecho romano, durante la época arcaica y gran parte del período clásico, todos los miembros de la familia se sometían a la potestad del *pater familias*. Tal y como indica GUTIÉRREZ BERLINCHES<sup>464</sup>, la *manus*, o *potestas*, era el conjunto de facultades y poderes que sobre su familia desplegaba el *pater*, tales como las facultades que tenía sobre la esposa (*manus* en sentido estricto, o *potestas maritalis*), las que tenía sobre los hijos procreados en justas nupcias (*patria potestas*), sobre las personas compradas por el padre a través de la *mancipatio* (*mancipium*) y sobre los esclavos (*dominica potestas*). Estos poderes sobre las personas sometidas al *pater familias* comprendían el *ius vitae necisque*, derecho sobre la vida y muerte de los hijos y esclavos; el *ius exponendi*, mediante el cual el *pater familias* podía abandonar a su hijo en el momento de nacer que normalmente sucedía cuando los hijos nacían con taras; el *ius vendendi*, en casos de necesidad económica el padre podía vender a sus hijos con posibilidad de volver a recuperarlos pagando de nuevo su precio, con el límite de tres ventas, ya que después de la tercera venta el hijo quedaba fuera de la potestad del padre; y, por último, el *ius noxae dandi* que consistía en la entrega del hijo que había cometido un delito a la víctima, para satisfacer así los daños.

En etapas posteriores del Derecho romano fue variando el concepto de familia, pasando de una familia agnaticia a una familia cognaticia, donde los vínculos de sangre constituyen el eje sobre el cual se asienta principalmente una nueva estructura en todas las relaciones entre parientes pero no fue hasta después del comienzo de la era cristiana

---

<sup>464</sup> GUTIÉRREZ BERLINCHES, A.; “Evolución histórica de la tutela jurisdiccional del derecho de alimentos”, *Foro: Revista de ciencias jurídicas sociales*, n.º. 0, 2004, págs. 145-146.

cuando aparecería configurado como tal el deber de alimentar a los parientes, entendiendo como tal la comida y bebida necesarias para el sustento. Con el tiempo, los juristas medievales y los de la etapa moderna fueron ampliando el sentido del concepto de alimentos, incluyendo otros elementos como el vestido, el alojamiento, las medicinas o, incluso la educación. Según CEBREIROS<sup>465</sup>, la amplitud de su significado variaba en función de una clasificación de los alimentos que distinguía entre los naturales, que son los que se deben entregar para asegurar la vida de la persona conformando una obligación de derecho natural como los que los padres prestan a sus hijos cuando éstos son pequeños; y los civiles, que no son tan exigibles y dependen de la posición económica del que los da y de las necesidades del que los pide. Añade que en el texto de la Edad Media, las Partidas, concretamente en la partida cuarta “desposorios et casamientos”, se recogía que los padres debían otorgar a su hijos menores comida, bebida, vestido y habitación, asimilándose estos elementos a los bienes que garantizaban el sustento de los hijos. Y la última partida, en el caso de los testamentos se indica que cuando se alude a dejar bienes para que se pueda vivir, se refiere a la comida, bebida y calzado, incluso medicinas pero sin contemplar la morada o habitación.

Siguiendo a ALBURQUERQUE<sup>466</sup>, haremos referencia al *Digesto* que ya hacía referencia a un rescripto de Antonio Pío (138-161) en el que se

---

<sup>465</sup> CEBREIROS ÁLVAREZ, E.; “El deber de alimentos entre parientes en el Derecho de Partidas y su traslado a la Edad Moderna”, *Protección jurídica de la persona, tolerancia y libertad*, edit. Thomson Reuters, España, 2010, págs. 109-110: Las Partidas recogen una clasificación de alimentos elaborada por el derecho común. La partida cuarta recoge los alimentos por derecho de sangre y la partida séptima los que surgen como consecuencia de la decisión humana a través de actos de última voluntad. Asimismo, encontramos los *Tractatus de alimentis* de MARTINO DA FANO y de BARTOLO, donde la obligación de alimentar incluye todo aquello necesario para la vida y sin lo que el cuerpo humano no podría sobrevivir, es decir, la alimentación, el vestido, el alojamiento, extendiéndose también a las medicinas o la educación. Obligaciones todas ellas que se refieren a la obligación de sangre, planteándose más problemas con los alimentos por voluntad humana.

<sup>466</sup> Según ALBURQUERQUE, J.M.; “Datos sobre la prestación de alimentos en Derecho romano: ascendientes y descendientes”, *Revista General de Derecho Romano*, nº. 8,

obligaba a los parientes a darse alimentos recíprocamente, la obligación solamente comprendía a los consanguíneos legítimos en línea directa ascendente o descendente haciéndose extensiva a los cónyuges<sup>467</sup> varios siglos después, época de Justiniano. Esta obligación recíproca en derecho clásico también la afirma ULPIANO en el Digesto, diciendo que aunque los hijos no estén bajo la potestad de los padres, deberán ser alimentados igualmente por éstos e igualmente los hijos deben corresponder recíprocamente con objeto de alimentar a sus padres<sup>468</sup>. E

---

2007, págs. 3-4: para el análisis de la evolución del concepto y contenido de la prestación de alimentos cita a WYCISK, F.; *Alimenta et victus dans le droit romain classique*, en RH50, 1972, págs. 205 y ss.: “desde los primeros momentos en los que al parecer los juristas reflejaban la idea de nutrir, sustentar y suministrar víveres, se va asumiendo en general una extensión de su contenido: alojamiento, cama, vestido, calzado. El tratamiento médico, y los medicamentos a los que alude Gayo en D.7.1.45 y D.50.16.44, aunque pueda parecer para algunos una perspectiva personal y no suficientemente avalada, no deja de representar un vestigio para su reflexión oportuna”.

<sup>467</sup> Para un mayor estudio sobre la obligación de alimentos entre cónyuges, ALBURQUERQUE, J.M.; “Realidad social o jurídica de la prestación de alimentos entre cónyuges”, *Revista General de Derecho Romano*, n.º. 10, 2008, págs. 1-29, donde distingue entre los autores que afirman la existencia de una obligación de alimentos recíproca entre cónyuges y ALBERTARIO, *Sul diritto agli alimenti (note di diritto romano)*, Pubblicazioni della Università Cattolica del Sacro Cuore, serie seconda: Scienze Giuridiche, Volume VII, fasc. 2º, Società Editrice “Vita e Pensiero”, Milano, 1933, págs. 7 y ss., entre otros o solo una obligación de alimentos del esposo hacia la mujer (BONFANTE, *Corso di diritto romano*, V. I – Diritto di famiglia (Gli effetti patrimoniali. Alimenti e successioni. Rinvio, Attilio Sampaolesi-Editore, Roma, 1925, pág. 211 n.4) entre otros o incluso los que afirman la inexistencia de esta obligación de alimentos entre cónyuges, tanto en época clásica como en tiempos de Justiniano (cita a ZOZ, *In tema di obbligazioni alimentari*, BIDR 73, Milano, 1970, págs. 345 y ss. entre otros).

<sup>468</sup> ALBURQUERQUE, J.M.; “Datos sobre la prestación de alimentos en Derecho romano...”, cit.; págs. 6-9: D. 25, 3, 5 pr.- 1 y 2 (Ulpianus, libro II de officio consulis): “Si quis a liberis ali desideret vel si liberi, ut a parente exhibeantur, “(iudex)” de ea re cognoscat. 1. Sed utrum eos tantum liberos qui sunt in potestate cogatur quis exhibere, an vero etiam emancipatos vel ex alia causa sui iuris constitutus, videndum est. Et magis puto, etiamsi non sunt liberi in potestate, alendos a parentibus et vice mutua alere parentes debere. 2. Utrum autem tantum patrem avumve patrum proavumve paterni avi patrem ceterosque virilis sexus parentes alere cogamur, an vero etiam matrem ceterosque parentes et per illum sexum contingentes cogamur alere, videndum. Et magis est, ut utrobique se iudex interponat, quorundam necessitatibus facilius succursurus, quorundam aegritudini: et cum ex aequitate haec res descendat caritateque sanguinis, singulorum desideria perpendere iudicem oportet”. En el mismo sentido de la obligación de dar alimentos a los hijos y a los padres encontramos a ANTONINO PIO que en C.5,25, confirma lo justo que es que los hijos presten socorro a los padres necesitados: “Parentum necessitibus liberos succurrere iustum est”.

incluso admitía la obligación de alimentos al abuelo materno: D.25, 3, 5, 5 (Ulpianus, libro II de officio consulis): “Item Divus Pius significat, quasi avus quoque maternus alere compellatur”, pero solo cuando el pater se encontrara en situación de máxima indigencia, es decir, en estado de necesidad del padre. Tal y como dice ALBURQUERQUE<sup>469</sup>: “La relevancia que atribuye Ulpiano al efecto de la consanguinidad, justifica por sí misma la extensión de la prestación de alimentos tanto a los ascendientes de sexo viril, como a los ascendientes maternos; y todo ello en virtud del vínculo que impone la sangre. Con estas premisas, el juez simplemente tendrá que sopesar los deseos de las partes para hacer valer la prestación”. Además, ALBERTARIO admite la obligación recíproca también ente el *pater* y los hijos emancipados<sup>470</sup> dentro de la época clásica imperial en la que el vínculo de la cognación era aún más fuerte. Por lo que hasta este momento, existía una prestación recíproca reconocida por el derecho extraordinario, entre el padre y los hijos, emancipados o no; ascendientes y descendientes, línea masculina y

---

<sup>469</sup> ALBURQUERQUE, J.M.; “Datos sobre la prestación de alimentos en Derecho romano...”, cit.; págs. 9-11.

<sup>470</sup> ALBERTARIO, Sul diritto agli alimenti (note di diritto romano)...cit.; pág. 7. Además de la prestación de alimentos a los hijos emancipados, ALBURQUERQUE, J.M.; “Aspectos de la prestación de alimentos en Derecho romano: especial referencia a la reciprocidad entre padre e hijo, ascendientes y descendientes”, *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n.º. 15, 2007, págs. 18-25, recoge otros ejemplos como el de los hijos entregados en adopción que posteriormente salen de la potestad del padre adoptivo, bien por causa de muerte de éste, o bien por emancipación (cita a SACHERS, Das Recht auf Unterhalt in der römischen Familie der klass. Zeit, 1951, págs. 326 y ss. y a ZOZ, In tema di obbligazioni alimentari, BIDR 73, Milano, 1970, págs. 326 y ss.). También salían de la potestad paterna los hijos varones que adquirían la dignidad de sacerdotes –*flamen diales*– y las hijas la de vestales –*uirgines vestales*– (ULPIANO y GAYO 1,130). Con la regulación justiniana se excluye la obligatoriedad de prestación de alimentos por los padres a los hijos incestuosos o nacidos de relaciones nefandas y delictivas, los cuales no son llamados naturales. Sin embargo, dicha obligación paterna sobre la alimentación del hijo se extendía a los hijos nacidos después del divorcio de los padres, si se cumplía la notificación al marido o al ascendiente dentro de los 30 días a contar desde el divorcio, en estos casos, de forma incidental se reconocía indirectamente la paternidad. Cuando el matrimonio queda disuelto, será el juez competente el que estimará si los hijos deben quedarse y ser alimentados en poder del padre o de la madre, siempre intentando no perjudicar a los hijos nacidos de estas nupcias, teniendo en cuenta la disponibilidad de recursos económicos de cada uno de los divorciados.

línea femenina, pero se excluía a los nacidos de una relación de concubinato.

Siguiendo con ALBERTARIO<sup>471</sup>, señalamos que en la etapa justiniana se modifica y dilata el derecho de alimentos, llegándose a equiparar la familia legítima y la familia ilegítima en lo que se refiere a la obligación recíproca de alimentos entre padre e hijo. Obligación que alcanzaba a los emancipados y a los que podían ser independientes por otras causas reconocidas en derecho romano, como los adoptados. Pero, no se sabe bien hasta qué punto el derecho extraordinario aborda reclamaciones de alimentos en circunstancias determinadas como cuando los hijos son nacidos de una relación de concubinato, cuestión controvertida para la doctrina incluso en la Edad Media. Y es que, tal y como recoge CEBREIROS<sup>472</sup>, la ley 5ª del título de Partidas establecía la obligación de alimentar a los hijos ilegítimos (nacidos de adulterio, incesto “u otro fornicio”) por parte de la madre y de sus parientes pero no se establece lo mismo para los del padre “porque la madre siempre es cierta del fijo que nasce della que es suyo, lo que non es el padre de los que nascen de tales mujeres”. En estos casos no se podía atribuir con facilidad la paternidad debido a la promiscuidad de estas fémimas ya que no era muy lógico que el hombre cargara con una obligación que no le correspondía<sup>473</sup>.

El texto de las Partidas siguió vigente durante todo el periodo moderno y hasta la codificación, la única modificación a resaltar fue la producida durante la Edad Moderna en las Leyes de Toro, aprobadas en 1505, en

---

<sup>471</sup> ALBERTARIO, Sul diritto agli alimenti (note di diritto romano)...cit.; págs. 12, 13 y 22; ALBURQUERQUE, J.M.; “Aspectos de la prestación de alimentos en Derecho romano:...” cit.; pág. 28.

<sup>472</sup> CEBREIROS ÁLVAREZ, E.; “El deber de alimentos entre parientes en el Derecho de Partidas...”, cit.; pág. 113.

<sup>473</sup> Para un estudio más detallado, CEBREIROS ÁLVAREZ, E.; “El deber de alimentos entre parientes en el Derecho de Partidas...”, cit.; págs. 113-118.

relación con la cuantía que podían recibir los hijos ilegítimos<sup>474</sup>. Posteriormente, la Nueva Recopilación (1567), de gran importancia entre los siglos XVI y XVIII, no recogió ninguna disposición relativa a la tutela de la obligación de alimentos entre parientes. Y la Novísima (1805), que seguía recogiendo la misma legislación toresana y de las Partidas, en materia de alimentos encontramos dos leyes de interés, la Ley 9.<sup>a</sup> del título 2.<sup>o</sup> del libro 10, según la cual los menores de 25 años necesitaban del consentimiento de los padres para contraer matrimonio y si no lo hacían perdían el derecho a pedir dotes o legítimas y del derecho a suceder, con exclusión del derecho de alimentos que sí conservan. Y la Ley 20.<sup>a</sup> del título 1.<sup>o</sup> del libro 2.<sup>o</sup>, en la que se establecen dos cuestiones que afectan al proceso, por un lado se impide que la jurisdicción eclesiástica conozca de los alimentos en un proceso matrimonial sustanciado ante esta jurisdicción; y de otra parte, reitera el mandato a los jueces civiles de conocer de estas causas breve y sumariamente.

Así pues, tal y como concluye GUTIÉRREZ BERLINCHES<sup>475</sup>, las normas sobre alimentos y su tutela recogidas en las Partidas provienen del Derecho romano justiniano, trasladándose igualmente a la LEC de 1855. Durante todos estos siglos, hasta la época de la Codificación, la tutela de alimentos descansa en tres puntos:

1. Las demandas se tramitan mediante un procedimiento simplificado, más rápido que el ordinario.
2. La inicial concesión de los alimentos basada solo en una apariencia del parentesco podrá revocarse en un proceso posterior.
3. Se prevé un sistema de ejecución provisional, o inmediata, ventajoso para quien obtuvo la condena al pago de alimentos.

---

<sup>474</sup> CEBREIROS ÁLVAREZ, E.; “El deber de alimentos entre parientes en el Derecho de Partidas...”, cit.; pág. 126.

<sup>475</sup> GUTIÉRREZ BERLINCHES, A.; “Evolución histórica de la tutela jurisdiccional del derecho de alimentos”...cit.; págs. 157-158.

Añade que la Ley 7.<sup>a</sup> del título 22 de la Partida Tercera recogía la reclamación de alimentos considerada como tutela sumaria, pero, salvo esto, habrá que esperar a la LEC de 1855 para que, por primera vez, se configure un procedimiento autónomo de alimentos. Según COBACHO<sup>476</sup>, tanto el artículo 632 de la LEC de 1855 como el artículo 1.314 de la LEC de 1881, y el artículo 1.098 del CCo de 1829 disponían que si el concursado reclamase alimentos el juez le señalará los que, atendidas las circunstancias, considere necesarios, pero solo cuando considere que los bienes asciendan a más que las deudas cuando el deudor esté en quiebra y presente balance y memoria de las causas de la situación, condicionantes todos ellos inexistentes en la actualidad. Ambas leyes no limitaban el derecho a reclamar alimentos a los concursados que hayan procedido sin fraude como hacía el artículo 1.099 del CCo de 1829 sino que lo concede a toda clase de concursados siempre que los bienes asciendan a más que las deudas. El artículo 1.924.2<sup>o</sup>.G del CC establecía la preferencia de las pensiones alimenticias durante el juicio del concurso pero ha sido derogado por la Disposición Derogatoria Única 3.2.<sup>o</sup> de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, que entra en vigor el 1 de septiembre de 2004<sup>477</sup>. Y añade que el CCo de 1885 no reguló los alimentos debidos al quebrado y la LEC de 1855 remitía al CCo vigente que era el de 1829, concretamente a sus artículos 1.098, 1.099 y 1.146 y supletoriamente ya a lo establecido en los artículos 1.314 a 1.317 de la LEC/1885<sup>478</sup>. La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, suprimió la dualidad entre juicio sumario y plenario y entre alimentos provisionales y definitivos que arrastrábamos

---

<sup>476</sup> COBACHO GÓMEZ, J.A.; “Acerca del derecho y del deber de alimentos del concursado”, *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés* / coord. por Francisco de Paula Blasco Gascó, t. 1, 2011 (t. I), págs. 631-632.

<sup>477</sup> Para un estudio más detallado sobre el mantenimiento del crédito por alimentos como preferencia general suprimida por la LC, ver LÓPEZ PELÁEZ, P.; YÁÑEZ VIVERO, F.; *La reforma de la prelación de créditos* (Comentarios al proyecto de Ley sobre concurrencia y prelación de créditos en caso de ejecuciones singulares), Lasarte Álvarez, C. (coord), edit. Fundación Registral, 2007, págs. 208-223.

<sup>478</sup> COBACHO GÓMEZ, J.A.; *La deuda alimenticia*, edit. Montecorvo, Madrid, 1990, pág. 269 y ss.



desde hacía más de un siglo<sup>479</sup>. Para resolver los problemas de alimentos basta con un juicio plenario y rápido, el juicio verbal que se regula en el art. 250.1-8º LEC. Al juicio plenario de alimentos podrán seguirle cuantos sean necesarios para adecuar el contenido de la obligación a las cambiantes circunstancias.

Para terminar de entender bien el artículo 47 LC hacemos referencia a su larga tramitación parlamentaria<sup>480</sup>, destacando el Anteproyecto de Ley de Concurso de Acreedores de 1959 donde el concursado tenía derecho a alimentos siempre que hubiera suficientes bienes en la masa del concurso. El Proyecto de LC de 1981 reconocía el derecho de alimentos del concursado siempre que a juicio del Juez asciendan a más los bienes que las deudas. El Anteproyecto de LC de 1983 establecía un derecho de alimentos, decía que el concursado tiene un derecho a percibir los medios económicos necesarios para atender a su subsistencia y a la de las personas respecto a las que tenga deber de alimentos. El Anteproyecto de LC de 1995 en su artículo 59 regulaba el derecho a alimentos distinguiendo entre la limitación de la capacidad de obrar y la suspensión de la capacidad de obrar ambas del deudor persona natural. Como bien explica COBACHO, en su primer apartado disponía que en caso de limitación de la capacidad de obrar, el deudor persona natural tendrá derecho a alimentos con cargo a la masa activa. En caso de suspensión de la capacidad de obrar, el apartado 2 disponía que el deudor persona natural tendrá derecho a alimentos con cargo a la masa activa en tanto el pasivo exigible sea superior al pasivo real. Si fuera inferior, solo tendrá derecho a alimentos en caso de no poder percibirlo en medida suficiente de persona legalmente obligada a prestárselo. En el apartado 3 se disponía que las personas respecto de las cuales el deudor tuviera deber legal de alimentos solo tendrán

---

<sup>479</sup> GUTIÉRREZ BERLINCHES, A.; “Evolución histórica de la tutela jurisdiccional del derecho de alimentos”...cit.; págs. 175-176.

<sup>480</sup> COBACHO GÓMEZ, J.A.; “Acerca del derecho y del deber de alimentos del concursado”...cit.; págs. 633-635.

derecho a alimentos con cargo a la masa si no pudieran percibirlos en medida suficiente de otra persona legalmente obligada prestárselos. Y en su apartado 4, el Juez determinará la cuantía de los alimentos y la periodicidad de su devengo una vez oídos los síndicos. La resolución judicial deberá ser revisada cuando varíen las circunstancias por las que hubiere sido dictada.

Siguiendo con el mismo autor, decimos que el artículo 46 de los Anteproyectos de 2000 y 2001 reconocen al concursado el derecho a alimentos a cargo de la masa y la limitación o suspensión de sus facultades patrimoniales solo es relevante a los efectos de quién debe fijar el importe de los mismos: o la administración judicial o el Juez oído el concursado y la administración judicial. Respecto a los alimentos que debe prestar el concursado se establece que recibirán alimentos con cargo a la masa siempre que no haya otras personas que estén legalmente obligadas a prestarlos. El juez debe resolver sobre la procedencia y cuantía de los alimentos.

En el Proyecto de LC de 23 de julio de 2002, el artículo 46 seguía regulando los alimentos pero en el apartado primero los referidos a los que recibe el concursado. Y en su apartado 2, que al final también fue modificado durante su tramitación parlamentaria, según DÍAZ<sup>481</sup>, se disponía: “Las personas respecto de las cuales el concursado tuviere el deber legal de alimentos solo podrán obtenerlos con cargo a la masa si no pudieren percibirlos de otras personas legalmente obligados a prestárselos, previa autorización del Juez del Concurso, que resolverá sobre su procedencia y cuantía”. El informe de la Ponencia del Congreso acogió, en parte, la enmienda del Grupo Parlamentario Socialista introduciendo un nuevo apartado (el apartado 2 pasó a ser el 3) que disponía que la obligación de prestar alimentos impuesta al concursado por resolución judicial dictada en alguno de los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a que se refiera el Título I

---

<sup>481</sup> DÍAZ ALABART, S.; “Art. 47: Derecho a alimentos” en *Comentarios a la LC* (dir. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano) v. 1, Tecnos, Madrid 2004, págs. 409 y ss.

del Libro IV de la LEC, se satisfará con cargo a la masa activa. Y además se introdujo un nuevo inciso al texto del apartado 3 disponiendo que la resolución del Juez del concurso sobre la procedencia y cuantía de los alimentos a recibir por las personas que deban recibir alimentos del concursado será por auto.

Tal y como indica COBACHO<sup>482</sup>: “con esta última redacción se puede llegar a la errónea conclusión de que solo caben con cargo a la masa activa cuando hubiera habido una resolución judicial dictada en un proceso sobre capacidad, matrimonio, filiación y menores. Sin embargo, tal interpretación debe ser corregida porque el deber legal de alimentos puede surgir fuera de los casos mencionados anteriormente y la LEC regula los litigios en los que se reclamen solo alimentos, fijando la vía del juicio verbal como dispone el artículo 250.1-8º”.

Finalmente, el artículo 47 “Derecho a alimentos” de la LC, además del art. 84.2.4ª y del art. 145.2, ha sido redactado nuevamente y modificado por la Ley 38/2011, de 10, de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, quedando su redacción de la siguiente manera:

Artículo 47 LC: “1. El concursado persona natural que se encuentre en estado de necesidad tendrá derecho a percibir alimentos durante la tramitación del concurso, con cargo a la masa activa, siempre que en ella existan bienes bastantes para atender sus necesidades y las de su cónyuge, pareja de hecho inscrita cuando concorra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 25.3 y descendientes bajo su potestad.

Su cuantía y periodicidad serán, en caso de intervención, las que acuerde la administración concursal y, en caso de suspensión, las que autorice el juez, oídos el concursado y la administración concursal. En este último caso, el juez, con audiencia del concursado o de la

---

<sup>482</sup> COBACHO GÓMEZ, J.A.; “Acerca del derecho y del deber de alimentos del concursado”...cit.; pág. 634.

administración concursal y previa solicitud de cualquiera de ellas, podrá modificar la cuantía y la periodicidad de los alimentos.

2. Las personas respecto de las cuales el concursado tuviere deber legal de alimentos, con excepción de su cónyuge, pareja de hecho inscrita cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 25.3 y descendientes bajo su potestad, solo podrán obtenerlos con cargo a la masa si no pudieren percibirlos de otras personas legalmente obligadas a prestárselos y siempre que hubieran ejercido la acción de reclamación en el plazo de un año a contar desde el momento en que debió percibirse, previa autorización del juez del concurso, que resolverá sobre su procedencia y cuantía. La obligación de prestar alimentos impuestos al concursado por resolución judicial dictada con anterioridad a la declaración de concurso se satisfará con cargo a la masa activa en la cuantía fijada por el juez del concurso, teniendo en cuanto al exceso la consideración de crédito concursal ordinario”.

De las diferencias que presenta la LC respecto del régimen anterior estudiado, tal y como detalla NAVARRO CASTRO<sup>483</sup>, podemos resaltar que el derecho del deudor a reclamar alimentos ya no depende de que el activo sea superior al pasivo, basta con que la masa pueda hacer frente a los mismos y otra diferencia es que todos los concursados personas físicas, ya sean voluntarios como necesarios, y cualquiera que sea su calificación (fortuita o culpable) del mismo, tienen derecho a alimentos. Señala que en la legislación anterior, el artículo 1.099 del CCo establecía que los alzados no podrían pedir en tiempo alguno socorros alimenticios, y las asignaciones hechas a los quebrados fraudulentos cesarían de derecho desde que fueran calificados en este concepto. Por el contrario, no está previsto en la LC que se denieguen los alimentos como sanción a la conducta del deudor. Ahora, el artículo 172.2-1º-3º LC (cuyos apartados segundo y tercero han sido modificados por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio,

---

<sup>483</sup> NAVARRO CASTRO, M.; *Los créditos contra la masa en el concurso de acreedores*, edit. Reus, Madrid, 2008, págs. 174-176.

Concursal) establece que “si la sentencia califica el concurso como culpable, contendrá un pronunciamiento sobre la pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa, y la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados, por lo que, al menos en teoría, la conducta del concursado o de los terceros alimentistas no es del todo irrelevante, con independencia de que en la práctica vaya a resultar muy difícil que se haga efectiva esa reintegración, dada la insolvencia del concursado y la ausencia de medios de los terceros alimentistas. En cuanto a éstos últimos, evidentemente solo tendrían esta obligación de reintegración en el caso de que hubieran sido declarados cómplices”.

El derecho de alimentos recogido en este artículo 47 de la LC tampoco tiene nada que ver con el derecho de alimentos regulado con carácter general en el Título VI del CC, basado en razones de solidaridad familiar o cumplimiento de obligaciones impuestas por el ejercicio de la patria potestad, sino que aquí el deudor tiene sus facultades patrimoniales restringidas aunque, a pesar de ello, tendrá que alimentarse y procurar el sustento de quienes tenga bajo su dependencia. Y es que, como bien apuntan, ORDUÑA Y PLAZA<sup>484</sup>, según el artículo 142 y ss. CC por alimentos se entiende, con carácter general, todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica<sup>485</sup>, y como obligación legal de carácter recíproco, ya que se basa

---

<sup>484</sup> ORDUÑA, F.J. y PLAZA, J.; “Art. 47: Derecho a alimentos”, en *Comentario de la LC* (dir. Angel Rojo Y Emilio Beltrán), t. I, edit. Thomson Civitas, Madrid, 2004, pág. 952. Para un estudio más detallado sobre los alimentos entre parientes, ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A.; *Curso de Derecho de Familia (Patria potestad, tutela y alimentos)*, t. II, edit. Civitas, Madrid, 1988, págs. 263-276.

<sup>485</sup> Según ICHASO URREA, J.; “El concurso de acreedores de la persona física”..., cit.; págs. 56-57: “este derecho es independiente de los recursos que el concursado pueda obtener por la recepción de sueldos, salarios o emolumentos derivados del ejercicio de su actividad empresarial o profesional. Además, dice que ello ha llevado a la doctrina (Bercovitz Rodríguez-Cano) a criticar la previsión del derecho a alimentos de la LC

en la relación parental configurándose como el derecho que tiene toda persona (alimentista) de reclamar a sus parientes más próximos (alimentantes) una prestación que garantice su sustento básico cuando se encuentre necesitado e imposibilitado transitoriamente de procurarse él dicho sustento. Pero el derecho de alimentos del concurso no tiene su fundamento en la relación parental al no dirigirse contra ninguno de los parientes obligados, sino contra el propio patrimonio del concursado.

Como bien comenta BARRERA<sup>486</sup>, el artículo 47 distingue dos situaciones bien diferenciadas: cuando el deudor solicita alimentos y cuando el concursado está obligado a prestarlos. Y en ambos casos, ha de tratarse de un deudor persona natural ya que resulta impensable que una persona jurídica tenga derecho a alimentos al no requerir un sustento (arts. 47 y 145.2 LC). Aunque en el caso de las sociedades unipersonales<sup>487</sup>, el socio único no puede solicitar alimentos con cargo a la masa activa, lo que no impide que se procure alimentos de otros patrimonios personales suyos o de otros alimentantes (arts. 142 y ss. CC).

En el primer apartado del artículo 47 LC se regula el derecho de alimentos del concursado persona física. Para que este derecho se haga

---

como un derecho automático derivado de la declaración, cuando bien puede ser que el concursado disponga de medios suficientes para subvenir a sus necesidades de habilitarle derecho a alimentos”.

<sup>486</sup> BARRERA COGOLLOS, J.L.; “Art. 47: Derecho a alimentos” en *Comentarios a la LC* (coord. J.M. Sagrera Tizón, A. Sala Reixachs, A. Ferrer Barriendos), t. I, Bosch, Barcelona, 2004, pág. 466; La nueva legislación reconoce al concursado que sea persona natural derecho a alimentos durante la tramitación del procedimiento (LÓPEZ SÁNCHEZ, M.A.; “Los efectos de la declaración de concurso”, *La LC y los aspectos sociales* / Bartolomé Ríos Salmerón (dir.), Antonio Vicente Sempere Navarro (dir.), 2004, págs. 159-160; también en “Los efectos de la declaración de concurso (una primera aproximación a la disciplina contenida en la ley 22/2003, de 9 de julio)”, *Estudios sobre la LC: libro homenaje a Manuel Olivencia*, v. 2, (Los órganos del concurso, efectos de la declaración del concurso sobre el deudor), edit. Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 2.022; En ILLESCAS, R.; “La persona física concursada: ...cit.; pág. 2.003, pág. 2.001, se distingue entre alimentos a prestar por la persona física concursada y alimentos a recibir por la propia persona física. En este segundo supuesto, a su vez, ha de distinguirse entre el caso en el que existe el derecho de la persona física concursada a recibir alimentos con cargo al concurso y el caso en el que existe derecho a recibirlos con cargo a un tercero.

<sup>487</sup> ORDUÑA, F.J. y PLAZA, J.; “Art. 47: Derecho a alimentos”...cit.; pág. 954.

efectivo es necesario que el concursado carezca de medios económicos con los que atender sus necesidades y las de su cónyuge o pareja e hijos como consecuencia del concurso. En este tema GUILARTE MARTÍN-CALERO<sup>488</sup> descarta el derecho de alimentos cuando el deudor tiene bienes y derechos de carácter patrimonial excluidos del concurso por su carácter personalísimo y con los que puede hacer frente durante la tramitación del concurso a su vida diaria y a la de su familia. Tampoco habrá derecho a alimentos cuando en el núcleo familiar del concursado existieran medios económicos suficientes procedentes de actividad laboral, empresarial o profesional de su cónyuge o de los hijos que convivan en el hogar familiar; ni cuando se intervengan las facultades patrimoniales del concursado que sigue al frente de su actividad, porque lo que procederá en este caso será una retribución por su labor al frente de la empresa que podrá ser moderada de acuerdo con las circunstancias del concurso, por la administración concursal. Y así, la necesidad del concursado se convierte en un presupuesto para que haya pensión alimenticia a cargo de la masa activa<sup>489</sup>. Según CUENA<sup>490</sup>, como el derecho a reclamar alimentos con cargo a la masa requiere de un auténtico estado de necesidad en el alimentista, éste debería reclamarlo primero a las personas que legalmente están obligadas a prestarlos (art. 143 CC) y, si no los obtuviera, ya hacerlos efectivos en sede concursal, por lo que el derecho de alimentos en el concurso sería subsidiario. Expone como ejemplos la hipótesis, poco probable pero posible, de que si el cónyuge del concursado tuviera

---

<sup>488</sup> GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.; “Art. 47: Derecho a alimentos”, en Comentarios a la Legislación Concursal, dirigidos por Sánchez Calero, J. y Guilarte Gutiérrez, v. I, edit. Lex Nova, Valladolid, 2004, págs. 934 y 935.

<sup>489</sup> En relación con los alimentos a cargo de masa y la regulación de los créditos por alimentos impuestos al concursado ver MARTÍNEZ ARESO, A.; “El concurso de la persona natural”, *La LC y la Mediación Concursal: un estudio conjunto realizado por especialistas*, (Coordinadores Pedro B. Martín Molina, José M<sup>a</sup> del Carre Díaz-Gálvez, M<sup>a</sup> Antonia Lopo López), edit. Dykinson, Madrid, 2014, págs. 340-341.

<sup>490</sup> CUENA CASAS, M.; “Algunas consideraciones en torno al derecho de alimentos del concursado”, *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés* / coord. por Francisco de Paula Blasco Gascó, v. 1, 2011 (t. I), págs. 750-752.

patrimonio suficiente para atender a las necesidades de éste y se toma en consideración el concepto civil de alimentos, como parece que lo hace la LC, el concursado no debería tener derecho de alimentos con cargo a la masa. Añade que “al configurarse la pensión de alimentos como un crédito contra la masa, prededucible, disminuye la garantía patrimonial de los acreedores al no supeditarse el pago de la pensión al requisito de que el activo sea superior al pasivo, a diferencia de regulaciones anteriores. Se produciría la disfunción de que los acreedores que ejercitan sus derechos por ejecución singular solo encontrarían como límite el patrimonio inembargable del deudor<sup>491</sup> y , por el contrario, si lo hacen por un procedimiento de ejecución colectiva, encontrarían, además de este límite, el del derecho de alimentos. Y esto podría animar a que determinadas personas insten la declaración de concurso solo para priorizar los créditos que cubran sus necesidades respecto de otros créditos y ello a pesar de que tengan

---

<sup>491</sup> CUENA CASAS, M.; "Algunas consideraciones en torno al derecho de alimentos del concursado"...cit.; pág. 747; Para el patrimonio inembargable se aplican los artículos 76.2 LC y 606.1º, 607 y 608 LEC: “No será integrado en la masa activa del concurso (art. 76, disposición final quinta LC) por su carácter de inejecutable pues todos los titulares de derechos de crédito encuentran como freno al ejercicio de sus acciones el patrimonio inembargable del deudor, salvaguardando en aras de la protección de la dignidad de la persona. Este límite, obviamente, tiene lugar también cuando los acreedores ejercitan sus derechos en un procedimiento de ejecución colectiva. Por lo tanto, como gráficamente se ha dicho, al deudor persona física no se le puede “liquidar” como a una sociedad, es decir, no se pueden realizar todos sus activos patrimoniales”. El artículo 607 LEC en su apartado primero que se refiere al embargo de sueldos y pensiones establece el carácter inembargable del salario, sueldo, pensión, retribución o su equivalente, que no exceda de la cuantía señalada para el salario mínimo interprofesional. Al carácter inembargable de un bien también se refiere SANTANA PÁEZ, E. y SENENT MARTÍNEZ, S.; “Algunas cuestiones sobre el derecho de alimentos en el concurso”, *Anuario de derecho concursal*, n.º. 12, 2007, pág. 3. Y como bien indica VEIGA COPO, ABEL B.; *La masa pasiva del concurso de acreedores*, edit. Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2010, págs. 1.047 – 1.048, cabe señalar, que una cosa es el patrimonio inembargable y otra muy distinta la pensión o derecho de alimentos y sobre este tema el Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º. 1 de Bilbao, de 30 de septiembre de 2009 (Provincia de Vizcaya) señala: “se recurrió el auto judicial que alzaba la obligación de satisfacer alimentos por haberse iniciado la liquidación concursal, tal y como ordena el art. 145.2 LC: “ningún beneficiado a la percepción de alimentos, sean descendientes u otras personas conforme al art. 142 y ss. CC, podrán seguir percibiendo alimentos con cargo a la masa activa desde que se acuerde, como ha sido el caso, la apertura de la fase de liquidación de la deudora concursada. Pero eso no significa que no se atiendan las necesidades propias de cualquier persona, que quedan garantizadas por lo dispuesto en el art. 76.2 LC, en cuanto que está excluido de la masa activa el conjunto de bienes inembargables según las normas, que siguen a disposición de la deudora con el fin de garantizar un soporte vital elemental (...)”.



forma de financiar la cobertura de la mismas por otras vías, como puede ser el recurso a familiares tan cercanos como su propio cónyuge que tiene el deber legal de prestarlos (art. 68, cuya redacción actual ha sido dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, que modifica el CC y la LEC en materia de separación y divorcio; y el art.142 CC)”.

El artículo 84.2-4º LC, modificado por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, dice que tienen la consideración de créditos contra la masa los alimentos del deudor y de las personas respecto de las cuales tuviera el deber legal de prestarlos, conforme a lo dispuesto en esta ley 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 los alimentos a cargo del concursado acordados por el juez de primera instancia en alguno de los procesos a que se refiere el título I del libro IV de la LEC. Y añade esta modificación que también tendrán esta consideración los créditos de este tipo devengados con posterioridad a la declaración del concurso cuando tengan su origen en una resolución judicial dictada con anterioridad. El artículo 154 LC (modificado por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal) prescribe que antes de proceder al pago de los créditos concursales, la administración concursal deducirá de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra ésta. Pero, tal y como indica CUENA<sup>492</sup>, no se especifica qué sujetos son los que pueden reclamarlos además de distinguir sin justificación alguna los alimentos fijados o no judicialmente. No queda claro qué sucede con las personas que conviven con el concursado y cuyo deber de alimentos no ha sido fijado judicialmente.

Una de las novedades que introduce la Ley 38/2011 en el primer párrafo del artículo 47 LC, es que cuando se le proporcionen alimentos al concursado con cargo a la masa activa teniendo en cuenta a su

---

<sup>492</sup> CUENA CASAS, M.; "Algunas consideraciones en torno al derecho de alimentos del concursado"...cit.; págs. 755-756.

cónyuge si así lo solicita éste, el concursado dará el mismo trato a la persona con la que mantiene una unión estable sin contraer matrimonio y que los solicite igualmente. De momento carecemos de una legislación estatal que regule las uniones estables de pareja pero sí que disponemos de legislación autonómica como la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del CC de Cataluña, relativo a la persona y la familia que recogió la derogada Ley Catalana 10/1998, de 15 julio, que establecía (para uniones estables heterosexuales y homosexuales respectivamente) que los miembros de la pareja estable tienen la obligación de prestarse alimentos, con preferencia a cualquier otro obligado en sus arts. 8 y 26 y la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, reguladora del régimen jurídico de las parejas estables en la Comunidad de las Islas Baleares (revisión vigente desde 25 de Mayo de 2009), que dispone que los miembros de la pareja estable tienen la obligación de prestarse alimentos con prioridad sobre cualquier otra persona obligada legalmente (art. 6). Ambas leyes autonómicas reconocen idéntico derecho de alimentos tanto al cónyuge como al integrante de la pareja de hecho. Sin embargo, tal y como indican ORDUÑA y PLAZA<sup>493</sup>, el derecho de alimentos del conviviente *more uxorio* debería reconocerse en todo el estado español y no solo en las comunidades autónomas catalana y balear, siempre que se acredite una relación de afectividad consolidada, permanente y duradera y que fuese anterior al concurso para descartar cualquier posibilidad de actuación fraudulenta de este tipo de relaciones.

En cuanto a la determinación de la cuantía y de la periodicidad de los alimentos, el artículo 47 LC no establece reglas relativas al contenido y a la cuantía de los alimentos, por lo que acudiremos al artículo 142 CC que fija el contenido de los alimentos como todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, incluidos gastos de embarazo y parto si no están cubiertos de otro modo. A la hora de calcular los alimentos, tanto constante la unión estable de

---

<sup>493</sup> ORDUÑA, F.J. y PLAZA, J.; “Art. 47: Derecho a alimentos”...cit.; pág. 959.

pareja como en el caso de su ruptura habrá que tener en cuenta a la pareja del concursado al igual que las necesidades alimenticias de sus hijos<sup>494</sup>.

Para fijar la cuantía de alimentos que corresponde al concursado tampoco tenemos norma específica, por lo que tendremos en cuenta lo dispuesto en el artículo 146 CC, según el cual, la cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da<sup>495</sup> y a las necesidades de quien los recibe. Por lo que la cuantía será proporcional a las necesidades del concursado, de su cónyuge y de sus hijos a los que tiene que prestarle sustento y educación y a las disponibilidades de la masa activa. Y según el artículo 148 CC los alimentos se abonarán desde la fecha en que se interponga la demanda y el pago se verificará por meses anticipados<sup>496</sup>. Para el caso de los alimentos del concursado, éste tendrá que solicitarlo y serán la administración concursal o el Juez quienes resolverán sobre la cuantía y la periodicidad (art. 47.1 LC), distinguiendo la ley dos supuestos dependiendo de si se produce intervención o suspensión:

En el supuesto de intervención cuando existe concurso voluntario, la administración concursal desarrolla un régimen de intervención que supervisa la actuación del deudor, ya que éste conserva las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio. Nada dice la Ley sobre la forma que debe tener el acuerdo de los administradores ni sobre su posible impugnación en caso de no estar de acuerdo, remitiéndose a los criterios generales (art. 35 LC, que la Ley 38/2011, de 10 de octubre le suprime el apartado 6 y le modifica los apartados 2,

---

<sup>494</sup> COBACHO GÓMEZ, J.A.; “Acerca del derecho y del deber de alimentos del concursado”...cit.; pág. 637.

<sup>495</sup> A este respecto SAP de Ávila, Sec. 1ª, de 12 de diciembre de 2011: “en cuanto a la posibilidad del administrador concursal de condicionar el pago de alimentos a que existan recursos propios que lo permitan, ha de matizarse... que no puede el alimentante (masa activa) dar al alimentista (concurado) lo que no tiene...”

<sup>496</sup> COBACHO GÓMEZ, J.A.; “Acerca del derecho y del deber de alimentos del concursado”...cit.; pág. 639.

3 y 4. A los apartados segundo y tercero de este artículo 35 les resulta aplicable el apartado segundo de la Disposición Transitoria Segunda). Pero lo normal, según ORDUÑA y PLAZA<sup>497</sup>, es que una vez tomado el acuerdo por mayoría, se haga constar en acta, debiendo pasar el concursado por el criterio fijado por los administradores, mientras que en caso de discrepancia entre los propios administradores concursales o entre éstos y el concursado, se notifique esta circunstancia al juez, a fin de que decida la cuantía y periodicidad de los alimentos por auto. De igual modo, ALONSO SUÁREZ<sup>498</sup>, opina que en la práctica lo oportuno es que en caso de intervención, la administración concursal presente un informe al juez del concurso con una propuesta de la cuantía de los alimentos, atendidas las necesidades indispensables del deudor según las circunstancias del caso concreto. Para determinar el importe, la administración concursal debe contar con la colaboración del concursado para que aporte la información necesaria. Además, entiende que sobre la propuesta de cuantía y periodicidad que presente la administración concursal, el juez del concurso puede ejercer una facultad de moderación, por la vía del incidente concursal, y ello en virtud en última instancia de la competencia que le reconoce el art. 8.4º LC, según el cual la jurisdicción del juez del concurso es excluyente y exclusiva sobre “toda medida cautelar que afecte al patrimonio del concursado”.

En el supuesto de suspensión cuando existe concurso necesario, se suspende las facultades de administración y disposición del deudor, siendo sustituido por los administradores. En el caso del concurso voluntario, la cuantía y periodicidad la fija directamente la administración concursal sin que se exija ninguna audiencia previa del

---

<sup>497</sup> ORDUÑA, F.J. y PLAZA, J.; “Art. 47: Derecho a alimentos”...cit.; pág. 955.

<sup>498</sup> ALONSO SUÁREZ, C.; “El derecho a alimentos del concursado”, *El nuevo derecho de la persona y de la familia: (libro segundo del CC de Cataluña)* / Reyes Barrada Orellana (aut.), Martín Garrido Melero (aut.), Sergio Nasarre Aznar (aut.), edit. Bosch, 2011, págs. 770-771.

deudor concursado o autorización del juez de lo mercantil<sup>499</sup>. Aunque como bien apunta MAGRO<sup>500</sup> “pese a que la Ley no exija a la administración concursal la audiencia del concursado para la determinación de la cuantía, entendemos que es recomendable que así se haga, ya que una cosa es que no esté obligado a ello la administración concursal y otra que sea procedente para que la administración concursal tenga argumentos suficientes para establecer la cuantía de los alimentos”.

Sin embargo, en el caso de concurso necesario, la cuantía y periodicidad de los alimentos la fijará el juez, pero debiendo oír previamente al concursado y a la administración concursal, es decir, no podrá adoptar esta decisión sin oír a los dos. Asimismo, en caso de concurso necesario (régimen de sustitución de la administración concursal) el juez puede proceder a modificar la cuantía y periodicidad de los alimentos durante la tramitación del concurso hasta la fase de liquidación, porque, como veremos seguidamente, una vez se proceda a la apertura de la fase de liquidación se declara extinguido el derecho de alimentos (art. 145.2 LC). Pero a diferencia del caso de la determinación de la cuantía y periodicidad, donde es preciso oír al concursado **y** a la administración concursal, para la modificación solamente será necesario oír a uno de ellos, al referirse “con audiencia del concursado o de la administración concursal”. En este caso, MAGRO<sup>501</sup>, también

---

<sup>499</sup> Sentencia Juzgado Mercantil nº.1 de Palma de Mallorca de 2 de noviembre de 2007: “Observando el auto de 12 de diciembre de 2006 queda claro que no es la Administración concursal la que pide o fija los alimentos, sino que tras la solicitud del concursado, previa audiencia de ésta, es el Juez (por mandato legal) el que resuelve conceder los alimentos en la cantidad que ahora se recoge en el informe emitido. Sin perjuicio de ello, la legitimación para solicitar la revocación o modificación de los alimentos solo corresponde a la Administración Concursal y al concursado, sin que se permita a terceros formular dicha solicitud...”

<sup>500</sup> MAGRO SERVET, V.; “El derecho de alimentos del concursado”, *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, nº. 7, 2004, pág. 51.

<sup>501</sup> MAGRO SERVET, V.; “El derecho de alimentos del concursado”...cit.; págs. 51-52. Del mismo modo, encontramos a VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.; “Art. 47: Derecho a alimentos”, en *Comentarios a la LC, Ley 22/2003, de 9 de julio*, edit. Dijusa, Madrid, 2003, pág. 453: “el que sea la administración concursal quien fije esa cuantía me parece del todo irregular, porque la tradición marca que sea el Juez quien en todos los

entiende que lo correcto sería que el juez de lo mercantil citara a ambas partes a una audiencia, para que hagan las alegaciones oportunas respecto a la modificación de los alimentos, su cuantía y periodicidad, ante el juez. Añade que la posibilidad que da la Ley de modificar la cuantía de los alimentos solamente en el caso de concurso necesario da lugar a problemas interpretativos ya que, según él, es posible acudir a las dos soluciones, pero será la práctica la que pese a esta errónea redacción irá marcando la interpretación real. Y así lo corroboran ORDUÑA y PLAZA<sup>502</sup> cuando afirman que en los casos de intervención, la administración concursal, de manera justificada, podrá acordar la modificación de la cuantía y periodicidad de la prestación alimenticia y en caso de discrepancia será el juez quien resuelva de manera motivada y en forma de auto.

En cuanto a la extinción de los alimentos, encontramos los artículos 150 y 152 CC que establecen, entre otras, causas de extinción de la obligación de alimentos<sup>503</sup>:

- La muerte del obligado: supuesto impensable al no ser predicable la extinción del concurso por fallecimiento de los acreedores que, de producirse, pondrá en marcha el mecanismo sucesorio ordinario.
- La muerte del alimentista: el fallecimiento del concursado (art. 182 LC) no es causa de conclusión del concurso, pero evidentemente extinguirá la obligación alimenticia aunque la ejecución universal se mantenga frente a la herencia.
- El cambio de fortuna: Si la masa se agota con las detracciones previas derivadas de las deudas propias de aquélla, los alimentos

---

casos fije esas cantidades y periodicidad, después de oír a los acreedores (en este caso representados por los administradores) y al deudor, y no hay buen argumento que sea capaz de torcer esa tradición, convirtiendo a los acreedores en jueces y parte de la cuestión”.

<sup>502</sup> ORDUÑA, F.J. y PLAZA, J.; “Art. 47: Derecho a alimentos”...cit.; pág. 956.

<sup>503</sup> BARRERA COGOLLOS, J.L.; “Art. 47: Derecho a alimentos”...cit.; pág. 471.

cesarán por imposibilidad manifiesta de prestarlos; sin embargo, la fortuna del concursado no puede mejorar toda vez que cualquier incremento patrimonial produciría una mayor facilidad en la liquidación e, incluso, el pago completo de las deudas.

- Otro motivo de extinción de los alimentos será la declaración de apertura de la fase de convenio. Desde la eficacia del convenio cesarán todos los efectos de la declaración de concurso quedando sustituidos por los que, en su caso, se establezcan en el propio convenio y sin perjuicio de los deberes generales que para el deudor establece el artículo 42 LC.
- También encontramos el artículo 145.2 LC que ordena que si el concursado fuere persona natural, la apertura de la liquidación producirá la extinción del derecho a alimentos con cargo a la masa activa, añadiendo la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que: salvo cuando fuere imprescindible para atender las necesidades mínimas del concursado y las de su cónyuge, pareja de hecho inscrita cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en el art. 25.3 LC y descendientes bajo su potestad<sup>504</sup>. Según

---

<sup>504</sup> Respecto a la fase de liquidación encontramos varios autores que plantean diferentes cuestiones. Por ejemplo, SÁNCHEZ ARISTI, R.; “Art. 145: Efectos sobre el concursado”, en *Comentarios a la LC* (dir. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano) v. 2, edit. Tecnos, Madrid, 2004, pág. 1.563), no entiende por qué tiene que extinguirse el derecho de alimentos del concursado con la apertura de la fase de liquidación porque si el concursado estuviera realmente en situación de indigencia que no se pudiera solucionar con el desempeño de una actividad o merced al sostenimiento de algún pariente legalmente obligado a prestarle alimentos, no se ven motivos para que el derecho a obtener alimentos con carga a la masa deba decaer. En este sentido, CUENA CASAS, M.; *El concurso de acreedores de persona casada...*, cit., págs. 366. GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.; “Art. 47: Derecho a alimentos”...cit.; pág. 938, dice que debería de hablarse de una suspensión de alimentos y no de una extinción del derecho a alimentos como hace el artículo 145.2 LC, porque una vez finalice la liquidación si el patrimonio del deudor se encontrara en condiciones de hacer frente al pago de aquellos volverán a abonarse y si no es así se extinguirá la obligación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 152 CC.

En cuanto a la extinción del derecho a alimentos con cargo a la masa activa se plantea si es solo el derecho de alimentos para el concursado o también se entiende extinguido el derecho a alimentos a satisfacer por el concursado. Encontramos una doctrina dividida respecto a esta cuestión como SÁNCHEZ ARISTI, R.; “Art. 145: Efectos sobre el concursado”...cit.; pág. 1.564), SALA ALCAYDE, A; “Art. 145: Efectos sobre el concursado” *Nueva LC, Ley 22/2003, de 9 de julio Comentarios, jurisprudencia aplicable y formularios* (coordinados por Sal, Mercadel y Alonso-Cuevillas), 2ª ed., edit. Bosch, Barcelona, 2004, pág. 656 y CASERO LINARES, L.; “Art. 145: Efectos sobre el

ALONSO SUÁREZ<sup>505</sup>, el derecho del concursado a percibir alimentos se extingue de forma automática desde la fecha del auto decretando la apertura de la fase de liquidación, pero no cuando el concursado opta por una solución liquidatoria del concurso, como alternativa a la de convenio, cuando no se apueste por la viabilidad empresarial.

- Dicha autora también tiene en cuenta como extinción del derecho a alimentos el concurso que se califica como culpable (art. 163.1.LC modificado por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal), que conlleva el cese del abono de alimentos al concursado con cargo de la masa activa una vez la sentencia sea firme. Y es que tal y como indica DURO VENTURA<sup>506</sup>: “no sería procedente beneficiar al deudor que se ha alzado con sus bienes en perjuicio de sus acreedores (art. 164.2.4º LC) con la asignación a cargo de la masa activa de una cantidad de dinero en concepto de pensión alimenticia; en esta línea la cesación de alimentos por mala

---

concurado” *Comentarios a la Legislación Concursal* (coordinador Alberto Palomar Olmeda), edit. Dykinson, Madrid, 2004, págs. 1.038, según los cuales las deudas alimenticias surgidas de un proceso sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores no se extinguen con motivo de la apertura de la liquidación.

Por otro lado, GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.; “Art. 47: Derecho a alimentos”...cit.; pág. 938, mantiene una opinión distinta al respecto, cree que si se extinguen los alimentos a favor del concursado, también deberán extinguirse los alimentos a favor de los parientes ya que la fortuna del obligado se ha reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades. A este respecto, COBACHO GÓMEZ, J.A.; “Acerca del derecho y del deber de alimentos del concursado”...cit.; pág. 643, afirma que está claro que una vez que el patrimonio entre en fase de liquidación se extingan todas las obligaciones alimenticias aunque de la interpretación sistemática del artículo 145.2 LC se pueda sostener el mantenimiento de las prestaciones alimenticias a terceros. Y es que tal y como señala ICHASO URREA, J.; “El concurso de acreedores de la persona física”..., cit.; pág. 57, se observa el desinterés de la Ley por realizar un acercamiento a la problemática propia de la insolvencia de los particulares y darle un tratamiento peculiar o investido de una filosofía propia.

<sup>505</sup> ALONSO SUÁREZ, C.; “El derecho a alimentos del concursado”...cit.; págs. 774 - 775.

<sup>506</sup> DURO VENTURA, C.; “Art. 47: Derecho a alimentos”, en *Comentarios a la Legislación Concursal* (coordinador Alberto Palomar Olmeda), edit. Dykinson, Madrid, 2003, pág. 512.



conducta del alimentista como causa de la necesidad que se contempla en el art. 152.5 del CC”.

A diferencia de la LC, el CCC no prevé en ningún precepto la “sanción” de tener que devolver los alimentos percibidos para el caso de que el derecho a alimentos se extinga por ser imputable al alimentado el estado de necesidad que lo motivaría.

- Y por la conclusión del concurso, con alguna de las causas del art. 176.1 LC (modificado por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal):
  - Una vez firme el auto de la Audiencia Provincial que revoque en apelación el auto de declaración del concurso.
  - Una vez firme el auto que declare el cumplimiento del convenio y, en su caso, caducadas o rechazadas por sentencia firme las acciones de declaración de incumplimiento, o que declare finalizada la fase de liquidación.
  - En cualquier estado del procedimiento, cuando se compruebe la insuficiencia de la masa activa para satisfacer los créditos contra la masa.
  - En cualquier estado del procedimiento, cuando se compruebe el pago o la consignación de la totalidad de los créditos reconocidos o la íntegra satisfacción de los acreedores por cualquier otro medio o que ya no existiese la situación de insolvencia.
  - Una vez terminada la fase común del concurso, cuando quede firme la resolución que acepte el testimonio o la renuncia de la totalidad de los acreedores reconocidos.

Una vez analizados todos los aspectos del nuevo primer apartado del artículo 47 LC modificado por la Ley 38/2011, podemos resaltar que se han endurecido los requisitos para obtener la prestación por alimentos. En dicho apartado se ha añadido que para que el concursado persona natural tenga derecho a percibir alimentos con cargo a la masa activa debe encontrarse en estado de necesidad y solamente si en ella existen bienes bastantes para atender sus necesidades y las de su cónyuge e

hijos bajo su potestad, pasaremos a comentar el segundo párrafo donde se regula la obligación de prestar alimentos impuesta al concursado por resolución judicial dictada con anterioridad a la declaración de concurso, y se satisfará con cargo a la masa activa en la cuantía fijada por el Juez de concurso, teniendo en cuanto al exceso la consideración de crédito concursal ordinario. De ahí, que GÓMEZ MARTÍN<sup>507</sup> recomendara una modificación del artículo 84.2.4º LC.

El antiguo art. 47 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal en sus apartados 2 y 3 recogía: “2. La obligación de prestar alimentos impuesta al concursado por resolución judicial dictada en alguno de los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a que se refiere el título I de libro IV de la LEC, se satisfará con cargo a la masa activa. 3. En el supuesto previsto en el apartado anterior, las personas respecto de las cuales el concurso tuviese deber legal de alimentos solo podrán obtenerlos con cargo a la masa si no pudieran percibirlos de otras personas legalmente obligadas a prestárselos, previa autorización del juez del concurso, que resolverá por auto sobre su procedencia y cuantía”.

Tanto la redacción de los apartados 2 y 3 del artículo 47 LC no está muy clara de entender, el concursado no tiene que olvidar que la condición de alimentante la puede tener no solo como resultado de un proceso de los referidos en el artículo 47.2 LC, sino que también puede tener la obligación de alimentos por otras razones. Y es que aunque el artículo 47.2 y 3 LC solo se refiera a los alimentos legales surgidos de resolución judicial, el artículo 84.2.4º LC considera créditos contra la masa los de alimentos del deudor y de las personas respecto de los cuales tuviera el deber legal de prestarlos<sup>508</sup>. Es más, CUENA<sup>509</sup> afirma

---

<sup>507</sup> GÓMEZ MARTÍN, F.; *Comentarios a la propuesta de la reforma LC*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pág. 91.

<sup>508</sup> COBACHO GÓMEZ, J.A.; “Acerca del derecho y del deber de alimentos del concursado”...cit.; págs. 644 – 645. En este sentido, DÍAZ ALABART, S.; “Art. 47: Derecho a alimentos”...cit.; pág. 414, señala que aunque por un descuido del legislador, los alimentos no fijados judicialmente no aparezcan en el artículo 47 LC, por analogía con el artículo 84.2.4º LC se entenderán incluidos en el régimen legal de los alimentos del artículo 47 LC.

que el legislador tenía la intención de tener presentes a todas las personas respecto de las cuales el concursado tiene deber de alimentos, ya por una carga legal derivada de la patria potestad o del matrimonio en situación de normalidad, como la de aquellos que tienen fijada dicha pensión en sentencia judicial dictada en alguno de los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a que se refiere el Título I del Libro IV de la LEC. Respecto de los primeros el Juez del concurso fija la cuantía de los alimentos al no estar fijada previamente y cuando hay sentencia judicial previa dictada por un Juez civil es cuando el Juez del concurso puede modificar dicha pensión<sup>510</sup>.

La Ley 38/2011, de 10 de octubre, reforma este artículo de redacción defectuosa y pasa de tener 3 apartados a solo dos, quedando el art. 47.2 LC de la siguiente manera: “2. Las personas respecto de las cuales el concursado tuviere deber legal de alimentos, con excepción de su cónyuge, pareja de hecho inscrita cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 25.3 y descendientes bajo su potestad, solo podrán obtenerlos con cargo a la masa si no pudieren percibirlos de otras personas legalmente obligadas a prestárselos y siempre que hubieran ejercido la acción de reclamación en el plazo de un año a contar desde el momento en que debió percibirse, previa

---

<sup>509</sup> CUENA CASAS, M.; "Algunas consideraciones en torno al derecho de alimentos del concursado"...cit.; pág. 760.

<sup>510</sup> En relación con este tema, Auto del del Juzgado de lo Mercantil nº. 1 de Bilbao 4 de mayo de 2009 (Provincia de Vizcaya) sobre la revisión del quantum de la pensión fijada por el Juez civil. Tal y como indica CUENA CASAS, M.; "Algunas consideraciones en torno al derecho de alimentos del concursado"...cit.; pág. 770: “el Juez mercantil solo podrá modificar las pensiones de alimentos fijadas con anterioridad a la declaración de concurso, y tal modificación lo será solo a efectos de la clasificación del crédito como crédito contra la masa, y el resto tendrá la consideración de crédito ordinario. De esta forma, se respeta la sentencia fijada por el Juez de familia, en consonancia con lo dispuesto en el art. 53 LC, pero al mismo tiempo se le dota al Juez mercantil de la facultad de cuantificar la parte de dicha pensión de alimentos que tendrá la consideración de crédito contra la masa. Su capacidad se agota en la clasificación del crédito, qué parte será crédito contra la masa y cuál, crédito ordinario. Pero el Juez mercantil no puede disminuir una pensión fijada por un Juez de familia, respetándose así las restricciones que en materia de competencia judicial establece el art. 8 LC”.

autorización del juez del concurso, que resolverá sobre su procedencia y cuantía. La obligación de prestar alimentos impuestos al concursado por resolución judicial dictada con anterioridad a la declaración de concurso se satisfará con cargo a la masa activa en la cuantía fijada por el juez del concurso, teniendo en cuanto al exceso la consideración de crédito concursal ordinario”.

Se distingue entre las sentencias dictadas antes o después de la declaración de concurso pero sin hacer referencia expresa a “los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a que se refiere el título I de libro IV de la LEC” aunque se sobreentienda cuando dice: “...la obligación de prestar alimentos impuestos al concursado por resolución judicial dictada con anterioridad a la declaración de concurso”. Tal y como indica NANCLARES<sup>511</sup>, tendríamos que distinguir entre alimentistas preconcursales y alimentistas postconcursales. Los primeros cuando el concursado, como consecuencia de una obligación legal de alimentos, esté dispensando alimentos antes de la declaración de concurso en función de que haya habido o no intervención judicial. Y los segundos serían los que obtienen una resolución judicial concediéndoles alimentos una vez que se haya declarado el concurso.

Las personas respecto de las cuales el deudor concursado está obligado a alimentar<sup>512</sup> solo podrán obtener una cuota alimentaria con cargo a la

---

<sup>511</sup> NANCLARES VALLE, J.; “Art. 47: Derecho a alimentos”, en *Comentarios a la LC* (dirigidos por Faustino Cordón Moreno), edit. Aranzadi, Navarra, 2004, pág. 384.

<sup>512</sup> Resaltamos la distinción que realizan ORDUÑA, F.J. y PLAZA, J.; “Art. 47: Derecho a alimentos”...cit.; pág. 953, con las personas que deben tenerse en cuenta a la hora de fijar alimentos:

1. Alimentos que durante la tramitación del concurso tiene derecho el deudor persona natural.
2. Alimentos del cónyuge, hijos y descendientes, padres y ascendientes, y hermanos, cuando no puedan procurarse alimentos de otro modo, situación ésta que no aparece regulada en el artículo 47 LC, pero que hay que atender si se presenta en la práctica y en ese caso, deberá reconducirse al régimen previsto para los alimentos del concursado.
3. Prestaciones alimenticias especiales acordadas en procesos de familia regulados en el Título Primero del Libro IV de la LEC.

masa si no pudieran recibirla de otras personas que según la Ley común están obligadas a ello, bien porque no existen, bien porque aún existiendo carecen de la posibilidad material de hacerlo por estar en la misma o peor situación que las que reclaman alimentos. Las personas obligadas a prestar los alimentos son los parientes que aparecen descritos en el art. 143 CC, con el orden de preferencia establecido en el art. 144 CC: cónyuge, descendientes<sup>513</sup>, ascendientes y hermanos. MAGRO<sup>514</sup> nos detalla que cuando se refiere a los ascendientes y descendientes más próximos, están obligados los parientes más próximos, de modo que el hijo está obligado a prestar alimentos a su padre y faltando los hijos lo estarán los nietos. El hijo adoptado solo

- 
4. Derecho de alimentos del integrante de una pareja de hecho, en la medida en que se reconoce al cónyuge del concursado un derecho de alimentos.
  5. En caso de existir un contrato de alimentos, una vez declarado el concurso se estará a lo previsto en el artículo 61 y siguientes de la LC.

Y de igual modo, la de DÍAZ ALABART, S.; “Los alimentos del deudor en el concurso”, *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar* / coord. por Matilde Cuenca Casas, José Luis Colino Mediavilla, 2009 (Recoge los contenidos presentados a: Congreso Internacional sobre Endeudamiento del Consumidor e Insolvencia Familiar (1. 2008. Madrid)), edit. Thomson Reuters, España, 2009, págs. 278-283, distingue tres supuestos: personas que pueden tener derecho a recibir alimentos legales del deudor concursado; alimentos que debe legalmente el concursado que no hayan sido fijados en algunos de los procedimientos especiales enumerados en el art. 47 LC y alimentos fijados por resolución judicial en los procesos especiales mencionados en el art. 47 LC.

<sup>513</sup> El caso de prestar alimentos al hijo menor de edad, tal y como indica DOMÍNGUEZ CABRERA, M<sup>a</sup> del P.; “Carácter excepcional del derecho a alimentos en la LC”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, año n.º. 89, n.º. 736, 2013, pág. 993: “presenta una destacada preferencia y precisamente por incardinarse en la patria potestad, derivando básicamente de la valoración paterno-filial (art. 110 CC) no ha de verse afecto por limitaciones propias del régimen legal de los alimentos entre parientes que en lo que se refiere a los hijos constituya una normativa en gran parte solo adecuada al caso de los hijos mayores de edad o emancipados”; En comentario SAP de A Coruña, de 4 de noviembre de 2011, *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, N.º. 132, 2012, pág. 7, por BELTRÁ CABELLO, C.; éste destaca que “en los supuestos de colisión de intereses, el interés más digno de protección es el de los hijos, STS 21 de noviembre de 1986 (RJ Aranzadi 6574), por lo que la protección alimenticia que se dispensa al menor va más allá de la establecida en el art. 142 del CC, pues va dirigida a hacer al hijo partícipe del estatus social de sus progenitores...un padre tiene la obligación legal de mantener a su hijo en su mismo nivel social. No cumple con darle simplemente los alimentos...”

<sup>514</sup> MAGRO SERVET, V.; “El derecho de alimentos del concursado”...cit.; págs. 53-54.

tiene derecho a los alimentos en la familia adoptiva (art. 178.1 CC). Y entre los hermanos, se establece una prelación de los de doble vínculo sobre los de vínculo sencillo (art. 144 CC). La obligación se reparte entre los obligados de la misma clase de forma mancomunada y en proporción a su caudal respectivo (art. 145.1 CC), aunque el juez puede obligar a uno de ellos a prestarlo provisionalmente si se encuentra en caso de necesidad y es urgente la prestación de estos alimentos.

MAGRO añade que “lo que no tiene discusión y debe ser respetado en sus términos precisos es la obligación de prestar alimentos que contra el concursado se haya resuelto en un proceso civil de derecho de familia puesto que allí está claramente determinado lo que es la cuota alimentaria y la periodicidad con la que deber ser prestada a los beneficiarios”<sup>515</sup>.

Finalmente, y a modo resumen, recogemos el listado que hace DOMÍNGUEZ CABRERA<sup>516</sup> sobre las características delimitadoras del reconocimiento a la prestación de alimentos:

- Carácter subjetivo limitado: porque solo pueden ser objeto de autorización para los supuestos del concurso de persona natural.
- Carácter excepcional: exige que el concursado se encuentre en estado de necesidad.
- Carácter condicional: porque su otorgamiento depende de que el deudor concursado esté en estado de necesidad y de que existan bienes bastantes en la masa activa.
- Carácter cumulativo: porque una vez se determina la cuantía y periodicidad, el derecho a alimentos se integra en los créditos contra la masa.

---

<sup>515</sup> En el mismo sentido VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.; “Art. 47: Derecho a alimentos”...cit.; pág. 453.

<sup>516</sup> DOMÍNGUEZ CABRERA, M<sup>a</sup> del P.; “Carácter excepcional del derecho a alimentos en la LC”...cit.; pág. 1.007.

- Carácter privilegiado: porque la facultad de la administración concursal de poder alterar la regla de satisfacción de los créditos contra la masa, a sus respectivos vencimientos, no opera el retraso a los créditos alimenticios.
- Carácter imperativo: una vez concurren los requisitos subjetivos y objetivos en el deudor concursado debe determinarse su cuantía y periodicidad, no cabe decisión discrecional en cuanto a su reconocimiento.
- Carácter cuantitativo y temporal: en su determinación.
- Carácter excluyente: en relación con las personas respecto de las cuales el concursado tuviere deber legal de alimentos.
- Carácter subsidiario: porque el derecho de alimentos solo podrá ser autorizado a favor de aquellos que no sean cónyuge, pareja de hecho inscrita con inequívoca voluntad de formar un patrimonio común y descendientes bajo la potestad del deudor concursal.
- Carácter proporcional: su cuantificación debe ser equitativa en lo que se refiere a la existencia de créditos con el mismo carácter.
- Carácter preservador: se pretende salvaguardar, por lo menos, el importe del salario mínimo interprofesional.
- Carácter extintivo: en tanto en cuanto está sometido a vencimiento.
- Carácter exigible de la obligación: el momento en que debe hacerse el pago del crédito reconocido, resultando de aplicación la norma que lo regulan que establece que ha de hacerse a su respectivo vencimiento.

#### IV.5. La declaración de concurso de la persona física profesional o empresario.

A diferencia del Derecho ya derogado donde los procedimientos concursales tenían un objetivo liquidatorio del patrimonio del declarado en concurso o quebrado, con el tiempo se fue buscando el mantenimiento de la empresa como mejor solución para el pago de las deudas a los acreedores. Como la paralización de la actividad no siempre era lo más conveniente y rentable para satisfacer los derechos de los acreedores, la praxis judicial empezó a admitir la figura de la “quiebra abierta” que posibilitaba conciliar y compatibilizar la declaración de la quiebra con la continuación del ejercicio de la actividad mercantil del quebrado durante el tiempo necesario para aprovechar las posibilidades de rentabilidad de la empresa en funcionamiento<sup>517</sup>.

Con este mantenimiento de la actividad empresarial o profesional del deudor se pueden obtener tanto ventajas como desventajas<sup>518</sup>. Por un

---

<sup>517</sup> MULET ARIÑO, E. y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, G.; *Suspensión de pagos y quiebra. Procedimiento y casuística*, edit. Atelier, Barcelona, 1998, pág. 255: para que la declaración de quiebra no paralizara la actividad mercantil llevada a cabo por el quebrado y quedara abierta, era necesario que se dieran una serie de requisitos: a) Solicitud de continuación de la actividad realizada por el propio deudor a tiempo de instar la quiebra voluntariamente, o por el depositario en el momento de practicar la ocupación judicial cuando la quiebra fuese necesaria. b) La solicitud debía justificarse en el interés económico de los acreedores, como beneficio para la masa activa y una ausencia de riesgo en la posibilidad de acarrear nuevas pérdidas para el patrimonio del quebrado. c) La quiebra abierta debía ser acordada judicialmente mediante Auto motivado. Si la quiebra era voluntaria, la decisión se podía adoptar en el propio Auto en el que se declaraba la quiebra pero si la quiebra era necesaria, la decisión tenía que contenerse en un Auto específico e independiente que había de ser emitido una vez evacuado el informe del Comisario.

<sup>518</sup> COLINA GAREA, R.; “La repercusión de la declaración del concurso sobre la actividad empresarial o profesional del deudor”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº. 10, 2010, págs. 5-8. Según VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.; “Art. 44: Continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial”, en *Comentarios a la LC, Ley 22/2003, de 9 de julio*, edit. Dijusa, Madrid, 2003, pág. 443: “La finalidad primordial es mantener en pie una empresa o una actividad por dos razones esenciales: porque de ese modo no se disminuye un eslabón de la cadena productiva del país, y porque



lado, como ventajas podemos decir que se mantienen los puestos de trabajo de los empleados evitando el pago de indemnizaciones por tal concepto lo que supone un gran ahorro. Se evita la destrucción del valor empresarial que toda liquidación conlleva, sobre todo cuando se trata de ciertos bienes inmateriales como las marcas o la clientela. Y los acreedores tienen mayor esperanza de cobrar sus créditos ya que el funcionamiento del negocio genera riqueza obteniendo rendimientos de las inversiones realizadas y finalizando los procesos productivos, obras y trabajos pendientes, así como los encargos efectuados por los clientes. Pero también, por otro lado, pueden surgir inconvenientes tales como el riesgo de generación de nuevas deudas, pese a ello, el legislador era partidario de hacer frente a ese peligro entendiendo que las posibilidades de éxito podían ser mayores.

La Ley de Suspensión de Pagos fue pionera en recoger esta idea de mantenimiento de la empresa. Ya en su artículo 3 exigía que el solicitante presentara sus libros de contabilidad, tanto los legales como los llevados voluntariamente a fin de poner diligencia de presentación de los mismos por parte del Sr. Secretario judicial, con el concurso de los interventores, mencionando anomalías advertidas, señalamiento de enmiendas, raspaduras y espacios u hojas sin llenar, señalaba que a continuación del visto bueno del Sr. Juez, el fedatario devolverá enseguida los libros al suspenso para que los conserve en su escritorio, continúe en ellos haciendo los asientos de sus operaciones y los tenga en todo momento a disposición del Juez, de los Interventores y de los acreedores en la forma y términos que el Juzgado determine. La misma idea era recogida por los artículos 5 y 6 LSP. En el art. 6 LSP el deudor sometido a suspensión de pagos conservaba también la administración de sus bienes y la gerencia de sus negocios con las limitaciones que estableciera el juzgado, continuando, mientras no se dispusiera otra

---

siempre será más conveniente para los acreedores continuar con la actividad que adoptar la decisión de liquidar el patrimonio del deudor, lo que ha de hacerse cuando no quepa otra solución”.

cosa, las operaciones ordinarias de su tráfico con el acuerdo de los interventores. Con este sistema se pretendía conceder al deudor sin liquidez una segunda oportunidad para reorientar su industria y se le autorizara, tras su declaración, una gestión controlada de su patrimonio, a diferencia de lo que sucedía con la declaración de quiebra que conllevaba la interrupción de la actividad empresarial del deudor y la ocupación de los bienes y papeles relativos al giro o tráfico del quebrado (arts. 1.046 y 1.047 Ccom.de 1829), con la excepción de las compañías de ferrocarriles y demás obras públicas (art. 940 Ccom.de 1885 derogado por el apartado 3.º del número 3 de la disposición derogatoria única de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal («B.O.E.» 10 julio). Vigencia: 1 septiembre 2004). Sin embargo, para evitar daños irreparables a la masa, los órganos concursales podían continuar con la actividad empresarial aunque sin existir un acuerdo en cuanto a si se requería autorización de los acreedores o del juez.

Esta idea de que la declaración de concurso interrumpía la actividad empresarial (ocupándose todos los bienes, papeles y correspondencia del deudor, art. 41) también fue recogida por el Anteproyecto de LC de 1959, aunque también podía acordarse su continuación por los órganos de administración del concurso (art. 43.1) o por el mismo deudor que poseyera bienes suficientes para cubrir sus deudas pero bajo control (intervención). Más tarde, el Anteproyecto de 1983 no se refería expresamente a la continuación o no de la actividad empresarial tras la declaración de concurso pero se presuponía la continuación de la actividad bajo control del síndico, ejerciendo el deudor cualquier profesión o actividad lucrativa que autorizara el juez, previo informe e intervención del síndico (art. 145).

No fue hasta la Propuesta de Anteproyecto de 1995 donde se recogería de forma expresa que la declaración de concurso no afecta a la continuación de la actividad profesional o empresarial llevada a cabo por el deudor, si bien, una vez declarado el concurso o con posterioridad, el juez podría acordar el cese o la suspensión de la

actividad, así como el cierre de oficinas, establecimientos o explotaciones de que fuera titular el deudor (art. 86). Idea que igualmente recogían las leyes societarias y que siguió recogiendo el Anteproyecto de la LC de 2001 aunque con alguna salvedad, hasta llegar a la LC actual que en su artículo 44 establece como principio la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, con independencia de que esté suspendido en el ejercicio de las facultades de administrar y de disponer o simplemente sometido a intervención, si bien el juez puede acordar, a solicitud de la administración concursal y previa audiencia del deudor y de los representantes de los trabajadores, el cierre de las oficinas, establecimientos o explotaciones, así como el cese o la suspensión de la actividad<sup>519</sup>. Tal y como indica el Auto Juzgado Mercantil nº1 de Málaga de 16 de noviembre de 2009: “...el efecto beneficioso de la continuidad de la actividad empresarial es sin duda enorme, por ello debe interpretarse la norma en orden a favorecer dicho escenario de continuidad empresarial”.

Destacamos el párrafo primero del artículo 43 del Proyecto de LC de 5 de julio de 2002, según el cual la declaración de concurso no interrumpe la actividad profesional del deudor. Según DÍEZ-PICAZO<sup>520</sup> este precepto se refiere expresamente a “la actividad profesional o empresarial que viniere ejerciendo”, y la regla de la continuación se entiende sin perjuicio de las medidas que pudiera adoptar el órgano jurisdiccional o la administración judicial. Sin embargo, destaca que si

---

<sup>519</sup> En relación con los antecedentes históricos, MARTÍNEZ FLÓREZ, A.; “Art. 44: Continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial” en *Comentario de la LC* (dir. Angel Rojo y Emilio Beltrán), t. I, Thomson Civitas, Madrid, 2004, págs. 903-904; BARRERA COGOLLOS, J.L.; “Art. 44: Continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial” en *Comentarios a la LC* (coord. J.M. Sagrera Tizón, A. Sala Reixachs, A. Ferrer Barriandos), T. I, Bosch, Barcelona, 2004, págs. 445-446. El sistema final acordado imita al adoptado por otros ordenamientos de nuestro entorno como el italiano, francés o alemán, para un estudio más detallado sobre diferencias y similitudes, GALLEGO SÁNCHEZ, E.; “Art. 44: Continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial” en *LC* (Comentarios, Jurisprudencia y Formularios) (Coordinado por Esperanza Gallego Sánchez), v. I, edit. La Ley, Madrid, 2005, págs. 544-547.

<sup>520</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.; “Algunas acotaciones civilistas al Proyecto de LC”...cit., pág. 168.

bien se produce un desapoderamiento del deudor respecto de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, no existe una auténtica inhabilitación del concursado. En el Derecho inmediatamente anterior había quien entendía que la inhabilitación comprendía cualesquiera actividades profesionales o laborales que el concursado, cuyo patrimonio había quedado sujeto a la administración judicial, pudiera después emprender, lo que, aparte de encontrarse carente de fundamento legal, obligaba al deudor a convertirse en un ser ocioso dispuesto a servirse de los alimentos que se le pudieran conceder.

El primer párrafo del actual artículo 44 LC dispone que la declaración de concurso no interrumpe el ejercicio de la actividad empresarial o profesional<sup>521</sup> del deudor, sin perjuicio de los efectos que produzca sobre las facultades patrimoniales de éste. Excepto en situaciones de evidente incapacidad o de mala fe, la continuación de la actividad es la solución más idónea al ser conveniente que el deudor continúe al frente de sus negocios ya que es el que mejor conoce el funcionamiento de los mismos y para los acreedores será más conveniente también que continúe la actividad del deudor a que se liquide el patrimonio de éste, cosa que deberá hacerse solo cuando no quede otra solución<sup>522</sup>. Del texto de este primer párrafo podemos deducir, tal y como indica MARTÍNEZ FLÓREZ<sup>523</sup>, que la declaración de concurso tampoco impide

---

<sup>521</sup> Según MARTÍNEZ FLÓREZ, A.; “Art. 44: Continuación del ejercicio de la actividad profesional...”...cit.; pág. 906: se entiende por “*actividad profesional*” no solo la profesional liberal (la que ejercen abogados, médicos, arquitectos, etc) sino también cualquier otra actividad que el concursado viniera ejerciendo por cuenta propia de forma continuada o habitual y de acuerdo con las reglas y usos propios de la misma (agrícola, ganadera, artesanal, artística, etc). Y se entiende por “*actividad empresarial*”, la actividad económica de producción y/o distribución de bienes y servicios en el mercado.

<sup>522</sup> ZURILLA CARIÑANA, A.; “Art.44: Continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial” en *Comentarios a la LC* (dir. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), v. 1, edit. Tecnos, Madrid, 2004, págs. 383-384.

<sup>523</sup> MARTÍNEZ FLÓREZ, A.; “Art. 44: Continuación del ejercicio de la actividad profesional...”...cit.; pág. 905. Para CARRASCO PERERA, A.; *Los derechos de garantía en la LC*, 2ª ed., edit. Aranzadi, Navarra, 2004, págs. 53-54, lo importante en este caso es que continúe la empresa pero no el empresario por lo que se plantea algunas

al concursado ejercer una nueva actividad profesional o empresarial. Aunque es de suponer que no será fácil para un concursado iniciar por su cuenta una actividad empresarial o profesional nueva ya que, una vez se integren en la masa activa del concurso los bienes embargables que adquiera hasta la conclusión del procedimiento, no dispondrá de los medios necesarios para ello.

El artículo 44 LC establece que la declaración de concurso no provoca una interrupción de la actividad profesional o empresarial del deudor, con independencia de que sus facultades de administración y disposición hayan sido suspendidas o intervenidas. Así, el deudor puede seguir con el ejercicio de su actividad profesional o empresarial con las consecuencias inherentes según se trate de concurso necesario o voluntario<sup>524</sup>:

Si se tratase de *concurso voluntario* sometido al régimen de intervención de la administración concursal, ésta puede autorizar actos u operaciones propios del giro o tráfico de la actividad que son propios. Se sobreentiende que sin necesidad del régimen de intervención. En caso de intervención, el deudor conserva las facultades de administración y disposición sobre sus bienes pero será la administración la que autorizará y dará conformidad a los actos y negocios que el deudor pretenda llevar a cabo para continuar su actividad empresarial o profesional. Ahora, el tener que supervisar todo acto que realiza el deudor da lugar a un sistema poco ágil que supondría incluso un

---

cuestiones como: ¿Por qué permitir que sea el deudor quebrado el que promueva y gestione la actividad postconcurzal por medio de un convenio en el que él lleva el protagonismo?, ¿cómo se puede creer en la palabra o en la promesa de unos directivos empresariales que afirman que la empresa merece la pena de su continuidad, sin que tengan que pagar ellos mismos los costes de esta continuidad?, ¿porqué no limitarse a vender la empresa como un activo conjunto, siempre que haya alguien dispuesto a adquirirla con compromiso de continuidad?. Si no hay nadie que valore el conjunto más de lo que cada acreedor garantizado aprecia sus activos, la liquidación se revela como la solución eficiente e incontestable, a no ser que se esté dispuesto a regalar la empresa al tercero no pagando a ningún acreedor financiero del concurso, comprometiéndose a mantener los puestos de trabajo, aunque en este caso se confundirían los intereses del concurso con los de los trabajadores.

<sup>524</sup> MAGRO SERVET, V.; “El derecho de alimentos del concursado”...cit.; págs. 49 – 50.

obstáculo importante para el desarrollo de la actividad del concursado. De ahí que la Ley faculte a la administración concursal para que elabore una lista general con los actos u operaciones que el deudor puede efectuar por sí mismo sin necesidad de la debida supervisión por parte de la administración concursal para su autorización o conformidad y siempre que no suponga un obstáculo para la gestión dinámica y eficaz de su actividad empresarial o profesional<sup>525</sup>. Pero, ¿qué actos u operaciones son autorizados con carácter general? La autorización general solo puede recaer sobre los actos u operaciones propios del giro o tráfico de la actividad profesional o empresarial. Además, se requiere que sean actos u operaciones propios del giro o tráfico de la actividad que viniera realizando el deudor<sup>526</sup> y que, tal y como indica el art. 44.2 LC, se tenga en cuenta su naturaleza y cuantía. Como la Ley utiliza términos poco concretos y precisos, será la administración concursal la que valore si un acto u operación cumple o no los requisitos exigidos legalmente y si lo incluye o no en la lista de los autorizados. COLINA<sup>527</sup> deja claro que se incluirán en la lista las operaciones y actos inherentes al giro o tráfico de la empresa los que sean imprescindibles para continuar con la actividad empresarial como el pago de nóminas, abono de recibos por consumos de bienes de primera necesidad (agua, luz, comunicaciones), suministro de materias primas, proveedores habituales, etc. Sin embargo, no está tan claro si se incluyen en este listado aquellas operaciones que siendo necesarias para el normal desenvolvimiento del negocio, no fueran propias del giro

---

<sup>525</sup> COLINA GAREA, R.; “La repercusión de la declaración del concurso sobre la actividad empresarial...”...cit., págs. 8-9.

<sup>526</sup> Según MARTÍNEZ FLÓREZ, A.; “Art. 44: Continuación del ejercicio de la actividad profesional...”...cit.; pág. 909: “A la hora de otorgar la autorización general debe atenderse a la actividad realmente ejercida, aunque ésta sea distinta de las comprendidas en el objeto social o de la persona jurídica de que se trate y aunque la misma no se corresponda con la actividad que se hubiera declarado a la Hacienda Pública en la declaración de alta en la matrícula del Impuesto sobre Actividades Económicas que debe presentarse en los diez días anteriores al inicio de la actividad (art. 5 RD 243/1995, de 17 de febrero)”.

<sup>527</sup> COLINA GAREA, R.; “La repercusión de la declaración del concurso sobre la actividad empresarial...”...cit., pág. 9.

o tráfico de la actividad empresarial del concursado como ciertas operaciones crediticias o el simple descuento de efectos que permitiría dotar de liquidez a la compañía sin tener que esperar al momento del vencimiento pactado con su cliente. Como la confección de este listado no exige intervención del Juez del concurso, no ha de ser sometida a aprobación judicial ni al control inherente a la misma.

Resumiendo y siguiendo a MARTÍNEZ FLÓREZ<sup>528</sup> podemos decir que la intervención de los actos integrantes de la actividad profesional o empresarial del deudor puede ejercerse de dos modos:

- Mediante la intervención individualizada de cada uno de los actos y operaciones propios del giro o tráfico de la actividad que será el sistema general que operará cuando la administración concursal no decida lo contrario.
- Mediante una autorización con carácter general de determinados actos que el concursado podrá realizar sin necesidad de autorización o de conformidad singular.

La autorización general, siguiendo con el mismo autor<sup>529</sup>, será concedida en principio, por la administración concursal con acuerdo mayoritario de sus miembros a no ser que la intervención se atribuya específicamente a alguno de ellos. O, la administración concursal también puede solicitar que los auxiliares delegados nombrados por el juez concedan esa autorización general para la continuación de la actividad del deudor. En algunos supuestos, como estos delegados son técnicos en la materia, serán los únicos capacitados para determinar los actos susceptibles de ser autorizados con carácter general a no ser que esta facultad se hubiera reservado expresamente a la administración concursal. Como dicha autorización general faculta al concursado intervenido para actuar por sí solo debe ser sometida a publicidad para

---

<sup>528</sup> MARTÍNEZ FLÓREZ, A.; “Art. 44: Continuación del ejercicio de la actividad profesional...”...cit.; pág. 907.

<sup>529</sup> MARTÍNEZ FLÓREZ, A.; “Art. 44: Continuación del ejercicio de la actividad profesional...”...cit.; págs. 908-912.

facilitar su conocimiento y alcance a las personas que se relacionen con el concursado. Añade que la administración concursal o los delegados tendrán que comprobar que los actos propios del giro o tráfico de la actividad que fueron autorizados se han realizado por el concursado según las condiciones normales del mercado y si no es así podrán revocar total o parcialmente dicha autorización cuando lo consideren conveniente para los intereses del concurso.

El párrafo segundo del art. 44.2 LC dispone que como entre la declaración de concurso y la aceptación de los administradores concursales existe un lapso de tiempo más o menos amplio, el concursado deberá realizar los actos de su giro o tráfico que sean imprescindibles para la continuación de su actividad y ésta no se suspenda, siempre que se ajusten a las condiciones normales de mercado y respetando siempre las medidas cautelares que hubiera adoptado el juez al declarar el concurso<sup>530</sup> para asegurar la integridad, conservación o administración de su patrimonio hasta que los administradores concursales acepten el cargo (art. 44.2 párrafo segundo y 21.1.4º LC).

Esta actuación del concursado hasta la aceptación de los administradores concursales está sometida a diversos requisitos<sup>531</sup>:

---

<sup>530</sup> En este sentido, MARTÍNEZ FLÓREZ, A.; “Art. 44: Continuación del ejercicio de la actividad profesional...”...cit.; pág. 916, comenta que si el juez establece, como medida cautelar, que estos actos o cualquier otro necesario para continuar la actividad debe ser realizado con la autorización del propio juez o de otro sujeto, el concursado no podrá realizar por sí solo dichos actos. Incluso, para asegurar la conservación del patrimonio concursal (art. 21.1.4º), el juez puede acordar que se suspenda la actividad y que el concursado no pueda realizar ningún tipo de acto hasta la aceptación por parte de los administradores concursales. Una vez acepten éstos el cargo, la actividad profesional o empresarial del deudor se seguirá desarrollando bajo la intervención de estos administradores concursales, mediante autorización específica o general. Y los actos que se hubieran celebrado contrarios a las medidas cautelares adoptadas por el juez se considerarán anulables, es decir, se dejarán sin efecto para proteger los intereses en cuyo beneficio se estableció.

<sup>531</sup> COLINA GAREA, R.; “La repercusión de la declaración del concurso sobre la actividad empresarial...”...cit., págs. 11-12; SÁNCHEZ, J. – Baker & Mc Kenzie.; “Art.44: Continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial” en *La Nueva LC. Comentarios y Formularios a la Ley 22/2003 de 9 de julio Concursal*, v. I, edit. Grupo Difusión, Barcelona, 2003, pág. 337; DURO VENTURA, C.; “Art.44:



- El concursado solo estará facultado para llevar a cabo aquellos *actos que sean propios de su giro o tráfico*<sup>532</sup> evitando así asumir operaciones y compromisos por encima de sus posibilidades creando riesgos innecesarios. Por lo tanto, deberá evitar las operaciones atípicas o ajenas a la actividad ordinaria de la empresa o profesión, porque el desconocimiento o falta de experiencia del empresario-deudor en un sector empresarial o profesional que no le es propio o es inhabitual para él podría poner en duda el éxito de dichas operaciones, creándose un riesgo para la integridad de la masa activa del concurso<sup>533</sup>.

---

Continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial” en *Comentarios a la Legislación Concursal* (Coordinador Alberto Palomar Olmeda), edit. Dykinson, Madrid, 2003, pág. 502; GALÁN LÓPEZ, C.; “Art.44: Continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial” en *Comentarios a la Legislación Concursal* (directores Juan Sánchez-Calero y Vicente Guillarte Gutiérrez), t. I, edit. Lex Nova, Valladolid, 2004, págs. 843-847.

<sup>532</sup> Según MARTÍNEZ FLÓREZ, A.; “Art. 44: Continuación del ejercicio de la actividad profesional...”...cit.; págs. 909-911: “el acto debe ser puesto en relación con la actividad de que se trate, para ver si se adecua o no a la misma, es decir, para ver si existe una conexión entre el acto y la actividad, aunque la aptitud de dicho acto no determinará necesariamente para ser incluido en el catálogo de los susceptibles de autorización general, pues solo pueden ser objeto de dicha autorización los actos propios del giro o tráfico de la actividad”. Pero, ¿qué se entiende por actos propios del giro o tráfico de la actividad? “Pues son los actos típicos, los actos corrientes, en que se materializa la misma, es decir, aquellos cuya repetición supone de suyo ejercicio de la actividad de que se trate”. Ahora, no tendrán la consideración de actos propios del giro o tráfico los actos instrumentales para el ejercicio de la actividad como los actos complementarios, conexos, los modificativos de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor, los que impidan el desarrollo de dicha actividad y los actos ajenos a la misma por no existir nexo de conexión alguno entre el acto y la actividad.

<sup>533</sup> COLINA GAREA, R.; “La repercusión de la declaración del concurso sobre la actividad empresarial...”...cit., pág. 11. Y en relación con los actos perjudiciales sobre la masa activa el artículo 71 LC, que como ya hemos comentado ha sido modificado por modificado por la LC 38/2011, de 10 de octubre, de Reforma Concursal, recoge la Acción de Reintegración: “1. Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta”. En relación con este primer párrafo del artículo 71, cabe decir que cuando los bienes o derechos cuya salida del patrimonio se estimase que produjo en éste un perjuicio económico, los administradores concursales podrán reclamar la reincorporación a la masa activa. Al igual que podrán reclamar la extinción de las cargas reales que hubieran generado un privilegio a favor de los respectivos acreedores en detrimento de los demás en los dos años anteriores a la declaración del concurso, haciéndose extensiva la regla *par condicio creditorum* (trato igualitario para los acreedores), propia del derecho concursal aunque sea en un cierto ámbito o con efectos limitados (ICHASO URREA, J.; “El concurso de acreedores de la persona física”..., cit.; pág. 58). En cuanto a qué se entiende por perjudicial a efectos de

- Es necesario, que dichos actos sean *imprescindibles* para poder continuar la actividad; serán actos de conservación de la actividad no del patrimonio, o por lo menos no directamente<sup>534</sup>. Por lo que debemos distinguir entre lo que es prescindible de lo imprescindible. Según COLINA<sup>535</sup>, son prescindibles los actos sin

---

determinar el perjuicio para la masa activa, el artículo 71 distingue entre supuestos que son presunciones iuris et de iure, que no admiten prueba en contrario (71.2), otras presunciones iuris tantum, que admiten prueba en contrario (71.3) y otros donde el perjuicio patrimonial se probará de forma ordinaria (71.4). Según MUÑOZ DE BENAVIDES, C.; “Las acciones de reintegración concursales”, *Diario la Ley*, n°. 6967, sección tribuna, 2008, pág. 2, como regla general, habrá perjuicio para la masa activa siempre que la administración concursal demuestre que si no se hubiera producido el acto que se pretende impugnar la composición de la masa activa tendría un mayor valor, bien en particular cuando el acto concreto implica una disminución en el patrimonio del deudor o, bien en general si el bien que sale del patrimonio del deudor impide el mantenimiento de la actividad profesional o empresarial del deudor o impide o dificulta que se pueda alcanzar un convenio (Sentencia de 25 de julio de 2005 del Juzgado de lo Mercantil de Córdoba). El art. 71.3 distingue tres supuestos de presunciones que no admiten prueba en contrario:

1º Los actos dispositivos realizados a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado. Se refiere, como ya estudiamos en el art. 93 LC, al cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos y sus cónyuges, todos ellos si pretenden rescindir el negocio jurídico deberán probar esa especial relación del tercero.

2º La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas. Contratos que se rigen por las reglas contenidas en los arts. 55, 56 y 57 LC siempre que no sean anulados.

3º Los pagos u otros actos de extinción de obligaciones que contasen con garantía real y cuyo vencimiento fuese posterior a la declaración del concurso.

Ahora, según el artículo 71.5.1º: “En ningún caso podrán ser objeto de rescisión los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales”, como vemos, el legislador permite a los administradores de las sociedades declaradas en concurso voluntario conservar las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad, todo ello para conseguir la viabilidad de la empresa y la continuidad de su actividad (MUÑOZ DE BENAVIDES, C.; “Las acciones de reintegración concursales”...cit.; pág. 5). Para finalizar con la acción de reintegración que recoge el art. 71 LC, tenemos que resaltar que su apartado n°. 6 que recoge la no rescisión de los acuerdos de refinanciación del deudor (acuerdos preconcursales)...siempre que respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo..., después de haber sido modificado por la LC 38/2011, de 10 de octubre, de Reforma Concursal, ha vuelto a ser objeto de modificación por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a Emprendedores y su Internacionalización que pasaremos a estudiar más adelante.

<sup>534</sup> MARTÍNEZ FLÓREZ, A.; “Art. 44: Continuación del ejercicio de la actividad profesional...”...cit.; pág. 914.

<sup>535</sup> COLINA GAREA, R.; “La repercusión de la declaración del concurso sobre la actividad empresarial...”...cit., pág. 11. Según BARRERA COGOLLOS, J.L.; “Art. 44: Continuación del ejercicio de la actividad profesional...”...cit.; pág.448: “La imprescindibilidad constituye un juicio de valor que solo podrá manifestarse a posteriori de la operación, complicándose el procedimiento concursal si a continuación

los cuales su actividad puede seguir perfectamente sin peligro de verse amenazada de interrupción o paralización, por lo que quedarán excluidos los actos y operaciones cuya realización únicamente se justifique en meros criterios de conveniencia o en razones de oportunidad.

- Por último, pese a que los actos sean propios de su giro o tráfico e imprescindibles para la continuación de su actividad, el concursado tampoco podrá llevarlos a cabo aquellos que, aun reuniendo tales requisitos, no se ajusten a las *condiciones normales de mercado*. Los tribunales serán quienes determinen si un acto se ajusta o no a las condiciones normales del mercado. En relación con este tema MARTÍNEZ FLÓREZ<sup>536</sup> comenta dos interpretaciones. Por un lado, por condiciones normales de mercado pueden entenderse las condiciones en las que se realizan habitualmente dichos actos con cualquier sujeto que por norma serán sujetos solventes. Así pues, se garantiza que el concursado no vaya a celebrar actos perjudiciales para los intereses del concurso aunque se dejen fuera del ámbito de actuación del deudor los actos que, aún siendo necesarios para evitar la interrupción de la actividad, no se ajustan a las condiciones en que habitualmente se celebran con cualquier sujeto. Se corre el peligro de que se interrumpa la actividad profesional o empresarial que venía ejerciendo el concursado perjudicando sus intereses, por lo que el juez cuando se declare el concurso y como medida cautelar establecerá que tales actos se

---

hay que impugnar la actuación del suspenso...las reiteradas condiciones generales de mercado pueden implicar, por la propia dinámica comercial, nuevas obligaciones o verificación de pagos”. Añade SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.M<sup>a</sup>.; “Efectos de la declaración del concurso sobre las facultades patrimoniales del deudor”, *Comentarios a la LC* / coord. por Luis Fernández de la Gándara, Manuel María Sánchez Álvarez, 2004, pág. 205, que si la administración concursal considera que el acto en cuestión no es imprescindible para la continuidad de la actividad del deudor, podrá instar su anulación por haberse excedido el límite fijado, por la vía del art. 40.7 de la LC.

<sup>536</sup> MARTÍNEZ FLÓREZ, A.; “Art. 44: Continuación del ejercicio de la actividad profesional...”...cit.; págs. 914-915.

sometan a la consideración y, en su caso, autorización del propio juez.

Por otro lado, por condiciones normales del mercado también pueden entenderse las condiciones que se efectúan con sujetos que se encuentran en situación de insolvencia al igual que el concursado y que, en la medida en que el contratante *in bonis* considere insuficiente la garantía que supone la consideración de su crédito como crédito contra la masa y quiera asegurarse la contraprestación, pueden resultar más gravosas. Aquí, los administradores se verían obligados igualmente a actuar en las mismas condiciones que el concursado y si consideraran que la continuación de la actividad en tales condiciones es perjudicial para los intereses del concurso, deberán solicitar al juez el cese o suspensión de la actividad y hasta que el juez no se pronuncie al respecto deberán autorizar los actos del concursado imprescindibles para la continuación de la actividad en las condiciones existentes para los sujetos en situación de crisis económica.

Añade que el problema estará en determinar cuál es el mercado<sup>537</sup> relevante para aclarar y explicar si el concursado se ha ajustado o no a las condiciones normales del mismo ya que no puede hablarse de mercado en abstracto sino de mercados concretos.

La intervención, como hemos visto, se decreta normalmente en los supuestos de concurso voluntario pero el artículo 40.3 LC establece que el juez también podrá acordar la intervención en caso de concurso

---

<sup>537</sup> Para BARRERA COGOLLOS, J.L.; “Art. 44: Continuación del ejercicio de la actividad profesional...”...cit.; págs. 447-448, el art. 44 LC hace referencia a las condiciones normales del mercado por no existir límite legal alguno y estas condiciones habrá que entenderlas como “precios de mercado”. Indica que nos encontramos ante una contradicción porque si realmente lo que quería el legislador era poner como pauta reguladora o comparativa de cada operación la normalidad del mercado, resulta que el mercado, por su propia dinámica, nunca es necesariamente normal, pues incluso cuando se dispone de un referente valorativo como las cotizaciones en bolsa, sus variaciones dependen también de situaciones coyunturales inesperadas, siempre sometidas a riesgo y difícilmente autorizables con carácter general.

necesario, con la salvedad fijada en el artículo 44.2 LC de la realización por el deudor de determinadas actividades que serán fijadas por auto por el juez del concurso. El cambio de la situación de intervención a la de suspensión<sup>538</sup> solo puede adoptarse por el juez a solicitud de la administración concursal y como una vez acordado el cambio los efectos son inmediatos, la administración concursal cuando presente dicha solicitud deberá adjuntar las medidas que se van a adoptar. Si el concursado continuara actuando, realizando con terceros los actos que estaban incluidos en el ámbito de la autorización general de la intervención, se anularán dichos actos a no ser que fueran actos beneficiosos para los acreedores.

En cambio, en caso de *concurso necesario* se acuerda la suspensión de actividades y la administración concursal deberá adoptar las medidas necesarias para la continuidad profesional o empresarial. Si se produce el cambio de la situación de suspensión a la de intervención, la administración concursal deberá tomar también las medidas necesarias para permitir al concursado continuar ejerciendo la actividad profesional o empresarial bajo intervención, pudiendo recurrir igualmente a la intervención mediante autorización general en los términos previstos por la Ley.

El art. 44.3 LC dispone que en caso de suspensión el deudor se ve privado de todos los poderes de administración y disposición sobre su patrimonio que pasan hacia la administración concursal, quien, a partir de ese momento, sustituirá al concursado en el ejercicio de la totalidad de sus derechos y acciones de naturaleza administrativa y dispositiva. Así pues, será la administración concursal la que se ponga al frente de la actividad profesional o empresarial del deudor adoptando las medidas que sean necesarias para que continúe dicha actividad, tales como recurrir, previa autorización del juez, al auxilio de delegados para desarrollarla cuando su complejidad así lo exija (art. 31) o, en fin,

---

<sup>538</sup> MARTÍNEZ FLÓREZ, A.; “Art. 44: Continuación del ejercicio de la actividad profesional...”...cit.; pág. 918.

servirse de los contratos de trabajo celebrados por el ahora concursado (con factores, dependientes, etc.) con tal fin. Ahora, cuando se trate de actividades que realizaba personalmente el concursado y sin la colaboración de otras personas será tarea difícil para la administración concursal o sus delegados continuar dicha actividad<sup>539</sup>.

Acerca de quién debe asumir la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado durante el periodo que media entre el auto de la declaración de concurso en el que se decide suspender al concursado y la aceptación por parte de los administradores concursales de sus cargos, nada dice la Ley por lo que según MARTÍNEZ FLÓREZ<sup>540</sup> se aplica analógicamente lo establecido en el artículo 44.2 LC para el caso de la intervención, donde, como ya hemos comentado, el concursado podrá realizar los actos propios del giro o tráfico que sean imprescindibles para la continuación de su actividad, siempre que se ajusten a las condiciones normales del mercado. Sin embargo, COLINA<sup>541</sup> afirma que para este caso, no se aplica el párrafo segundo de art. 44.2 LC porque al haber sido suspendido el concursado en el ejercicio de sus facultades patrimoniales, no podrá llevar a cabo ningún acto de administración o disposición por mucho que éstos sean propios de su tráfico, imprescindibles para la continuación de su actividad y ajustados a las condiciones normales del mercado. Así pues y tal y como indica dicho autor, por un lado, resulta obvio que el deudor no puede afrontar dicha labor y por otro lado, como los administradores aún no han aceptado ni tomado posesión de sus cargos tampoco será

---

<sup>539</sup> MARTÍNEZ FLÓREZ, A.; “Art. 44: Continuación del ejercicio de la actividad profesional...”...cit.; págs. 916-917; COLINA GAREA, R.; “La repercusión de la declaración del concurso sobre la actividad empresarial...”...cit., pág. 12; Según VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.; “Art. 44: Continuación del ejercicio de la actividad...”...cit.; pág. 443: “En caso de suspensión, es la propia administración concursal la encargada de llevar adelante la actividad productiva del deudor bajo los principios de conservación, prudencia y gestión ordinaria del giro”.

<sup>540</sup> MARTÍNEZ FLÓREZ, A.; “Art. 44: Continuación del ejercicio de la actividad profesional...”...cit.; pág. 918.

<sup>541</sup> COLINA GAREA, R.; “La repercusión de la declaración del concurso sobre la actividad empresarial...”...cit., pág. 13.

de aplicación lo dispuesto en el art. 43.3 LC: “2. Hasta la aprobación judicial del convenio o la apertura de la liquidación, no se podrán enajenar o gravar los bienes y derechos que integran la masa activa sin autorización del juez. 3. Se exceptúan de lo dispuesto en el apartado anterior: 1º. Los actos de disposición que la administración concursal considere indispensables para garantizar la viabilidad de la empresa o las necesidades de tesorería que exija la continuidad del concurso. Deberá comunicarse inmediatamente al juez del concurso los actos realizados, acompañando la justificación de su necesidad. 2º. Los actos de disposición de bienes que no sean necesarios para la continuidad de la actividad cuando se presenten ofertas que coincidan sustancialmente con el valor que se les haya dado en el inventario. Se entenderá que esa coincidencia es sustancial si en el caso de inmuebles la diferencia es inferior a un diez por ciento y en el caso de muebles de un veinte por ciento, y no constare oferta superior. La administración concursal deberá comunicar inmediatamente al juez del concurso la oferta recibida y la justificación del carácter no necesario de los bienes. La oferta presentada quedará aprobada si en plazo de diez días no se presenta una superior. 3º. Los actos de disposición inherentes a la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, en los términos establecidos en el artículo siguiente”.

Por lo que dicho autor dice que la solución estaría en el art. 21.1.4º LC, según el cual en el Auto de la declaración del concurso, el Juez (en este caso será el Juez de lo Mercantil) podrá adoptar cuantas medidas cautelares considere necesarias para asegurar la integridad, conservación o administración del patrimonio del deudor hasta que los administradores concursales acepten el cargo.

Como supuesto excepcional, el art. 44.4 LC contempla la posibilidad de que 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 parte de las oficinas, establecimientos o explotaciones del deudor, así como

cuando ejerciera una actividad empresarial, el cese o la suspensión, total o parcial de ésta. La Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal modifica el último párrafo de este art. 44.4 LC, diciendo que cuando la continuación sea especialmente gravosa para la situación económica del deudor y si las medidas adoptadas afectan a la extinción, suspensión o modificación colectiva de los contratos de trabajo, incluidos los traslados colectivos, el juez actuará conforme a lo establecido en el artículo 8.2º iniciando simultáneamente el expediente del artículo 64. La administración concursal en su solicitud deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 64.4 LC. Pero en este trabajo no vamos a entrar a realizar un examen exhaustivo de este segundo párrafo del art. 44.4 LC.

Tal y como indica COLINA<sup>542</sup>, se deduce que la legislación concursal pretende conciliar el mantenimiento de la actividad empresarial o profesional del deudor y la tutela de los intereses de los acreedores y es que la verdadera finalidad del concurso no es ni el saneamiento de empresas ni el rescate económico del deudor insolvente, sino la satisfacción colectiva y ordenada de los derechos crediticios de los acreedores. Pero no se trata de defender a cualquier coste la continuidad en el ejercicio de la actividad una vez declarado el concurso, sino solamente cuando sea positivo y beneficioso para satisfacer los créditos de los acreedores. De igual manera, la misma actividad debería paralizarse o suspenderse cuando se acredite suficientemente que su continuidad perjudica los intereses de los acreedores, bien porque la empresa del concursado ha dejado de ser recuperable en términos de viabilidad económica, resulta deficitaria, o bien simplemente porque ha quedado fuera del mercado.

En el artículo 44.4 LC el juez puede acordar bien, el cierre de oficinas, establecimientos o explotaciones (acuerdo que puede tener lugar con cierta frecuencia ya que puede obedecer a una organización más

---

<sup>542</sup> COLINA GAREA, R.; “La repercusión de la declaración del concurso sobre la actividad empresarial...”...cit., págs. 14-15.



eficiente de los recursos precisos para el ejercicio de la actividad) o, bien, el cese o suspensión de la actividad empresarial (que solamente podrá acordarse cuando venga exigido por los intereses del concurso)<sup>543</sup>. En cuanto al primer acuerdo, la Ley señala que dicho cierre podrá ser total o parcial. Será total si afecta a todos los establecimientos y oficinas de los que el deudor es titular. VÁZQUEZ IRUZUBIETA<sup>544</sup> indica que el cierre total viene siendo un paso previo de la apertura de la liquidación del concurso, aunque a veces este cierre total es solo una medida temporal hasta que se aprueban las medidas adecuadas para una reapertura con mayores garantías de continuidad de la actividad extinguida. Y el cierre será parcial si alcanza solamente a algunos establecimientos, explotaciones y oficinas o parte de ellos, pudiendo ello obedecer a una mejor organización y aprovechamiento de los distintos integrantes de los mismos<sup>545</sup>. Ahora, tanto el cierre total como el parcial, aunque la Ley no lo admita expresamente, podrán ser definitivos o transitorios<sup>546</sup>. Cuando se realiza una clausura transitoria se puede aprovechar para reorganizar y reestructurar la actividad para reabrir el establecimiento, oficina o explotación que han estado provisionalmente cerrados con mayores garantías de continuidad. Pero cuando la clausura es definitiva y permanente existen pocas posibilidades de llegar a una solución convenida y reanudar la

---

<sup>543</sup> Medidas que podrán ser adoptadas tanto en el supuesto de suspensión como en el de intervención del ejercicio de las facultades de administración y de disposición y que podrán ir acompañadas de un cambio en los efectos del concurso sobre las facultades patrimoniales del deudor (MARTÍNEZ FLÓREZ, A.; “Art. 44: Continuación del ejercicio de la actividad profesional...”...cit.; pág. 919 y ZURILLA CARIÑANA, A.; “Art.44: Continuación del ejercicio de la actividad...”...cit.; pág. 389).

<sup>544</sup> VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.; “Art. 44: Continuación del ejercicio de la actividad...”...cit.; pág. 443. Sobre el cierre total, MARTÍNEZ FLÓREZ, A.; “Art. 44: Continuación del ejercicio de la actividad profesional...”...cit.; pág. 920, dice que puede deberse, a su vez, al acuerdo de cese o suspensión de la actividad que venía ejerciendo el concursado, a la aprobación del plan de liquidación, al cese de hecho de la actividad, originado por la falta total de demanda de los bienes y servicios ofrecidos por el concursado, etc.

<sup>545</sup> MARTÍNEZ FLÓREZ, A.; “Art. 44: Continuación del ejercicio de la actividad profesional...”...cit.; pág. 920.

<sup>546</sup> COLINA GAREA, R.; “La repercusión de la declaración del concurso sobre la actividad empresarial...”...cit., pág. 16.

actividad, a diferencia del cierre total pero con carácter temporal y no definitivo, pues éste comporta una mera suspensión provisional de la actividad que no será interrumpida o paralizada de forma permanente ya que siempre cabe la posibilidad de reanudar su ejercicio.

El juez también puede acordar el cese o suspensión, total o parcial, de la actividad empresarial que venía ejerciendo el deudor en el momento de la declaración de concurso por tres motivos<sup>547</sup>:

- Porque aunque el juez no pueda acordar el cese o la suspensión de la actividad profesional directamente, sí que podrá indirectamente cerrando las oficinas o explotaciones donde se desarrolla la actividad.
- Porque la decisión de cese o suspensión de la actividad empresarial debe adoptarse en atención a los intereses del concurso para evitar que los gastos ocasionados por la continuación de la actividad sigan gravando la masa del concurso.
- Y porque la decisión de suspensión o cese de la actividad profesional o empresarial puede referirse a la totalidad o solo a algunas de las que venía ejerciendo el deudor.

COLINA<sup>548</sup> diferencia el término *cese* del de *suspensión*. Así pues, por *cese de la actividad empresarial* se entiende la posibilidad de paralizar su ejercicio de un modo definitivo y permanente porque suponen más los gastos que los ingresos, mientras que por *suspensión de la actividad empresarial* del deudor se entiende la posibilidad de detener la misma de forma momentánea y provisional para posteriormente poder reanudarla y proseguir con su ejercicio, en este caso, será el juez el que acuerde el cese o la continuación de la actividad según lo que interese

---

<sup>547</sup> MARTÍNEZ FLÓREZ, A.; “Art. 44: Continuación del ejercicio de la actividad profesional...”...cit.; págs. 920-921.

<sup>548</sup> COLINA GAREA, R.; “La repercusión de la declaración del concurso sobre la actividad empresarial...”...cit., pág. 17.

más para el concurso. Añade MARTÍNEZ FLÓREZ<sup>549</sup> que, en ambos casos, “tanto si el juez ha acordado la suspensión como el cese de la actividad que venía ejerciendo el concursado al tiempo de la declaración de concurso, dicho concursado podrá continuar la actividad pero sin afectar a los bienes existentes en la masa ni gravarlos con las obligaciones asumidas en el ejercicio de dicha actividad”. Se tendrá en cuenta el artículo 84.2.5º (modificado por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal): “1.Constituyen la masa pasiva los créditos contra el deudor común que conforme a esta ley no tengan la consideración de créditos contra la masa. 2.Tendrán la consideración contra la masa los siguientes: ...5º.Los generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso, incluyendo los créditos laborales, comprendidas en ellos las indemnizaciones de despido o extinción de los contratos de trabajo, así como los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral, hasta que el juez acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial, o declare la conclusión del concurso...”. Y es que la LC quiere que se acuerde la interrupción o paralización de la actividad del deudor y el cierre de sus establecimientos solamente cuando resulte realmente necesario y lo exijan los intereses del concurso, de ahí su excepcionalidad y carácter subsidiario<sup>550</sup> (Auto Juzgado Mercantil nº1 de Bilbao de 25 de enero de 2006. AC 2006\249).

---

<sup>549</sup> MARTÍNEZ FLÓREZ, A.; “Art. 44: Continuación del ejercicio de la actividad profesional...”...cit.; pág. 921.

<sup>550</sup> COLINA GAREA, R.; “La repercusión de la declaración del concurso sobre la actividad empresarial...”...cit., pág. 18. A modo de resumen señalamos que SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.M<sup>a</sup>.; “Efectos de la declaración del concurso...”...cit.; pág. 209, distingue claramente las cuatro situaciones que se pueden dar:

- a) “Cierre de parte de las oficinas y otras unidades productivas del deudor, que debe considerarse como una suerte de reestructuración anticipada justificada por la necesidad de evitar el agravamiento de la situación del deudor sin que su adopción determine el resultado del concurso.
- b) Cierre total de las unidades productivas, que materialmente equivale a un cese de la actividad empresarial.

Para solicitar el cese o suspensión de la actividad empresarial, será la administración concursal el único sujeto legitimado y el más adecuado y capacitado para decidirlo correctamente. No podrá ser tomada de oficio por el Juez ni a instancia de parte por requerimiento de los acreedores. Pero, ¿la solicitud de la administración concursal debe de estar razonada? Tal y como indica COLINA<sup>551</sup>, la Ley no exige que la solicitud de la administración concursal sea razonada. Ahora, si se presentase una solicitud no razonada de paralización o interrupción de la actividad del deudor, será el juez el que tuviera que buscar los motivos que lo justificasen ya que su decisión debe tomarse siempre mediante Auto motivado. Más conveniente será que la solicitud de paralización o interrupción de la actividad sea razonada aunque la Ley no aclara qué motivos serían suficientes para ello. Se sobreentiende que tendrá que acreditar que la empresa del concursado ya no es viable ni recuperable económicamente y que la actividad que se lleva a cabo puede perjudicar los intereses de los acreedores.

Una vez presentada la solicitud de paralización o interrupción de actividad por la administración concursal, el art. 44.4 LC obliga al Juez a dar inicio a un trámite de audiencias en el que escuchará primero al deudor que por su experiencia en la empresa es el más adecuado para clarificarle al juez si lo más conveniente es paralizar o continuar con el ejercicio de la actividad profesional o empresarial. También serán oídos los representantes de los trabajadores de la empresa, novedad que no encontramos ni en el Anteproyecto de 7 de septiembre de 2001, ni en el Proyecto de 23 de julio de 2002. Dadas las funciones que desempeñan diariamente, los representantes de los trabajadores pueden serle de

- 
- c) Suspensión total o parcial de la actividad, que no implica de forma necesaria el cierre de las unidades productivas y que puede considerarse como una medida de ajuste empresarial.
  - d) Cese de la actividad empresarial, que, normalmente, implicará el cierre de todas las unidades productivas y la liquidación anticipada del patrimonio del deudor”.

<sup>551</sup> COLINA GAREA, R.; “La repercusión de la declaración del concurso sobre la actividad empresarial...”...cit., pág. 19.

gran ayuda al juez para valorar correctamente si para satisfacer los derechos de crédito de los acreedores es necesario paralizar el ejercicio de la actividad empresarial del deudor o continuar con el mismo aunque también hay quien considera que la audiencia a los representantes de los trabajadores puede provocar que el proceso concursal se retrase más de lo debido<sup>552</sup>.

Ahora, ¿qué ocurre con los bienes afectos a la actividad empresarial o profesional del deudor o una unidad productiva sobre los que recae ejecuciones de garantías reales a iniciar o ya iniciadas? Para ello acudiremos a los art. 55, 56 y 57 modificados por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Según el artículo 55 LC: “1. Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor. Hasta la aprobación del plan de liquidación, podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado diligencia de embargo y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. 2. Las actuaciones que se hallaran en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos. 3. Cuando las actuaciones de ejecución hayan quedado en suspenso conforme a lo dispuesto en los apartados anteriores, el juez, a petición de la administración concursal y previa audiencia de los acreedores afectados, podrá acordar el levantamiento y cancelación de los embargos trabados cuando el mantenimiento de los mismos dificultara gravemente la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado. El levantamiento

---

<sup>552</sup> COLINA GAREA, R.; “La repercusión de la declaración del concurso sobre la actividad empresarial...”...cit., págs. 21-23.

y cancelación no podrá acordarse respecto de los embargos administrativos. 4. Se exceptúa de las normas contenidas en los apartados anteriores lo establecido en esta Ley para los acreedores con garantía real<sup>553</sup>”.

Se establece en el artículo 55 LC que la declaración del concurso conlleva la suspensión de todas las ejecuciones seguidas contra el deudor concursado, prohibiendo también iniciar nuevas ejecuciones. Y para garantizar que se cumpla dicha regla general, la Ley sanciona con nulidad de pleno derecho las actuaciones ejecutivas que se realizaren en contra de dichas normas (ex art. 55.3). En cuanto a qué se entiende

---

<sup>553</sup> El acreedor que dispone de un derecho real de garantía (art. 56.1, 59.1, 86.2º, 92.3º) es un acreedor con privilegio especial (art. 90.1.1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, arts. 123 y 134.2 LC. El Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, ha añadido un apartado 3 al artículo 134 LC: “3. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, los acreedores privilegiados quedarán también vinculados al convenio cuando concurren las siguientes mayorías de acreedores de su misma clase, según definición del art. 94.2:

- a) Del 60 por ciento, cuando se trate de las medidas establecidas en el artículo 124.1.a).
- b) Del 75 por ciento, cuando se trate de las medidas establecidas en el artículo 124.1.b).

En el caso de acreedores con privilegio especial, el cómputo de las mayorías se hará en función de la proposición de las garantías aceptantes sobre el valor total de las garantías otorgadas dentro de cada clase.

En el caso de los acreedores con privilegio general, el cómputo se realizará en función del pasivo aceptante sobre el total del pasivo que se beneficie de privilegio general dentro de cada clase”). Y relacionado con este art. 134.3 LC dicho Real Decreto-ley también modifica el art. 140.4 LC: “4. La declaración de incumplimiento del convenio supondrá la resolución de éste y la desaparición de los efectos sobre los créditos a que se refiere el artículo 136. No obstante lo anterior, si el incumplimiento afectase a acreedores con privilegio especial que hubiesen quedado vinculados al convenio por aplicación de lo dispuesto en el artículo 134.3 o que se hubiesen adherido voluntariamente al mismo, podrán iniciar o reanudar la ejecución separada de la garantía desde la declaración de incumplimiento y con independencia del eventual inicio de la fase de liquidación. En este caso, el acreedor ejecutante hará suyo el montante resultante de la ejecución en cantidad que no exceda de la deuda originaria, correspondiendo el resto, si lo hubiere, a la masa activa del concurso”.

Este tipo de acreedor no comunica su crédito ni cobra con preferencia en su condición de acreedor que dispone de tal garantía, sino porque es un acreedor privilegiado y éste tiene un privilegio especial no por el hecho de disponer de un derecho de garantía, sino porque su crédito puede ser pagado con la ejecución del bien afecto a la garantía (Art. 157.2 LC). Para el resto del crédito no satisfecho será un acreedor ordinario. Durante el tiempo de espera para la ejecución de las garantías reales (art. 56), el acreedor titular de las mismas puede devenir poco a poco menos privilegiado y más ordinario o sin embargo, el bien afecto a la garantía puede incrementar su valor desde la declaración del concurso hasta la ejecución. (CARRASCO PERERA, A.; *Los derechos de garantía en la LC...cit.*; págs. 59-60).

por bienes necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, encontramos diferentes criterios interpretativos entre la doctrina. De entre varios autores, destacamos a ALONSO-CUEVILLAS<sup>554</sup>, según el cual cuando el ejecutante y el concursado y/o la administración concursal discrepen sobre el carácter necesario o no de los bienes para la continuidad de la actividad del concursado, corresponderá al juez del concurso resolver la controversia atendiendo al hecho de que su jurisdicción es exclusiva y excluyente con respecto a toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado. Y si en la ejecución laboral en trámite se hubiera trabado embargo sobre otros bienes necesarios para la continuidad de la actividad del concursado, la ejecución laboral continuaría solo respecto de dichos bienes. Opina lo mismo MARÍN LÓPEZ<sup>555</sup>, quien afirma igualmente que una vez declarado el concurso el encargado de conocer sobre la ejecución laboral separada, ordenada bien antes o después de la declaración de concurso, es el juez del concurso y no el juez social. Y en este sentido encontramos los Autos de 22 de julio de 2005 (AC 2005, 1249) del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Málaga, según el cual “la expresión bienes necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado comprendería todos los bienes que estén destinados al servicio de la actividad profesional o empresarial del concursado y por tanto también el metálico, siempre que no resulte de excedente (que en proceso concursal es difícil) y cuyo flujo sea utilizado para su reinversión o actividad ordinaria de la empresa”. Y el Auto de 3 de enero de 2006 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Las Palmas de Gran Canaria que razona que “el juez de lo

---

<sup>554</sup> ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J.; *La “vis atractiva” del proceso concursal*, edit. Thomson-Civitas, Navarra, 2007, págs. 262-265.

<sup>555</sup> MARÍN LÓPEZ, M.; “Art. 55: “Ejecuciones y apremios”, en *Comentarios a la LC* (dir. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano) v. 1, edit. Tecnos, Madrid, 2004, págs. 582 y 583. Y, GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C.; “Competencia para decidir si los bienes embargados en la ejecución laboral son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor declarado en concurso”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, num. 6/2010, edit. Aranzadi, 2010, págs. 5-8.

mercantil que conoce del concurso de acreedores será el único órgano capaz de decidir si un correcto bien o derecho de los embargados a (...) resulta o no necesario para la continuidad de su actividad empresarial ya que será el único que tendrá un conocimiento preciso y detallado, con el lógico asesoramiento de los administradores concursales, sobre cuál es la actividad empresarial de la entidad concursada y sobre cuáles son los motivos y razones que han llevado a la misma a la situación de insolvencia que, a su vez, ha determinado su actual sometimiento al procedimiento concursal”.

El reciente Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, ha modificado algún artículo en materia de liquidación. Encontramos que en el art. 43.3 se añade un último párrafo: “En el caso de transmisión de unidades productivas de bienes o servicios pertenecientes al concursado se estará a lo dispuesto por el artículo 146 bis”.

Se añade un artículo 146 bis con la siguiente redacción: “1. En caso de transmisión de unidades productivas, se cederán al adquirente los derechos y obligaciones derivados de contratos afectos a la continuidad de la actividad profesional o empresarial cuya resolución no hubiera sido solicitada. El adquirente se subrogará en la posición contractual de la concursada sin necesidad de consentimiento de la otra parte. La cesión de contratos administrativos se producirá de conformidad con lo dispuesto por el artículo 226 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. 2. También se cederán aquellas licencias o autorizaciones administrativas afectas a la continuidad de la actividad empresarial o profesional e incluidas como parte de la unidad productiva, siempre que el adquirente continuase la actividad en las mismas instalaciones. 3. Lo dispuesto en los dos apartados anteriores no será aplicable a aquellas licencias, autorizaciones o contratos en los que el adquirente haya manifestado expresamente su intención de no subrogarse. Ello sin perjuicio, a los efectos laborales, de la aplicación de



lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores en los supuestos de sucesión de empresa. 4. La transmisión no llevará aparejada obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión, ya sean concursales o contra la masa, salvo que el adquirente la hubiera asumido expresamente o existiese disposición legal en contrario y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.2. La exclusión descrita en el párrafo anterior no se aplicará cuando los adquirentes de las unidades productivas sean personas especialmente relacionadas con el concursado”.

Se añaden los apartados 5 y 6 al art. 148: “5. Salvo para los acreedores públicos, en el plan de liquidación podrá preverse la cesión de bienes o derechos en pago o para pago de los créditos concursales, con las limitaciones y el alcance previsto, respecto a los bienes afectos a una garantía, en el apartado 4 del artículo 155.

6. El juez, de oficio o a instancia de parte, podrá acordar la retención de hasta un 10 por ciento de la masa activa del concurso en una cuenta del juzgado. Este montante, que se utilizará para hacer frente a las cantidades que resulten a deber a determinados acreedores, según los pronunciamientos judiciales que se emitan en los recursos de apelación que pudieran interponerse frente a actos de liquidación. Dicha cantidad se liberará cuando los recursos de apelación hayan sido resueltos o cuando el plazo para su interposición haya expirado. La parte del remanente que haya quedado libre tras la resolución o expiración del plazo de interposición de los recursos, será asignada de acuerdo con el orden de prelación legalmente establecido, teniendo en cuenta la parte de créditos que ya hubieren sido satisfechos”.

Y el art. 149 queda redactado de la siguiente manera:

“1. De no aprobarse un plan de liquidación y, en su caso, en lo que no hubiere previsto el aprobado, las operaciones de liquidación se ajustarán a las siguientes reglas:

1.<sup>a</sup> El conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios pertenecientes al deudor se enajenará como un todo, salvo que, previo informe de la administración concursal, el juez estime más conveniente para los intereses del concurso su previa división o la realización aislada de todos los elementos componentes o solo de algunos de ellos.

La enajenación del conjunto o, en su caso, de cada unidad productiva se hará mediante subasta. No obstante, el juez podrá acordar la realización a través de enajenación directa o a través de persona o entidad especializada cuando la subasta quedare desierta o cuando, a la vista del informe de la administración concursal, considere que es la forma más idónea para salvaguardar los intereses del concurso. La transmisión mediante entidad especializada se realizará con cargo a las retribuciones de la administración concursal.

Las resoluciones que el juez adopte en estos casos deberán ser dictadas previa audiencia, por plazo de quince días, de los representantes de los trabajadores y cumpliendo, en su caso, lo previsto en el apartado 4 del artículo 148. Estas resoluciones revestirán la forma de auto y contra ellas no cabrá recurso alguno.

2.<sup>a</sup> En el caso de que las operaciones de liquidación supongan la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, incluidos los traslados colectivos y la suspensión o extinción colectivas de las relaciones laborales, se estará a lo dispuesto en el artículo 64.

3.<sup>a</sup> Los bienes a que se refiere la regla 1.<sup>a</sup>, así como los demás bienes y derechos del concursado se enajenarán, según su naturaleza, conforme a las disposiciones establecidas en la LEC para el procedimiento de apremio. Para los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se aplicará lo dispuesto

en el artículo 155.4, salvo que estuviesen incluidos en los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios pertenecientes al deudor que se enajenen en conjunto, en cuyo caso se estará a las siguientes reglas:

a) Si se transmitiesen sin subsistencia de la garantía, corresponderá a los acreedores privilegiados la parte proporcional del precio obtenido equivalente al valor que el bien o derecho sobre el que se ha constituido la garantía suponga respecto a valor global de la empresa o unidad productiva transmitida. Si el precio a percibir no alcanzase el valor de la garantía, calculado conforme a lo dispuesto en el artículo 94 será necesario que manifiesten su conformidad a la transmisión los acreedores con privilegio especial que tengan derecho de ejecución separada, que representen al menos el 75 por ciento del pasivo de esta naturaleza afectado por la transmisión y que pertenezcan a la misma clase, según determinación del artículo 94.2. En tal caso, la parte del valor de la garantía que no quedase satisfecha tendrá la calificación crediticia que le corresponda según su naturaleza. Si el precio a percibir fuese igual o superior al valor de la garantía, no será preciso el consentimiento de los acreedores privilegiados afectados.

b) Si se transmitiesen con subsistencia de la garantía, subrogándose el adquirente en la obligación del deudor, no será necesario el consentimiento del acreedor privilegiado, quedando excluido el crédito de la masa pasiva. El juez velará porque el adquirente tenga la solvencia económica y medios necesarios para asumir la obligación que se transmite.

4.<sup>a</sup> En caso de enajenación del conjunto de la empresa o de determinadas unidades productivas de la misma mediante subasta se fijará un plazo para la presentación de ofertas de

compra de la empresa, que deberán incluir una partida relativa a los gastos realizados por la empresa declarada en concurso para la conservación en funcionamiento de la actividad hasta la adjudicación definitiva, así como la siguiente información:

a) Identificación del oferente, información sobre su solvencia económica y sobre los medios humanos y técnicos a su disposición.

b) Designación precisa de los bienes, derechos, contratos y licencias o autorizaciones incluidos en la oferta.

c) Precio ofrecido, modalidades de pago y garantías aportadas. En caso de que se transmitiesen bienes o derechos afectos a créditos con privilegio especial, deberá distinguirse en la oferta entre el precio que se ofrecería con subsistencia o sin subsistencia de las garantías.

d) Incidencia de la oferta sobre los trabajadores.

Si la transmisión se realizase mediante enajenación directa, el adquirente deberá incluir en su oferta el contenido descrito en esta regla 4.<sup>a</sup>

5.<sup>a</sup> No obstante lo previsto en la regla 1.<sup>a</sup>, entre ofertas cuyo precio no difiera en más del 10 por ciento de la inferior, podrá el juez acordar la adjudicación a esta cuando considere que garantiza en mayor medida la continuidad de la empresa, o en su caso de las unidades productivas, y de los puestos de trabajo, así como la mejor satisfacción de los créditos de los acreedores.

2. Cuando, como consecuencia de la enajenación a que se refiere la regla 1.<sup>a</sup> del apartado anterior, una entidad económica mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesoria, se

considerará, a los efectos laborales y de Seguridad Social, que existe sucesión de empresa. En tal caso, el juez podrá acordar que el adquirente no se subroge en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial de conformidad con el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores. Igualmente, para asegurar la viabilidad futura de la actividad y el mantenimiento del empleo, el cesionario y los representantes de los trabajadores podrán suscribir acuerdos para la modificación de las condiciones colectivas de trabajo.

3. En el auto de aprobación del remate o de la transmisión de los bienes o derechos realizados ya sea de forma separada, por lotes o formando parte de una empresa o unidad productiva, el juez acordará la cancelación de todas las cargas anteriores al concurso constituidas a favor de créditos concursales, salvo las que gocen de privilegio especial conforme al artículo 90 y se hayan transmitido al adquirente con subsistencia del gravamen”

Con los arts. 56 y 57 LC el legislador quiso recoger un régimen especial para las ejecuciones de garantías reales<sup>556</sup> contra determinados bienes concretos del deudor, como el caso de los ocupantes de finca gravada por hipoteca inmobiliaria<sup>557</sup>, una de las novedades más importantes de

---

<sup>556</sup> Según ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J.; *La “vis atractiva” del proceso concursal...*cit.; pág. 270: “el especial régimen que regula las ejecuciones de garantías reales, se aplicará tanto a las ejecuciones de garantía real, es decir a las ejecuciones sobre bienes especialmente ejecutados o pignorados regulada en los artículos 681 y siguientes LEC/2000, como el ejercicio de determinadas acciones que, aún teniendo igualmente por objeto la ejecución de un bien especialmente afecto al crédito garantizado, deben tramitarse a través de procesos de carácter declarativo”. Tal y como indica GINÉS CASTELLET, N.; *La enajenación de bienes inmuebles con fin de garantía*, Editores Madrid : Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Centro de Estudios, 2004, pág. 59, en relación con las garantías reales, “la nota de accesoriaidad parece ser un rasgo esencial a las mismas por cuanto que su eficacia dinámica o verdadera puesta en marcha se liga inevitablemente al previo vencimiento y posterior incumplimiento de la obligación garantizada, tanto si se trata de una deuda propia como si se asegura una deuda ajena”.

<sup>557</sup> Tal y como indica CARRASCO PERERA, A.; *Los derechos de garantía en la LC...*cit.; pág. 35, la hipoteca es una garantía absolutamente fungible y puede recaer tanto sobre activos inmobiliarios asociados al proyecto empresarial que se financia, como

la Ley tal y como indica su Exposición de Motivos. El artículo 56 LC dispone: “1.Los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación...2.Las actuaciones ya iniciadas en ejercicio de las acciones a que se refiere el apartado anterior se suspenderán desde que la declaración del concurso, sea o no firme, conste en el correspondiente procedimiento, aunque ya estuvieran publicados los anuncios de subasta<sup>558</sup> del bien o derecho. Solo se alzarán la suspensión de la ejecución y se ordenará que continúe cuando se incorpore al procedimiento testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que los bienes o derechos no están afectos o no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor...5.A los efectos de lo dispuesto en este artículo y en el anterior, corresponderá al juez del concurso determinar si un bien del concursado se encuentra o no afecto a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad y si un bien o derecho resulta necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor”.

Con respecto al art. 56 LC el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, ha modificado el art. 155.2: “2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, en tanto no transcurran los plazos señalados en el apartado 1 del artículo

---

sobre otras fincas del deudor comercial o sobre bienes inmuebles de terceros, de personas físicas o jurídicas, empresarios o consumidores.

<sup>558</sup> Según CARRASCO PERERA, A.; *Los derechos de garantía en la LC...cit.*; pág. 101, se mantenía la exención para la ejecución de toda clase de bienes, cuando ya se hubieran publicado los anuncios de subasta cuando se declarase el concurso a diferencia de lo que ocurría con el Proyecto, donde una vez publicados los anuncios de subasta cuando se hubiera declarado el concurso, las ejecuciones pendientes ya no se paralizaban en ningún caso.

56 o subsista la suspensión de la ejecución iniciada antes de la declaración de concurso, conforme al apartado 2 del mismo artículo, la administración concursal podrá comunicar a los titulares de estos créditos con privilegio especial que opta por atender su pago con cargo a la masa y sin realización de los bienes y derechos afectos. Comunicada esta opción, la administración concursal habrá de satisfacer de inmediato la totalidad de los plazos de amortización e intereses vencidos y asumirá la obligación de atender los sucesivos como créditos contra la masa y en cuantía que no exceda del valor de la garantía, calculado de conformidad con lo dispuesto por el artículo 94. En caso de incumplimiento, se realizarán los bienes y derechos afectos para satisfacer los créditos con privilegio especial”.

Según REDONDO<sup>559</sup>, la doctrina entiende por bienes afectos a la actividad aquellos que son empleados de forma efectiva por el deudor en el ejercicio de su actividad sin que baste para considerar afecto un bien su afección financiera en garantía para la obtención de financiación. Una escasa jurisprudencia menor considera que tales bienes afectos a la actividad son aquellos que forman parte de los medios de producción, los vinculados al proceso productivo. Y el Auto de 22 de julio de 2005 (AC 2005, 1249) del Juzgado de lo Mercantil de Málaga, considera que los bienes afectos a la actividad son los bienes indispensables para mantener en funcionamiento los establecimientos del deudor<sup>560</sup>.

---

<sup>559</sup> REDONDO GARCÍA, F.; “¿Puede lanzarse al ocupante de la finca gravada por hipoteca inmobiliaria y afecta a la actividad empresarial o profesional del deudor declarado en concurso?”, *Justicia: revista de derecho procesal*, n.º. 3-4, 2007 , págs. 206-207. Finalmente, cabe decir tal y como indica CARRASCO PERERA, A.; *Los derechos de garantía en la LC...cit.*; pág. 101, que no basta que un bien sea afecto para que resulte necesario. Pueden existir bienes afectos a la actividad profesional o empresarial pero que para la continuación de la actividad el deudor puede prescindir de ellos, es decir, para que se conserve hace falta que sea necesario.

<sup>560</sup> Siempre que se trate de un bien verdaderamente afecto a la actividad, la competencia corresponderá al propio juez del concurso quien resolverá lo que proceda tras escuchar a la administración concursal y demás partes personadas, mientras que si se trata de un bien o derecho no afecto, la competencia podrá corresponder a un tribunal distinto que deberá valorar si el bien objeto de la ejecución real pretendida se halla o no afecto a la actividad del concursado (ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J.; *La “vis atractiva” del proceso concursal...cit.*; pág. 275).

Al igual que el art. 44 LC que acabamos de comentar, los arts. 56 y 57 que regulan el régimen especial de suspensión temporal de las ejecuciones reales, intentarán la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, siempre que sea posible, en beneficio no solo del propio deudor y de sus trabajadores sino también del interés del propio concurso<sup>561</sup>. La propia Exposición de Motivos de la LC explica que mediante el especial régimen regulado, “se respeta la naturaleza propia del derecho real sobre cosa ajena, que impone una regulación diferente de la aplicable a los derechos de crédito integrados en la masa pasiva del concurso, pero al mismo tiempo se procura que la ejecución separada de las garantías no perturbe el mejor desarrollo del procedimiento concursal ni impida soluciones que puedan ser convenientes para los intereses del deudor y de la masa pasiva”. Tal y como indica el artículo 56 LC, los acreedores concursales garantizados no iniciarán las ejecuciones o realizaciones forzosas de las garantías reales sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor o a una actividad productiva de su titularidad hasta que se apruebe un convenio<sup>562</sup> que no haya de afectar a los acreedores

---

<sup>561</sup> ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J.; *La “vis atractiva” del proceso concursal...cit.*; pág. 271.

<sup>562</sup> Auto Juzgado Mercantil n.º.1 de Cádiz de 13 de abril de 2007 (AC 2008\3): “La LC configura el concurso de acreedores como un procedimiento de reestructuración empresarial, que persigue no solo el interés de los acreedores sino también la satisfacción de un interés público, cual es la estabilidad en el empleo y continuidad de las empresas, por lo que en principio, y como regla general, la declaración de concurso no interrumpe la actividad profesional o empresarial del deudor (art. 44 LC), fomentándose la consecución de un convenio como solución normal del concurso, para permitir dicha continuidad empresarial...La LC no solo favorece el convenio, sino que en la regulación de éste, y en concreto en el contenido de la propuesta de convenio (art. 100 LC), permite que además de contener proposiciones de quita y/o espera, se incluyan proposiciones de enajenación, bien del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o de determinadas unidades productivas, a favor de una persona natural o jurídica determinada...”. Recientemente el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal ha modificado los apartados 1, 2 y 3 del art. 100 LC quedando redactados de la siguiente manera:

“1. La propuesta de convenio deberá contener proposiciones de quita o de espera, pudiendo acumular ambas. 2. La propuesta de convenio podrá contener, además, proposiciones alternativas para todos o algunos de los acreedores, con excepción de los acreedores públicos. Entre las proposiciones alternativas, se podrán incluir las ofertas de conversión del crédito en acciones, participaciones o cuotas sociales, obligaciones convertibles, créditos subordinados, en créditos participativos, en préstamos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero de



---

rango, vencimiento o características distintas de la deuda original. En caso de conversión del crédito en acciones o participaciones, el acuerdo de aumento de capital del deudor necesario para la capitalización de créditos deberá suscribirse por la mayoría prevista, respectivamente, para las sociedades de responsabilidad limitada y anónimas en los artículos 198 y 201.1 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio. A efectos del artículo 301.1 del citado texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, se entenderá que los pasivos son líquidos, están vencidos y son exigibles. También podrán incluirse en la propuesta de convenio proposiciones de enajenación, bien del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades productivas a favor de una persona natural o jurídica determinada, que se regirán por lo dispuesto en el artículo 146 bis. Las proposiciones incluirán necesariamente la asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad empresarial o profesional propia de las unidades productivas a las que afecte. En estos casos, deberán ser oídos los representantes legales de los trabajadores. 3. En ningún caso la propuesta podrá consistir en la liquidación global del patrimonio del concursado para satisfacción de sus deudas, ni en la alteración de la clasificación de créditos establecida por la ley, ni de la cuantía de los mismos fijada en el procedimiento, sin perjuicio de las quitas que pudieran acordarse y de la posibilidad de fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo de la persona jurídica concursada. Solo podrá incluirse la cesión en pago de bienes o derechos a los acreedores siempre que los bienes o derechos cedidos no resulten necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial y que su valor razonable, calculado conforme a lo dispuesto en el artículo 94, sea igual o inferior al crédito que se extingue. Si fuese superior, la diferencia se deberá integrar en la masa activa. Si se tratase de bienes afectos a garantía, será de aplicación lo dispuesto por el artículo 155.4. En ningún caso se impondrá la cesión en pago a los acreedores públicos”.

En relación con el art. 100 LC dicho Real Decreto-ley también añade un párrafo final al apartado 4 del art. 121: “En caso de acuerdos que, tras la declaración del concurso, sigan sujetos a un régimen o pacto de sindicación, se entenderá que los acreedores votan a favor del convenio cuando voten a su favor los que representen al menos el 75 por ciento del pasivo afectado por el acuerdo en régimen de sindicación, salvo que las normas que regulan la sindicación establezcan una mayoría inferior, en cuyo caso será de aplicación esta última. Esta previsión se aplicará para el cómputo de las mayorías necesarias para la aprobación del convenio y para la extensión de sus efectos a acreedores no participantes o disidentes”. Se modifica el art. 124 LC: “1. Para que una propuesta de convenio se considere aceptada por la junta serán necesarias las siguientes mayorías:

a) Si hubiera votado a favor del mismo, al menos, un 50 por ciento del pasivo ordinario, quedarán sometidos a las quitas iguales o inferiores a la mitad del importe del crédito; a las esperas, ya sean de principal, de intereses o de cualquier otra cantidad adeudada, con un plazo no superior a cinco años; o, en el caso de acreedores distintos de los públicos o los laborales, a la conversión de deuda en préstamos participativos durante el mismo plazo. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando la propuesta consista en el pago íntegro de los créditos ordinarios en plazo no superior a tres años o en el pago inmediato de los créditos ordinarios vencidos con quita inferior al veinte por ciento, será suficiente que vote a su favor una porción del pasivo superior a la que vote en contra. A estos efectos, en los supuestos de propuesta anticipada y de tramitación escrita, los acreedores deberán, en su caso, manifestar su voto en contra con los mismos requisitos previstos para las adhesiones en el artículo 103 y en los plazos, según sea el caso, de los artículos 108 y 115 bis.

b) Si hubiera votado a favor del mismo un 65 por ciento del pasivo ordinario, quedarán sometidos a las esperas con un plazo de más de cinco años, pero en ningún caso superior a diez; a las quitas superiores a la mitad del importe del crédito, y, en el caso de acreedores distintos de los públicos o los laborales, a la conversión de deuda en préstamos participativos por el mismo plazo y a las demás medidas previstas en el artículo 100.

garantizados o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se haya producido la apertura de la liquidación, aunque se paralizarán las ejecuciones tanto si se llega a un convenio o a una liquidación. De acuerdo con ALONSO-CUEVILLAS<sup>563</sup>, la previsión de paralización temporal de las ejecuciones reales, constituye una de las novedades más importantes de la nueva ley y merece una valoración positiva ya que conjuga acertadamente el necesario respeto a la singular naturaleza de los derechos garantizados con la conveniencia del propio proceso concursal y la de los restantes intereses en él afectados. Por lo tanto, se paralizará la sustanciación del proceso hipotecario cuando el bien objeto de la ejecución real estuviere afecto a la actividad profesional o empresarial del deudor declarado en concurso, no pudiendo lanzar al ocupante de la finca. De ello deducimos, haciendo una interpretación lógica y sistemática de la LC, tal y como lo hace ICHASO<sup>564</sup>, que cuando el crédito goce de garantía real sobre bienes no afectos a una actividad profesional o empresarial, caso de la vivienda, sí podrá iniciarse la ejecución. Y así lo corrobora CUENA<sup>565</sup> cuando señala que si la ejecución de la hipoteca recae sobre

---

2. Lo dispuesto en este artículo se entenderá sin perjuicio de las mayorías adicionales que, para la extensión de sus efectos a acreedores privilegiados, sean exigibles conforme a lo previsto en el artículo 134”.

Y se añade también un apartado 3 al art. 134: “3. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, los acreedores privilegiados quedarán también vinculados al convenio cuando concurren las siguientes mayorías de acreedores de su misma clase, según definición del artículo 94.2: a) Del 60 por ciento, cuando se trate de las medidas establecidas en el artículo 124.1.a). Y b) Del 75 por ciento, cuando se trate de las medidas establecidas en el artículo 124.1.b). En el caso de acreedores con privilegio especial, el cómputo de las mayorías se hará en función de la proporción de las garantías aceptantes sobre el valor total de las garantías otorgadas dentro de cada clase. En el caso de los acreedores con privilegio general, el cómputo se realizará en función del pasivo aceptante sobre el total del pasivo que se beneficie de privilegio general dentro de cada clase”.

<sup>563</sup> ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J.; *La “vis atractiva” del proceso concursal...cit.*; págs. 271-272.

<sup>564</sup> ICHASO URREA, J.; “El concurso de acreedores de la persona física”..., cit.; pág. 59.

<sup>565</sup> CUENA CASAS, M.; *El concurso de acreedores de persona casada...*, cit., págs. 289-290. En este sentido, QUINTANA CARLO, I.; “El sobreendeudamiento de los consumidores y la LC”, *Estudios sobre la LC: libro homenaje a Manuel Olivencia*, v. 2, (Los órganos del concurso, efectos de la declaración del concurso sobre el deudor), edit. Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 2.270: “cuando se trata de acreedores con

la vivienda habitual ganancial en la que ambos cónyuges son deudores de la obligación garantizada, una vez iniciado el procedimiento ejecutivo, éste no se paraliza al no tratarse de un bien o derecho afecto a la actividad profesional o empresarial del concursado. Así pues, si el deudor tiene dos inmuebles, uno destinado a vivienda y otro a local profesional y ambos en proceso de ejecución hipotecaria, solo se paraliza el del local profesional y no el de la vivienda contradiciendo la filosofía protectora de la vivienda familiar ya estudiada al analizar el art. 78.4 LC. Añade que “no tiene sentido que se proteja la continuidad de la actividad profesional y empresarial pero que una familia vaya a la calle porque se consuma el proceso de ejecución hipotecaria, en este sentido la Ley está pensando más en personas jurídicas que en personas físicas por lo que es recomendable que una familia en situación de inminente insolvencia no espere a la ejecución de la hipoteca sobre la vivienda familiar para acudir al remedio de la LC”.

El art. 57 LC regula la reanudación o inicio ex novo de tales ejecuciones una vez finalizado el límite temporal en el que operaba la paralización, y es que la paralización de ejecuciones reales mantiene su vigencia desde la declaración de concurso hasta que se apruebe un convenio que no afecte al ejercicio del derecho o transcurra el plazo de un año sin que se haya decretado la apertura de la fase de liquidación<sup>566</sup>.

---

garantía real sobre bienes del concursado no afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad, es decir, en los casos de un deudor civil con una o varias hipotecas que graven sus bienes, éstos sí podrán iniciar la ejecución ante el Juez del concurso por cualquiera de los cauces procesales previstos en la Ley: el especial regulado en los arts. 861 y siguientes LEC/1881 (que incorporaban el viejo procedimiento judicial sumario del art. 131 LH), cuando se dieran los requisitos para su aplicación; el procedimiento extrajudicial de ejecución previsto en los arts. 129.2 LH y 234 a 236 de su Reglamento, si se reúnen las condiciones previstas en dichos preceptos; e incluso el procedimiento declarativo ordinario de acuerdo con la cuantía del crédito que se reclama. Y, por supuesto, si la ejecución hubiere comenzado antes de que el deudor civil hubiere sido declarado en concurso, el acreedor hipotecario podrá continuarla hasta el final y cobrar su crédito con el producto de la venta del inmueble dado en garantía”.

<sup>566</sup> ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J.; *La “vis atractiva” del proceso concursal...cit.*; págs. 279-280.

Pero, ¿qué ocurre cuando el inmueble hipotecado es a la vez vivienda y también está destinado al ejercicio de la profesión o actividad empresarial (despacho, tienda o establecimiento mercantil de cualquier tipo)? Entonces, y siguiendo con el mismo autor, aplicaremos el art. 56.1 LC, de forma que durante esa moratoria legal podría llegarse a un convenio al que el acreedor hipotecario no estará obligado a vincularse, pero podría proporcionarle el confort de observar que la economía del concursado tiene signos de recuperación, haciéndole merecedor de la confianza de una moratoria o renegociación del crédito hipotecario. Este tipo de inmuebles que sirven a dos finalidades distintas son denominados por CUENA como *inmuebles de naturaleza mixta*<sup>567</sup>, ya que una parte inseparable del mismo se dedica al desarrollo de una actividad profesional o empresarial y coincide con la doctrina

---

<sup>567</sup> CUENA CASAS, M.; "Algunas consideraciones en torno al derecho de alimentos del concursado"...cit.; pág. 298. Sobre local profesional, GARRIDO DE PALMA, V.M.; *Derecho de Familia*, edit. Trivium, Madrid, 1993, págs. 20-21: "en el CCo, Ley de Sociedades Anónimas y Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, es posible distinguir el establecimiento o local del domicilio del comerciante o de la compañía. Ambos pueden, o no, coincidir; pero lo característico del local es que en él radica la actividad de la empresa. El local profesional será, normalmente, un inmueble urbano, en el sentido amplio del término, que comprende, no solo al local de negocio, sino también al piso, al escritorio u oficina, e incluso los anejos, tales como garaje, buhardilla o sótano, en la forma a que se refiere el artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal (Ley 49/1960, de 21 de julio, reformada por Ley 8/1999, de 6 de abril y vigente hasta el 28 de junio de 2013 que se aprobó la Ley 8/2013 de 26 de junio de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas). No es preciso que se trate de un departamento independiente, en los términos del artículo 396 del CC, porque puede coincidir con la vivienda familiar y, a veces, con alguna empresa. Por tanto, tampoco precisa una determinación exclusiva de la superficie; pueden existir entre ambas zonas coincidentes. Por todo lo visto, y recordando la cantidad de supuestos dudosos, resulta difícil caracterizarlo de un modo positivo. A los solos efectos del derecho de atribución preferente, podemos afirmar que lo distinto del local profesional consiste precisamente el uso peculiar que de un determinado espacio cerrado se haya venido realizando; que en aquel contexto, uno de los esposos hubiese desarrollado una determinada actividad con el consentimiento, expreso o tácito, del otro. El trabajo verificado o proyectado en un cierto espacio, cuando tiene naturaleza profesional, es el que viene a cualificar al local como tal –y seguimos hablando a los solos efectos del derecho de atribución preferente-. Naturalmente, esta formulación puede parecer excesivamente amplia; y lo sería si no se tuviesen en cuenta unas mínimas características objetivas; la habitabilidad, la precisa adecuación o idoneidad del lugar en relación con la profesión de que se trate, y las condiciones de permanencia –que no significa duración ilimitada, sino que el local no esté expuesto a desaparecer de modo inmediato- que garanticen la efectividad de la protección al profesional, han de concurrir simultáneamente sobre su sede anterior en el matrimonio para que éste, prevaleciendo del derecho de atribución preferente, pueda conseguir la inclusión de aquella en su lote".

mayoritaria en que el hecho de que con la finalidad de vivienda coexista otra actividad, no excluye dicho bien del estatuto jurídico particular que la ley asigna a la vivienda familiar<sup>568</sup>. Ahora, como bien indica ELORRIAGA<sup>569</sup>: “no se considera inmueble mixto el que tiene alguna habitación del hogar destinada a la biblioteca de su profesión o alguna dependencia para el estudio o preparación de documentos relacionados con la misma, pero en la que no se ejerce directamente presentándose como complementaria de alguna otra oficina o lugar, asignada especialmente a tal efecto”.

Por otro lado, MARTÍNEZ FLÓREZ<sup>570</sup> añade que si el concursado es titular de un local donde se realiza actividades de ocio con sus propios familiares y amigos, el juez no puede ordenar su cierre. Ahora, si dicho bien, como los demás integrantes del patrimonio del concursado, está destinado a la satisfacción de los acreedores será liquidado en la forma prevista en el plan de liquidación o en la Ley o utilizado en la forma acordada en el convenio.

Para evitar que las deudas empresariales afecten a la vivienda habitual del deudor persona física surge la figura del Emprendedor de Responsabilidad Limitada en los artículos 7 a 11 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización<sup>571</sup>. Dicha Ley tiene como objetivo el establecimiento

---

<sup>568</sup> En este sentido, MARTÍN MELÉNDEZ, M<sup>a</sup> T.; *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar...*cit.; pág. 41.

<sup>569</sup> ELORRIAGA DE BONIS, F.; *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, edit. Aranzadi, Navarra, 1995, págs. 207-208.

<sup>570</sup> MARTÍNEZ FLÓREZ, A.; “Art. 44: Continuación del ejercicio de la actividad profesional...”...cit.; pág. 920.

<sup>571</sup> Según BELTRÁN RIBERA, J.; “La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización”, *Consell obert: Recull informatiu del Consell General de Col·legis de Graduats Socials de Catalunya*, n.º. 288, 2013 , pág. 20: dicha ley es una “Ley muy esperada por las importantes medidas que contiene, la mayoría de ellas encaminadas a impulsar el crecimiento y la reactivación económica y paliar así, los efectos de una actual crisis económica....Ley integral y completa, que quiere facilitar toda la actividad emprendedora y empresarial: desde la constitución de empresas y su régimen fiscal, al apoyo a la financiación y a la necesidad de hacer más fluida la relación entre las empresas y las Administraciones Públicas, y llegado el caso,

de una serie de reformas favorables al crecimiento y a la reactivación económica abordando los problemas estructurales del entorno empresarial español, buscando fortalecer el tejido empresarial de forma duradera y dando solución a los problemas<sup>572</sup> que puedan surgir de este tejido empresarial español, fomentando la cultura del emprendimiento y simplificando el marco jurídico a cumplir por el emprendedor, así como introduciendo medidas tributarias y de cobertura de riesgos que incentiven el autoempleo.

En el artículo 3 Ley 14/2013, recoge una definición muy amplia de emprendedores: aquellas personas, independientemente de su condición de persona física o jurídica, que desarrollen una actividad económica empresarial o profesional, en los términos establecidos en la Ley. Y en el artículo 7 recoge la figura del Emprendedor de Responsabilidad Limitada: el emprendedor como persona física, cualquiera que sea su actividad, podrá limitar su responsabilidad por las deudas que traigan causa del ejercicio de dicha actividad empresarial o profesional mediante la asunción de la condición de Emprendedores de Responsabilidad Limitada, concepto que desarrollaremos en el punto siguiente.

---

de proporcionarles mayores facilidades a la hora de poder solventar dificultades empresariales a través de distintas medidas”. Y ORDIZ FUENTES, C.; “Anteproyecto de ley de apoyo a emprendedores, su internacionalización y segunda oportunidad”, *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, n.º. 19, 2013 , pág. 4, ya comentó en el Anteproyecto de dicha Ley que “podía convertirse en un hito relevante, en la medida en la que se regule un procedimiento de insolvencia fuera del articulado y del espíritu y estructura de la LC, pues con ello se estaría afectando además de al principio de unidad legal, al principio de unidad de sistema y de disciplina, al crearse un nuevo procedimiento y además para una clase específica de deudores: los empresarios”.

<sup>572</sup> Como principales problemas de nuestro tejido empresarial, AGÜERO ORTIZ, A.; “Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización”, *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, n.º. 7, 2013, pág. 246, identifica: a) La alta tasa de desempleo juvenil, entendiendo el legislador que una de las causas de ello es la ausencia de iniciativa emprendedora de los más jóvenes; b) Coste y complejidad de cumplimiento del marco jurídico mercantil; c) Dificultades para acceder a financiación; d) Ausencia de internacionalización de las empresas, siendo esta internacionalización un factor de crecimiento y diversificación del riesgo.

La vivienda habitual de emprendedor persona física se beneficiará de la limitación de responsabilidad si<sup>573</sup>:

- a) El valor de la vivienda habitual no supera los 300.000 €, valorada según lo dispuesto en la base imponible del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados en el momento de su inscripción en el Registro Mercantil (art. 8);
- b) El valor de la vivienda habitual, sita en un municipio de más de 1.000.000 de habitantes, no supera el resultado de aplicar un coeficiente de 1,5 sobre el valor anterior = 450.000 €;
- c) El Emprendedor de Responsabilidad Limitada deudor no ha actuado con fraude o negligencia grave en el cumplimiento de sus obligaciones con terceros, quedando acreditado por sentencia firme o en concurso declarado culpable.

A su vez, para que el emprendedor se beneficie de esta limitación de responsabilidad, y siguiendo con la misma autora, éste deberá:

- a) Inscribirse en el registro Mercantil como Emprendedor de Responsabilidad Limitada. Inscripción y publicidad a través del Registro Mercantil y el Registro de la Propiedad. Los trámites se podrán realizar telemáticamente (art. 14) y los aranceles registrales para las inscripciones se fijan en 40 € el Registro Mercantil y 24 € el Registro de la Propiedad (DA 10<sup>a</sup> 2).
- b) Indicar en la inscripción el bien inmueble, propio o común, que no haya de quedar afecto a las resultas del giro empresarial o profesional.
- c) Hacer constar en toda su documentación, con expresión de los datos registrales, su condición de Empresario de Responsabilidad

---

<sup>573</sup> AGÜERO ORTIZ, A.; “Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización”...cit.; págs. 247-248; GARCÍA DE PABLOS, J.F.; “La Ley de Apoyo a los Emprendedores”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º. 871, 2013, pág. 1; NAVARRO SALVADOR, S.; “Las 10 claves de la Ley de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización”, *Revista Iuris*, n.º. 200, octubre 2013, págs. 14-15.

- Limitada; o advertir de esta condición mediante la adición a su nombre, apellidos y datos de identificación fiscal las siglas “ERL”.
- d) Inscribir en el Registro de la Propiedad la no sujeción de la vivienda habitual al tráfico empresarial o profesional (requisito de oponibilidad frente a terceros);
  - e) Formular, y en su caso, someter a auditoría las cuentas anuales correspondientes a su actividad empresarial o profesional;
  - f) Depositar sus cuentas anuales en el Registro Mercantil, transcurridos siete meses desde el cierre de ejercicio social sin haber depositado las cuentas anuales, el emprendedor perderá el beneficio de la limitación de responsabilidad por las deudas contraídas posteriormente a la conclusión de este plazo.

Se exceptúan de la limitación de responsabilidad las deudas de derecho público. Los procedimientos de ejecución de estas deudas serán los establecidos en su propia normativa, con determinadas especialidades en caso de que entre los bienes embargados se encuentre la vivienda habitual del emprendedor de responsabilidad limitada (DA 1ª).

Quedará la vivienda habitual del Emprendedor de Responsabilidad Limitada exenta, tanto si se trata de un bien privativo del deudor casado como si pertenece a la sociedad de gananciales en la que participe el mismo, así lo expresa el art. 8.3 al hablar de inmueble “propio” o “común” y resaltamos tal y como señala AGÜERO<sup>574</sup>, que la figura del Emprendedor de Responsabilidad Limitada se trata de una excepción al principio de responsabilidad universal del art. 1.911 CC, según el cual el deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes, presentes y futuros. Y también constituye una excepción al art. 6 del Ccom que declara obligados a las resultas del ejercicio del comercio por persona casada, los bienes propios del cónyuge que lo ejerza y los adquiridos con esas resultas.

---

<sup>574</sup> AGÜERO ORTIZ, A.; “Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización”...cit.; pág. 248.



Para las deudas contraídas antes de la inmatriculación como empresario de responsabilidad limitada en el Registro Mercantil, AGÜERO<sup>575</sup> afirma que sí que subsistirá la responsabilidad universal del deudor (art. 1.911 CC), a no ser que los acreedores aceptaren expresamente dicha limitación de responsabilidad sobre la vivienda habitual. Añade que el Registrador denegará la anotación preventiva del embargo eventualmente trabado sobre el inmueble, una vez inscrita la no sujeción del bien inmueble a las resultas del tráfico empresarial o profesional en el Registro de la Propiedad salvo que la causa fueran deudas empresariales anteriores a la inscripción, deudas no empresariales o profesionales, o deudas procedentes de obligaciones tributarias o con la Seguridad Social. Ahora, tal y como señala SOTILLO<sup>576</sup> lo que no aclara la Ley es qué pasa con las garantías reales hipotecarias constituidas sobre la vivienda habitual antes del registro de la nueva condición de empresario de responsabilidad limitada, no sabemos si siguen siendo válidas o si pueden ejecutarse en caso de impago. Al igual que tampoco se resuelve si después pueden constituirse tales garantías y si habrá que estar al destino privado o empresarial del préstamo o financiación otorgado.

Las deudas de derecho público se excluyen de esta responsabilidad limitada del emprendedor de responsabilidad limitada (DA 1ª), por lo que la Administración Pública puede llegar a embargar la totalidad de sus bienes, incluso su vivienda habitual que solo podrá ser ejecutada bien cuando no se conozcan otros bienes del deudor con valoración conjunta suficiente susceptibles de realización inmediata en el procedimiento de apremio o bien cuando medie un plazo mínimo de dos años entre la notificación de la primera diligencia de

---

<sup>575</sup> AGÜERO ORTIZ, A.; “Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización”...cit.; pág. 248.

<sup>576</sup> SOTILLO MARTÍ, A.; [www.uv.es/seminaridret](http://www.uv.es/seminaridret), *Segunda oportunidad y derecho concursal*...cit.; pág. 20; también en también en “Segunda oportunidad y Derecho concursal”...cit., pág. 73.

embargo del bien y la realización material del procedimiento de enajenación del mismo.

## **CAP. V. EL SOBREENDEUDAMIENTO.**

El sobreendeudamiento de las personas físicas ha sido un problema de gran preocupación en la Unión Europea mucho antes de aparecer la reciente crisis económica mundial. Se plantearon varias iniciativas para encontrar una solución a dicho problema además de numerosos estudios académicos que planteaban diversas propuestas de actuación, tanto en un sentido preventivo como curativo<sup>577</sup>, respecto de las distintas situaciones posibles de sobreendeudamiento. Pero esta gran variedad de soluciones normativas estatales hace difícil encontrar una solución común satisfactoria para todos los estados miembros de la Unión Europea.<sup>578</sup>

En España, tras la entrada en vigor de la LC 22/2003 de 9 de julio, concursal, aumentaron las solicitudes y declaración de concursos de persona natural no empresaria, es decir, de consumidor, que conlleva un sobreendeudamiento de los consumidores y una insolvencia familiar.

Vivimos en una sociedad de consumo donde las entidades financieras con sus impactantes campañas publicitarias nos han incitado a un

---

<sup>577</sup> Tal y como indica ANDRÉS SANTOS, F.J.; “Procedimientos relativos al sobreendeudamiento de particulares en el Derecho Europeo”, *La protección del deudor hipotecario: aproximación a la Ley de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social* (coord.por José Antonio Escartín Ipiéns, María Angustias Martos Calabrús; Álvaro Núñez Iglesias (dir.), edit. Comares, España, 2014, pág. 111, suele distinguirse dos tipos de medidas para combatir el sobreendeudamiento y hacer frente a sus efectos sociales. Por un lado encontramos las medidas preventivas del fenómeno o ex ante que tienen que ver con las causas que originan el problema y, por otro lado, tenemos las medidas curativas o ex post que atacan las consecuencias del problema como la insatisfacción de los acreedores, pobreza y exclusión social de los deudores, pérdida del hogar, etc.

<sup>578</sup> Para un estudio más detallado sobre el posicionamiento de la Unión Europea en relación con el sobreendeudamiento de consumidores, ver tal y como indica ANDRÉS SANTOS, F.J.; “Procedimientos relativos al sobreendeudamiento de particulares en el Derecho Europeo”...cit.; págs. 99-110.

gasto constante haciéndonos sentir mejor<sup>579</sup> aunque para ello se tenga que recurrir a la concesión de tarjetas de crédito y de préstamos personales prácticamente instantáneos. Las entidades financieras no solo han aumentado la concesión de préstamos personales y tarjetas de crédito sino también de los préstamos hipotecarios para adquirir una vivienda, bien de primera necesidad.

Esta concesión tan alegre de créditos al consumo por parte de las entidades financieras, que incluso de 2004 a 2006 facilitaron las condiciones para conceder esta clase de créditos, conllevaba un incremento de calidad de vida y bienestar material. Pero cuando las obligaciones crediticias fueron superiores a las rentas de que se disponía, entrando en juego variables como el incremento de los tipos de interés, la precariedad o pérdida del empleo, enfermedad, fallecimiento del trabajador, una invalidez o enfermedad grave o separaciones matrimoniales, poniendo en peligro la economía familiar es cuando se produce el origen de un importante problema de sobreendeudamiento y en su caso de insolvencia, determinado por distintos tipos de deuda (créditos hipotecarios, créditos al consumo, tarjetas de crédito...). Además de estas circunstancias, debemos de añadir que el acceso al crédito se vio facilitado tanto por la ausencia de una normativa protectora específica de los consumidores como por la

---

<sup>579</sup> PEÑAS MOYANO, B.; “Concurso de consumidores”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º. 8, sección comunicaciones, edit. La Ley, 2008, pág. 1, “estima exagerada y poco técnica la afirmación de que los particulares han entrado en lo que sociológicamente se conoce como simple goce del instante o *carpe diem*, y psicológicamente han llegado a frivolarizar el crédito, siendo cada vez mayor el endeudamiento de las familias ya que también hay que tener en cuenta la ausencia en nuestro país de una fiscalización adecuada de las operaciones financieras realizadas, así como la voracidad sin límites de la industria del crédito”. Para TRUJILLO DÍEZ, I.J.; *El sobreendeudamiento de los consumidores* (estudio jurídico en el marco de la colaboración entre la Dirección General de Consumo de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y el Centro de Estudios del Consumo de la Universidad de Castilla-La Mancha), edit. Comares, Granada, 2003, pág. 3, “dicho tipo de consumo irreflexivo, en gran parte impulsivo que corresponde a una ludopatía, a un consumo de lujo en sentido amplio que excede de las necesidades mínimas de la familia y donde la incapacidad de pagos no se debe al exceso de crédito asumido, sino al exceso de consumo al contado hasta el punto de afectar la parte de la renta que estaba comprometida para el pago de deudas, no es propiamente sobreendeudamiento sino que estaríamos ante una situación intermedia entre el sobreendeudamiento activo y el pasivo”.

práctica ausencia de control respecto a las operaciones financieras realizadas<sup>580</sup>. Así pues, la protección del consumidor sería más efectiva si el Estado controlara la publicidad de dichas ofertas de crédito garantizando una información veraz al consumidor sobre el producto que pretende adquirir.

Como bien indica CUENA<sup>581</sup>, estamos ante un sistema que por un lado, preconiza un sistema de protección de los consumidores, pero que, por otro lado, incita a los consumidores y a las familias a consumir de manera compulsiva incrementando el endeudamiento familiar. Y son muchos los factores de índole económica que han provocado esta situación:

- La deuda hipotecaria que supone una carga para los hogares llegándose a hablar de cadena perpetua inmobiliaria.
- El hábito de recurrir al crédito al consumo para la adquisición de cualquier bien.
- Consumismo exacerbado, favorecido por la publicidad agresiva.

---

<sup>580</sup> QUINTANA CARLO, I.; “El sobreendeudamiento de los consumidores y la LC”...cit.; págs. 2256-2257. Sobre la necesidad de una política integral frente al sobreendeudamiento, PARRA LUCÁN, M.A.; *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores...*, cit., págs. 32-33, cita a GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *El sobreendeudamiento doméstico. Prevención y solución*, Cizur Menor, 2009, el cual subraya “la relevancia del principio del préstamo responsable y su consecuencia jurídica que es la responsabilidad por la concesión de crédito, que se plasmaría en el concurso en la acciones de reintegración (rescisorias concursales), y también en la complicidad concursal (hasta ahora normalmente formulada y aplicada solo para la persona jurídica), que en el concurso doméstico sería principalmente de entidades de crédito, por concesión de crédito en circunstancias insostenibles, en perjuicio de la masa del concurso (en cuanto a la complicidad, por cooperación o participación en la provocación o agravación de la insolvencia). Se propone la creación de un procedimiento preventivo de la insolvencia, un posible tratamiento preconcursal, dirigido al logro de un convenio extrajudicial, rápido, eficaz y gratuito, así como la introducción de una regulación específica del concurso de consumidores. Especialmente, tras un estudio de esta institución en la regulación norteamericana, alemana, francesa y portuguesa, el autor defiende la exoneración de pasivo no cubierto en la liquidación del concurso de persona natural, sometida al cumplimiento de ciertos requisitos sustantivos y procesales (deudores de buena fe, concurso fortuito, cumplimiento de una serie de obligaciones durante un plazo en el que se destinarían parte de sus ingresos al pago de sus acreedores y satisfacción de un porcentaje de deudas...)”.

<sup>581</sup> CUENA CASAS, M.; *El concurso de acreedores de persona casada...*, cit., págs. 15-18.

- Agresividad del mercado crediticio, concediendo créditos rápidos e instantáneos.
- Acontecimientos imprevistos que tienen un evidente impacto en la economía familiar como la pérdida del puesto de trabajo del cabeza de familia, enfermedades, accidentes, fallecimientos.

Pero, ¿qué entendemos por consumidor?<sup>582</sup> El art. 1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, establecía que son consumidores las personas físicas y las jurídicas pero no mencionaba a las entidades asociativas sin personalidad jurídica. Más tarde, la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, ya menciona a las entidades asociativas sin personalidad jurídica, establecía en su art. 3: “A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”.

El Estado es el que dicta la legislación “básica” sobre la protección del consumidor pero las Comunidades Autónomas disponen de competencia legislativa, reglamentaria y ejecutiva de desarrollo en la defensa y protección de los consumidores. La mayoría de ellas han

---

<sup>582</sup> PEÑAS MOYANO, B.; “Concurso de consumidores”...cit.; págs. 2-5, señala que el concepto de consumidor dado por el Derecho positivo español no es el más apropiado para tratar el sobreendeudamiento e insolvencia domésticos. Por un lado, porque tanto los consumidores personas jurídicas como los consumidores entidades sin personalidad jurídica no sufren problemas de crisis económicas que puedan llegar a poner en peligro el futuro financiero del hogar, y por otro lado, porque los pequeños empresarios pueden, sin ser estrictamente consumidores, poner en peligro, con su sobreendeudamiento o insolvencia, la sanidad financiera de su economía doméstica, pues es razonable pensar que en esos casos será el presupuesto familiar el que estará llamado a soportar la crisis económica sufrida.

ejercido sus competencias y han dado disposiciones generales de protección de los consumidores, dictadas con rango de Ley en sentido formal, como es el caso de Aragón con la Ley 8/1997, de 30 de octubre, del Estatuto del Consumidor y Usuario de la Comunidad Autónoma de Aragón que “aun reconociendo sus amplios niveles de protección del consumidor, medidos en términos relativos en relación con otras leyes autonómicas que son cabecera en la materia en sus respectivos ámbitos geográficos, ha venido a resultar necesitada de actualización, habida cuenta que la materia consumo, aun circunscrita específicamente a su vertiente jurídica de defensa del consumidor y del usuario, es de imposible aprehensión en su totalidad por lo impreciso del concepto, por el carácter cambiante y volátil de lo que bajo él subyace y por su vocación indiscutiblemente expansiva, elementos éstos que someten a los instrumentos normativos reguladores a unos riesgos específicos de obsolescencia sobrevenida, riesgos que han determinado el inicio de un nuevo proceso de actualización normativa”(Preámbulo Ley 16/2006, de 28 de diciembre). Por lo que ha sido actualizada por la Ley 16/2006, de 28 de diciembre, de Protección y Defensa de los Consumidores y Usuarios de Aragón, cuya revisión vigente data del 26 de enero de 2014.

Y Andalucía con la Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de defensa y protección de los consumidores y usuarios de Andalucía que sustituye a la Ley 5/1985, de 8 de julio de los consumidores y usuarios en Andalucía, vigente hasta el 1 de marzo de 2004. Ambas leyes, tanto la de Aragón como la de Andalucía también disponen expresamente que no solo podrán ser consumidores y usuarios las personas físicas y jurídicas, sino también las entidades asociativas sin personalidad jurídica en sus arts. 3.

De todos modos, a los consumidores personas físicas como jurídicas, ambos deudores esencialmente civiles, se les aplica el único régimen establecido en la LC, estableciéndose solamente algunas diferencias en función de la condición de persona humana o jurídica del concursado civil, y no pudiéndose acoger a este procedimiento judicial de concurso

de acreedores aquellos consumidores carentes de personalidad jurídica admitidos por algunas Comunidades Autónomas.

No debemos confundir los conceptos de “insolvencia” y “sobreendeudamiento”, ambos son diferentes no solo por la distinta naturaleza de la situación económica a la que se refieren, sino por las soluciones que para regularlo debe arbitrar el ordenamiento jurídico. Por insolvencia se entiende el concepto legal contenido en el art. 2 LC “1. La declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor común. 2. Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles”. Y en los apartados 3º y 4º de dicho artículo se distingue entre el concurso voluntario con insolvencia actual (incapacidad de cumplir regularmente las obligaciones exigibles) o inminente (previsión de no poder cumplir regular y puntualmente sus obligaciones), todo lo cual debe ser justificado debidamente por el deudor en su solicitud. Sin embargo, el concurso necesario a instancia de acreedores requiere ya la existencia de impagos, sobreseimientos o incumplimientos generalizados. QUINTANA<sup>583</sup> afirma que aunque la insolvencia es consecuencia de un excesivo endeudamiento también puede hablarse de sobreendeudamiento sin que el deudor haya llegado a la situación de insolvencia, por lo que el concepto de sobreendeudamiento no necesariamente tiene que coincidir con el de insolvencia. Así, tal y como indica CUENA<sup>584</sup>, será el legislador quien determine cuándo debe ser protegido el consumidor, si cuando su sobreendeudamiento ha llegado a la situación de insolvencia o, previamente, antes de que ésta tenga lugar. Es decir, estaríamos ante una tutela que evita la llegada al estado de insolvencia: la incapacidad de pago puede ser futura, previsible o inminente. Por eso indica que el concepto de sobreendeudamiento

---

<sup>583</sup> QUINTANA CARLO, I.; “El sobreendeudamiento de los consumidores y la LC”...cit.; pág. 2257.

<sup>584</sup> CUENA CASAS, M.; *El concurso de acreedores de persona casada...*cit., pág. 14.



deberá ser acotado por el legislador en función del margen de protección que desee dispensar al consumidor.

Señala TRUJILLO<sup>585</sup> que, se entiende por sobreendeudamiento aquella situación en la que el patrimonio del consumidor no puede hacer frente al pago íntegro y puntual de sus deudas, originadas por gastos corrientes o por la utilización excesiva del crédito. Y añade que dos son las causas inmediatas del sobreendeudamiento de los consumidores: la asunción excesiva de deudas (sobreendeudamiento activo) y la incapacidad sobrevenida de hacer frente a los créditos por causas imprevistas (sobreendeudamiento pasivo, caso del deudor de buena fe).

El *sobreendeudamiento activo*<sup>586</sup> se relaciona con la adicción al consumo o consumo irreflexivo, es decir, la asunción de deudas de manera incontrolada sin atención a su nivel de renta y posibilidades de pago y producto de un cierto consumo y concesión de crédito irresponsables, en el que inciden de manera esencial las agresivas campañas publicitarias, la inmediata disposición de dinero a través de tarjetas de créditos o la facilidad de concesión de créditos al consumo.

Por otro lado, la causa del *sobreendeudamiento pasivo*<sup>587</sup> se sitúa al margen de la voluntad y el comportamiento responsable del

---

<sup>585</sup> TRUJILLO DÍEZ, I.J.; *El sobreendeudamiento de los consumidores...cit.*; pág. 2-3.

<sup>586</sup> TRUJILLO DÍEZ, I.J.; *El sobreendeudamiento de los consumidores...cit.*; pág. 2; PULGAR EZQUERRA, J.; “Concurso y consumidores en el marco del estado social del bienestar”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, edit. La Ley, nº. 9, 2007, pág. 2.

<sup>587</sup> QUINTANA CARLO, I.; “El sobreendeudamiento de los consumidores y la LC”...cit.; pág. 2258; PULGAR EZQUERRA, J.; “Concurso y consumidores en el marco del estado social del bienestar”...cit.; pág. 3; TRUJILLO DÍEZ, I.J.; *El sobreendeudamiento de los consumidores...cit.*; págs. 2-3, además, dicho autor expone como hipótesis real de sobreendeudamiento pasivo aquella en la que “una familia “DINKY” (double income, no kids), con el sosiego de su situación actual y el brillante futuro que les anuncia su juventud y su doble salario, acuden al crédito hipotecario para comprar su primera vivienda y a la compraventa financiada de un turismo; sin embargo, posteriormente, con la llegada del primer hijo (no hay que desmerecer, además, que cada día son más frecuentes los partos múltiples como consecuencia de las técnicas de reproducción asistida), la mujer decide abandonar su empleo para dedicarse enteramente a la familia; la incapacidad total de pagos se producirá cuando el marido sea despedido de su puesto de trabajo; más frecuentemente será incluso que el matrimonio se separe,

consumidor, en conexión con posibilidades inesperadas que determinan una incapacidad sobrevenida de hacer frente a los créditos, como pueden ser un despido laboral, enfermedad, accidente, muerte de uno de los cónyuges, separación o divorcio, asunción de gastos imprevistos (incremento de la familia, enfermedad de un hijo, sanciones tributarias, etc.), abandono del empleo de la mujer para cuidar de los hijos, etc. o en conexión con posibilidades que aun pudiendo ser previsibles sobrepasan las previsiones razonables, como elevación de los tipos de interés en particular respecto de créditos hipotecarios, incidiendo particularmente en el ámbito de ese sobreendeudamiento pasivo las distintas políticas desarrolladas en el ámbito Comunitario Europeo y norteamericano en el marco de un Estado social de bienestar (en materia de sanidad, desempleo...), lo que en gran medida será determinante del tratamiento normativo del tema.

Pero cada ordenamiento delimita el concepto de sobreendeudamiento de acuerdo con sus propios criterios, así pues<sup>588</sup>:

En la legislación italiana, tras la Ley 3/2012 de 27 enero modificada por la Ley 221/2012 de 17 diciembre, que convirtió en Ley el Decreto Ley 179/2012 de 18 octubre se define en el Artículo 6.2: “per

---

quedándose la mujer y los hijos en una situación económica de subsistencia y el marido debiendo hacer frente a la pensión compensatoria a favor de la mujer, a la de alimentos para los hijos, a la hipoteca de la vivienda y las cuotas del vehículo y al alquiler y gastos de su propia vivienda”. Además de dicha hipótesis, debemos resaltar las situaciones descritas por DE LA TORRE VALLECILLO, C.; y MOLINA NAVARRETE, C.; “Soluciones jurídicas a la crisis: hacia una protección <<justa>> y <<eficiente>> del <<consumidor hipotecario sobreendeudado de buena fe>>”, *Revista Ceflegal*, nº. 144, enero 2013, págs. 17-20, situaciones de gran preocupación que estamos viviendo como la de “riesgo de exclusión social” que es aún más grave que la propia de desempleo por ser insostenible social y económicamente, siendo necesario rescatar a dichas personas y familias mediante una liberación parcial de sus deudas. Y “el fenómeno de los nuevos trabajadores pobres” que hace difícil poder hacer frente a las deudas más elevadas como son las hipotecarias, por lo que el responder con todo del art. 1.911 CC lleva además de a la pérdida de todos los activos también a una marginación social que tendremos que evitar dándole la oportunidad al deudor hipotecario de buena fe de una nueva o segunda oportunidad (freshstart).

<sup>588</sup> SOTILLO MARTÍ, A.; [www.uv.es/seminaridret](http://www.uv.es/seminaridret), *Segunda oportunidad y derecho concursal*...cit.; págs. 1-2; también en también en “Segunda oportunidad y Derecho concursal”...cit.; págs. 64-65.

sovraindebitamento si intende una situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte, que determina la rilevante difficoltà di adempire le proprie obbligazioni bensí la definitiva incapacita di adempirle regolarmente”.

Aquí, los sujetos son tanto los consumidores (“deudores personas físicas que han asumido obligaciones exclusivamente con fines ajenos a la actividad empresarial o profesional eventualmente desarrollada”), como los pequeños empresarios, artesanos, profesionales o agricultores, personas físicas o jurídicas, que no están sujetos a los vigentes procedimientos concursales.

En el Código de Consumo francés:

Artículo L.-330-1: La situación de sobreendeudamiento de las personas físicas se caracteriza por la imposibilidad manifiesta para el deudor de buena fe de hacer frente al conjunto de sus deudas no profesionales exigibles o pendientes de vencimiento así como al compromiso que ha asumido de garantizar o pagar solidariamente de un empresario individual o de una sociedad siempre que no haya sido, de derecho o de hecho, directivo de ésta.

Ha de tratarse de consumidores y de buena fe, por lo que la ley les exigirá determinados requisitos. También los profesionales y los empresarios autónomos personas físicas, siempre que se trate de deudas no profesionales o empresariales.

También en la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 noviembre (2001/C 364/01 en DOCE 20-12-2001)<sup>589</sup> , relativa al

---

<sup>589</sup> Anteriormente a esta Resolución del Consejo de la Unión Europea, el fenómeno del sobreendeudamiento no pasó desapercibido en el ordenamiento comunitario europeo, encontrando distintas instancias comunitarias que se preocupaban de ello, sobre todo los documentos relacionados con la aplicación de la Directiva 87/102/CEE, de 22 de diciembre de 1986, del Consejo (LA LEY. 42683/1986), de aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito de consumo (DOL 42, de 12 de febrero de 1987, págs. 48-53. Modificaciones a la Directiva, DOL L 61 de 10 de marzo de 1990 y DOL 101 de 1 de abril de 1998) derogada en virtud de la Directiva 2008/48/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008 (LA LEY. 333829/2008), así como en los documentos concernientes a la prestación de servicios financieros a los

crédito y el sobreendeudamiento de los consumidores, se invitaba a los Estados miembros y a la Comisión a que examinen lo antes posible las vías y medidas para garantizar el seguimiento de la evolución del endeudamiento y del endeudamiento excesivo de los consumidores dentro del mercado interior mediante un intercambio de información a nivel europeo, sobre todo por lo que se refiere al nivel de endeudamiento y a las prácticas idóneas, y a la Comisión a que prosiga sus esfuerzos para alcanzar dichos objetivos. En dicha Resolución se proporcionan recomendaciones para que los Estados miembros regulen la evolución del sobreendeudamiento, introduciendo ciertas medidas preventivas como la información de los deudores, responsabilidad de los proveedores de crédito, indemnizaciones y gastos en caso de incumplimiento de contratos y función de los intermediarios del crédito,

---

consumidores. Tal y como indica QUINTANA CARLO, I.; “El sobreendeudamiento de los consumidores y la LC”...cit.; págs. 2258-2261, desde el año 1992, en que el Consejo, en su Resolución de 13 de julio de 1992, sobre futuras prioridades del desarrollo de la política de protección de los consumidores (DOCE, nº. C 186, de 23 de julio de 1992), invitó a la Comisión a que propusiera lo antes posible medidas que permitieran a los consumidores tener confianza en el mercado único y le recomendó que se examinase la cuestión del sobreendeudamiento de los consumidores, se han venido sucediendo distintas actuaciones comunitarias sobre la materia, es decir, el propio Consejo y otras instituciones de –la Unión Europea ya desde 1992 tienen diversos documentos expresando la preocupación sobre el tema y proponiendo que se estudien fórmulas de solución. De entre los que destacan:

- El Comité Económico y Social, en su dictamen sobre “El consumidor y el mercado interior”, de 26 de noviembre de 1992.
- El Informe sobre la aplicación de la Directiva 87/102/CEE, en materia de crédito al consumo.
- El European Consumer Law Group, que formuló diez propuestas que debían seguirse de cara a una regulación comunitaria del sobreendeudamiento.
- La Comunicación de la Comisión “Servicios financieros: reforzar la confianza del consumidor”.
- La Comunicación de la Comisión “Plan de acción sobre política de los consumidores 1999-2001”.
- El Consejo de Ministros de los Consumidores celebrado en Luxemburgo el 13 de abril de 2000, también debatió sobre el endeudamiento excesivo de los consumidores.
- El Comité Económico y Social aprobó el 12 de julio de 2000, un “informe sobre el sobreendeudamiento de los hogares”.
- La Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, “Proyecto de informe conjunto sobre la integración social”.
- Por último, como fruto de todo lo expuesto, el Consejo de la Unión Europea adoptó la Resolución de 26 de noviembre de 2001 relativa al crédito y al endeudamiento de los consumidores (Diario Oficial de las Comunidades Europeas, C364/01, de 20 de diciembre de 2001).

aspectos todos ellos que se han incorporado a la nueva directiva sobre consumo que tendrá que ser objeto de transposición al ordenamiento jurídico español<sup>590</sup>.

La reciente Resolución del Parlamento Europeo de 22 de mayo de 2012 sobre una estrategia de refuerzo de los derechos de los consumidores vulnerables incluye entre éstos a los que tienen un endeudamiento excesivo.

El Consejo Económico y Social español en un Informe publicado en 1999 ya abogaba por crear en España una regulación para solventar el sobreendeudamiento de los consumidores similar al francés pero lo sorprendente es que dicho tema no fuera objeto de debate en la tramitación parlamentaria de la Reforma Concursal española aprobada en 2003 ni más recientemente en el marco de crisis económica que estamos viviendo. La opción preventiva que se adoptó en un principio, en relación con la aprobación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, se alejó del modelo francés que desde 1967 se ha caracterizado por la regulación de la prevención de las crisis económicas a través de un Derecho de empresas en dificultad muy influido en los últimos años por la idea norteamericana de la segunda oportunidad o “fresh start” y materializado en la Ley de 1984 y más recientemente en la Ley 2005/845 de 26 de julio sobre “Sauvegarde des entreprises dans difficulté” y de Mecanismos específicamente preventivos de las dificultades económicas de los consumidores, no regulándose en el modelo español, de momento, los acuerdos extrajudiciales<sup>591</sup>.

El Derecho francés facilita a los deudores consumidores de buena fe una segunda oportunidad cuya finalidad básica es, además de la satisfacción de los acreedores, propiciar el restablecimiento económico y

---

<sup>590</sup> PULGAR EZQUERRA, J.; “Concurso y consumidores en el marco del estado social del bienestar”...cit.; pág. 5.

<sup>591</sup> PULGAR EZQUERRA, J.; “Concurso y consumidores en el marco del estado social del bienestar”...cit.; págs. 3-4.

financiero del consumidor de buena fe, aunque se tenga que imponer a los acreedores soluciones no acordadas convencionalmente. El sobreendeudamiento del consumidor en Derecho francés se articula a través de dos piezas fundamentales reguladas en el marco del Derecho del consumo que operan escalonadamente: el procedimiento ante la “Comission de surendettement des particuliers” que cuando no consigue cumplir su finalidad conservativa da lugar a un “procédure de rétablissement personnel” de naturaleza liquidativa<sup>592</sup>.

Este modelo preventivo francés de las dificultades económicas de los consumidores se intentó importar a España a través de la fallida Proposición de Ley 122/000295, relativa a la prevención y el tratamiento del sobreendeudamiento de los consumidores, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista el 30 de abril de 2003 (BOCG,

---

<sup>592</sup> Según PULGAR EZQUERRA, J.; “Concurso y consumidores en el marco del estado social del bienestar”...cit.; págs. 5-7: “del procedimiento preventivo ante la “Comission de surendettement des particuliers” se beneficiarán las personas físicas respecto de deudas exigibles o pendientes de vencimiento no profesionales, incluidas las derivadas de la vida corriente (alquiler...) con inclusión de deudores cuyo pasivo esté constituido por un compromiso de garantía de deuda profesional ajena, pero con exclusión de las personas jurídicas, así como quienes no sean comerciantes, artesanos o agricultores que resultarían sometidos a los procedimientos preventivos de “sauvegarde” regulados en la Ley 2005/845 de 26 de julio, que entró en vigor el 1 de enero de 2006, pudiendo los profesionales liberales o trabajadores autónomos acogerse al procedimiento siempre que el sobreendeudamiento no proceda de deudas profesionales. Dicha “Comisión Departamental de Sobreendeudamiento de los particulares” está integrada por representantes del Estado, del Banco de Francia, del Fisco, de la Asociación de Establecimientos de Crédito y de asociaciones de consumidores sobre los que recae un deber de secreto y que actúa bajo la supervisión y control del juez encargado de la ejecución de las medidas propuestas por la Comisión. La función principal de dicha Comisión es la mediación, es decir, acercar a las partes para elaborar un plan que en principio se acuerda convencionalmente entre el deudor y sus principales acreedores y que puede incluir quitas y/o esperas, creación o sustitución de garantías, supresión de tasas de interés o incluso condonación de parte de la deuda, incluso solicitando la Comisión al juez la suspensión provisional de las ejecuciones durante el plazo máximo de un año para que se pueda alcanzar dicho acuerdo. Cuando dicho procedimiento resulte inviable se podrá solicitar el procedimiento de “rétablissement personnel” introducido en el Code de Consommation francés en virtud de la Ley n.º. 2003/710, de 1 de agosto de 2003. Dicho procedimiento solo podrá ser solicitado por el deudor que ya intentó sin éxito un plan de recuperación convencional o recomendado y por los deudores de buena fe. Persigue la superación de la crisis económica ya no por vías conservativas sino liquidativas que conllevan la suspensión de las ejecuciones en trámite y la necesidad de que los acreedores insinúen sus créditos en el plazo de dos meses, transcurridos los cuales los créditos que no se hayan insinuado resultarán extinguidos”.

Congreso de los Diputados, VII Legislatura, serie B, iniciativa B-366-1, de 9 de mayo de 2003).

Dicha Proposición de Ley<sup>593</sup> pretendía crear un sistema de prevención y protección extrajudicial y judicial de los consumidores que, por circunstancias imprevistas, ajenas a su voluntad, no podían hacer frente al conjunto de sus deudas. Es decir, regulaba los convenios amistosos extrajudiciales, a través de un procedimiento que facilitara, conciliando los intereses de consumidores y acreedores, pendientes en determinados casos, permitiendo reconducir la situación personal y profesional del deudor, evitando situaciones de exclusión social.

La propuesta se estructuraba en tres Títulos:

- Título I: recogía disposiciones generales relativas al concepto de consumidor y sobreendeudamiento sobrevenido a los efectos de aplicación de la Ley y se regulaban, con finalidad preventiva del sobreendeudamiento, determinados aspectos relativos a los créditos otorgados a los consumidores como es la publicidad de los contratos de crédito, la prohibición de efectuarlos fuera de los establecimientos comerciales, el contenido de la información requerida del consumidor del crédito, tratamiento de datos personales y bases de datos y el derecho de retracción del consumidor en la aceptación del contrato de crédito.
  
- Título II: se creaban las unidades de información de sobreendeudamiento para informar y dar apoyo jurídico y técnico a los consumidores. Y se creaban los “Centros de Arbitraje de Sobreendeudamiento”, cuyas funciones serían desempeñadas por las juntas arbitrales autonómicas, cuya función era la mediación entre el deudor y sus acreedores mediante la elaboración de un plan de saneamiento económico y la emisión, en su caso, del laudo correspondiente.

---

<sup>593</sup> QUINTANA CARLO, I.; “El sobreendeudamiento de los consumidores y la LC”...cit.; págs. 2266-2268; PULGAR EZQUERRA, J.; “Concurso y consumidores en el marco del estado social del bienestar”...cit.; págs. 7-8.

- Título III: regulaba el procedimiento de pago de deudas del consumidor a través de dos procedimientos. Por un lado, un procedimiento extrajudicial que se concebía como un procedimiento voluntario, gratuito, ágil y de carácter extrajudicial de mediación del pago de las deudas en los Centros de Arbitraje de Sobreendeudamiento y cuya finalidad era obtener un compromiso amistoso de pago entre el deudor y sus acreedores, para ello la Junta Arbitral elaboraba un plan de saneamiento económico cuyos objetivos eran la reconducción y recuperación de la economía doméstica sobreendeudada, así como evitar cualquier posible causa de exclusión social. Y por otro lado, solo para los casos en que fracasaba el intento de resolución extrajudicial, la Proposición de Ley se remitía al procedimiento judicial establecido en el CC para el concurso de los acreedores. En base al modelo francés se proponía una solución arbitral al sobreendeudamiento de los consumidores, a través de unidades de información y centros de arbitraje, aplicándose supletoriamente la legislación arbitral de consumo a todo lo no previsto en la Ley. Pero dicha propuesta conllevaba un gran desembolso económico para la puesta en marcha del sistema además de la necesidad de coordinación con las comunidades autónomas a las que como ya hemos comentado anteriormente, les está transferida la competencia legislativa en materia de consumo y cuya utilidad podía no compensar dicho coste.

Aunque esta Proposición de Ley del GP Socialista fue apoyada por el Bloque Nacionalista Galego, el Grupo Parlamentario Vasco (PNV) y el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida, para el que la propuesta era correcta, oportuna y necesaria, contó con la oposición del GP Popular y con las abstenciones de los Grupos Parlamentarios Catalán (Convergència i Unió) y de Coalición Canaria, por lo que finalmente no se tomó en consideración dicha Proposición de Ley al igual que la Proposición de Ley del Grupo Parlamentario catalán



Convergencia i Unió sobre prevención y tratamiento del sobreendeudamiento de los consumidores (Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado. VIII legislatura. Serie III. 12 de noviembre de 2004). Tal y como indica CUENA<sup>594</sup>, ninguna de las dos proposiciones prosperaron a pesar de referirse al sobreendeudamiento pasivo, es decir, cuando la insolvencia sobreviene por causas imprevistas y se caracterizan por el establecimiento de dos procedimientos consecutivos, uno extrajudicial y otro judicial, al igual que las iniciativas aprobadas en los países de nuestro alrededor.

Y es que en España, y siguiendo con dicha autora, el problema de la insolvencia de la persona física siempre ha sido normativamente y doctrinalmente marginada injustificadamente<sup>595</sup>. La LC que finalmente se acabó aprobando en 2003, estaba claramente pensada para la insolvencia empresarial, las sociedades y no tanto para un empresario individual o un consumidor por lo que la persona física recurre poco al procedimiento de ejecución universal constituyendo ello un retraso normativo y falta de cultura financiera respecto de los países de nuestro entorno que seguidamente procederemos a estudiar. A diferencia de lo que sucede en la normativa alemana o portuguesa, en la reforma española<sup>596</sup>, no se prevén normas particulares en función de la distinta tipología del deudor y tampoco normas especiales en relación con supuestos en que el deudor sea consumidor sino que se toma como modelo de deudor al empresario con especial atención a la persona jurídica y no tanto a la persona física incluso excluyendo a éstos últimos de algunos de los efectos beneficiosos del concurso como por

---

<sup>594</sup> CUENA CASAS, M.; *El concurso de acreedores de persona casada...*, cit., pág. 26.

<sup>595</sup> En este sentido también se pronuncia PEÑAS MOYANO, B.; “Concurso de consumidores”...cit.; pág. 2.

<sup>596</sup> PULGAR EZQUERRA, J.; “Concurso y consumidores en el marco del estado social del bienestar”...cit.; pág. 11. Tal y como indica DEL ARENAL OTERO, V-M.; “Reflexiones sobre la insolvencia o sobreendeudamiento”, *Revista Escritura Pública*, n.º. 77, 2012, pág. 13, además de mejorar la propia normativa del sistema español sobre las insolvencias, el legislador se debería fijar en el Derecho comparado, en el sistema francés o en el sistema alemán o en los sistemas de Bélgica o Suecia o el caso de Estados Unidos.

ejemplo en la paralización de ejecuciones de garantías reales respecto de la vivienda habitual, como ya hemos estudiado en puntos anteriores, siendo escasos los incentivos para propiciar su declaración, al no contemplarse mecanismo alguno de exoneración del pasivo insatisfecho tras la liquidación.

Por lo que la entrada en vigor de la LC puso de manifiesto la urgencia de la necesidad de una reforma de nuestro ordenamiento en materia de endeudamiento excesivo de los consumidores, y ésta sigue siendo una de las tareas pendientes en nuestro ordenamiento jurídico<sup>597</sup>.

---

<sup>597</sup> QUINTANA CARLO, I.; “El sobreendeudamiento de los consumidores y la LC”...cit.; pág. 2269.

## V.1. El sobreendeudamiento en los derechos extranjeros.

El Fresh start o segunda oportunidad consiste en la liberación o condonación definitiva de las deudas o pasivo no satisfecho por el deudor tras un procedimiento de reestructuración o reorganización de sus deudas, o bien tras un procedimiento de liquidación, ya sea en el seno de un proceso concursal o fuera del mismo.

El “fresh start” ha sido tradicional en el Derecho de EEUU conocido por la expresión “discharge”<sup>598</sup> pero también se ha extendido por varios países europeos distinguiendo dos modelos respecto al tratamiento concursal de la persona física insolvente:

Por un lado, tenemos el *modelo anglosajón “volver a empezar” (fresh start o discharge)* que también se adoptó en algunos países europeos como Reino Unido y se basa en los principios de liquidación inmediata del patrimonio no exento del deudor y la condonación directa de las deudas no pagadas, a excepción de las deudas jurídicamente no condonables, siempre que el deudor no sea considerado de mala fe o fraudulento. Una vez ejecutado el patrimonio embargable del deudor persona física de buena fe, el pasivo restante quedará exonerado por decisión judicial y sin consentimiento del acreedor. Así, aunque en un futuro el deudor obtuviera nuevos ingresos, éstos no podrán ser utilizados para pagar deudas anteriores a la declaración de concurso sino que el deudor podrá “volver a empezar”, iniciando una nueva actividad empresarial o profesional. Tal y como indica CUENA<sup>599</sup>, ésta

---

<sup>598</sup> Tal y como indica PULGAR EZQUERRA, J.; “Concurso y consumidores en el marco del estado social del bienestar”...cit.; pág. 14: “la “discharge” constituye un mecanismo que no solo beneficia al deudor, sino también indirectamente a los acreedores y al tráfico en general porque constituye un poderoso incentivo para la solicitud temprana de concursos en particular voluntarios, en supuestos en que dicha solicitud no constituye un deber, sino una facultad, beneficiando esta solicitud temprana a los acreedores que previsiblemente podrán disponer de mayor patrimonio sobre el que satisfacer sus derechos de crédito”.

<sup>599</sup> CUENA CASAS, M.; “Fresh Start y mercado crediticio”, *Revista para el análisis del Derecho*, nº. 3, Barcelona, 2011, págs. 5-6.

constituye una medida fundamentada en razones humanitarias<sup>600</sup> y económicas en cuanto incide en la productividad económica. Esta figura de la exoneración del pasivo pendiente está pensada fundamentalmente para las personas físicas y no para las jurídicas que se extinguen y con ellas el remanente de la deuda pendiente cuando se liquidan en el procedimiento de insolvencia.

Por otro lado, para los casos de sobreendeudamiento activo o culpable (bien por falta de previsión como por simple negligencia) se aplica el *modelo de la rehabilitación*. Aquí la condonación de deudas nunca será automática como sucede en la ley americana, sino que se obtendrá la discharge tras un periodo de prueba durante el que se destinará una parte de la renta del deudor al reembolso de la deuda restante y exigiendo un buen comportamiento para permitir la condonación del resto de pasivo<sup>601</sup>. Dicho modelo es el adoptado por el derecho alemán.

Es decir, junto a este modelo norteamericano representante del derecho anglosajón cabe señalar que en Europa coexisten otros dos modelos que gestionan el sobreendeudamiento de los particulares, el germánico y el franco<sup>602</sup>. Dentro del modelo germánico encontramos a Alemania,

---

<sup>600</sup> CUENA CASAS, M.; “Fresh Start y mercado crediticio”...cit.; pág. 14: Cuando un hombre honesto quiebra financieramente por mala suerte, a diferencia de la mayoría de los sistemas europeos donde “la filosofía anti-deudor prevalece”, aquí se rehabilita al deudor para evitar su exclusión social y los acreedores no acaben perjudicados al no ver satisfechos sus créditos. Es decir, la legislación concursal debe tender a la recuperación económica del deudor y su reintegración en el proceso productivo, es decir, la rehabilitación del deudor honesto.

<sup>601</sup> CUENA CASAS, M.; “Fresh Start y mercado crediticio”...cit.; pág. 6. Según dicha autora en el caso de Francia, excepcionalmente, la supresión de la deuda es posible desde el principio del procedimiento cuando el juez considera que no puede esperarse una mejora de la situación de la persona.

<sup>602</sup> ANDRÉS SANTOS, F.J.; “Procedimientos relativos al sobreendeudamiento de particulares en el Derecho Europeo”...cit.; pág. 125; y BARRIGA MARTÍN, L.A.; “La protección de las situaciones de quiebra económica de particulares. Un desafío para los servicios sociales de España”, *Revista Internacional de Trabajo Social y Bienestar*, n°. 1, 2012, pág. 27.

Austria, Portugal, Estonia, Dinamarca, Finlandia y Suecia. Y el modelo francés es seguido por Francia, Bélgica, Países Bajos e Italia.

Antes de analizar estos sistemas europeos pasamos a realizar un estudio detallado sobre el sistema norteamericano del freshstart, el utilizado por Reino Unido, y al que también se le asimila bastante el modelo de España que estudiaremos posteriormente.

## EEUU

La legislación concursal norteamericana protege a la persona física en base a dos pilares fundamentales, la liberación del pasivo pendiente (discharge o fresh start) y la cuantía del patrimonio inembargable (exemptions).

Dicha regulación se contiene en el Bankruptcy Code de 1978 que regula tanto la insolvencia de las empresas como la de los consumidores<sup>603</sup>. Cabe señalar que hasta la Bankruptcy Act de 1898, para la exoneración de las deudas se debía contar con el consentimiento de los acreedores pero en ese año surge ya el expediente de liberación de deudas con identidad propia y como figura distinta a la quita. La concesión de este derecho se justifica en que el deudor haya tenido un comportamiento honesto y adecuado, surge así la figura del “deudor honesto pero desafortunado” (“the honest but unfortunated debtor”).

Para el caso de los particulares la Ley dispuso que los que quisieran acogerse a un procedimiento concursal podrían elegir entre cuatro alternativas recogidas en el Bankruptcy Code: capítulo 7 (“liquidación”), capítulo 11 (“reorganización”), capítulo 12 (“explotación agraria o pesquera familiar con ingresos regulares”) y capítulo 13 (“personas

---

<sup>603</sup> HUALDE LÓPEZ, I.; “El problema de la vivienda habitual en el concurso del consumidor”...cit.; págs. 5-6; CUENA CASAS, M.; “Fresh Start y mercado crediticio”...cit.; págs. 12-14.

físicas con ingresos regulares”). Pero para los problemas relacionados con el consumo dos son las opciones preferidas: capítulo 7 y 13<sup>604</sup>.

Capítulo 7: aquí el particular puede solicitar el concurso, indicando todos sus bienes y deudas, por lo que se paralizan automáticamente las acciones de cobro<sup>605</sup>; al deudor se le despoja de sus bienes, excepto de los exentos, y se entregan al patrimonio del concurso para su posterior distribución entre los acreedores. Así es como el deudor honesto obtiene la exoneración de la responsabilidad personal por las obligaciones y puede comenzar de nuevo desde cero<sup>606</sup>. Para ello se dispone de un procedimiento liquidatorio, al final del cual el deudor persona física queda liberado de las deudas insatisfechas una vez que entregue la totalidad de su patrimonio no exento y no sujeto a derechos de garantía, siempre que no concurren en él alguna de las causas legales para su denegación. Este capítulo es al que tradicionalmente acudían los particulares ya que el capítulo 13 se utilizaba en pocas ocasiones.

---

<sup>604</sup> PEÑAS MOYANO, B.; “Concurso de consumidores”...cit.; págs. 8-9. Para estudiar con más detalle las diferencias entre el Capítulo 7 y el 13, MALLANDRICH MIRET, N.; “El tratamiento de las situaciones de sobreendeudamiento de los particulares en los Estados Unidos”, *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, n.º. 2, 2013, págs. 385-408.

<sup>605</sup> Según MALLANDRICH MIRET, N.; “El tratamiento de las situaciones de sobreendeudamiento de los particulares en los Estados Unidos”...cit.; pág. 380: “El <<automatic stay>> u orden de suspensión automática, constituye una orden general de suspensión o prohibición de iniciación de cualquier procedimiento, ya sea extrajudicial, judicial o administrativo contra el concursado dirigido a reclamarle cualquier deuda que pueda tenerse contra él...despliega efectos inmediatos desde el mismo momento de la presentación de la solicitud de concurso...”

<sup>606</sup> Pero tal y como indican MELISSA B. JACOBY, R. GEORGE.; “Perspectivas empíricas y de política jurídica sobre el concurso de los consumidores en los Estados Unidos”, *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar* / coord. por Matilde Cuenca Casas, José Luis Colino Mediavilla, edit. Aranzadi, Navarra, 2009, pág. 382 y 393, a pesar de esta exoneración, con frecuencia comprometen ingresos futuros al pago de deudas anteriores al concurso. El compromiso más frecuente suele ser el del pago de deudas garantizadas, ya que el concurso no afecta a los derechos reales sobre los bienes que las garantizan. Por lo que los deudores que acuden a este capítulo 7 y que no han pagado recientemente los créditos hipotecarios de su vivienda o de préstamos para la adquisición de vehículos garantizados con estos últimos necesitan llegar a un acuerdo con sus acreedores para no perder sus bienes al término del procedimiento concursal. A diferencia del capítulo 13, donde estos deudores dueños de una vivienda podrán solventar el impago de crédito mediante un plan de pago y rehabilitarlo pese a la oposición del acreedor e igualmente sucede con los préstamos para adquirir un vehículo.

Capítulo 13 del Bankruptcy Code: hay un procedimiento de ajuste de deudas reservado a personas físicas con ingresos regulares y cuyo pasivo no supere los límites legalmente establecidos, pero no necesariamente la deuda tiene que derivar del consumo para que la persona física pueda acudir a este capítulo 13, sino que muchos que lo solicitan son simples propietarios con una pequeña actividad empresarial. Aquí se le da al consumidor individual la oportunidad de negociar un calendario de pagos ajustado, en el que tras la delimitación de los gastos razonables y necesarios, destine durante tres o cinco años sus ingresos al beneficio de sus acreedores, para que los gestione un administrador concursal no funcionarial, el bankruptcy trustee, que representa los intereses de la masa activa y de los acreedores en los procedimientos del capítulo 13. Mientras tanto, el deudor no tendrá que entregar ninguno de los bienes que viene reteniendo. Una vez finaliza el plan, el deudor queda liberado de las deudas no pagadas, aunque los derechos de garantía seguirán gravando los bienes garantizados.

En 2005 se producen importantes modificaciones en la normativa concursal estadounidense con la Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act. El cambio más significativo de la nueva Ley fue el establecimiento de nuevos requisitos como el “test de recursos o means test” para poder acudir al procedimiento que recoge el capítulo 7 del Bankruptcy Code. La realización de este “test de recursos económicos” o “means test”<sup>607</sup> determina la capacidad patrimonial del consumidor para el pago de sus deudas: si del test resulta que el consumidor tiene ingresos por encima de la media estatal de las unidades familiares del mismo tamaño que la del deudor<sup>608</sup>, el test de

---

<sup>607</sup> PEÑAS MOYANO, B.; “Concurso de consumidores”...cit.; págs. 9-10; PULGAR EZQUERRA, J.; “Concurso y consumidores en el marco del estado social del bienestar”...cit.; pág. 16. Para un estudio más detallado sobre los “means test” ver ÁLVAREZ RUBIO, J.; “La protección del consumidor sobreendeudado e insolvente en los Estados Unidos de América”, *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, n.º. 45, Bilbao, 2011, págs. 23-35.

<sup>608</sup> Dice PULGAR EZQUERRA, J.; “Concurso y consumidores en el marco del estado social del bienestar”...cit.; pág. 16: “que se introduce una presunción en contra del

recursos se transforma en una fórmula, ciertamente compleja, para determinar si tiene ingresos suficientes como para elaborar un plan de tipo previsto en el capítulo 13; y si el deudor está por debajo de la media señalada, se acaban ahí las averiguaciones y el deudor puede solicitar el procedimiento liquidatorio del capítulo 7. Según CUENA<sup>609</sup>, llama la atención que el propio deudor, según sus posibles ingresos futuros eligiera si acudía al procedimiento del capítulo 7 o al del capítulo 13, porque en ocasiones el deudor acudía al capítulo 7 cuando en realidad podría haber acudido al capítulo 13 y haber llevado a cabo el plan de pagos que recoge dicho capítulo. Al incrementarse los casos de declaración de concurso y para evitar que el consumidor abusara del sistema acudiendo a la liquidación del patrimonio y exoneración inmediata de deudas ex capítulo 7 cuando en realidad tenía patrimonio y expectativas suficientes para haber acudido al procedimiento del capítulo 13, se instaura como control que el deudor pasara dicho “means test”<sup>610</sup> por el que se le autorizara acudir al procedimiento de exoneración del capítulo 7. Ahora, tras esta añadirse este control el procedimiento del Capítulo 13, de reajuste de las deudas de un particular con ingresos regulares, se considera más atractivo para los acreedores con crédito no asegurado al poder conseguir el pago de parte de la deuda pendiente que a través del Capítulo 7 se vería automáticamente cancelada. Este procedimiento permite conservar la

---

deudor cuando la renta neta del deudor supera una cierta cantidad, que perjudica claramente a los deudores consumidores con una renta superior a la media, introduciéndose además medidas restrictivas en el modo en que se calcula la renta disponible a efectos de hacer operar la presunción”.

<sup>609</sup> CUENA CASAS, M.; “Fresh Start y mercado crediticio”...cit.; pág. 15.

<sup>610</sup> CUENA CASAS, M.; “Fresh Start y mercado crediticio”...cit.; pág. 25: “Si el deudor no supera el “means test” debe solicitar el concurso por el capítulo 13. Este test de recursos trata de verificar si el deudor tiene ingresos por encima o por debajo de la media para las unidades familiares de las mismas características del estado del deudor. Si el deudor está por debajo de la media, podrá acudir al procedimiento del capítulo 7 pero si supera ese límite, se procede a determinar si tiene ingresos disponibles suficientes para justificar un plan del capítulo 13. Si es así, la solicitud directa al procedimiento del Capítulo 7 se presume abusiva y se le remite al proceso del capítulo 13”.



propiedad de los bienes de los deudores, a la vez que éstos se benefician de ventajas del concurso como el <<automatic stay>><sup>611</sup>.

Pero otro sector de la doctrina del que destacamos a ÁLVAREZ RUBIO<sup>612</sup> encuentra dicha reforma llena de errores técnicos evidentes y planteamientos demagógicos de base que inciden de forma determinante en el diseño final de la norma. Dicho autor señala que “se pierde la razón de ser original de la norma, que pasa de prevenir posibles abusos a decantarse claramente a favor de los intereses de las instituciones de crédito, con lo que sin duda es un golpe de gracia a los fundamentos tradicionales con que se afrontaba el tratamiento de las crisis económicas de los consumidores en el ordenamiento jurídico de USA”.

La Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act de 2005 también introdujo medidas restrictivas en relación con las disposiciones sobre “*bienes exentos*”<sup>613</sup>, endureciéndose la información que el deudor debía presentar ante el Tribunal al solicitar el concurso. Aunque, tal y como señala PULGAR<sup>614</sup>, también se innovaron aspectos que beneficiarían al consumidor como “el incremento de las disposiciones legales relativas a la posible reactivación de créditos insatisfechos, introduciéndose una presunción de “undue hardship” cuando la renta disponible del deudor no le permita hacer frente a los pagos de la deuda reactivada sin que ello conlleve un déficit; y la exigencia de un

---

<sup>611</sup> MALLANDRICH MIRET, N.; “El tratamiento de las situaciones de sobreendeudamiento de los particulares en los Estados Unidos”...cit.; págs. 402-403.

<sup>612</sup> ÁLVAREZ RUBIO, J.; “La protección del consumidor sobreendeudado e insolvente en los Estados Unidos de América”...cit.; pág. 19.

<sup>613</sup> CUENA CASAS, M.; “Fresh Start y mercado crediticio”...cit.; pág. 17: No todos los bienes del deudor pueden ser liquidados en el proceso concursal. Los tipos de bienes exentos están explicitados en la regulación federal (§ 522 título 11 USC), aunque cada Estado de la unión tiene autonomía legislativa para ampliar el elenco de bienes exentos.

<sup>614</sup> PULGAR EZQUERRA, J.; “Concurso y consumidores en el marco del estado social del bienestar”...cit.; pág. 16.

“asesoramiento crediticio<sup>615</sup>” al que debe someterse el deudor dentro de los 180 días precedentes a la fecha de solicitud de un procedimiento concursal cuya introducción responde a la idea de que la educación financiera y los posibles pagos voluntarios alternativos, serían beneficiosos para el consumidor, incentivándose además a los acreedores a negociar. En este sentido, se autoriza al Tribunal a reducir el crédito del acreedor hasta un 20% si rechazó determinadas ofertas de pago hechas por el deudor dentro de los 60 días anteriores a la solicitud del concurso en la que se ofreciera el pago de al menos un 60% de la deuda”.

Para finalizar con el fresh start norteamericano cabe señalar que éste se constituye sobre el modelo de *credit scoring* (calificación crediticia comportamental) para la evaluación del riesgo de incumplimiento por parte de los deudores. Aquí se exige como requisito fundamental ser serio y honesto en el cumplimiento de las obligaciones (información positiva) a diferencia de lo que ocurre en otros países donde para obtener crédito se requiere tener recursos y no tener la calificación de impagos. Por ejemplo, en España se utilizan los sistemas *credit score* a través de los *Credit Bureau* (Experian, Asnef-Equifax), también se utilizan otras bases de datos como CIRBE (Central de Información de Riesgos del Banco de España) en la que constan todos los préstamos, avales, riesgos que tienen las entidades financieras con sus clientes (siempre que superen los 6.000 euros), pero no informa sobre el buen comportamiento del deudor<sup>616</sup>. Tal y como indica CUENA<sup>617</sup>, “esta limitación en el sistema crediticio español en la que no hay

---

<sup>615</sup> Siguiendo la opinión de CUENA CASAS, M.; “Fresh Start y mercado crediticio”...cit.; pág. 24, el asesoramiento crediticio debería ser esencial en todos los ordenamientos pero además de llevarse a cabo con anterioridad a la declaración de concurso para asesorar al deudor sobre qué procedimiento debe escoger, para conseguirse de manera efectiva se debería de insertar dicha materia en el sistema educativo.

<sup>616</sup> CUENA CASAS, M.; “Fresh Start y mercado crediticio”...cit.; págs. 33 y 43.

<sup>617</sup> CUENA CASAS, M.; “Fresh Start y mercado crediticio”...cit.; pág. 48.

objetivamente una clasificación de score que permita una discriminación de precio, puede suponer un importante obstáculo a la instauración del fresh start en España, instauración que es necesaria para dar una solución a la insolvencia de la persona física actualmente condenada a la exclusión social y como estímulo a la iniciativa empresarial, si bien con adecuadas medidas de control para evitar el abuso y liberalizando el acceso a la información financiera positiva del deudor, que permita a los acreedores realizar una correcta medición del riesgo con una adecuada discriminación de coste crediticio, a los efectos de evitar que el deudor que cumple soporte los riesgos del que no lo hace”. Ahora bien, como sistema preventivo del sobreendeudamiento destacamos el instaurado por Portugal que con el Decreto-Ley 227-2012, de 25 de octubre, que entró en vigor el 1 de enero de 2013, se implantaron una serie de medidas para la concesión responsable, transparente y prudente del crédito. Se les obliga a las entidades de crédito a que adopten el llamado *Plano de Ação para o Risco de Incumprimento* (PARI), por el que tendrán que prever medidas y procedimientos que les permita detectar indicios de riesgo de incumplimiento y puedan adoptar rápidamente medidas para prevenir el incumplimiento. Pero si se produce el incumplimiento o el cliente entra en mora, las entidades de crédito tendrán que aplicar el Procedimiento Extrajudicial de *Regularização de Situaões de Incumprimento* (PERSI), por el que se intentan solucionar los problemas financieros del consumidor teniendo en cuenta su situación económica, sus objetivos y necesidades. Y de no alcanzarse un acuerdo el consumidor podrá acudir al llamado *medidador do crédito*. También existe en el sistema portugués una red de apoyo que aconseja a los consumidores con problemas económicos. De esta manera se intenta dar solución al incumplimiento de contratos por parte de los consumidores cuando no pueden cumplir con los compromisos financieros adquiridos<sup>618</sup>.

---

<sup>618</sup> Para un estudio más detallado sobre la nueva legislación de la lucha contra el sobreendeudamiento del consumidor, ver BASTANTE GRANELL, V.;

El “*fresh start*” aplicable en el Reino Unido también es de naturaleza mixta, se regula en el Capítulo 4, de la parte 5ª, de su “*Tribunal, courts and Enforcement Act 2007*”, que introdujo la figura del “*Debt Relief Order*” (DRO), cuya solicitud tiene un coste solamente de 90 libras. Pero las condiciones para su admisión son notablemente más estrictas que en el Derecho estadounidense: las deudas no aseguradas no deben superar las 15.000 libras; el patrimonio o masa activa del deudor no puede superar las 300 libras –salvo vehículos, cuyo valor permitido se eleva hasta 1.000 libras-, aunque la cuantía de los créditos que pueden extinguirse es algo superior que en el sistema estadounidense. Al igual que en las discharge estadounidenses, las “DRO” también podrán ser revocadas si la situación patrimonial del insolvente mejora durante el periodo de moratoria que se le concede.

Pasamos a analizar los países que siguen el modelo “francés”:

## FRANCIA

En 1985 el legislador francés introdujo un procedimiento de discharge en la legislación concursal pero solo era para deudores empresariales y no fue hasta 1989 cuando se implantó un procedimiento de reestructuración de deudas para personas físicas no comerciantes a través de la Loi Neierz. La normativa fue situada en Derecho del consumo a diferencia de Alemania que la situó en el Derecho concursal y tras las reformas que se han llevado a cabo estos años, el sistema

---

“Sobreendeudamiento e insolvencia del consumidor en Portugal (especial referencia al deudor hipotecario)”, *Revista de Derecho Civil*, v.1, n.º. 3, julio-septiembre 2014, págs. 122-128.

<sup>619</sup> MAGDALENO, A. y BENEYTO, K.; “El concurso de acreedores de persona física:...”...cit.; pág. 282.

francés consta hoy de dos procedimientos diferenciados<sup>620</sup>. Por un lado existe un procedimiento general (*surendettement des particuliers*) para personas físicas no empresarios o con deudas no profesionales y siempre que sean deudores de buena fe<sup>621</sup>. Aquí la comisión debe promover una solución amistosa entre el particular sobreendeudado y sus acreedores (*règlement amiable*)<sup>622</sup> mediante un plan de reembolso pero si no se alcanza éste se pasa a la fase contenciosa ante el juez (*redressement judiciaire civil*)<sup>623</sup> para que dé carácter ejecutivo al plan alternativo elaborado por la comisión que no podrá durar más de diez años ni conllevar una exoneración total de las deudas pero sí una condonación parcial. Y, por otro lado, en el sistema francés se encuentra un procedimiento especial (*rétablissement personnel*) de carácter enteramente judicial reservado al deudor que se encuentra en situación *irremediabilmente compromise* y por lo tanto no se haya podido cumplir un plan de recuperación u otras medidas propuestas por la

---

<sup>620</sup> ANDRÉS SANTOS, F.J.; “Procedimientos relativos al sobreendeudamiento de particulares en el Derecho Europeo”...cit.; págs. 133-134.

<sup>621</sup> CUENA CASAS, M.; *El concurso de acreedores de persona casada...*, cit., pág. 21: La regulación francesa va dirigida a la persona física que se encuentra en situación de exceso de endeudamiento, la cual es calificada como “la imposibilidad manifiesta para el deudor de buena fe de hacer frente al conjunto de sus deudas no profesionales exigibles y cumplir sus obligaciones, así como el compromiso que ha dado de prestar garantía o de pagar solidariamente la deuda de un empresario individual o de una sociedad cuando no hubiera asumido, de derecho o de hecho, funciones de dirección de la misma (L331 Código de la Consommation)”.

<sup>622</sup> Según BARRIGA MARTÍN, L.A.; “La protección de las situaciones de quiebra económica de particulares. Un desafío para los servicios sociales de España”...cit.; pág. 27, en la Conciliación (*règlement amiable*), “el deudor solicita al Banco de Francia la intervención de una Comisión creada ad hoc para el examen del sobreendeudamiento formada por representantes del Estado, del Banco de Francia, de la Hacienda Pública, de asociaciones bancarias y de consumidores y usuarios. Tras el estudio de la petición del deudor y la elaboración de un balance por la Comisión se propone un plan de viabilidad, que caso de ser aceptado por los acreedores pondrá fin al procedimiento...”.

<sup>623</sup> Según BARRIGA MARTÍN, L.A.; “La protección de las situaciones de quiebra económica de particulares. Un desafío para los servicios sociales de España”...cit.; pág. 27, se pasa a la Intervención judicial (*redressement judiciaire civil*) cuando no funciona el trámite conciliador. Aquí, “el juzgado (tribunal d instance), previa instrucción del correspondiente procedimiento y dotado de amplias facultades, articula las medidas de saneamiento de la situación del deudor”.

comisión anterior. Su finalidad es la liquidación del patrimonio personal del deudor a través de un liquidador a costa del erario público.

A diferencia de la legislación concursal (también de la española)<sup>624</sup>, que persigue fundamentalmente la satisfacción de los acreedores<sup>625</sup>, en el Derecho francés el sobreendeudamiento de los consumidores tiene por objetivo fundamental la adopción de medidas que eviten que un particular, que se ha sobreendeudado de buena fe, se vea sometido a actuaciones tan traumáticas que le puedan incluso truncar su futuro vital y el de su familia, llegándose a realizar incluso actuaciones en contra de la voluntad de los acreedores, que no consistirán ni en un convenio ni en la liquidación del patrimonio del deudor. Los trabajadores autónomos y los profesionales liberales también pueden acogerse a dicho procedimiento, siempre que el mismo no derive de deudas profesionales.

Será esencial que el particular que se ha sobreendeudado haya actuado de “buena fe”, es decir, que su sobreendeudamiento proceda de una disminución fortuita de sus ingresos a causa de un elemento exterior e imprevisible como que haya incurrido en una larga enfermedad o fallecimiento de su cónyuge, esté en situación de desempleo, haya tenido un accidente que entrañe incapacidad temporal para trabajar, todo ello tanto al adquirir las deudas como durante la tramitación del procedimiento<sup>626</sup>. Además, TRUJILLO<sup>627</sup> también considera deudores de

---

<sup>624</sup> Dicha normativa sobre el carácter preventivo del sobreendeudamiento de los particulares, antes de su evolución en insolvencia, es la que se tomó como modelo para la Proposición de Ley que presentó el GP Socialista en España pero que finalmente no se llevó a cabo.

<sup>625</sup> PEROCHON, FRANÇOISE.; “La prevención de las crisis en Derecho Francés”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, edit. La Ley, nº. 15, 2011, pág. 1: “La prevención de la crisis y en consecuencia de la dificultades de la empresa preocupa en Francia al legislador desde hace treinta o cuarenta años y resulta lógico, ya que desde 1985 el derecho francés tiene como principal objetivo salvar a la empresa en dificultades así como el mantenimiento de la actividad y del empleo, mientras que el pago de los acreedores tan solo constituye el objetivo número dos. Y se encuentra admitido de modo prácticamente unánime que el procedimiento más eficaz para salvar a la empresa pasa por anticipar el tratamiento de sus dificultades, dicho en otros términos, por la prevención en sentido amplio”.

<sup>626</sup> PEÑAS MOYANO, B.; “Concurso de consumidores”...cit.; pág. 6.

buena fe a los deudores “imprudentes” que según la doctrina y jurisprudencia serán los sobreendeudados por inconsciencia, ligereza o falta de naturalidad o de clarividencia; también los que se hayan sobreendeudado más allá de su capacidad financiera, bien por debilidad mental o bien por prodigalidad y, por último, los que no pudiendo atender ciertas deudas se han sobreendeudado más aún para reembolsar las más importantes, llamados éstos “prisioneros de la espiral del sobreendeudamiento”.

Como bien indica CUENA<sup>628</sup>, en la normativa francesa falta un tratamiento específico del deudor casado y en su jurisprudencia se ha plantado problemas con el deudor de mala fe<sup>629</sup> pero que está casado en régimen de comunidad y su cónyuge tiene buena fe. Por lo que falta una regulación específica para los problemas que surjan con la institución matrimonial en el proceso de insolvencia. Lo mismo sucede en otros países europeos como Bélgica que pasamos a analizar.

#### BÉLGICA<sup>630</sup>

En Bélgica existe un procedimiento de arreglo colectivo de deudas y el sistema de moderación judicial que se basa en el mismo planteamiento de la regulación francesa estableciendo un procedimiento amistoso con homologación judicial que establezcan plan de viabilidad económica para el deudor.

---

<sup>627</sup> TRUJILLO DÍEZ, I.J.; *El sobreendeudamiento de los consumidores...cit.*; pág. 95.

<sup>628</sup> CUENA CASAS, M.; *El concurso de acreedores de persona casada...*, cit., pág. 23.

<sup>629</sup> Según TRUJILLO DÍEZ, I.J.; *El sobreendeudamiento de los consumidores...cit.*; págs. 94-95, el análisis de la jurisprudencia recaída en materia de sobreendeudamiento revela determinados casos de conductas de deudores de mala fe que pueden considerarse prototípicas como la declaración engañosa hecha a los acreedores; la declaración engañosa hecha a la comisión de sobreendeudamiento; la insolvencia involuntaria; los gastos superfluos o suntuarios; la gestión irresponsable.

<sup>630</sup> ANDRÉS SANTOS, F.J.; “Procedimientos relativos al sobreendeudamiento de particulares en el Derecho Europeo”...cit.; págs. 134-135.

La Ley de 5 de julio de 1998 relativa a la regulación colectiva de deudas disponía que toda persona natural no comerciante y domiciliada en Bélgica que no pudiera pagar sus deudas de forma permanente, podía presentar una demanda ante el juez competente para obtener un plan de restablecimiento de deudas. A partir de 2005 se modificó dicha ley estableciendo un procedimiento que se desarrollaba en una o dos fases. Por un lado, la fase de acuerdo voluntario donde si el juez declara admisible la demanda nombra a un mediador de deudas para que elabore una propuesta de acuerdo voluntario entre deudor y acreedores y si éstos últimos aprueban el plan se remite al juez para que lo apruebe.

Y por otro lado, tienen la fase judicial para que cuando no haya acuerdo entre las partes, el juez pueda imponer un plan de reestructuración de la deuda, con una duración máxima de cinco años.

#### LUXEMBURGO<sup>631</sup>

En Luxemburgo existían normas antiguas e incompletas que poco servían para dar solución al reciente endeudamiento que están sufriendo las personas físicas. Por eso se elaboró la *Loi du 8 décembre 2000 sur le surrendettement*, inspirada en la legislación francesa y belga ya analizadas anteriormente. Dicha Ley contaba solamente con dos fases y ninguna de ellas incluía el fresh start a favor de los particulares por lo que finalmente se tuvo que crear la *Loi du 8 janvier 2013 concernant le surrendettement (LSS)*, que derogaba el sistema de sobreendeudamiento anterior, desarrollado, a su vez, por el nuevo *Règlement grandducal du 17 janvier 2014 portant execution de la loi du 8 janvier 2013 concernant le surrendettement (RS)*, normas que han entrado en vigor en febrero de 2014.

El nuevo procedimiento implantado pretende mejorar la situación financiera del deudor para que pueda pagar sus deudas y que junto a

---

<sup>631</sup> BASTANTE GRANELL, V.; “La Ley de sobreendeudamiento en Luxemburgo: la inclusión del <<Fresh Start>>”, *Anuario de Derecho Concursal*, n.º. 33, septiembre-diciembre 2014, págs. 369-391.



su familia puedan llevar una vida conforme a la dignidad humana, evitándoles en la medida de lo posible la exclusión social. Se aplicará a las personas físicas domiciliadas en Luxemburgo, a los particulares consumidores y también a comerciantes pero que hayan cesado su actividad desde hace seis meses o, en caso de quiebra, si ya se ha cerrado dicho proceso.

Este nuevo procedimiento de sobreendeudamiento se distribuía en tres fases, una primera llamada la fase de “Règlement Conventionnel” donde se presentaba la solicitud a la Comisión de mediación de sobreendeudamiento, la cual con ayuda del deudor y los acreedores elaborará un proyecto de plan de arreglo amistoso que no durará más de siete años. Si fracasa este proceso amistoso se puede acudir a la vía judicial, iniciándose una segunda fase llamada de “Redressement Judiciaire”, proceso que será desarrollado por el juez de paz de su domicilio que atendiendo a la situación de sobreendeudamiento del deudor, elabora un plan judicial que, igualmente a la primera fase, no podrá durar como máximo siete años. Si tampoco surte efecto esta segunda fase porque el deudor se encuentra en una situación de sobreendeudamiento irremediablemente comprometida, podrá acudir a una tercera y nueva fase llamada de “Rètablissement Personnel”. En esta fase el deudor puede librarse de sus deudas pendientes, ahora será necesario que haya acudido a las dos primeras fases, es decir, que haya intentado un previo arreglo amistoso o judicial. Y que se trate de deudor de buena fe, aunque la nueva ley no lo recoja explícitamente, aunque implícitamente se sobreentiende al leer los casos de exclusión que sí mantiene de la normativa anterior, cuestión criticada por diversos organismos durante la tramitación parlamentaria.

Al introducir esta última fase, Luxemburgo es otro país más de los que se suman a proporcionar al consumidor endeudado una segunda oportunidad o fresh start o discharge, es decir, tener la posibilidad de empezar de cero económicamente.

## PAÍSES BAJOS

En los Países Bajos los deudores empresarios eran los únicos que podían acudir a procedimientos judiciales para lograr una moratoria en el pago de sus deudas o la reestructuración correspondiente pero a partir de una ley de 1998, las personas físicas también pudieron solicitar dicha moratoria y acceder al mecanismo de liquidación y cancelación de deudas.

Tradicionalmente eran los Bancos Municipales de Crédito los que realizaban una labor de mediación entre las personas físicas o autónomos sobreendeudados y sus acreedores proponiéndoles a éstos últimos un plan de pago con reducción de la deuda. Los Bancos también realizaban una labor de refinanciación adquiriendo créditos a precios de mercado para, subrogándose frente al particular sobreendeudado, ofrecerle condiciones más fáciles de pago<sup>632</sup>.

Actualmente el deudor persona física con imposibilidades de pagar la deuda en su totalidad es la única parte que puede iniciar el procedimiento ante el tribunal competente, habiendo sido visada anteriormente la solicitud por las autoridades municipales. Si dicha solicitud es aceptada se pone en marcha un plan de reestructuración de deudas con los acreedores con una duración máxima de tres años donde el control y administración de los bienes del deudor pasan a los administradores judiciales. Si el deudor cumple con sus obligaciones, a los tres años el tribunal le concederá la liberación definitiva de sus deudas pendientes pero si por el contrario, no cumple satisfactoriamente con sus obligaciones entrará en concurso y sus deudas seguirán estando pendientes hasta su pago definitivo, no pudiendo volver a solicitar un procedimiento legal de liberación de deudas durante diez años<sup>633</sup>.

---

<sup>632</sup> BARRIGA MARTÍN, L.A.; “La protección de las situaciones de quiebra económica de particulares. Un desafío para los servicios sociales de España”...cit.; pág. 30.

<sup>633</sup> ANDRÉS SANTOS, F.J.; “Procedimientos relativos al sobreendeudamiento de particulares en el Derecho Europeo”...cit.; págs. 135-136.

Italia es de los últimos países europeo-occidentales que ha introducido el procedimiento legal de discharge del consumidor sobreendeudado ya que hasta hace poco se aplicaba el Capítulo IX “Della esdebitazione” (arts. 142 a 144 Legge Fallimentare), solo a los sujetos sometidos al fallimento, es decir, empresarios comerciales de cierta dimensión y no pequeños empresarios, profesionales ni consumidores, a diferencia de lo que sucede en el modelo norteamericano, tal y como ya hemos analizado, donde la exoneración del pasivo se extiende a todo deudor sea o no empresario.

Ya en el verano del 2011 con el Decreto Ley n.98, de 6 de julio se permite que el empresario agrícola en crisis pueda utilizar el acuerdo de reestructuración y de la transacción fiscal pero no hizo mención a ningún otro sujeto y no fue hasta 2012, con la Ley 3/2012, de 27 de enero<sup>635</sup>, que introdujo un nuevo procedimiento para solucionar las crisis de sobreendeudamiento mediante un acuerdo entre el deudor y los acreedores, que se extendió a los deudores personas físicas pequeños empresarios, profesionales y consumidores. Con esta Ley, aunque se cumpliera con el plan de reestructuración acordado entre el deudor y sus acreedores, exigiéndose al menos que los acreedores representaran un 70% de los créditos, el deudor seguía respondiendo de las deudas restantes no incluidas en él<sup>636</sup>. Por eso fue modificada por la

---

<sup>634</sup> ANDRÉS SANTOS, F.J.; “Procedimientos relativos al sobreendeudamiento de particulares en el Derecho Europeo”...cit.; págs. 136-138.

<sup>635</sup> Más detalle sobre la reforma del Derecho italiano en GIOVANNI FALCONE; “La reforma del Derecho italiano de tratamiento de las <<crisis por sobreendeudamiento>>”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º. 17, segundo semestre 2012, págs. 1-6; y STEFANIA PACCHI; “El sobreendeudamiento. El régimen italiano de <<iure condito>> y de <<iure condendo>>”, *Anuario de Derecho Concursal*, edit. Civitas, n.º. 29, 2013, págs. 1-42.

<sup>636</sup> “El contenido del acuerdo parte de una propuesta que prevé la reestructuración de las deudas y la satisfacción de los acreedores por cualquier medio, incluso mediante la cesión de los ingresos futuros (art. 8.1)” (GIOVANNI FALCONE; “La reforma del Derecho italiano de tratamiento de las <<crisis por sobreendeudamiento>>”...cit.; pág. 2).

Ley 221/2012, de 17 de diciembre<sup>637</sup> que entró en vigor el 18 de enero de 2013 y que a su vez ésta aprobó con modificaciones el Decreto Ley 179/2012, de 18 de octubre. A partir de esta entrada en vigor el consumidor sobreendeudado tiene una doble posibilidad, u ofrece a los acreedores todo su patrimonio para liquidarlo y pagar así las deudas liberándose de los créditos restantes; o bien llega a un acuerdo con los acreedores para el pago parcial de las deudas, que si es aceptado por la mayoría de ellos también vinculará a los que se mostraban contrarios.

Por tanto, en el Derecho italiano la clásica regulación de la condonación o liberación del pasivo no satisfecho que se preveía solamente para empresarios en el seno de un proceso concursal con liquidación se ha extendido fuera de los procedimientos concursales para toda clase de deudores incluidos los consumidores personas físicas, acercándose así a la situación mayoritaria en los Estados europeo-occidentales.

Siguiendo con la clasificación realizada por ANDRÉS SANTOS pasamos a analizar los países que se engloban en el modelo germánico:

## ALEMANIA

En Alemania el 1 de enero de 1999 entró en vigor la Insolvenzordnung de 4 de octubre de 1994 (Bundesgesetzblatt de 18 de octubre de 1994), finalizando así una reforma del Derecho concursal que comenzó en 1978. La nueva Insolvenzordnung derogó y unificó las anteriores

---

<sup>637</sup> “Esta Ley prevé la posibilidad de obtener por parte del tribunal la liberación de las deudas residuales cuando se cierre del procedimiento de liquidación para el deudor honesto y colaborador y en presencia de determinados requisitos...Dicha Ley presenta un procedimiento dedicado al consumidor (que puede proponer o un plan de reestructuración o la liquidación de todos sus bienes), entendiéndose por éste a <<la persona física que actúa en un ámbito ajeno a la actividad empresarial, comercial, artesanal o profesionalmente que eventualmente desarrolla>>” (STEFANIA PACCHI; “El sobreendeudamiento. El régimen italiano de <<iure condito>> y de <<iure condendo>>”...cit.; pág. 20 y 26).

Konkurs- und Vergleichsordnungen y se propone las siguientes finalidades políticas<sup>638</sup>:

- a) Unificar el procedimiento de insolvencia;
- b) Propiciar el saneamiento extrajudicial que evite la apertura del procedimiento de insolvencia;
- c) Adoptar medidas contra la insuficiencia de la masa, impidiendo la apertura del procedimiento cuando la masa activa sea insuficiente para cubrir sus costes;
- d) Reforzamiento de la autonomía de los acreedores;
- e) Simplificación de los privilegios concursales e incremento de la equidad del reparto;
- f) Regulación del concurso de los consumidores (Verbraucherinsolvenzverfahren) e introducción de una liberación de la deuda restante (Restschuldbefreiung).

Estas dos últimas instituciones, Verbraucherinsolvenzverfahren y Restschuldbefreiung, atienden a un sobreendeudamiento de las economías domésticas, con independencia de que las deudas procedan o no de relaciones de consumo, es decir, ambos procedimientos se aplican a las personas físicas. Pero tras varias críticas se aprueba en el Bundestag el 16 de mayo de 2013 una Ley para reducir el proceso de alivio de la deuda residual y el fortalecimiento de los derechos de los acreedores, que entró en vigor el 1 de julio de 2014.

Por un lado, las normas sobre el Verbraucherinsolvenzverfahren o procedimiento de insolvencia del consumidor, se extienden, según el §304 de la Insolvenzordnung, a las personas naturales que no ejerzan una actividad económica autónoma como lo son los trabajadores por cuenta ajena (empleados, funcionarios, etc.), o que desarrollen alguna actividad económica que no sea significativa como los pequeños

---

<sup>638</sup> TRUJILLO DÍEZ, I.J.; *El sobreendeudamiento de los consumidores...cit.*; págs. 129-130.

comerciantes, profesionales, artesanos, etc., es decir, que su actividad económica no precise por su naturaleza o volumen de una empresa organizada profesionalmente, partiendo de la inexistencia de deudas laborales y de que el número de acreedores sea inferior a veinte. Estamos ante un procedimiento más simple que el ordinario y que da prioridad a la solución negociada más que a la liquidación. Podemos distinguir tres fases<sup>639</sup>:

En una primera fase encontramos que el deudor debe intentar llegar a un acuerdo extrajudicial dentro de los seis meses anteriores a la petición del procedimiento de insolvencia con sus acreedores (§305 InsO). Si no se llega a dicho acuerdo extrajudicial es cuando deben intentarlo mediante un acuerdo judicial con un plan de pagos o de liquidación de deudas.

Si se sigue sin llegar a un acuerdo el deudor solicitará la apertura del procedimiento acompañando una certificación en la que se explica que en los seis meses anteriores no se ha podido llegar a un acuerdo extrajudicial con los acreedores, basado en un plan.

Si los acreedores aceptan el plan propuesto por el deudor, es cuando el procedimiento concluye, pasando a tener el plan y su aceptación carácter contractual (transacción extrajudicial). Pero si los acreedores no aceptan el plan propuesto por el deudor<sup>640</sup> se abre el denominado proceso de insolvencia propiamente dicho (§311 y ss. InsO) con función

---

<sup>639</sup> ANDRÉS SANTOS, F.J.; “Procedimientos relativos al sobreendeudamiento de particulares en el Derecho Europeo”...cit.; pág. 127; CUENA CASAS, M.; *El concurso de acreedores de persona casada...*, cit., págs. 24-25. ASENSI MERÁS, A.; “La reforma del concurso de la persona física y la condonación de la deuda restante en el derecho alemán”, *Anuario de Derecho Concursal*, n.º. 33, septiembre-diciembre 2014, págs. 349-355.

<sup>640</sup> ASENSI MERÁS, A.; “La reforma del concurso de la persona física y la condonación de la deuda restante en el derecho alemán”...cit.; págs. 353-354: “Dicha Ley no modifica el procedimiento judicial sino que conserva la posibilidad de sustitución del consentimiento contemplado en la LC. Se prevé que en la votación del plan de saneamiento, a petición de un acreedor o del deudor, el Tribunal podrá sustituir el consentimiento de los acreedores disconformes a favor de la aceptación, siempre y cuando más de la mitad de los acreedores denominados por el deudor hayan aceptado el plan y la suma de los créditos de éstos se eleve a más de la mitad de la cuantía del conjunto de los créditos denominados por el deudor. No procederá, sin embargo, la sustitución de dicho consentimiento cuando la mayoría de los acreedores rechacen el plan...”.

liquidatoria en el que la única particularidad consiste en la simplificación de determinados trámites del procedimiento concursal ordinario<sup>641</sup>.

Anteriormente a la aprobación de la reciente Ley para reducir el proceso de alivio de la deuda residual y el fortalecimiento de los derechos de los acreedores de 2013, en la Ley alemana de insolvencia se establecía que si fracasaba el plan de saneamiento se pasaba a la apertura de oficio del procedimiento simplificado según lo establecido en los §§311- y ss. InsO, donde el juez del concurso nombraba a un fiduciario o Treuhänder, en lugar de proceder al nombramiento de un administrador concursal. Pero tras la reforma de 2013 se han derogado las reglas de la LC relativas al procedimiento de insolvencia simplificado §§312 a 314 InsO.

Por el contrario, en la Restschuldbefreiung las normas de la liberación del resto de la deuda están dirigidas a todas las personas físicas (no jurídicas), sean o no autónomos en activo, tengan o no más de veinte acreedores o deudas por motivos laborales o sigan un procedimiento simplificado o uno ordinario<sup>642</sup>.

Este procedimiento tiene como finalidad la simplificación y reducción de los costes procesales, que tras la reforma de la Insolvenzordnung de 26 de octubre de 2001<sup>643</sup> el Estado es quien se hace cargo de los gastos

---

<sup>641</sup> ASENSI MERÁS, A.; “La reforma del concurso de la persona física y la condonación de la deuda restante en el derecho alemán”...cit.; págs. 350-351: “La nueva Ley aprobada en 2013 para reducir el proceso de alivio de la deuda residual y el fortalecimiento de los derechos de los acreedores aprobada en 2013 mantiene en la LC la tentativa para alcanzar un acuerdo extrajudicial como presupuesto procesal del concurso, incluso en los supuestos de aparente desesperanza en los que un acreedor solicita la ejecución coactiva después de que hayan fracasado las negociaciones que han sido iniciadas para alcanzar un acuerdo extrajudicial”.

<sup>642</sup> ASENSI MERÁS, A.; “La reforma del concurso de la persona física y la condonación de la deuda restante en el derecho alemán”...cit.; págs. 355-356; HUALDE LÓPEZ, I.; “El problema de la vivienda habitual en el concurso del consumidor”...cit.; pág. 3; PEÑAS MOYANO, B.; “Concurso de consumidores”...cit.; pág. 7. ANDRÉS SANTOS, F.J.; “Procedimientos relativos al sobreendeudamiento de particulares en el Derecho Europeo”...cit.; págs. 127-128.

<sup>643</sup> El 1 de enero de 1999 entró en vigor la Insolvenzordnung de 4 de octubre de 1994 que derogó y unificó la normativa anterior en materia concursal además de que unificó

judiciales y los honorarios del fiduciario (Treuhänder) que sustituye en sus funciones al administrador concursal (Insolvenzverwalter). Se intenta reducir la duración y el coste económico del proceso así como eliminar su gratuidad<sup>644</sup>.

Este procedimiento consiste en la condonación de la parte de la deuda que no se ha podido satisfacer durante el procedimiento concursal<sup>645</sup>.

Ahora, esta posibilidad de poder liberarse definitivamente de sus obligaciones se ha limitado desde un principio a una serie de requisitos, que el deudor sea persona física, tanto a los profesionales como a los empresarios, que la solicitud de liberación haya sido presentada por el deudor y que dicho deudor sea honesto, es decir, que no se encuentre incurso en alguno de los supuestos que permiten denegar la liberación de deudas<sup>646</sup>.

---

en procedimiento de insolvencia regulando el sobreendeudamiento de las economías domésticas, con independencia de que las deudas procedieran o no de relaciones de consumo mediante un procedimiento que se abre con un intento de resolución de la situación de crisis económica por medio de la elaboración y propuesta por el consumidor de un plan de liquidación de las deudas y, solo en el caso de que dicho plan fracasare entra en juego el procedimiento de insolvencia simplificado de los párrafos 311 y siguientes de la Ordenanza (QUINTANA CARLO, I.; “El sobreendeudamiento de los consumidores y la LC”...cit.; pág. 2265).

<sup>644</sup> HUALDE LÓPEZ, I.; “El problema de la vivienda habitual en el concurso del consumidor”...cit.; pág. 3.

<sup>645</sup> ASENSI MERÁS, A.; “La reforma del concurso de la persona física y la condonación de la deuda restante en el derecho alemán”...cit.; pág. 357: “Tras la modificación realizada por la Ley para reducir el proceso de alivio de la deuda residual y el fortalecimiento de los derechos de los acreedores de 2013, antes de realizarse la apertura, el tribunal se pronunciará sobre la admisibilidad de la solicitud de la aprobación de la deuda residual, desde la perspectiva de la concesión o denegación de la condonación de la deuda restante”.

<sup>646</sup> El §290 de la Insolvenzordnung recoge las causas de denegación de la liberación de las deudas pendientes de pago, cuya acreditación da lugar a que se desvirtúe la buena fe del deudor. Tras la reforma de 2013 se establece que la deuda residual solicitada por el deudor será rechazada por decisión judicial cuando un acreedor concursal solicite su denegación y se acredite alguna de las causas de denegación enumerados en dicho precepto:

- cuando en los últimos cinco años anteriores a la solicitud de la apertura del procedimiento de insolvencia, el deudor haya sido condenado por sentencia judicial firme por la comisión de alguno de los delitos penales que se refieren a supuestos particularmente difíciles de insolvencia e incumplimiento de la obligación de llevar una contabilidad y trato de favor a los acreedores;
- cuando en los tres últimos años anteriores a la solicitud de apertura del concurso, o con posterioridad a dicha solicitud, mediante dolo o culpa grave, hubiera efectuado declaraciones por escrito incorrectas o incompletas sobre su



Dicha exoneración de deudas se concede por el tribunal, previa solicitud del deudor, pudiendo oponerse los acreedores si concurre alguna de las circunstancias previstas en los §296 a 298 de la Insolvenzordnung. En el mismo auto en el que el tribunal resuelva la admisión de la solicitud, nombrará a un fideicomisario o *Treuhänder* que durante el periodo de buen comportamiento del deudor, éste le entregará la parte embargable de sus ingresos. Al finalizar su cargo, el fideicomisario deberá rendir cuentas ante el tribunal y éste previa audiencia de los acreedores, del deudor y del fideicomisario, decidirá sobre la concesión de la deuda residual del deudor.

Tras la Ley para reducir el proceso de alivio de la deuda residual y el fortalecimiento de los derechos de los acreedores de 2013, se concede la condonación de la deuda si ningún acreedor ha presentado demanda o las demandas de los acreedores concursales están satisfechas y el deudor ha corregido los pasivos de la masa y si tras tres años desde la asignación del fideicomisario, se ha pagado los costes procesales y al menos el 35 por ciento de los créditos de los acreedores (antes de la reforma se exigía que hubieran pasado seis años). Cuando hayan pasado cinco años desde la asignación del fideicomisario, es decir, se le da al deudor un periodo de cinco para que demuestre su buen comportamiento (antes de la reforma se le daba 6 o 7 años).

Una vez haya liberado las deudas pendientes, no podrá volver a disfrutar de este beneficio en un plazo de diez años para evitar que el procedimiento sea utilizado para eludir el pago a los acreedores.

---

situación patrimonial o cuando hubiera perjudicado de forma deliberada o gravemente negligente la satisfacción de los acreedores concursales;

- cuando el deudor haya incumplido durante el procedimiento de insolvencia las obligaciones de información o cooperación establecidas por la ley deliberadamente o con grave negligencia;
- cuando ha ofrecido información incompleta o imprecisa, deliberadamente o con grave negligencia, de su patrimonio, de sus ingresos o de sus acreedores o haber incumplido la obligación de pago impuesta al deudor por el §314.3.
- Tras la reforma se añade como causa de denegación de la condonación de la deuda que el deudor haya incumplido su obligación de obtener ingresos y con ello la satisfacción de los acreedores afectados, salvo que el deudor no tuviera la culpa. (ASENSI MERÁS, A.; “La reforma del concurso de la persona física y la condonación de la deuda restante en el derecho alemán”...cit.; págs. 358-360).

## PORTUGAL

En 2004 se llevó a cabo una reforma portuguesa inspirada en la normativa alemana (la *Insolvenzordnung*, de 1994), dictándose el “Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE)” aprobado por Decreto-Ley nº 531 2004 de 18 de marzo en el que se introduce en los arts. 235 y ss. de dicho Código (Dl 53/2004 de 18 de marzo modificado por DL n.º 200/2004 de 18 de agosto) el “procedimiento de *exoneração*”.

El Código portugués sigue el modelo alemán de exoneración de deudas para todo deudor persona física, empresario o no, siempre que cumpla determinados requisitos y procure en un tiempo posterior satisfacer sus deudas pendientes. Por lo que este sistema más que calificarlo como *discharge*, corresponde como rehabilitación con muchas condiciones y periodos de prueba<sup>647</sup>.

Más tarde, en 2012, se creó un procedimiento extrajudicial, paliativo de la situación de sobreendeudamiento financiero de los consumidores bancarios y se han dictado diversas disposiciones en protección del deudor hipotecario tal y como ha sucedido igualmente en España.

Volviendo a la insolvencia de las personas físicas, destacamos dos regímenes posibles<sup>648</sup>:

Por un lado, tienen el Plan de pagos (arts. 251 a 263 CIRE), es un arreglo judicial donde se le da la posibilidad a la persona física deudora de acordar un plan de pagos con sus acreedores que si no es aprobado se dictará sentencia declarándose insolvente al deudor, volviéndose a retomar el proceso de insolvencia aunque el deudor mantiene sus facultades de disposición y de administración de sus bienes, evitándose así la liquidación.

---

<sup>647</sup> PULGAR EZQUERRA, J.; “Concurso y consumidores en el marco del estado social del bienestar”...cit.; pág. 17.

<sup>648</sup> BASTANTE GRANELL, V.; “Sobreendeudamiento e insolvencia del consumidor en Portugal...”...cit.; págs. 128-129.

Por otro lado, existe la exoneración del pasivo restante o Fresh Start (arts. 235 y ss. CIRE) a la que el deudor podrá acudir cuando sea declarado insolvente y le queden deudas pendientes, una vez liquidados todos los bienes de su patrimonio, menos de los que fueran inembargables. Es el deudor el que tendrá que solicitar el acogerse a dicho procedimiento y una vez haya finalizado el proceso de insolvencia el tribunal decidirá si el deudor merece acogerse a dicho procedimiento, por lo que debe tratarse de un deudor de buena fe. Al igual que en el sistema alemán, si el proceso es admitido, el deudor se comprometerá durante cinco años a ceder los ingresos disponibles a un fiduciario que será quien los facilite a los acreedores. Si el deudor cumple con sus obligaciones durante dicho periodo, el tribunal le concederá la exoneración y así el deudor podrá volver a comenzar de cero y podrá rehabilitarse económica y profesionalmente.

Tal y como indica BASTANTE<sup>649</sup>: “Portugal es, pues, un ejemplo de cómo, a pesar de sufrir una profunda crisis económica, tal vez mayor que la española, ha insertado en su ordenamiento sistemas de protección del deudor hipotecario que alcanzan a liberarle de la deuda, cumpliendo con los debidos requisitos”.

Dicho modelo germánico también fue implantado por otros países como Austria, Estonia, Dinamarca, Finlandia, Suecia, etc, de los que pasamos a realizar un breve resumen<sup>650</sup>:

AUSTRIA, implantó dicho modelo germánico mediante una reforma de su Derecho concursal en 1993 (Konkursordnungsnovelle) aunque con pequeñas diferencias. Las negociaciones preconcursales no eran estrictamente obligatorias. El plan abarca siete años y durante su vigencia el deudor cede su patrimonio a un fiduciario que es el que pagará a los acreedores y controlará la economía del deudor. Pero a

---

<sup>649</sup> BASTANTE GRANELL, V.; “Sobreendeudamiento e insolvencia del consumidor en Portugal...”...cit.; pág. 135.

<sup>650</sup> ANDRÉS SANTOS, F.J.; “Procedimientos relativos al sobreendeudamiento de particulares en el Derecho Europeo”...cit.; págs. 129-132.

diferencia de los otros sistemas, aquí el deudor queda liberado de la deuda si tras siete años ha pagado al menos el 10% de la deuda o a los tres años podrá solicitar una liberación anticipada si ha pagado al menos el 50 % del total de la deuda.

En 2010 se añadió un nuevo tipo de procedimiento que otorga la liberación de la deuda al deudor si cumple un plan de rehabilitación. Este plan debe ser aprobado por al menos la mayoría de los acreedores presentes y que representan al menos la mitad de los créditos pendientes de pago. Cuando se acepta el plan, las demandas ejecutivas y el pago de intereses se detienen y el deudor deberá haber pagado como mínimo el 20% de los créditos.

En 2003 ESTONIA también introdujo un procedimiento de discharge en su legislación concursal (cap. 9 Pankrotiseadus) donde el tribunal podía exonerar de las deudas restantes al deudor persona física. Pero en 2010 añadió un nuevo procedimiento judicial separado del concurso y adaptado del que se seguía desde 2008 para las personas jurídicas, para facilitar la reestructuración de las deudas de los consumidores y lograr un mayor equilibrio entre los intereses de los prestamistas y deudores.

Realmente DINAMARCA fue pionero en el procedimiento de saneamiento de deudas y ya en 1984 reformó su LC (Konkurslov) para incluir un procedimiento especial de rehabilitación de los consumidores insolventes. En 2005 se impusieron reglas más estrictas a este procedimiento ya que antes de dicha reforma el deudor tenía que probar su buena conducta y el tribunal podía rechazar su petición si no la demostraba pero tras la reforma de 2005, la solicitud debe ser admitida, salvo que haya dudas fundadas de que el deudor haya actuado con la buena fe exigible. Y para el caso de que el deudor incumpla el plan, los acreedores podrán exigirle el pago durante 20 años.

Con la crisis económica de los primeros años 90, FINLANDIA tomó como modelo el sistema danés y reformó sus leyes concursales adoptando en el año 1993 un sistema de reestructuración de deudas de consumidores. Adoptó reglas aún más estrictas que en Dinamarca que tuvieron que ser moderadas por la jurisprudencia.

Otro país que siguió el modelo danés en la gestión del sobreendeudamiento de consumidores fue SUECIA. Aquí el procedimiento de reestructuración de deudas ha sido más gravoso que en el resto de países escandinavos pero en 2007 se tuvo que reformar radicalmente por el excesivo número de rechazos de la solicitud de apertura del procedimiento formal y por tanto, el gran aumento de insolvencia de particulares. Ahora, el administrador oficial es el que decide la viabilidad del plan de pago propuesto y la admisibilidad de la liberación de la deuda restante si este se cumple, pudiendo interponer recurso por vía judicial en caso de discrepancias en los hechos o en la aplicación de la norma.

## V.2. Régimen del sobreendeudamiento en el sistema español.

Como hemos podido observar, el derecho comparado ofrece varios modelos para regular el procedimiento especial para los particulares tales como, la renegociación de la deuda como finalidad esencial del procedimiento para reducir costes y evitar formalidades innecesarias, llevando a cabo un acuerdo extrajudicial entre el deudor y sus acreedores sobre la base de un plan de pagos o de la liquidación de deudas y con la mediación de órganos especializados; el acuerdo judicial en caso de fracaso de acuerdo amistoso o de previsible imposibilidad de alcanzarlo; la rehabilitación económica del deudor; o el acceso al procedimiento aún en caso de ausencia de masa activa. Y tal y como señala ZABALETA<sup>651</sup>, cada vez es mayor la preocupación sobre el sobreendeudamiento de las familias españolas y el consiguiente riesgo de insolvencia de los particulares por lo que se hace necesaria una regulación específica de la insolvencia de los particulares en España.

Así pues, en Derecho español se puede observar un tratamiento preventivo<sup>652</sup> de una eventual insolvencia e incluso de un estado anterior al sobreendeudamiento que puede acabar conduciendo a la insolvencia del consumidor persona física, que incide en áreas relacionadas con la publicidad, crédito al consumo, ventas a plazos, actividad judicial, bancaria y aseguradora. Pero dicha prevención constituye más bien un conjunto de instrumentos dispersos que carecen de conexión entre ellos y actuando solo en distintos ámbitos dejando de lado algunos necesitados de atención. Encontramos los Registros de Solvencia en sentido positivo cuando informan sobre los contratos de crédito que ha suscrito el deudor o en sentido negativo

---

<sup>651</sup> ZABALETA DÍAZ, M.; “La generalización del presupuesto subjetivo del concurso. Especial referencia a la insolvencia del consumidor y a los concursos de grandes dimensiones”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, edit. La Ley, n.º. 8, 2008, págs. 6-8.

<sup>652</sup> PULGAR EZQUERRA, J.; *La declaración del concurso de acreedores...*, cit.; págs. 199-200; PEÑAS MOYANO, B.; “Concurso de consumidores”...cit.; págs. 10-12.

cuando tienen en cuenta solamente las demoras en el pago, y sin duda ayudan a prevenir el sobreendeudamiento excesivo de los consumidores porque permiten a los prestamistas conocer el estado de endeudamiento del solicitante de crédito y, en consecuencia, otorgan información útil para evaluar el riesgo. Otro instrumento preventivo es la información pre-contractual que a veces se impone legalmente en la celebración de determinados contratos y debe orientarse hacia la construcción de un mercado transparente del crédito que permita a los consumidores calcular su nivel de sobreendeudamiento (existen normas generales en los arts. 60 y ss. del Texto refundido de Ley Consumidores modificado por la Ley 3/2014, de 27 de marzo y también normas específicas en la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (Capítulo II: Información y actuaciones previas a la celebración del contrato de crédito - arts. 8 a 14), en la contratación bancaria (Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios y Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos), en la comercialización a distancia de servicios financieros y otras leyes concretas. Por otro lado, las Leyes españolas (arts. 68 a 79 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre y modificado por la Ley 3/2014, de 27 de marzo) conceden al consumidor la posibilidad de desistir de la operación contractual previamente celebrada dentro de un plazo determinado de tiempo, es decir, se le permite al consumidor reconsiderar la decisión de gasto previamente adoptada; Establecimiento de controles a la concesión de préstamos para obtener préstamos responsables con la obligación de evaluar la solvencia del deudor (art. 29: Responsabilidad en el crédito y protección de los usuarios de servicios financieros de la Ley 2/2011 de 4 de marzo de Economía Sostenible, cuyo número 2 del artículo 29 derogado por la letra f) de la disposición derogatoria de la Ley 10/2014, de 26 de junio,

de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito («B.O.E.» 27 junio). Vigencia: 28 junio 2014).

Cuando dichas medidas preventivas no funcionen se producirá la eventual declaración en concurso de acreedores del consumidor, regulada en la LC donde no se encuentra un específico régimen para la crisis económica del consumidor persona física ni tampoco mecanismos de condonación de la deuda insatisfecha tras una ejecución colectiva tal y como existe en otros países ya comentados (discharge), y es que el legislador español desconfía que en la práctica se abuse de la discharge ya que no solo concede una segunda oportunidad al deudor para volver a empezar su actividad desde cero sino que también puede favorecer al deudor a que solicite su propio concurso cuando dicha facultad constituya una facultad y no un deber, lesionando de alguna forma los derechos de crédito de los acreedores. Tal y como comenta PULGAR<sup>653</sup>: “...podemos distinguir una «quasi-discharge» de la deuda hipotecaria, introducida recientemente a través de la renegociación de deuda y de las reformas introducidas en la LEC, en virtud de la Ley de Medidas para Reforzar la Protección a los Deudores Hipotecarios, reestructuración de deudas y alquiler social de 15 de mayo de 2013, que se acompaña de un Código de Buenas Prácticas (soft law) y que vino precedida del RDL 6/2012, de 9 de marzo. Esta reforma, que vino motivada en gran medida por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013 (caso Aziz), ha introducido una «quasi-discharge» convencional vía refinanciación de la deuda con la entidad financiera, así como una «discharge legal», de un lado, concediéndose «rebajas» en la deuda hipotecaria a quienes tras la ejecución de la vivienda paguen la deuda subsistente en los porcentajes y períodos legalmente establecidos ( art. 579 LEC), y de otro lado, vía dación en pago de la vivienda habitual conectada a deudores cuya situación económica les coloca en situación de exclusión social”.

---

<sup>653</sup> PULGAR EZQUERRA, J.; “Refinanciaciones de deuda, emprendedores y segunda oportunidad”, *Diario La Ley*, edit. La Ley, n°. 8141, 2013, págs. 11-13.



Finalmente, la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en su Disposición Adicional única incluía un mandato al legislador para que llevara a cabo en el plazo de 6 meses la regulación de la insolvencia de la persona física: “el Gobierno deberá remitir a las Cortes Generales, en el plazo de seis meses, un informe sobre la aplicación y los efectos del conjunto de medidas adoptadas para mejorar la situación de las personas físicas y familias que se encuentren en dificultades para satisfacer sus obligaciones, y especialmente las garantizadas con hipoteca. Dicho informe incluirá la posible adopción de otras medidas, tanto sustantivas como procedimentales que, a través de las oportunas iniciativas, completen la protección económica y social de consumidores y familias. A tal efecto, podrán proponerse opciones de solución extrajudicial para estos casos, sean de carácter notarial o registral, de mediación o de otra naturaleza”. Tal y como indica CUENA<sup>654</sup>, la redacción de dicha disposición adicional es criticable ya que hace ver que en la reforma de 2011 se adoptan medidas para mejorar la situación de las personas físicas y familias pero en realidad no se incorporó ninguna reforma. Por lo que se seguía sin avanzar en materia de la insolvencia de la persona física y del sobreendeudamiento del consumidor cuando realmente se tendría que haber creado una normativa específica para la insolvencia de la persona física, consumidor o no.

Los dos partidos mayoritarios en España incorporaron en sus programas electorales el “freshstart” o “segunda oportunidad” para solucionar la insolvencia de la persona física, UPyD presentó Proposición de ley relativa a la dación en pago y la protección de las personas físicas insolventes<sup>655</sup> y el Grupo Parlamentario de IU, ICV-

---

<sup>654</sup> CUENA CASAS, M.; “Insolvencia de la persona física y sobreendeudamiento hipotecario”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, edit. La Ley, n.º. 17, 2012, págs. 1-2.

<sup>655</sup> Para un mayor detalle, ver CUENA CASAS, M.; “Conclusión del concurso de acreedores de persona física y exoneración del pasivo pendiente (a propósito del Auto del Juzgado Mercantil n.º. 3 de Barcelona de 26 de octubre de 2010)”, *Revista de derecho bancario y bursátil*, n.º. 125, 2012, págs. 309-312.

EuiA, CHA presentó la Proposición de Ley de medidas contra el sobreendeudamiento personal y de protección ante procedimientos de ejecución que afecten a personas naturales, incluyendo el derecho a la vivienda, pero al final no se aprobaron ninguna de las dos.

Tras la conclusión del concurso no existen en la LC española específicos mecanismos exoneratorios del pasivo insatisfecho en función de la buena fe del deudor y las circunstancias determinantes de su situación económica pero sí podemos encontrar impropios mecanismos exoneratorios tanto para consumidores como no consumidores, con independencia de la buena fe del deudor y la acusación de la crisis económica, tales como el convenio que sería la solución más frecuente en los concursos de los consumidores y también el hecho que concluya el concurso por inexistencia de bienes<sup>656</sup>.

En la LC no encontramos ninguna particularidad a la hora de tramitar un Convenio de persona física, pero si prestamos atención a la Exposición de Motivos que dice “Convenio es la solución normal del concurso”, es lógico pensar, al igual que hacen MAGDALENO y BENEYTO<sup>657</sup>, que se deberían intentar ampliar al máximo las modalidades de Convenio en la LC para que sean de mayor utilidad para las personas físicas al igual que la reforma ha introducido alternativas interesantes como la conversión de deudas en acciones o participaciones para el caso de empresas. El artículo 136 LC establece la eficacia novatoria del convenio aprobado, por cuanto los créditos de los acreedores privilegiados que hubieran votado a favor, los de los acreedores ordinarios y los de los subordinados quedan extinguidos en la parte a que alcance la quita acordada. Si el convenio se incumple, tales efectos novatorios desaparecen según el artículo 140.4 LC,

---

<sup>656</sup> PULGAR EZQUERRA, J.; “Concurso y consumidores en el marco del estado social del bienestar”...cit.; pág. 19.

<sup>657</sup> MAGDALENO, A. y BENEYTO, K.; “El concurso de acreedores de persona física:...”...cit.; pág. 274.

apartado cuarto que ha sido modificado recientemente por el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, siéndole añadido un segundo párrafo que dice: “No obstante lo anterior, si el incumplimiento afectase a acreedores con privilegio especial que hubiesen quedado vinculados al convenio por aplicación de lo dispuesto en el artículo 134.3 o que se hubiesen adherido voluntariamente al mismo, podrán iniciar o reanudar la ejecución separada de la garantía desde la declaración de incumplimiento y con independencia del eventual inicio de la fase de liquidación. En este caso, el acreedor ejecutante hará suyo el montante resultante de la ejecución en cantidad que no exceda de la deuda originaria, correspondiendo el resto, si lo hubiere, a la masa activa del concurso”. Cabe señalar que la quita concursal no produce la extinción de la obligación por lo que no se puede considerar la remisión a que se acuerde un convenio como una condonación aunque sí como un pacto de no exigibilidad, en tanto en cuanto el deudor cumpla el convenio reputándose subsistente la obligación civil, en sus términos originales, y recuperando los acreedores sus posibilidades de actuación frente al deudor en supuestos de incumplimiento por éste del convenio, no incidiendo además la quita en la subsistencia de las obligaciones accesorias<sup>658</sup>.

Ante estos vacíos sobre normativa persona física o consumidor que se encuentran a lo largo de la LC, la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización ha intentado introducir en España una especie de segunda oportunidad o fresh start para las personas físicas y para los empresarios personas físicas o jurídicas. Se regula la exoneración de pasivo pendiente tras ejecuciones hipotecarias o tras un procedimiento concursal pero no se parecen en

---

<sup>658</sup> Para un estudio más detallado sobre las consecuencias jurídicas de la quita concursal y de la condonación en la extinción de las obligaciones accesorias y en la eficacia liberatoria derivada de la quita que se condiciona al cumplimiento del convenio, ver PULGAR EZQUERRA, J.; “Concurso y consumidores en el marco del estado social del bienestar”...cit.; págs.20-22.

nada a las regulaciones sobre el expediente de liberación de deudas de otros ordenamientos jurídicos ya estudiados porque no acogió ni “la nueva oportunidad” (o fresh Start), típica en EEUU y del Derecho anglosajón, ni el sistema de la condonación de la deuda pendiente (Restschuldbefreiung) o rehabilitación propio, por ejemplo, de la Ley de insolvencia alemana, figuras pensadas para las personas físicas ya que como las personas jurídicas se extinguen provocando la condonación del remanente no tiene sentido que se liquiden en el procedimiento de insolvencia.

En nuestro sistema la Ley de Emprendedores introdujo dos mecanismos para remediar los inconvenientes relacionados con el concurso de la persona física. Por un lado, el art. 178.2 LC que se aplica a todos los deudores personas naturales (tanto consumidores como empresarios) y consiste en un régimen de exoneración de deudas previsto para los casos de conclusión del concurso por liquidación, siempre que se cumplan las exigencias fijadas por la ley.

Y, por otro lado, los arts. 231 a 242 LC que se aplican a empresarios personas físicas pero no a los consumidores y a las personas jurídicas en ciertos casos y se presenta como un procedimiento preconcursal tendente a lograr un acuerdo extrajudicial de pagos. Procedemos a analizar ambos mecanismos<sup>659</sup>.

Nos encontramos con que el art. 178.3 LC plantea que cuando la persona jurídica se extingue se cancela su inscripción registral por la misma resolución judicial que declara la conclusión del concurso por liquidación o insuficiencia de masa activa por lo que no responderá de los créditos insatisfechos en el concurso, salvo el supuesto de reapertura del concurso previsto en el art. 179.2. Sin embargo, antes de la reforma llevada a cabo por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, los créditos insatisfechos no se extinguían cuando el concursado era persona física,

---

<sup>659</sup> MIRANDA SERRANO, L.M<sup>a</sup>.; “¿Qué hay tras las normas de la Ley de Emprendedores relativas al emprendedor de responsabilidad limitada y al concurso de la persona física?”, *Diario La Ley*, n.º. 8276, sección doctrina, año XXXV, edit. La Ley, 21 marzo, 2014, pág. 10.

aquí el deudor quedaba responsable del pago de los créditos restantes (art. 178.2). El concursado individual no podía exonerarse de la responsabilidad por las deudas insatisfechas, a pesar de que su insolvencia fuera de buena fe (no culpable) y no les alcanzaba el beneficio habitual de las personas jurídicas que se extinguen y cancelan produciéndose el fenómeno que la doctrina alemana denominó “torre del deudor” (*Schuldturm*), expresión por la que el deudor queda de por vida encerrado en una torre y sin posibilidades de volver a llevar una existencia digna. Por lo que finalizado el proceso sin convenio el deudor seguía estando en la misma situación que al iniciar el mismo, pues seguía pesando sobre él todo su pasivo, sin posibilidad alguna de recuperación, habida cuenta del prolongado plazo de prescripción de las acciones. Todo ello hacía poco operativo el procedimiento concursal por lo que a pesar de la situación económica del momento, eran escasísimos los concursos de persona física<sup>660</sup>. Los acreedores seguían sin ver satisfechos sus derechos ante un deudor insolvente y éste reiniciaba su actividad a través de testaferros o actuando en la economía sumergida para evitar que sus ganancias fueran agredidas por los acreedores insatisfechos. Todo ello para salvaguardar la vigencia del principio de responsabilidad universal que se revela antieconómico en este contexto al comprometer la recuperación futura del deudor de buena fe. Pero el problema reside en que para establecer un sistema de exoneración de deudas para la persona física se requiere no solo la modificación de la LC sino también un cambio de filosofía económica e incluso del propio fundamento del concurso de acreedores que dejaría de ser un mero mecanismo de satisfacción de los derechos de los acreedores para pasar a integrar otras finalidades<sup>661</sup>.

---

<sup>660</sup> CUENA CASAS, M.; “La sociedad de gananciales ante la LC”...cit., pág. 3; CUENA CASAS, M.; “Conclusión del concurso de acreedores de persona física y...”...cit.; págs. 291-293.

<sup>661</sup> CUENA CASAS, M.; “Fresh Start y mercado crediticio”...cit.; pág. 8 y 10. Así pues, tal y como indica CARAZO GONZÁLEZ, I. y DOMÍNGUEZ RUIZ, G.; “Modificaciones en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, introducidas por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización”, *Estudios*

El nuevo art. 176 bis introducido por la reforma Ley 38/2011 que recoge el llamado archivo exprés del concurso por insuficiencia de masa activa para pagar los créditos contra la masa, no parece que altere la anterior conclusión<sup>662</sup> pero tampoco es el supuesto que recogerá el nuevo art. 178.2 LC, que analizaremos seguidamente, sino que se exige que tal insuficiencia de la masa activa no permita satisfacer los créditos contra la masa y que no se esté tramitando sección de calificación ni sea previsible su calificación como culpable.

Una de las reformas más importantes llevada a cabo por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, ha sido la reforma de este artículo 178.2 LC para establecer una especie de segunda oportunidad o fresh start para el concursado persona natural ya que seguía discriminada injustificadamente respecto de la persona jurídica porque la reforma de la LC de 2011 seguía ignorando la problemática de la insolvencia de la persona física donde una vez concluido el concurso por inexistencia de bienes y derechos del deudor, los acreedores podían iniciar ejecuciones singulares (art. 178 LC), encontrándose el deudor en la misma situación que al inicio del procedimiento concursal.

Dicho apartado hace referencia a la conclusión del deudor persona natural por liquidación o insuficiencia de masa activa, indicando que “la resolución judicial declarará la remisión de las deudas insatisfechas siempre que el concurso no hubiera sido declarado culpable, ni condenado por el delito previsto por el artículo 260 del CP o por cualquier otro delito singularmente relacionado con el concurso y que:

---

*financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, n.º. 369, 2013, pág. 135, El art. 178.3 LC que hace referencia a las personas jurídicas, no ha sido modificado ni hace ninguna referencia a porcentaje alguno para la extinción de créditos pero la modificación del art. 178.2 suaviza los efectos de la conclusión del concurso en la persona natural, ya que como ya hemos apuntado, en la anterior redacción el deudor quedaba responsable del pago de los créditos restantes en cualquier caso

<sup>662</sup> SOTILLO, [www.uv.es/seminaridret](http://www.uv.es/seminaridret), *Segunda oportunidad y derecho concursal...*cit.; pág. 13; también en “Segunda oportunidad y Derecho concursal”...cit.; pág. 70.

- a) Hayan sido satisfechos la totalidad de los créditos contra la masa, los créditos privilegiados y al menos el 25% de los créditos ordinarios (este tanto por ciento no se aplica en los supuestos en que el deudor hubiera intentado sin éxito un acuerdo extrajudicial de pagos).
- b) En caso de que se hubiese intentado sin éxito el acuerdo extrajudicial de pagos, la remisión de los créditos restantes se producirá si hubiesen sido satisfechos totalmente los créditos contra la masa y los privilegiados”.

Para que se pueda aplicar este apartado segundo del artículo 178 LC se deben cumplir varios requisitos, tanto subjetivos como objetivos. De entre los subjetivos destacamos que ha de tratarse de persona natural que no hubiera sido declarado culpable en la sentencia que ponga fin a la calificación del concurso<sup>663</sup> y que el deudor no puede haber sido condenado por el delito de insolvencia punible del art. 260 del CP en caso de concurso, ni por cualquier otro delito singularmente

---

<sup>663</sup> Aquí sorprende que el legislador haya exigido que el concurso no haya sido declarado culpable sino fortuito porque no puede equipararse al “test de discharge” utilizado en otros ordenamientos y donde se imponen mayores controles. La calificación fortuita del concurso no equivale a la concurrencia de buena fe en el deudor que es requisito imprescindible para la exoneración del pasivo restante en otros ordenamientos, además de que tampoco se impone un periodo de prueba a lo largo del cual el deudor tendrá que demostrar que su comportamiento es honesto y conforme con la buena fe como ocurre en Alemania (MIRANDA SERRANO, L.M<sup>a</sup>.; “¿Qué hay tras las normas de la Ley de Emprendedores relativas al emprendedor...”...cit.; pág. 12); En este sentido también, SENENT MARTÍNEZ, S.; “La exoneración del pasivo insatisfecho en la LC tras la Ley 14/2013”, *La LC y la Mediación Concursal: un estudio conjunto realizado por especialistas*, (Coordinadores Pedro B. Martín Molina, José M<sup>a</sup> del Carre Díaz-Gálvez, M<sup>a</sup> Antonia Lopo López), edit. Dykinson, Madrid, 2014, pág. 504; CUENA CASAS, M.; “Ley de emprendedores y exoneración de deudas o fresh start”, *Anuario de Derecho Concursal*, n.º. 31, edit. Civitas, 2014, págs. 24-27. Y como indica PULGAR EZQUERRA, J.; “Refinanciaciones de deuda, emprendedores y segunda oportunidad”...cit.; págs. 18-19: “sorprende que en este procedimiento no se exija el denominado «test de discharge» que filtra con requisitos previos y a veces también a posteriori, el acceso a los mecanismos exoneratorios...con independencia de cuál sea la opción, debe establecerse un adecuado test de discharge que contemple circunstancias excepcionales (enfermedad, paro, separaciones matrimoniales) en las que se justifique en el marco de las prestaciones de un estado social del bienestar la superación del art. 1.091 CC e introducirse mecanismos de control ex ante y ex post de la concurrencia de dichos requisitos sobre la base del modelo alemán, en la actualidad en proceso de revisión y que a mi entender representa un modelo de adecuada composición de los intereses en juego (deudor y acreedores) en una materia tan delicada como la introducción de mecanismos concursales de exoneración o limitación de la responsabilidad”.

relacionado con el concurso. Como requisitos objetivos se establece que todos los créditos contra la masa, más todos los créditos concursales privilegiados tienen que haber sido satisfechos, es decir, los de privilegio especial del art. 90 (hipotecarios, pignoraticios, leasing, ventas a plazos, etc.) y los de privilegio general del art. 91 (de Derecho público, Seguridad Social, salarios, de responsabilidad extracontractual, los del fresh money, los del acreedor instantáneo, entre otros), y además el 25% del resto de los créditos de los llamados ordinarios. Por lo que la resolución judicial que declare la conclusión del concurso del deudor persona natural por liquidación de la masa activa permite que se le perdone el 75% del pasivo ordinario y la totalidad del subordinado, así si en un futuro el deudor recibe nuevos bienes no tendrá que destinarlos para pagar créditos anteriores porque ya están extinguidos y, por tanto, inexistentes sino que los podrá utilizar para iniciar una nueva actividad empresarial evitando la exclusión social<sup>664</sup>.

En la práctica será imposible cumplir estos requisitos por lo que en realidad no se dará ningún caso de remisión de pasivo insatisfecho o segunda oportunidad porque no hay exoneración para el que menos tiene. Y es que, en caso de que se hubiese intentado sin éxito un acuerdo extrajudicial de pagos, la exoneración de todo el pasivo ordinario se producirá si hubiesen sido satisfechos totalmente los créditos contra la masa y los privilegiados especiales o generales pero,

---

<sup>664</sup> MIRANDA SERRANO, L.M<sup>a</sup>.; “¿Qué hay tras las normas de la Ley de Emprendedores relativas al emprendedor...”...cit.; pág. 11; Cabe señalar que un antecedente de especial relevancia lo constituye la conocida y ya comentada sentencia del Juzgado Mercantil n.º. 3 de Barcelona de 26 de octubre de 2010 en la que en un procedimiento concursal de dos personas físicas jubiladas se procede a la conclusión del concurso de acreedores por insuficiencia de bienes, tras la liquidación del patrimonio de los deudores, declarando la extinción del pasivo restante de abonar a los deudores (BERGES ANGÓS, I.; “El acuerdo extrajudicial de pagos en la Ley de Apoyo a los Emprendedores”, *Diario La Ley*, n.º. 8214, sección tribuna, año XXXIV, 18 diciembre, 2013, pág. 6); CUENA CASAS, M.; “Sobreendeudamiento del consumidor y liquidación de deudas”, *La protección del deudor hipotecario: aproximación a la Ley de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social* (coord.por José Antonio Escartín Ipiéns, María Angustias Martos Calabrús; Álvaro Núñez Iglesias (dir.), edit. Comares, España, 2014, págs. 92-93.



¿quién puede pagar hoy en día todos los créditos privilegiados? No muchos, por lo que pocos concursados personas físicas podrán acogerse al sistema de segunda oportunidad o fresh start parcial instaurado por la Ley de Emprendedores<sup>665</sup>.

Lo más novedoso de la nueva Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización es que su capítulo V del Título I introduce la posibilidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos ante la situación de insolvencia del empresario, para ello modifica varios artículos de la LC sobre los acuerdos de refinanciación ( art. 71 bis y modifica la DA 4ª LC)<sup>666</sup> e incluye en la misma un nuevo Título X denominado *El acuerdo extrajudicial de pagos*<sup>667</sup> con los artículos 231 a 242 y unas nuevas Disposiciones

---

<sup>665</sup> MIRANDA SERRANO, L.Mª.; “¿Qué hay tras las normas de la Ley de Emprendedores relativas al emprendedor...”...cit.; pág. 13.

<sup>666</sup> En cuanto al tema de refinanciaciones la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización ha sido reformada recientemente por el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial. No vamos a tratar con detalle dicho tema en este trabajo, pero remitimos para un mejor estudio a CONDE FUENTES, J.; “El Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo: refinanciación y reestructuración de deuda empresarial”, *Revista de Derecho Civil*, v. I, n.º. 2, abril-junio, 2014, págs. 171-182; PULGAR EZQUERRA, J.; “Refinanciación, reestructuración de deuda empresarial y reforma concursal (Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo)”, *Diario La Ley*, sección doctrina, n.º. 8271, 14 de marzo, 2014, págs. 1-35.

<sup>667</sup> Según PULGAR EZQUERRA, J.; “Refinanciaciones de deuda, emprendedores y segunda oportunidad”...cit.; pág. 14: “hay que destacar que la regulación que se introduce de los acuerdos extrajudiciales de pagos no solo incide en el ámbito de la preconcursalidad, sino que además introduce modificaciones, en ocasiones distorsionadoras del sistema general concursal por el que se optó en el modelo español desde la LC y se ha mantenido en las sucesivas reformas de que ha sido objeto esta Ley, en distintos aspectos de la regulación del concurso de acreedores, entre los que, como se analizará, cabe situar:

-Modificaciones «reflejas» en el presupuesto subjetivo y objetivo del concurso de acreedores.

-Modificación del sistema y órgano legitimado para designar al administrador concursal, proyectándose, al menos en lo que se refiere a los concursos consecutivos a un acuerdo extrajudicial fracasado, el tránsito de un sistema judicial de libre elección entre los profesionales designados por los colegios profesionales en las correspondientes listas a un sistema de designación registral/notarial/judicial.

-Introducción de nuevas causas de subordinación crediticia conectadas a la no participación en acuerdos extrajudiciales de composición del sobreendeudamiento”.

adicionales séptima y octava, donde se pretende regular esta figura de la segunda oportunidad o second chance solo para empresarios o profesionales, personas físicas y jurídicas, pero con importantes limitaciones.

Este nuevo Título X de la LC regula un procedimiento preconcursal optativo al que podrá acceder el “empresario persona natural”. En el artículo 231 LC se definen los sujetos que pueden iniciar un procedimiento para alcanzar este acuerdo extrajudicial de pagos:

a) El “empresario persona natural”, expresión ésta que alcanza no solo al empresario de conformidad con la legislación mercantil<sup>668</sup>, sino también a quienes ejerzan actividades profesionales<sup>669</sup> o tengan dicha consideración a los efectos de la legislación de la Seguridad Social, así como los trabajadores autónomos <sup>670</sup>, y que además:

---

<sup>668</sup> Según FERNÁNDEZ DEL POZO, L.; “La naturaleza preconcursal del acuerdo extrajudicial de pagos. Presupuestos subjetivo y objetivo y su <<desjudicialización>>”, *Anuario de Derecho Concursal*, n.º. 32, edit. Civitas, 2014, págs. 33-34, se incluyen en el ámbito subjetivo del procedimiento tanto los empresarios mercantiles como los civiles e incluso algunos que no explotan ninguna empresa mercantil que serían los que la Ley 14/2013, de 27 de septiembre califica de “emprendedores”, personas físicas que explotan una empresa no mercantil (profesionales, titulares de explotación agropecuaria).

<sup>669</sup> Para FERNÁNDEZ DEL POZO, L.; “La naturaleza preconcursal del acuerdo extrajudicial de pagos...”...cit.; págs. 35-36, no es necesario que estemos ante profesiones para las que se exige formación universitaria y colegiación ni que estemos ante profesiones reguladas (abogados, economistas, registradores, notarios, auditores, etc.) pudiéndose considerar incluido al profesional de la agricultura...

<sup>670</sup> Para el concepto de empresario en la Seguridad Social acudimos al art. 10 del real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas y bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad: “...aquella persona física a cuya actividad, aunque no esté motivada por ánimo de lucro, prestan sus servicios, con la consideración de trabajadores por cuenta ajena o asimilados, las personas sorprendidas en el campo de aplicación de cualquier Régimen de los que integran el Sistema de la Seguridad Social”, es decir, la persona física que ocupe trabajadores por cuenta ajena o asimilados pudiendo considerarse empresario, aunque parezca extraño, incluso al deudor persona física por el mero hecho de tener empleados del hogar incluidos en el correspondiente sistema especial de la Seguridad Social.

Y según el artículo 1.1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajador autónomo (vigente hasta el 1 de enero de 2015. A partir de 1 enero 2015 Párrafo 1.º del número 1 del artículo 1 redactado por la disposición final décima de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social («B.O.E.» 2 agosto); en la redacción dada a la citada disposición

- a. Se encuentren en situación de insolvencia, o prevean que no podrán cumplir regularmente con sus obligaciones;
- b. Siempre que su pasivo no supere los 5 millones de euros<sup>671</sup>.

Por lo tanto, quedan fuera del ámbito de aplicación de la norma entre otros los consumidores, las familias, los funcionarios, los pensionistas, los que no desarrollen una actividad con encuadre en una normativa societaria o mercantil. Y seguimos sin entender cómo dicho procedimiento sigue sin acoger a los consumidores cuando podría haber sido realmente beneficioso para ellos para salir de su situación de insolvencia a medio plazo sin tener que iniciar un largo y costoso procedimiento concursal. El anteproyecto de la Ley de Apoyo a los Emprendedores sí que incluía a las personas naturales no empresarios dando así solución a los problemas sociales y económicos actuales<sup>672</sup>

---

por la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014 («B.O.E.» 26 diciembre): se entiende por empresario autónomo, las personas físicas “que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o productiva a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena”. Se incluirán como autónomos los profesionales que ejercen una actividad por cuenta propia que requiere incorporación a un Colegio profesional... (FERNÁNDEZ DEL POZO, L.; “La naturaleza preconcursal del acuerdo extrajudicial de pagos...”...cit.; págs. 34-35). Para un análisis más detallado ver también ORELLANA CANO, A.M<sup>a</sup>.; “El concepto de trabajador autónomo en los acuerdos extrajudiciales de pago”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º. 21, sección cuestiones prácticas, edit. La Ley, primer semestre 2014, págs. 1-19.

<sup>671</sup> CARAZO GONZÁLEZ, I. y DOMÍNGUEZ RUIZ, G.; “Modificaciones en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal...”...cit.; pág. 139, señalan que el art. 190.1.2º de la LC habla de que “la estimación inicial del pasivo no supere los cinco millones de euros”, mientras que el artículo 231 ordena “justificar que el pasivo no supere los cinco millones de euros”. Por lo que no está claro cómo justificar el pasivo, si por un experto independiente (auditor), opción por la que se inclinan dichos autores, o si una certificación del empresario sería válida. Es frecuente ver en los balances partidas de pasivo en el activo con signo menos y viceversa, con lo que en la realidad la cuestión es más complicada que sobre el papel.

<sup>672</sup> Destacamos el estudio sobre la “Proposición de Ley de medidas contra el desahucio, el sobreendeudamiento y la insolvencia (PLMDSI), publicada el 31 de octubre de 2012 en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados), que realiza LARA GONZÁLEZ, R.; “El procedimiento extrajudicial (notarial) proyectado para el supuesto de la insolvencia no dolosa del consumidor”, *Diario La Ley*, n.º. 8002, sección tribuna, edit. La Ley, 16 enero, 2013, págs. 1-14, y que tendría que haberse aprobado para solucionar las lagunas que nuestro ordenamiento jurídico español contiene sobre la insolvencia del consumidor.

pero finalmente fueron excluidas en el proyecto que se remitió al Congreso, volviendo a quedar injustamente discriminadas, a diferencia de otros países como Francia, Bélgica, Alemania que como ya hemos analizado sí que incluyen a los consumidores y empresarios de reducida y mediana dimensión en la mediación pre-concursal de la insolvencia<sup>673</sup>. Por lo que en España se sigue sin dar solución al problema de la insolvencia del consumidor persona física y para el caso específico del consumidor hipotecario seguiremos acudiendo a las reformas introducidas en la LEC, que en su mayoría se plantearon por la cuestión de prejudicialidad planteada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en lo que se refiere a la abusividad de ciertas cláusulas contractuales en el marco hipotecario en el célebre “Caso Aziz”, ya planteado en puntos anteriores.

b) En cuanto a las personas jurídicas incluye tanto a las que sean o no sociedades de capital, que:

- a. Se encuentren en estado de insolvencia;
- b. En caso de ser declaradas en concurso, dicho concurso no hubiera de revertir especial complejidad (art. 190 LC);
- c. Dispongan de activos líquidos suficientes para satisfacer los gastos propios del acuerdo;
- d. Su patrimonio e ingresos previsibles permitan lograr con posibilidades de éxito un acuerdo de pago (236.1 LC).

El apartado 3 del art. 231 LC dispone que no podrán formular solicitud para alcanzar un acuerdo extrajudicial: los condenados en sentencia firme por delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico,

---

<sup>673</sup> GALLEGO, E.; “La mediación concursal”, *Anuario de Derecho Concursal*, n.º.31, edit. Civitas, 2014, pág. 34. A pesar de que la LAE sea mejorable y tenga fallos que se tendrían que volver a reformular, dicha autora cree que ha sido una iniciativa legislativa altamente positiva al haber elegido la mediación como solución para las crisis de las personas naturales, conflicto que requería de solución desde hacía tiempo (pág. 3).

por falsedad documental, por delitos contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores<sup>674</sup>; los que no estén inscritos en el Registro Mercantil teniendo la obligación de estarlo; los que no hayan llevado contabilidad o depositado sus cuentas anuales en los tres últimos años, estando obligados a hacerlo y los que en el mismo plazo, dentro de los últimos tres años, hubieran alcanzado un acuerdo extrajudicial con los acreedores, obtenido un acuerdo de refinanciación o hubieran sido declarados en concurso de acreedores para evitar la perpetuación de la insolvencia mediante la concatenación de procedimientos, es decir, que el procedimiento extrajudicial solo procede frente a la insolvencia inicial, no persistente<sup>675</sup>.

La afirmación del art. 231.5 LC plantea gran cantidad de problemas al decir que “no será posible iniciar el acuerdo extrajudicial si cualquier acreedor que necesariamente debiera verse vinculado por el acuerdo hubiera sido declarado en concurso”, así pues un empresario modesto puede verse impedido a solicitar el acuerdo si su proveedor acreedor ya

---

<sup>674</sup> Indica SÁNCHEZ-CALERO, J.; “El acuerdo extrajudicial de pagos”, *Anuario de Derecho Concursal*, n.º. 32, mayo-agosto, 2014, pág. 20, que los delitos patrimoniales, contra el orden socioeconómico o de falsedad son delitos que suponen infracciones generales contra el tráfico económico, mientras que los delitos contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o los derechos de los trabajadores apuntan a la lesión específica de intereses que para el Derecho concursal merecen una especial ponderación. Todos estos delitos, en palabras de FERNÁNDEZ DEL POZO, L.; “La naturaleza preconcursal del acuerdo extrajudicial de pagos...”...cit.; págs. 42-43, pasan fácilmente el filtro de admisión aunque si, una vez admitida la solicitud, el registrador o el notario tienen conocimiento de la existencia de esa prohibición, debería finalizarse el procedimiento y sobreseerse el expediente. El resto de supuestos de prohibición recogidos en el art. 231.3 LC pueden controlarse por el registrador y el notario en trámite de la estimación de la solicitud con solo consultar los datos en registros públicos. Dicho autor también critica que los delitos que impiden acceso al acuerdo extrajudicial ex art. 231.3.1º LC deberían ser los mismos que impiden la remisión de las deudas insatisfechas ex arts. 242.2.5ª LC.

<sup>675</sup> SENÉS, C.; “El acuerdo extrajudicial de pagos: ¿Alternativa efectiva al concurso de acreedores?”, *Revista de Derecho Civil*, v. I, n.º. I, enero-marzo, 2014, pág. 53. Según FERNÁNDEZ DEL POZO, L.; “La naturaleza preconcursal del acuerdo extrajudicial de pagos...”...cit.; págs. 43-44, las prohibiciones recogidas en el art. 231.3.4º, carecen de justificación al tratar de reprimir conductas abusivas de quien reincide en el uso de ciertos mecanismos preventivos cuya utilización se quiere excepcional (con una frecuencia no menor a tres años).

está en concurso. Siguiendo a ALCOVER<sup>676</sup> señalamos que dicha norma parece absurda. Parece ser que lo que se intenta es evitar que surjan problemas por la existencia de dos convenios, el del deudor y el del acreedor concursado y haya una minoración de la masa activa del concurso del acreedor. Ahora, si al deudor no le puede afectar nunca el convenio al que su propio acreedor llegue a su vez con sus acreedores, es incomprensible penalizar a un deudor privándole de poder acogerse a un acuerdo extrajudicial de pagos por algo en relación con lo cual él nada tiene que ver.

Los acreedores que no se verían afectados por un eventual acuerdo extrajudicial, serían los acreedores de derecho público (previsión ya recogida en el art. 2 apartado 2 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, “quedan excluidos, en todo caso, del ámbito de aplicación de esta ley: b) la mediación con Administraciones públicas”), en estos casos el deudor podrá solicitar un aplazamiento o fraccionamiento de pago de la Administración pública competente en los términos de la nueva Disposición 7<sup>a</sup>.

Y tampoco se verán afectados los créditos con garantía real, cabe decir que solo se verán afectados por el acuerdo si así lo decidiesen los acreedores que ostenten su titularidad, comunicando su participación al mediador concursal en el plazo de un mes desde que reciban la convocatoria para la reunión de debate y, en su caso, aprobación del acuerdo extrajudicial. Dicha discrecionalidad de los acreedores con garantía real es similar a la que les otorga a los privilegiados en el art. 123 LC<sup>677</sup>.

---

<sup>676</sup> ALCOVER GARAU, G.; “Crítica al régimen jurídico del acuerdo extrajudicial de pagos”, *Diario La Ley*, nº. 8327, sección tribuna, año XXXV, edit. La Ley, 6 de junio de 2014, pág. 8.

<sup>677</sup> CARAZO GONZÁLEZ, I. y DOMÍNGUEZ RUIZ, G.; “Modificaciones en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal...”...cit.; pág. 141. Para más información sobre los acreedores dotados con garantía real, AZOFRA VEGAS, F.; “Homologación judicial de acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos”, *Problemas actuales del concurso de acreedores* (Directores Rafael Sebastián Quetglas y Abel B. Veiga Copo), edit. Aranzadi, Navarra, 2014, págs.249-271.

El deudor que pretenda llegar a un acuerdo extrajudicial de pagos con sus acreedores será quien inicie el procedimiento mediante la solicitud de nombramiento de un mediador concursal. Si el deudor fuera persona jurídica deberá ser competente para decidir sobre la solicitud el órgano de administración o el liquidador.

En esta solicitud, el deudor hará constar el efectivo y activos líquidos de que dispone, bienes y derechos de que sea titular, ingresos regulares previstos, lista de acreedores con expresión de la cuantía y vencimiento de sus créditos<sup>678</sup>, relación de contratos vigentes, y relación de gastos mensuales previstos<sup>679</sup>. En caso de ser empresario casado sin régimen de separación de bienes, también aportará datos sobre el cónyuge y régimen económico.

Se solicitará la designación del mediador concursal:

- a) Al Registrador Mercantil correspondiente al domicilio del deudor, si el deudor es empresario o entidad inscribible;
- b) Al notario del domicilio del deudor, en los demás casos.

---

<sup>678</sup> Aunque estén excluidos del acuerdo extrajudicial los créditos públicos y los titulares de créditos con garantía real tengan la facultad de sumarse al proceso negociador, la lista de acreedores deberá comprender a los titulares de estos créditos, con expresión de la cuantía y vencimiento de éstos (art. 232.2 LC) ya que la ley no admite que el deudor seleccione a su antojo a sus acreedores ordinarios, dejando de lado a otros tantos, sino que deben ser convocados todos ellos a la reunión para debatir la propuesta de pagos (SENÉS, C.; “El acuerdo extrajudicial de pagos...”...cit.; págs. 54-55). Añade dicha autora que desde que el deudor insta la solicitud no podrá, a su vez, solicitar préstamos ni créditos ni utilizar medio electrónico de pago alguno y devolver las tarjetas de crédito a la entidad (art. 235.1 LC), decisiones que parecen excesivas ya que el deudor podría dejar de acudir a este procedimiento por no tener que enfrentarse a ellas. Lo que sí que podrá es continuar con su actividad laboral, empresarial o profesional, aunque con la limitación de no poder obtener nueva financiación.

<sup>679</sup> Tal y como indica SÁNCHEZ-CALERO, J.; “El acuerdo extrajudicial de pagos”...cit.; pág. 25: la preparación y aportación de esta información no plantea problemas a los empresarios de una mínima dimensión obligados a llevar una contabilidad básica, pero sí que supondrá un esfuerzo de preparación para los deudores que no llevan contabilidad alguna. Y es que, tal y como indica CABANAS TREJO, R.; “Algunas cuestiones notariales y registrales del acuerdo extrajudicial de pagos”, *Diario la Ley*, n.º. 8285, año XXXV, sección doctrina, 3 abril, 2014, pág. 6, los empresarios no mercantiles y los profesionales no están obligados a llevar contabilidad ni a auditar sus cuentas anuales, si las elaboraran, ni pueden depositarlas en el Registro Mercantil al no poderse inscribir en él. Al empresario persona física tampoco se le exigirá el depósito de las cuentas de los tres ejercicios inmediatamente anteriores, ni siquiera cuando durante ese tiempo hubiese estado voluntariamente inscrito en el Registro Mercantil, y menos aún si no lo hubiera estado.

El Registrador o Notario, serán los que nombren al mediador concursal que de forma secuencial corresponda entre quienes figuren en la lista que se publicará en el BOE, suministrada por el *non nato* Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia. El Registrador mercantil o Notario, una vez aceptado el cargo, darán cuenta a los registros públicos de bienes competentes para su anotación preventiva en la correspondiente hoja registral, al Registro Civil, al juez competente para la declaración del concurso a fin de que conozca la apertura de negociaciones, y ordenará la publicación en el Registro Público Concursal<sup>680</sup>.

En nuestro país nunca ha habido tradición de acogerse a la figura del mediador ni a la del jurado popular pero la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización introduce en la LC dicha figura del mediador concursal<sup>681</sup>, que no es

---

<sup>680</sup> AGÜERO ORTIZ, A.; “Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización”...cit.; págs. 249-250. El autor RODRÍGUEZ PIETRO, F.; “El acuerdo extrajudicial de pagos desde la perspectiva del notario”, *La LC y la Mediación Concursal: un estudio conjunto realizado por especialistas*, (Coordinadores Pedro B. Martín Molina, José M<sup>a</sup> del Carre Díaz-Gálvez, M<sup>a</sup> Antonia Lopo López), edit. Dykinson, Madrid, 2014, págs. 479-480, critica que notarios y registradores tengan que designar al mediador concursal: “ La Exposición de Motivos nos considera a unos y a otros funcionarios idóneos por nuestra experiencia y cualificación, pero luego nos pone a hacer una actividad puramente formal y mecánica: comprobar que se cumplen ciertos requisitos, que se publica todo lo publicable y sacar la bolita a ver a qué pseudomediador le toca, pues no cabe una selección de éstos para encontrar personas idóneas, sino que se sigue un sistema secuencial que es como una lotería...”

<sup>681</sup> Francia, Bélgica y Alemania, entre otros países, también han previsto la mediación pre-concursal como una solución alternativa al procedimiento concursal, considerando que los principios que la informan son especialmente aptos para resolver problemas relevantes del sistema concursal (GALLEGO, E.; “La mediación concursal”...cit.; págs. 7-13).

La mediación fue introducida en España por la Ley 5/2012, de 6 de julio (RCL 2012, 947), de mediación en asuntos civiles y mercantiles, procedimiento que evita otro de carácter litigioso. Dentro de las alternativas extrajudiciales, la institución del precursoso posee una naturaleza cercana a la de la mediación, aunque su redacción configura un escenario negocial bastante alejado al que tendría lugar en la mediación. Cuando se acude al precursoso (la alternativa más parecida a la mediación regulada en la LC), hay que tener en cuenta que el negociador, que no propiamente mediador, quedaría sujeto a acercar al deudor y sus acreedores a la consecución de un acuerdo de refinanciación, que no transgreda las normas fijadas en la Disposición Adicional Cuarta de la LC, y que en principio no busca evitar el procedimiento. Pero, si lo que se pretende es un escenario de Convenio, la negociación queda contaminada por los límites generales de 5 años de espera y 50% de quita del artículo 100 de la LC, cuya



sino desarrollo parcial de la mediación mercantil recogida en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles. Aún no se sabe si son relevantes los efectos positivos que puedan producirse a través de la actuación del mediador concursal, pero lo cierto es que nos daríamos por satisfechos si se consiguen acuerdos extrajudiciales de pagos, aunque sean mínimos, que evitan nuevos concursos que acabarían, cómo no, en liquidación y de paso se atenúa, aunque sea levemente, la carga de trabajo en los juzgados<sup>682</sup>. “La inserción de la mediación entre los medios para la evitación del concurso de acreedores debe ser celebrada y respaldada...”

Como bien indica PRATS ALBENTOSA<sup>683</sup>: “no todos los deudores que presenten su solicitud de AEP serán presuntos defraudadores por no poder atender al pago de sus deudas a la espera de un castigo divino, sino que se encuentran en una situación en ningún caso querida,

---

finalidad también es entrar en concurso, de ahí que haya sido modificado por el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal (MAGDALENO, A. y BENEYTO, K.; “El concurso de acreedores de persona física:...”...cit.; pág. 277). Incluso, según AZNAR GINER, E.; *Refinanciaciones de deuda, acuerdos extrajudiciales de pago y concurso de acreedores (adaptado a la Ley 14/2003, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, e incluye el análisis de la nueva figura preconcursal del “acuerdo extrajudicial de pago”*), edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 291-292, el acuerdo extrajudicial de pago que se presenta como una mediación, en realidad no lo es ya que por sus características nos encontramos ante una figura autónoma y diferenciada de la mediación aunque claro está, fuertemente influenciada por la misma. De hecho, ni en el preámbulo de la Ley 14/2013 ni en los arts. 231 y ss. LC se identifica el acuerdo extrajudicial de pago como una “mediación” salvo para referirse al “mediador” concursal.

Añade PEÑA YÁÑEZ, M<sup>a</sup> A.; *El proceso de mediación, capacidad y habilidades del mediador*, edit. Dykinson, Madrid, 2013, pág. 11: “La mediación como método alternativo para la gestión de conflictos es una forma no adversarial cuyo objetivo es buscar, y facilitar la comunicación entre las partes a través de la intervención de un tercero imparcial, idóneo y cualificado, mediador, con miras al logro de un acuerdo proveniente de las partes, que ponga fin al conflicto o controversia...se trata de un sistema de negociación asistida mediante la cual las partes involucradas en un conflicto tratan de resolverlo por sí mismas, actuando el mediador como conductor en las sesiones ayudando a las partes a que encuentren una solución satisfactoria para ambas...”. Para un mayor estudio sobre el proceso de mediación; capacidades y habilidades del mediador; técnicas y microtécnicas utilizadas en mediación y planificación de una mediación, ver el resto de la obra de dicha autora.

<sup>682</sup> CARAZO GONZÁLEZ, I. y DOMÍNGUEZ RUIZ, G.; “Modificaciones en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal...”...cit.; págs. 132-133.

<sup>683</sup> PRATS ALBENTOSA, L.; “La mediación (pre)-concursal”, *Diario La Ley*, n.º. 8264, sección tribuna, año XXXV, 5 marzo, 2014, pág. 12.

propia del riesgo de la actividad emprendida, de la que pretende salir (sin provocar mayor lesión a sus acreedores, ni que estos –o el proceso, bienintencionadamente- se la provoquen a él) con rapidez y con la dignidad de haber llegado a tejer una buena solución, la solución óptima para todos ante la situación patrimonial del deudor”.

Así pues, son numerosas las incógnitas que abre la creación de esta figura del mediador, por un lado, existen dudas razonables sobre quién pueda actuar como mediador concursal. El nuevo art. 233 LC establece que el mediador concursal deberá reunir, además de la condición de mediador de acuerdo con la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, alguno de los requisitos previstos en el art. 27.1 LC para el nombramiento del administrador concursal.

Siguiendo a AGÜERO<sup>684</sup>, el mediador concursal deberá:

- a) Estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior;
- b) Contar con formación específica para ejercer la mediación, que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas (nótese que al no estar aprobado aún el Reglamento que desarrolle esta Ley de Mediación, no existe aún información relativa a los cursos que serán acreditados), art. 11 Ley 5/2012;
- c) Ser abogado en ejercicio con cinco años de experiencia profesional efectiva en el ejercicio de la abogacía, que hubiera acreditado formación especializada en Derecho Concursal (art. 27.1 a LC);
- d) O ser economista, titulado mercantil o auditor de cuentas con cinco años de experiencia profesional, con especialización demostrable en el ámbito concursal (art. 27.1.b LC);
- e) Y, finalmente, habrá de estar inscrito en el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación (Registro que aún no existe), en virtud del

---

<sup>684</sup> AGÜERO ORTIZ, A.; “Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización”...cit.; pág. 252.

art. 233.1 LC que establece que se nombrará secuencialmente a los mediadores de la lista que este Registro publique en el BOE.

Por otro lado, no menos son los interrogantes de la relación de esta figura con la normativa sobre mediación y derecho concursal, que habrán de ser resueltas y que ponen de relieve la necesidad de que el legislador desarrolle la Ley 5/2012 y cree el tan traído y llevado Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación. Y es que el mediador concursal no es exactamente un mediador<sup>685</sup> como el que según la Ley 5/2012, de 6 de julio, se rige por los principios de voluntariedad y libre disposición, igualdad de las partes e imparcialidad, neutralidad y confidencialidad, que ayudan a encontrar una solución dialogada y voluntariamente querida por las partes, pues cuando el registrador mercantil o el notario proceden a su nombramiento para llevar a cabo la mediación, el mediador concursal designado debe proceder a llamar a los acreedores a una reunión para tratar el acuerdo extrajudicial a través de un plan de pagos que él mismo debe supervisar y que en caso de incumplimiento se iniciará el concurso. Así pues, la figura del mediador concursal es una figura híbrida entre la mediación a la que se refiere la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y el arbitraje, al que se refería la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. Señala SANJUÁN<sup>686</sup> que “el mediador no solo impulsa formalmente el proceso sino que interviene activamente en la propuesta de solución (plan de pagos y propuesta de viabilidad) y además controla el cumplimiento o incumplimiento del acuerdo final. Facilita la negociación y evalúa el resultado final...”.

---

<sup>685</sup> JAÉN VALLEJO, M.; “Nuevos sistemas de resolución de conflictos: la Mediación”, *La LC y la Mediación Concursal: un estudio conjunto realizado por especialistas*, (Coordinadores Pedro B. Martín Molina, José M<sup>a</sup> del Carre Díaz-Gálvez, M<sup>a</sup> Antonia Lopo López), edit. Dykinson, Madrid, 2014, pág. 397.

<sup>686</sup> SANJUÁN Y MUÑOZ, E.; “La naturaleza jurídica del mediador concursal: sistema alternativo de gestión de los supuestos de insolvencia”, *Diario La Ley*, sección tribuna, año XXXV, n.º. 8230, 16 enero 2014, pág. 4.

El mediador concursal, con el consentimiento del deudor, debe remitir a los acreedores en un plazo de mes y medio desde la aceptación de su cargo, un plan de pagos de los créditos pendientes de pago a la fecha de la solicitud, completado por un plan de viabilidad que se refiere a la continuación de la actividad profesional o empresarial. Habrá quitas de hasta el 25% y esperas o moratorias de hasta tres años (art. 236 LC). Propuesta que parece menos generosa que la contenida para el convenio concursal en el art. 100.1 LC y cuyos límites harán inviable en la práctica la presentación de solicitudes de acuerdo extrajudicial de pagos y su aprobación, pero siguiendo a DÍAZ REVORIO<sup>687</sup> debemos tener en cuenta tres aspectos:

- “En primer lugar, que las quitas en el concurso pueden alcanzar el 50% pero solo se referirán al crédito ordinario y subordinado, mientras que el 25% del acuerdo extrajudicial afecta a todo el crédito con excepción del derecho público y del garantizado que no haya querido adherirse, por lo que habrá que calcular en cada caso concreto el alcance de las quitas sobre el total del pasivo.
- En segundo lugar, que el plazo para la consecución del acuerdo en sede extrajudicial, siempre será menor que el necesario para aprobar un convenio dentro del concurso, lo que en supuestos de urgencia pueden hacer más atractiva la mediación concursal.
- Por último, que en el acuerdo extrajudicial sí se permiten las daciones en pago o para pago prohibidas en sede concursal aunque su inclusión en el acuerdo eleven las mayorías exigibles del 60 al 75% del voto a favor”.

Volviendo al plan de pagos, éste además de enunciar como contenido necesario y principal los pagos que se proponen de los créditos pendientes a la fecha de la solicitud también deberá fijar una cantidad

---

<sup>687</sup> DÍAZ REVORIO, E.; “Efectos de la iniciación del expediente de acuerdo extrajudicial de pagos”, *La LC y la Mediación Concursal: un estudio conjunto realizado por especialistas*, (Coordinadores Pedro B. Martín Molina, José M<sup>a</sup> del Carre Díaz-Gálvez, M<sup>a</sup> Antonia Lopo López), edit. Dykinson, Madrid, 2014, pág. 470.

en concepto de alimentos<sup>688</sup> que puedan recibir el deudor y su familia, deberá incluir una propuesta de negociación de las condiciones de los préstamos y créditos que hubiesen sido concedidos al deudor, deberá referirse a un eventual acuerdo con los titulares de créditos de derecho público y podrá admitir la cesión de bienes a determinados acreedores en pago de las deudas. Los acreedores cuando reciban el plan de pagos podrán formular propuestas alternativas y el mediador con las propuestas de todos elaborará un plan final de pagos convocando a una reunión a los acreedores<sup>689</sup>. Para la aprobación del acuerdo no concursal, plan de pagos donde todos los acreedores tienen los mismos derechos y son iguales, según el art. 238 LC, se requiere el voto a favor de acreedores titulares, al menos, del 60% del pasivo, pero si el plan de pagos contiene cesión de bienes del deudor en pago de deudas será necesario el 75% del pasivo y, en todo caso, el voto a favor del acreedor con garantía real sobre tales bienes impidiendo el éxito del acuerdo. Cabría preguntarse por qué el posible acuerdo de quita tiene límites objetivos estrictos, el 25 por ciento del importe de los créditos, mientras que el de dación en pago no tiene límite alguno, habría sido aconsejable mayor flexibilidad ya que lo importante es que el deudor y sus acreedores lleguen a un acuerdo que satisfaga a éstos y permita al deudor continuar con su actividad empresarial, por lo que se tendría que poder llegar a una quita superior al 25%<sup>690</sup>. Y por qué si el art. 100.3 LC establece que “en ningún caso la propuesta de convenio podrá consistir en la cesión de bienes y derechos a los acreedores en pago o

---

<sup>688</sup> Según el art. 178.2 LC al menos el 25% de los créditos ordinarios han de ser satisfechos, entre ellos los de alimentos sin embargo no se exige en el art. 242.2.5° LC , por tanto, en ambos mecanismos es precaria la posición de las deudas de alimentos, que por su origen en relaciones de solidaridad y asistencia mutua subyacentes en relaciones familiares, deberían haber resultado expresamente excluidas del ámbito de la exoneración, tal y como sucede en otros modelos de Derecho Comparado (PULGAR EZQUERRA, J.; “Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y Ley de emprendedores”, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, sección estudios, edit. La Ley, n°. 20, segundo semestre de 2013, pág. 31).

<sup>689</sup> SÁNCHEZ-CALERO, J.; “El acuerdo extrajudicial de pagos”...cit.; págs. 43-45.

<sup>690</sup> MIRANDA SERRANO, L.M<sup>a</sup>.; “¿Qué hay tras las normas de la Ley de Emprendedores relativas al emprendedor...”...cit.; pág. 17.

para pago de sus créditos”, por otro lado, por qué el art. 236.2 LC sí que permite que la propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos pueda incluir la cesión de bienes a los acreedores en pago de deudas; cuestiones incomprensibles<sup>691</sup>, pero que como bien señala PASTOR SEMPERE<sup>692</sup>: “el legislador no ha querido condicionar esta cesión de pagos como lo ha hecho en el seno del convenio porque su voluntad es la de remitir la deuda con la entrega del bien, cualquiera que sea el valor que tenga el bien”.

Si dicho plan de pagos es aceptado, dicho acuerdo se protocolizará en escritura pública y se presentará ante el Registro Mercantil. Tanto el notario como el registrador se lo comunicarán al juzgado que hubiera de tramitar el concurso y se dará cuenta a los respectivos registros públicos, al BOE y al Registro Público Concursal.

Y si el plan no fuera aceptado, es decir, el deudor continúa en insolvencia, el mediador concursal solicitará la declaración de concurso, y, en su caso, si hay insuficiencia de masa activa habrá de acudir al art. 176.3º LC con las especialidades del art. 176 bis de la LC<sup>693</sup>.

Con respecto a la figura del mediador, cabe añadir que cuando fracasa el acuerdo extrajudicial y se declara concurso (art. 242.2.1ª LC), el Juez, salvo justa causa, designará administrador concursal al propio mediador, suponiendo una evidente pérdida de neutralidad y comprometiendo la confidencialidad<sup>694</sup> propia de todo proceso de

---

<sup>691</sup> ALCOVER GARAU, G.; “Crítica al régimen jurídico del acuerdo extrajudicial de pagos”...cit.; págs. 6-7.

<sup>692</sup> PASTOR SEMPERE, C.; “Daciones en pago y acuerdos extrajudiciales de pago”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º. 21, sección varia, edit. La Ley, primer semestre 2014, pág. 9.

<sup>693</sup> CARAZO GONZÁLEZ, I. y DOMÍNGUEZ RUIZ, G.; “Modificaciones en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal...”...cit.; págs. 146-147; JIMÉNEZ PARÍS, T.A.; “Sobreendeudamiento y vivienda familiar”, *Revista general de legislación y jurisprudencia*, n.º. 1, 2013, págs. 54-55.

<sup>694</sup> La confidencialidad de la mediación y de su contenido impide que los mediadores o las personas que participen en el procedimiento de mediación estén obligados a declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial o en un arbitraje sobre la información y documentación derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo, excepto cuando las partes de manera expresa y por escrito les dispensen del deber de confidencialidad o cuando mediante resolución judicial

mediación, conforme exige el art. 9 de la Ley 5/2012 de 6 de julio. Dicho mediador convertido en administrador del concurso no podrá percibir por el desempeño de su función una retribución superior a la que ya recibía en el expediente del acuerdo extrajudicial de pagos, a no ser que el juez encuentre circunstancias excepcionales y acuerde que se supere tal límite retributivo<sup>695</sup>.

En este procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos no hay condonación o remisión de las deudas, sino un estricto cumplimiento del acuerdo de no reclamar, ni de iniciar o continuar ejecuciones contra el deudor por deudas anteriores al expediente, por lo que no puede considerarse exactamente como una discharge, fresh start o segunda oportunidad. Sin embargo, en el art. 242 apartado 2.5<sup>a</sup> LC encontramos que con el concurso consecutivo se produce exoneración del pasivo cuando no se alcance el acuerdo extrajudicial de pagos, se anule el mismo tras una impugnación, o bien se incumpla el mismo. Solo en estos casos, se abre el concurso para iniciar la fase de liquidación, porque cuando un acreedor solicita el concurso durante el período de plan de pagos por causas distintas a las indicadas, no sería un

---

motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal (SANJUÁN Y MUÑOZ, E.; “La naturaleza jurídica del mediador concursal...”...cit.; págs. 6-7). Es decir, como bien aclara AZNAR GINER, E.; *Refinanciaciones de deuda, acuerdos extrajudiciales de pago y...*cit.; págs. 293-294: “mientras en una mediación las partes no están obligadas a declarar ni a aportar documentación alguna que, en cualquier caso y si se aportase, siempre estaría sujeta a secreto, en el procedimiento extrajudicial que aquí estudio, la propia Ley quiebra tal regla y requiere del deudor la aportación de determinados datos y documentos, así como la práctica de determinadas manifestaciones sobre su situación, constituyendo de esta forma una excepción al régimen general de la mediación. Por otro lado, esa confidencialidad que pesa sobre el mediador concursal es difícilmente conciliable con la posterior actuación del mismo como administrador concursal, pues en el ejercicio de su labor mediadora normalmente tendrá conocimiento de circunstancias, hechos documentación, etc. susceptibles de incidir en el posterior concurso de acreedores del deudor...”

<sup>695</sup> Para un estudio más detallado sobre la retribución del mediador concursal y del administrador concursal en el concurso consecutivo, ver DEL CORRAL LOSADA, E.; “La retribución del mediador concursal y del administrador concursal en el concurso consecutivo”, *La LC y la Mediación Concursal: un estudio conjunto realizado por especialistas*, (Coordinadores Pedro B. Martín Molina, José M<sup>a</sup> del Carre Díaz-Gálvez, M<sup>a</sup> Antonia Lopo López), edit. Dykinson, Madrid, 2014, págs. 439-450.

concurso consecutivo y por lo tanto no se le aplicarán los efectos contenidos en el art. 242 LC.

Una vez concluida la liquidación y la calificación del concurso, es decir, que haya una resolución judicial, que el concurso sea calificado como fortuito y cuando el empresario sea persona física, el Juez declarará la remisión de todas las deudas que no sean satisfechas en la liquidación, con excepción de las de Derecho público siempre que sean satisfechos en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados (especiales y generales), siempre que se trate de empresario, profesional o trabajador autónomo<sup>696</sup>. Estamos ante una “segunda oportunidad” o “fresh start” por primera vez en España, aunque regulada con limitaciones, que choca con la responsabilidad patrimonial universal del deudor del art. 1.911 CC según el cual “del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros”, que hasta este momento parecía intocable.

Una vez analizado el acuerdo extrajudicial de pagos hemos observado una serie de desincentivos e incentivos<sup>697</sup>. Por un lado nos hemos encontrado con el límite de las esperas o moratorias a tres años y las quitas no superiores al 25% del importe de los créditos que contrasta con la libertad que rige el contenido de los acuerdos de refinanciación, ya sean generales o particulares con homologación ex DA 4<sup>a</sup> LC, y también con el convenio concursal (ex art. 100.1 LC) que permite esperas hasta cinco años y quitas no superiores a la mitad del importe de los créditos ordinarios, pudiendo el juez autorizar la superación de estos límites).

---

<sup>696</sup> CARAZO GONZÁLEZ, I. y DOMÍNGUEZ RUIZ, G.; “Modificaciones en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal...”...cit.; pág. 149. Tal y como señala SENÉS, C.; “El acuerdo extrajudicial de pagos...”...cit.; pág. 66, el que se exija que se hayan pagado todos los créditos privilegiados supone se hayan satisfecho todas las deudas garantizadas con hipoteca, prenda o similar por lo que el ámbito de la remisión de deudas está siendo muy reducido.

<sup>697</sup> PULGAR EZQUERRA, J.; “Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y...”...cit.; págs. 20-24.



También nos parece exagerado que el deudor tenga que devolver a la entidad de crédito las tarjetas de crédito de que sea titular y no utilizar ningún medio electrónico de pago. Y que se sancione al deudor que ha intentado alcanzar un acuerdo extrajudicial pero no lo consigue, lo incumple o resulta anulado con la liquidación concursal, claro desincentivo para acudir a este instituto preconcursal; de no haber intentado el deudor dicho acuerdo, el concurso podría concluir por la vía del convenio que en principio y salvo si se superan los límites legalmente establecidos de quita y/o espera en la LC no conlleva apertura de sección de calificación. En este concurso consecutivo se cuestiona, como ya hemos visto, el nombramiento del mediador como administrador concursal y que los acreedores que hubieren firmado el acuerdo extrajudicial no necesiten solicitar concursalmente el reconocimiento de sus créditos, atentando todo ello contra la imparcialidad y confidencialidad que rodea a la mediación.

Pero no todo son desincentivos sino que también encontramos incentivos cuando el deudor decide acudir a un acuerdo extrajudicial de pagos, como por ejemplo la paralización de las ejecuciones, con excepción de garantías reales, por un máximo de tres meses cuando se negocia un acuerdo extrajudicial de pagos ex art. 237.1 LC, siendo a su vez un desincentivo para los acreedores.

Y la exoneración del pasivo insatisfecho por la vía del art. 242.2.5º LC no teniendo que abonar un porcentaje del pasivo ordinario a diferencia del art. 178.2 LC donde el deudor tendrá que haber satisfecho al menos el 25% de los créditos ordinarios, este incentivo hará que los empresarios se decanten por el acuerdo extrajudicial de pagos a pesar de que se excluyen de la exoneración las deudas de derecho público cuando con el art. 178.2 LC donde sí que se remiten los créditos de derecho público.

Una vez analizados los dos mecanismos de exoneración del pasivo pendiente que existen en nuestra LC hemos podido observar diferencias

dependiendo de si el concursado persona física es un consumidor (art. 178.2 LC) o es un empresario (art. 242 LC). Al consumidor se le exigirá que haya pagado la totalidad de los créditos contra la masa y privilegiados, así como el 25% de los créditos ordinarios mientras que a la persona física empresaria con tal de que haya intentado llegar a un acuerdo extrajudicial de pago, se le dejará al margen del pago del 25% de los créditos ordinarios. Diferencias que no se acaban de entender y carecen de justificación alguna al negarle al consumidor persona física la posibilidad de acudir al acuerdo extrajudicial de pago<sup>698</sup>.

Y es que no resulta para nada descabellado el argumento expuesto por BAENA<sup>699</sup> de que el legislador tendría que haber establecido, por un lado, que los requisitos objetivos a cumplir para la remisión de deudas del deudor empresario persona natural fueran siempre los previstos en el art. 242.2.5<sup>a</sup> LC (ya que el deudor decidió voluntariamente intentar el acuerdo extrajudicial de pagos) y no los requisitos del art. 178.2 LC; Y, por otro lado, se exceptuara en todo caso de la remisión de deudas a los créditos de Derecho Público ya que el art. 242.2.5<sup>a</sup> LC no las perdona mientras que el art. 178.2 LC sí que incluye en la exoneración los créditos de derecho público. Por lo que lo más correcto es que se aplicara siempre el art. 242.2.5<sup>a</sup> LC.

A lo largo de este trabajo hemos comentado las diversas reformas sufridas por la LC, de entre ellas:

- El Real Decreto Legislativo 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal, ante la evolución de la situación económica, que se acompañó de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, sobre implantación de la oficina judicial.

---

<sup>698</sup> MIRANDA SERRANO, L.M<sup>a</sup>.; “¿Qué hay tras las normas de la Ley de Emprendedores relativas al emprendedor...”...cit.; pág. 14.

<sup>699</sup> BAENA BAENA, PEDRO J.; “El concurso consecutivo”, *Anuario de Derecho Concursal*, n.º. 33, septiembre-diciembre 2014, pág. 56.

- Posteriormente, fue la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la LC 22/2003, que tuvo su origen en el Anteproyecto de Reforma de la LC de 17 de diciembre de 2010, elaborado por la Sección Especial de la Comisión General de Codificación constituida en 2009.
- Más recientemente, la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización.
- También el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, de Refinanciación y reestructuración de la deuda empresarial.
- Y la última reforma se ha llevado a cabo por el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal.

Reformas que no negaremos han ayudado a mejorar nuestra LC pero que a pesar de ello seguimos sin cumplir con las recomendaciones del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “el crédito y la exclusión social en la sociedad de la abundancia”, de 16 de febrero de 2008 para que se limitara la responsabilidad patrimonial del deudor persona física, y del Fondo Monetario Internacional que aconseja que nos dotemos de un régimen regulador de la insolvencia de las personas naturales, tanto de consumidores como de empresarios individuales, autónomos y profesionales. Aún queda mucho trabajo por realizar si queremos asemejarnos al resto de países y su manera de tratar la insolvencia de las personas físicas evitando su exclusión social, fenómeno que por desgracia está en aumento en España.

Se debería de crear un procedimiento concursal para las personas físicas consumidoras y para ello se podría empezar retomando el Anteproyecto de la Ley de Apoyo a los Emprendedores.



## CONCLUSIONES

### PRIMERA

La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, recoge un sistema concursal unitario y moderno que se aplica tanto a personas jurídicas como físicas y con independencia de si son empresarios o profesionales. Dicho sistema se rige por los principios de unidad legal, de disciplina y de procedimiento. Unidad legal porque recoge en un solo texto toda la normativa vigente en ese momento que hasta entonces se encontraba dispersa en varios cuerpos legales. Unidad de disciplina al regularse con iguales principios y bajo un solo régimen las situaciones de insolvencia, sea o no comerciante. Atrás queda el aplicar la quiebra y suspensión de pagos para el deudor comerciante o el concurso de acreedores y la quita o espera al deudor no comerciante. Y así lo recoge el art. 1.1 de la LC actual: “la declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica”.

En dicha Ley también existe unidad de procedimiento porque encontramos un procedimiento único desglosado en dos fases: la primera, la denominada fase común del concurso que desembocará en una segunda fase alternativa: el convenio o la liquidación. En un principio la LC no hizo referencia al procedimiento propio del acuerdo extrajudicial con los acreedores pero finalmente ha abordado dicho tema la “Ley 14/2013 de 27 de septiembre, de apoyo a emprendedores y su internacionalización”, incluyendo un nuevo Título X denominado *El acuerdo extrajudicial de pagos* con los artículos 231 a 242.

## SEGUNDA

A pesar de los distintos intentos por reformar nuestra legislación concursal, nos seguimos encontrando con una Ley que no se adecúa a la realidad social y económica que estamos viviendo actualmente y que sigue discriminando al deudor persona física, centrándose básicamente en la figura del deudor persona jurídica.

La práctica pone de relieve que las personas físicas apenas han recurrido al proceso concursal para resolver los problemas que plantea su insolvencia. De ahí, el retraso normativo que presenta España respecto los países de nuestro entorno, ya que la normativa concursal española sigue siendo insuficiente para regular la problemática de la insolvencia de persona física.

## TERCERA

El régimen económico matrimonial de sociedad de gananciales es de los que más problemas plantean en el ámbito concursal ya que el patrimonio común que surge de los dos cónyuges coexistirá con los patrimonios privativos de cada uno de ellos. Por lo que en la fase de la formación de la masa activa será necesario determinar qué bienes son gananciales y qué bienes son privativos. Para saber qué bienes son los que constituyen la masa activa del concurso acudiremos al art. 76 LC.

En el art. 77 LC se indica que se incluirán en la masa activa del concurso los bienes comunes o gananciales cuando deban responder de las obligaciones del concursado concediendo al cónyuge del concursado la opción de disolver el régimen económico de comunidad. Dicho artículo es bastante confuso ya que incluye, además de los bienes privativos del deudor concursado, la totalidad de los bienes gananciales cuando éstos deban responder de las obligaciones del concursado por lo que plantea muchos problemas e interrogantes además de que también resulta difícil armonizar los derechos del cónyuge no deudor con los

derechos de los acreedores sobre la base del principio general de responsabilidad patrimonial universal del art. 1.911 CC.

Respecto de la disolución de la sociedad de gananciales, entiendo que es absolutamente recomendable que el cónyuge del concursado opte por disolver el régimen económico matrimonial ya que de lo contrario todos los bienes gananciales se integrarán en la masa activa del concurso respondiendo de las deudas gananciales y, subsidiariamente, de las deudas privativas y solamente con la disolución del régimen de comunidad se podrá proteger los intereses del cónyuge del concursado y salvaguardar el valor que le corresponde sobre el patrimonio común.

Pero la LC nada dice sobre el momento en que el cónyuge del concursado debe decidirse por la disolución. Deduzco que lo mejor será decidirse en los primeros momentos del procedimiento concursal porque si no todos los bienes de la sociedad conyugal se incorporarán a la masa activa y podrán ser ejecutados para efectuar los pagos que sean precisos para el abono a los acreedores y para el funcionamiento del propio concurso.

#### CUARTA

Por “obligaciones del concursado” se entiende tanto las deudas comunes como las privativas, aunque estas últimas con carácter subsidiario. Solamente cuando se incluyan bienes comunes en la masa activa del concurso será cuando el cónyuge no deudor tendrá la posibilidad de solicitar la disolución del régimen económico matrimonial; bienes comunes que deban responder de obligaciones del concursado, tanto para hacer efectiva una responsabilidad directa derivada por deudas comunes, como una responsabilidad subsidiaria ganancial respecto de deudas privativas. Dicha facultad disolutoria que se le concede al cónyuge no deudor sirve para que salvaguarde la parte que le corresponde de los bienes gananciales de la responsabilidad por deudas privativas del concursado y, además, le permite concurrir con los restantes acreedores para cobrar sus créditos privativos aunque

estará en situación desventajosa propia de los créditos subordinados por su condición de “persona especialmente relacionada con el concursado” (art. 93.1 CC). Desde mi punto de vista, me parece injusto que el cónyuge no deudor solamente por el hecho de ser cónyuge pierda todos sus derechos patrimoniales porque su consorte haya sido declarado en concurso de acreedores. Que el cónyuge del concursado se haya beneficiado de la gestión del concursado no le obliga a que parte de su patrimonio sea incluido en la masa del concurso de su cónyuge. Y es que el cónyuge del concursado no siempre actúa de manera fraudulenta, siendo tarea difícil averiguar si actuó de buena o mala fe.

## QUINTA

Existe sospecha en los contratos entre personas especialmente relacionadas con el deudor porque bajo el disfraz de un acto oneroso se puede encubrir un acto gratuito o que tal negocio es solo aparente y la persona especialmente relacionada no es más que un testaferro en perjuicio de los acreedores. En cuanto al momento en el que se debe tener la condición de persona especialmente relacionada con el concursado, es el de la realización del acto de disposición, por más que haya dejado de tener tal condición en el momento de la declaración del concurso. Cuando el concursado es persona física, tal condición no cesa, obviamente, cuando el vínculo es de consanguinidad, pero tratándose del cónyuge y pareja no casada, éstos tienen tal condición, como señala el modificado art. 93.1.1º, incluso si se ha producido un divorcio o ruptura de la convivencia cuando se trata de pareja no casada en el momento de la declaración de concurso, si lo eran en los dos años anteriores a la misma.



## SEXTA

Otro aspecto problemático que plantea el art. 77 LC es la coordinación de la liquidación de la sociedad de gananciales con el convenio o la liquidación del concurso. Y es que, por un lado, se deben proteger especialmente los intereses del cónyuge del concursado cuando se ejecuten bienes gananciales por deudas privativas del concursado pero, por otro lado, los acreedores gananciales que contratan con el cónyuge del concursado no pueden ser olvidados y dejarlos sin protección cuando todo el pasivo sea ganancial y no puedan insinuar sus créditos en el proceso concursal. Por lo que encontramos autores que hacen prevalecer los intereses de los acreedores gananciales que contratan con el cónyuge del concursado y consideran que se liquidará la sociedad de gananciales en la fase de convenio o liquidación. Y encontramos autores que hacen prevalecer los intereses del cónyuge no deudor y consideran que la sociedad de gananciales debe liquidarse con carácter previo al convenio o liquidación del concurso, liquidación previa donde deberá tenerse en cuenta todo el pasivo ganancial, tanto el generado por el concursado como por su cónyuge. Criterio que se recogía en el art. 76.2 del Proyecto de LC y con el que estoy totalmente de acuerdo ya que se protege el derecho del cónyuge sobre los bienes gananciales de la agresión por deudas privativas de su consorte. Sería una liquidación como la que se contempla en el Derecho Aragonés para el régimen del consorcio conyugal donde el cónyuge aragonés puede optar a ella aunque no haya procedido a la disolución del consorcio conyugal.

Y otro problema que se plantea con el deudor casado en régimen de gananciales es su situación con las cuentas de titularidad indistinta. En este tema considero injusto que la LC presuma que la totalidad del saldo de una cuenta indistinta sea propiedad del concursado aunque el cónyuge pueda aportar prueba en contrario de que ingresa su salario en dicha cuenta y pueda evitar que lo incluyan en la masa activa.

## SEPTIMA

La problemática que nos encontramos cuando el deudor es declarado en concurso y está casado en régimen de separación de bienes es la presunción de donaciones y el pacto de sobrevivencia entre los cónyuges que viene regulado en el artículo 78 LC.

En el art. 78.1 encontramos dos presunciones, por un lado la presunción muciana y por otro lado una presunción que se aplica cuando no se puede probar la primera y es la que también se recoge en el artículo 1.442 CC.

En relación con la presunción muciana hay que señalar que nada tiene que ver la presunción muciana actual con la existente en época romana. En el derecho romano se aplicaba la presunción muciana para proteger a la mujer cuando adquiría un bien de origen desconocido. Como la adquisición de la mujer era nula y las donaciones entre cónyuges estaban prohibidas o bien para salvaguardar el honor de la mujer si existía sospecha de que esa adquisición se había realizado sin honor o inmoralmente, se presumía que el bien adquirido provenía del marido. Por lo que era el marido el que se beneficiaba de la presunción sin que estuviera pensada para los acreedores y pronto dicha presunción empezó a recibir críticas por considerarse que así concebida carecía de fundamento en la realidad social del momento, al igual que la presunción muciana recogida en el artículo 1.442 del CC que aunque no fue derogada expresamente por la LC se entiende que sí lo fue tácitamente.

Con relación a la primera presunción, la LC recoge que se aplicará cuando el cónyuge del concursado haya adquirido bienes a título oneroso y dicha contraprestación satisfecha por el cónyuge del concursado proceda del patrimonio del concursado. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que el concursado donó a su cónyuge la totalidad de la contraprestación satisfecha. La clave de esta presunción estará en que los acreedores o la administración concursal prueben que el patrimonio procede del concursado cuando dichos bienes se utilicen por

el cónyuge *in bonis* como contraprestación en negocios jurídicos con terceros o bien que sean de titularidad exclusiva del concursado.

## OCTAVA

La presunción muciana es una figura que ha provocado polémica no solo en nuestro país, sino también en otros países, como Francia y Alemania, donde acabó suprimiéndose y en Italia donde se cuestiona seriamente su existencia. En España, al plantearse su inconstitucionalidad se procedió a redactar de nuevo la presunción muciana en la LC (art. 78.1) pero, a pesar de su nueva redacción, siguió olvidándose de otras formas de convivencia marital como las parejas no casadas tanto heterosexuales como homosexuales cada vez más frecuentes en nuestra actualidad. Con ello se está vulnerando el principio de igualdad recogido en el art. 14 de la CE y la protección constitucional del matrimonio recogida en el art. 32 de la CE aunque éste sí que autoriza una discriminación favorable al matrimonio. En realidad lo que debe justificar la norma no es el matrimonio en sí, sino más bien una situación de convivencia íntima de la pareja que hace que el concursado se apoye en ella para defraudar a sus acreedores por lo que entiendo que la norma debe aplicarse no solo a los matrimonios sino también debe extenderse a las parejas estables, recibiendo todos ellos un trato igualitario.

La segunda presunción se aplicará cuando la administración concursal no haya podido probar que la adquisición del cónyuge *in bonis* se realizó con fondos procedentes del patrimonio del concursado, o porque el cónyuge haya demostrado simplemente que en el momento de la adquisición tenía fondos propios, es decir, cuando no se haya podido aplicar la primera presunción. Además, el cónyuge del concursado tiene que haber adquirido los bienes a título oneroso en el año anterior a la declaración del concurso. Aquí se presumirá, salvo que se acredite lo contrario, que la mitad de la contraprestación fue donada por el concursado a su cónyuge a diferencia de la presunción muciana donde

se presumía la donación de toda la contraprestación y no se establecía ningún límite temporal. En relación al límite temporal encontramos diferentes opiniones ya que están los que defienden que el límite temporal de un año de la segunda presunción se extiende también a la primera y los que opinan que a la primera presunción se le aplica el límite temporal de dos años anteriores a la declaración del concurso por aplicación del art. 71.2 LC. Lo que debe haberse realizado en este período temporal de un año de la segunda presunción es la adquisición y no la donación de recursos, dado que, a diferencia de lo que acontece en la primera presunción, aquí no se ha podido probar que la contraprestación proceda del concursado. Como en esta segunda presunción no se exige la carga probatoria por parte de la administración concursal de la procedencia de la contraprestación, es probable que sea la que tenga más aplicación en la práctica.

## NOVENA

La presunción de donaciones entre cónyuges también se regula en el art. 231-12 del CC de Cataluña, donde encontramos una doble presunción al igual que en el art. 78 LC. Por un lado, ha habido una donación del cónyuge concursado al otro cuando la contraprestación para adquirir los bienes procede del patrimonio del cónyuge concursado. Y por otro lado, como novedad en dicho texto, cuando no se pueda acreditar la procedencia de dicha contraprestación o en la parte que no se pueda acreditar, se entenderá que ha habido una donación de la mitad del concursado al adquirente de los bienes y derechos. También encontramos como novedad que solo en la segunda presunción la presunción se destruye si se acredita que, en el momento de la adquisición, el adquirente disponía de ingresos o recursos suficientes para efectuarla, a diferencia del texto anterior donde dicha circunstancia también alcanzaba a la primera presunción.

## DECIMA

El artículo 78.2 de la LC ha recogido al igual que el art. 1442 del CC y del art. 231-12 del CC catalán, una mención de que las presunciones que recoge el art. 78.1 LC no regirán “cuando los cónyuges estuvieran separados judicialmente o de hecho” y encontramos diversas opiniones doctrinales acerca del momento en que los implicados deben estar casados, no separados y sujetos al régimen económico matrimonial de separación de bienes. Se puede tomar como referencia bien el momento de la declaración del concurso, bien el de la adquisición del bien por el cónyuge o bien el de la presunta donación por el concursado a su cónyuge de la contraprestación satisfecha en la adquisición. En relación con la cuestión de cuándo se ha producido la disposición de fondos en beneficio del cónyuge, el legislador parece que escoja el momento de la adquisición, del consumo del dinero o de los recursos transmitidos de un cónyuge al otro. Algunos autores opinan que para evitar la aplicación de las presunciones, dicha separación o de hecho debe concurrir en el momento en que se produce la adquisición a título oneroso, otros autores, comentan que si hay separación de hecho, ésta debe extenderse a todo el período comprendido entre la adquisición y la declaración del concurso ya que si no se podría burlar la aplicación de la presunción a diferencia de lo que opinan otros autores para los que era suficiente con que existiera la separación en el momento de la adquisición, siendo contrarios a la exigencia de separación durante todo el período sospechoso. Y quienes detallan que la situación de separación de hecho debe darse tanto en el momento anterior a la adquisición de los bienes como en todo el período de tiempo posterior, al menos durante la vigencia del concurso, ya que la reconciliación posterior extinguiría la situación de separación y provocaría, en caso de que se den los presupuestos, la aplicación de las presunciones. Es extraño que el art. 78.2 LC no recoja que no regirán las presunciones cuando la separación se haya consumado por lo menos un año antes de la declaración de concurso. De este modo los cónyuges pueden llevar a

cabo negocios jurídicos dolosos dentro del año en que rige la presunción y una vez consumados, se pueden separar de común acuerdo, generando esa cobertura legal para que sus actos no se vean afectados por la presunción y la dificultad de cargar con la inversión de la prueba.

## UNDECIMA

Otra especialidad del concurso de persona casada en régimen de separación de bienes es el denominado pacto de sobrevivencia (aunque su denominación correcta es pacto de supervivencia), recogido en el artículo 78.3 LC, en virtud del cual cuando solo uno de los cónyuges haya sido declarado en concurso, se le reconocerá a su cónyuge el derecho a adquirir la totalidad de cada uno de los bienes sometidos a dicho pacto siempre que satisfaga a la masa activa la mitad de su valor actual, valor que se determinará de común acuerdo por el cónyuge del concursado y la administración concursal o, en su defecto, por el juez, una vez oídas las partes, atendiendo al valor de los bienes en el mercado, pudiendo el juez, cuando lo estime pertinente, encargar a un perito la elaboración de un informe sobre la valoración de los bienes. Y si se tratara de la vivienda habitual del matrimonio, el valor será el de adquisición actualizado de conformidad con el Índice de Precios al Consumo que sea específico de inmuebles, sin que pueda superar el que en ese momento tenga ese bien o similar, en el mercado de inmuebles.

El artículo 231-15 CCC al igual que el art. 78.3 LC también trata el “Régimen de los bienes adquiridos con pacto de supervivencia” en el libro segundo del CC de Cataluña, relativo a la persona y la familia. En dicho artículo se diferencian tres situaciones jurídicas como la situación jurídica conyugal, la situación jurídica de convivencia estable y la situación de los futuros cónyuges o convivientes. En cuanto a la situación jurídica conyugal señala que tanto el art. 78.3 LC como el art. 231-17.2 CCC otorgan el derecho de adquisición al cónyuge por lo que debe haber vínculo matrimonial. Sobre la equiparación de los

convivientes estables a los cónyuges, el art. 78.3 LC alude exclusivamente a los cónyuges excluyendo indiscriminadamente a los convivientes estables aunque existe otro sector de la doctrina que mantiene que el legislador no está obligado a equipararlas siempre y en todo caso. En el derecho catalán, en un principio, el Código de Familia solo hacía referencia a los cónyuges pero el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña también extendió dicho otorgamiento de los cónyuges a los unidos establemente en pareja (art. 231-17.2 CCC), que es lo que nuestra LC también debería recoger para terminar con la actual discriminación que hace a las parejas estables. Y en relación con la situación de los futuros cónyuges o convivientes, el art. 231-15.4 CCC señala que los futuros cónyuges pueden adquirir un bien con un pacto de supervivencia, pero éste caduca si el matrimonio no se celebra en el plazo de un año desde que se otorgó el referido pacto. En dicho artículo se sigue exigiendo que el pacto se otorgue en el mismo título de adquisición y parece ser que se debe a que el legislador lo que quiere evitar es una extensión del pacto, que los cónyuges puedan pactar con posterioridad a su adquisición.

Y del régimen económico matrimonial valenciano actual destacamos su reciente aunque no nueva regulación, ya que tiene conexión con el Derecho foral histórico valenciano, como es la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano (LREMV) que introduce la institución de la Germanía (arts. 38-43), donde los esposos pueden decidir, en cualquier momento, constituir una comunidad pro indiviso con determinados bienes que al igual que el resto de los bienes del matrimonio, estará principalmente afecta al levantamiento de las cargas del matrimonio (art. 38.2 LREMV). Considero que dichos bienes agermanados al igual que los bienes gananciales podrán ser agredidos directa o subsidiariamente por los acreedores de ambos o de uno de los cónyuges para la satisfacción de su crédito por lo que quedan especialmente afectos a las cargas familiares.

Resumiendo podemos decir que aún queda trabajo por hacer para que todas las leyes den un trato igualitario tanto a los cónyuges como a las

parejas estables que sin necesidad de haberse casado conviven igualmente en calidad de cónyuges. Y aún más trabajo va a conllevar el evitar que se de ningún tipo de presunción entre los cónyuges. Esta tarea es más difícil de realizar ya que como coloquialmente decimos: “Hecha la ley, hecha la trampa” por lo que siempre habrá algún concursado deudor que mediante su cónyuge o familiares más cercanos consiga defraudar infringiendo la norma.

## DUODECIMA

En cuanto a los efectos de la declaración del concurso en la vivienda habitual del matrimonio, distinguiremos entre el art. 78.3 LC según el cual el cónyuge del concursado tendrá derecho a adquirir la totalidad de cada uno de los bienes satisfaciendo a la masa la mitad de su valor y establece una norma específica de valoración para la vivienda habitual adquirida por ambos cónyuges con pacto de sobrevivencia consistente en el valor de adquisición actualizado conforme al índice de precios al consumo específico, sin que pueda superar el valor de mercado; y el art. 78.4 LC que no especifica qué criterio de valoración debe seguirse respecto de la atribución de la vivienda habitual. Los bienes de que trata este apartado 4º han de ser de carácter ganancial o en condominio por haber sido adquiridos con bienes o dinero privativo de ambos cónyuges o mediante herencia o dación hecha a ambos por lo que quizá, el legislador ha incluido este apartado en el art. 78 al haberse tratado ya en el art. 78.3 LC el régimen de la vivienda habitual del matrimonio en el caso de supervivencia y continuar con el tema de la vivienda habitual pero creo que esto no lo justifica de ningún modo. Entiendo que hubiera sido más adecuado situar dicho apartado 4º en el artículo 77 LC que se ocupa principalmente de la problemática del régimen de sociedad de gananciales y no situarlo en el art. 78 LC que contempla peculiaridades del régimen de separación de bienes.

Lo que ha pretendido el legislador es proteger a ambos cónyuges y no solo al que resulta adjudicatario de la vivienda habitual en las



operaciones liquidatorias cuando la insolvencia declarada de uno de los cónyuges haya provocado la atribución preferente a favor de su consorte. Para que concurra este derecho de atribución preferente es necesario que se trate de una vivienda habitual, ganancial y sobre todo que el cónyuge del concursado haya solicitado la disolución de la sociedad de gananciales ya que de no hacerlo no procedería la posterior liquidación ni reparto de bienes gananciales alguno entre cónyuges.

Cuando hablamos de una vivienda cuyo dueño se encuentra en situación de endeudamiento y de insolvencia, se trata de una vivienda que es usada habitualmente como habitación. Nuestro ordenamiento jurídico antepone la protección del interés de los hijos menores, del interés superior de la familia y al cónyuge menos beneficiado pero para evitar que la actuación negligente o maliciosa de uno de los cónyuges pueda privar a la familia del alojamiento de la vivienda habitual acudimos al artículo 1.320 CC, el cual exige el consentimiento de ambos cónyuges para la realización de actos de disposición sobre la vivienda habitual con independencia de que su titularidad sea de uno o del otro cónyuge. Sin embargo, esto no impide el embargo de la vivienda por deudas, de modo que en el caso de que se declare el concurso respecto de uno de los cónyuges, la vivienda habitual integrará la masa activa del concurso cualquiera que sea la naturaleza ganancial de la deuda (cuando deba responder de las obligaciones del concursado, art. 77 LC) o privativa de la deuda del cónyuge concursado, por lo que podemos señalar que la vivienda habitual no es un bien inembargable y que está sujeta a las normas generales sobre responsabilidad patrimonial. Aunque, debido a que la vivienda habitual responde a una necesidad básica de la familia, el artículo 78 permite al cónyuge no deudor, exigir que la vivienda se incluya en su lote en la disolución de la sociedad de gananciales.

## DECIMOTERCERA

En cuanto a qué ocurre cuando el cónyuge propietario de la vivienda familiar y gravado con el derecho de uso es declarado en concurso, es de destacar que ocurra lo que ocurra en el procedimiento de concurso el derecho de uso permanecerá durante el tiempo que haya sido establecido. Según el art. 96.4 CC para disponer de la vivienda cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se “requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial”. Si es el propietario el que está declarado en concurso la vivienda se relacionará en el inventario de la masa activa, con indicación y descripción de los gravámenes, trabas y cargas que les afecten (art. 82.2 LC). La vivienda habitual cuyo uso se ha concedido al cónyuge no titular sigue afecta al cumplimiento de las obligaciones del cónyuge deudor, siendo, por tanto, embargable. Pero las posibilidades de defensa del cónyuge no titular frente al embargo de la vivienda habitual son mayores por la concesión al no titular de este derecho de ocupación que le concede el art. 96 CC. Así, si el derecho de uso se inscribe en el Registro de la Propiedad con anterioridad a la anotación de embargo, el adquirente del inmueble en pública subasta deberá respetar el derecho de uso sobre la vivienda familiar pero no es así en el supuesto de ejecución de hipoteca sobre la vivienda familiar cuando la constitución de la hipoteca ha tenido lugar con anterioridad al proceso de crisis matrimonial.

También podemos distinguir entre la vivienda familiar libre de gravamen hipotecario incluida en la masa activa del concurso de un consumidor y que en la fase de liquidación se procederá a su enajenación forzosa aunque la vivienda no esté sujeta a una garantía real, a una hipoteca inmobiliaria y entre la vivienda familiar hipotecada que recoge tanto el supuesto de la vivienda que fue adquirida por los cónyuges conjuntamente o en comunidad según el negocio, o título, de su adquisición (cualquiera que sea el régimen matrimonial de bienes) como el supuesto de la adquirida por uno de los cónyuges cuando por causa del régimen conyugal (legal o capitulado) deba calificarse,

realmente o por presunción legal, como ganancial o común. En ambos supuestos se requerirá el consentimiento de los dos cónyuges (art. 1.320 CC).

En relación con la vivienda familiar hipotecada sujeta a un procedimiento de concurso y que se incluye en la masa activa del concurso cabe decir que puede tratarse tanto de un concurso voluntario como de un concurso necesario, solicitado por el acreedor asegurado con la hipoteca sobre la vivienda, o por otro legitimado y distinguiendo según si su ejecución haya sido ya iniciada o su iniciación pueda estar pendiente.

La LEC contiene algunas normas que se refieren a la vivienda habitual del deudor ejecutado o de un tercero en relación con la ejecución singular, los arts. 593.3, 693.3 y 704 LEC han sido modificados por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial.

Ahora, la última ley que ha reformado los artículos de la LEC relativos a los procesos judicial y extrajudicial de ejecución de la vivienda habitual y que valoramos positivamente es la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. Seguida de alguna modificación aclaratoria de preceptos de la LEC por la Disposición final 4ª de la Ley 8/2013 de 26 de junio de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas.

En lo que se refiere al contrato de préstamo hipotecario celebrado entre un particular y una entidad financiera para financiar la compra de la vivienda habitual del mismo, se le aplicará la legislación protectora de los consumidores al tratarse de un contrato de consumo. Aunque las cláusulas de un préstamo hipotecario no se consideren como condiciones generales de la contratación, como se trata de un contrato entre un empresario y un consumidor, los artículos 59, 80 y ss. de la LDCU también se aplicarán para el caso del deudor-persona física que contrata el préstamo hipotecario para financiar la adquisición de su vivienda. Dentro de este contexto destacamos la figura del juez de lo

mercantil nº 3 de Barcelona que detectó problemas con la correcta interpretación y aplicación de la Directiva 93/13, sobre cláusulas abusivas, en relación con el procedimiento de ejecución hipotecaria español y se procedió a derogar la normativa europea vigente sobre la protección de los consumidores en los contratos celebrados a distancia y los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, estableciendo un nuevo marco legal en esta materia, al tiempo que modifica la normativa europea sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo.

## DECIMOCUARTA

El derecho de alimentos entre parientes es un tema que viene regulándose a lo largo de los años desde la época romana. En un primer momento del Derecho romano, durante la época arcaica y gran parte del período clásico, todos los miembros de la familia se sometían a la potestad del *pater familias*. En etapas posteriores del Derecho romano fue variando el concepto de familia, pasando de una familia agnaticia a una familia cognaticia, donde los vínculos de sangre constituyen el eje sobre el cual se asienta principalmente una nueva estructura en todas las relaciones entre parientes pero no fue hasta después del comienzo de la era cristiana cuando aparecería configurado como tal el deber de alimentar a los parientes, entendiendo como tal la comida y bebida necesarias para el sustento. Con el tiempo, los juristas medievales y los de la etapa moderna fueron ampliando el sentido del concepto de alimentos, incluyendo otros elementos como el vestido, el alojamiento, las medicinas o, incluso la educación.

El derecho de alimentos recogido en el artículo 47 de la LC no tiene nada que ver con el derecho de alimentos regulado con carácter general en el Título VI del CC, basado en razones de solidaridad familiar o cumplimiento de obligaciones impuestas por el ejercicio de la patria

potestad, sino que aquí el deudor tiene sus facultades patrimoniales restringidas aunque, a pesar de ello, tendrá que alimentarse y procurar el sustento de quienes tenga bajo su dependencia. El derecho de alimentos del concurso no tiene su fundamento en la relación parental al no dirigirse contra ninguno de los parientes obligados, sino contra el propio patrimonio del concursado.

De las diferencias que presenta la LC respecto del régimen anterior, podemos resaltar que el derecho del deudor a reclamar alimentos ya no depende de que el activo sea superior al pasivo, basta con que la masa pueda hacer frente a los mismos y otra diferencia es que todos los concursados personas físicas, ya sean voluntarios como necesarios, y cualquiera que sea su calificación (fortuita o culpable) del mismo, tienen derecho a alimentos.

El artículo 47 distingue dos situaciones bien diferenciadas: cuando el deudor solicita alimentos y cuando el concursado está obligado a prestarlos. Y en ambos casos, ha de tratarse de un deudor persona natural ya que resulta impensable que una persona jurídica tenga derecho a alimentos al no requerir un sustento (arts. 47 y 145.2 LC).

En el primer apartado del artículo 47 LC para que el concursado persona natural tenga derecho a percibir alimentos con cargo a la masa activa debe encontrarse en real estado de necesidad y que en la masa existan bienes bastantes para atender sus necesidades y las de su cónyuge o pareja de hecho inscrita e hijos bajo su potestad. Se puede deducir que si el cónyuge del concursado tuviera patrimonio suficiente para atender las necesidades de éste y teniendo en cuenta el concepto civil de alimentos, como parece que lo hace la LC, el concursado no debería tener derecho de alimentos con cargo a la masa ya que a su vez disminuiría la garantía patrimonial de los acreedores. Y otra cuestión que nos preguntamos es qué sucedería si a pesar de encontrarse el concursado en estado de necesidad no hubiera suficiente masa activa para prestarle alimentos. Entendemos que tendría que acudir a sus

familiares o amigos más allegados pero nada dice la Ley quedando en desamparo total el concursado necesitado sin bienes en su masa activa del concurso.

La Ley 38/2011 introduce como novedad en el primer párrafo del artículo 47 LC que el concursado dará el mismo trato tanto a su cónyuge como a la persona con la que mantiene una unión estable sin contraer matrimonio. Parece ser requisito necesario que la pareja de hecho esté “inscrita” por lo que las uniones estables sin inscripción volverían a quedar discriminadas. Desde mi punto de vista habría sido más adecuado que el art. 47 LC hubiera utilizado la expresión “pareja estable” y no “pareja de hecho inscrita” al igual de lo que ocurre en algunas legislaciones autonómicas como la catalana y la de Baleares donde se recoge que los miembros de la pareja estable tienen la obligación de prestarse alimentos, con preferencia a cualquier otro obligado. Pensamos que lo importante es que se acredite que existe una relación de afectividad consolidada, permanente y duradera en el tiempo y que es anterior al concurso para evitar que se pueda realizar cualquier acto fraudulento.

Para fijar la cuantía de alimentos que corresponde al concursado no tenemos norma específica, por lo que tendremos en cuenta lo dispuesto en el artículo 146 CC, según el cual, la cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe. Por lo que la cuantía será proporcional a las necesidades del concursado, de su cónyuge y de sus hijos a los que tiene que prestarle sustento y educación y a las disponibilidades de la masa activa. A la hora de solicitar la periodicidad y cuantía de los alimentos se distingue entre si se produce intervención o suspensión. En el supuesto de intervención cuando existe concurso voluntario, la administración concursal desarrolla un régimen de intervención que supervisa la actuación del deudor, ya que éste conserva las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio. Y en el supuesto de suspensión cuando existe concurso necesario, se suspende las facultades de administración y disposición del deudor, siendo sustituido

por los administradores y en el caso del concurso voluntario, la cuantía y periodicidad la fija directamente la administración concursal sin que se exija ninguna audiencia previa del deudor concursado o autorización del juez de lo mercantil.

## DECIMOQUINTA

A diferencia del Derecho ya derogado donde los procedimientos concursales tenían un objetivo liquidatorio del patrimonio del declarado en concurso o quebrado, con el tiempo se fue buscando el mantenimiento de la empresa como mejor solución para el pago de las deudas a los acreedores y no fue hasta la Propuesta de Anteproyecto de 1995 donde se recogería de forma expresa que la declaración de concurso no afecta a la continuación de la actividad profesional o empresarial llevada a cabo por el deudor, si bien, una vez declarado el concurso o con posterioridad, el juez podría acordar el cese o la suspensión de la actividad, así como el cierre de oficinas, establecimientos o explotaciones de que fuera titular el deudor (art. 86). Idea que se siguió recogiendo en el Anteproyecto de la LC de 2001, aunque con alguna salvedad, hasta llegar a la LC actual que en su artículo 44 establece como principio la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, con independencia de que esté suspendido en el ejercicio de las facultades de administrar y de disponer o simplemente sometido a intervención, si bien el juez puede acordar, a solicitud de la administración concursal y previa audiencia del deudor y de los representantes de los trabajadores, el cierre de las oficinas, establecimientos o explotaciones, así como el cese o la suspensión de la actividad. Así pues la declaración de concurso no provoca una interrupción de la actividad profesional o empresarial del deudor, con independencia de que sus facultades de administración y disposición hayan sido suspendidas o intervenidas por lo que el deudor puede seguir con el ejercicio de su actividad profesional o empresarial

con las consecuencias inherentes según se trate de concurso necesario o voluntario.

Se deduce que la legislación concursal pretende conciliar el mantenimiento de la actividad empresarial o profesional del deudor y la tutela de los intereses de los acreedores y es que la verdadera finalidad del concurso no es ni el saneamiento de empresas ni el rescate económico del deudor insolvente, sino la satisfacción colectiva y ordenada de los derechos crediticios de los acreedores. Pero no se trata de defender a cualquier coste la continuidad en el ejercicio de la actividad una vez declarado el concurso, sino solamente cuando sea positivo y beneficioso para satisfacer los créditos de los acreedores.

## DECIMOSEXTA

Para ver qué ocurre con los bienes afectos a la actividad empresarial o profesional del deudor o una unidad productiva sobre los que recae ejecuciones de garantías reales a iniciar o ya iniciadas acudiremos a los art. 55, 56 y 57 modificados por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

La previsión de paralización temporal de las ejecuciones reales, constituye una de las novedades más importantes de la nueva ley y merece una valoración positiva ya que se paralizará la sustanciación del proceso hipotecario cuando el bien objeto de la ejecución real estuviere afecto a la actividad profesional o empresarial del deudor declarado en concurso, no pudiendo lanzar al ocupante de la finca (art. 55 LC). Pero por el contrario deducimos que cuando el crédito goce de garantía real sobre bienes no afectos a una actividad profesional o empresarial, caso de la vivienda, sí podrá iniciarse la ejecución, lo que nos parece totalmente injusto. Así pues, si la ejecución de la hipoteca recae sobre la vivienda habitual ganancial en la que ambos cónyuges son deudores de la obligación garantizada, una vez iniciado el procedimiento ejecutivo, éste no se paraliza al no tratarse de un bien o derecho afecto a la actividad profesional o empresarial del concursado. Y del mismo



modo nos planteamos que si el deudor tiene dos inmuebles, uno destinado a vivienda y otro a local profesional y ambos en proceso de ejecución hipotecaria, solo se paraliza el del local profesional y no el de la vivienda contradiciendo la filosofía protectora de la vivienda familiar.

En cuanto al caso de que el inmueble hipotecado sea a la vez vivienda y también esté destinado al ejercicio de la profesión o actividad empresarial (despacho, tienda o establecimiento mercantil de cualquier tipo), aplicaremos el art. 56.1 LC, de forma que durante esa moratoria legal podría llegarse a un convenio al que el acreedor hipotecario no estará obligado a vincularse, pero podría proporcionarle el confort de observar que la economía del concursado tiene signos de recuperación, haciéndole merecedor de la confianza de una moratoria o renegociación del crédito hipotecario.

El art. 57 LC regula la reanudación o inicio ex novo de tales ejecuciones una vez finalizado el límite temporal en el que operaba la paralización, y es que la paralización de ejecuciones reales mantiene su vigencia desde la declaración de concurso hasta que se apruebe un convenio que no afecte al ejercicio del derecho o transcurra el plazo de un año sin que se haya decretado la apertura de la fase de liquidación.

## DECIMOSEPTIMA

Para evitar que las deudas empresariales afecten a la vivienda habitual del deudor persona física surge la figura del Emprendedor de Responsabilidad Limitada en los artículos 7 a 11 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización por la que quedará exenta la vivienda habitual del Emprendedor de Responsabilidad Limitada tanto si se trata de un bien privativo del deudor casado como si pertenece a la sociedad de gananciales en la que participe el mismo.

La figura del Emprendedor de Responsabilidad Limitada se trata de una excepción al principio de responsabilidad universal del art. 1.911 CC, según el cual el deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones

con todos sus bienes, presentes y futuros. Y también constituye una excepción al art. 6 del Ccom que declara obligados a las resultas del ejercicio del comercio por persona casada, los bienes propios del cónyuge que lo ejerza y los adquiridos con esas resultas.

Dicha Ley era muy esperada por todos para impulsar el crecimiento y la reactivación económica del país paliando de este modo los efectos de la actual crisis económica. Pero una vez más tenemos una Ley incompleta ya que no aclara si siguen siendo válidas o si pueden ejecutarse en caso de impago las garantías reales hipotecarias que se constituyen sobre la vivienda habitual antes del registro de esta nueva condición de empresario de responsabilidad limitada. Al igual que tampoco resuelve si dichas garantías pueden constituirse después y si habrá que estar al destino privado o empresarial del préstamo o financiación otorgado. Por lo que una vez más, habrá que parchear la Ley y modificarla si queremos dar solución a estos interrogantes y arreglar algunas situaciones difíciles que plantea como el que la Administración Pública pueda llegar a embargar la totalidad de los bienes del Emprendedor de Responsabilidad Limitada, incluso su vivienda habitual, aunque solo pueda ser ejecutada cuando no se conozcan otros bienes del deudor con valoración conjunta suficiente susceptibles de realización inmediata en el procedimiento de apremio o bien cuando medie un plazo mínimo de dos años entre la notificación de la primera diligencia de embargo del bien y la realización material del procedimiento de enajenación del mismo, pero aún así se está pasando por alto que si se terminara ejecutando la vivienda habitual muchas familias no tendrían donde vivir ni medios para subsistir ya que no disponen de más bienes o son de escaso valor. Situación insostenible e incomprensible que daría lugar a una mayor exclusión social de la que ya tenemos actualmente.

## DECIMOOCTAVA

En España, tras la entrada en vigor de la LC 22/2003 de 9 de julio, concursal, aumentaron las solicitudes y declaración de concursos de persona natural no empresaria, es decir, de consumidor, que conlleva un sobreendeudamiento de los consumidores y una insolvencia familiar. Vivimos en un sistema en el que se incita al consumidor y a las familias a consumir de manera compulsiva aumentando el endeudamiento familiar por lo que se necesita una mayor protección de los consumidores.

Dos son las causas inmediatas del sobreendeudamiento de los consumidores: la asunción excesiva de deudas (sobreendeudamiento activo) y la incapacidad sobrevenida de hacer frente a los créditos por causas imprevistas (sobreendeudamiento pasivo, caso del deudor de buena fe).

En la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 noviembre (2001/C 364/01 en DOCE 20-12-2001), relativa al crédito y el sobreendeudamiento de los consumidores, se invitaba a los Estados miembros y a la Comisión a que examinaran lo antes posible las vías y medidas para garantizar el seguimiento de la evolución del endeudamiento y del endeudamiento excesivo de los consumidores dentro del mercado interior mediante un intercambio de información a nivel europeo, sobre todo por lo que se refiere al nivel de endeudamiento y a las prácticas idóneas, y a la Comisión a que prosiga sus esfuerzos para alcanzar dichos objetivos.

El Consejo Económico y Social español en un Informe publicado en 1999 ya abogaba por crear en España una regulación para solventar el sobreendeudamiento de los consumidores similar al francés pero lo sorprendente es que la opción preventiva que se adoptó en un principio, en relación con la aprobación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, se alejó del modelo francés que desde 1967 se ha caracterizado por la regulación de la prevención de las crisis económicas a través de un Derecho de empresas en dificultad muy influido en los últimos años por

la idea norteamericana de la segunda oportunidad o “fresh start” y materializado en la Ley de 1984 y más recientemente en la Ley 2005/845 de 26 de julio sobre “Sauvegarde des entreprises dans difficulté” y de Mecanismos específicamente preventivos de las dificultades económicas de los consumidores, no regulándose en el modelo español, de momento, los acuerdos extrajudiciales.

La LC que finalmente se acabó aprobando en 2003, estaba claramente pensada para la insolvencia empresarial, las sociedades y no tanto para un empresario individual o un consumidor por lo que la persona física recurre poco al procedimiento de ejecución universal constituyendo ello un retraso normativo y falta de cultura financiera respecto de los países de nuestro entorno. Todo ello hizo urgente la necesidad de una reforma total de nuestro ordenamiento en materia de endeudamiento excesivo de los consumidores y ésta sigue siendo una de las tareas pendientes en nuestro ordenamiento jurídico.

La Ley 38/2011, de 10 de octubre, reformó la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, incluyendo en su Disposición Adicional única un mandato al legislador para que llevara a cabo en el plazo de 6 meses la regulación de la insolvencia de la persona física, que hasta ese momento se le había hecho caso omiso, y propuso para ello opciones de solución extrajudicial bien de carácter notarial o registral, de mediación o de otra naturaleza. Pero muy a nuestro pesar no se avanzó en materia de la insolvencia de la persona física ya que lo que realmente se tendría que haber llevado a cabo era una normativa específica para la insolvencia de la persona física, fuera consumidor o no y por el contrario no se creó normativa nueva alguna.

## DECIMONOVENA

Se podría haber implantado en nuestro sistema el Fresh start o segunda oportunidad que consiste en la liberación o condonación definitiva de las deudas o pasivo no satisfecho por el deudor tras un procedimiento de reestructuración o reorganización de sus deudas, o

bien tras un procedimiento de liquidación, ya sea en el seno de un proceso concursal o fuera del mismo.

El “fresh start” ha sido tradicional en el Derecho de EEUU conocido por la expresión “discharge” pero también se ha extendido por varios países europeos distinguiendo dos modelos respecto al tratamiento concursal de la persona física insolvente:

Por un lado, tenemos el *modelo anglosajón “volver a empezar” (fresh start o discharge)* que también se adoptó en algunos países europeos como Reino Unido y se basa en los principios de liquidación inmediata del patrimonio no exento del deudor y la condonación directa de las deudas no pagadas, a excepción de las deudas jurídicamente no condonables, siempre que el deudor no sea considerado de mala fe o fraudulento. Una vez ejecutado el patrimonio embargable del deudor persona física de buena fe, el pasivo restante quedará exonerado por decisión judicial y sin consentimiento del acreedor. Así, aunque en un futuro el deudor obtuviera nuevos ingresos, éstos no podrán ser utilizados para pagar deudas anteriores a la declaración de concurso sino que el deudor podrá “volver a empezar”, iniciando una nueva actividad empresarial o profesional. Esta figura de la exoneración del pasivo pendiente está pensada fundamentalmente para las personas físicas y no para las jurídicas que se extinguen y con ellas el remanente de la deuda pendiente cuando se liquidan en el procedimiento de insolvencia. Dicho sistema es muy ventajoso para reactivar la economía aunque no creo que los acreedores estén muy de acuerdo al no cobrar el total de la deuda pendiente. Lo difícil será justificar que el deudor lo es de mala fe, no es tarea fácil, pero si es de buena fe y se le condona la deuda es una manera de que el deudor no se quede atrapado en el tiempo por sus deudas y pueda continuar con una nueva actividad empresarial o profesional. También pienso que ésta es una muy buena idea pero debe ser difícil para un deudor, por mucho que le condonen deudas, empezar de nuevo, es decir, sin tener nada ahorrado y sin ningún patrimonio ya que le ha sido liquidado previamente, por lo que

tendrá que pasar un tiempo considerable para que con ingresos nuevos pueda iniciar una nueva actividad.

Por otro lado, para los casos de sobreendeudamiento activo o culpable (bien por falta de previsión como por simple negligencia) se aplica el *modelo de la rehabilitación*. Aquí la condonación de deudas nunca será automática como sucede en la ley americana, sino que se obtendrá la discharge tras un periodo de prueba durante el que se destinará una parte de la renta del deudor al reembolso de la deuda restante y exigiendo un buen comportamiento para permitir la condonación del resto de pasivo. Dicho modelo es el adoptado por el derecho alemán. Desde mi punto de vista dicho sistema es más estricto que el anterior ya que el deudor es puesto a prueba durante un tiempo y una vez se libera de las deudas pendientes, no podrá volver a disfrutar de este beneficio en un plazo de diez años para evitar que el procedimiento sea utilizado para eludir el pago a los acreedores. Entiendo que dicho sistema sería mejor acogido en España y mejor visto por los acreedores. Junto a este modelo norteamericano representante del derecho anglosajón cabe señalar que en Europa coexisten otros dos modelos que gestionan el sobreendeudamiento de los particulares, el germánico y el franco. Dentro del modelo germánico encontramos a Alemania, Austria, Portugal, Estonia, Dinamarca, Finlandia y Suecia. Y el modelo francés es seguido por Francia, Bélgica, Países Bajos e Italia.

## VIGESIMA

En la LC española, una vez concluye el concurso, no existen específicos mecanismos exoneratorios del pasivo insatisfecho en función de la buena fe del deudor y circunstancias determinantes de su situación económica pero sí podemos encontrar impropios mecanismos exoneratorios tanto para consumidores como no consumidores, con independencia de la buena fe del deudor y la acusación de la crisis económica, como el convenio que sería la solución más frecuente en los

concurso de los consumidores y también el hecho que concluya el concurso por inexistencia de bienes.

Ante estas lagunas sobre normativa persona física o consumidor que se encuentran a lo largo de la LC, la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización ha intentado introducir en España una especie de segunda oportunidad o fresh start para las personas físicas y para los empresarios personas físicas o jurídicas. Así se procede a regular la exoneración de pasivo pendiente tras ejecuciones hipotecarias o tras un procedimiento concursal pero no se parecen en nada a las regulaciones sobre el expediente de liberación de deudas de otros ordenamientos jurídicos porque no acogió ni “la nueva oportunidad” (o fresh Start), típica en EEUU y del Derecho anglosajón, ni el sistema de la condonación de la deuda pendiente (Restschuldbefreiung) o rehabilitación propio, por ejemplo, de la Ley de insolvencia alemana, figuras pensadas para las personas físicas.

## VIGESIMOPRIMERA

Lo que la Ley de Emprendedores introdujo fue dos mecanismos para remediar estos inconvenientes relacionados con el concurso de la persona física. Por un lado, tenemos la modificación del art. 178.2 LC que ahora se aplica a todos los deudores personas naturales (tanto consumidores como empresarios) y consiste en un régimen de exoneración de deudas previsto para los casos de conclusión del concurso por liquidación, siempre que se cumplan las exigencias fijadas por la ley. Y, por otro lado, dicha Ley de Emprendedores añade a la LC los arts. 231 a 242 LC que se aplican a empresarios personas físicas aunque no a los consumidores y a las personas jurídicas en ciertos casos y se presenta como un procedimiento preconcursal tendente a lograr un acuerdo extrajudicial de pagos.

Una de las reformas más importantes llevada a cabo por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, ha sido la reforma de este artículo 178.2 LC para

establecer una especie de segunda oportunidad o fresh start para el concursado persona natural ya que seguía discriminada injustificadamente respecto de la persona jurídica porque la reforma de la LC de 2011 siguió ignorando la problemática de la insolvencia de la persona física donde una vez concluido el concurso por inexistencia de bienes y derechos del deudor, los acreedores podían iniciar ejecuciones singulares, encontrándose el deudor en la misma situación que al inicio del procedimiento concursal.

Para que se pueda aplicar el nuevo apartado segundo del artículo 178 LC se deben cumplir varios requisitos, de entre los subjetivos destacamos que ha de tratarse de persona natural que no hubiera sido declarado culpable en la sentencia que ponga fin a la calificación del concurso y que el deudor no puede haber sido condenado por el delito de insolvencia punible del art. 260 del CP en caso de concurso, ni por cualquier otro delito singularmente relacionado con el concurso. Como requisitos objetivos se establece que todos los créditos contra la masa, más todos los créditos concursales privilegiados tienen que haber sido satisfechos, es decir, los de privilegio especial del art. 90 (hipotecarios, pignoratícios, leasing, ventas a plazos, etc.) y los de privilegio general del art. 91 (de Derecho público, Seguridad Social, salarios, de responsabilidad extracontractual, los del fresh money, los del acreedor instantáneo, entre otros), y además el 25% del resto de los créditos de los llamados ordinarios. Por lo que la resolución judicial que declare la conclusión del concurso del deudor persona natural por liquidación de la masa activa permite que se le perdone el 75% del pasivo ordinario y la totalidad del subordinado, así si en un futuro el deudor recibe nuevos bienes no tendrá que destinarlos para pagar créditos anteriores porque ya están extinguidos y, por tanto, inexistentes sino que los podrá utilizar para iniciar una nueva actividad empresarial evitando la exclusión social. Pero en la práctica será imposible cumplir estos requisitos por lo que en realidad no se dará ningún caso de remisión de pasivo insatisfecho o segunda oportunidad porque no hay exoneración para el que menos tiene. Y es que, en caso de que se hubiese intentado



sin éxito un acuerdo extrajudicial de pagos, la exoneración de todo el pasivo ordinario se producirá si hubiesen sido satisfechos totalmente los créditos contra la masa y los privilegiados especiales o generales pero como hoy en día no muchos pueden pagar todos los créditos privilegiados, pocos concursados personas físicas podrán acogerse al sistema de segunda oportunidad o fresh start parcial instaurado por la Ley de Emprendedores.

## VIGESIMOSEGUNDA

Lo más novedoso de la nueva Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización es que su capítulo V del Título I introduce la posibilidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos ante la situación de insolvencia del empresario, para ello modifica varios artículos de la LC sobre los acuerdos de refinanciación ( art. 71 bis y modifica la DA 4ª LC) e incluye en la misma un nuevo Título X denominado *El acuerdo extrajudicial de pagos* con los artículos 231 a 242 y unas nuevas Disposiciones adicionales séptima y octava, donde se pretende regular esta figura de la segunda oportunidad o second chance solo para empresarios o profesionales, personas físicas y jurídicas, pero con importantes limitaciones. Este nuevo Título X de la LC regula un procedimiento preconcursal optativo al que podrá acceder el “empresario persona natural”. Así pues, quedan fuera del ámbito de aplicación de la norma entre otros los consumidores, las familias, los funcionarios, los pensionistas, los que no desarrollen una actividad con encuadre en una normativa societaria o mercantil, por lo que seguimos sin entender cómo dicho procedimiento sigue sin acoger a los consumidores cuando podría haber sido realmente beneficioso para ellos para salir de su situación de insolvencia a medio plazo sin tener que iniciar un largo y costoso procedimiento concursal. El anteproyecto de la Ley de Apoyo a los Emprendedores sí que incluía a las personas naturales no empresarios dando así solución a los problemas sociales y económicos actuales pero

finalmente fueron excluidas en el proyecto que se remitió al Congreso, volviendo a quedar injustamente discriminadas, a diferencia de otros países como Francia, Bélgica, Alemania que sí que incluyen a los consumidores y empresarios de reducida y mediana dimensión en la mediación pre-concursal de la insolvencia. No entendemos cómo si el anteproyecto sí que incluía a las personas naturales no empresarios al igual que otros países resultando eficazmente positivo y que nos pueden servir de ejemplo y modelo a seguir, al final no se incluyó en nuestra Ley.

Por lo que en España se sigue sin dar solución al problema de la insolvencia del consumidor persona física y para el caso específico del consumidor hipotecario seguiremos acudiendo a las reformas introducidas en la LEC, que en su mayoría se llevaron a cabo por la cuestión de prejudicialidad planteada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en relación con la abusividad de ciertas cláusulas contractuales en el marco hipotecario en el célebre “Caso Aziz”.

La figura del mediador concursal es una figura híbrida entre la mediación a la que se refiere la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y el arbitraje, al que se refería la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. El mediador concursal, con el consentimiento del deudor, debe remitir a los acreedores en un plazo de mes y medio desde la aceptación de su cargo, un plan de pagos de los créditos pendientes de pago a la fecha de la solicitud, completado por un plan de viabilidad que se refiere a la continuación de la actividad profesional o empresarial. Habrá quitas de hasta el 25% y esperas o moratorias de hasta tres años (art. 236 LC). Propuesta que parece menos generosa que la contenida para el convenio concursal en el art. 100.1 LC y cuyos límites harán inviable en la práctica la presentación de solicitudes de acuerdo extrajudicial de pagos y su aprobación.

En relación con la figura del mediador, cabe añadir que cuando fracasa el acuerdo extrajudicial y se declara concurso (art. 242.2.1ª LC), el Juez, salvo justa causa, designará administrador concursal al propio

mediador, suponiendo una evidente pérdida de neutralidad y comprometiendo la confidencialidad propia de todo proceso de mediación, conforme exige el art. 9 de la Ley 5/2012 de 6 de julio.

En este procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos no hay condonación o remisión de las deudas, sino un estricto cumplimiento del acuerdo de no reclamar, ni de iniciar o de continuar ejecuciones contra el deudor por deudas anteriores al expediente, por lo que no puede considerarse exactamente como una discharge, fresh start o segunda oportunidad. Sin embargo, en el art. 242 apartado 2.5<sup>a</sup> LC encontramos que con el concurso consecutivo se produce exoneración del pasivo cuando no se alcance el acuerdo extrajudicial de pagos, se anule el mismo tras una impugnación, o bien se incumpla el mismo. Solo en estos casos, se abre el concurso para iniciar la fase de liquidación, porque cuando un acreedor solicita el concurso durante el período de plan de pagos por causas distintas a las indicadas, no sería un concurso consecutivo y por lo tanto no se le aplicarían los efectos contenidos en el art. 242 LC.

En definitiva el artículo 242 LC recoge la exoneración de deudas que podría suponer el comienzo de una nueva legislación que nos acercará más a nuestros países vecinos. Estamos ante una “segunda oportunidad” o “fresh start” por primera vez en España, aunque regulada con limitaciones, que choca con la responsabilidad patrimonial universal del deudor del art. 1.911 CC según el cual “del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros”, que hasta este momento parecía intocable.

Para establecer un sistema de exoneración de deudas para la persona física se requiere no solo la modificación de la LC sino también un cambio de filosofía económica e incluso del propio fundamento del concurso de acreedores.

## VIGESIMOTERCERA

Las reformas que ha sufrido la LC desde la fecha de su publicación han ayudado a que mejorara, pero a pesar de ello seguimos sin cumplir con las recomendaciones del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “el crédito y la exclusión social en la sociedad de la abundancia”, de 16 de febrero de 2008 para que se limitara la responsabilidad patrimonial del deudor persona física, y del Fondo Monetario Internacional que aconseja que nos dotemos de un régimen regulador de la insolvencia de las personas naturales, tanto de consumidores como de empresarios individuales, autónomos y profesionales.

Aún queda mucho trabajo por realizar si queremos asemejarnos a los países de nuestro alrededor en su manera de tratar la insolvencia de las personas físicas, evitando su exclusión social, fenómeno que por desgracia está en aumento en España.

Se debería de crear un procedimiento concursal para las personas físicas consumidoras y para ello se podría empezar retomando el Anteproyecto de la Ley de Apoyo a los Emprendedores y dejando atrás reformas que no abordan los problemas actuales ni mucho menos se plantean los posibles problemas futuros cuando realmente es el verdadero problema al que nos tendríamos que enfrentar.

## **RESOLUCIONES JUDICIALES CITADAS<sup>700</sup>.**

### I. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013

### II. TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia de 13 de Diciembre de 1853

Sentencia de 27 de Mayo de 1854

Sentencia de 26 de Mayo de 1859

Sentencia de 27 de Septiembre de 1859

Sentencia de 21 de Febrero 1861

Sentencia de 13 de Noviembre de 1862

Sentencia de 7 de Febrero de 1863

Sentencia de 13 de Octubre de 1866

Sentencia de 7 de Julio 1871

Sentencia de 11 de Diciembre 1871

Sentencia de 26 de Marzo de 1873

Sentencia de 3 de Mayo 1881

Sentencia de 10 de Junio de 1882

Sentencia de 5 de Mayo 1883

Sentencia de 18 de Noviembre 1884

Sentencia de 17 de junio de 1887

Sentencia de 26 de noviembre de 1892

Sentencia de 19 de Junio de 1896

Sentencia de 4 de mayo de 1897

Sentencia de 14 de diciembre de 1897

Sentencia de 28 de junio de 1898

Sentencia de 27 de junio de 1900

Sentencia de 11 de febrero de 1905

---

<sup>700</sup> Las resoluciones judiciales citadas han sido consultadas en la Colección Legislativa, en base de datos de Aranzadi (Westlaw) y Tirant lo Blanch, y en el BOE.

Sentencia de 12 de Abril de 1907  
Sentencia de 20 de Junio de 1908  
Sentencia de 28 de octubre de 1909  
Sentencia de 17 de marzo de 1910  
Sentencia de 18 de Mayo de 1910  
Sentencia de 2 de Mayo de 1912  
Sentencia de 19 de junio de 1912  
Sentencia de 11 de mayo de 1912  
Sentencia de 4 de julio de 1913  
Sentencia de 27 de Abril de 1918  
Sentencia de 12 de diciembre de 1922  
Sentencia de 13 de mayo de 1927  
Sentencia de 21 de octubre de 1927  
Sentencia de 26 de diciembre de 1928  
Sentencia de 28 de abril de 1930  
Sentencia de 14 noviembre de 1930  
Sentencia de 23 de enero de 1942  
Sentencia de 19 de junio de 1949  
Sentencia de 16 de octubre de 1956  
Sentencia de 21 de diciembre de 1979  
Sentencia de 23 de diciembre de 1983  
Sentencia de 5 de julio de 1985  
Sentencia de 21 de noviembre de 1986  
Sentencia de 19 de octubre de 1988  
Sentencia de 8 de febrero de 1991  
Sentencia de 4 de noviembre de 1994  
Sentencia de 19 de diciembre de 1995

### III. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

Sentencia de 28 de diciembre de 1993

#### IV. AUDIENCIAS PROVINCIALES

SAP de A Coruña, de 4 de noviembre de 2011 (Sección 3ª)

SAP de Ávila, de 12 de diciembre de 2011 (Sección 1ª)

#### V. JUZGADOS DE LO MERCANTIL

Sentencia de 25 de julio de 2005, nº 9 de Córdoba

Sentencia de 2 de noviembre de 2007, nº1 de Palma de Mallorca

Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona de 29 de diciembre de 2004

Auto del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Bilbao de 25 de enero de 2006

Auto del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Cádiz de 13 de abril de 2007

Auto del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Palma de Mallorca de 12 de diciembre de 2006

Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao de 4 de mayo de 2009

Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao de 30 de septiembre de 2009

Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Málaga de 16 de noviembre de 2009

Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Málaga de 22 de julio de 2005

Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Las Palmas de Gran Canaria de 3 de enero de 2006

#### VI. DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

Resolución de la DGRN de 23 de mayo de 2013

Resolución de la DGRN de 10 de marzo de 1989

Resolución de la DGRN de 25 de septiembre de 1990

Resolución de la DGRN de 25 de octubre de 1992





## **BIBLIOGRAFÍA**

ACHÓN BRUÑÉN, M<sup>a</sup>J.; “Modificaciones del proceso de ejecución por la Ley de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social: deficiencias y problemas prácticos”, *Diario La Ley*, edit. La Ley, n.º. 8087, 2013.

ADÁN GARCÍA, M<sup>a</sup> E.; “La ley de régimen económico matrimonial valenciano. Su incidencia registral cinco años después de su entrada en vigor”, *Revista Derecho Civil Valenciano*, n.º. 14, 2013.

AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M. y CAMPUZANO DÍAZ, B.; “La competencia judicial internacional en materia concursal”, *Estudios sobre la LC: libro homenaje a Manuel Olivencia*, v. 1, (Escritos sobre don Manuel Olivencia Ruiz, derecho concursal, aspectos generales, antecedentes históricos, derecho comparado, derecho uniforme, derecho europeo, derecho internacional privado, la declaración de concurso), edit. Marcial Pons, Madrid, 2005.

AGÜERO ORTIZ, A.; “Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización”, *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, n.º. 7, 2013.

AGÜERO ORTIZ, A.; “Medidas introducidas por la Ley 1/2013, comparativa con el RDL 6/2012, y el soterramiento de la ILP”, *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, n.º. 6, 2013.

AGÜERO ORTIZ, A.; “Plan estatal de fomento del alquiler de viviendas, rehabilitación edificatoria, y regeneración y renovación urbanas 2013-2016”, *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, n.º. 6, 2013.

AGÜERO ORTIZ, A.; “Proyecto de Ley de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios”, *Revista Cesco de Derecho de consumo*, n.º. 5, 2013.

ALBERTARIO, “Sul diritto agli alimenti (note di diritto romano)”, *Publicazioni della Università Cattolica del Sacro Cuore*, serie seconda: Scienze Giuridiche, Volume VII, fasc. 2º, Società Editrice “Vita e Pensiero”, Milano, 1925.

ALBURQUERQUE, J.M.; “Aspectos de la prestación de alimentos en Derecho romano: especial referencia a la reciprocidad entre padre e hijo, ascendientes y descendientes”, *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n.º. 15, 2007.

ALBURQUERQUE, J.M.; “Datos sobre la prestación de alimentos en Derecho romano: ascendientes y descendientes”, *Revista General de Derecho Romano*, n.º. 8, 2007.

ALBURQUERQUE, J.M.; “Realidad social o jurídica de la prestación de alimentos entre cónyuges”, *Revista General de Derecho Romano*, n.º. 10, 2008.

ALCOVER GARAU, G.; “La Ley 22/2003, de 8 de Julio, Concursal”, *Estudios sobre la LC: libro homenaje a Manuel Olivencia*, v. 1, (Escritos sobre don Manuel Olivencia Ruiz, derecho concursal, aspectos generales, antecedentes históricos, derecho comparado, derecho uniforme, derecho europeo, derecho internacional privado, la declaración de concurso), edit. Marcial Pons, Madrid, 2005.

ALCOVER GARAU, G.; “Crítica al régimen jurídico del acuerdo extrajudicial de pagos”, *Diario La Ley*, n.º. 8327, sección tribuna, año XXXV, edit. La Ley, 6 de junio de 2014.

ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J.; *La <<vis attractiva>> del proceso concursal*, edit. Thomson-Civitas, Navarra, 2007.

ALONSO PUIG, J.M. Y MARTÍNEZ DE SALAS RUBIO, I.; “Normas de Derecho Internacional Privado” en *Comentarios a la LC*, edit. Marcial Pons: Ediciones Jurídicas y Sociales, Barcelona, 2004.

ALONSO SUÁREZ, C.; “El derecho a alimentos del concursado”, *El nuevo derecho de la persona y de la familia: (libro segundo del CC de Cataluña) / Reyes Barrada Orellana (aut.), Martín Garrido Melero (aut.), Sergio Nasarre Aznar (aut.)*, edit. Bosch, España, 2011.

ALONSO UREBA, A.; “La unificación subjetiva y la tramitación abreviada del concurso de acreedores”, *Estudios sobre la LC: libro homenaje a Manuel Olivencia*, v. 3, (Efectos del concurso sobre acreedores, créditos y contratos, la tramitación del concurso: aspectos procesales), edit. Marcial Pons, Madrid, 2005.

ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A.; *Curso de Derecho de Familia (Patria potestad, tutela y alimentos)*, t. II, edit. Civitas, Madrid, 1988.

ÁLVAREZ OLALLA, P.; “Art. 78: Presunción de donaciones y pacto de sobrevivencia entre los cónyuges. Vivienda habitual del matrimonio” en *Comentarios a la LC* (dir. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano) v. 1, edit. Tecnos, Madrid, 2004.

ÁLVAREZ RUBIO, J.; “La protección del consumidor sobreendeudado e insolvente en los Estados Unidos de América”, *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, nº. 45, Bilbao, 2011.

AMAYA RICO, V.; “Acuerdos matrimoniales preventivos sobre el efecto limitativo al poder de disposición de la vivienda familiar en el derecho

español” en *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés* / coord. por Francisco de Paula Blasco Gascó, v. 1, (t. I), 2011.

ANDRÉS SANTOS, F.J.; “Procedimientos relativos al sobreendeudamiento de particulares en el Derecho Europeo”, *La protección del deudor hipotecario: aproximación a la Ley de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social* (coord. por José Antonio Escartín Ipiéns, María Angustias Martos Calabrús; Álvaro Núñez Iglesias (dir.), edit. Comares, España, 2014.

AÑOVEROS TRÍAS DE BES, X.; “El Derecho Concursal en las Ordenanzas de Bilbao”, *Estudios sobre la LC : libro homenaje a Manuel Olivencia*, v. 1, (Escritos sobre don Manuel Olivencia Ruiz, derecho concursal, aspectos generales, antecedentes históricos, derecho comparado, derecho uniforme, derecho europeo, derecho internacional privado, la declaración de concurso), edit. Marcial Pons, Madrid, 2005.

ARNAU RAVENTÓS, L.; *La declaración de concurso de persona casada y la composición de la masa activa. Estudio de los artículos 77,78 y 79 Ley 22/03, de 9 de julio, Concursal*, edit. Atelier Libros jurídicos, Barcelona, 2006.

ARRAZOLA, L. *Enciclopedia Española de Derecho y Administración*, t. XII, Madrid, 1870.

ASENSI MERÁS, A.; “La reforma del concurso de la persona física y la condonación de la deuda restante en el derecho alemán”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº. 33, septiembre-diciembre 2014.

ASUA GONZÁLEZ, C.I.; *La presunción muciana concursal: el artículo 1442 CC*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

ÁVILA DE LA TORRE, A. y CURTO POLO, M.; “La subordinación del crédito de las personas especialmente relacionadas con el concursado”, *Estudios sobre la LC: libro homenaje a Manuel Olivencia*, v. 4, (La masa pasiva, la masa activa, los convenios o acuerdos concursales), edit. Marcial Pons, Madrid, 2005.

AZNAR GINER, E.; *Refinanciaciones de deuda, acuerdos extrajudiciales de pago y concurso de acreedores (adaptado a la Ley 14/2003, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, e incluye el análisis de la nueva figura preconcursal del “acuerdo extrajudicial de pago”)*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

AZOFRA VEGAS, F.; “Homologación judicial de acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos”, *Problemas actuales del concurso de acreedores* (Directores Rafael Sebastián Quetglas y Abel B. Veiga Copo), edit. Aranzadi, Navarra, 2014.

BAENA BAENA, PEDRO J.; “El concurso consecutivo”, *Anuario de Derecho Concursal*, n.º. 33, septiembre-diciembre 2014.

BARRERA COGOLLOS, J.L.; “Art. 44: Continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial”, “Art. 47: Derecho a alimentos” en *Comentarios a la LC* (coord. coord. J.M. Sagrera Tizón, A. Sala Reixachs, A. Ferrer Barriendos), t. I, edit. Bosch, Barcelona, 2004.

BARRIGA MARTÍN, L.A.; “La protección de las situaciones de quiebra económica de particulares. Un desafío para los servicios sociales de España”, *Revista Internacional de Trabajo Social y Bienestar*, n.º. 1, 2012.

BASTANTE GRANELL, V.; “La Ley de sobreendeudamiento en Luxemburgo: la inclusión del <<Fresh Start>>”, *Anuario de Derecho Concursal*, n.º. 33, septiembre-diciembre 2014.

BASTANTE GRANELL, V.; “Mediación hipotecaria: una solución al problema del sobreendeudamiento de los particulares”, *Anales de Derecho*, nº. 31, 2013.

BASTANTE GRANELL, V.; “Sobreendeudamiento e insolvencia del consumidor en Portugal (especial referencia al deudor hipotecario)”, *Revista de Derecho Civil*, v.1, nº. 3, julio-septiembre 2014.

BELDA CASANOVA, C.; “Estado actual del régimen matrimonial valenciano, cinco años después de su instauración”, *Revista Derecho Civil Valenciano*, nº. 14, segundo número diciembre 2013.

BELTRÁ CABELLO, C.; “Comentario SAP de A Coruña, de 4 de noviembre de 2011”, *Cef Legal: Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, nº.132, 2012.

BELTRÁN RIBERA, J.; “La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización”, *Consell obert: Recull informatiu del Consell General de Col·legis de Graduats Socials de Catalunya*, nº. 288, 2013.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.; *Manual de Derecho Civil – Derecho de Familia*, 3ª ed., edit. Bercal, Madrid, 2013.

BERGES ANGÓS, I.; “El acuerdo extrajudicial de pagos en la Ley de Apoyo a los Emprendedores”, *Diario La Ley*, nº. 8214, sección tribuna, año XXXIV, 18 diciembre, 2013.

BERROCAL LANZAROT, A. I.; “Primeras reflexiones sobre la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas”, *Actualidad Civil*, edit. La Ley, junio 2013.

BETANCOURT SERNA, F.; “El concurso de acreedores en el Derecho Romano clásico”, *Estudios sobre la LC : libro homenaje a Manuel Olivencia*, v. 1, (Escritos sobre don Manuel Olivencia Ruiz, derecho concursal, aspectos generales, antecedentes históricos, derecho comparado, derecho uniforme, derecho europeo, derecho internacional privado, la declaración de concurso), edit. Marcial Pons, Madrid, 2005.

BLANQUER UBEROS, R.; “La vivienda familiar (endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar”, *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar* / coord. por Matilde Cuenca Casas, José Luis Colino Mediavilla, edit. Aranzadi, Navarra, 2009.

BONFANTE, Corso di diritto romano, v. I – Diritto di famiglia (Gli effetti patrimoniali. Alimenti e successioni. Rinvio, Attilio Sampaolesi-Editore, Roma, 1925.

BUSTOS MORENO, Y.B.; *Las deudas gananciales y sus reintegros*, edit. Dykinson, Madrid, 2001.

CABANAS TREJO, R.; “Algunas cuestiones notariales y registrales del acuerdo extrajudicial de pagos”, *Diario la Ley*, nº. 8285, año XXXV, sección doctrina, 3 abril, 2014.

CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.; “Reglamento (CE) Núm. 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia y cuestiones de ley aplicable”, *Estudios sobre la LC: libro homenaje a Manuel Olivencia*, v. 1, (Escritos sobre don Manuel Olivencia Ruiz, derecho concursal, aspectos generales, antecedentes históricos, derecho comparado, derecho uniforme, derecho europeo, derecho internacional privado, la declaración de concurso), edit. Marcial Pons, Madrid, 2005.

CAMILLERI HERNÁNDEZ, M<sup>a</sup> J.; “Intervención en la defensa del Proyecto de LC: pleno del Senado, de fecha 11/6/2003”, *Estudios sobre*

*la LC: libro homenaje a Manuel Olivencia*, v. 1, (Escritos sobre don Manuel Olivencia Ruiz, derecho concursal, aspectos generales, antecedentes históricos, derecho comparado, derecho uniforme, derecho europeo, derecho internacional privado, la declaración de concurso), edit. Marcial Pons, Madrid, 2005.

CANDELARIO MACÍAS, M<sup>a</sup> I.; “Los vínculos entre el reglamento 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia comunitaria, y la Ley 22/2003, de lo concursal española”, *Estudios sobre la LC: libro homenaje a Manuel Olivencia*, v. 1, (Escritos sobre don Manuel Olivencia Ruiz, derecho concursal, aspectos generales, antecedentes históricos, derecho comparado, derecho uniforme, derecho europeo, derecho internacional privado, la declaración de concurso), edit. Marcial Pons, Madrid, 2005.

CARAZO GONZÁLEZ, I. y DOMÍNGUEZ RUIZ, G.; “Modificaciones en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, introducidas por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, n.º. 369, 2013.

CARRASCO PERERA, A.; *Los derechos de garantía en la LC*, 2<sup>a</sup> ed., Edit. Aranzadi, Navarra, 2004.

CASADO ROMÁN, J.; “Análisis procesal del Real Decreto Ley de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios”, *Diario La Ley*, n.º. 7991, sección tribuna, 27 Dic. 2012.

CASERO LINARES, L.; “Art. 145: Efectos sobre el concursado”, *Comentarios a la Legislación Concursal* (coordinador Alberto Palomar Olmeda), edit. Dykinson, Madrid, 2004.



CEBREIROS ÁLVAREZ, E.; “El deber de alimentos entre parientes en el Derecho de Partidas y su traslado a la Edad Moderna”, *Protección jurídica de la persona, tolerancia y libertad*, edit. Thomson Reuters, España 2010.

CERVILLA GARZÓN, M<sup>a</sup> D.; *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, edit. Marcial Pons, Madrid, 2005.

COBACHO GÓMEZ, J.A.; “Acerca del derecho y del deber de alimentos del concursado”, *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés* / coord. por Francisco de Paula Blasco Gascó, v. 1, 2011.

COBACHO GÓMEZ, J.A.; *La deuda alimenticia*, edit. Montecorvo, Madrid, 1990.

COLINA GAREA, R.; “La repercusión de la declaración del concurso sobre la actividad empresarial o profesional del deudor”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº. 10, 2010.

CONDE FUENTES, J.; “El Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo: refinanciación y reestructuración de deuda empresarial”, *Revista de Derecho Civil*, v. I, nº. 2, abril-junio, 2014.

CONTRERAS DE LA ROSA, I.; “Efectos básicos de la declaración de concurso sobre el deudor en la nueva LC. Especial referencia a la intervención o suspensión y su incidencia en la continuación de la actividad profesional o empresarial del concursado”, *Estudios sobre la LC: libro homenaje a Manuel Olivencia*, v. 2, (Los órganos del concurso, efectos de la declaración del concurso sobre el deudor) edit. Marcial Pons, Madrid, 2005.

CORCHERO, M. y SÁNCHEZ PÉREZ, L.; “Las 14 claves de la Ley de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas (ley 8/2013, de 26

de junio)”, *Revista Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, edit. *La Ley*, nº. 195/196, Julio 2013.

CORDERO LOBATO, E.; “Art. 84: Créditos concursales y créditos contra la masa”, “Art. 93: Personas especialmente relacionadas con el concursado” en *Comentarios a la LC* (dir. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano) v. 1, edit. Tecnos, Madrid, 2004.

CORDÓN MORENO, F.; “Art. 76: Principio de universalidad” en *Comentarios a la LC*, edit. Aranzadi, Navarra, 2004.

CORDÓN MORENO, F.; *Suspensión de pagos y quiebra, una visión jurisprudencial*, 3ª ed., edit. Aranzadi, Pamplona, 1999.

CORDONES RAMÍREZ, M.; “Apuntes históricos sobre la evolución del sistema de quiebra en los comerciantes: especial referencia a las ordenanzas consulares de Málaga: un precedente olvidado en la historia del Derecho Concursal español”, *Estudios sobre la LC : libro homenaje a Manuel Olivencia*, v. 1, (Escritos sobre don Manuel Olivencia Ruiz, derecho concursal, aspectos generales, antecedentes históricos, derecho comparado, derecho uniforme, derecho europeo, derecho internacional privado, la declaración de concurso), edit. Marcial Pons, Madrid, 2005.

CUENA CASAS, M.; “Algunas consideraciones en torno al derecho de alimentos del concursado”, *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés* / coord. por Francisco de Paula Blasco Gascó, v. 1, (t. I), 2011.

CUENA CASAS, M.; “Conclusión del concurso de acreedores de persona física y exoneración del pasivo pendiente (a propósito del Auto del Juzgado Mercantil nº. 3 de Barcelona de 26 de octubre de 2010)”, *Revista de derecho bancario y bursátil*, nº. 125, 2012.

CUENA CASAS, M.; *El concurso de acreedores de persona casada en régimen económico matrimonial de comunidad*, edit. Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008.

CUENA CASAS, M.; *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, edit. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009.

CUENA CASAS, M.; “Fresh Start y mercado crediticio”, *Revista para el análisis del Derecho*, n.º. 3, Barcelona, 2011.

CUENA CASAS, M.; “Insolvencia de la persona física y sobreendeudamiento hipotecario”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, edit. La Ley, n.º. 17, 2012.

CUENA CASAS, M.; “La coordinación de la liquidación de la sociedad de gananciales con el convenio o la liquidación del concurso”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, edit. La Ley, n.º. 12, 2010.

CUENA CASAS, M.; “La presunción muciana concursal”, *Anuario de Derecho Concursal*, edit. Civitas, n.º. 5, 2005.

CUENA CASAS, M.; “La sociedad de gananciales ante la LC”, *Actualidad Civil*, edit. La Ley, n.º. 20, 2008.

CUENA CASAS, M.; “Ley de emprendedores y exoneración de deudas o fresh start”, *Anuario de Derecho Concursal*, edit. Civitas, n.º. 31, 2014.

CUENA CASAS, M., “Rescisión y derecho de familia”, en la reintegración de la masa: Congreso de Antequera. IV Congreso Español de derecho de la insolvencia. VII Congreso de derecho mercantil y concursal de Andalucía, 19 a 21 de abril de 2012 / Emilio M. Beltrán Sánchez (dir.), Enrique Sanjuán y Muñoz (dir.), 2012.

CUENA CASAS, M.; “Sobreendeudamiento del consumidor y liquidación de deudas”, *La protección del deudor hipotecario: aproximación a la Ley de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social* (coord.por José Antonio Escartín Ipiéns, María Angustias Martos Calabrús; Álvaro Núñez Iglesias (dir.), edit. Comares, España, 2014.

CUENA CASAS, M.; “Uniones de hecho y abuso del derecho. Acerca de la discriminación en contra del matrimonio”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n.º. 2, 2005.

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R.; *Comentarios del CC*, coordinador Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, t. IX, 2ª ed., edit. Bosch, Barcelona, 2000.

DE BENITO, J.L.; *Al servicio de nuestra tradición jurídica. La doctrina española de la quiebra*, editor Javier Morata, Madrid, 1930.

DE BENITO, J.L.; “Conferencia dictada en la Real Academia de Jurisprudencia, con motivo del primer centenario del primer CCo español de 1829”, *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, t. 156, Madrid, 1930.

DE CASTRO Y BRAVO, F.; *Derecho Civil de España*, v. II, t. II (Derecho de la persona), edit. Thomson Civitas, Madrid, 1952.

DE LA CÁMARA, M.; “Nota crítica sobre la naturaleza de la hipoteca como derecho real”, *Revista de Derecho Privado*, 1949.

DE LA TORRE VALLECILLO, C.; y MOLINA NAVARRETE, C.; “Soluciones jurídicas a la crisis: hacia una protección <<justa>> y <<eficiente>> del <<consumidor hipotecario sobreendeudado de buena fe>>”, *Revista Ceflegal*, n.º. 144, enero 2013.

DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y. y RUIZ-RICO RUIZ, J.M.; “Aspectos procesales y civiles de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de deudores hipotecarios”, *Revista General de Derecho Procesal*, n.º. 31, 2013.

DEL ARENAL OTERO, V-M.; “Reflexiones sobre la insolvencia o sobreendeudamiento”, *Revista Escritura Pública*, n.º. 77, 2012.

DEL CORRAL LOSADA, E.; “La retribución del mediador concursal y del administrador concursal en el concurso consecutivo”, *La LC y la Mediación Concursal: un estudio conjunto realizado por especialistas*, (Coordinadores Pedro B. Martín Molina, José M<sup>a</sup> del Carre Díaz-Gálvez, M<sup>a</sup> Antonia Lopo López), edit. Dykinson, Madrid, 2014.

DÍAZ ALABART, S.; “Art. 47: Derecho a alimentos” en *Comentarios a la LC* (dir. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano) v. 1, edit. Tecnos, Madrid 2004.

DÍAZ ALABART, S.; “Los alimentos del deudor en el concurso”, *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar / coord. por Matilde Cuenca Casas, José Luis Colino Mediavilla*, (Recoge los contenidos presentados a: Congreso Internacional sobre Endeudamiento del Consumidor e Insolvencia Familiar (1. 2008. Madrid)), edit. Thomson Reuters, España, 2009.

DÍAZ GONZÁLEZ, F.J.; “La exposición del concurso de acreedores en las Instituciones de Derecho real de Castilla”, *Anuario de la Facultad de derecho de Alcalá de Henares (ejemplar dedicado a: Monográfico sobre Derecho concursal)*, n.º. 3, 2010.

DÍAZ GONZÁLEZ, F.J y CALDERÓN ORTEGA J.M.; “El concurso de acreedores en la LEC de 1855”, *Anuario de Derecho Concursal*, n.º. 29, mayo-agosto 2013.

DÍAZ REVORIO, E.; “Efectos de la iniciación del expediente de acuerdo extrajudicial de pagos”, *La LC y la Mediación Concursal: un estudio conjunto realizado por especialistas*, (Coordinadores Pedro B. Martín Molina, José M<sup>a</sup> del Carre Díaz-Gálvez, M<sup>a</sup> Antonia Lopo López), edit. Dykinson, Madrid, 2014.

DÍEZ-PICAZO, L.; *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. II, 5<sup>a</sup> ed., Madrid, 1996.

DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L.; “Algunas acotaciones civilistas al Proyecto de LC”, *Estudios sobre la LC: libro homenaje a Manuel Olivencia*, v. 1, (Escritos sobre don Manuel Olivencia Ruiz, derecho concursal, aspectos generales, antecedentes históricos, derecho comparado, derecho uniforme, derecho europeo, derecho internacional privado, la declaración de concurso), edit. Marcial Pons, Madrid, 2005.

DOMÍNGUEZ CABRERA, M<sup>a</sup> del P.; “Carácter excepcional del derecho a alimentos en la LC”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, año n<sup>o</sup>. 89, n<sup>o</sup>. 736, 2013.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A.; “Art. 78: Presunción de donaciones y pacto de sobrevivencia entre los cónyuges. Vivienda habitual del matrimonio” en *Comentarios a la legislación concursal* (directores Sánchez-Calero Juan, Guillarte Gutiérrez Vicente), t. II, edit. Lex Nova, Valladolid, 2004.

DURO VENTURA, C.; “Art.44: Continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial”, “Art. 47: Derecho a alimentos”, en *Comentarios a la Legislación Concursal* (coordinador Alberto Palomar Olmeda), edit. Dykinson, Madrid, 2003.

ELORRIAGA DE BONIS, F.; *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, edit. Aranzadi, Navarra, 1995.

ESCRICHE, J.: *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, t. II, Madrid, 1874.

ESPLUGUES MOTA, C. y HERNÁNDEZ MARTÍ, J.; *Suspensión de Pagos, Quiebras e Insolvencias Punibles*, v. III, Doctrina y Jurisprudencia y Formularios, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.; “La Ley Modelo de Uncitral: una guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia” en *Comentarios a la LC*, edit. Marcial Pons: Ediciones Jurídicas y Sociales, Barcelona, 2004.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.; “Los presupuestos de la declaración de concurso” en *Comentarios a la LC*, edit. Marcial Pons: Ediciones Jurídicas y Sociales, Barcelona, 2004.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.; “Marco y fin de la reforma de la legislación concursal” en *Comentarios a la LC*, edit. Marcial Pons: Ediciones Jurídicas y Sociales, Barcelona, 2004.

FERNÁNDEZ DEL POZO, L.; “La naturaleza preconcursal del acuerdo extrajudicial de pagos. Presupuestos subjetivo y objetivo y su <<desjudicialización>>”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº. 32, edit. Civitas, 2014.

FERNÁNDEZ-NÓVOA RODRÍGUEZ, C.; “El anteproyecto de Ley de concurso de acreedores de 1959”, *Estudios sobre la LC: libro homenaje a Manuel Olivencia*, v. 1, (Escritos sobre don Manuel Olivencia Ruiz, derecho concursal, aspectos generales, antecedentes históricos, derecho comparado, derecho uniforme, derecho europeo, derecho internacional privado, la declaración de concurso), edit. Marcial Pons, Madrid, 2005.

GADEA SOLER, E. y SACRISTÁN BERGIA, F.; “El procedimiento abreviado: Las modificaciones introducidas por el RDL 3/2009 y sus

consecuencias”, *Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, Jado, Bilbao, año IX, n.º. 20, diciembre 2010.

GALÁN LÓPEZ, C.; *Comentarios a la Legislación Concursal (Ley 22/2003 y 8/2003 para la Reforma Concursal)*, directores Juana Pulgar Ezquerro, Carmen Alonso Ledesma, Alberto Alonso Ureba, Guillermo Alcover Garau, t. I, edit. Dykinson, Madrid, 2004.

GALÁN LÓPEZ, C.; “Art.44: Continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial” en *Comentarios a la Legislación Concursal* (directores Juan Sánchez-Calero y Vicente Guillarte Gutiérrez), t. I, edit. Lex Nova, Valladolid, 2004.

GALLEGO SÁNCHEZ, E.; “Art. 44: Continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial” en *LC (Comentarios, Jurisprudencia y Formularios)* (Coordinado por Esperanza Gallego Sánchez), v. I, edit. La Ley, Madrid, 2005.

GALLEGO, E.; “La mediación concursal”, *Anuario de Derecho Concursal*, n.º. 31, edit. Civitas, 2014.

GARCÍA DE PABLOS, J.F.; “La Ley de Apoyo a los Emprendedores”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º. 871, 2013.

GARRIDO, J.M<sup>a</sup>.; “Art. 93: Personas especialmente relacionadas con el concursado” en *Comentario de la LC* (dir. Angel Rojo Y Emilio Beltrán), t. I, edit. Thomson Civitas, Madrid, 2004.

GARRIDO DE PALMA, V.M.; *Derecho de Familia*, edit. Trivium, Madrid, 1993.



GARRIDO MELERO, M.; *Derecho de Familia (Un análisis del CC catalán y su correlación con el CC español)*, t. I (Régimen de la pareja matrimonial y legal), 2ª ed., edit. Marcial Pons, Madrid, 2013.

GARRIGUES, J.; *Curso de Derecho Mercantil*, t. II, 8ª ed., Madrid, 1983.

GIL RODRÍGUEZ, J.; *El derecho de crédito ante la iliquidez o insolvencia del deudor* (Primera lectura, en clave civilista, de la Propuesta de Anteproyecto de LC, de 12 de diciembre de 1995) en *Estudios sobre ejecución universal*, Asociación Nacional de Profesores de Derecho Civil, Universidad de Oviedo, Servicio de publicaciones, Oviedo, 1997.

GINÉS CASTELLET, N.; *La enajenación de bienes inmuebles con fin de garantía*, edit. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Centro de Estudios, 2004.

GIOVANNI FALCONE; “La reforma del Derecho italiano de tratamiento de las <<crisis por sobreendeudamiento>>”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº. 17, segundo semestre 2012.

GIURBA, M.; *Decisiones novissimae cum summariis et iudicibus argumentorum ac rerum verborumque locuplentissimus*, Decisio 61, núm. 20, Genevae, 1675.

GÓMEZ MARTÍN, F.; *Comentarios a la propuesta de la reforma LC*, edit. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010.

GONZÁLEZ CLAVIJO, J.R.; “Comentarios sobre la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) de 14 de marzo de 2013 (asunto c-415/11, Mohamed Aziz-CatalunyaCaixa)”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº. 30, 2013.

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C.; “Competencia para decidir si los bienes embargados en la ejecución laboral son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor declarado en concurso”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº. 6/2010, edit. Aranzadi, 2010.

GONZALEZ HUEBRA, P.: *Tratado de quiebras*, Madrid, 1856.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.; “El procedimiento de ejecución de bienes hipotecados cuando existen cláusulas abusivas en el préstamo hipotecario que lo originó: consecuencias de la STJUE, de 14 de marzo de 2013, y de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, nº. 738, 2013.

GUILARTE GUTIÉRREZ, V.; “La liquidación de la sociedad de gananciales del concursado”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº. 5, edit. Civitas, 2005.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.; “Art. 47: Derecho a alimentos”, en *Comentarios a la Legislación Concursal*, dirigidos por Sánchez Calero, J. y Guilarte Gutiérrez, Volumen I, edit. Lex Nova, Valladolid, 2004.

GUASP, J.; *Derecho Procesal Civil*, edit. Instituto de estudios políticos, Madrid, 1956.

GULLÓN BALLESTEROS, A.; *Comentarios al CC y Compilaciones Forales*, T. XXIV, dirigidos por Albaladejo, edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984.

GULLÓN BALLESTEROS, A.; *La prelación de créditos en el CC*, edit. Bosch, Barcelona, 1962.

GUTIÉRREZ BERLINCHES, A.; “Evolución histórica de la tutela jurisdiccional del derecho de alimentos”, *Foro: Revista de ciencias jurídicas y sociales*, n.º. 0, 2004.

HERRERO MARTÍNEZ, M.; *LEC de 3 de febrero de 1881 con la reforma de 11 de mayo de 1888, referencias del CC y del de Comercio de 1885*, t. II, Imp., Litogr. y Enc. de Leonardo Miñón, Valladolid, 1889.

HUALDE LÓPEZ, I.; “El problema de la vivienda habitual en el concurso del consumidor”, *Anuario de Derecho Concursal*, n.º. 25, edit. Civitas, 2012.

HURTADO IGLESIAS, S.; “La reforma concursal. Anteproyecto de 17 de diciembre de 2010”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º. 14, 2011.

ICHASO URREA, J.; “El concurso de acreedores de la persona física”, *Revista Iuris: actualidad y práctica del derecho*, n.º. 55, noviembre de 2010.

ILLESCAS, R.; “La persona física concursada: sistemática y normas particulares comunes”, *Estudios sobre la LC: libro homenaje a Manuel Olivencia*, v. 2, (Los órganos del concurso, efectos de la declaración del concurso sobre el deudor), edit. Marcial Pons, Madrid, 2005.

IRANZO, J.J.; *Praxis protestationum*, Cap. 60, num. 37, 1667.

JAÉN VALLEJO, M.; “Nuevos sistemas de resolución de conflictos: la Mediación”, *La LC y la Mediación Concursal: un estudio conjunto realizado por especialistas*, (Coordinadores Pedro B. Martín Molina, José M<sup>a</sup> del Carre Díaz-Gálvez, M<sup>a</sup> Antonia Lopo López), edit. Dykinson, Madrid, 2014.

JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M<sup>a</sup> V.; “El concurso de persona casada: una aproximación a su regulación por la LC”, (Ejemplar dedicado a: Monográfico sobre Derecho concursal), *Anuario Facultad de Derecho-Universidad de Alcalá*, n.º. III, 2010.

JIMÉNEZ PARÍS, T.A.; “Sobreendeudamiento y vivienda familiar”, *Revista general de legislación y jurisprudencia*, n.º. 1, 2013.

JUAN GÓMEZ, M.; “Un <<zombi>> llamado disposición adicional sexta”, *Diario La Ley*, n.º. 8102, junio 2013.

JUSTE IRIBARREN, M.; “En torno a la retroacción de la quiebra”, *Revista de Derecho Procesal*, 2<sup>a</sup> época, n.º. 1, Madrid, 1958.

LACRUZ BERDEJO, J.L.; *Elementos de Derecho civil II (Derecho de obligaciones)*, v. Primero, 2<sup>a</sup> ed., Madrid, 2000.

LACRUZ BERDEJO, J.L.; *Elementos de Derecho civil, II (Derecho de obligaciones)*, v. Primero, 5<sup>a</sup> ed. revisada y puesta al día / por Francisco Rivero Hernández, edit. Dykinson, Madrid, 2011.

LACRUZ BERDEJO, J.L.; *Elementos de Derecho Civil IV (Familia)*, 4<sup>a</sup> ed. revisada y puesta al día por JOAQUÍN RAMS ALBESA, edit. Dykinson, Madrid, 2010.

LARA GONZÁLEZ, R.; “El procedimiento extrajudicial (notarial) proyectado para el supuesto de la insolvencia no dolosa del consumidor”, *Diario La Ley*, n.º. 8002, sección tribuna, edit. La Ley, 16 enero, 2013.

LÓPEZ MOLINA, P.; *Comentarios a la Legislación Concursal* (coord. Alberto Palomar Olmeda), edit. Dykinson, Madrid, 2003.

LÓPEZ PELÁEZ, P.; YÁÑEZ VIVERO, F.; *La reforma de la prelación de créditos* (Comentarios al proyecto de Ley sobre concurrencia y prelación de créditos en caso de ejecuciones singulares), Lasarte Álvarez, C. (coord), edit. Fundación Registral, España, 2007.

LÓPEZ SÁNCHEZ, M.A.; “Los efectos de la declaración de concurso”, *La LC y los aspectos sociales*, (dir. Bartolomé Ríos Salmerón, Antonio Vicente Sempere Navarro), 2004.

LÓPEZ SÁNCHEZ, M.A.; “Los efectos de la declaración de concurso (una primera aproximación a la disciplina contenida en la ley 22/2003, de 9 de julio)”, *Estudios sobre la LC: libro homenaje a Manuel Olivencia*, v. 2, (Los órganos del concurso, efectos de la declaración del concurso sobre el deudor), edit. Marcial Pons, Madrid, 2005.

MAGDALENO, A. y BENEYTO, K.; “El concurso de acreedores de persona física: problemas pendientes y soluciones legislativas propuestas”, *Anuario de Derecho Concursal*, n.º. 30, septiembre – diciembre 2013.

MAGRO SERVET, V.; “El derecho de alimentos del concursado”, *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, n.º. 7, 2004.

MALLANDRICH MIRET, N.; “El tratamiento de las situaciones de sobreendeudamiento de los particulares en los Estados Unidos”, *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, n.º. 2, 2013.

MANRESA Y NAVARRO, J.M.; *Comentarios al CC Español*, t. XII, 6ª ed. revisada por Justo J. Gomez Ysabel, edit. Reus, Madrid, 1973.

MANRESA Y NAVARRO, J.M.; *Comentarios a la LEC reformada conforme a las bases aprobadas por la ley de 21 de junio de 1880*, t. V, 7ª ed., edit. Reus, Madrid, 1956.

MANRESA Y NAVARRO, J. M., MIQUEL, I., y REUS J.: *LEC*, t. III, Madrid, 1857.

MANZANO CEJUDO, M<sup>a</sup>.; “Determinación de la masa activa” en *Comentarios a la LC* / coord. por Luis Fernández de la Gándara, Manuel María Sánchez Álvarez, edit. Marcial Pons: Ediciones Jurídicas y Sociales, Barcelona, 2004.

MARÍN LÓPEZ, M.; “Art. 55: “Ejecuciones y apremios”, en *Comentarios a la LC* (dir. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano) v. 1, edit. Tecnos, Madrid, 2004.

MARTÍ DE EIXALÁ, R.: *Instituciones del Derecho mercantil de España*, con anotaciones de Manuel Duran y Bas, 9<sup>a</sup> ed., Madrid, 1911.

MARTÍN MELÉNDEZ, M<sup>a</sup> T.; *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (art. 96, P.I, 2 y 3 CC)*, edit. Civitas, Navarra, 2005.

MARTÍN PASTOR, J.; “La Ley 1/2013 de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social”, *Diario la Ley, Actualidad Civil*, n.º. 8085, sección documento on-line, 17 mayo 2013.

MARTÍNEZ ALCUBILLA, M.: *Diccionario de la Administración Española, peninsular y ultramarina*, t. III, 2<sup>a</sup> ed., Madrid, 1868.

MARTÍNEZ ARESO, A.; “El concurso de la persona natural”, *La LC y la Mediación Concursal: un estudio conjunto realizado por especialistas*, (Coordinadores Pedro B. Martín Molina, José M<sup>a</sup> del Carre Díaz-Gálvez, M<sup>a</sup> Antonia Lopo López), edit. Dykinson, Madrid, 2014.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, C.; “La depreciación del inmueble en la ejecución hipotecaria: tensiones entre acreedor y deudor y las últimas reformas legales”, *Revista para el análisis del Derecho*, abril 2014.

MARTÍNEZ FLÓREZ, A.; “Art. 44: Continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial” en *Comentario de la LC* (dir. Angel Rojo y Emilio Beltrán), t. I, edit. Thomson Civitas, Madrid, 2004.

MAS BADÍA, M<sup>a</sup> D.; “La ley de régimen económico matrimonial valenciano y su incidencia en la sociedad valenciana”, *Revista Derecho Civil Valenciano*, n.º. 14, segundo número diciembre, 2013.

MATEO SANZ, JACOBO B.; *Comentarios a la legislación concursal* (directores Sánchez-Calero Juan, Guillarte Gutiérrez Vicente), t. II, edit. Lex Nova, Valladolid, 2004.

MELISSA B. JACOBY, R. GEORGE.; “Perspectivas empíricas y de política jurídica sobre el concurso de los consumidores en los Estados Unidos”, *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar / coord. por Matilde Cuenca Casas, José Luis Colino Mediavilla*, edit. Aranzadi, Navarra, 2009.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.; “Hacia un nuevo derecho concursal: su necesaria unidad”, *Estudios sobre la LC: libro homenaje a Manuel Olivencia*, v. 1, (Escritos sobre don Manuel Olivencia Ruiz, derecho concursal, aspectos generales, antecedentes históricos, derecho comparado, derecho uniforme, derecho europeo, derecho internacional privado, la declaración de concurso), edit. Marcial Pons, Madrid, 2005.

MERCADAL VIDAL, F.; “Art. 76: Principio de universalidad”, “Art. 77: Bienes conyugales”, “Art. 78: Presunción de donaciones y pacto de sobrevivencia entre los cónyuges. Vivienda habitual del matrimonio” en *Nueva LC, Ley 22/2003, de 9 de julio. Comentarios, jurisprudencia*

*aplicable y formularios* (Coordinadores A. Sala, F. Mercadal, J. Alonso-Cuevillas), edit. Bosch, Barcelona, 2004.

MILLÁN HERNÁNDEZ, C.; *Comentarios a la LEC*, t. II, edit. Montecorvo, Madrid, 1987.

MIQUEL Y RUBERT, I., y REUS GARCIA, J.: *CCo español, concordado y anotado*, 2ª ed., Revista de Legislación, Madrid, 1855.

MIRANDA SERRANO, L.Mª.; “¿Qué hay tras las normas de la Ley de Emprendedores relativas al emprendedor de responsabilidad limitada y al concurso de la persona física?”, *Diario La Ley*, nº. 8276, sección doctrina, año XXXV, edit. La Ley, 21 marzo, 2014.

MOLINER NAVARRO, R.; “La Ley 10/2007, de 20 de marzo, de la generalidad valenciana, de régimen económico matrimonial valenciano (modificada por la Ley 8/2009). Cuestiones abiertas en torno a su aplicación”, *Revista Derecho Civil Valenciano*, nº. 14, segundo número diciembre 2013.

MONTERO AROCA, J.; *Bosquejo histórico de la conciliación hasta la LEC de 1855*, separata de la Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, nº. IV, Octubre-Diciembre 1971.

MONTERO AROCA, J.; *El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales (la aplicación práctica del artículo 96 del CC)*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

MONTÉS PENADÉS, V.; *Derecho de obligaciones y contratos*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.



MORILLAS JARILLO, M<sup>a</sup>J.; “La reforma del Derecho Concursal español: el Proyecto de LC de julio de 2002”, *Derecho de los negocios*, año n.º. 14, n.º. 149, 2003.

MULET ARIÑO, E. y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, G.; *Suspensión de pagos y quiebra. Procedimiento y casuística*, edit. Atelier, Barcelona, 1998.

MUÑOZ DE BENAVIDES, C.; “Las acciones de reintegración concursales”, *Diario la Ley*, sección tribuna, n.º. 6967, 2008.

MURCIA QUINTANA, E.; *Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar (art. 1.320 del CC)*, edit. Civitas, Madrid, 2002.

NANCLARES VALLE, J.; “Art. 47: Derecho a alimentos”, “Art. 77: Bienes conyugales” en *Comentarios a la LC*, edit. Aranzadi, Navarra, 2004.

NAVARRO CASTRO, M.; *Los créditos contra la masa en el concurso de acreedores*, edit. Reus, Madrid, 2008.

NAVARRO SALVADOR, S.; “Las 10 claves de la Ley de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización”, *Revista Iuris: actualidad y práctica del derecho*, n.º. 200, octubre 2013.

NAVAS NAVARRO, S.; *Concurso de acreedores y pacto de supervivencia*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

OBARRIO MORENO, J.A.; “La quiebra y el concurso de acreedores en derecho medieval español”, *Revista jurídica del notariado*, n.º. 82, 2012.

OBARRIO MORENO, J.A.; “La rúbrica *cessio bonorum* en la doctrina valenciana de los siglos XVI y XVII: *quaestiones et controversiae* en torno al derecho concursal del antiguo Reino de Valencia”, *El Derecho comercial, de Roma al Derecho moderno*; IX Congreso internacional, XII

Iberoamericano de Derecho Romano; Las Palmas de Gran Canaria, 1, 2 y 3 de febrero de 2006, v. 1, 2007.

OLIVENCIA RUIZ, M.; *La terminología jurídica de la reforma concursal*, edit. Iustel, Madrid, 2006.

ORDIZ FUENTES, C.; “Anteproyecto de ley de apoyo a emprendedores, su internacionalización y segunda oportunidad”, *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, n.º. 19, 2013.

ORDUÑA, F.J. y PLAZA, J.; “Art. 47: Derecho a alimentos”, “Art. 77: Bienes conyugales”, “Art. 78: Presunción de donaciones y pacto de sobrevivencia entre los cónyuges. Vivienda habitual del matrimonio” en *Comentario de la LC* (dir. Angel Rojo y Emilio Beltrán), t. I, edit. Thomson Civitas, Madrid, 2004.

ORELLANA CANO, A.M<sup>a</sup>.; “El concepto de trabajador autónomo en los acuerdos extrajudiciales de pago”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º. 21, sección cuestiones prácticas, edit. La Ley, primer semestre 2014.

ORTIZ DE ZUÑIGA, M.: *Práctica general forense*, t. II, 4<sup>a</sup> ed., Madrid, 1861.

OTERO LASTRES, J.M.; “Reflexiones sobre el principio de "unidad" en la nueva LC”, *Estudios sobre la LC: libro homenaje a Manuel Olivencia*, V. 1, (Escritos sobre don Manuel Olivencia Ruiz, derecho concursal, aspectos generales, antecedentes históricos, derecho comparado, derecho uniforme, derecho europeo, derecho internacional privado, la declaración de concurso), edit. Marcial Pons, Madrid, 2005.

PACHECO JIMÉNEZ, M<sup>a</sup> N.; “Resumen y comentario de la Ley 8/2013, de 26 junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas”, *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, n.º. 6, 2013.

PARRA LUCÁN, M.A.; *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, prólogo, Ángel Rojo, edit. Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2009.

PASTOR SEMPERE, C.; “Daciones en pago y acuerdos extrajudiciales de pago”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º. 21, sección varia, edit. La Ley, primer semestre 2014.

PEÑA YÁÑEZ, M<sup>a</sup> A.; *El proceso de mediación, capacidad y habilidades del mediador*, edit. Dykinson, Madrid, 2013.

PEÑAS MOYANO, B.; “Concurso de consumidores”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º. 8, sección comunicaciones, edit. La Ley, 2008.

PEREÑA VICENTE, M.; “La protección de la vivienda habitual en los supuestos de sobreendeudamiento y dependencia”, *Revista Actualidad Civil*, n.º. 16, 2008.

PÉREZ ÁLVAREZ, M<sup>a</sup> P.; “Origen y presupuestos del concurso de acreedores en Roma”, *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n.º. 11, 2004.

PEROCHON, FRANÇOISE.; “La prevención de las crisis en Derecho Francés”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, edit. La Ley, n.º. 15, 2011.

PETIT CALVO, C.; “Oposición foral al CCo (1829)”, *Revista Anuario de historia del derecho español*, n.º. 59, 1989.

PETIT CALVO, C.; “Oposición foral al CCo (1829)”, (Informe del Síndico Martín de Echaburu, de acuerdo con el primer consultor del Señorío, Ldo. Loyzaga, sobre el CCo de 1829. Septiembre, 3, 1829, en Archivo General del Señorío de Vizcaya (Guernica). Comercio, Registro 4, legajo 1), *Revista Anuario de historia del derecho español*, n.º. 59, 1989.

PETIT CALVO, C.; “Oposición foral al CCo (1829)”, (Informe del Síndico del Señorío sobre la Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio y pase foral a la misma. Septiembre, 30, 1830, en Archivo General del Señorío de Vizcaya (Guernica). Comercio, Registro 4, legajo 1), *Revista Anuario de historia del derecho español*, n.º. 59, 1989.

PRATS ALBENTOSA, L.; “La mediación (pre)-concurzal”, *Diario La Ley*, n.º. 8264, sección tribuna, año XXXV, 5 marzo, 2014.

PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho Civil Español*, t. III (Obligaciones y Contratos), 2ª ed., edit. Aranzadi, Pamplona, 1972.

PUJOL CAPILLA, P.; *La compraventa con pacto de sobrevivencia*, edit. Bosch, Barcelona, 2004.

PULGAR EZQUERRA, J.; “Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y Ley de emprendedores”, *Revista de Derecho Concurzal y Paraconcurzal*, sección estudios, edit. La Ley, n.º. 20, segundo semestre de 2013.

PULGAR EZQUERRA, J.; “Concurso y consumidores en el marco del estado social del bienestar”, *Revista de Derecho Concurzal y Paraconcurzal*, edit. La Ley, n.º. 9, 2007.

PULGAR EZQUERRA, J.; *La declaración del concurso de acreedores*, edit. La Ley, Madrid, 2005.

PULGAR EZQUERRA, J.; “Los hechos externos del concurso de acreedores necesario”, *Estudios sobre la LC: libro homenaje a Manuel Olivencia*, v. 1, (Escritos sobre don Manuel Olivencia Ruiz, derecho concursal, aspectos generales, antecedentes históricos, derecho comparado, derecho uniforme, derecho europeo, derecho internacional privado, la declaración de concurso), edit. Marcial Pons, Madrid, 2005.

PULGAR EZQUERRA, J.; “Refinanciaciones de deuda, emprendedores y segunda oportunidad”, *Diario La Ley*, edit. La Ley, n.º. 8141, 2013.

PULGAR EZQUERRA, J.; “Refinanciación, reestructuración de deuda empresarial y reforma concursal (Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo)”, *Diario La Ley*, sección doctrina, n.º. 8271, 14 de marzo, 2014.

QUINTANA CARLO, I.; “El sobreendeudamiento de los consumidores y la LC”, *Estudios sobre la LC: libro homenaje a Manuel Olivencia*, v. 2, (Los órganos del concurso, efectos de la declaración del concurso sobre el deudor), edit. Marcial Pons, Madrid, 2005.

RAGEL SÁNCHEZ, L.F.; *Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge*, edit. Tecnos, Madrid, 1987.

RAMÍREZ, J.A.; *La quiebra: Derecho concursal español*, t. II, 2ª ed., edit. Bosch, Barcelona, 1998.

RAMS ALBESA, J.J; *La sociedad de gananciales*, edit. Tecnos, Madrid, 1992.

RAMS ALBESA, J.J; *Uso, habitación y vivienda familiar*, edit. Tecnos, Madrid, 1987.

REDONDO GARCÍA, F.; “¿Puede lanzarse al ocupante de la finca gravada por hipoteca inmobiliaria y afecta a la actividad empresarial o

profesional del deudor declarado en concurso?”, *Justicia: revista de derecho procesal*, nº. 3-4, 2007.

RIVES Y MARTI, F. de P.; *LEC de 3 de febrero de 1881* (acomodada a los últimos textos y disposiciones legales que la modifican y derogan en algunos de sus preceptos, ilustrada además con notas y la jurisprudencia del Tribunal Supremo), v. X, edit. Reus, Madrid, 1912.

RODRÍGUEZ, J.M.; *Instituciones prácticas ó curso elemental completo de práctica forense*, t. II, 4ª ed., Sevilla, 1856.

RODRÍGUEZ PIETRO, F.; “El acuerdo extrajudicial de pagos desde la perspectiva del notario”, *La LC y la Mediación Concursal: un estudio conjunto realizado por especialistas*, (Coordinadores Pedro B. Martín Molina, José Mª del Carre Díaz-Gálvez, Mª Antonia Lopo López), edit. Dykinson, Madrid, 2014.

RUBIO VICENTE, P.J.; “Luces y sombras de la fase de liquidación en el proyecto de ley de reforma de 2011”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, edit. La Ley, nº. 15, Sección ponencias, segundo semestre de 2011.

SAGRERA TIZÓN, J.Mª.; “Breve introducción histórica de la quiebra”, en *Comentarios a la LC* (coord. J.M. Sagrera Tizón, A. Sala Reixachs, A. Ferrer Barriandos), t. I, edit. Bosch, Barcelona, 2004.

SAGRERA TIZÓN, J.M.; “Reivindicación de la doctrina española de la quiebra: su influencia universal”, *Revista General de Derecho*, abril de 1989.

SALA ALCAYDE; A.; “Art. 145: Efectos sobre el concursado”, *Nueva LC, Ley 22/2003, de 9 de julio Comentarios, jurisprudencia aplicable y*

*formularios* (coordinados por Sal, Mercadel y Alonso-Cuevillas), 2ª ed., edit. Bosch, Barcelona, 2004.

SÁNCHEZ, J. – Baker & Mc Kenzie.; *La Nueva LC. Comentarios y Formularios a la Ley 22/2003 de 9 de julio Concursal*, v. I, edit. Grupo Difusión, Barcelona, 2003.

SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.M<sup>a</sup>.; “Efectos de la declaración del concurso sobre las facultades patrimoniales del deudor”, *Comentarios a la LC / coord. por Luis Fernández de la Gándara, Manuel María Sánchez Álvarez*, edit. Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, España, 2004.

SÁNCHEZ ARISTI, R.; “Art. 145: Efectos sobre el concursado”, en *Comentarios a la LC* (dir. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano) v. 2, edit. Tecnos, Madrid, 2004.

SÁNCHEZ-CALERO, J.; “El acuerdo extrajudicial de pagos”, *Anuario de Derecho Concursal*, n°. 32, mayo-agosto, 2014.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.; “El presupuesto subjetivo en la LC”, *Estudios sobre la LC: libro homenaje a Manuel Olivencia*, v. 1, (Escritos sobre don Manuel Olivencia Ruiz, derecho concursal, aspectos generales, antecedentes históricos, derecho comparado, derecho uniforme, derecho europeo, derecho internacional privado, la declaración de concurso), edit. Marcial Pons, Madrid, 2005.

SANJUÁN Y MUÑOZ, E.; “La naturaleza jurídica del mediador concursal: sistema alternativo de gestión de los supuestos de insolvencia”, *Diario La Ley*, sección tribuna, año XXXV, n°. 8230, 16 enero 2014.

SANTANA PÁEZ, E. y SENENT MARTÍNEZ, S.; “Algunas cuestiones sobre el derecho de alimentos en el concurso”, *Anuario de derecho concursal*, n.º. 12, 2007.

SANZ ACOSTA, L.; “Principales modificaciones en materia de conclusión del concurso tras la reforma concursal de la Ley 38/2011”, *Actualidad Civil*, edit. La Ley, t. II, Sección Práctica Profesional, n.º. 13-14, Julio 2012.

SASTRE PAPIOL, S.; “Art.93: Personas especialmente relacionadas con el concursado” en *Comentarios a la LC* (coord. J.M. Sagrera Tizón, A. Sala Reixachs, A. Ferrer Barriandos), t.II, edit. Bosch, Barcelona, 2004.

SCAEVOLA, Q.M.; *CC* (comentado y concordado extensamente e ilustrado con la exposición de los principios científicos de cada institución y un estudio comparativo de los principales códigos europeos y americanos), t. XXXI, 2ª ed. (revisada y puesta al día por el profesor Pascual Marín Pérez), edit. Reus, Madrid, 1974.

SENENT MARTÍNEZ, S.; “La exoneración del pasivo insatisfecho en la LC tras la Ley 14/2013”, *La LC y la Mediación Concursal: un estudio conjunto realizado por especialistas*, (Coordinadores Pedro B. Martín Molina, José M<sup>a</sup> del Carre Díaz-Gálvez, M<sup>a</sup> Antonia Lopo López), edit. Dykinson, Madrid, 2014.

SENÉS, C.; “El acuerdo extrajudicial de pagos: ¿Alternativa efectiva al concurso de acreedores?”, *Revista de Derecho Civil*, v. I, n.º. I, enero-marzo, 2014.

SOTILLO MARTÍ, A.; [www.uv.es/seminaridret](http://www.uv.es/seminaridret), *Segunda oportunidad y derecho concursal*, Seminario interdisciplinar Facultad de Derecho, Valencia, 30 de Octubre de 2013.



SOTILLO MARTÍ, A.; “Segunda oportunidad y Derecho concursal”, *El cronista del estado social y democrático de Derecho*, edit. Iustel, n.º. 44, 2014.

STEFANIA PACCHI; “El sobreendeudamiento. El régimen italiano de <<iure condito>> y de <<iure condendo>>”, *Anuario de Derecho Concursal*, edit. Civitas, n.º. 29, 2013.

STRACCHA, B.; *Tractatus de mercatura seu mercatore*, 1556.

TIRADO, I.; “Art. 76: Principio de universalidad” en *Comentario de la LC* (dir. Angel Rojo y Emilio Beltrán), t. I, edit. Thomson Civitas, Madrid, 2004.

TRUJILLO DÍEZ, I.J.; *El sobreendeudamiento de los consumidores* (estudio jurídico en el marco de la colaboración entre la Dirección General de Consumo de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y el Centro de Estudios del Consumo de la Universidad de Castilla-La Mancha), edit. Comares, Granada, 2003.

VALLET DE GOYTISOLO, J.Bms.; “Las relaciones concursales en una visión anterior a la nueva LC”, *Estudios sobre la LC: libro homenaje a Manuel Olivencia*, v. 1, (Escritos sobre don Manuel Olivencia Ruiz, derecho concursal, aspectos generales, antecedentes históricos, derecho comparado, derecho uniforme, derecho europeo, derecho internacional privado, la declaración de concurso), edit. Marcial Pons, Madrid, 2005.

VÁZQUEZ ALBERT, D.; “Art 76: Principio de universalidad”, “At. 78: Presunción de donaciones y pacto de sobrevivencia entre los cónyuges. Vivienda habitual del matrimonio”, “Art. 79: Cuentas indistintas” en *Comentarios a la LC* (coord. J.M. Sagrera Tizón, A. Sala Reixachs, A. Ferrer Barriendos), t. II, edit. Bosch, Barcelona, 2004.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.; “Art. 44: Continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial”, “Art. 47: Derecho a alimentos”, “Art. 76: Principio de universalidad”, “Art. 77: Bienes conyugales”, “Art. 78: Presunción de donaciones y pacto de sobrevivencia entre los cónyuges. Vivienda habitual del matrimonio”, “Art. 79: Cuentas indistintas”, “Art.93: Personas especialmente relacionadas con el concursado” en *Comentarios a la LC, Ley 22/2003, de 9 de julio*, edit. Dijusa, Madrid, 2003.

VEIGA COPO, ABEL B.; *La masa pasiva del concurso de acreedores*, edit. Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2010.

VÉLEZ SARSFIELD, D.; *Exposición y comentario del CC Argentino*, t. X, edit. Científica y literaria, Buenos Aires, Argentina, 1922.

VERRICELLI, A.M.; Quaestiones, Tractatus 3, Quaestio 20, n°. 8, 1653.

VICENTE Y CARAVANTES, J. de.: *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva Ley de Enjuiciamiento*, t. III, Imp. de Gaspar y Roig editores, Madrid, 1858.

ZABALETA DÍAZ, M.; “La generalización del presupuesto subjetivo del concurso. Especial referencia a la insolvencia del consumidor y a los concursos de grandes dimensiones”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, edit. La Ley, n°. 8, 2008.

ZAMBRANA MORAL, P.; “La cesión de bienes como posible solución al concurso de acreedores en la literatura jurídica europea (1550-1650)”, *Estudios sobre la LC: libro homenaje a Manuel Olivencia*, v. 1, (Escritos sobre don Manuel Olivencia Ruiz, derecho concursal, aspectos generales, antecedentes históricos, derecho comparado, derecho uniforme, derecho europeo, derecho internacional privado, la declaración de concurso), edit. Marcial Pons, Madrid, 2005.

ZURILLA CARIÑANA, A.; “Art.44: Continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial” en *Comentarios a la LC* (dir. Rodrigo Bercovitz Rodriguez-Cano), v. 1, edit. Tecnos, Madrid, 2004.